

ALESSANDRO BRUNORI

UNTREUE E INFEDelta' PATRIMONIALE:
DUE FATTISPECIE A CONFRONTO
(INDICE)

INDICE SOMMARIO

Introduzione *pag.*

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AL REATO DI INFEDeltÀ.

1. Fedeltà e amministrazione di società.
2. Il panorama comparatistico dell'infedeltà patrimoniale: il modello tedesco (rimando); il modello francese; il modello spagnolo.

CAPITOLO II

L'UNTREUE TEDESCA: INTRODUZIONE E CENNI PROBLEMATICI.

1. Lineamenti del Wirtschaftsstrafrecht (diritto penale dell'economia) e reato di Untreue (§ 266 StGB).
2. *Untreue* e *Wirtschaftstrafrecht* (diritto penale dell'economia). Riconduzione del reato alla categoria e centralità della norma nel sistema di diritto penale dell'economia tedesco.
3. Il bene giuridico: la dottrina tradizionale e l'*Untreue* come delitto patrimoniale puro.
4. Segue: letture funzionali della norma.
5. L'accessorietà al diritto commerciale; l'*Untreue* e la tutela dell'interesse sociale (*Organuntreue*).
6. Storia della fattispecie e rapporti col principio di determinatezza.

CAPITOLO III

STRUTTURA DEL REATO DI UNTREUE.

1. Dispositivo e sistematica dell'*Untreue*: *Aufbauschema*.
2. I soggetti del reato: l'*Untreue* come reato proprio.
3. La variante d'abuso: *Missbrauchtatbestand*. Caratteri generali: il potere di disporre e di obbligare. La condotta di abuso.
4. La variante di slealtà: *Treubruchtatbestand*. Caratteri generali e funzione della fattispecie. L'obbligo di vigilanza sul patrimonio altrui. La condotta di violazione
5. Il danno patrimoniale: reato di evento e reato di pericolo. I nessi causali.

6. L'elemento soggettivo del reato: *Vorsatz* (dolo).
7. Il consenso del titolare (*Einwilligung*) e la procedibilità d'ufficio.

CAPITOLO IV

ELEMENTI ACCESSORI ED ELABORAZIONE DI CASI GIURIDICI: UNO SGUARDO SULLA PORTATA APPLICATIVA.

1. Elaborazione di casi giuridici (*Fallbearbeitung*).
2. Untreue e rischio d'impresa (*Risikogeschäfte*).
3. L'Untreue nel diritto dei gruppi (*Konzernrecht*).

CAPITOLO V

INFEDelta' PATRIMONIALE: INTRODUZIONE.

1. Le esigenze di tutela del patrimonio sociale. Linee fondamentali e caratteri principali dei nuovi reati societari.
2. La riforma del diritto societario: il d.lgs. n. 6 del 2003.
3. "Storia" del dettato normativo: dal decreto EUROSIM alla Commissione Mirone.
4. I soggetti attivi del reato.
5. Il bene giuridico tutelato.

CAPITOLO VI

STRUTTURA DELLA INFEDelta' PATRIMONIALE.

1. Il presupposto della condotta: il conflitto di interessi.
2. La disciplina civilistica del conflitto di interessi: il nuovo art. 2391 c.c.
3. La condotta esecutiva: il compimento ed la partecipazione nella deliberazione di atti dispositivi.
4. L'evento: il danno patrimoniale.
5. L'elemento soggettivo.
6. L'infedeltà patrimoniale in rapporto ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.
7. Infedeltà del gruppo societario: la formula dei vantaggi compensativi. Natura della clausola e criteri di valutazione del vantaggio.
8. Regime di procedibilità e profili sanzionatori. Responsabilità dipendente da reato: esclusione.
9. Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: la specialità reciproca e l'area di interferenza.

CAPITOLO VII

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Rilievi riassuntivi sulle lamentate insufficienze della infedeltà patrimoniale.
2. Le lezioni dell'esperienza tedesca.
3. Prospettive *de jure condendo*.

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A. A. 2013-2014.

TESI IN DIRITTO PENALE 2

UNTREUE E INFEDelta' PATRIMONIALE: DUE FATTISPECIE A CONFRONTO

RELATORE:
Prof. MAURIZIO BELLACOSA

CANDIDATO:
ALESSANDRO BRUNORI

MATR. 103443.

CORRELATORE:
Prof. ELISA SCAROINA

Alessandro Brunori

Untreue e infedeltà patrimoniale:
due fattispecie a confronto.

LUISS – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali

INDICE SOMMARIO

Introduzione *pag.*

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AL REATO DI INFEDELTÀ.

1. Fedeltà e amministrazione di società.
2. Il panorama comparatistico dell'infedeltà patrimoniale: il modello tedesco (rimando); il modello francese; il modello spagnolo.

CAPITOLO II

L'UNTREUE TEDESCA: INTRODUZIONE E CENNI PROBLEMATICI.

1. Principi del diritto penale tedesco dell'economia.
2. *Untreue* e *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia). Riconduzione del reato alla categoria e centralità della norma nel sistema di diritto penale dell'economia tedesco.
3. Il bene giuridico: la dottrina tradizionale e l'*Untreue* come delitto patrimoniale puro.
4. Segue: letture funzionali della norma.
5. L'accessorietà al diritto commerciale; l'*Untreue* e la tutela dell'interesse sociale (*Organuntreue*).
6. Storia della fattispecie e rapporti col principio di determinatezza.

CAPITOLO III

STRUTTURA DEL REATO DI UNTREUE.

1. Dispositivo e sistematica dell'*Untreue*: *Aufbauschema*.
2. I soggetti del reato: l'*Untreue* come reato proprio.
3. La variante d'abuso: *Missbrauchtatbestand*. Caratteri generali: il potere di disporre e di obbligare. La condotta di abuso.
4. La variante di slealtà: *Treubruchtatbestand*. Caratteri generali e funzione della fattispecie. L'obbligo di vigilanza sul patrimonio altrui. La condotta di violazione
5. Il danno patrimoniale: reato di evento e reato di pericolo. I nessi causali.
6. L'elemento soggettivo del reato: *Vorsatz* (dolo).
7. Il consenso del titolare (*Einwilligung*) e la procedibilità d'ufficio.

CAPITOLO IV

ELEMENTI ACCESSORI ED ELABORAZIONE DI CASI GIURIDICI: UNO SGUARDO SULLA PORTATA APPLICATIVA.

1. Elaborazione di casi giuridici (*Fallbearbeitung*).
2. Untreue e rischio d'impresa (*Risikogeschäfte*).
3. L'Untreue nel diritto dei gruppi (*Konzernrecht*).

CAPITOLO V

INFEDelta' PATRIMONIALE: INTRODUZIONE.

1. Le esigenze di tutela del patrimonio sociale. Linee fondamentali e caratteri principali dei nuovi reati societari.
2. La riforma del diritto societario: il d.lgs. n. 6 del 2003.
3. "Storia" del dettato normativo: dal decreto EUROSIM alla Commissione Mirone.
4. I soggetti attivi del reato.
5. Il bene giuridico tutelato.

CAPITOLO VI

STRUTTURA DELLA INFEDelta' PATRIMONIALE.

1. Il presupposto della condotta: il conflitto di interessi.
2. La disciplina civilistica del conflitto di interessi: il nuovo art. 2391 c.c.
3. La condotta esecutiva: il compimento ed la partecipazione nella deliberazione di atti dispositivi.
4. L'evento: il danno patrimoniale.
5. L'elemento soggettivo.
6. L'infedeltà patrimoniale in rapporto ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.
7. Infedeltà del gruppo societario: la formula dei vantaggi compensativi. Natura della clausola e criteri di valutazione del vantaggio.
8. Regime di procedibilità e profili sanzionatori. Responsabilità dipendente da reato: esclusione.
9. Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: la specialità reciproca e l'area di interferenza.

CAPITOLO VII

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Rilievi riassuntivi sulle lamentate insufficienze della infedeltà patrimoniale.
2. Le lezioni dell'esperienza tedesca.
3. Prospettive *de jure condendo*.

INTRODUZIONE AL REATO DI INFEDELTÀ.

SOMMARIO: 1. Fedeltà e amministrazione di società. – 2. Il panorama comparatistico dell'infedeltà patrimoniale: il modello tedesco (rimando); il modello francese; il modello spagnolo.

1. Fedeltà e amministrazione di società.

L'introduzione nel tessuto normativo italiano di una fattispecie di infedeltà patrimoniale segnava il punto d'arrivo di un lungo dibattito dottrinario e realizzava l'attesa trasposizione nelle forme della legge scritta di una "categoria elaborata dalla dottrina in una prospettiva di raggruppamento dogmatico, di tradizione storica, di diritto comparato e di *jus condendum*¹": l'idea di una rielaborazione in termini tecnico-giuridici del concetto di fedeltà connesso alla sfera patrimoniale popolava infatti già da decenni la letteratura giuridica nazionale², specialmente nella mente di coloro che avvertivano, in rispetto alle

¹ NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, in Enc. dir., vol. XXI, Milano, 1971, p. 440.

² Tra le dottrine oramai storiche si veda NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit.; NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941; e ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, che già nell'incipit della sua opera nota come "di fedeltà si parla in quasi tutti i settori dell'ordinamento. Dalla norma costituzionale che impone al Presidente della Repubblica di prestare giuramento di fedeltà e che prevede di conseguenza la sua responsabilità per alto tradimento (art 90 e 91 Cost.), alle norme che sanciscono il dovere di fedeltà in connessione collo *status* di cittadinanza (art. 54 Cost.) (...), a quelle ancora che contemplano l'obbligo reciproco della fedeltà imposto ai coniugi (art 143 c.c.), nonché l'obbligo di fedeltà imposto al prestatore di lavoro nei confronti dell'imprenditore (art. 2105 c.c.), è un susseguirsi di disposizioni, che esprimono

esperienze giuridiche straniere, quale lacuna soffrisse in Italia la tutela penale del patrimonio.

Lo studio di una fattispecie di infedeltà, che qui ci si propone, non può prescindere da una preliminare ontologia del concetto di infedeltà, colto, dapprima, nella sua dimensione extragiuridica; anzi, ancor prima della infedeltà, che è, a ben vedere, un concetto negativo, l'analisi dovrà concentrarsi sullo studio del suo presupposto logico fondante, ed ossia proprio la fedeltà.

Preliminarmente, occorre far luce sulla differenza "qualitativa" che corre tra la nozione di fiducia e quella di fedeltà³ : la prima, di natura eminentemente psicologica, coincide con l'intima persuasione della lealtà di una persona, che induce a trattare con essa piuttosto che con un'altra⁴.

la vitalità del fenomeno nell'ambito dei più diversi settori del nostro ordinamento. Nel campo del diritto penale, manca una disciplina unitaria della materia, e le norme che se ne occupano direttamente attengono ad aspetti particolari; v. anche ALDROVANDI P., *Art 2634*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A.Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, pp. 127 e 127; FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997.

³ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 15; NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit. p. 20; NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., par. 7, in cui l'autore conclude chiarendo "che, pur essendo vero che in moltissimi casi per la costituzione di un vincolo di fedeltà è essenziale la fiducia, una cosa è la tutela della fiducia ed altra cosa la tutela della fedeltà: l'una non può essere confusa con l'altra. La tutela della fiducia mira al rapporto giuridico dal punto di vista del motivo che ha presieduto alla sua formazione. La tutela della fedeltà è la tutela del rapporto dal punto di vista del suo contenuto. Da questa basilare nota differenziale derivano due importanti corollari: 1) l'obbligo della fedeltà può sussistere indipendentemente dalla fiducia e nonostante la sua mancanza; 2) mentre la fiducia acquista rilievo effettivo solo sotto un presupposto di libertà, la fedeltà ne prescinde assolutamente".

⁴ Cfr. NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., par. 2; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 15, per cui la protezione offerta dall'ordinamento alla fiducia consiste pertanto nella tutela accordata al motivo che ha ispirato la formazione di rapporti giuridici. In sede penale, secondo una parte della dottrina, una tutela della fiducia è presa in considerazione, seppur in via indiretta (trattandosi di reati a salvaguardia di interessi patrimoniali), nel delitto di truffa e, nella maggior parte dei casi, nel delitto di appropriazione indebita; v. pure ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 139 diversamente ritiene che "l'eventuale tutela penale (...) anche nei casi in cui la fiducia ha comunque rilievo, è sempre tutela della fedeltà e non della fiducia"; concludendo: fedele è la condotta che esprima adesione agli interessi del soggetto che conferiva la gestione: infedeltà

Costituendo un fenomeno essenzialmente soggettivo, la fiducia “può intervenire ed influire sulla costituzione di un obbligo di fedeltà, ma non è elemento costante e non partecipa necessariamente alla struttura di questo fenomeno. L’obbligo di fedeltà, che non sempre nasce da un atto di fiducia dell’interessato, non sempre può farsi rientrare nella categoria dei negozi di fiducia”, che consistono nel “fidare delle qualità intrinseche e morali dell’altra parte”⁵.

La fedeltà, al contrario, è un concetto normativo, attinente ad una sfera oggettiva: in altri termini non è un dato empirico, che possa percepirsi e valutarsi nella realtà quotidiana, bensì è suscettibile di essere appreso solo in relazione ad un parametro normativo, anche solo etico o culturale⁶.

Può, inoltre, distinguersi, in una duplice accezione, personale e reale.

La fedeltà personale si concreta in “un comportamento cosciente di subordinazione dei propri interessi agli interessi di un’altra persona” ed ossia il sacrificio, accettato dalla parte fedele, di assicurare, in caso di conflitto, la prevalenza degli interessi altrui⁷.

La nozione di fedeltà reale indica, diversamente, “l’esatto adempimento di un obbligo precedentemente assunto” e si concreta, quindi, nella perfetta

significa “sviare” il potere gestorio per la realizzazione di un fine diverso ed incompatibile rispetto a quello che fondava la concessione dei poteri stessi.

⁵ Così ZUCCALA’ G., *L’infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 139

⁶ V. ZUCCALA’ G., *L’infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 8; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 17, per il quale l’infedeltà patrimoniale, imperniandosi sulla violazione di un obbligo di fedeltà altro non è che “un concetto normativo, in quanto il suo contenuto ha per presupposto una serie di norme comportamentali”.

⁷ Cfr. NUVOLONE P., *L’infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit. p. 11-12, in cui si aggiunge che “il concetto di fedeltà, (...) acquista concretezza solo sotto un presupposto di conflitto: a differenza, ad esempio, dalla sincerità, dall’onestà, ecc., che non presuppongono necessariamente un contrasto da risolvere in un determinato modo nell’interesse di un altro. Si può essere sinceri ed onesti, senza sacrificar nulla del proprio o dell’altrui; ma senza l’accettazione di un tale sacrificio non si può essere fedeli. E questo perché l’onestà e la sincerità sono caratteristiche di un comportamento *erga omnes*: la fedeltà, invece, è per sua natura caratteristica di un comportamento *erga hominem*, e, cioè, necessariamente, esclusiva”.

conformità ai doveri e nell'adempimento degli impegni presi⁸: su questa linea di pensiero la fedeltà coincide con la "correttezza" e la sua violazione, l'infedeltà, altro non è che l'inadempimento⁹.

Nella sua qualità reale, allora, la fedeltà si appiattisce, invero, dietro una divergenza terminologica: si esaurisce, cioè, in un altro nome della correttezza e descrive, cioè, il corretto adempimento contrattuale del mandatario in relazione agli obblighi inerenti al suo ufficio.

La divisione sopra proposta merita un cenno critico conclusivo: all'orizzonte di un delitto di infedeltà che abbracci senza riserve la teorica della fedeltà reale si profila il problema della *penalizzazione del diritto contrattuale* ed il rischio di alimentare, ossia, l'aspirazione meramente "sanzionatoria" già spesso rilevata con riguardo al diritto penale delle società¹⁰.

Ciò detto può cominciarsi a delineare uno scheletro del delitto di infedeltà, colto nella sua ontologia fondamentale.

Seguendo una prima, storica ricostruzione del Nuvolone, le norme poste a presidio della fedeltà dei gestori del patrimonio altrui presentano tre elementi essenziali: un primo elemento materiale, ed ossia "il danneggiamento effettivo o tentato degli interessi patrimoniali di una persona", la quale diviene conseguentemente soggetto passivo del reato; l'elemento psicologico del dolo, almeno nella forma eventuale¹¹; a questi si aggiunge, da ultimo, un elemento normativo: la condotta criminosa qualificata dal dolo e produttiva del pregiudizio patrimoniale deve infatti anche costituire "la violazione di un obbligo

⁸ NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., par. 2; IDEM, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., p. 12; ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 41; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 16.

⁹ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 16; ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., pp. 60 e 85.

¹⁰ V. ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 75.

¹¹ ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 126, NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., par. 3, per cui la violazione "deve essere volontaria: infatti l'infedeltà, come comportamento che contraddice a un obbligo di subordinazione personale, deve consistere nel porsi della persona in contraddizione con l'atteggiamento cui è vincolata: contraddizione che non può evidentemente esistere, senza che concorra l'elemento della volontà. Ciò non significa tuttavia che la volontà debba essere diretta da una precisa intenzione di danno: anche l'eventualità del danno può bastare a costituire la volontà infedele. Ma è, in ogni caso, da escludere che basti anche una semplice negligenza"; si veda anche ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 256.

di fedeltà che il soggetto attivo del reato ha verso il soggetto passivo, i cui interessi, in un ambito più o meno vasto, dovevano essere appunto tutelati da questo obbligo”¹².

Andando più dentro, nell'essenza del reato di infedeltà, si tratta dunque, “di un delitto di abuso (...) in cui il soggetto, agendo nell'ambito di un rapporto particolare, in violazione di un suo dovere specifico, utilizza a fini diversi da quelli tipici, sfrutta la situazione di vantaggio in cui s'è trovato ad agire, valendosi illegittimamente (...) delle facoltà o delle posizioni inerenti al rapporto che preesiste al delitto”¹³.

Come anche avviene nell'abuso d'ufficio o, più, semplicemente, nei casi in sia configurabile l'aggravante di cui all'art. 61, co. 1, n° 11, c.p., l'azione criminosa si inserisce funzionalmente sulla posizione che l'autore veste nei confronti del soggetto passivo del reato, piegandone i poteri ad esso coesenziali per la realizzazione di un interesse estraneo a quello oggetto del rapporto fiduciario.

È di primo rilievo, innanzitutto, segnare con decisione il confine distintivo tra un semplice inadempimento di natura abusiva e una condotta che invece integri una infedeltà, ai sensi della ricostruzione ontologica che qui si ripropone: l'infedeltà si qualifica infatti nella speciale relazione di prossimità con l'interesse soppresso, la cui realizzazione era oggetto del rapporto fiduciario che investiva l'autore dell'infedeltà. In altri termini infedeltà è *in primis* violazione di un *dovere fiduciario*.

Questo dovere è stato ben definito come quello “principale di un rapporto in nome del quale il titolare è obbligato a curare l'interesse (o anche l'interesse)

¹² NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., par. 1.

¹³ ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 145, il quale specifica che nell'ipotesi di infedeltà “il soggetto abusa di una posizione in cui già esso si trova e di cui doveva fare uso per il conseguimento di quegli scopi e finalità connessi alla posizione stessa. Il soggetto, dunque – e su questa base si può fissare la più ampia distinzione della condotta infedele dagli altri comportamenti di abuso – è già a contatto con l'interesse che intende aggredire, sicché è sufficiente un suo atto a produrre la lesione tipica: e ciò a differenza di altre ipotesi, in cui l'abuso si innesta su una particolare condizione della vittima, di cui il reo abusa per strapparne la cooperazione”; cfr. anche BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 19 e MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 121.

di altri, che viene lui affidato, a precedenza del suo interesse e quindi eventualmente anche con pregiudizio di questo”¹⁴.

Il suo contenuto può essere tra i più vari, ma deve comunque posizionarsi nel ventaglio di possibilità aperto tra due poli estremi: si va infatti dal dovere *positivo* di esercitare i poteri concessi nell’interesse esclusivo della persona a cui si deve fedeltà; a quello *negativo* di non servirsi della propria posizione di privilegiato accesso alla sfera giuridica della persona che concedeva i poteri fiduciari per cagionarle danno¹⁵.

In quest’ultima versione, si noti, l’obbligo in parola assume la veste di *species* del principio generale del *neminem laedere*.

Con una siffatta ampiezza di contenuto, poi, un obbligo di infedeltà può ravvisarsi tra le più disparate branche dell’ordinamento giuridico.

Quanto però interessa all’indagine che qui ci si propone è quello strettamente inerente alla cura degli interessi di natura patrimoniale: ci si rivolge, ossia, ai rapporti di fedeltà connessa alla investitura di poteri di gestione del patrimonio altrui (nella specie, quella contenuta nei contratti di gestione societaria).

In questa prospettiva, e rimodulando i risultati cui si perveniva anteriormente, una infedeltà *patrimoniale* può definirsi “qualsiasi volontaria violazione dell’obbligo di salvaguardare in modo esclusivo gli interessi patrimoniali di una persona: obbligo che può avere per contenuto la tutela attiva

¹⁴ ZUCCALA’ G., *L’infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 144.

¹⁵ NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., par. 4, il quale porta ad esempio “l’impiegato addetto alla verifica delle merci grezze che entrano in uno stabilimento di manifattura è investito di un potere di controllo che deve esercitare nell’esclusivo interesse dell’azienda da cui dipende: qualora egli dolosamente trascuri di compiere quanto è nelle sue mansioni o approfitti della sua posizione per danneggiare l’azienda, dovrà essere ritenuto responsabile di infedeltà”; cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 17, il quale appunto spiega che “il contenuto dell’obbligo di fedeltà è vario: si va dal *minimum* costituito dal comportamento, di carattere negativo, volto a non far prevalere gli interessi propri o di estranei, contrapposti a quelli da salvaguardare; fino all’effettiva attività nell’interesse della persona a cui la fedeltà è dovuta, con la connessa investitura dei poteri, come quelli di amministrazione e di disposizione del patrimonio altrui.

di questi interessi, ma che, in ogni caso, implica quanto meno il dovere di non ledere, per utile proprio od altrui o anche senza scopo, gli interessi medesimi”¹⁶.

Andando oltre, e traendo insegnamento da quanto detto sull'essenza (abusiva) della infedeltà e sulla latezza del possibile contenuto dell'obbligo di fedeltà, può dirsi che, su di un piano empirico-criminologico, l'infedeltà patrimoniale si specifica, da una parte, in un abuso di potere e, dall'altra, nella violazione di un dovere (per l'appunto quello di fedeltà)¹⁷.

Sono però necessarie due precisazioni in primo luogo l'abuso di potere è in realtà una specificazione della violazione del dovere, che solo per frequenza e gravità merita una separazione dogmatica¹⁸. Tra le forme della violazione dell'obbligo di fedeltà, l'abuso di potere è, infatti, “la più tipica ma non l'unica: c'è anche l'abuso di posizione in cui un soggetto, senza esercitare il potere giuridico allo stesso conferito, strumentalizza a proprio vantaggio la particolare posizione in cui si trova a causa delle funzioni assegnategli, oppure la condotta meramente omissiva, con cui si violi un dovere di attivarsi per curare interessi altrui”¹⁹. Non ogni infedeltà può però costituire un abuso di potere, dacché non ogni rapporto

¹⁶ NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit. p. 15.

¹⁷ La nozione di abuso, poi, richiama quella di conflitto di interessi. Come è stato già osservato, “il conflitto d'interessi conduce ad una posizione d'abuso (escluso quindi il difetto, ma anche il vero e proprio eccesso): anzi può dirsi che esso concreta la vera e tipica figura di abuso, e può anche dirsi la sola, se si voglia escludere la più grave forma, consistente nell'attività dolosa del rappresentante, in collusione col terzo, a danno del rappresentato”(NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., par. 4); cfr. anche Idem, op. cit., p. 11-12 per il quale “il concetto di fedeltà (...) acquista concretezza solo sotto un presupposto di conflitto: a differenza p.es. dalla sincerità, dall'onestà ecc. che non presuppongono necessariamente un contrasto da risolvere in un determinato modo nell'interesse di un altro”; si veda anche ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 80; PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 1., che specifica come l'attività del rappresentante che miri alla realizzazione di un interesse che si opponga a quello del rappresentato è attività illegittima quanto al fine, ed è tale appunto perché il mezzo (potere rappresentativo) in sé idoneo ad una data funzione (attuazione dell'interesse del rappresentato) è impiegato invece (esercizio illegittimo) contro la funzione stessa (attuazione dell'interesse contrastante).

¹⁸ Cfr., per tutti, PFEIFFER J., *Die Untreue im Zukünftigen Strafrecht*, Breslau, 1932, pp. 70 ss.; WELZEL H., *Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, Berlin, 1965, pp. 342 ss.

¹⁹ Così ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 127; NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 444.

fiduciario presuppone la concessione di poteri gestori, né ogni infedeltà ne presuppone necessariamente l'esercizio: concludendo "la violazione del dovere è una categoria più ampia che ricomprende anche quella dell'abuso di potere"²⁰ ed, anzi, le ipotesi di violazione del dovere di fedeltà, al di fuori dell'abuso e dell'eccesso di potere, costituiscono un numero assai notevole di casi, che non va trascurato.

In secondo luogo, bisogna anticipare che il § 266 StGB (codice penale tedesco) che disciplina in Germania la fattispecie di Untreue (infedeltà) e che costituisce l'oggetto della presente analisi comparatistica, proprio questa ambivalenza fenomenica riproduce con il suo "bifrontismo esecutivo"²¹: il reato richiamato disegna, infatti, la propria condotta esecutiva nelle forme, da una parte, di un abuso del potere di disporre del patrimonio d'altri o di obbligarli (*Mißbrauch einer Verfügungs- Verpflichtungsbefugnis*; § 266, 1. Alt. StGB); dall'altra, di violazione di un dovere di cura del patrimonio altrui (*Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht*; § 266 2. Alt. StGB). Le due varianti, lungi dal rappresentare autonome fattispecie di reato, sono in realtà le "due teste dello stesso corpo": l'evoluzione giurisprudenziale condotta dalle corti tedesche attraverso i decenni ha già messo in luce ciò che qui anteriormente si dichiarava, ed ossia che l'abuso del potere costituisce già *per se* una violazione del dovere di fedeltà²².

Tornando all'esperienza italiana, delitti di infedeltà come studiati nei termini sopra delineati sono stati individuati nei settori più eterogenei dell'ordinamento penale: la fenomenologia delle ipotesi di infedele gestione degli interessi patrimoniali altrui può dividersi, seguendo le suggestioni di una autorevole dottrina, in base alla natura dei rapporti da cui il dovere fiduciario ogni volta scaturisce ed ossia a seconda che il rapporto incida su di un ambito di

²⁰ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 19, che, al riguardo, sottolinea la vaghezza delle locuzioni di "abuso di potere" e di "violazione del dovere", che contribuiscono a dare "una marcata indeterminatezza alla nozione di infedeltà patrimoniale". Secondo l'autore, poi, "è questo rischio che il legislatore ha tenuto presente ed ha accuratamente evitato, nella previsione della figura criminosa ex art. 2634 c.c".

²¹²¹ V. infra, cap. III, par. 1.

²² Sul punto confronta NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., par. 5.

interessi principalmente individuali ovvero coinvolga, per la speciale funzione rivestita dal mandatario, interessi superindividuali²³.

Sotto la prima categoria possono annoverarsi i reati di infedeltà del patrocinatore legale o del consulente tecnico, disciplinati agli articoli 380 e 381 del codice penale.

Per quanto attiene invece la seconda categoria, ed ossia delle infedeltà gestorie che direttamente interferiscano con interessi di natura superindividuale, occorre nuovamente distinguere: interessi di tal fatta connessi ad una attività di gestione possono infatti ravvisarsi tanto nel settore della pubblica amministrazione, quanto in quello dell'impresa commerciale.

Nel contesto della disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione, sono certe ipotesi di infedeltà gestoria la corruzione propria (art 319 c.p.) e l'abuso di ufficio (art 323 c.p.)²⁴.

Nei reati contro l'ordine economico, poi, reati di infedeltà, antecedentemente alla riforma n. 61 del 2002, potevano ravvisarsi solo nel settore della crisi di impresa, in specie nella figura criminosa di bancarotta

²³ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 20; FOFFANI L., *Poteri di gestione del patrimonio altrui e infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, a cura di G. Insolera e R. Acquaroli, Ancona, 1997, pp. 130 e ss.

²⁴ Al novero può ora aggiungersi l'art. 314 c.p.: all'elisione della modalità distrattiva della realizzazione del reato faceva infatti seguito la riespansione del concetto di appropriazione, sul paradigma dell'art. 646 c.p., fino a ricomprendere la distrazione per finalità diverse da quelle prestabilite, ma per la realizzazione di uno scopo privato, in alcun modo riconducibile alla funzione amministrativa (Cass. pen., 17.4.2007, in CED Cass. pen., n. 28645); BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 21; cfr. anche ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 184, che aggiunge, nella formulazione contemporanea alla trattazione, la malversazione (315 c.p.), la concussione (art. 317 c.p.) e altri, sottolineando che "in tutte queste ipotesi delittuose (...) si tratta di delitti che implicano nella loro struttura un agire contro l'interesse di una pubblica amministrazione, e precisamente di quella amministrazione da cui il soggetto attivo del reato dipende, anche se talvolta (come ad es. nel delitto di concussione) risultano valutati e qualificati come lesivi della pubblica amministrazione in senso lato, ossia lesivi dell'interesse amministrativo dello Stato (...). A differenza delle altre ipotesi di reato caratterizzate dalla violazione dei cosiddetti doveri esterni del soggetto (e si pensi tra tanti al dovere di disinteresse funzionale) i delitti contro la pubblica amministrazione, che qui si assumono come delitti di infedeltà, risultano costituiti da un contegno consistente in una (od anche in una) infrazione ai doveri interi del soggetto, e quindi al dovere di fedeltà funzionale.

impropria fraudolenta per distrazione (art 223, 1° co., l.fall) e in quella di operazioni dolose causative del fallimento (art. 223, cpv. n. 2, l.fall.)²⁵.

Nel settore, invece, della gestione ordinaria dell'impresa, sempre precedentemente alla citata riforma degli illeciti penali societari del 2002, l'assenza di una fattispecie di infedeltà patrimoniale segnava, per la categoria, la "più profonda e grave lacuna di tutela".

Un vuoto normativo tanto più sentito nel contesto del crescente complicarsi ed ampliarsi del fenomeno societario: si faceva sempre più urgente un delitto di infedeltà che contemperasse tutte le esigenze di tutela dei protagonisti della vicenda economica²⁶.

La prima preoccupazione riguardava il rischio di permettere un'indesiderata ingerenza degli organi giudicanti nell'attività di impresa: si alzavano, allora, le aspettative di determinatezza della fattispecie, perché la forza suggestiva di un reato "ad orologeria" non paralizzasse la libertà dell'azione economica.

In secondo luogo si premeva per un sapiente raccordo con la disciplina civilista, perché fosse approntata una tutela graduata dei patrimoni societari, in rispetto della funzione di *extrema ratio* del diritto penale imposta dal principio di sussidiarietà.

Da ultimo, alla nascita fattispecie di infedeltà si demandava il non facile compito di separare con precisione le lesioni patrimoniali afferente al normale

²⁵ Alle quali dopo la riforma citata deve aggiungersi la fattispecie di bancarotta fraudolenta societaria da infedeltà patrimoniale (art 223 cpv. n. 1, l.fall. in relazione all'art. 2634 c.c.); Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 21; FOFFANI L., *Poteri di gestione del patrimonio*, cit., p. 132.

²⁶ Cfr. ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 127, per cui, appunto, "la progressiva crescita di incidenza economica (e, quindi, anche sociale) del fenomeno della gestione di patrimoni altrui, soprattutto come conseguenza della preponderanza che sono venute via via ad acquisire nella vita economica le società commerciali, ha reso sempre più indifferibile la necessità di costruire fattispecie penali che si discostassero dalle (per così dire) più primitive "modalità" di aggressione del patrimonio altrui, tipicizzando i più frequenti comportamenti di gestione infedele" ; cfr. anche PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, pp. 534 e ss.; NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 459.

rischio di impresa da quelle attività lesive che costituiscono un abuso del potere gestorio²⁷.

Con tutte queste direttive ci si affacciava alla riforma del sistema penale-societario, il cui tormentato iter si concludeva con l'approvazione del d.l.s. 11 aprile 2002 n. 61 e l'introduzione del reato di infedeltà patrimoniale, per la cui redazione ha costituito ausilio imprescindibile lo studio approfondito delle esperienze sviluppatesi negli ordinamenti giuridici stranieri.

²⁷ V. ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 128.

2. Il panorama comparatistico dell'infedeltà patrimoniale: il modello tedesco (rimando); il modello francese; il modello spagnolo.

Il panorama comparatistico, in sede di redazione del dispositivo di infedeltà patrimoniale, saltava all'occhio del legislatore della riforma per ricchezza e varietà²⁸.

La molteplicità delle soluzioni adottate nelle differenti esperienze giuridiche può forse spiegarsi alla luce dell'attualità e della complessità delle tematiche afferenti alla infedeltà gestoria.

Nella foresta di possibili combinazioni di elementi tipicizzanti e di tecniche repressive, che si riscontra già da un primo sguardo sulla scena comparatistica, è però possibile rinvenire dei modelli teorici "estremi", che possono fungere sia da ausilio per l'analisi del comparatista come anche da guida per il legislatore di una futura riforma.

Distinzioni dottrinarie di questo tipo si sono svolte con riguardo da una parte, alla cerchia dei possibili soggetti attivi del reato e, dall'altra, alla funzione "istituzionale" ovvero "patrimoniale" che dalla precisa collocazione dei momenti di disvalore all'interno del dispositivo è possibile rinvenire nella norma.

Partendo dalla prima distinzione, quella basata, ossia, sui soggetti attivi, due opzioni si profilano tra i vari ordinamenti.

Può, da una parte, strutturarsi il reato come uno proprio del "mandatario", inteso come titolare di poteri dispositivi ovvero anche solo di doveri di cura sul

²⁸ In argomento si veda BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. pp. 84 e ss.; FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, a cura di Sieber, Dannecker, Kindhäuser, Vogel, Walter, Köln, 2008, p. 767; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 199; NAPOLEONI V., *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio*, in *Le Società*, 2000, p. 205; TIEDEMANN K., *Wirtschaftsrafrecht und Wirstcahftskriminalitaet BT*, 1976, pp. 134 e ss.; IDEM, *FS Wertemberger*, 1977, p. 241 (249 e ss); IDEM, *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln, 2004, (Fn. 10) Rn. 3; FREUDENTHAL H., *Die Untreue (§ 266 StGB und Nebegesetze)*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, Vol. VIII, 1906, p. 105.

patrimonio altrui: l'infedeltà viene così ad assumere una portata "generale" e dunque comune, o. per meglio dire, trasversale, a tutte le branche dell'ordinamento giuridico, trovando infatti applicazione ogni volta si sia di fronte ad un caso di separazione tra gestione e titolarità.

Si noti, già, come il naturale contrappasso di tanta tracotanza normativa è una sicura "crisi identitaria" per il reato, che vede sbiadire i propri contorni ad opera di continue manipolazioni ermeneutiche volte a permetterne l'adattamento alle svariate branche del diritto visitate dal largo spettro operativo della norma.

Un siffatto modello trova la sua massima espressione nella fattispecie di *Untreue* tedesca (§ 266 StGB,), che costituisce oggetto diretto della presente trattazione e per la cui analisi dunque si rimanda ai capitoli seguenti.

Ciò che, in questa sede, merita invece di riportarsi con riguardo a questa ultima fattispecie è, in primo luogo, come, in essa, il disvalore della condotta si concentri nella *deminutio patrimonii*: il danno svela la offensività della condotta e segna dunque il confine tra il punibile e la completa impunità (non essendo configurabile il tentativo); in secondo luogo come il modello tedesco, al di fuori dell'area del diritto germanico (Svizzera, Austria) abbia a dire invero un riscontro infelice, sollevando per lo più critiche contro una certa e insostenibile indeterminatezza sua connaturale. La vaghezza dei termini impiegati, funzionale all'"aggiustamento" della fattispecie su tutti i fenomeni di infedeltà reperibili nella mondo giuridico, è accolta infatti con particolare diffidenza e insoddisfazione da quanti, in questa, ravvisano una incompatibilità con il principio di determinatezza della norma penale. Al momento, infatti, abbracciano questo modello solo l'art 173, nr. 7 del codice penale argentino²⁹, l'art 198 del

²⁹ Si riporta il testo dell' *artículo 173*: <<Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: Nr. 7) El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes, perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos>>.

codice penale di San Marino e la *Infidelidade* prevista all'articolo 224 c.p. del Portogallo³⁰.

La seconda opzione è quella di struttura il reato come uno proprio di una cerchia di soggetti qualificati all'interno dell'ambito societario, bancario e finanziario.

Ne offre un esempio il reato di *Abus de biens ou des credits sociaux, des pouvoirs ou des voix* francese³¹, che ancora ad oggi rappresenta la più importante, oltre che più antica, alternativa al reato di *Untreue*³².

Neanche questo modello va però esente da critiche, atteso come la delimitazione dell'ambito applicativo al solo fenomeno societario e finanziario si dimostra sempre una scelta asfittica che finisce infatti interferire con le limitrofe e più generali disposizioni penali a tutela del patrimonio (il richiamo va all'appropriazione indebita).

Entrando nell'analisi della fattispecie prevista nell'ordinamento francese, questa veniva introdotta con legge dell'8 agosto 1935 e successivamente novellata nel 1966 con legge n. 66-537, di riforma della disciplina delle società commerciali; da ultimo, in forza della *ordonnance* 2000-912 del 18 settembre 2000, era inserita all'interno del *code de commerce* agli articoli L. 241-3, 4° e 5° per la società a responsabilità limitata e all'art. L. 242-6, 3° e 4° per la società per azioni³³.

³⁰ Se ne riporta il testo (Artigo 224.º - Infidelidad): <<1 - Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 - A tentativa é punível.

3 - O procedimento criminal depende de queixa.

4 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 206.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 207.>>.

³¹ FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, cit, p. 776.

³² Così FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, op. loc. ult. cit..

³³ Si riporta il testo dell' *article* L241-3: <<Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros: 4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent

Il reato consiste nel fatto degli amministratori (dei presidenti o dei direttori generali) che, dolosamente (*de mauvaise foi*), fanno, dei beni o dei crediti (L241-3, 4° co.; L242-6, 3° co.) ovvero anche dei poteri o dei voti sociali (L241-3, 5° co.; L242-6, 4° co.), un uso che questi sanno contrario all'interesse della società, per l perseguimento di fini personali ovvero per favorire società o altre imprese in cui hanno interesse.

In primo luogo, l'*Abus* francese presenta la struttura del reato di azione, dovendo l'"abuso" concretarsi in un "uso" contrario all'interesse sociale³⁴, con diretta esclusione della variante omissiva.

La contrarietà all'interesse della società esprime il momento di disvalore della condotta³⁵, trasformando l'uso nell'"abuso". Pare trasparire qui quella definizione di abuso data in tempi più remoti da Nuvolone, quale "impiego del potere ottenuto in vista di un determinato fine, per un fine che con esso è in contrasto". In altri termini l'amministratore si muove all'interno del suo potere,

ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement>>.

³⁴ Cfr. D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 9: "possono essere in contrasto con l'interesse sociale gli atti estranei all'oggetto sociale, come ad esempio l'acquisto di selvaggina da parte di una società il cui oggetto sociale sia il commercio di alcolici. Ma la sola estraneità dell'atto all'oggetto sociale non basta a qualificare l'atto come contrario all'interesse sociale, perché occorre operare un ulteriore accertamento finalizzato a verificare se l'atto è stato posto in essere per soddisfare esclusivamente un interesse dell'amministratore o per altri motivi". Di rilievo è come, in un caso di fondi extra bilancio costituiti in parte per soddisfare esigenze personali degli amministratori in parte come compenso per spese sostenute ma non dichiarate.

³⁵ D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 13: il delitto di abuso dei beni sociali ha il suo nucleo essenziale nell'uso dei beni contrario all'interesse sociale, cioè in una formula dai confini estremamente dilatati e non ben definiti tanto da ricomprendervi, a meno che non si risolva in un vantaggio per la società, anche l'uso di beni estraneo all'oggetto sociale. Ed ossia, questo contiene in nuce il conflitto di interessi (v. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 88). Non bisogna però dimenticare che pure sempre sussiste il timore che la scelta di individuare la base materiale dell'abuso nella contraddizione con l'interesse sociale, anziché ricorrere, ad esempio, ad un meno impegnativo riferimento al patrimonio sociale, abbia introdotto dei non necessari elementi di complessità (e anche qualche fattore di ambiguità) nella definizione dell'oggetto e dei confini della tutela penale; v. FOFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi*, cit., p. 303.

ma ne provoca uno sviamento, piegandolo verso la realizzazione di un fine diverso ed incompatibile da quello che fondava il mandato gestorio³⁶: si tratta, dunque, (è bene ribadirlo) di un eccesso di potere per sviamento.

Interessante, poi, il momento soggettivo, fortemente articolato: al dolo generico, ed ossia la rappresentazione in capo al soggetto attivo del proprio titolo gestorio e della natura “sociale” dei poteri e dei voti di cui gli autori abusano, nonché dei beni o dei crediti oggetto materiale della condotta esecutiva, si aggiunge il dolo specifico del perseguimento di fini personali (la dizione ampia permette di ricomprendere anche le finalità non patrimoniali), ovvero del favorire un’altra società o un’impresa in cui l’autore ha interesse.

Come attentamente osservato, “la presenza del dolo specifico e dunque la impresa; è la presenza di un movente egotico che consente di tracciare il confine tra rischio normale e rischio che, in quanto anomalo, contrasta con l’interesse sociale”³⁷.

L’usage abusif deve poi avvenire *de mauvais foi*, ed ossia “dolosamente”: l’espressione, che sottolinea la necessaria intenzionalità della condotta, mira ad escludere dalla sfera del punibile il fatto commesso con un dolo solo eventuale.

Da ultimo, vale più di ogni altro elemento a distinguere la fattispecie francese la mancata previsione dell’evento del danno³⁸, che segna la totale irrilevanza del verificarsi di un danno, sposta il mirino della tutela da un piano prettamente patrimoniale, che invece domina la fattispecie tedesca, ad uno istituzionale (quasi-pubblicistico³⁹) incentrato sul *déteournement de pouvoirs*, ed ossia, come si è detto sull’eccesso di potere per sviamento.

Così delineato, un siffatto paradigma di incriminazione ha il merito principale di effettuare un contemperamento tra l’esigenza di reprimere i più

³⁶ NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 443; CALO’ R., *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1077

³⁷ CALO’ R., *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita*, cit., p. 1077

³⁸ Realizzando una sorta di “spiritualizzazione” del reato di infedeltà che, data la già oscura formulazione, non aiuta gli interpreti; FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi*, cit., p. 308.

³⁹ CALO’ R., *op. loc. ult. cit.*

gravi abusi realizzati dagli amministratori e quella di evitare un'eccessiva ingerenza del giudice nell'esercizio dell'attività d'impresa⁴⁰.

In questo modello pare di potersi altresì inquadrare la fattispecie di *Administracion desleal* spagnola⁴¹: la fattispecie veniva introdotta nel nuovo *Codigo penal* del 1995, all'interno di un vero e proprio titolo dedicato agli illeciti penali societari e rubricato "*delitos contra el orden socioeconómico*"; l'opzione legislativa costituisce a dire il vero una importante novità nel contesto europeo, in cui tradizionalmente si preferisce riservare la materia alla disciplina del codice civile (come in Italia⁴²) ovvero in legislazioni speciali (come in Francia e Germania)⁴³.

Una prima particolarità della norma si riscontra nei soggetti attivi, tra i quali sono previsti gli amministratori ed i soci ma non i direttori generali (a differenza di quanto avviene in Francia ed Italia).

⁴⁰ Sul versante sanzionatorio poi, l'*abus des biens* commina la sanzione fino ai cinque anni e l'ammenda fino ai 375.000 euro; di recente introduzione (l. n° 2013-1117 del 6 dicembre 2013 - art. 30) il terzo comma dell'articolo che prevede un aggravamento della pena fino a sette anni e 500.000 euro di ammenda € per il caso in cui il reato di *abus de biens ou de crédit de la société* sia compiuto "facendo impiego di conti aperti o di contratti sottoscritti con enti stabiliti all'estero, ovvero mediante l'interposizione fittizia di persone fisiche o giuridica, o anche di organismi, *trustee*, o istituzioni simili con sede all'estero".

⁴¹ Si veda, in argomento, FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, cit. p. 781 e ss. D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 14; di seguito il testo della *administración desleal* o fraudulenta ex Art. 295: <<Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido>>.

⁴² Un passo in questo senso nell'ordinamento italiano si registra nelle mire della commissione Pagliaro, costituita nel 1988 dal ministro della giustizia Vassali, per la riforma del codice penale, che prevedeva un titolo dedicato ai reati contro l'ordine economico. Si lamenta, tuttavia, lo scarso respiro del titolo spagnolo: si trattava, infatti, di cinque reati in cui non trovano tutela né il capitale sociale né il filone dell'informazione e della trasparenza societaria; cfr. FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi*, cit., p. 338.

⁴³ D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 15

In specie, presupponendo la condotta l'esercizio di poteri gestori, ha destato naturalmente perplessità l'introduzione del socio tra gli autori del reato, né pare ci si sia voluti riferire agli amministratore di fatto⁴⁴: si è di fronte, dunque, ad una "estensione soggettiva della quale non è agevole comprendere il significato e la portata"⁴⁵e che "non può che giustificarsi con la possibilità del conferimento al socio di una serie di incarichi che gli consentono di porre in essere atti di disposizione"⁴⁶.

Anche qui la condotta si concreta in un abuso delle funzioni proprie dell'amministratore e consiste infatti o in un atto di disposizione (fraudolento) dei beni sociali, ovvero, alternativamente, nell'assunzione di obbligazioni a carico della società⁴⁷.

In particolare, questa ultima variante esecutiva, ed ossia l'assunzione di obbligazioni, suscita il timore di indebite estensioni applicative, ma ogni "scorribanda interpretativa" trova un suo limite naturale nella previsione di un "danno economicamente valutabile": si badi allora che è proprio la struttura del reato di danno, con cui si intendeva rimpolpare la fattispecie in concretezza ed offensività, che vale a distinguere la fattispecie spagnola dalla corrispondente transalpina, avvicinandola a quella italiana.

⁴⁴ D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 17.

⁴⁵ Così FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi*, cit., p. 347.

⁴⁶ D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 18.

⁴⁷ D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *op. loc. ult. cit.*

L'UNTREUE TEDESCA: INTRODUZIONE E CENNI PROBLEMATICI.

SOMMARIO: 1. Lineamenti del *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia) e reato di *Untreue* (§ 266 StGB). - 2. *Untreue* e *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia). Riconduzione del reato alla categoria e centralità della norma nel sistema di diritto penale dell'economia tedesco. - 3. Il bene giuridico: la dottrina tradizionale e l'*Untreue* come delitto patrimoniale puro. - 4. Segue: letture funzionali della norma. - 5. L'accessorietà al diritto commerciale; l'*Untreue* e la tutela dell'interesse sociale (*Organuntreue*). - 6. Storia della fattispecie e rapporti col principio di determinatezza.

1. Lineamenti del *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia) e reato di *Untreue* (§ 266 StGB).

Quale sfida ermeneutica il § 266 del codice penale tedesco, rubricato *Untreue*, continui a rappresentare per gli studiosi del diritto penale dimostrano l'incessante letteratura giuridica ed una insolita ricorrenza nella giurisprudenza di vertice¹.

Della vaga formulazione del dettato normativo dell'*Untreue*, si è già fatto breve accenno²; le difficoltà interpretative non si arrestano, però, alla sola questione della eccessiva latezza dei termini impiegati, ovvero ai rapporti tra le varianti esecutive che ne tracciano l'impianto dualistico. Le perplessità, prima ancora che nel momento (già applicativo) della sussunzione del fatto nel paradigma normativo, e già anteriormente rispetto al tema (di parte speciale) di

¹ Anche la recente pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, in NJW 2012, 3209, 3212, principia notando che "der Untreutatbestand ist seit jeher Gegenstand intensiver Befassung in Rechtsprechung und Schriftum".

² Si veda retro, cap. I, par. 2.

coerenza interna della norma penale, raggiungono l'interprete, da un lato, nello scrutinio di compatibilità con i principi costituzionali e del diritto penale generale, e, dall'altro, nello studio delle interferenze con le altre branche del diritto, specie civile ed amministrativo. Prima di addentrarsi nell'analisi strutturale della fattispecie, è dunque opportuno trattare due eminenti questioni di teoria generale.

In primo luogo andrà discusso l'inquadramento dogmatico del reato in parola all'interno della famiglia dei reati economici (*Wirtschaftsdelikte*) ripercorrendo, da una parte, i tentativi ricostruttivi che hanno segnato il dibattito dottrinario sulla speciale categoria del "Diritto Penale dell'Economia" (*Wirtschaftsstrafrecht*); dall'altra, affrontando il delicato ruolo di "mediazione" che a tale sistematizzazione affidano la dottrina e la giurisprudenza tedesche nel dialogo della norma in parola con i principi del diritto costituzionale.

In secondo luogo, sarà necessario fare accenno al problema dell'accessorietà del diritto penale rispetto agli istituti del diritto civile e pubblicistico. Il punto in questione è specialmente avvertito per il reato di Untreue, in cui il richiamo alle figure di non scarso rilievo del negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*), all'atto dell'autorità (*behördlicher Auftrag*), nonché del Patrimonio (*Vermögen*), pone il non facile quesito del travaso, sul banco del giudice penale, delle normative e dei sedimenti interpretativi di ordine tanto civilistico quanto amministrativo.

Del problema dell'accessorietà sarà discusso in un successivo paragrafo³, mentre converrà dedicare il presente ai contorni dogmatici ed agli istituti propri della speciale categoria del *Wirtschaftsstrafrecht*.

a) *Wirtschaftsstrafrecht* (Diritto penale dell'ecomia)⁴.

Superfluo parrebbe dar nota del rilievo sempre crescente della scienza economica. In un sistema come il nostro, improntato sull'economia di mercato⁵, il diritto non può evitare lo scontro con una serie di fattori di complessità,

³ V. infra, cap. II, par. 5.

⁴ In argomento si veda: WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, 2° ed., Monaco, 2011.

⁵ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Vol. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2013, p. 1.

derivanti dai piani economici dell'ordinamento, tra i quali vanno richiamati p.e.: il moltiplicarsi degli agenti economici aggregati, il fenomeno imprenditoriale, la progressiva astrazione dei beni di mercato, l'ingresso delle nuove tecnologie, nonché, non ultimi, i fenomeni di integrazione internazionale (*Internationalisierung*) e di globalizzazione (*Globalisierung*).

Quanto però interessa alla presente indagine è lo studio della capacità reattiva del diritto dinanzi all'inspessirsi delle variabili della vita fenomenica; più in particolare ci si è interrogati, in suolo tedesco, su quali licenze siano accordate all'ermeneuta che si addentri nella particolare area giuridica aperta dall'interferenza (inter-fusione) tra i due sistemi, *Recht* (diritto) e *Wirtschaft* (economia).

Anticipando, forse, temi che saranno trattati più ampiamente nel prosieguo della trattazione, attraverso la creazione "in vitro" di una speciale categoria degli illeciti penali societari, la cui dignità trovi misura nella natura superindividuale degli interessi in gioco e nella posizione sempre più privilegiata che questi assumono negli ordinamenti costituzionali (nonché in quello giuridico europeo), si vuole giustificare l'impiego da parte del legislatore penale di un armamentario particolarmente qualificato, tanto sanzionatorio quanto procedurale. Ci si vuole qui brevemente riferire alle figure, non sconosciute al diritto italiano, delle tecniche del *Sonderdelikt*⁶, dei *Gefährdungsdelikte*⁷, nonché al ricorso non

⁶ Reati propri (§ 25 StGB); v. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 6, Rn.1 und ff.; TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln, 2004, Rn. 56 e ss., per cui "Sie zeichnen sich durch eine besonders enge Beziehung des Täters zu dem geschützten Rechtsgut aus und sind meist ausdrücklich im Gesetz gekennzeichnet (z.B. Handeln als Arbeitgeber bei § 266 a StGB), nicht selten aber auch erst durch Auslegung zu ermitteln (Treupflichtiger bei § 266 StGB; Schuldner bei §§ 283 ff. StGB, da nur Schuldner ihre Zahlungen einstellen können - § 283 Abs. 6 StGB!); per una migliore impressione del rilievo pratico della dogmatica del reato proprio cfr. § 14 StGB, § 28 StGB e § 9 OWiG.

⁷ Reati di pericolo astratto; v. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 6, Rn. 7 e ss.; TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 58, per cui "wesentlich streitiger ist der Einsatz von abstrakten Gefährdungsdelikten im Wirtschaftsstrafrecht und im Strafrecht überhaupt. Es wird vor allem eingewandt, die nur abstrakte Gefährdung z.B. des Vermögen rücke den Strafschutz zu weit ins Vorfeld (der Schädigung) und sei kriminalpolitisch nicht zu legitimieren". In particolare per quanto attiene ai reati economici "die Bezeichnung als abstrakte Gefährdung erfolgt meist nur aushilfsweise, weil bei den Institutionen und rechtlichen Kollektivinteressen

infrequente alle *Blankettatbestände*⁸, alle *Auffangtatbestände*⁹ e alle *Generalklauseln*¹⁰. Di tutte queste figure, oramai rientranti a pieno titolo nella nuova dogmatica del *Wirtschaftsstrafrecht*, sarà detto più ampiamente avanti; per ora occorre invece far presente come, da un lato, il loro impiego sia stato diretto ad armare il giudice di un più confortevole spazio di reazione in risposta alle strategie ogni volta elusive dei dettati normativi penalistici, la cui gittata sanzionatoria, specialmente nel dinamico ambito commerciale, trova un limite strutturale nei principi di frammentarietà e determinatezza; dall'altro il diritto penale delle società assunto come categoria ha il difetto (basta pensare ai principi di anti giuridicità materiale vigenti in materia di diritto penale tedesco) di cucire sull'organo giudiziario una veste altamente politicizzata.

A parere di chi scrive, quindi, dire, come si è fatto in *incipit*, che il *Wirtschaftsstrafrecht* (Diritto penale dell'economia) detenga ruolo di "mediatore" nel dialogo tra *Untreue* e *Grundgesetz*, vale a mettere in circolo tra

durch die Straftat weder eine Verletzung noch eine konkrete Gefährdung eintritt.; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 4° ed., 2006, § 2, Rn. 68 e ss.; SCHÜNEMANN B., *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 201 e ss..

⁸ Norme penali in bianco, definite in WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 6, Rn. 14, come "Sanktionsnormen, die die Voraussetzung der Sanktionierung nicht abschließend im Tatbestand selbst regeln, sondern diesbezüglich auf andere Normen verweisen; cfr. TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 2; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. 1, cit., § 5, Rn. 40 e §12 Rn. 110; in giurisprudenza si veda anche BGHSt 6, 40.

⁹ Fattispecie generali che "chiudono" la tutela di un dato bene giuridico, raccogliendo in via sussidiaria le lesioni del bene che non rientrino nelle fattispecie speciali. Esempio tipico ne è l'appropriazione indebita per il furto, la rapina, l'estorsione e la frode; cfr. TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 64 che ne fonda l'impiego su eminenti esigenze di efficacia del diritto penale: "die problematik hängt eng mit dem allgemeinen Problem der Praktikabilität von Strafgesetze zusammen, und betrifft insoweit das rechtstheoretisch weithin ungeklärte Verhältnis von materiellem Strafrecht und Strafprozess(recht)".

¹⁰ Così WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 6, Rn. 20, nel testo originale: "von allgemein formulierten und auslegungsbedürftigen Normen". Sono norme costruite mediante più termini "aperti" che permettono cioè alla magistratura un più ampio spazio di manovra, tale da approntare una pronta reazione alle strategie elusive del dettato normativo; V. anche TIEDEMANN K., *Generalklauseln im Wirtschaftsstrafrecht – am Beispiel der Unklarheit im Wettbewerbsstrafrecht* -, in T.Fischer, Bernsmann K (a cura di), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*, 2011, pp. 685 e ss..

gli argomenti del sinodo costituzionale gli interessi ad esso sottesi, perché funga da “bypass etico” in grado di razionalizzare (*melius*: giustificare) una adesione più rilassata della materia penale con i dettati costituzionali.

Già Bricola, in un suo storico trattato¹¹, ammoniva sulla “minore attenzione che il costituente tedesco dedica alla materia penale”, nonché sulla “minore utilizzazione dottrinale di quelle norme costituzionali (es.: il 103 corrispondente al nostro art. 25, 2° comma) che, accortamente applicate, potrebbero circoscrivere il ruolo di elementi ultralegali nella teoria generale del reato”¹². Allo stesso modo si è trattato, per la categoria del *Wirtschaftsstrafrecht*, di intervenire sulla bilancia del giudice costituzionale, ponendo a contrappeso di una applicazione “compendiata”, da parte del legislatore penale, dei principi costituzionali che ne informano l’operato, una urgenza di “differenziazione” da attuarsi sulle unicità ed imminenze del sistema di mercato.

Si spiega allora in quale senso già Jung nel 1979¹³, sulla scia delle incertezze della giurisprudenza costituzionale e penale dinanzi al crescente rilievo del fenomeno economico, si riferiva alla categoria in parola come “campo di prova” dell’intero sistema di diritto penale.

Le difficoltà appaiono più evidenti, poi, ove si pensi che, ai quesiti ora visti di tecnica normativa, si aggiungeva un problema di teoria criminologica: nello studio dei nuovissimi attori della peculiare scena degli *white collar crimes*, infatti, non venivano in aiuto le categorie della criminologia classica.

Nel profilato panorama di disorientamento dogmatico, urgeva dunque la ricostruzione teorica di una speciale categoria, dai contorni ben delineati, cui riservare la delicata differenziazione nel duplice ambito e della dialettica costituzionale e della tecnica normativa.

Il dibattito si è così rapidamente spostato sul piano definitorio. Benché dai primi anni del dibattito il tempo sia trascorso ed i principi abbiano già trovato

¹¹ BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 7, ora anche in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p. 539.

¹² BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, cit., pag. 9.

¹³ Cfr. JUNG H., *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems*, 1979.

sedimento, una definizione unitaria per la materia non si è saputa trovare, né vi è accordo in dottrina circa i criteri cui affidarsi per addivenire a tale definizione¹⁴.

L'incertezza ha trovato primo alimento nel difetto di una espressa definizione legale¹⁵. Il § 74 GVG, recante la disciplina della competenza delle *Wirtschaftskammern*¹⁶, indica, sul piano strettamente processuale, una serie di fattispecie "economiche" (ed ossia: la cui applicazione richiede una speciale perizia in ambito economico): la norma, tuttavia, se ha fornito per certo validi indizi pratici per l'opera definitoria, non è però riuscita, lo si vedrà, a fondare un salda definizione della categoria¹⁷.

Nel fervente dibattito, così nato, alla ricerca di criteri che delimitassero adeguatamente l'ambito del *Wirtschaftsstrafrecht*, si sono sviluppate tre concezioni¹⁸:

- La concezione criminologica, basata sui concetti della nuova criminologia "economica" (***kriminologischer Begriff***).
- La concezione di processual-penalistica, che trae primo spunto dalla appena richiamata disciplina sulla competenza di cui al § 74 GVG (***strafprozessualer Begriff***).
- La concezione di "dogmatica del diritto penale" (***strafrechtsdogmatischer Begriff***) in due versioni: una attenta alla

¹⁴ Cfr. DANNECKER G., *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in B. Wabnitz, T. Janovsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3° ed., 2007, pp. 10 e ss..

¹⁵ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 2, Rn. 1, in particolare con riguardo alla irrilevanza dei §§ 30 IV Nr. 5 b AO e 6 WiSTG (1949).

¹⁶ All'interno del *Landesgericht* si affiancano alle *Große Strafkammern* (§74, I, GVG) tre camere specializzate: la *Staatsschutzkammern* (§ 74 a I GVG) per reati di rilievo tale da porre in pericolo l'ordine statale; la *Strafkammer als Schwurgericht* (§ 74 II GVG) per i delitti capitali (*Kapitaldelikten*), come p.e. gli omicidi dolosi; ed infine la *Wirtschaftskammer* (§ 74c I GVG).

¹⁷ Così GRUNST. B – VOLK. K., *Einleitung: Das Wirtschaftsstrafrecht im Rechtssystem*, in K.Volk (a cura di), *Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (Münchener Anwaltshandbuch)*, Monaco, 2006, § 1, Rn. 6; v. anche BKA, Bundeslagebericht Wirtschaftskriminalität 2009, p. 4.

¹⁸ Sulla tripartizione cfr.: WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., §2, Rn. 5; Otto, ZStW, 96 (1984), 341; GRUNST. B – VOLK. K., *Einleitung: Das Wirtschaftsstrafrecht im Rechtssystem*, in K.Volk (a cura di), *Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (Münchener Anwaltshandbuch)*, Monaco, 2006, § 1, Rn. 7 e ss.

speciale dannosità sociale dei reati economici; un'altra concentrata sulla tutela di beni giuridici collettivi.

Prima di addentrarsi nell'analisi delle singole concezioni, e correndo il rischio di ripetersi, può risultare utile interrogarsi in via di premessa sul rilievo pratico e teorico di una ricostruzione dogmatica definitoria come quella che qui di seguito si intende riprodurre.

Il diritto penale dell'economia (*Wirtschaftsstrafrecht*), come *species* del *genus Strafrecht* (Diritto penale), costituiva in primo luogo il giusto edificio dogmatico capace di ospitare un tipo criminologico nuovo, il *white collar criminal*¹⁹, qualificato professionalmente e pronto al rischio della illiceità; assisteva inoltre nel delicato compito di rifornire di unità e sistematicità una linea repressiva (penale) che già si era messa in luce per una sua connaturale *aléa moral* e che spesso vacillava sotto le forti ondate di indignazione sociale conseguenti alla risonanza pubblica che ancora oggi si accompagna ai grandi scandali in ambito imprenditoriale. Non solo, un più stabile inquadramento degli istituti all'interno di un piano unico di indagine pareva opportuno nella misura in cui offriva, all'interprete non prima che al legislatore economico, un più confortevole banco di studio in sede solo ermeneutica ovvero anche di riforma delle fattispecie vigenti.

Da ultimo è stato osservato come, su un piano esclusivamente logico, l'assunto di una teoria unitaria del reato contrasti con un principio di aderenza alla realtà. La differenziazione dogmatica delle aree del diritto penale servirebbe a ritrovare la necessaria prossimità di questa branca del diritto rispetto all'irriducibile pluralismo che si esperisce nella realtà materiale. Pare ossia innanzitutto una suggestione di logica elementare ad obbligare il teorico del diritto a riproporre, anche sul piano giuridico, la varietà dei fenomeni umani insuscettibile di una così artificiale *reductio ad unum*.

¹⁹ Per una ricostruzione della figura del *Weißer-Kragen-kriminelle* v. anche Bussmann/Salvenmoser, NStZ, 2006, 203, 207; cfr. anche BLICKLE G. – SCHLEGEL A. – FASSBENDER O. – KLEIN U., *Some personality correlates of business white-collar crime*, in *Applied Psychology*, 55, 2006, p. 220.

Ciò premesso con riguardo alle aspettative ogni volta celate dietro gli effettuati tentativi di inquadramento dogmatico della categoria, ci si può addentrare nella tripartizione sopra vista; si noterà come taluni siano partiti dal dato normativo, altri invece abbiano preferito seguire correnti solo ideologiche, ovvero suggestioni di teoria generale del diritto²⁰.

b) *Kriminologischer Begriff*: la concezione criminologica.

Gli assertori della concezione criminologica hanno tentato una definizione del *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia) che prescindesse dal dato normativo vigente, dedicandosi alla sua natura di fenomeno sociale.

Il primo, storico tentativo definitorio avanzato da Sutherland²¹ già attorno agli anni '30, si ritagliava sul pregiudizio per cui la criminalità doveva essere, per la quasi totalità dei casi, "prerogativa" dei ceti inferiori e riconduceva dunque alla *Weisse Kragen Kriminalität*²² quelle "*Straftaten die von ehrbaren Personen mit hohem sozialen Ansehen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit verübt werden*"²³.

Sempre su questa linea, si è avvertita la strettezza di una siffatta definizione e se ne è tentato un ampliamento con il più elastico concetto di *Berufskriminalität* (Occupational Crimes) accogliendo in esso anche le condotte criminali, compiute sì nello svolgimento dell'attività professionale, ma collegate ai sostrati sociali subito inferiori a quello dirigente (lavoratori subordinati, professionisti indipendenti ecc.). A questa era affiancata la *Verbandskriminalität* (Corporate crimes) con ciò lasciando intendere di aver riconosciuto come la

²⁰ Così, WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, op. loc. ult. cit. (seguita dai già citati Otto e Volk).

²¹ L'autore fu il primo ad introdurre il concetto di *Weisse-Krage-Kriminalität* nel panorama giuridico tedesco; celebre la sua opera „White Collar Crime“ (1939).

²² Per uno studio più approfondita sulla *Weisse Kragen Kriminalität* si veda anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 2, Rn. 6 e ss.; CLINARD M.B.- QUINNEY R., *Criminal Behavior Systems*, 2° ed., 1973, p. 188; Schünemann, *wistra* 1982, 41; Bussman/Salvenmoser, *NStZ* 2006, 203 e ss.

²³ "Delitti commessi da persone rispettabili di alto lignaggio sociale nell'ambito delle loro attività professionali"; così DANNECKER G., *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., p. 13; cfr. anche SUTHERLAND E.H., *White Collar Crime*, 2° ed., New York, 1961, p. 9 per cui letteralmente si tratta di "Verbrechen, das von einem Angehörigen einer hohen sozialen Schicht, in Rahmen seines berufes begangen wird".

buona parte delle suddette attività illecite fossero svolte tutt'altro che contro, quanto anzi *all'interno di e funzionalmente* alle politiche di impresa.

Lo studio consisteva in una approssimazione fenomenica, nel ritaglio ossia di una "*crime scene*" tipica, perché confluisse nel *Wirtschaftsstrafrecht* tutto quanto presentasse sufficienti "somiglianze" rispetto alla così rappresentata fenomenologia normale della criminalità di impresa²⁴.

In particolare si assumevano quali elementi specialmente indizianti per la riconduzione del caso al genere, oltre al profilo-tipo del criminale d'impresa²⁵, anche il concetto di connessione funzionale del delitto con l'attività imprenditoriale, fino ad arrivare alle figure del danno, che si connotava per la particolare ingenza, e dei danneggiati, spesso spersonalizzati nella collettività o diluiti in una nozione astratta di "sistema economico" colto nel complesso dei suoi fenomeni.

Le principali critiche alla teoria in parola sottolineavano l'errore di forzare l'identità tra i due insiemi di criminalità professionale da una parte e criminalità economica dall'altra, dove tra i due pare più corretto parlare di rapporto di genere a specie. Ed ossia: non tutte le attività professionali possono dirsi anche strettamente economiche, né tutti i crimini fenomenicamente "professionali" (ed ossia commessi in funzione e nello svolgimento di una attività professionale) avranno rilievo economico al punto da richiedere l'esercizio del particolare strumentario penale che il legislatore tedesco a questa branca vuole riservare. Su questa linea si è notato in via di critica che, perciocché attenga al

²⁴ V. anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pp. 594 e ss., per il quale il perimetro identificativo del *Wirtschaftsstrafrecht* va tracciato con i mezzi di una approssimazione fenomenica, ed ossia ricorrendo all'ausilio di indizi empirici tra i quali si riporta a titolo esemplificativo: l'appartenenza dei soggetti attivi ovvero passivi alla vita economica, la particolare natura commerciale dei rapporti ogni volta presi in considerazione come termine di comparazione della condotta illecita e così via discorrendo.

²⁵ I *Weisse-Kragen-Kriminelle* (in inglese: *White-Collar-Criminals*), ben diversi dai comuni criminali di strada, sono persone ben integrate nel tessuto sociale, spesso ne assumono anzi i ruoli di vertice; in molti casi si tratta a ben vedere di "uomini d'onore" (*Ehremänner*) per i quali viene a mancare l'*animus* di consapevole avversione all'ordinamento che caratterizza il tipico criminale: sono cioè convinti di agire secondo legalità ed in corretta applicazione dei principi dell'ordinamento giuridico; in argomento cfr. anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 2, Rn. 7; SCHWIND H.-D., *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 20° ed., 2010, § 21, Rn. 21.

concetto di impresa, il concetto di connessione funzionale risultava eccessivamente stretto, nella misura in cui escludeva i non infrequenti casi in cui l'attore agisse in aperto contrasto con la politica d'impresa; per quanto attiene invece al danno, la teoria criminologica non forniva un adeguato discrimine con i deterioramenti patrimoniali fisiologici connaturati al normale rischio d'impresa.

Una ultima critica avanzava su di un piano di teoria generale del diritto, asserendo la concezione criminologica partisse da un sostanziale errore metodologico: rompeva infatti con la dogmatica tradizionale del diritto penale, ove questo *"an die Tat und nicht an den Täter anknüpft"*²⁶. Più nello specifico sarebbero ragioni di diritto costituzionale, legate alla certezza del diritto, ad escludere concludenza per la teoria di cui si tratta, dove è l'art 103, co. 2 GG ad elevare a criterio esclusivo la definizione legale del fatto tipico, e non anche quella del soggetto attivo, "quand'anche una siffatta impostazione fondata sull'agente trovi corrispondenza nella dogmatica del diritto penale, nella misura in cui, specialmente nelle leggi complementari, si fa regolare ricorso alla figura del reato proprio, in cui si ha riguardo ad una specifica cerchia di soggetti (*Täterkreis*)"²⁷.

È sulla scorta delle critiche ora proposte che nasceva il tentativo di Schwind²⁸ di assicurare sopravvivenza alla concezione criminologica arricchendo il mero dato empirico con una nota assiologica di disvalore: l'autore avvertiva la natura approssimativa del taglio meramente statistico della teoria

²⁶ Così WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., §2, Rn. 11, aggiungendo che „dies gilt unabhängig davon, dass viele Wirtschaftsdelikte als Sonder- oder Pflichtdelikte nur von einer bestimmten Täterkreis mit einer bestimmten beruflichen Position begangen werden können“; Sul punto cfr. anche TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 44, in cui si spiega come „maßgebend für die Erfassung von Wirtschaftskriminalität aus verfassungsrechtlichen Gründen der Rechtssicherheit ist nicht die Täterdefinition, sondern die gesetzliche Umschreibung der Tat“.

²⁷ Così DANNECKER G., *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., p. 14.

²⁸ Così SCHWIND H.-D., *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, cit., § 21, Rn. 21.

criminologica classica e cercava un più netto discrimine facendo ricorso ad un concetto generale di abuso di fiducia. In questo senso, rientrerebbe nel *Wirtschaftsstrafrecht* l'insieme dei delitti (e delle contravvenzioni) commessi nello svolgimento di attività economiche con abuso del necessario buon affidamento sotteso al sistema economico, e che producono, oltre ad un danneggiamento per un individuo, altresì un nocimento per la collettività²⁹.

Determinante allora nella selezione dei reati di categoria sarà la lesione di un affidamento generale, da riportare alla collettività nel suo insieme, nella correttezza dei gestori della vita economica (*Wirtschaftsleben*)³⁰.

c) *Strafprozessualer Begriff*: concezione processualistica.

Gli autori della concezione di diritto processuale traevano spunto da talune particolarità in tema di processo e di prova, in particolare con riguardo alla riserva di competenza in favore di una speciale camera del *Landesgericht*³¹ (detta *Wirtschaftskammer*, ossia, letteralmente, Camera dell'Economia) per i dispositivi penali la cui applicazione necessiti di una speciale conoscenza, sul presupposto della delicatezza e della specialità della materia.

La competenza della *Wirtschaftskammer* è disciplinata al § 74c GVG; presupposto è che sia già fondata la devoluzione del caso al *Landesgericht* in prima istanza ex § 74, I GVG, ovvero in secondo grado ex § 74, III GVG contro le sentenze dello *Schöffensgericht*. Proseguendo la lettura del paragrafo 74c GVG, la competenza in parola si presenta duplice:

- 1) La competenza della *Wirtschaftskammer* è *assoluta*, ed ossia si presume necessaria *juris et de jure*³² una speciale perizia in tema

²⁹ A tal riguardo appunto SCHWIND H.-D., in *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, cit., definisce i *Wirtschaftsdelikte* “die Gesamtheit der Straftaten (und Ordnungswidrigkeiten), die bei wirtschaftlicher Betätigung unter Missbrauch des im Wirtschaftsleben nötigen Vertrauens, begangen werden und über eine individuelle Schädigung hinaus belange der Allgemeinheit berühren

³⁰ In tema di affidamento e *Vertrauen* ci si permette di rimandare a retro, cap. I, par. 1.

³¹ Per la divisione interna del *Landesgericht*, vedi infra.

³² WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 12: “unwiderleglich vermutet”.

di economia, per un *numerus clausus*³³ di fattispecie considerate figure “naturali” (*geborene*) del diritto penale dell’economia³⁴.

2) La competenza è *relativa*, invece, per taluni reati a più ampio spettro applicativo tra cui p.e. la Truffa (§ 263 StGB: *Betrug*) e la stessa *Untreue*. Per questi la camera in questione sarà competente solo a condizione che “per la decisione del caso siano necessarie speciali competenze in materia di vita economica”³⁵.

³³ Ne costituiscono esempi importanti in Germania il reato di bancarotta (§ 283 StGB, gli accordi lesivi della concorrenza (§ 298 StGB), nonché la corruzione e corrottibilità nei traffici economici (§ 299 StGB).

³⁴ In dottrina si è parlato al riguardo di “spezifische Wirtschaftsdelikte”; in tema di Wirtschaftsstrafrecht e Untreue cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 1.

³⁵ Si riporta il testo del § 74c I GVG recante disciplina della competenza della camera ecoomica: <<*Für Straftaten*

1. *nach dem Patentgesetz, dem Gebrauchsmustergesetz, dem Halbleiterschutzgesetz, dem Sortenschutzgesetz, dem Markengesetz, dem Designgesetz, dem Urheberrechtsgesetz, dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, der Insolvenzordnung, dem Aktiengesetz, dem Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen, dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, dem Handelsgesetzbuch, dem SE-Ausführungsgesetz, dem Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, dem Genossenschaftsgesetz, dem SCE-Ausführungsgesetz und dem Umwandlungsgesetz,*

2. *nach den Gesetzen über das Bank-, Depot-, Börsen- und Kreditwesen sowie nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz, dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz und dem Wertpapierhandelsgesetz,*

3. *nach dem Wirtschaftsstrafgesetz 1954, dem Außenwirtschaftsgesetz, den Devisenbewirtschaftungsgesetzen sowie dem Finanzmonopol-, Steuer- und Zollrecht, auch soweit dessen Strafvorschriften nach anderen Gesetzen anwendbar sind; dies gilt nicht, wenn dieselbe Handlung eine Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetzdarstellt, und nicht für Steuerstraftaten, welche die Kraftfahrzeugsteuer betreffen,*

4. *nach dem Weingesetz und dem Lebensmittelrecht,*

5. *des Subventionsbetruges, des Kapitalanlagebetruges, des Kreditbetruges, des Bankrotts, der Verletzung der Buchführungspflicht, der Gläubigerbegünstigung und der Schuldnerbegünstigung,*

5a. *der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen sowie der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr,*

6. a) *des Betruges, des Computerbetruges, der Untreue, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, des Wuchers, der Vorteilsannahme, der Bestechlichkeit, der Vorteilsgewährung und der Bestechung,*

b) *nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz,*

Contro chi sosteneva che su tali peculiarità potesse già fondarsi un definitivo criterio per la individuazione dei *Wirtschaftsdelikte* (delitti economici) ed ossia considerasse tali i soli reati che a questo speciale organo giudiziario dovessero devolversi, più voci della dottrina hanno reagito sottolineando che, se tale dispositivo può costituire un generoso conforto e un saldo segnale orientativo per gli studiosi della materia, non è però idoneo, né certo autosufficiente, a fondare la categoria in parola.

d) *Strafrechtsdogmatischer Begriff*: concezione di dogmatica del diritto penale.

Alla teoria di dogmatica del diritto penale appartengono quelle ricostruzioni del *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia) che partono dai principi di teoria generale del reato. Sotto questa definizione possono raggrupparsi, più in particolare, due separati orientamenti. Una parte della dottrina traeva spunto dalla considerazione della speciale dannosità sociale sempre sottesa ai *Wirtschaftsdelikte* (delitti economici). Oggetto di analisi doveva essere in primo luogo la *Strafwürdigkeit* (meritevolezza della pena) di una modalità di aggressione (*Angriffsmodalität*) ad un bene giuridico particolarmente lesiva per il sistema sociale, ed in grado di danneggiare una pluralità di soggetti la cui identità si ritraeva dietro la veste di protagonisti economici (*Marktteilnehmer*).³⁶ Una tale dannosità richiede che ad essere violato, oltre ad un bene individuale, sia anche un istituto collettivo quale il buon andamento dell'economia nel suo complesso; e violato non direttamente, quanto "mediatamente", con la lesione, ossia, di un astratto affidamento (Dannecker) che un sistema di mercato normalmente presuppone.

soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind,

ist, soweit nach § 74 Abs. 1 als Gericht des ersten Rechtszuges und nach § 74 Abs. 3 für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung gegen die Urteile des Schöffengerichts das Landgericht zuständig ist, eine Strafkammer als Wirtschaftsstrafkammer zuständig. § 120 bleibt unberührt>>.

³⁶ Si è già visto il tentativo di chi (come anche Tiedemann) riduce l'anonimato e la natura collettiva della persona offesa ad un dato empirico, di teoria criminologica.

L'affidamento cui qui si ha riguardo, non è dunque il moto emotivo del singolo, ma quello oggettivo, istituzionalizzato del mercato nella buona fede dei suoi attori principali.

Una definizione del *Wirtschaftsstrafrecht* che seguisse questo primo orientamento ci viene da Otto, per cui sono *Wirtschaftsdelikte*: “tutte le condotte che ledano l'affidamento nell'ordinamento economico in generale, o nei suoi singoli istituti, e con ciò mettano in pericolo lo stato (*Bestand*) e la funzionalità (*Arbeitsweise*) dello stesso”³⁷.

Il secondo orientamento si rivolge invece al nucleo sostanziale di una norma di diritto penale ed ossia al bene giuridico (*Rechtsgut*) a presidio del quale la stessa era introdotta nell'ordinamento. In questo senso saranno reati economici quelli che siano preposti a tutela di interessi di natura superindividuale³⁸.

Una teoria siffatta si scontra inevitabilmente con l'incertezza del dato del *Rechtsgut*, specie ove si assuma di tipo collettivo e lo si sottoponga, dunque, a sempre più intensi processi di astrazione³⁹; è in risposta a questa stessa incertezza che da più lati si raccomandano inquadramenti sistematici in funzione concretizzante, od anche solo riduttiva della complessità insita in tali concetti superindividuali⁴⁰.

E' proprio in questa senso che si dirige un ultimo, più recente orientamento definitorio tentato da Bräunig⁴¹ che, nel pensiero di chi scrive merita di

³⁷ Otto, ZStW, 96 (1984), 339, 342. Così anche Tiedemann (seguendo Otto), riferendosi ai casi in cui vi sia lesione dell'astratto affidamento nella stabilità (*Bestand*) e nel funzionamento (*Funktion*) dell'ordinamento economico

³⁸ Cfr. TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 45; HEINZ W., *Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts*, in *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Leipzig, 1998, pp. 20 e ss.; DANNECKER G., *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., pp. 14 e s.

³⁹ Cfr. al riguardo DANNECKER G., *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., p. 14, che parlando di tali beni usa le espressioni “luftige” und “wolkige”.

⁴⁰ Cfr. BRÄUNIG A., *Untreue in der Wirtschaft, Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, Berlin, 2011, pp. 36 e ss.

⁴¹ BRÄUNIG A., *Untreue in der Wirtschaft*, cit., p. 28, che ad *incipit* della sua opera spiega come le “funktionen sind daher immer Synthesen einer mehrzahl von Möglichkeiten. Die Funktionale Analyse der Systemtheorie eröffnet einen makroskopischen Blick, der alternative Möglichkeiten von Relationen aus einem

affiancarsi alle altre sopra riportate e che possiamo definire sistematico o “funzionale”⁴².

Si tratta di una ricostruzione per l'appunto meno assicurata ai salvagenti dogmatici della dottrina penalistica e che parte da uno studio di teoria dei sistemi rivolto al Diritto ed all'Economia. Preso come sistema, al diritto è coesistente una certa capacità “autopoietica”, con ciò riferendosi ad una sua congenita capacità di auto-generazione ed auto-normazione. Autonomia di sviluppo non vuol dire però impenetrabilità: il diritto non può dirsi, cioè, impermeabile alle influenze del sistema economico. L'autore perviene così ad un concetto di diritto “economizzato”, in cui i concetti portanti (*Grundbegriffe*) dell'economia (*Wirtschaft*) informano il diritto dalla fase del suo concepimento, nella sede parlamentare, sino a quella applicativa. Già nella fase di mera progettazione della norma sono calate infatti le informazioni e le funzioni della logica di mercato, così che questa esce forgiata all'interno di una dialettica di scienza economica; ne consegue, nella fase applicativa, che compito dell'interprete sarà ricercare e selezionare le sole conseguenze giuridiche (*Rechtsfolge*) che ritrovino razionalità e coerenza interna proprio all'interno di quella stessa logica informante.

Concludendo con la definizione data dall'autore: un dispositivo penale sarà tanto *Wirtschaftstrafnorm* (una norma di diritto penale dell'economia) nella misura in cui i concetti e gli elementi funzionali ad esso sottesi saranno decodificabili (scilicet: il dispositivo stesso sarà reso operativo) solo se inseriti nella logica osmotica tra diritto ed economia.

Erkenntnisinteresse an Komplexität, Kontingenz und Selektion, aber damit ebenso Dysfunktionalität bzw. Deren Folgen mitumfasst und damit praktisch bedeutsam ist für ein Recht, das sich seiner gesellschaftlichen Funktion bewusst ist”.

⁴² A tale orientamento sembrano doversi ricondurre Bussmann e Lüdermann per i quali il diritto assolve ad una funzione di *Integrationsstrategie* di diversi Lebensbereiche (con ciò intendendosi i vari ambiti in cui trova svolgimento la vita dell'uomo); primo scopo di una siffatta strategia è quello di raggiungere una eticizzazione della pratica economica, temperando, per il tramite di un tentato asservimento alle categorie umorali, la razionalità dura dei principi di efficienza e profitto che normalmente informano il sistema di mercato; ugualmente Assmann segnala la natura ancipite e complementare del Wirtschaftsstrafrecht nonché la sua funzione di raccordo sistemico tra le discipline civile e penale.

A tal riguardo pare di doversi sottolineare il rischio che una tale definizione, più che mettersi in rapporto funzionale con il sistema di mercato, voglia porsi anzi “in funzione” dell’interprete, asservendosi ossia alle sue esigenze argomentative. Il diritto è sì razionalità, ma è anche, e soprattutto, politica e valore. Oltretutto sembra commettere l’errore di scambiare le conseguenze per le premesse, considerando *Wirtschaftsdelikte* (delitti economici) i reati che il legislatore e l’interprete abbiano già plasmato sulla scia delle suggestioni della scienza economica, dimenticando che è proprio questa particolarità che si vuole fondare andando alla ricerca di una *ratio* comune sottesa alla materia.

e) Caratteri del *Wirtschaftsstrafrecht* (Diritto penale dell’economia).

Come già si è chiarito, il rilievo della categoria del *Wirtschaftsstrafrecht* è nelle peculiarità che la differenziano dalle altre branche del diritto penale, ed ossia nelle speciali tecniche repressive adottate nella strutturazione dei reati ad essa riconducibili, e per le quali si apre, in ragione della dignità e del rilievo nazionale della materia, uno speciale salvacondotto nel vaglio di compatibilità costituzionale. A tal riguardo si segnala che, data la relativa novità della materia di cui si tratta, anche il contenuto, non diversamente dai contorni dogmatici, è oggetto di fervido dibattito; ciò non di meno è possibile selezionare una serie di tratti caratteristici che, almeno ad oggi, valgono a distinguere la materia degli illeciti penali economici dalle fattispecie di diritto penale “comune”.

In primo luogo, la maggior parte dei reati economici è strutturata come reato proprio (*Sonderdelikt*)⁴³. Per rientrare nel novero dei possibili autori del reato si richiede ossia un “rapporto particolarmente stretto dell’attore col bene giuridico tutelato⁴⁴”. Nella dottrina tedesca si distingue poi tra reati propri in senso “proprio” ovvero in senso “improprio”, a seconda che, come avviene nel primo caso, la posizione giuridica che costituisce ogni volta la qualifica richiesta

⁴³ V. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 6, Rn.1 und ff.; TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 56.

⁴⁴ TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., p. 22.

dell'attore trovi riconoscimento espresso in una norma di legge⁴⁵, ovvero, come nel secondo, queste vadano ricostruite col mezzo esegetico (è questo il caso del reato della *Untreue*, per la cui configurabilità si richiede, in capo all'autore, la titolarità di uno speciale obbligo di cura del patrimonio altrui). A ciò si aggiunga che, a sprezzo della investitura formale, si ha sempre preferenza per il dato fattuale della effettiva presa in carico dei compiti tipicamente sottesi al ruolo in questione; costituisce esempio della della *faktische Betrachtungsweise* (osservazione fattuale) richiesta per i reati in parola innanzitutto il § 14 StGB che estende la punibilità dei reati propri anche ai rappresentati che esercitino la qualità (*Eigenschaft*) da questi richiesta, nonché la figura dell'amministratore di fatto (*faktischer Geschäftsführer*)⁴⁶.

In secondo luogo, è frequente il ricorso alla tecnica del reato di pericolo astratto (*abstrakte Gefährungsdelikt*). Una anticipazione della tutela penale al cosiddetto *Vorfeld* (zona antistante) della lesione del bene giuridico non è andata tuttavia esente da dubbi di legittimità costituzionale, nella considerazione per cui l'esercizio della *ultima ratio* non si lascerebbe legittimare da concetti intangibili quali i beni superindividuali, frequentemente assunti ad oggetto di tutela dei *Wirtschaftsdelikte* (delitti economici).

Il problema è dunque tanto più sentito proprio nella materia del *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia) dove il processo di "vaporizzazione" è moltiplicato su se stesso: non di rado si fa infatti richiamo ad oggetti di tutela (già astratti) solo strumentali rispetto ad altri beni giuridici a loro volta astratti⁴⁷.

Sul punto avverte Tiedemann⁴⁸ che "nella messa in pericolo (astratto) del bene giuridico non si tratta che di un danno al suo "valore" intrinseco

⁴⁵ È questo il caso del § 11 StGB che regola la qualifica di pubblico ufficiale ed in particolare così ne delinea il novero al co. 1, n° 2: <<Im Sinne dieses Gesetzes ist Amtsträger wer nach deutschem Recht: a) Beamter oder Richter ist, b) in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder c) sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen>>.

⁴⁶ Più approfonditamente v. infra, cap. III, par. 2.

⁴⁷ Ne costituisce esempio tipico la fiducia nella (solvibilità dei) beni di credito.

⁴⁸ V. TIEDEMANN, in *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., S. 22.

(*Geltungsschaden*: danno di valore), come a ben vedere avviene anche per i beni giuridici individuali”. A rimedio delle problematiche che sorgono sul punto in questione, si imporrà allora “una lettura del dettano normativo più aderente alla fattispecie ogni volta considerata (*tatbestandnähe Rechtsgutslehre*), nella misura in cui non sono reperibili elementi della condotta, ovvero una persona offesa che questo bene giuridico esprima”⁴⁹.

Un ulteriore tratto distintivo della categoria si riscontra nella applicazione dei principi di frammentarietà, determinatezza e sussidiarietà. Con primo riguardo alla sussidiarietà, è innegabile anche in diritto tedesco la tendenza ad utilizzare il meccanismo sanzionatorio penale quale strumento repressivo in parallelo rispetto al diritto civile⁵⁰, senza rispettare la necessaria graduazione che imporrebbe il concetto stesso di *ultima ratio*.

Sono però specialmente i principi di frammentarietà e determinatezza a soffrire, in tema di reati economici, una applicazione più fluida, e ciò sulla base dell’osservazione per cui, attesa l’irriducibile varietà del fenomeno economico ed il suo frenetico dinamismo, è pressoché impossibile cristallizzare delle condotte criminali particolareggiate senza con ciò offrire il destro a facili pratiche elusive del dettato penalistico.

È su queste considerazioni che si è legittimata l’utilizzazione, peraltro molto discussa in dottrina, delle già richiamate *Auffangtatbestände* (norme di ampio respiro, in funzione residuale), nonché di *Generalklauseln*, termini vaghi ed interminati, “aperti”, ossia, alla libera implementazione di significato da parte dell’interprete. Subito connesso è il problema delle *Blankettatbestände*, le norme penali, anche queste non rare⁵¹, cosiddette in bianco. In questo caso, è all’interprete che si lascia l’obbligo, ogni volta, di restaurare la necessaria comunione con il principio di determinatezza.

⁴⁹ Al riguardo, sempre TIEDEMANN, in *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 59, con speciale riguardo ai reati di pericolo astratto, avvisa che “nur eine <<tatbestandsnahe>> Rechtsgutlehre wird insoweit auf gewisse Schwierigkeiten stoßen, weil dem geschützten Rechtsgut kein unmittelbares handlungsobjekt und kein greifbares Opfer entspricht.”

⁵⁰ Cfr. TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., p. 26.

⁵¹ Ne costituisce esempio il § 31 I AWG che punisce chiunque esporti o consumi i beni richiamati nell’allegato AL (*Ausfuhrliste*) al *Außenwirtschaftsverordnung*.

Non di rado è infatti la stessa giurisprudenza ad autolimitarsi, imponendosi esegesi restrittive (*tatbestandsbeschränkende*) in conformità con le suggestioni della corte costituzionale e con la affermata sua giurisprudenza in tema di principio di determinatezza. L'art 103, co. 2 GG⁵², che di tale principio costituisce la sede costituzionale, non contiene solo un divieto di analogia, ma l'ampiezza è tale da ricomprendere anche un obbligo di prevedibilità della sanzionabilità della condotta; e prevedibilità da valutarsi con riguardo al *quisque de populo*, tenendo a mente come la norma appaia al soggetto di diritto penale di medio comprendonio e avendo dunque a referenti privilegiati la struttura sintattica, il dato grammaticale, e la nitidezza dei lemmi impiegati.

L'interprete del diritto, dinanzi alle clausole aperte deve restare nell'*hortus conclusus* delle possibilità ermeneutiche accessibili anche a chi si approcci al dato letterale "a mente sgombra", ossia senz'altro sapere se non ciò che si trova a leggere.

Riassumendo, in ambito costituzionale tedesco (cfr. BVerfG 92, I) la determinatezza si impone tanto al legislatore, imponendo degli standard descrittivi in sede di formulazione del dispositivo penale; quanto al potere giudiziario, ma superando il mero divieto di analogia, ed arrivando ossia sino a vietare l'approdo anche a quelle interpretazioni solo estensive che però non sappia intuire *ictu oculi* anche il profano del diritto.

Nel caso del reato di Untreue una tale linea logica ha portato ad un obbligo di "riduzione ermeneutica", nelle misure e nei modi di una sapiente selezione dei beni giuridici coinvolti⁵³, e della individuazione del contenuto di anti-giuridicità-disvalore (ossia del frammento della condotta, che costituisce una modalità di lesione del bene, in cui si concentri il disvalore ed ossia il preciso momento di contrapposizione all'ordinamento che giustifichi il ricorso alla *extrema ratio*)⁵⁴.

⁵² Si riporta l'art 103, Abs. 2, GG: <<Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde>>.

⁵³ Nella specie ristretti al solo patrimonio, ovverosia alla sola sua materiale integrità; sul bene giuridico del reato di *Untreue* cfr. infra par. 3.

⁵⁴ Sul concetto di *Unrechtsgehalt* e in particolare sul reato di Untreue v. infra, par. 3.

Da ultimo va fatto cenno all'impiego di clausole presuntive⁵⁵, le quali costituiscono una risposta a dichiarate esigenze di "*Praktikabilität*" (praticabilità) del diritto penale, con speciale riguardo alle difficoltà probatorie in un settore come quello dei reati economici, caratterizzato da modalità esecutive sempre più complesse ed insidiose. Non è necessario spiegare come l'impiego di presunzioni in ambito penalistico si ponga in contrasto con i principi dell' *in dubio pro reo*, e con il principio di necessaria colpevolezza, mascherando forme di responsabilità oggettiva incompatibili con il diritto penale. A tal riguardo non si dimentichi però che, a differenza del panorama internazionale, strenuamente contrario a una siffatta pratica, si registra invece in Germania la "tendenza storica del legislatore a far ricorso a presunzioni legali per la lotta ai delitti economici"⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. nella giurisprudenza costituzionale BverfGE 9, 167 ff.

⁵⁶ Così TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., p. 27, per cui: "wegen der traditionellen Beweisschwierigkeiten besteht eine historische Tendenz des Gesetzgebers, bei der Bekämpfung von Wirtschaftsdelikten, gesetzliche Vermutungen zu verwenden".

2. *Untreue* e *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia). Riconduzione del reato alla categoria e centralità della norma nel sistema di diritto penale dell'economia tedesco.

Si è già parlato dei punti cruciali del sistema economico e di come in un ordinamento costituzionale la tutela del mercato dovrebbe dispiegarsi secondo uno schema graduato che veda in prima linea la disciplina civilistica ora regolamentare, ora legale, il meccanismo sanzionatorio amministrativo a tutela degli interessi connessi all'economia, e, solo da ultimo in risposta alle rotture con l'ordinamento che dell'economia *come insieme* ledano direttamente anche il buon ordine ed il funzionamento, la sanzione penale.

Il presidio penalistico approntato dall'ordinamento tedesco a tutela del patrimonio immesso nel sistema economico trova sede principale nel ventiduesimo Abschnitt (§§ dal 263 al 266b), subito seguente ai reati di furto, rapina ed estorsione.

Con l'eccezione di chi, dalla natura individuale del bene giuridico dell'*Untreue*⁵⁷ abbia fatto derivare l'esclusione del reato *de quo* dal novero dei *Wirtschaftsdelikte* (delitti appartenenti alla categoria dogmatica dei reati economici)⁵⁸, la dottrina maggioritaria è concorde con la giurisprudenza nel ritenere l'*Untreue* una fattispecie "madre" del *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia).

Non è a caso che nella su richiamata sezione ventiduesima dello *Strafgesetzbuch* sveltino, per assoluto rilievo dogmatico e applicativo, i due classici reati a tutela del patrimonio disciplinati al § 263 (Betrug) e § 266 (*Untreue*). Non può inoltre non cogliersi il suggerimento del legislatore che, rubricando il XXII Abschnitt proprio "Betrug und *Untreue*", pare abbia voluto sottolineare come la corte di fattispecie satellite, che in questa sede i due reati accompagna, non costituiscono che una loro appendice applicativa. Queste, tra cui si citano a titolo esemplificativo il § 263 (Truffa in ambito di sovvenzioni) ed

⁵⁷ V. infra, par. seguente.

⁵⁸ Per la teoria in parola si vedano RÖNNAU T., *Untreue als Wirtschaftsdelikt*, in ZStW, 119 (2007), p. 887; RÖNNAU T., *Wirtschaftsstrafrecht*, München, 2008.

il § 266b (Abuso di carte di credito), venivano nel tempo aggiunte per riempire le immancabili lacune che non potevano non aprirsi dall'impatto delle due fattispecie "classiche", retaggio di tradizioni giuridiche secolari, con l'ingresso delle nuove tecnologie e con il progressivo complicarsi delle strategie economiche.

Ulteriore riprova del ruolo "locomotore" che l'*Untreue* assume nel *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia) costituisce quell'opera di progressiva abrogazione dei non pochi delitti particolari originariamente posti con questa in combinazione e via via lasciati inapplicati, coerentemente con l'espandersi dei contorni applicativi dell'infedeltà tedesca⁵⁹. E' il caso p.e. del § 81 GmbHG che nel ristretto ambito della società a responsabilità limitata disciplinava l'infedeltà dell'amministratore, ovvero del § 294 AktG e del § 264 GenG, sulla infedeltà dei consigli di amministrazione nelle società di azioni e nelle società cooperative; delitti, questi, eliminati già a cominciare dalla fine degli anni '60⁶⁰ perché le condotte da questi sanzionate confluissero nella più ampia fattispecie di infedeltà.

Le poche ipotesi di reato rimaste, invece, si giustificano nella misura in cui queste, non prevedendo l'elemento del danno patrimoniale, attraggono nel proprio campo applicativo quelle condotte che si collochino in un momento anteriore rispetto all'integrazione del § 266, rimanendo perciò, ed in relazione a quest'ultimo, impunte⁶¹. Si fa qui riferimento al § 34 DepotG recante disciplina della cosiddetta "malversazione bancaria" (*Depotunterschlagung*)⁶².

Apparentemente contraria a questa tendenza "centripeta", era l'introduzione, questa volta sempre all'interno del XXII *Abschnitt* (Sezione) del codice penale tedesco, di due delitti speciali che il 2. WiKG v., 15.5, 1986 apponeva subito ai piedi dell'*Untreue*: si tratta del § 266a (Appropriazione e

⁵⁹ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 1 e ss.

⁶⁰ Si vedano, tra le leggi di riforma, la 1. StrRG del 25.6.1969 e il EGStGb del 2.3.1974.

⁶¹ Si anticipa che per il reato di *Untreue* il tentativo non è configurabile.

⁶² A tal riguardo si noti che il reato in parola, strutturato come sussidiario (Subsidiaritätsklausel) rispetto alle norme generali, ha perso quasi ogni rilievo pratico; cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 2, per cui "die Norm hat allerdings so gut wie keine praktische Bedeutung, weil sie mit einer Subsidiaritätsklausel ausgestaltet ist und die allgemeinen Vorschriften der §§ 266, 246 StGB ihr regelmäßig vorangehen".

distrazione di retribuzioni salariali) e il § 266b (Abuso di assegni e carte di credito).

In questo caso il legislatore reagiva alle angustie della interpretazione restrittiva raccomandata sulla norma.

Sui rapporti tra i due ora richiamati reati e la più ampia fattispecie di *Untreue* si dirà avanti, per ora basta anticipare che la loro introduzione seguiva la contemporanea e progressiva restrizione dell'ambito applicativo del reato di *Untreue* ad opera della giurisprudenza e dalla quale si aprivano allarmanti vuoti di tutela.

In conclusione l'*Untreue* non solo rientra a pieno titolo nel novero dei *Wirtschaftsdelikte* (delitti economici), ma assieme alla truffa disciplinata al § 263 StGB ha anche assunto una veste di guida e una determinante funzione di "campo di collaudo" per l'intera categoria del *Wirtschaftsstrafrecht*.

Tuttavia, quale sia la centralità dell'*Untreue* nel diritto penale dell'economia non è cosa che possa desumersi dal solo dato "geografico", ed ossia dalla particolare eminenza all'interno della sezione principalmente dedicata alla materia. Sono i dati statistici a chiarire quale e quanto sia il peso del § 266 nella lotta alla criminalità economica. Si è notato⁶³ infatti che, se da un lato il *Betrug* (truffa) conta, nei vari tribunali del paese teutone, il maggior numero di condanne, è l'*Untreue* a detenere il primato sul quantitativo dei danni (*Schaden*) cagionati con il mezzo di una delle sue varianti esecutive. Questa è spesso protagonista infatti di casi "scenografici"⁶⁴ che, avendo ad oggetto somme che creano scandalo nell'opinione pubblica, smuovono quindi anche quello che la dottrina costituzionale tedesca affianca ai tre poteri fondamentali dello stato come quarto potere (*vierte Gewalt*⁶⁵). Se ne deduce il peso dell'*Untreue* all'interno *Wirtschaftsstrafrecht* andrà valutato nella misura in cui è stato destinato a sanzionare le lesioni macroscopiche dei patrimoni immessi nel mercato, ed ossia tali da attentare, ovvero direttamente colpire, l'economia nel

⁶³ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., §1; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 4 e ss.

⁶⁴ Il dato trova corrispondenza anche sul suolo italiano dove di infedeltà patrimoniale si è discusso in relazione p.e. agli scandali Cirio e Parmalat.

⁶⁵ GRAEVENITZ G., *Vierte Gewalt? Medien und Medienkontrolle*, UVK-Medien, Konstanz, 1999, consultabile online presso: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-46461>.

suo complesso, degradando il buon affidamento che il *Marktteilnehmer* (il soggetto di mercato) necessariamente deve fare su chi è posto alla cura dei patrimoni altrui.

Un ultimo accenno bisogna farsi perché sia compresa appieno quale forza paradigmatica il reato di *Untreue* eserciti sugli altri *Wirtschaftsdelikte* e quale *vis* attrattiva le sia propria all'interno della categoria degli illeciti penali economici: il reato di *Untreue*, infatti, non distinguendo tra i possibili autori del reato - nella specie i *Vermögensbetreuungspflichtige* (soggetti vincolati alla cura del patrimonio altrui)- i soggetti privati da quelli pubblici, è tale da ricomprendere tra le sue maglie anche le infedeltà dei pubblici ufficiali⁶⁶ e degli altri soggetti comunque collegati (finanche fattualmente) all'amministrazione della pubblica cosa⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. § 11 Nr. 2 e § 14 StGB.

⁶⁷ Realizzando in questo modo una utile unitarietà dogmatica e di linea repressiva nella lotta alle condotte di amministrazione infedele, indipendentemente se commesse da soggetti di diritto pubblico ovvero privato.

3. Il bene giuridico: la dottrina tradizionale e l'Untreue come delitto patrimoniale puro.

Per la oramai quasi unitaria dottrina, il reato di Untreue tutela in via esclusiva il patrimonio (*das Vermögen*)⁶⁸. In questo senso si affianca alla Truffa (§ 263 StGB) nella categoria dei cd. *reine Vermögensdelikte* (delitti patrimoniali puri)⁶⁹.

In tempi meno recenti non sono mancate proposte tese ad estendere l'ambito di tutela ad ulteriori interessi giuridici di natura astratta o superindividuale.

Tali proposte, lo si premette, sono rimaste disattese tanto nella giurisprudenza quanto nella letteratura giuridica, né l'ormai saldo inquadramento del reato all'interno della categoria dei *Wirtschaftsdelikte*, notoriamente rivolto alla tutela di beni collettivi, ha saputo persuadere diversamente⁷⁰.

In particolare, da una rapida ricognizione dei vari tentativi teorici, si è fatto richiamo⁷¹:

- all'affidamento (*Vertrauen*) del fiduciante (*Treugeber*) nella integrità morale e nella legalità del fiduciato (*Truenehmer*)⁷².

⁶⁸ Cfr. ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, Herbolzheim, 2006; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 1; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, 58° ed., 2011, Rn. 2; SALIGER F., § 266, in H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Köln, 2009, Rn. 1; in giurisprudenza si veda BVerfG NJW 2010, 3209, 3212; 2011, 88, 91; BGHSt 43, 293, 297.

⁶⁹ Si veda in giurisprudenza BGHSt 8, 254, 255; 14, 38, 47.

⁷⁰ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pp. 596 e 597.

⁷¹ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 1.

⁷² Con tali espressioni vogliono tradursi le figure note alla dottrina tedesca del *Treugeber* (alla lettera: dante fede) con ciò intendendosi chi materialmente conclude il negozio giuridico con cui si affida ad un terzo la cura di taluni interessi patrimoniali, indipendentemente dalla persona cui questi interessi; in tema di *Vertrauen* come bene giuridico dell' *Untreue* cfr. SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 28; RÖNNAU T., *Untreue als Wirtschaftsdelikt*, cit., p. 890.

- all'affidamento della collettività nella liceità delle pratiche economiche e commerciali esercitate in forma individuale ovvero associata⁷³.

- L'autonomia privata del proprietario (*Dispositionsfreiheit*) nella forma della libertà di disporre del proprio patrimonio⁷⁴.

Già a partire dagli anni '80 non aveva più eco la voce di quanti al § 266 sottendevano la tutela, accanto ai rapporti più strettamente patrimoniali, dei moti soggettivi di intimo ed astratto affidamento, che fanno da presupposto ad una agile ed efficiente circolazione dei beni. In Germania, poi, si distingue tra il *Vertrauen* (appunto: affidamento) del singolo *Treugeber* (la parte che concede fede all'interno del rapporto fiduciario), e quello ospitato dalla comunità economica presa come insieme. Il primo consiste in uno stato morale, soggettivo ed individuale, da riferirsi al *Treugeber* e la cui violazione sarà da misurarsi a mezzo di una sottrazione tra le condotte eseguite e quelle invece attese in base al rapporto fiduciario ogni volta preso in considerazione; il secondo va inteso, invece, come una "oggettiva affidabilità del mercato", avente quindi natura superindividuale⁷⁵. Il primo individua, inoltre, la persona offesa nella figura del

⁷³ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 1; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 10 e ss; LABSCH K.H., *Grundprobleme des Missbrauchstatbestands der Untreue (§ 266, Abs. 1, 1. Alt. StGB)*, in *Jura*, 1987, p. 343.

⁷⁴ V. BGHSt 43, 293, 297; a questi si è aggiunto l'interesse dei creditori a vedere i propri crediti soddisfatti (BGH NJW 2000, 154); a tal riguardo cfr. SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, in K.-H. Müller-Gugenberger, K. Bieneck, *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitenrechts*, 5° ed., 2011, Rn. 3, per il quale, però, la tutela dei creditori deve ritenersi secondaria e derivata rispetto a quella del patrimonio; per una critica alla sentenza Siemens-Enel (BGHSt 52, 323, 338) in cui l'autonomia privata si riconduce al "nucleo" delle posizioni giuridiche tutelate dalla norma si veda SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 1.

⁷⁵ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 11; Arnold, op.cit., p. 69; in giurisprudenza si veda BGHSt 8, 254, per cui: Zum Treubruchtatbestand gehört allgemein nicht, daß dieses "Treueverhältnis" und die aus ihm erwachsende Pflicht zur Vermögensfürsorge auf einem sittlichen Treueband beruht. Der sittliche Treuebegriff, der es allerdings ausschliesse, die Untreuevorschrift unter solchen besonderen Umständen anzuwenden, ist kein Tatbestandsmerkmal des § 266, mögen die pflichtbegründenden Beziehungen auch nicht selten einen solchen Einschlag haben. Eine Pflicht, fremde

Treugeber; mentre titolare del secondo sarà un astratto attore del mercato (*Marktteilnehmer*).

In entrambi i casi si tratta comunque di una “aspettativa di liceità” dei soggetti vincolati alla gestione del patrimonio altrui (*Vermögensbetreuungspflichtig*), in cui la liceità è da intendersi quale sostanziale aderenza agli obblighi legali, negoziali, ovvero sorti per comando dell’autorità.

Solo *a latere* si noti che, per scongiurare il pericolo di attrarre nella sfera di punibilità dell’*Untreue* quei detrimenti patrimoniali attinenti al fisiologico rischio d’impresa, l’aspettativa cui qui ci si richiama andava misurata sulla condotta e non anche sul risultato. La verifica del danno attiene infatti ad un momento logicamente successivo alla condotta in sé, con questa quindi non coincidente e separato anzi da un necessario nesso causale (*kausal Zusammenhang*).

Come già si anticipava, tale posizione è stata, in dottrina, fortemente osteggiata e più volte apertamente smentita dalla giurisprudenza di vertice.⁷⁶

Più in particolare, si è detto⁷⁷, l’abuso della posizione fiduciaria accordata, non diversamente, p.e., dall’inganno (*Täuschung*) del §263 (nonché come gli artifici o raggiri richiamati dal nostrano art. 640 c.p.), costituirebbe meglio il

Vermögensinteressen wahrzunehmen, greift im Gegenteil bisweilen gerade dann Platz, wenn das Rechtsgeschäft, das der Beziehung zum Treugeber zugrunde liegt, wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig ist, so daß die verbleibenden Pflichten beider Teile nunmehr einem andern, notwendigerweise allgemeinen Maßstab unterliegen müssen. Dieser allgemeine Maßstab kann jedoch unter Umständen, die der Rechts- und Sittenordnung widerstreiten, wie sie hier vorausgesetzt werden, nach der Gesetzeslage schon deshalb nicht in dem sittlichen Treuebegriff gefunden werden, weil dieser den Merkmalen des Treubruchtatbestandes auch sonst nicht zugrundeliegt. Der notwendige allgemeinverbindliche Maßstab liegt vielmehr, wie bei den andern Vermögensstraftaten, in dem überragenden Allgemeininteresse an der Ungestörtheit der öffentlichen Ordnung. Dieses Interesse gebietet es, daß sich die Beziehungen zwischen dem "Treugeber" und seinem Partner auch in solchen Fällen noch im Rahmen der Strafgesetze halten".

⁷⁶ In giurisprudenza si veda RGSt 69, 59, 61.

⁷⁷ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 10: “wie die Täuschung beim Betrug ist der missbrauch der Vertrauensstellung nur Mittel zum Zweck, beschreibt also nur den Weg, über den die Rechtsgutsverletzung stattfindet: Der Täter nimmt “von innen heraus” pflichtwidrig Zugriff auf fremdes Vermögen, das ihm zuvor durch Einräumung einer besonderen Pflichtenposition überantwortet worden ist”.

mezzo (“*der Weg*”), e non anche lo scopo (*das Zweck*) del reato. A tal riguardo, pare però che una tale collocazione all’interno della fattispecie, ancorché corretta, non valga a desautorare il concetto di *Vertrauen* al punto da negarne la qualità di interesse tutelato, quanto invece, al più, a qualificarlo semmai come bene giuridico “strumentale” del reato.

In secondo luogo, si è aggiunto, la richiesta dell’evento di danno, ed ossia la posticipazione dell’azione punitiva al cagionamento di un danno patrimoniale, ha per ovvia conseguenza che rimangono impuniti, *scilicet* irrilevanti per il diritto penale⁷⁸, le condotte abusive ovvero antidoverose dei soggetti fiduciari che non si risolvano in un nocumento del patrimonio.

Seguendo questa linea logica, dunque, al legislatore penale, ponendo fede sulla capacità di autoregolamentarsi propria del mercato, è parso opportuno lasciare al diritto dei privati⁷⁹ la sanzionabilità di quelle condotte che solo attentino alla trasparenza dei rapporti individuali intercorrenti tra i soggetti del rapporto fiduciario. Alla logica di questa visione si può opporre però che la struttura del reato di evento si è imposta al legislatore, più che nella mira di escludere tra le posizioni giuridiche tutelate la condizione psicologica di affidamento del *Treugeber* (la parte che concede la gestione fiduciaria), proprio nella prospettiva di una logica graduazione dell’intervento statale in materia di rapporti economici, riservando il crisma della pena alle sole lesioni del *Vertrauen* in analisi (e quindi abusive della fedeltà anche personale⁸⁰ concessa) che *anche* ledessero il patrimonio.

Un ultimo argomento da cui si vuole dedurre l’incompatibilità del bene giuridico in parola con il reato di *Untreue* trae spunto dal regime di procedibilità a querela relativa⁸¹ prevista dal combinato disposto del § 266 , Abs. 2 StGB e del § 248 StGB, per il caso in cui la condotta criminale si risolva in un danno di minor conto (cd. *Bagatelluntreue*): pare infatti che, vincolando la procedibilità alla

⁷⁸ Tanto più che, come meglio si dirà in seguito (v. infra, cap III, par. 1), è esclusa per il reato di *Untreue* la punibilità del tentativo.

⁷⁹ Si intende qui p.e. la risoluzione del rapporto fiduciario ovvero all’applicazione di disposizioni sanzionatorie: nel caso in specie non potrebbe infatti configurarsi una responsabilità per danno.

⁸⁰ Sulla distinzione tra fedeltà personale e reale v. retro, cap. I, par. 1.

⁸¹ Cfr. in tema di § 299 StGB WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 26, p 381; sul punto sin veda inoltre infra cap. III, par. 9.

dimensione del danno individuale prodotto, il legislatore abbia inteso mettere in secondo piano quei beni superindividuali, tra cui lo stesso *Vertrauen*, che, ove fossero stati invece assunti come oggetti privilegiati di tutela della norma, avrebbero fondata una procedibilità di ufficio indipendentemente dalla misura del danno patrimoniale prodotto. Tale posizione, secondo il pensiero di chi scrive non convince: è infatti insito nel concetto di querela relativa una valutazione di meritevolezza della sanzionabilità (*Strafwürdigkeit*), lasciata al pubblico ministero, da misurarsi sul particolare interesse pubblico alla prosecuzione del processo. Tale “*öffentliches Interesse*”, a pena dello scollamento dell’azione penale dai principi costituzionali di razionalità ed offensività, non può che coincidere con la speciale lesione di quel bene di ordine costituzionale presidiato dalla norma. Nel caso in specie, tale bene non potrà per certo riferirsi al danno patrimoniale che è qui presupposto minimo e di scarso rilievo. Non è chiaro quindi a quali altre posizioni giuridiche questo “pubblico interesse” potrà corrispondere se non appunto al *Vertrauen* di cui qui si tratta.

Ciò nonostante la giurisprudenza è netta ed unanime nell’escludere il buon affidamento dalle posizioni giuridiche tutelate, né ha diversamente persuaso il retaggio nazionalsocialista della norma: l’attuale formulazione dell’*Untreue* risale infatti ad un tempo in cui il legislatore faceva non infrequente impiego di formule vuote e di concetti astratti, quale lo stesso *Vertrauen*, perché venissero poi riempite dalla politica del partito. Sul punto, chiude la corte, il legislatore del ‘49 ha dato prova di aver recepito la fattispecie come propria, ospitandola in un diverso (democratico) tessuto normativo, cui questa necessariamente dovrà conformarsi⁸².

Passando ora, all’indagine della qualifica della *Dispositionsfreiheit*⁸³ (autonomia privata) quale bene giuridico tutelato dal reato di *Untreue*, la letteratura dei vertici giurisprudenziali può aiutare a ricostruire il percorso

⁸² A tal riguardo si noti che non difforme pare il processo di “materializzazione” che in dottrina, seguendo le sapienti mosse del legislatore democratico, ha portato ad escludere la “violazione della fiducia” (Pedrocelli) dalle posizioni giuridiche tutelate dell’appropriazione indebita italiana.

⁸³ In giurisprudenza: BGHSt 52, 323, 338; BGHSt 43, 293, 297; cfr. anche. SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, cit., Rn. 3; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 1; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 1.

argomentativo che ha portato all'esclusione dei beni astratti superindividuali e al concentramento della tutela nella sola direzione della integrità del patrimonio.

E' già la corte costituzionale in BVerfG NJW 2010, 3209 a chiudere, in senso positivo, un annoso studio di compatibilità dell'Untreue con l'art 103, 2 GG, in cui trova sede costituzionale il principio di determinatezza⁸⁴; un tale esito positivo si fonda sulla premessa che "il § 266 StGB lascia ravvisare con pari chiarezza tanto il bene giuridico tutelato, tanto i particolari pericoli dalla esposizione ai quali il Legislatore tale bene intendeva tutelare"⁸⁵. Sul punto la corte non ha dubbi: "il § 266, Abs. 1, StGB tutela il Patrimonio (*Vermögen*) inteso quale complesso dei beni aventi valore economico appartenenti ad una persona (*Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person*).

Prosegue poi deliberando sotto il profilo delle modalità di aggressione al bene contro le quali la fattispecie fa da diretto presidio. La fattispecie di *Untreue*, dunque, "a differenza degli altri delitti a tutela del patrimonio (*Vermögensdelikte*), tutela il proprietario dalle aggressioni dall'interno (*von innen heraus*) ed ossia mira a tutelare la peculiare vulnerabilità del titolare di un patrimonio che ponga i propri interessi economici in mano altrui e che faccia buon affidamento sulla liceità dell'incaricato e i cui interessi patrimoniali da questa liceità dipendano"⁸⁶.

⁸⁴ V. infra, cap. II, par. 6; per la sentenza citata appunto: "ist der Untreuetatbestand in seiner geltenden Fassung mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG noch zu vereinbaren. § 266 Abs. 1 StGB lässt ein Rechtsgutebenso klar erkennen wie die besonderen Gefahren, vor denen der Gesetzgeber dieses mit Hilfe des Tatbestands schützen will. Vor diesem Hintergrund kann der Tatbestand trotz seiner Weite und damit einhergehenden relativen Unschärfe hinreichend restriktiv und präzisierend ausgelegt werden, um den unter dem Gesichtspunkt ausreichender Bestimmtheit bestehenden Bedenken angemessen Rechnung zu tragen"

⁸⁵ Con ciò si riferisce alla nozione della *Angriffsmodalität*, che assieme all'*Erfolgswert*, costituisce, come meglio si vedrà più avanti l'*Unrechtsgehalt* della norma.

⁸⁶ Sul punto prosegue la sentenza: "Mit dem Vermögen ist das geschützte Rechtsgut klar bezeichnet. Der Schutz des Vermögensinhabers vor Schädigungen "von innen heraus" ist zudem von hoher und zunehmend aktueller Bedeutung, da in der moderne Wirtschaft Vermögensinhaberschaft und beauftragte Verfügungsmacht (Management) häufig auseinanderfallen. Daher liegt der Vorschrift auch kein nationalsozialistisches Gedankengut zugrunde".

Si noti, su un piano comparatistico, che un tale interesse non è del tutto sconosciuto neanche all'ordinamento italiano e pare trovare anzi riconoscimento nella fattispecie dell'art. 646, c.p., che, ai commi secondo e terzo, sanziona più gravemente (e prescrive per essi la procedibilità d'ufficio) i casi in cui il reato di appropriazione indebita sia commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, ovvero (così il comma III, facendo richiamo alla circostanza aggravante comune ex art. 61, n. 11) con abuso di autorità o di relazioni domestiche, di relazioni d'ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione o di ospitalità.

Con le richiamate aggravanti speciali il legislatore italiano dava rispondenza al maggior disvalore di una condotta appropriativa eseguita con violazione della fiducia⁸⁷, ed ossia con l'abusivo profitto del destro offerto *hic* per moto libero della volontà ed *ibi* "sotto l'impero della necessità"⁸⁸. Indipendentemente da quale cagione abbia determinato il titolare al trasferimento del possesso sul danaro o sulla cosa mobile, quest'ultimo, tanto nella costituzione del deposito coatto dall'evento imprevedibile, quanto nel volontario ingresso nelle speciali relazioni ex art 61, n. 11, c.p., *si affida* alla correttezza del ricevente. Ed è, a ben vedere, la violazione di un tale buon affidamento a costituire il maggiorato disvalore che giustifica l'aumento sanzionatorio. Con ciò, lo si fa chiaro, non si vuole intendere che nelle richiamate aggravanti, il legislatore riconosca tutela ad un nuovo bene giuridico, quanto, *melius*, che consideri meritevole di un aggravamento della pena una speciale modalità di aggressione al bene dell'appropriazione indebita⁸⁹.

⁸⁷ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, p.te spec., vol. I*, Milano, 2008, p 358.

⁸⁸ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 357.

⁸⁹ Cfr. ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, p. 194, che proprio studiando la configurabilità, nella appropriazione indebita, di un delitto di infedeltà asserisce: "può darsi (...) che il delitto di appropriazione comporti la violazione del dovere di fedeltà, a danno di persone verso le quali l'agente era obbligato a tutelare gli interessi. In questo caso non può negarsi che si tratti di una appropriazione indebita tipica, che deve assumersi altresì come vera e propria fattispecie di infedeltà, pur se il fondamento della sua lesività, e quindi della tutela che dà l'impronta essenziale del reato, si debba unicamente ricercare sul terreno possessorio, al di fuori del dovere di fedeltà. Allo stato attuale del nostro sistema legislativo si deve ritenere che l'amministratore, sia socio oppure no, che si appropri di cose appartenenti alla società e di cui abbia il possesso per ragione del suo ufficio, commetta una indebita appropriazione. Tale figura criminosa, in

Allo stesso modo, tornando alla fattispecie tedesca, nel reato di *Untreue* trovano tutela i nocimenti dolosi del patrimonio altrui che si consumano nella speciale modalità di un abuso dei poteri su questo accordati e connessi alla posizione fiduciaria, ovvero violando gli obblighi a una tale posizione sottesi. È proprio questa particolarità a conferire all'*Untreue* un ruolo protagonista nell'odierna economia di mercato, in cui si registrano crescenti fenomeni disgregativi della proprietà. Ci si riferisce non solo alle gestioni in forma associata delle imprese, ma si porta anche l'esempio del mercato finanziario, per agire al cui interno non si può prescindere dall'acquisizione di speciali competenze professionali ed in cui dunque si rende, oltre che normale, parimenti "necessario" l'affidamento di patrimoni ad operatori qualificati del settore.

In un'altra sentenza, questa volta della corte di legittimità (BGHSt 43, 293), trova ulteriore approfondimento il concetto di patrimonio.

Anche il BGH si conforma all'opinione per cui "Il § 266, Abs. 1 StGB tutela, quale Vermögensdelikt e al pari della frode, in via esclusiva il patrimonio (del titolare o in generale del fiduciante)", ma va oltre, specificando che tale patrimonio va inteso nella sua integrità materiale, con esclusione pertanto delle situazioni giuridiche connesse all'esercizio della titolarità sullo stesso, come, nella specie, la facoltà di disporre.

La anti-giuridicità dell'atto di disposizione sul patrimonio affidato dovrà allora misurarsi sul piano solo quantitativo della diminuzione patrimoniale che a questo consegue; il danno così cagionato non costituisce la mera sottrazione tra situazione patrimoniale successiva e quella che alla condotta abusiva o antidoverosa precedeva, ma potrà valutarsi nel confronto tra la situazione già susseguente la condotta e quella che ragionevolmente poteva attendersi sottraendo dal percorso causale l'abuso o la violazione; ed ossia quella che secondo *l'id quod plerumque accidit* si sarebbe verificata nella corretta esecuzione degli obblighi fiduciari previsti dalla legge, dall'ordine dell'autorità o dal contratto.

questo caso almeno, si configura come delitto di infedeltà, in quanto costituisce la specifica violazione dell'obbligo di agire nell'interesse (anche mediato) della società, che è caratteristica ricorrente in ogni tipo di rapporto sociale".

Nel caso ora studiato rispondeva la corte ad esigenze di concretizzazione della norma, sventando i pericoli di un concetto di patrimonio esageratamente “etereo”, specialmente in una norma dalla formulazione già tanto impalpabile.

Sul punto va però segnalata una recente sentenza di legittimità⁹⁰ che è parsa per più voci della dottrina una apertura verso la ricomprensione della *Dispositionsfreiheit* tra i *Rechtsgüter* dell’*Untreue*.

Nella specie si è detto, in relazione alla costituzione di fondi extrabilancio (*schwarze Kassen*), che “la duratura sottrazione della facoltà di disporre sul patrimonio affidato non costituisce una *messa in pericolo meramente assimilabile al danno* (*schadensgleiche Vermögensgefährdung*)⁹¹ della “consistenza” (*Bestand*) del patrimonio, ma già una perdita patrimoniale definitiva”⁹².

Ne consegue, da una parte, che “la successiva utilizzazione del denaro così sottratto costituirebbe [non il danno in sé, ma] un mero approfondimento (*Schadensvertiefung*) del danno [già integrato dalla costituzione delle casse occulte] da valutarsi in sede di commisurazione della pena (*Strafzumessung*)”; dall’altra, che l’eventuale profitto, che dalle operazioni compiute sui beni così occultati eventualmente derivi al fiduciante, non costituisce, attesa la già avvenuta consumazione del reato, che un *Schadenswiedergutmachung*, ed ossia un ravvedimento *post delictum commissum*.

Per addivenire a un tale risultato, la corte non poteva evitare di confrontarsi con l’obiezione, non infrequente in dottrina⁹³, per cui considerare

⁹⁰ Cfr. Sentenza Siemens-Enel, BGHSt 52, 323-348.

⁹¹ V. infr, cap. III, par. 5.

⁹² V. la sentenza citata, Rn. 46; nel testo originale: “Die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit über die veruntreuten Vermögensteile stellt für den Treugeber daher nicht nur eine („schadensgleiche“) Gefährdung des Bestands seines Vermögens dar, sondern einen endgültigen Vermögensverlust, der, wenn er vorsätzlich verursacht wurde, zur Vollendung des Tatbestands der Untreue und zu einem Vermögensnachteil in Höhe der in der verdeckten Kasse vorenthaltenen Mittel führt. Die Verwendung der entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Geldmittel ist nur eine Schadensvertiefung; das Erlangen von durch spätere Geschäfte letztlich erzielten Vermögensvorteilen durch den Treugeber ist, nicht anders als eine Rückführung der entzogenen Mittel, allenfalls eine Schadenswiedergutmachung. Soweit der Senat im Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/06 – (BGHSt 51, 100, 113 f.) das „bloße“ Führen einer verdeckten Kasse nur als schadensgleiche Vermögensgefährdung angesehen hat, hält er hieran nicht fest”.

⁹³ Cfr. Saliger/Gaede, HRRS, 69, 70.

integrato il requisito del pregiudizio patrimoniale già nella mera restrizione della facoltà di disposizione del *Treugeber* (il titolare del patrimonio concesso in gestione) equivarrebbe nella sostanza a far coincidere il danno con la mera violazione degli obblighi, con il risultato di provocare la sostanziale abrogazione di questo elemento dalla fattispecie e trasformare, quindi, il reato da uno di evento ad uno di pura condotta.

Supera però questa critica la corte sostenendo che “non può considerarsi una “mera” riduzione del potere di disporre del patrimonio il caso di una definitiva sottrazione o appropriazione dei beni del fiduciante”. Non deve rinunciarsi infatti all’osservazione del caso concreto, arroccandosi dietro l’assunto per cui sempre difetti il requisito del danno patrimoniale ogni volta che al *Treugeber* “solo” tale facoltà dispositiva venga a mancare. In particolare il danno sarà da ritenersi integrato “se il <<fiduciante>>, a seguito delle manipolazioni operate dal <<fiduciato>>(il soggetto incaricato della gestione), non è a conoscenza di taluni elementi del suo patrimonio, e ad essi non ha possibilità di accesso”.

E questo poiché “la facoltà di disporre sul proprio patrimonio appartiene al nucleo (*Kern*) dell’interesse giuridico tutelato dal § 266 StGB”⁹⁴.

Nella lettura della sentenza ora vista parte della dottrina ha intravisto una svolta giurisprudenziale ed un primo spiraglio di apertura verso la ricomprensione di beni giuridici anche superindividuali al fianco del patrimonio. A ben vedere però, costituisce non molto più che una conferma ulteriore della giurisprudenza oramai già uniforme nell’individuare, come oggetto esclusivo di tutela della norma, il *Vermögen* (patrimonio). Il *Bundesgerichtshof*, nella

⁹⁴ Sent. cit. Rn. 47: “Die Bewertung als „bloße“ Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit trifft nicht zu, wenn dem Treugeber Mittel endgültig entzogen oder vorenthalten werden. Ein Vermögensschaden kann nicht unabhängig von der konkreten Fallkonstellation oder Fallgruppe pauschal mit der Begründung verneint werden, dem Vermögensinhaber fehle, wenn er infolge von Manipulationen des Treunehmers von Vermögenswerten keine Kenntnis und auf sie keinen Zugriff erlange, „nur“ die Dispositionsmöglichkeit. Denn die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition. Dass die pflichtwidrige Handlung und die Schadensentstehung inhaltlich und zeitlich zusammenfallen, ist im Übrigen eine je nach Fallkonstellation häufige und unvermeidliche Lage, die für sich allein der Feststellung eines Nachteils gleichfalls nicht entgegensteht”.

medesima pronuncia, si premura, infatti, di specificare come *nel caso in specie* la neutralizzazione definitiva della facoltà di disporre *constituisse già* danno al patrimonio. Inoltre non ogni lesione di tale facoltà è tutelata dalla norma, come invece dovrebbe essere ove una tale facoltà assurgesse al ruolo di bene giuridico; bensì solo, come si è visto, il caso della totale e definitiva eliminazione della possibilità di godere di elementi del patrimonio perché il proprietario non ne è a conoscenza, né ha modo di accedervi.

Il BGH ha quindi in realtà preferito non porsi in aperto contrasto con i dettami della corte costituzionale, ma ha agito dall'interno, slargando i contorni del concetto di *Vermögen* (patrimonio), che resta quindi unico vero oggetto di tutela della norma.

Rimane allora da chiarire cosa la corte con esattezza intendesse inserendo, come si è visto, la *Dispositionsfreiheit* (autonomia privata) nel "nucleo dell'interesse giuridico tutelato dal § 266". A tal riguardo aiuta comprendere la differenza tra i due istituti del bene giuridico (*Rechtsgut*) e contenuto di disvalore (*Unrechtsgehalt*) della norma: il primo costituisce, oltre che, ad un livello meramente descrittivo l'oggetto di tutela della norma, altresì un necessario collegamento di valore tra il diritto penale e l'ordinamento costituzionale, identificando in questo senso lo speciale interesse che non solo specifica ma anche *giustifica e fonda* l'esercizio della sanzione penale.

L'*Unrechtsgehalt* è invece insieme definito tanto dal disvalore dell'evento quanto da quello insito nella condotta; ed ossia tanto dalla misura del pericolo o del danno cui il bene è stato ogni volta esposto quanto dalle particolari modalità con cui questo è aggredito (*Angriffsmodalität*).

Ciò premesso, se unico bene giuridico rimane il patrimonio, non per questo sono dimenticate le altre sopra viste posizioni, che trovano anzi riconoscimento quanto meno nel disvalore sotteso al reato di Untreue. La rottura del *Vertrauen* (affidamento individuale) e la lesione della *Dispositionsfreiheit* costituiscono, dunque, le speciali modalità in presenza delle quali la diminuzione patrimoniale, altrimenti riconducibile al norma rischio di impresa, assume rilievo penale. L'*Unrechtsgehalt* della norma di infedeltà tedesca si lascia così definire dalla dottrina e giurisprudenza: l'infedeltà consiste nell'"abuso (*Fehlgebrauch*)

determinante danno al patrimonio (*vermögensschadigend*) di una posizione di signoria (*Herrschaft*) sul patrimonio altrui (*fremd*).

Da ultimo, è bene elencare le conseguenze che dalla selezione, così effettuata, del solo Patrimonio all'interno delle *Rechtspositionen* (posizioni giuridiche) che l'*Untreue* tutela derivino⁹⁵.

Innanzitutto ne consegue che, mentre il titolare del patrimonio che subisce la diminuzione è sempre danneggiato (*Geschädigte*), attesa l'esclusione del *Vertrauen* (affidamento) tra le posizioni giuridiche tutelate dall'*Untreue*, lo stesso non vale per il *Treugeber*⁹⁶. Ove, come è il caso dell'istituto civilistico della tutela, la proprietà non coincida con la rappresentanza, per quest'ultimo dovrà infatti escludersi il potere di proponibilità della querela ex § 77 StGB. Allo stesso modo nessun riconoscimento otterrà la posizione del terzo in favore del quale il patrimonio sia affidato⁹⁷.

In secondo luogo, solo il danneggiato (*scilicet*: chi soffre direttamente la diminuzione patrimoniale) è persona offesa (*Verletzer*) del reato ai sensi del § 6 Abs. 1, 2, § 172, e § 406d ss. StPO.

Da ultimo, proprio il richiamo ad un bene individuale disponibile, quale il patrimonio, convince, come si è fatto, ad ospitare tra le cause di esclusione del reato il consenso (*Einwilligung*), anche solo implicito, dato dal titolare alla condotta abusiva o antidoverosa⁹⁸.

⁹⁵ Cfr SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn., 12 e ss., che, con riguardo all'applicabilità alle società di capitali dei corollari qui di seguito esposti, aggiunge: "Ist das Vermögen einer Kapitalgesellschaft betroffen, gelten diese Grundsätze entsprechend, nur mit dem Unterschied, dass es zu einer Verlagerung auf die Anteilsigner bzw. Gesellschafter kommt. Steht etwa. Eine Familien-GmbH in Rede, begründet der fehlende Strafantrag der angehörigen Gesellschafter ein verfahrenshindernis, es sei denn, der „Tabubereich“ des gläubigersichernden Kapital wäre berührt. Die GmbH-Gesellschafter sind überdies Verletzte i.S.d. prozessualen Bestimmungen; bei einer Untreue zu Lasten einer Ag ebenso die Aktionäre“.

⁹⁶ In giurisprudenza si veda: BGHSt 2, 324 e ss; BGHSt 6, 67; BGHSt 41, 224, 229; BGH NSTZ 2000, 375 e ss; BGH NJW 1963, 486; 1983, 1807; 1997, 66, 69.

⁹⁷ Si pensi p.e. alla costituzione di un fondo a favore di un terzo; in giurisprudenza, ma con riguardo al reato di truffa si veda RGSt 74, 167 e ss.

⁹⁸ V. infra, cap III, par. 9.

4. Segue: letture funzionali della norma.

Nel paragrafo che precede si è visto come la selezione del patrimonio quale esclusivo oggetto di tutela dal reato di Untreue abbia servito eminenti esigenze ermeneutiche restrittive della formulazione eccessivamente lata dell'Untreue.

Ciò non di meno si è dato conto delle recenti aperture giurisprudenziali che però, si è concluso, più che ingrossare il numero dei beni giuridici che la norma tutela e così disattendere apertamente le indicazioni della corte costituzionale⁹⁹, hanno agito "dall'interno", forzando i contorni del concetto di *Vermögen* (patrimonio).

Nel presente paragrafo si tratterà dell'opportunità di una siffatta opzione ermeneutica, nonché della possibilità, partendo dalla già discussa sistemazione dell'Untreue nella categoria dei reati economici, di ritrovare nitidezza per il così dilatato concetto di patrimonio. Seguendo le suggestioni di una più recente dottrina¹⁰⁰, si tenterà di rispondere al seguente quesito: in quale direzione e con quale limiti si può ancora operare all'interno della nozione di patrimonio (*Vermögen*) fino a ricomprendere i discussi concetti astratti di autonomia privata e di buon affidamento?

Una siffatta operazione è stata eseguita sulla base di una lettura funzionale, di "teoria dei sistemi¹⁰¹", che tragga ossia le sue conclusioni dalla comunione, nel concetto stesso di "*Wirtschaftsrecht*", (diritto penale dell'economia) dei due sistemi, appunto, "*Wirtschaft*" (economia) e "*Recht*" (diritto).

Partendo dalla considerazione che l'ordinamento penale e il sistema di mercato, per quanto diversi, si sviluppano su due piani tra di loro intersecanti, si prosegue indagando le possibilità comunicative tra i due ordini; le orlature teoretiche, disegnate dagli studiosi, valgono sì a separare i loro piani di azione, ma non per questo anche a sancire tra i due una cortina gnoseologica.

⁹⁹ Cfr. BVerfG NJW 2010, 3209.

¹⁰⁰ BRÄUNIG A., *Untreue in der Wirtschaft, Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, Berlin, 2011, p. 11.

¹⁰¹ Con un tale termine vuole richiamarsi alla teoria della "*System-theoretische Rechtsdogmatik*"; Cfr LUHMANN N., *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart, 1968.

In altri termini il diritto, come sistema autonomo o, meglio, autopoietico, non deve, perciò solo, scadere nell'autismo cognitivo: "Diritto" ed "Economia" vanno intesi come due sotto-sistemi paralleli e comunicanti, intercalati in un più grande sistema-società.

Vero è che a questi due si sottendono differenti direttive di razionalizzazione: ai principi di opportunità, pragmatismo, efficienza, vantaggio e variazione marginale che informano il mercato, rispondono sul piano del diritto i principi di legalità, proporzionalità, razionalità, equità, tanto più sentiti nella delicata materia del diritto penale.

Tuttavia non può negarsi all'ordinamento giuridico una "irritabilità cognitiva", da intendersi quale sensibilità agli stimoli esterni (estranei); va conseguentemente ammessa la possibilità di una interazione teorica sia con il sistema tessutale (società) che con i diversi sistemi subordinati (tra cui quello economico).

Non si dimentichi, al riguardo, che sul diritto hanno sempre pesato, in prospettive di maggiore efficienza, stringenti aspettative di risultato in tema di mercato: sin dai primi anni del dibattito economico, infatti, è a questo che ci si richiamava quale centro di regia privilegiato dell'azione statale sull'andamento del mercato, ben oltre il marginale ruolo di vigilante nella risoluzione dei conflitti attinenti alla patologia del traffico economico. Un tale intervento non deve necessariamente risolversi, per il diritto, in una crisi identitaria, nella misura in cui l'apparente contrasto rispetto ai principi in cui la scienza economica si identifica e qualifica, trovi soluzione in una sapiente differenziazione funzionale delle informazioni risultanti dallo scambio intrasistemico.

Al contrario, è *Lebensbedingung*¹⁰² di un (sotto-)sistema autopoietico quale il diritto una certa fisiologica (*melius*: sistemica) interferenza con l'ambiente circostante. Insterilirsi nell'autoreferenzialità, rinunciando a rispondere alle suggestioni esteriori, rischia anzi di comprometterne le stesse qualità ed autorità.

Concludendo sul punto, la breve analisi strutturale dei sistemi *Recht* (diritto) e *Wirtschaft* (economia), come su richiamatim pare costituire, per lo

¹⁰² "Condizione di sopravvivenza".

studioso del diritto, una “licenza di scambio” o, per dirlo con Bräunig¹⁰³, una osmotica “immissione” (*Einspeisung*) di materiale (di significato; n.d.a.) da un sistema all’altro, da elaborarsi (per ragioni di autonomia operativa; n.d.a.) secondo i processi logici tipici del sistema ricevente¹⁰⁴.

Conseguenza logica di una tale collisione è il progressivo aumento di complessità (*Komplexitätssteigerung*) intrasistemica, da risolversi con i mezzi di uno studio “differenziante” sulla adattabilità ambientale del singolo sistema ogni volta preso a studio, e con il particolare traguardo della stabilità e coerenza funzionale del diritto.

In termini più semplici, nella confusione operativa del Diritto con l’Economia si inspessisce la complessità dell’analisi giuridica: si pensi alla difficoltà per l’interprete di abbandonare i sicuri sentieri già tracciati dalla dogmatica del diritto, per cimentarsi con armi nuove (i principi economici) ed in arene sconosciute (le varie zone del mercato). In tale panorama, può venire in aiuto una interpretazione appunto “funzionale”, riduttiva della complessità (*Komplexitätsminderung*) che realmente ne ritrovi la *ratio*, isolando tra le molte, l’opzione ermeneutica che meglio aderisca in uno al dato letterale e alla funzione della norma nel sistema del mercato.

Riportando l’analisi sul reato di Untreue, pare impossibile prevedere quali mostri possa generare lo schianto di una norma dalla formulazione tanto impalpabile con la varietà del fenomeno economico.

E’ su questa linea di pensiero, ed ossia cercando conforto in una lettura funzionale della norma, meglio coniugata con la dialettica di mercato, che si impone una riconsiderazione di quel concetto di “buon affidamento” sugli attori della scena economica, che la Corte Costituzionale e il BGH escludevano dagli interessi giuridici tutelati.

Non si può ad esempio non fare i conti con la tendenza, sempre crescente in ambito economico, di dissociare la proprietà con l’effettiva gestione dei patrimoni, specialmente nelle società commerciali e nel mercato finanziario, in

¹⁰³ E’ la dottrina dell’autore in questione che qui si vuole rielaborare; è infatti proprio allo studio delle possibilità teoriche e delle conseguenze concrete di una siffatta “*strukturelle Kopplung*” che egli dedica la illuminata monografia in questo paragrafo spesso citata.

¹⁰⁴ Cfr. BRÄUNIG A., *Untreue in der Wirtschaft*, cit., pag 34.

cui la divisione dei ruoli si basa su di una asimmetria informativa che offre ai “fiduciati” (i soggetti concessionari della gestione dei patrimoni altrui) il facile destro di abusare dei poteri concessi in danno dei legittimi titolari. Rinunciando alla gestione del proprio patrimonio per immetterlo negli ingranaggi economici, il proprietario corre dunque due distinti rischi: uno oggettivo ed esterno al mandato gestorio, costituito dal normale rischio inerente al mercato; ed uno interno al rapporto e connaturato al trasferimento dei poteri gestori, il rischio ossia che disattenda alle intese premesse all’affidamento della gestione ed agisca ai danni del patrimonio.

E’ proprio a colpire questo secondo “dispensabile” rischio connesso alla gestione dei patrimoni economici che interviene il reato di infedeltà.

Se allora il § 266 tutela il patrimonio, tutela in parallelo anche il buon affidamento strettamente connesso ai suoi impieghi “economici”.

Nell’odierno *Wirtschaft* (sistema economico), poi, questo affidamento (che costituisce il prodotto oggettivo della fedeltà reale) si specifica in quanto collegato con a) una particolare posizione di dominio (*Machtstellung*) sul proprio patrimonio dalla quale derivi b) la possibilità di arrecargli danno.

Impiegare il richiamo al buon affidamento in funzione riduttiva della complessità significa proprio questo: dirigere la tutela dell’Untreue non al patrimonio in generale, bensì specificatamente solo a quello su cui sussistano particolari obblighi di cura da parte di soggetti estranei; ed obblighi questi che abbiano scaturigine in una speciale posizione di autorità (*Machtstellung*) sul patrimonio che si concretino in un maggiorato potenziale di dannosità. (*Schädigungspotential*).

Allo stesso risultato può giungersi per altra via argomentativa; ovvero sia valutando la effettiva compatibilità sia con il dato letterale, sia con la ratio della norma, dell’assunzione del *Vertrauen* (affidamento) tra i beni giuridici. Ci si può innanzitutto domandare verso quale tipologia di buon affidamento la tutela del patrimonio approntata dal § 266 si diriga; in particolare questo può considerarsi un fenomeno individual-psicologico, con ciò intendendosi il moto emotivo di fiducia del proprietario nella liceità dell’affidatario. Già dalla lettura della norma risalta come una tale tensione individuale sia esclusa in tutti i casi in cui la peculiare *Machtstellung* (posizione di potere) sul patrimonio altrui trovi origine

non dal negozio giuridico, bensì nella legge (tutela, curatela, curatore fallimentare, esecutore testamentario) ovvero dall'ordine dell'autorità. Anche nel caso, poi, in cui il *Vermögensbetreuungspflicht* sorgesse in forza di un negozio giuridico, bisognerà comunque escludere i casi, non rari, in cui il *Treugeber* (il soggetto che concede in gestione il patrimonio) non coincida con il proprietario; ovvero i casi, come nelle società di capitali, in cui il proprietario sia naturalmente disinteressato alla gestione, e non abbia sugli amministratori, che nella prassi neanche conosce, aspettative di condotta, ma solo di astratto profitto. Oppure può farsi riferimento all'affidamento, sempre individual-psicologico del proprietario rispetto ad una astratta ed oggettiva liceità e correttezza degli attori del mercato. Questa impostazione ha il pregio di essere compatibile con tutte le ipotesi suvviste, ciò non di meno rimane un referente impalpabile: bisognerebbe sanzionare solo i casi in cui la condotta lesiva del patrimonio, benché abusiva dei poteri o costituente violazione degli obblighi strettamente inerenti la posizione fiduciaria, abbiano *effettivamente leso anche la fiducia del singolo proprietario nei meccanismi economici*; con tutte le difficoltà sul piano probatorio che una tale ricostruzione comporta.

Ciò non di meno il legislatore tedesco ha premura perciocché il titolare di patrimonio si affacci al mercato fiducioso nella liceità dei suoi operatori e, mediante il § 266, assicura *anche* la protezione di un "sistemico" (oggettivo) buon affidamento nella corretta espletazione delle logiche economiche.

A questo punto può forse aiutare un paragone con la fattispecie del § 263 StGB che disciplina, nell'ordinamento tedesco il reato di truffa (*Betrug*). Una tutela dell'affidamento nella liceità dei traffici commerciali non deve ritenersi estranea infatti neanche all'ipotesi fraudolenta di lesione patrimoniale dolosa: sanzionare penalmente la condotta di chi "generi ovvero alimenti l'errore, fingendo il falso nonché distorcendo ovvero omettendo il vero", significa senz'altro tutelare il normale buon affidamento nella correttezza della circolazione dei beni. Ove, infatti, il legislatore avesse ritenuto opportuno invitare i destinatari delle sue norme ad approcciarsi con diffidenza agli scambi commerciali, avrebbe lasciato a carico dell'"incauto" i pregiudizi che dalla sua "ingenuità" gli fossero derivati.

Riconoscere nel legislatore una tale eminente premura non significa però necessariamente moltiplicare il numero dei *Rechtsgüter* (beni giuridici). Un siffatto interesse può trovare, cioè, riconoscimento espresso, senza perciò compromettere il nitore della norma (*Konturlosigkeit*). Un tale risultato può infatti raggiungersi mediante „uno studio funzionale, che riveda la tutela del patrimonio nell’ottica di uno specifico contesto, appunto, funzionale“. Una siffatta lettura differenziata non condurrebbe „né ad una relativizzazione del carattere patrimoniale della tutela del reato, né all’ampliamento del concetto di patrimonio fino a ricomprendere la penalizzazione delle lesioni della mera facoltà di disposizione“¹⁰⁵.

In altri termini, l’aggiunta dei beni suvisti, lungi dal provocare confusione in fase applicativa, a seguito dello sbiadimento dei contorni della norma, possono al contrario aiutare lo studioso in quella stessa missione selettiva che i vertici giurisprudenziali raccomandavano.

Quanto dunque la corte costituzionale gettava fuori dalla porta vuole farsi rientrare dalla finestra, ma in una veste nuova: quella, ossia, di due „orientamenti funzionali“ della tutela apprestata dal dispositivo. Questi, lungi dal rappresentare autonomi beni giuridici da affiancare al *Vermögen* (patrimonio), agiscono invece al suo interno, come suoi „*Spezifika*“ (elementi specificanti) da impiegarsi come criteri interpretativi teleologici in funzione restrittiva.

Nell’ottica di una progressiva riduzione della complessità che risulti dalle interferenze operative di due sistemi autoregolantisi quali il diritto e l’economia, sarebbe diseconomico rinunciare alle proiezioni „delimitative“ risultanti dalla intersecazione dei due piani funzionali sopra studiati su quello della integrità patrimoniale.

Ciò detto, che bene ultimo tutelato dalla norma sia la integrità patrimoniale neanche la più ispirata delle dottrine può negare, contro la evidenza della sanzionabilità penale posticipata all’avveramento dell’evento di danno.

¹⁰⁵ BRÄUNIG A., *Untreue in der Wirtschaft*, cit., p. 34 per cui: „eine funktionale Betrachtung, die den Vermögensschutz im Lichte eines spezifischen funktionalen Kontextes sieht, der Konturierung gerade dienlich sei könnte“; nonché: „die anhand des gesamten Tatbestandes ausdifferenzierte betrachtung der funktionalen Schutzwirkung des par. 266 StGB weder eine Relativierung seines Vermögensschutzscharackters noch eine Öffnung des Vermögensschutzes hin zur Pönalisierung von Verletzungen der Dispositionsbefugnis bedeutet“.

Di fatti, come si è già studiato, le suddette aperture della giurisprudenza costituzionale sul punto, quelle ossia che tra gli interessi giuridici presidiati noverano la facoltà dispositiva della persona offesa, non costituiscono una svolta giurisprudenziale; non si discostano, cioè, dalla più classica dottrina che considera l'Untreue un *reines Vermögensdelikt* (delitto patrimoniale puro¹⁰⁶).

Ciò non di meno, si è inoltre visto, non è lecito rinunciare alle „specificazioni“ che dagli elementi della fattispecie ci derivino a segnare la particolari modalità di aggressione al bene tutelato che il reato in parola, in rispetto del principio di frammentarietà, si propone di sanzionare.

L'idea, allora, della lettura funzionale che qui si è inteso riproporre è propria quella di accogliere questi speciali elementi „all'interno“ del bene giuridico, dotandoli di efficacia selettiva.

Concludendo con Bräunig: „oggetto di tutela del § 266 StGB è il solo patrimonio. Il buon affidamento, e l'autonomia privata non costituiscono *ulteriori* beni giuridici della norma, bensì le direzioni funzionali „intrinseche“ della tutela apprestata dal reato di infedeltà, e con ciò capisaldi del contornamento restrittivo in sede di lettura della fattispecie“¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Con ciò intendendosi un'ipotesi di reato teso alla tutela esclusiva degli interessi patrimoniali dei soggetti lesi.

¹⁰⁷ BRÄUNIG A., *Untreue in der Wirtschaft*, cit., p. 58: in cui; „Schutzweck des § 266 StGB ist allein das Vermögen. Vertrauen und Privatautonomie stellen keine zusätzlichen Rechtsgüter dar. Sie sind aber *intrinsische* funktionale Schutzrichtungen des untreuerechts und damit Eckpfeiler einer restriktiven Konturierung einer Untreue-Interpretation“.

5. L'accessorietà al diritto commerciale: l'Untreue e la tutela dell'interesse sociale (*Organuntreue*).

Attesa la preminenza dell'Untreue all'interno dei reati economici, di particolare rilievo risulta lo studio della accessorietà del diritto penale rispetto a quello commerciale. Si è già visto come la corretta via ermeneutica per l'Untreue vada appunto ricercata nello spazio di possibilità aperto dalla fusione dei due sistemi diritto ed economia¹⁰⁸; non stupisce allora il ruolo centrale che una siffatta accessorietà giochi nello studio dei singoli elementi dell'Untreue. Sul punto dottrina e giurisprudenza sono pressoché unitarie¹⁰⁹: non solo si ammette pacificamente l'integrazione normativa del § 266 con altri ambiti del diritto, ma si giunge fino a permettere che sia il diritto commerciale a ritagliare un'area di liceità per l'Untreue. "Ciò che si ammette in diritto commerciale", si è detto, "non può proibirsi con le vie del diritto penale"¹¹⁰.

Meno pacifico è invece il contrario ed ossia che quanto è proibito dal diritto commerciale debba perciò esserlo anche in diritto penale. Se alcune voci (tra cui in nota) ammettono una tale rigida operazione, sulla base di una cosiddetta "stretta accessorietà", altre rifiutano la semplicità di un siffatto automatismo; una così rigida sovrapposizione delle due aree di tutela avrebbe infatti come ovvia conseguenza quella di neutralizzare i principi di necessaria sussidiarietà e graduazione sottesi al concetto di diritto penale quale *ultima ratio*. Un corretto impiego di questa speciale branca del diritto considererebbe anzi una violazione d'un obbligo di diritto privato una condizione necessaria, ma insufficiente ad azionare la macchina sanzionatoria statale. Coniugando poi i risultati fino ad ora raggiunti con i principi di razionalità e proporzionalità, non è lungo il passo che porta ad escludere che siano selezionate *a caso* le violazioni cui riservare il

¹⁰⁸ V. retro, par. Precedente.

¹⁰⁹ ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, Herbolzheim, 2006, p. 2; HOFFMANN, *Untreue und Unternehmensinteresse. Erläutert am Beispiel des Schutzes der Interessen von Gläubigern und Arbeitnehmern*, 2010, p. 31 e ss.; TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 2 e 29; RÖNNAU T., *Untreue als Wirtschaftsdelikt*, in ZStW, 119 (2007), p. 906; ZStW 116 (2004), 634, 644.

¹¹⁰ HOFFMANN, *Untreue und Unternehmensinteresse*, cit., p. 31.

crisma della sanzione penale. L'unico criterio selettivo razionale, nonché quello che ha trovato maggior successo in dottrina¹¹¹, è quello della maggiore gravità. Al traguardo di un lungo percorso di analisi di dottrina e giurisprudenza, si è rinvenuto il seguente principio di diritto: integra l'elemento della violazione degli obblighi di cura del patrimonio altrui non anche ogni violazione del diritto commerciale, bensì quella che presenti il requisito della "gravità".

Nonostante, come si è detto, sia quello che abbia trovato il maggiore riscontro in dottrina, non è mancato chi¹¹² abbia messo in luce le insufficienze di un siffatto criterio. In particolare, oltre a rimanere poco chiari i contorni della gravità, non basterebbe un breve cenno al principio dell'*ultima ratio* per vulnerare un principio, quale quello dell'accessorietà del diritto penale, che, in tutte le altre fattispecie, trova piena applicazione. Un adeguato potere selettivo, che sappia anche giustificare un *vulnus* del principio in parola, si riscontra solo nel bene giuridico del § 266; un suo diffuso impiego, infatti, in funzione restrittiva della portata dell'Untreue favorisce ed impone l'Art. 103 Abs. 2 GG (*Bestimmtheitsgebot*).

A parere di chi scrive sono da condividere tanto l'esigenza di una accurata selezione degli obblighi di diritto privato la cui violazione giustifichi l'imposizione di una pena, quanto il richiamo all'efficacia selettiva offerta dal Rechtsgut della norma in parola. Ciò non di meno non pare corretto espellere senza riguardo le suggestioni che sul punto porgeva il principio di proporzionalità in favore del principio di cui all'Art 103 Abs. 2. GG. Meglio sarebbe invece coniugare i due ora richiamati principi, specificando ossia i requisiti della "gravità" con gli strumenti che offre il bene giuridico.

Ne consegue innanzitutto che:

- 1) Non ogni obbligo di natura civilistica può venire in considerazione per il reato di Untreue, bensì solo quelli direttamente posti a tutela della integrità del patrimonio. In secondo luogo, riguardo a una così ristretta cerchia di obblighi,

¹¹¹ Kutzner, NJW 2006, 3541, 3543; Saliger HRRS 2006, 10, 19, 23; Rönnau / Hohn, NStZ 2004, 113, 118; Hoffmann, op.cit., p 32. Per la giurisprudenza v. anche BGHSt 47, 187, 193.

¹¹² Hoffmann, op.cit., p. 31 e ss.

2) saranno da considerarsi gravi le sole violazioni *ex ante* idonee a porre in pericolo lo stesso patrimonio che l'obbligo mirava a tutelare.

Conseguentemente saranno esclusi dall'area di punibilità aperta dall'*Untreue* quei pregiudizi patrimoniali che abbiano cagione nella violazione di obblighi formali, solo strumentali alla tutela del Vermögen.

Quanto detto torna specialmente utile nella trattazione corrente, in cui si ha particolare riguardo per due *Spezialfälle* (casi speciali) del reato di *Untreue*, più intimamente connessi con il diritto commerciale: si tratta della infedeltà degli amministratori di società (*Organuntreue*) e dell'infedeltà nei gruppi societari (*Konzernuntreue*). Mentre nel primo caso l'infedeltà si atteggerà come una violazione di specifici obblighi di cura del patrimonio, perpetrata dall'organo di una persona giuridica e da cui derivi un danno alla società per cui l'organo opera; nel secondo si presenterà come la violazione, da parte di una società capogruppo, degli obblighi di cura degli interessi patrimoniali del gruppo, che dalla sua stessa posizione di dominio scaturiscano, e violazione da cui derivi pregiudizio per il patrimonio del gruppo ovvero di una sola o più figlie.

Da ultimo merita accenno il problema dell'interesse sociale: parte della dottrina esclude che alla persona giuridica possa attribuirsi un interesse proprio; a ben vedere un interesse siffatto, ricondotto ad un ente morale, costituisce un artificio logico per convogliare gli interessi patrimoniali dei creditori e dei soci di minoranza.

Il punto non è esente da rilievo pratico, in particolare con riguardo all'*Einverständnis*, ed ossia la causa di giustificazione del reato (*Rechtfertigungsgrund*) costituita dal consenso della società all'operazione pregiudizievole: una tale menomazione del patrimonio sociale, si è infatti detto, può giustificarsi, anche ove consentita, solo in quanto corrisponda all'interesse della società (scilicet: del patrimonio sociale posto a protezione dei creditori e dei soci di minoranza)¹¹³.

¹¹³ v. infra cap. III, par. 7.

6. Storia della fattispecie e rapporti col principio di determinatezza.

Così concluso lo studio della categoria del diritto penale dell'economia e viste già difficoltà ermeneutiche sulla corretta selezione del bene giuridico, pare già più gravida la questione della compatibilità con il principio di determinatezza (Art. 103, co. 2 GG; § 1 StGB). Sin dai suoi primi anni di vita, il reato, con la sua formulazione ampia e l'ambito applicativo trasversale all'intero ordinamento giuridico, ha suscitato animati dibattiti in dottrina¹¹⁴. La centenaria prassi giurisprudenziale e da ultimo la corte costituzionale¹¹⁵ hanno però smentito le critiche di quanti non ritenevano la fattispecie compatibile con l'obbligo di determinatezza rivolto al legislatore dall'art. 103, co. 2 del *Grundgesetz*.

In particolare è la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* NJW 2010, 3209 e ss. a porre, per ultima, un punto all'annosa questione.

La sentenza in parola, che qui giova ripercorrere, principia esponendo la storia della fattispecie.

Una tale impostazione espositiva non pare irragionevole: studiare i precursori dell'odierna, discussa formulazione è anzi tanto più utile quando si pensi che secondo le conclusioni della corte, quest'ultima proprio nella sua storia ritrova la sua determinatezza.

Il reato di Untreue trovava prima introduzione nel vecchio *Preußische Strafgesetzbuch* del 1851, ospitato dal § 246, che appunto puniva, in via sussidiaria rispetto al più grave reato, un *numerus clausus* di soggetti¹¹⁶ che "intenzionalmente agissero in danno delle persone o cose alle loro cure affidate" Alla pena detentiva (non meno di tre mesi) ed alla sospensione temporanea dei diritti civili "onorari" (*bürgerliche Ehrenrechte*; così si indicavano i diritti c.d. politici, strettamente connessi all'esercizio della cittadinanza quali p.e.

¹¹⁴ Cfr. Achenbach/Ransiek, HWStR, p. 598; Günther FS Weber, p. 311; Jakobs AT 4/29 ; Labsch, Untreue, p. 201; Saliger ZSTW 112 (2000), 2370, 3209; Kargl, ZStW 113 (2001), 565, 589.

¹¹⁵ BVerfG NJW 2009, 2370 ss.; 2010, 3209 ss.

¹¹⁶ Tra cui p.e. il tutore, il curatore, l'amministratore giudiziario e l'esecutore testamentario; si noti che il reato di Untreue nasceva dunque come *echte Sonderdelikt*.

l'elettorato attivo e passivo e l'accesso ai pubblici uffici), si aggiungeva la pena pecuniaria per il caso in cui l'attore avesse agito con scopo di profitto.

La successiva formulazione nel *Norddeutsches Bund*, al § 266 del *Reichsstrafgesetzbuch* del 15 maggio 1871¹¹⁷, ampliava il novero dei possibili soggetti attivi per i quali si ripetevano le vaghe condotte consistenti nel "pregiudicare" (n. 3) ovvero "agire in pregiudizio"(n. 1) .

A loro fianco si prevedeva poi (n. 2) il caso del procuratore generale (*Bevollmächtigte*) che "con l'intenzione di danneggiarli disponesse dei crediti od altri beni patrimoniali del delegante"¹¹⁸ (stupisce la vicinanza all'odierna infedeltà patrimoniale atteso che la condotta valgono a delineare la condotta la semplice disposizione di beni o crediti connessa all'intenzionalità del danno; punto di divergenza è invece l'assente dolo di profitto o il vantaggio). La speciale e più particolareggiata condotta da ultimo vista apriva il lungo conflitto (peraltro ancora attuale; v. infra Cap. II, par. 6) nel panorama dottrinario dell'Untreue, che si separava dunque tra assertori della *Missbrauchstheorie* (teoria dell'abuso; tra cui p.e. Frank) e quelli della *Treubruchstheorie* (teoria della violazione del dovere di fedeltà; tra cui Freudenthal¹¹⁹): per la prima integrava l'Untreue l'abuso dei poteri giuridici di rappresentanza connessi alla speciale qualifica posseduta

¹¹⁷ § 266. [1. Januar 1872-20. März 1876]

(1) Wegen Untreue werden mit Gefängniß, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:

- 1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
- 2. Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen;
- 3. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachtheiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

(2) Wird die Untreue begangen, um sich oder einen Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnißstrafe auf Geldstrafe bis zu eintausend Thalern erkannt werden.

¹¹⁸ "Welche ueber Forderungen oder andere Vermoegenstucke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben".

¹¹⁹ FREUDENTHAL H., *Die Untreue (§ 266 StGB und Nebengesetze)*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, Vol. VIII, 1906, p. 105.

dall'attore del reato; per la seconda bastava l'azione determinante danno al patrimonio che costituisse altresì violazione degli obblighi di fede.

Se la *Missbrauchstheorie*, poi, si appoggiava eccessivamente al diritto civile, ed appariva a tratti troppo restrittiva, la *Treubruchstheorie*, seguita dalla giurisprudenza dominante, raccoglieva nella formulazione troppo ampia ogni dolosa inadempienza contrattuale¹²⁰.

Proposte di riforma, nel tentativo di dare risoluzioni ai dubbi interpretativi, si registrano già dal 1909¹²¹, fino alla effettiva novella del dispositivo avvenuta con legge 26 maggio 1933 (RGI I S. 295), che riformulava la condotta, pressoché identica all'odierna, polarizzando le condotte di abuso e di slealtà in un "bifrontismo esecutivo", che lungi dal fugare alcun dubbio, lasciava alla prassi ed alla dottrina il compito non facile di ritrovare unità e coerenza per la fattispecie.

Rispetto all'odierno § 266 il dispositivo del 1933 presentava le seguenti differenze: da un punto di vista sanzionatorio prevedeva ancora la perdita dei diritti politici; al comma secondo inoltre si prevedevano le speciali aggravanti (penitenziario fino a dieci anni) consistenti nell'aver cagionato danno al popolo tedesco (*Volk*) nel suo complesso, nell'aver cagionato altro danno di speciale entità ovvero nell'aver agito con particolare arguzia.

Da un punto di vista storico, si noti che la ora richiamata riforma dello *Strafgesetzbuch* del 1933 costituiva una delle priorità dell'appena nato stato nazionalsocialista. Il legislatore si muoveva sì, come accennato, nella lungimirante direzione di una specificazione del disvalore della condotta, prima disperso nell'inconsistente "agire in pregiudizio" del codice del 1871; ciò non di meno, come era pratica non sconosciuta neanche al parallelo regime fascista italiano, preferiva lasciare un margine di indeterminatezza da affidare sapientemente all'organo giurisdizionale.

Successive modifiche, susseguite fino al 1998 e riguardanti per lo più le aggravanti ed il profilo sanzionatorio, hanno portato alla norma oggi vigente.

¹²⁰ Cfr. Achenbach/Ransiek, HWStR, p. 598; Kindhauser, op.cit., §266 Rn. 12 ss.; Marauch/Schroeder/Maiwald, op.cit., p. 577 e ss.; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn.6.

¹²¹ Per i quali v. SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn., 6.

In questa sono ancora previste due varianti esecutive: una fattispecie di abuso delle facoltà di disporre ed obbligare il patrimonio altrui; ed una di violazione del dovere di cura sul patrimonio altrui.

Alle due si aggiunge l'evento costituito dal pregiudizio patrimoniale che però, si specifica, deve colpire direttamente la persona i cui interessi patrimoniale l'attore ha l'obbligo di curare; una tale specificazione, apposta all'elemento d'evento, pone di fronte ad un bivio: o il § 266 contiene due autonome fattispecie di reato, una strutturata come illecito penale di pura condotta e l'altra di evento; o il dovere di cura, su cui si assesta l'essenza della seconda variante, è elemento da riportare altresì alla fattispecie di abuso, con la conseguenza, da un lato, che l'eccesso di potere che costituisce l'abuso deve altresì integrare la violazione del dovere in parola e, dall'altro, che tra le due varianti sussiste un rapporto di genere a specie.

E l'angustia di questa ultima, poi affermatasi, teoria "monistica"¹²² dell'infedeltà che il legislatore riconosceva e arginava introducendo i reati di cui al § 266b (nome) e § 266c (nome) con la 2. WikBeG del 15 maggio 1986¹²³.

Dinanzi ad un panorama interpretativo tanto dissestato, dottrina e giurisprudenza hanno fatto ricorso ad una minuziosa elaborazione casistica (*Fallgruppenrecht*) non diversa dai procedimenti ermeneutici di Common Law, alla ricerca di argini sufficientemente saldi alle non poche "falle" del dispositivo. Merita allora notare che, proprio su questa laboriosa opera della scienza giuridica nel suo complesso¹²⁴, giungeva la corte costituzionale tedesca ad argomentare la sufficiente determinatezza dell'Untreue.

¹²² cfr. MAURACH R.- SCHRÖDER F.-C.- MAIWALD M., *Strafrecht – Besonderer Teil*, Vol. 2, 9° ed., 2003, p. 579.

¹²³ In giurisprudenza vedi BGHSt 24, 386-387 per cui: "Wie schon aus dem Wortlaut des § 266 StGB hervorgeht, setzen beide üblicherweise als Mißbrauchs- und Treubruchstatbestand bezeichnete Alternativen dieser Bestimmung voraus, daß der Täter fremde Vermögensinteressen von einiger Bedeutung zu betreuen hat. An einer solchen Vermögensfürsorgepflicht fehlt es im Verhältnis des Scheckkarteninhabers zu seiner Bank oder Sparkasse (ebenso Vornahme NJW 1971, 443; Sennkamp MDR 1971, 638; Zahrnt NJW 1972, 277 und NJW 1972, 1095; anderer Ansicht: OLG Hamm NJW 1972, 298; Meyer MDR 1971, 893)."; v. anche BGHSt 33, 244.

¹²⁴ Della quale si fornisce un breve estratto al Capitolo IV della presente trattazione.

Sostiene infatti la Corte, in merito al principio di determinatezza, che “l’art 103 co 2 GG non fa solo divieto di applicare una norma penale retroattiva ovvero di diritto consuetudinario, ma contiene altresì, per il legislatore, un obbligo di determinatezza (*Bestimmtheitsgebot*) nonché, per il potere giudiziario, un divieto di analogia¹²⁵”.

Per ciò che attiene alla parte rivolta al legislatore, poi, a quest’ultimo si fa obbligo di chiarire ogni volta, nelle fasi di formazione del volere parlamentare, cosa precisamente consideri meritevole di pena e cosa invece deve rimanere impunito, descrivendo, nei limiti concessi dai principi di astrattezza e generalità, i presupposti della punibilità “in modo tanto concreto da rendere riconoscibili i contorni applicativi della norma”¹²⁶. Specialmente nella delicata materia penale, segue la corte, il parametro di una tale riconoscibilità deve essere il destinatario medio (*Mediaddressat*) che sulla base del solo tenore letterale della norma dovrebbe poter prevedere se uno specifico comportamento sarà punibile o meno.

Tuttavia, il rischio di una siffatta operazione è quello, da una parte, di compromettere l’astrattezza e generalità delle norme penali, dall’altra di ridurre ad un artificiale monismo ontologico il pluralismo del fenomeno economico. Non pare dunque possibile stabilire un livello generale (*allgemeiner Grad*) di determinatezza delle singole fattispecie.

Se una norma penale è sufficientemente determinata, infatti, va determinato sulla base di una “valutazione complessiva che prenda in considerazione le possibili alternative normative nonché le particolarità della singola norma penale”¹²⁷. In taluni casi limite, si specifica quindi, può bastare eccezionalmente che sia anche solo “percepibile” il mero rischio di incorrere in una sanzione penale.

Nel caso, come quello rappresentato dall’Untreue, di norme penali, ossia, dalla formulazione eccessivamente ampia, l’Art. 103 co. 2 GG non rimane però silente; non può infatti ammettersi che una norma di legge ordinaria, per quanto ben motivata e contestualizzata, possa vulnerare una norma di rango

¹²⁵ Così la corte costituzionale in BVerfG NJW 2012, 3209.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

costituzionale; nel caso in specie il principio di determinatezza si specifica in un obbligo di precisazione (*Präziserungsgebot*) rivolto alla giurisprudenza, dove con ciò si intende appunto l'obbligo di eliminare le rimanenti incertezze circa l'ambito di operatività di una norma, restituendole precisione (*Präzisierung*) e concretezza (*Konkretisierung*).

In breve, “i dubbi sulla compatibilità costituzionale in relazione all'ampiezza di una fattispecie ovvero di un elemento di questa, può dissipare una unanime giurisprudenza dei vertici” in tanto che sia possibile una “interpretazione restrittiva precisante”¹²⁸.

E proprio riconoscendo come una tale opera restrittiva sia presente già in sufficiente entità che giunge la corte costituzionale a concludere che: “la fattispecie di Untreue nella formulazione vigente adempie all'obbligo di determinatezza ex art 103 co. 2 GG. Il § 266 Abs 1 StGB mostra chiaramente tanto il bene giuridico tutelato quanto i particolari pericoli da cui il legislatore questo bene con l'aiuto della fattispecie in parola voleva proteggere. Con queste premesse, nonostante la sua ampiezza e conseguentemente la sua relativa indeterminatezza, può la fattispecie incontrare una lettura sufficientemente restrittiva e precisante, che tenga conto dei dubbi di costituzionalità relativi della determinatezza della norma”¹²⁹.

Come questa lettura restrittiva si snodi all'interno dei vari elementi che costituiscono la fattispecie sarà studiato in fase d'analisi strutturale.

Ciò che invece merita di essere richiamato a conclusione di quanto qui si tratta è come si sia sviluppata, nonostante la appena vista “ottimistica” giurisprudenza costituzionale, una tendenza nella pratica degli organi della giustizia penale ad impiegare la norma in parola come *Auffangstatbestand* (fattispecie residuale), un “canale di scolo”, ossia, per tutti i casi che alle altre fattispecie del *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia) si avvicinino vertiginosamente, conseguentemente presentando qualificati indizi di disvalore, e pur tuttavia in queste non rientrino in ragione di difetti della formulazione ovvero lacune talora ponderate dallo stesso legislatore.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

E' il caso questo della già riportata sentenza Siemens Enel. Si trattava, nel caso in specie, della costituzione di fondi extrabilancio, volti però a formare il prezzo di un corruzione tra privati. La punibilità per i casi di corruzione all'estero, doveva però nel caso in specie escludersi, dacché nella formulazione del § 299 co. I StGB, vigente fino al 29 Agosto 2002 tali condotte risultavano punibili solo in quanto si rivolgevano anche a concorrenti tedeschi; la distrazione dunque dei fondi nelle così dette "casse nere" riconduceva il *Bundesgerichtshof* alla più ospitale *Untreue*, nel cui alveo trovava punibilità altresì la mera preparazione della corruzione.

Un ulteriore impiego "abusivo" dell'*Untreue* si registra in ambito anche processuale: le ampie clausole del reato si prestano infatti alla facile strumentalizzazione da parte degli organi della giustizia, che dinanzi a qualunque pregiudizio patrimoniale che dia anche una minima parvenza di illiceità, a queste ricorrono per giustificare tanto l'apertura delle indagini, quanto talora l'impiego di misure cautelari (*Zwangsmassnahmen*)¹³⁰.

In conclusione pare dunque che la sentenza della corte costituzionale che intendeva segnare la fine della secolare discussione relativa alla indeterminatezza del reato di *Untreue*, sia in realtà solo un nuovo inizio, come anche dimostrano le incalzanti proposte di riforma¹³¹

¹³⁰ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 599.

¹³¹ Così SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 600; HIRSCH H.J., *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, p. 117; MAURACH R.-SCHRÖDER F.-C.- MAIWALD M., *Strafrecht – Besonderer Teil*, cit., § 45, Rn. 39.

CAPITOLO III

STRUTTURA DEL REATO DI UNTREUE.

SOMMARIO: 1. Dispositivo e sistematica dell'*Untreue*: *Aufbauschema*. – 2. I soggetti del reato: l'*Untreue* come reato proprio. – 3. La variante d'abuso: *Missbrauchtatbestand*. Caratteri generali: il potere di disporre e di obbligare. La condotta di abuso. – 4. La variante di slealtà: *Treubruchtatbestand*. Caratteri generali e funzione della fattispecie. L'obbligo di vigilanza sul patrimonio altrui. La condotta di violazione. – 5. Il danno patrimoniale: reato di evento e reato di pericolo. I nessi causali. – 6. L'elemento soggettivo del reato: *Vorsatz* (dolo). – 7. Il consenso del titolare (*Einwilligung*) e la procedibilità d'ufficio.

1. Dispositivo e sistematica dell'*Untreue*: *Aufbauschema*.

§ 266 ***Untreue***

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 243 Abs. 2 sowie die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.

§ 266 ***Infedeltà***

(1) Chi abusa del potere di disporre del patrimonio altrui ovvero di obbligare altri, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o negozio giuridico, ovvero viola l'obbligo di curare gli interessi patrimoniali altrui che su di lui incombono in forza di una legge, di un ordine dell'autorità, di un negozio giuridico o di un

rapporto fiduciario, con ciò cagionando pregiudizio alla persona i cui interessi patrimoniali deve curare, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni ovvero con la pena pecuniaria.

(2) *Si applicano in quanto conformi i §§ 243 Abs. 2, 247, 248a e 263 Abs. 3.*

Come già precedentemente studiato, l'Untreue rappresenta con il suo "bifrontismo esecutivo" il dualismo già sperimentato nella fenomenologia dei delitti di infedeltà¹. Nella descrizione della condotta tipica, infatti, il § 266 prevede due varianti esecutive: una variante "d'abuso" (*Missbrauchstatbestand*) consistente, per l'appunto, nel fatto di chi abusa del potere di disporre e di obbligare che gli sia conferito in forza di legge, d'un ordine dell'autorità ovvero di un negozio giuridico, ed una "variante di slealtà" (*Treubruchstatbestand*) consistente invece nella violazione dell'obbligo di curare gli interessi patrimoniali altrui, scaturente dalla legge, da un ordine dell'autorità, da un negozio giuridico ovvero da un rapporto fiduciario.

La dottrina dominante ravvisa tra le due sopra citate alternative della condotta esecutiva un rapporto di genere a specie: in particolare la variante d'abuso costituisce una specificazione della più generale slealtà e su quest'ultima prevale, in quanto *lex specialis*, nella ipotesi del concorso². Ciò non di meno il reato mantiene integra la sua natura unitaria: il BGH ha lasciato, infatti, volutamente irrisolta la questione relativa alla possibile continuazione tra le due fattispecie; né pare, sul piano del diritto processuale, che l'aver fatto richiamo nel dispositivo di condanna della sentenza ad una variante differente rispetto a quella contenuta nella imputazione possa costituire una modifica di quest'ultima ai sensi del § 263 co. 1, StPO. Il rapporto tra le due alternative, secondo la teoria monistica che qui si segue, si risolve in una semplice *priorità logica*, con ciò intendendo che all'interprete è imposto, in fase di sussunzione, la previa verifica degli elementi dell'abuso, che, ove integrati, lo esimono dal provare la sussistenza di quelli attinenti alla slealtà.

¹ V. retro, cap. I, par. 1.

² Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, 2° ed., Monaco, 2011, Rn. 10.

La questione assume un rilievo teorico e pratico tanto più alto nella misura in cui al riconoscimento di un siffatto rapporto di specialità fa da automatico seguito l'estensione dell'elemento del *Vermögensbetreuungspflicht* (ed ossia l'obbligo di curare gli interessi patrimoniali altrui) anche alla fattispecie abusiva. Conseguentemente, secondo l'opinione maggioritaria, per avere integrata la prima variante di abuso bisognerà verificare, oltre agli elementi costitutivi suoi propri, altresì la sussistenza di un obbligo di cura, al pari di come richiesto per la seconda variante. Tra le argomentazioni attraverso le quali si è pervenuti ad un siffatto risultato, più decisiva è quella che segnala come l'evento di danno sia posto, nella formulazione della norma, in relazione <<*alla persona i cui interessi patrimoniali (il soggetto attivo) deve curare*>>. Conseguentemente delle due l'una: o la violazione del dovere di cura sul patrimonio altrui, come richiamato dal danno, non si estende alla fattispecie di abuso e questa costituisce un reato autonomo di pura condotta, ovvero l'abuso delle facoltà di disporre ed obbligare che all'attore siano derivate in forza dei particolari strumenti richiamati dal su riportato § 266, 1°alt. deve altresì costituire la violazione di uno speciale obbligo di cura sul patrimonio cui le facoltà sono connesse³.

L'ampia ed impalpabile formulazione della variante abusiva, accogliendo al proprio interno un nuovo elemento costitutivo, riceve così specificazione e maggiore determinatezza, allineandosi ai requisiti di determinatezza imposti dall'art 103 Abs. 2 GG⁴.

Parimenti comune alle due varianti è, dunque, anche l'evento di danno, consistente nel cagionare un "pregiudizio alla persona i cui interessi patrimoniali si deve curare".

³ Così anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 19, in cui si aggiunge, però, che non mancano voci, in dottrina, che nella prima variante tendono a svalutare la verifica del requisito dell'obbligo di cura del patrimonio altrui.

⁴ Rimangono così escluse dall'area di punibilità dell'Untreue quelle condotte di eccesso di potere poste in essere da quanti non abbiano sul patrimonio danneggiato speciali obblighi di cura; è, ad esempio, il caso del datore di lavoro sulle retribuzioni non ancora versate, ovvero del consegnatario di carte di credito o libretti di assegni che di questi strumenti faccia abuso. Si noti (v. infra, cap IV) che l'esclusione in via giurisprudenziale delle due ipotesi ora viste ha indotto il legislatore a prevedere, per queste, due autonome fattispecie di reato (§ 266a e 266b).

Tale detrimento, lo si anticipa⁵, nonostante la formulazione vaga, è da intendersi quale pregiudizio patrimoniale.

Per la consumazione del reato è sufficiente un mero “pregiudizio” al patrimonio del *Treugeber* (la parte che concede in cura il patrimonio); si completa⁶ invece con la effettiva realizzazione di una perdita del patrimonio⁷.

Ai sensi dei §§ 12, co. 1 e 23 StGB, per il reato di Untreue in mancanza di una espressa e contraria indicazione di legge, non è punibile il tentativo: si tratta infatti di una ipotesi contravvenzionale (*Vergehen*), comminando, nel minimo, una pena inferiore ad un anno.

Soggettivamente si richiede il dolo.

⁵ V.infra cap III.

⁶ Merita qui un accenno la distinzione, cruciale nel diritto tedesco, tra consumazione (*Vollendung*) e completamento (*Beendigung*) del fatto tipico di reato. Con il primo si suole intendere l'integrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, con il secondo invece la completa realizzazione del disvalore del fatto, e si distingue: per i reati di pura condotta coincide con il completamento dell'ultimo atto dell'azione criminosa, per i reati di evento con il perfezionarsi dell'evento; v. BGHSt 4, 133 in tema di furto: Der Diebstahl (§ 242 StGB) ist vollendet mit der Wegnahme der fremden Sache. Beendet ist er, wenn die Beute gesichert ist.

⁷ Si veda in giurisprudenza BGH NSTZ 2001, 650-651, per cui: “Zwar kann für die Vollendung der Untreue schon eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ausreichen. Für die Tatbeendigung ist aber die Realisierung dieser Gefährdung entscheidend. Entsteht nämlich der Nachteil iSd StGB § 266 erst durch verschiedene Ereignisse oder vergrößert er sich durch diese nach und nach, ist der Zeitpunkt des letzten Ereignisses maßgebend”.

2. I soggetti del reato: L'*Untreue* come reato proprio.

Il § 266 StGB costituisce, tanto nella variante abusiva come in quella di violazione del dovere di cura, un reato proprio (*Sonderdelikt*, nella specie *Pflichtdelikt*): l'attore infedele deve infatti vestire uno specifico rapporto obbligatorio (*Pflichtsstellung*) nei confronti del patrimonio oggetto di pregiudizio⁸.

Possibili autori del reato di *Untreue* (in diritto tedesco disciplinati ex § 25 StGB nelle forme equipollenti di *Täter, Mittäter, mittelbarer Täter.*) possono dunque essere solo quanti, al momento della commissione del reato, erano affidatari del patrimonio (*Vermögensbetreuungspflichtige* o *Treupflichtige*) ed ossia quanti, in rispetto a quest'ultimo, detenevano uno specifico obbligo di tutela (*Vermögensbetreuungspflicht* o *Treupflicht*) . Coloro che invece, pur avendo concorso al fatto di un *Treupflichtige*, una medesima qualifica non possedevano, sfuggendo quindi al così individuato novero, potranno al massimo venire in considerazione quali partecipanti (*Teilnehmer* : § 26 STGB *Anstifte* - Istigatori , 27 StGB *Gehilfe* - Ausiliatori).

Con specifico riguardo a questa ultima categoria di soggetti, si noti inoltre che, ai sensi del § 28 Abs. 1 StGB, gli istigatori ovvero gli ausiliatori che manchino degli speciali requisiti soggettivi da cui la punibilità dipende, hanno diritto ad

⁸ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 10; Mitsch, *Wirtschaftsstrafrecht Besonderer Teil 2/1*, § 8, Rn. 9; ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, Herbolzheim, 2006, p. 13, il quale specifica: “*gemeinhin sprechen Teile der Literatur von der Untreue als einem “Pflichtdelikt”. Der von Roxin entwickelten und von Teilen der Literatur aufgegriffenen Pflichtdeliktslehre zufolge, knüpfen die Pflichtdelikte an die Verletzung einer tatbestandskonstituierenden Pflicht an, wohingegen auf der anderen Seite die “handlungsdelikte” eine im Tatbestand genau beschriebene Verhaltensweise unter Strafe stellen. Zentraler Aspekt der Pflichtdelikte sei die Enttäuschung der Gesellschaft dahingehend, dass der Täter der ihm von eben dieser Gesellschaft zugedachten Rolle nicht in ausreichendem Maße nachkommt*”; conseguentemente vale a distinguere i *Pflichtdelikte* dai delitti di condotta (*Handlungsdelikte*), la presenza nel nucleo strutturale della norma di un obbligo extrapenalistico, dove questi ultimi invece costituiscono un divieto (*Verbot*) interno alla norma penale.

una diminuzione della pena ex § 49 co. 1⁹. Si è a lungo discusso se il beneficio in parola vada cumulado ovvero assorbito in quello che automaticamente spetta ex § 27 Abs. 2 StGB ai *Gehilfe* (ausiliatori) in quanto tali, ed ossia a quanti al fatto del reato abbiano solo dolosamente coadiuvato, senza esservi diretti autori. Il *Bundesgerichtshof*¹⁰ ha tentato una soluzione distinguendo: ove al *Teilnehmer* (mero partecipante) la qualità di *Gehilfe* (ausiliatore) solo derivi perciocché non possiede le qualifiche personali richieste, la diminuzione del § 28 Abs. 1 StGB è da ritenersi assorbita nella più generale del § 27 Abs. 2 StGB; al cumulo si procede invece allorché l'inquadramento nella categoria dei *Gehilfe* gli sarebbe comunque assicurato dalle norme di disciplina generale¹¹.

A ben vedere, seguendo le suggestioni di attenta dottrina¹², non solo il reato in parola richiede una speciale qualifica personale, ma l'intera azione esecutiva su questa si misura e questa presuppone. Indipendentemente, infatti, dall'effettivo ruolo che il *Treupflichtige* (soggetto obbligato alla curia degli

⁹ Si veda sul punto BGHSt 26, 53, ss; 41, 1 ss; BGH NJW 2002, 1585, 1589; BGH wistra 1988, 303, 306; 1997, 100; BGH StV 1995, 73; BGH b. Holtz MDR 1991, 484; BGH NSTZ 1995, 168; in dottrina cfr. SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 162; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di Achenbach Hans e Ransiek Andrea, 3° ed., Heidelberg, 2012, Rn. 62; SEIER JUS 98; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 286; PERRON W., § 266 StGB, in A. Schönke - H. Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28° ed., Monaco, 2010, Rn. 52.

¹⁰ BGHSt 26, 53 ss; BGH wistra 1985, 190, 1988, 303 ss; 1994, 139; 2005, 260 ss; BGH NSTZ-RR 2009, 102.

¹¹ Norme generale per le quali discrimine principale costituisce l'intensità dell'apporto alla condotta criminosa; si veda BGH 3StR 237/01 e BGH 4 StR 522/09 per cui: „Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, handelt mittäterschaftlich, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die gemeinschaftliche Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint“

¹² Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 2. Kapitel, Rn. 63, che in relazione alla *Doppelmilderung* qui trattata riconosce come : “bei der Untreue die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gerade außer Kraft gesetzt ist. Wer eine ihm obliegende Vermögensfürsorgepflicht verletzt, ist nie Gehilfe, sondern stets Täter des § 266 StGB. Konsequent weitergedacht musste dann eigentlich der Nichttreupflichtige – ungeachtet der Intesität seines Mitwirkens – doppelt begünstigt werden.”; Cfr anche Seier Jus 1998, 46, 49.

interessi patrimoniali altrui) abbia rivestito nel percorso causale poi risoltosi nel pregiudizio patrimoniale, e quindi senza riguardo per il *quantum* di partecipazione soggettiva né per la natura determinante (ovvero anche solo accessoria) del contributo così apportato, la particolare condotta esecutiva, che il § 266 StGB disegna con particolare ampiezza ed in forma sostanzialmente “neutrale”, ed ossia di mera violazione del *Treupflicht* (la cui incombenza costituisce il requisito personale del reato), impone una “concezione unitaria di autore” (*Einheitstäterbegriff*). Seguendo una siffatta concezione, il *Vermögensbetreuungspflichtige*, cioè il titolare dell’obbligo di cura del patrimonio altrui, risponderà sempre come autore (§ 25 StGB) , anche quando le regole generali lo individuino come mero partecipante: è nella sua collaborazione, infatti, pur se minima, che il reato di Untreue concentra il disvalore della condotta¹³.

Si pensi all’esempio del dirigente di istituto bancario che determini il sottoposto operatore di sportello a forzare il sistema informatico, manipolandone i dati a scopo distrattivo; nel caso in specie l’opera di persuasione posta in essere dal dirigente non costituisce quel contributo causale alla realizzazione dell’evento, ineliminabile benché di minore intensità, che altrimenti giustificerebbe la qualifica di *Gehilfe*; ma costituendo la violazione di un obbligo fiduciario che sul dirigente incombe è la infedeltà stessa ed integra, *per se ipsa*, il reato di Untreue. In breve, quale che sia effettivamente il ruolo inscenato da un *Vermögensbetreuungspflichtige* nel cagionamento dell’evento di danno, se ha violato gli obblighi strettamente inerenti la propria posizione di affidatario sarà autore del reato, ove invece abbia agito secondo i propri doveri sarà lasciato impunito.

Di conseguenza, e concludendo sul punto, è giocoforza convincersi che, rimanendo la condotta esecutiva esclusivo appannaggio dei *Treupflichtige* (v. supra), i restanti soggetti che al reato abbiano concorso, non potranno che considerarsi anche secondo le norme generali dei meri partecipanti. A questi

¹³ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 64; v. in giurisprudenza BGHSt 9, 203, 217; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 160; Seier JA 1990 382; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 69.

sarà dunque da riconoscersi una *Doppelminderung*, ossia una doppia diminuzione della pena, tanto ai sensi del § 27 StGB quanto del § 28 StGB¹⁴.

In materia di reati propri, di sicuro rilievo è il meccanismo di diffusione degli obblighi, e conseguentemente di responsabilità, di cui al § 14 StGB, introdotto con l'EGOWiG del 24.05.1968 e rubricato <<Attività per conto d'altri>>. Il dispositivo in parola rende sostanzialmente irrilevante¹⁵ la titolarità formale della qualifica, (*Eigenschaft*) del rapporto (*Verhältnis*) o dello status (*Umstand*) ogni volta richiesti dal reato proprio, estendendo la punibilità a una cerchia di soggetti rappresentanti indicati nell'articolo per il caso in cui il requisito personale, ancorché insussistente presso questi, sia tuttavia presente nel rappresentato.

La traslazione del requisito di cui qui trattasi riguarda una categoria ben individuata di soggetti, normalmente preposti alla rappresentanza di un'altra persona, naturale e giuridica, di cui esercitino le funzioni. Nella specie il § 14 StGB richiama:

- Gli organi delle persone giuridiche di diritto privato (ci si riferisce qui alle associazioni riconosciute- eingetragener Verein § 21 BGB-, le fondazioni riconosciute- rechtsfähige Stiftung § 81 e ss. BGB-, le società per azioni- Aktiengesellschaft (AG) disciplinate da un apposito Aktiengesetz (AktG) - e le società a responsabilità limitata – Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) disciplinata dal GmbHGesetz) e di diritto pubblico (Körperschaften, selbstverständigte Anstalten e Stiftungen)¹⁶.

¹⁴ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 63; v. anche BGHSt 26, 53 e ss, per cui appunto "Führt allein das Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals dazu, daß der Tatbeteiligte nur als Gehilfe verurteilt werden darf, so kann ihm die sowohl in § 27 Abs. 2 wie in § 28 Abs. 1 StGB vorgeschriebene Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB nur einmal zugute kommen"; dello stesso tenore anche BGH wistra 1985, 190; 1988, 303 e ss; 1994, 139; 2005, 260; BGH NSTZ-RR 2009, 102.

¹⁵ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 65; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 60; in giurisprudenza: "Mannesmann": BGHSt 50, 331.

¹⁶ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 66.

- I componenti di un organo collettivo, che rispondono indipendentemente dalla divisione interna delle competenze¹⁷.

- I rappresentanti legali; (il cui potere di rappresentanza trova fondamento, ossia, in una disposizione di legge, tanto in via diretta, con riferimento agli istituti della parentela, tutela- Vormundschaft §§ 1773-1895 BGB - e curatela- Pflegeschaft- §§ 1909 – 1921 BGB -, quanto in forza di un dispositivo giudiziario come il liquidatore del fallimento ovvero l'amministratore della successione (Nachlassverwaltung § 1975 BGB).

Ai sensi del terzo comma inoltre, gli organi e i rappresentanti ora visti rispondono altresì quando "l'atto giuridico, che avrebbe conferito il potere di rappresentanza ovvero fondato il mandato, fosse inefficace" (p.e. per un difetto di forma ovvero per incapacità del mandante)¹⁸.

Con quest'ultimo comma il legislatore intendeva far propria, almeno in parte, quella giurisprudenza che, con riguardo agli organi di amministrazione delle società, già giungeva ad estendere la responsabilità penale a quei rappresentanti sprovvisti di nomina e solo di fatto preposti all'esercizio di attività in vece d'altri (*faktische Geschäftsführung*) . A tal riguardo, una parte della dottrina, considera l'amministrazione di fatto già ricompresa, *de lege lata*, nel terzo comma preso in analisi¹⁹. Per una seconda dottrina, invece, "la spesso discussa figura dell'amministratore o dell'organo amministrativo di fatto si

¹⁷ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 66; PERRON W., § 14 *StGB*, in A. Schönke - H. Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28° ed., Monaco, 2010, Rn. 18 e ss.; cfr. in giurisprudenza BGH wistra 1990, 97; OLG Düsseldorf NStZ 1981, 265; OLG Hamm NJW 1971, 817.

¹⁸ Si riporta qui di seguito il testo del paragrafo in parola: << (1) Macht das Gesetz die Strafbarkeit oder die Höhe der Strafe von besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters abhängig, die das Unrecht der Tat betreffen, so ist das Gesetz auf alle Beteiligten anzuwenden, wenn diese Eigenschaften oder Verhältnisse auch nur bei einem von ihnen vorliegen. Hängt das Unrecht der Tat jedoch davon ab, daß der Träger der besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse die Tat unmittelbar ausführt oder sonst in bestimmter Weise an ihr mitwirkt, so muß auch diese Voraussetzung erfüllt sein.

(2) Betreffen die besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse hingegen ausschließlich die Schuld, so ist das Gesetz nur auf die Beteiligten anzuwenden, bei denen diese Eigenschaften oder Verhältnisse vorliegen>>.

¹⁹ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 69.

presenta in materia di *Untreue* a ben vedere come un problema apparente²⁰. La soluzione si offrirebbe senza forzature interpretative dalla lettura della formulazione del § 14 StGB, guidata dalle normali regole inerenti l'attività ermeneutica.

Due fenomeni sono infatti principalmente ricompresi nella così richiamata categoria: da una parte il caso del rappresentante di fatto improprio o "involontario" (*wider Willen*) in cui il mandante abbia inteso conferire validamente formale mandato per l'amministrazione della cosa propria, ma questo sia poi risultato, secondo le norme di diritto civile, viziato: è il caso espressamente previsto dal su richiamato comma terzo ed opera dunque *sine dubio*, per questa figura, l'estensione delle qualifiche soggettive, e dunque delle responsabilità penali ex § 14 StGB.

A ciò si affianca il rappresentante di fatto c.d. proprio, o "volontario" (*mit Willen*) ed ossia allorché il mandante (p.e. l'assemblea dei soci) si sia determinata per preporre taluno all'amministrazione dei propri affari, concordando però l'omissione dell'atto di nomina, perché la sua attività di amministratore rimanesse occultata²¹. Nella giurisprudenza odierna ha ormai trovato consolidamento il principio di diritto per cui sono da ritenere sostanzialmente equiparate le responsabilità dell'organo di fatto "proprio" e quelle dell'organo provvisto di valido mandato, nella misura in cui a questo primo sia riconducibile una posizione di dominio o, quanto meno, di preponderanza nella definizione delle politiche di impresa, vestendo il ruolo di "anima della società"²².

²⁰ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 300: "Von dem faktische Geschäftsführer "wider Willen" ist der eigentliche faktischer Geschäftsleiter der faktischer Geschäftsführer "mit Willen" zu trenne. Dieser nimmt, ohne förmlich bestellt und im Handelsregister eingetragen zu sein, im einverständnis der (Mehrheit der) Geellschafter die Stellung eines Geschäftsführer (nur) tatsächlich ein.

²¹ In tema: BGHSt 3, 32, 37 per il *faktischer Geschäftsführer* di una GmbH; BGHSt 21, 101, 103 per il *faktische Vorstand* di una *Aktiengesellschaft.*; v. anche BGH NJW 2006, 1364 per cui basta il consenso implicito della maggioranza dei soci in assemblea a costituire la responsabilità dell'organo.

²² Si veda BGHSt 31, 118, 121; BGH NJW 1984, 2958; BGH wistra 1990, 97 e ss; OLG Düsseldorf NJW 1988, 3166; BGHSt NSTZ 2000, 34; BGH BB 2005, 653 per cui è però richiesto l'esercizio di un potere che però si espliciti verso l'esterno OLG München NJW-Spezial 2010, 687; cfr. anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 299; DIERLAMM, NSTZ 1996, 153.

Una così poco nitida figura giurisprudenziale non ha mancato di suscitare le critiche di quella dottrina che lamentava la violazione del divieto di analogia (Art. 103 Abs. 2 GG).

A bene vedere infatti il terzo comma del § 14 non è tale da ricomprendere anche il caso dell'amministratore di fatto "in senso proprio", né può ospitarsi la figura nel secondo comma, numero 2 (che richiede una nomina espressa); parimenti non pare offrire adeguata soluzione il comma secondo, numero 1 (dal momento che si limita a ricomprendere i soli *Beauftragte*²³ di impresa).

Con particolare riguardo alla fattispecie di Untreue, la cui vasta formulazione offre campo fertile all'interprete, si è divisa la questione in due ipotesi: da una parte, con riguardo alla "*interne Schädigung*"²⁴, ed ossia l'attività pregiudizievole diretta contro la società dall'amministratore di fatto, non ci sono dubbi; non pare possibile negare la sussistenza quanto meno di quel rapporto fiduciario di fatto, connesso alla posizione di dominio sulla società, la cui violazione è sufficiente per integrare il § 266 Abs 1 StGB seconda variante; dall'altra, per il caso di un danno perpetrato dall'amministratore di fatto contro soggetti esterni alla compagine sociale (*externe Schädigung*) la questione si fa dubbia: in via di principio, ove l'amministratore assuma la qualifica di *betrieblicher Beauftragte* soccorrerà per certo il su riportato § 14, Abs. 2, Ziff. 1 StGB; più concludente pare però ragionare sul principio dell'accessorietà del diritto penale: la figura dell'amministratore di fatto è già notoriamente consolidata in diritto commerciale. Il reato di Untreue, in cui il principio in parola assume un ruolo determinante, non avrebbe così ragione di escluderla dal proprio ambito applicativo²⁵.

Da ultimo si fa cenno ai prestanome (Strohmann-organe) che all'amministrazione di fatto comunemente si affiancano: a questi non pare riconducibile in via di principio un Treupflicht sul patrimonio sociale e saranno

²³ Organi delegati.

²⁴ Letteralmente: „danneggiamento interno“.

²⁵ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 302 e ss., in cui si aggiunge che "im Übrigen muss berücksichtigt werdn, dass der Gesetzgeber mit § 14 Abs. 3 StGB die frühere gefestigte Rechtsrechnung keinesfalls ins Abseits stellen und die Organhaftung auf unwirksam berufen (faktische) organe begrenzen wollte"; v. anche SCHÜNEMANN B., § 14, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12° ed., 2006, Rn. 65

esclusi dalla punibilità della norma anche ove abbiano taciuto od accettato le attività illecite degli organi di fatto preposti all'amministrazione. Diversamente dovrà però concludersi per il caso in cui l'"uomo di paglia" abbia effettivamente esercitato le funzioni che giuridicamente gli sono riconosciute.²⁶

²⁶ In argomento si veda SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 305 per cui "das in Innenverhältnis entmachtete Strohmann-Organ hat demgegenüber grundsätzlich keine Treupflicht. Andernfalls würde es für die Verletzung von Pflichten bestraft, die ihm von den Gesellschaftern gerade nicht auferlegt worden sind. Ihm droht mithin keine Strafe, wenn es sehenden Auges gesellschaftsschädigende Maßnahmen des faktischen Geschäftsführers duldet. Das ändert sich jedoch, wenn der Strohmann aufgrund seiner formalen Rechtsposition als Funktionsträger für den Geschäftsherrn tätig wird"; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 33; di contrario avviso SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 125.

3. **La variante d'abuso: *Missbrauchstatbestand*. Caratteri generali: il potere di disporre e di obbligare. La condotta di abuso.**

La fattispecie di abuso presuppone che:

1) l'autore, su cui incomba un obbligo fiduciario (*Vermögensbetreuungspflichtige*)

2) abusi, per mezzo di una attività di natura giuridica e non anche solo materiale (*Tathandlung: Missbrauch*)²⁷

3) del potere di disporre del patrimonio altrui, ovvero di obbligare altri, conferitogli, a scopo di tutela del patrimonio, in forza di una legge, di un ordine dell'autorità ovvero di un negozio giuridico (*Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis*)

4) con ciò cagionando un pregiudizio (nella forma di un danno patrimoniale) alla persona i cui interessi patrimoniali ha in cura (*Nachteil: Vermögensschade*).

In primo luogo si osservi che non basta ad integrare la norma in parola un comportamento materiale ancorché abusivo: si richiede, anzi, il compimento di un atto giuridico, ad efficacia reale ovvero anche obbligatoria, ed i cui effetti si producano direttamente nella sfera giuridica di un soggetto diverso²⁸.

In secondo luogo, da un tale deve trasparire quella che, lo si anticipa, può dirsi l'intima essenza della variante cui qui si ha riguardo: deve, ossia, realizzare una "discrepanza tra quanto si ha il potere (verso l'esterno) e quanto invece si ha il permesso (interno) di compiere"²⁹.

²⁷ SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, in K.-H. Müller-Gugenberger, K. Bieneck, *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts*, 5° ed., 2011, p. 9.

²⁸ Vedi SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 98.

²⁹ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 98 per cui: "Die Missbrauchsalternative trägt damit dem Umstand Rechnung, dass aufgrund standartisierter Vertretungsregeln die Rechtsmacht im Außenverhältnis weiter reichen kann als die befugnis im Innenverhältnis. Dem Täter ist ein

L'autore deve, ossia, porre in essere un atto giuridico all'esterno perfettamente valido ed efficace, che, però, da una prospettiva *interna* al rapporto fiduciario risulti contrario agli obblighi ad esso inerenti³⁰.

Ne consegue allora che la configurazione della *Missbrauchstatbesrand* (la variante d'abuso dell'Untreue) richiede come presupposto un particolare atteggiarsi del rapporto fiduciario al quale i poteri, i cui limiti si eccede, sono connessi: è necessario cioè che il contenuto tipico (in base alla legge, all'atto dell'autorità ovvero al negozio giuridico) dei poteri concessi *ecceda* quello che l'autore del reato sapeva permessogli in base alle intese prese con il Treugeber (ed ossia il soggetto che conferiva la gestione fiduciaria sul proprio patrimonio); in altri termini ancora, l'abuso si consuma nello spazio di azione lasciato dalla sottrazione tra potere giuridico validamente spendibile all'esterno (*rechtliches Können*) e quello permessogli dal titolare del patrimonio gestito (*Dürfen*); spazio d'azione all'interno del quale il rappresentante deve poter agire efficacemente, ancorché in danno e contro il volere del patrimonio rappresentato.

Un esempio del caso, proveniente dalla disciplina civile e che ben rappresenta la dinamica suddetta con specifico riguardo ai poteri di rappresentanza verso i terzi, è per certo il § 49 Abs. 1 HGB, che, all'assegnatario della "*Prokura*" di diritto commerciale, riconosce il potere di compiere "ogni tipo

rechtliches Können gewährt das über das rechtliche Dürfen hinausgeht"; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 16.

ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 8; in giurisprudenza si veda invece BGH BJW 1995, 1553; BGH MDR 1984, 953; wistra 1988, 191.

³⁰ Così RENGIER R., *Strafrecht, Besonderer Teil*, Vol. 1, 9° ed., Monaco, 2007, § 18, Rn. 6; v. anche: KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, 3° ed., Baden-Baden, 2010. Rn. 8: "Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens (Sorpasso del permesso giuridico nella cornice del potere giuridico); HOFFMANN, *Untreue und Unternehmensinteresse. Erläutert am Beispiel des Schutzes der Interessen von Gläubigern und Arbeitnehmern*, 2010, p. 66: "Überschreitung des rechtlichen Dürfens unter Einhaltung der rechtlichen Können"; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 28: "Abweichung von Außenmacht und Innenberechtigung" (Scollamentato tra potere esterno e autorizzazione interna); ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 8: "Der Täter missbraucht dabei den Umstand, dass er witergehende rechtliche Möglichkeiten über fremdes Vermögen zu verfügen hat, als er es im Inneverhältnis gegenüber dem Vermögensträger darf"; cfr. anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 17; in giurisprudenza BGHSt 5, 61, 63; BGH NJW 1984, 2539.

di attività negoziale giuridica od extragiuridica, nonché ogni altro atto giuridico connaturato all'esercizio dell'impresa o dell'attività commerciale"³¹. Inoltre, ai sensi del § 50 Abs. 1 HGB "la limitazione dell'ampiezza della procura è inefficace verso i terzi". Ne consegue allora che, all'amministratore o a chi comunque sia investito di una procura di diritto commerciale, si offre il facile destro di agire in danno del rappresentato e contro le direttive e gli obblighi interni al rapporto. Contro una tale evenienza, tanto espressiva di disvalore quanto dotata di potenzialità lesiva, l'ordinamento giuridico prevede, da una parte, la responsabilità civile del rappresentante per i danni cagionati; dall'altra, ove l'autore abbia agito con dolo, attiva la sanzione penale del § 266 StGB.

Passando all'analisi degli elementi propri della fattispecie di abuso, secondo il dettato di legge, all'autore deve essere stato conferito, con atto giuridicamente valido ed efficace il potere:

- 1) di disporre del patrimonio altrui (*Verfügungsbefugnis*), costituendo, modificando od estinguendo diritti ad esso inerenti; ovvero
- 2) di obbligare altri; con riferimento ad una persona naturale ovvero anche giuridica (*Verpflichtungsbefugnis*).

Ad integrare l'elemento in parola non basterebbe un potere di mero accesso (*Zugriffsmacht*) al patrimonio; né meno la facoltà solo materiale di apportarvi modifiche che derivi da una signoria di fatto (*Machtstellung*)³². In entrambi i casi, potrebbe al massimo configurarsi la più vasta *Treubruchstatbestand*³³. E', invece, necessaria una vera e propria situazione

³¹ Si riporta il testo originale del § 49 HGB: <<(1) Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt(2) Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist>>.

³² ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 9, nt. 17, che aggiunge il caso di potere apparente simulato: "Im falle des Fehlens der tatsächlichen Existenz einer Rechtsmacht bei gleichzeitigem Bestand eines entsprechenden Rechtsscheins wird in der Literatur danach unterschieden, auf welchem Tatbestand der Rechtsschein beruht; in giurisprudenza: BGHSt 5, 61, 62 e ss., 65; PERRON W., SCHÜNEMANN B., § 266, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12° ed., 2006, Rn. 42.

³³ La variante di violazione del dovere di cura, per la cui trattazione si rimanda al paragrafo successivo; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 43; OLG Hamm NJW 1972,

giuridica soggettiva che conferisca al titolare la capacità di intervenire nella sfera giuridica di un altro soggetto, modificando i diritti patrimoniali che a questo facciano capo (mediante p.e. la costituzione di un pegno, la cessione del credito, ovvero altra alienazione) o anche estinguendoli (p.e. rimettendo un debito ex § 397 BGB); ovvero la capacità di impegnare altri costituendo a loro carico nuovi rapporti obbligatori³⁴.

In secondo luogo, un siffatto potere deve essergli stato conferito in forza di una legge, di un ordine della autorità, ovvero di un negozio giuridico; si noti che può dunque trovare fondamento esclusivo nel diritto dei privati ovvero anche in norme di diritto pubblico³⁵.

Sono conferite per forza di legge quelle facoltà che all'attore derivino non in ragione di uno specifico atto di attribuzione, bensì *ipso jure*, quale automatica scaturigine dal possesso di un particolare *status* o posizione (*Stellung*) all'interno dell'ordinamento giuridico³⁶. Casi di derivazione del genere ora richiamato ritroviamo ad esempio nel diritto di famiglia (Parentela §§ 1626 - 1629 BGB; Connubio § 1357 BGB).

Per quanto attiene, invece, al potere di disporre o di obbligare conferito in forza di un negozio giuridico - che nella pratica rappresenta l'ipotesi almeno numericamente più rilevante³⁷ -, tra i negozi tipicamente diretti al conferimento di siffatte capacità bisogna annovera in via d'esempio la procura (*Vollmacht*; § 166 co. 2 BGB e ss.) - con cui il destinatario esercita una facoltà od un diritto in nome e per conto dell'effettivo titolare od anche in nome proprio ma

298, 299; RENGIER R., *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., § 18, Rn. 8; Dierlamm, NStZ, 1996, 153, KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 83; diversamente: FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 10 e 15.

³⁴ V. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 100; ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 8: "Vermögensrechte eines anderen wirksam zu ändern, zu übertragen, aufzuheben oder ihn mit Verbindlichkeiten zu belasten"; v. anche PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar, (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 4; cfr. anche SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, cit., 12; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 21.

³⁵ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 22; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 84; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 20.

³⁶ Cfr. SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, cit., Rn. 12.

³⁷ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 22; SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, cit., Rn. 12

nell'interesse di quest'ultimo (§ 164 BGB)- e la Autorizzazione (*Ermächtigung*; 185 BGB)- ed ossia il consenso del titolare, precedente (§ 185 co. 1 BGB) o anche solo successivo (§ 185 co. 2 BGB) all'atto dispositivo di un elemento del patrimonio compiuto da chi non ne aveva titolo, e che tale atto dichiara efficace.

Tali negozi sono generalmente collegati a più ampi rapporti giuridici contrattuali (cfr. nel caso del *Vollmacht* il § 166 co. 2 BGB) come normalmente avviene per il caso del contratto di opera (*Dienstvertrag*) di agenzia (*Geschäftsbesorgungsvertrag*), ovvero nel mandato (con rappresentanza), (*Auftrag*), In tutti questi casi, al mandato si affianca normalmente l'attribuzione di un potere di rappresentanza diretto ovvero indiretto³⁸.

Esempi reperibili nella pratica giurisprudenziale costituiscono i notai (BGH NJW 1990, 3220), gli avvocati (BGH NJW 1957, 597), gli amministratori fiduciari (*Treuhandler*), i commissionari (§§ 383 ss, HGB)³⁹, i rappresentanti di commercio (§ 84 e ss, HGB), e i commessi ex §§ 59 ss HGB (*Handungsgehilfe*). In giurisprudenza ci si è spinti fino ad ammettere la sussistenza in capo ai i medici della mutua di un potere di rappresentanza nei confronti della *Krankenkasse* (servizio sanitario nazionale tedesco; BGHSt 49, 17, 23 ss)⁴⁰.

Altri esempi costituiscono invece forme ibride: si tratta di rapporti giuridici disciplinati sì dalla legge ma conferiti per mezzo di un negozio giuridico. In considerazione vengono i *Prokuristen*⁴¹ ex § 48 e ss HGB (codice del commercio);

³⁸ V. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 109.

³⁹ Il caso in questione è uno speciale: conferisce il potere di agire in nome proprio ma con effetti sul patrimonio altrui. Al riguardo vedi anche: SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 110 per cui anche: "Durch Rechtsgeschäft kann weiterhin die Rechtsmacht verschafft werden, im eigenen Namen über fremde Rechte zu verfügen (§ 185 BGB)".

⁴⁰ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 108; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 18; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 22: "Rechtsgeschäftlich wird eine Befugnis vor allem durch *Vollmacht* (§§ 166 II, 167 BGB) oder *Ermächtigung* (§185 BGB) begründet. Grundlage hierfür kann jedes vertragliche rechtsverhältnis (vor allem *Dienstvertrag*, *geschäftsbesorgungsvertrag*, *gesellschaftsvertrag*, *Auftrag*) sein, durch das eine natürliche Person zur offenen oder verdeckten Vertretung eines anderen ermächtigt wird"; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar, (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 10; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 20 e ss.; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 84 e ss; Schnapp, FS Herzberg, 2008, S. 795, 818 ss. sul punto si veda infra, cap. IV, par. 1.

⁴¹ Procuratori di diritto commerciale.

gli *Handlungsbevollmächtigte* ex § 54 HGB i soci amministratori di BGBG⁴² (§ 714 BGB) di una OHG (§§ 125 e 126 HGB) o di una KG (§§ 161 Abs. 2, 170 e 125 HGB); il *Geschäftsführer* di una GmbH (amministratore; §§ 6 e 35 GmbHG) ed il *Vorstand* di una *Aktiengesellschaft* (S.p.A; §§ 78 - 84 aktG), di una Genossenschaft (Cooperativa; § 24 GenG), di una associazione (*Verein*; § 26 BGB) o di una fondazione (*Stiftung*; §§ 86 e 26 BGB). Di natura parimenti ibrida sono i poteri degli esecutori testamentari eletti nel testamento ex §§ 2197 e ss BGB.

Da ultimo le capacità di disporre del patrimonio altrui ovvero di obbligare altri possono sorgere per ordine dell'autorità: è il caso, ad esempio, di un impiego assunto presso un pubblico ufficiocui sia connesso il potere di rappresentanza sulla mano pubblica (di cui esempio lampante è il *Finanzbeamte* ed ossia l'ufficiale dell'agenzia delle entrate⁴³)⁴⁴.

Neanche per quest'ultimo caso mancano le "ibridazioni", come è il caso allorché l'ordine dell'autorità conferisca poteri che trovano già ampia disciplina in una fonte legale⁴⁵;

Dinanzi all'accavallarsi delle fonti, si discute ogni volta fin troppo ampiamente dell'inquadramento dogmatico del potere così derivato⁴⁶; la

⁴² Acronimo di "*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*", disciplinata ai §§ 705 e seguenti.

⁴³ Con riguardo alla figura del *Finanzbeamte* si veda SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 356, 362 e ss; in giurisprudenza si veda BGH NSTZ 1998, 91.

⁴⁴ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 23; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 17.

⁴⁵ Tra questi meritano di essere elencati: nel diritto di famiglia il *Tutore* (§ 1793 BGB), il curatore (§ 1909 BGB), l'affidatario (§ 1896 BGB), il *Beistandschaft* (§ 1712 BGB). Nel dritto ereditario l'esecutore testamentario scelto dal giudice dell'eredità (§§ 2205 -2216 BGB) e tutti i curatori della massa ereditaria (*Nachlassverwalter*: §1985 BGB; *Nachlasspfleger*: § 1960 Abs. 2 BGB). Ugualmente l'ufficiale giudiziario dell'esecuzione coatta (§ 753 ZPO) ed il liquidatore del fallimento (*Insolvenzverwalter* § 27 InsO); cfr. in argomento anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 102; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar, (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 7; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 48 e ss.

⁴⁶ Si veda WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 23; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 49; cfr. anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 104, il quale, peraltro, mette in luce come la lista sia però incompleta, venendo ad escludersi figure per le quali la realizzazione della condotta d'abuso è pacifica, come i sindaci e i procuratori processuali i quali hanno fondamento ad esempio nel voto o in un atto giudiziario.

questione manca però di un qualsiasi rilievo pratico, rimanendo l'accertamento della seconda fonte assorbita in quello della prima e vice versa.

Concludendo il discorso con un rapido *focus* sulle infedeltà societarie, sono tre le figure che vengono in considerazione: i *Geschäftsführer* (amministratore), il *Vorstand* (consiglio di amministrazione) e l'*Aufsichtsrat* (consiglio di sorveglianza). Il conferimento dei poteri in questi casi, lo si è visto, ha natura mista: deriva sia dal contratto di nomina (*Rechtsgeschäft*), che dalla legge (§ 78 Abs. 1 AktG per il *Vorstand*; §§ 87 e 112 AktG per l'*Aufsichtsrat*, il § 35 Abs. 1 GmbHG per il *Geschäftsführer* di GmbH) Per tutti i casi richiamati è pacifica la sussistenza di una capacità di disporre ed obbligare come ex § 266⁴⁷.

Procedendo oltre, la fattispecie di abuso richiede che l'atto che conferisce i poteri sia, secondo il panorama legislativo vigente all'epoca del reato, valido ed efficace.

A tal riguardo, *nulla quaestio* per i poteri che la legge faccia scaturire direttamente dal possesso di un particolare status; quanto invece andrà verificato è la validità del negozio giuridico che conferisce la rappresentanza sul patrimonio altrui (*Vollmacht*) o che autorizza il compimento di un atto di disposizione (*Ermächtigung*); ovvero la validità dell'atto di nomina (*Bestellungsakt*) o dell'atto comunque denominato che investe l'autore del particolare ruolo cui l'atto stesso o la legge riconducono un potere di rappresentanza⁴⁸.

Conseguentemente, saranno da escludere dalla sfera applicativa del § 266 StGB, prima variante, le attività pregiudizievoli poste in essere con una procura apparente o simulata⁴⁹. In dottrina si divide però tra una simulazione assoluta ed una relativa: per il primo caso sono le norme poste a tutela della circolazione giuridica dei beni a sancire l'inesistenza e dunque l'inefficacia del negozio simulato, con conseguente fuoriuscita dei casi ad esso ascrivibili dal perimetro di

⁴⁷ HOFFMANN M., *Untreue und Unternehmensinteresse. Erläutert am Beispiel des Schutzes der Interessen von Gläubigern und Arbeitnehmern*, 2010, p. 66.

⁴⁸ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 27; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 19; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 20; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 40.

⁴⁹ V. BGH wistra 1992, 66; in dottrina si vedano le considerazioni di RENGIER R., *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., § 18, Rn. 7; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar, (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 4; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 41.

punibilità tracciato dalla variante di abuso; il secondo caso è quello in cui solo il persistere (§ 170 BGB) di una procura originariamente esistente ed efficace viene simulato⁵⁰.

Bisogna, poi, tenere a bene a mente la distinzione tra validità del rapporto “causale” (che fonda il conferimento dei poteri) e validità dell’atto giuridico dispositivo od obbligatorio. Discriminante è, in ultima battuta, il primo: non dovrà dunque ritenersi integrata la fattispecie di abuso in tutti i casi in cui l’efficacia vincolante del contratto si fondi sulle norme a tutela della circolazione dei diritti, e sull’“apparenza del buon diritto” (*Rechtsschein*) come nell’acquisto in buona fede ex § 932 BGB (*Gutglaubwerb*)⁵¹.

Un ulteriore requisito è l’altruità del patrimonio su cui i poteri, così efficacemente conferiti, si devono esplicare. Si definisce patrimonio l’insieme dei beni mobili ed immobili, dei crediti e di ogni altro diritto facente capo ad una persona naturale ovvero giuridica. Altruità (*fremd*) non può lasciar intendere altro: il patrimonio così definito sarà altrui quando, almeno in parte, è nella proprietà d’altri, di una persona, ossia, naturale o giuridica che sia, diversa dall’autore del reato.

Nella verifica del requisito in parola, vige ineccepito il principio di accessorietà del diritto penale: i contorni concettuali dell’altruità vanno infatti ricostruiti secondo i canoni, ogni volta, del diritto civile ovvero amministrativo;⁵² conseguentemente sarà da considerarsi altrui la massa fallimentare rispetto al curatore del fallimento; mentre disporrà sul proprio patrimonio il venditore con riserva di proprietà con riguardo al bene venduto con patto di riservato dominio,

⁵⁰ Cfr. OLG Stuttgart NStZ 1985, 366 NELLE U., *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, Berlin, 1991, p 519; Otto, Grundkurs StR BT § 54 Rn 12; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 41; Arzt/ Weber IV § 22 Rn. 22. Krey, Strafrecht BT II Rn. 547; M/S/Maiwald BT I § 45, Rn. 17.

⁵¹ V. i §§ 407, 892 e ss., 932 e ss BGB, 56 e 366 HGB; in giurisprudenza BGHSt 5, 61; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 88; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 20; KÜPER W., *Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, Heidelberg, 2002, p. 339; M/S/M Strafrecht B T I § 45, Rn.17; Arzt/Weber, IV p. 68.

⁵² BGHSt 1, 187; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 30; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 11; Lackner/Kühl, § 266 Rn. 3; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 19; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 101.

nonché il creditore garantito sui beni (fungibili) costituenti oggetti di garanzia reale⁵³.

Più pregnante si fa, poi, il rilievo dell'accessorietà in tema di patrimonio sociale: irrilevante è infatti che l'organo gestorio detenga una posizione di dominio sui beni che costituiscono il patrimonio della società; o che, in riguardo a quest'ultimo, l'azionista detentore di una quota di maggioranza si riveli a ben vedere il proprietario "economico" o "mediato": entrambi i casi ora citati andranno ritenuti estranei rispetto al patrimonio della persona giuridica o dell'altro soggetto di diritto pubblico o privato⁵⁴.

Correttamente si riterrà altrui:

- Il patrimonio della AG (S.p.A.) per il Vorstand (Consiglio di Amministrazione), l'Aufsichtsrat (Consiglio di Sorveglianza) e l'azionista di maggioranza.

- Il patrimonio della GmbH (Società a Responsabilità Limitata) per l'amministratore delegato (Geschäftsführer) così come per gli altri soci⁵⁵.

- Il patrimonio del *Gesamthands* del GbR, della KG o della OHG, per il singolo socio; non anche però rispetto alla totalità dei soci, nella loro unione⁵⁶.

Passando ad analizzare la condotta esecutiva della prima variante, questa consiste, lo si ripete, nell'abuso del potere, efficacemente conferito, di disporre del patrimonio altrui, ovvero di obbligare altri. Un tale abuso si concreta allorché il mandatario con rappresentanza faccia validamente impiego dei poteri lui conferiti, mediante un atto giuridico i cui effetti si ripercuotono efficacemente

⁵³ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 102.

⁵⁴ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 29.

⁵⁵ A tal riguardo cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 30, per cui il requisito dell'altruità va ritenuto parimenti integrato in relazione alla Srl con unico socio, dacché non è la società come ente giuridico ma la società come ente economico, ed è irrilevante chi detenga il potere di stabilire la politica finale dell'azienda; in giurisprudenza si veda BGHSt 1, 186, 187, ss; 34, 379, 384; BGH wistra 1987, 216; 1987, 334, 33; in dottrina si confronti SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 47; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 25; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 6; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 30.

⁵⁶ V. DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 25; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 30.

nella sfera giuridica del mandante, allo stesso tempo però scavalcando, nei rapporti interni con il titolare del patrimonio amministrando, l'area di azione da quest'ultimo consentita, e dunque legittimata.

Come già si è visto, punto focale è appunto lo scollamento tra quanto si aveva "all'esterno" il potere di fare (*Außenmacht*), e quanto "all'interno" il permesso (*Innenberechtigung*; legittimazione interna)⁵⁷: In altri termini "l'autore deve aver esercitato efficacemente le proprie facoltà all'esterno, e contemporaneamente violato un obbligo interno al rapporto"⁵⁸.

Il giudizio di condanna dunque presupporrà sempre un confronto concreto tra il *quantum* di potere spendibile all'esterno e l'area di legittimazione interna⁵⁹. A tal riguardo, è bene distinguere tra i due parametri che con riferimento alla condotta esecutiva si presentano all'interprete in fase di sussunzione: un primo, di tipo materiale, empiricamente rilevabile, ed ossia la azione ovvero la omissione che costituisce il valido impiego dei poteri efficacemente conferiti; ed un secondo fattore, esclusivamente giuridico, da intendersi come una situazione di contrarietà, della condotta rilevata, agli obblighi inerenti il negozio giuridico ovvero l'ordine dell'autorità che i poteri esercitati (od anche omessi) conferivano (*Pflichtwidrigkeit*).

Per l'integrazione della fattispecie è necessario dunque provare che :

- 1) l'autore agiva, sì, nella cornice dei poteri lui affidati in connessione con un rapporto, giuridicamente valido ed efficace, di rappresentanza con il titolare del patrimonio,
- 2) ma in modo antidoveroso, ed ossia contrariamente gli obblighi contenuti nel negozio che conferiva i poteri esercitati (od omessi) ovvero ad esso comunque connessi.

⁵⁷ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 32.

⁵⁸ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 112: "Der Täter muss zum einen eine Befugnis in Außenverhältnis wirksam ausgeübt haben, und muss zum anderen in Innenverhältnis bestehenden Pflichten verletzt haben".

⁵⁹ In argomento v. BGHSt 5, 61, 63; BGH wistra 1998, 191; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 33. Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 545; RENGIER R., *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., § 18, Rn. 6; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 21.

Con riguardo al primo requisito, ed ossia l'impiego dell' *Außenmacht* (v. supra), si noti che non basta per la fattispecie il mero possesso dei poteri di disporre od obbligare, questi devono essere stati altresì "effettivamente" esercitati ⁶⁰: "l'abuso è un uso ingiusto; il non-uso non è quindi abuso. Chi agisce al di fuori delle proprie facoltà, né ne usa, né ne abusa"⁶¹.

Un siffatto esercizio non può che presupporre un atto giuridico, di diritto privato ovvero pubblico. Da escludersi sono invece gli atti puramente materiali, ovvero ogni altra azione, o disposizione, che non costituisca esercizio dei poteri inerenti lo speciale rapporto che l'autore veste, ancorché capace di cagionare pregiudizio al patrimonio su cui i poteri normalmente sono diretti ad esplicarsi: per i casi ora riporta potrà al massimo configurarsi una punibilità ex § 266, seconda variante⁶².

Diverso è poi il caso dell'omissione: pare difficile ritenere che una condotta omissiva possa soddisfare il requisito dell'effettivo (ed efficace) esercizio dei poteri richiamati dalla norma; ciò nonostante correntemente si ammette in dottrina una tale evenienza: ciò a patto, però, che all'omissione segua un immediato risvolto giuridico⁶³. Si è parlato a tal riguardo di carattere dichiarativo (*Erklärungscharakter*) dell'omissione, quando sia tale ossia da produrre (*melius*: perfezionare) gli effetti giuridici di un altro atto dispositivo, ovvero una serie di questi⁶⁴. La variante omissiva rientra dunque nella fattispecie di abuso solo eccezionalmente, con una attenta valutazione da rivolgersi al singolo caso⁶⁵.

⁶⁰ Cfr. ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 9

⁶¹ Così SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 10; Hübner, § 266, Rn. 13: "Mißbrauch ist unrechter Gebrauch. Nichtgebrauch ist darum kein Mißbrauch. Wer außerhalb seiner Befugnis handelt gebraucht und mißbraucht die Befugnis nicht".

⁶² ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 9; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 51; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 43; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 34; in giurisprudenza si veda BGH wistra 1990, 305; cfr. anche KÜPER W., *Strafrecht Besonderer Teil.*, cit., p. 338; Idem, Jura 1996, p 205 ss.; Seier/Martin Jus 2001, p 876.

⁶³ FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 32.

⁶⁴ Insufficiente è dunque, nel caso in specie, la mera inerzia (inadempienza) pregiudizievole per il patrimonio affidato.

⁶⁵ Cfr. ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 10.

In via d'esempio: come comportamento materiale, dunque da escludersi dal caso in analisi, la dottrina tedesca richiama l'*uso* dell'oggetto affidato in gestione, ovvero la conduzione disordinata dei libri contabili; per il caso dell'omissione ci si può immaginare il mancato confezionamento di una lettera di conferma in un affare commerciale⁶⁶.

Non solo, poi, l'impiego dei poteri deve costituire un atto giuridico (anche amministrativo), ma questo deve essere altresì efficace, ed impegnare ossia il patrimonio rappresentato producendo effetti verso i terzi⁶⁷.

Anche per il requisito dell'efficacia vige con pienezza il principio dell'accessorietà: dove la normativa civilista ovvero amministrativa escluda il ripercuotersi sul patrimonio affidato degli effetti dell'atto giuridico, l'interprete dovrà escludere altresì che sia integrata la fattispecie di abuso⁶⁸.

In considerazione vengono per certo le discipline civilistiche della nullità o della inesistenza; non rilevano, invece, per l'integrazione del caso in specie, i vizi rientranti nella categoria della annullabilità, cui non si fa conseguire la inefficacia ma solo la invalidità dell'atto.

In sostanza, l'atto giuridico che costituisce esercizio dei poteri conferiti sarà da ritenersi ad esempio inefficace, con conseguente inapplicabilità della fattispecie in analisi:

- in tutti i casi in cui l'autore abbia agito al di fuori (non solo della legittimazione interna, bensì anche) dei poteri (esternamente) conferitigli, eccedendo dunque il mandato.

⁶⁶ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 33 e ss.; cfr. per altri esempi PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 16.

⁶⁷ Cfr. BGHSt 50, 299, 313 (Kölner Müllskandal); FISCHER T., *Strafgesetzbuch* (§ 266 StGB), cit., Rn. 24; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 82; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 36 e ss.

⁶⁸ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 36: "In der Fallbearbeitung muss deshalb nach h. M. anhand der maßgeblichen zivilrechtlichen Vorschriften erörtert werden, ob das vom Täter vorgenommene Rechtsgeschäft nach außen wirksam ist. Bei Unwirksamkeit des Vertrages liegt kein Missbrauch vor, so dass dann der Treubuchstatbestand zu prüfen ist"; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 82; va data nota di una dottrina minoritaria, per la quale meglio auspicabile sarebbe una determinazione autonoma e penalistica del dato in questione; ARZT, FS Bruns, 1978, p. 365; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 32 e ss.

- I casi in cui l'autore, pur rimanendo all'interno dei propri poteri, agisca in violazione dei §§ 134 e 138 BGB (compiendo ossia atto contrario alla legge o al buon costume). Un esempio di sicuro rilievo in ambito societario può ritenersi il negozio corruttivo posto in essere dall'amministratore di società: un siffatto negozio sarebbe inadatto a produrre effetti ed a vincolare giuridicamente il patrimonio sociale⁶⁹.

Passando ad esaminare il secondo sub-elemento della condotta, ed ossia il "sorpasso della legittimazione interna" (*Pflichtwidrigkeit*), si noti che lo stesso BVerfG in una giurisprudenza recente a questo si riferisce quale un "elemento normativo complesso" (*Komplexes normatives Tatbestandsmerkmal*). E' in funzione di riduzione di questa complessità che la stessa corte richiama gli interpreti al loro compito "concretizzante", perché sia rispolverata la "patrimonialità pura" del delitto di Untreue, la cui applicazione andrebbe riservata alle sole condotte antidoverose che altresì presentino i requisiti della chiarezza e della evidenza⁷⁰.

Trattandosi dunque di un elemento normativo, la prova non è diversa da quella richiesta per violazione della diligenza nella integrazione dei delitti colposi. Si tratta, infatti, anche qui di dar prova di come, nel compimento del particolare atto giuridico che costituiva esercizio dei poteri lui validamente conferiti, l'autore abbia tralasciato la necessaria diligenza richiesta ex § 276, Abs. 2, BGB⁷¹. A venirgli rimproverato è, cioè, quanto segue: di non essersi attenuto alle normali regole di condotta, sorpassando i limiti del consentito, ed agendo cioè in violazione dei suoi obblighi.

⁶⁹ Cfr. BGHSt 50, 299, 313 ss; HOFFMANN M., *Untreue und Unternehmensinteresse*, cit., p. 66.

⁷⁰ Cfr WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 39 e ss.; vedi anche BVerfG NJW, 3209, 3211; BGH NJW 2011, 88, 91- Siemens/AUB.

⁷¹ In argomento SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 117: "Bei Lichte besehen, ist diese Prüfung identisch mit der Feststellung eines Sorgfaltspflichtverstoßes beim Fahrlässigkeitsdelikt"; BGH wistra 1988, 305; BGH NSTz 2001, 432; BGH StV 2004, 424; OLG Düsseldorf wistra 1992, 354; OLG Hamm NSTz 1986, 119.

Da una tale similitudine tra *Pflichtwidrigkeit* (antidoverosità) ex § 266, Abs. 1, StGB e delitti colposi possono trarsi ulteriori suggestioni: per quest'ultima categoria infatti, ed in particolare nel caso del delitto commesso dal subordinato, bisognerà richiamarsi agli standard di diligenza che ogni volta corrispondono alla specifica attività lavorativa cui l'attore era preposto⁷².

Sulla stessa linea di pensiero, non pare scorretto anche in materia di *Untreue* e con riguardo agli amministratori di società, differenziare i criteri della colpa *Farlässigkeitmasstab* a seconda del caso studiato. Già il panorama normativo di diritto commerciale non presenta unitarietà: dove infatti per le società di capitali diverse dalla GmbH è richiamata la "diligenza di un buono e coscienzioso gestore" (§ 93 Abs. 1 AktG; §§ 34 e 41 GenG; § 39 SeaG); per quest'ultima il § 43 GmbHG richiama la diligenza del "buon uomo d'affari".

In ogni caso però, criterio decisivo, sarà, quanto meno per i rapporti che traggano esclusivo fondamento in un negozio giuridico, il contenuto del contratto; è in questo che andranno ricercati i limiti del "potere" (*Können*) e quelli del permesso (*Dürfen*) - ed ossia quelli imposti dal vincolo finalistico impresso nel potere conferito⁷³.

Da ultimo merita accenno una più recente giurisprudenza che, accogliendo le su spiegate suggestioni della corte costituzione in tema di principio di determinatezza, specifica ulteriormente quest'ultimo elemento analizzato, richiedendo una "connessione forte" tra lo specifico obbligo violato ed il bene giuridico della norma. Tra i vari obblighi, ossia, che pure ben rientrano nello specifico rapporto da cui sorge la facoltà esercitata con abuso, saranno meritevoli di tutela penale solo quelli posti ad almeno indiretta protezione del patrimonio.

Non basterebbe quindi una qualsiasi violazione dell'ordinamento giuridico, ed ossia un qualunque mero antagonismo rispetto ad una norma di legge, ad un regolamento ovvero rispetto ai dettami del negozio giuridico, ma sarà necessario altresì una speciale direzione "teleologica" sottesa all'obbligo violato. Cosa debba

⁷² Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 117; Cf. anche BGH wistra 1998, 305; BGH NStZ 2001, 432; BGH StV 2004, 424; OLG Hamm NStZ 1986, 119; Kohlmann JA 1980, 231; Lacnker/Kühl, § 266, Rn. 6.

⁷³ Cfr SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 118; in giurisprudenza v. LG Dresden NStZ 2006, 633.

intendersi concretamente per una tale finalizzazione alla protezione del patrimonio, rimane a dire il vero tutt'ora piuttosto oscuro⁷⁴.

Infine, anche per la variante di Abuso si richiede, secondo la dottrina dominante, un *Vermögensbetreuungspflicht* (dovere di cura del patrimonio altrui), il cui contenuto è da farsi sostanzialmente coincidere con quello della *Treubruchsvariante* (la alternativa della condotta consistente nella violazione del dovere fiduciario di cura)⁷⁵. Più nello specifico, si è visto che l'esercizio esterno della facoltà conferita deve altresì violare un obbligo interno: una tale violazione deve connettersi ad una posizione fiduciaria, di cura del patrimonio altrui⁷⁶.

In breve: l'autore deve aver preso in carico sotto la propria responsabilità, la cura degli interessi patrimoniali del danneggiato; la facoltà deve essergli stata conferita non nel suo interesse ma in quello del titolare originario; e tale obbligo deve costituire una obbligazione principale del rapporto giuridico fiduciario⁷⁷.

⁷⁴ Nuovamente in BGH NJW 2011, 88, 91.

⁷⁵ Cfr. BGHSt 47, 187, 192; 50, 331, 342; BGH NJW 2006, 453, 454; Lackner/Kühl, § 266 Rn. 4.

⁷⁶ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 78; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 30.

⁷⁷ Cfr. BGHSt 24, 386, 387 in tema di *Scheckkartenmissbrauch*: "Zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Sparkasse oder Bank kommt es erst, wenn für den garantierten Scheck keine Deckung vorhanden ist. Aber auch dann wird der Kunde nicht zum Treupflichtigen der Scheckkartenausstellerin. Er macht sich in diesem fälle nur die jedem Vertragsverhältnis innewohnende Möglichkeit zum Mißbrauch durch einen der Vertragspartner zunutze. Dementsprechend ist der in den Scheckkartenbedingungen enthaltene Satz: "Der Inhaber der Scheckkarte wird Verfügungen nur im Rahmen des Guthabens vornehmen", als bloßer Hinweis auf die vorausgesetzte Vertragstreue des Kunden aufzufassen, in dessen Interesse die Scheckkartenabrede getroffen wird. Es kann deshalb offen bleiben, ob und inwieweit die allgemeine Pflicht zur vertraglichen Treue durch Geschäftsbedingungen zur Hauptpflicht gemacht werden kann (vgl. dazu RGSt 73, 299, 300). Der vorsätzliche Verstoß gegen die Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten, ist als solcher keine Untreue. Das entspricht gesicherter Rechtsprechung und Lehre"; in altri termini l'abuso di un libretto di assegni ovvero di una carta di credito non costituisce infedeltà ai danni dell'istituto di credito, dacché sul cliente non sussiste un *Vermögensbetreuungspflicht* ai sensi del § 266 StGB; questi agisce sì vincolando l'istituto e disponendo, a un primo sguardo, del suo patrimonio, ma lo fa nel proprio interesse e non anche in quello del patrimonio dell'istituto bancario che gli concedeva il libretto; BGHSt 33, 244. 250, invece, in tema di *Kreditkartenmissbrauch*; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 80. FISCHER T., *Strafgesetzbuch* (§ 266 StGB), cit., Rn. 21; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 37 e ss.; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 33 e 101.

In realtà, come nota attenta dottrina⁷⁸, il punto dell'estensione del requisito del *Vermögensbetreuungspflicht* alla prima variante è a ben vedere di scarso rilievo pratico: in tutti i rapporti giuridici cui sia connesso il conferimento degli speciali poteri richiamati dalla norma che qui si studia, si ravvisa generalmente anche un parallelo dovere di cura sugli interessi patrimoniali della persona offesa.

⁷⁸ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 81; si veda anche FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 23.

4. La variante della violazione del dovere di cura degli interessi patrimoniali inerenti al rapporto fiduciario: *Treubruchtatbestand*. Caratteri generali e funzione della fattispecie. L'obbligo di vigilanza sul patrimonio altrui. La condotta di violazione.

La fattispecie di violazione del dovere di cura presuppone che⁷⁹:

- 1) l'autore violi
- 2) un obbligo di prendere in cura gli interessi patrimoniali altrui, che su di lui incomba in forza di legge, ordine dell'autorità, negozio giuridico, ovvero in connessione con un rapporto fiduciario (di fatto),
- 3) con ciò cagionando un pregiudizio alla persona i cui interessi patrimoniale ha l'obbligo di curare⁸⁰.

Salta subito all'occhio del lettore la straordinaria vaghezza della formulazione impiegata; è sulla variante in questione che si sono principalmente concentrati gli sforzi di dottrina e giurisprudenza nella direzione, segnata da ultimo dalla corte costituzionale, di una costante lettura restrittiva che ricostruisca per il dettato aderenza per il dettato del § 266 Abs. 1 StGB (seconda variante) con il principio di determinatezza ex art 103, II GG⁸¹.

⁷⁹ V. infra, par.1

⁸⁰ A tal riguardo di nessun rilievo è la differente formulazione usata dal legislatore che, sia con "*wahrnehmen*" che con "*betreuen*" intende riferirsi secondo la dottrina dominante ad un identico *Vermögensbetreuungspflicht* che sull'attore debba incombere al momento della violazione; V. BGH GA1977, 18; cfr. in tema anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 131, che aggiunge sul punto che la formulazione "alla persona, i cui interessi patrimoniali deve curare" ha esclusivamente lo scopo di chiarire che il pregiudizio patrimoniale deve prodursi presso l'affidante (*Betreute*); v. anche DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 31 e ss.; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 59; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 71 ss.

⁸¹ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 4, 85 e 94; Eisele BT II Rn. 843; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 40; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV.,

La prima variante, lo si è appena visto⁸², copre solo un frammento delle possibili condotte dirette a pregiudicare i patrimoni costituiti in affidamento: seleziona infatti quelle poste in essere dal *Vermögens-betreuungspflichtige* (il soggetto preposto alla cura degli interessi patrimoniali altrui) che sul patrimonio danneggiato posseda poteri di diretto intervento⁸³.

La seconda variante ha un ambito applicativo, invece, ben più ampio, e svolge una funzione “residuale” (*Auffangsfunktion*), raccogliendo nel suo alveo, in primo luogo, le tre più rilevanti ipotesi escluse dalle ristrettezze della prima variante.

Ci si riferisce al caso in cui⁸⁴:

- l'autore detenga sul patrimonio affidato meramente un potere di fatto, essendogli esclusa la possibilità di influire giuridicamente su di questo;

- l'autore, obbligato all'affidamento del patrimonio, non detenga alcun potere di disposizione o di costituzione di rapporti obbligatori, ma a questo sia comunque legato⁸⁵ da un generale dovere di sorveglianza (*Überwachungspflicht*);

- l'autore pone sì in essere un atto dispositivo ma senza commettere abuso secondo le regole civilistiche. (si pensi al caso di un atto nullo ex §§ 44 e 48 BGB; ovvero quando l'attore agisca eccedendo i poteri conferitigli mediante il contratto causale).

Pare dunque, a ben vedere, che il legislatore del 1933, introducendo il reato di Untreue, abbia inteso, con la prima variante, indicare la direzione della tutela cui il § 266 si dirigeva, segnalando i destinatari (e le condotte) privilegiati dello speciale monito costituito dal reato di infedeltà; con la seconda, invece, sembra abbia preferito assicurarsi che non sfuggissero alla giustizia quelle condotte che,

Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, cit., Rn. 139 ss; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 24.

⁸² V. retro, paragrafo precedente.

⁸³ Vedi SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 127.

⁸⁴ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 85; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 125.

⁸⁵ Vedi sempre SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 127.

pur dotate d'un pari disvalore, si divincolassero però dalla sfera applicativa della prima variante o per questioni dipendenti sostanzialmente dal diritto civile, ovvero per mezzo di insidiose strategie elusive della norma -come il caso dell'amministratore di fatto che pubblicamente agisca per il tramite di un fantoccio (cd. *Strohmann*)⁸⁶.

La seconda variante, lo si specifica, rimane del pari un reato proprio, ma i contorni della sfera dei possibili autori del reato sono disegnati con minor precisione: tali sono infatti solo quanti, semplicemente, portino su di sé un obbligo di curare interessi patrimoniali altrui. Se a ciò si aggiunge come la condotta tipica consista nella mera "violazione" (*Verletzung*) del suddetto obbligo, si capiscono allora le frequenti perplessità della dottrina e della giurisprudenza nel tentativo di porre freno ad una così vista "onnipotenza punitiva"⁸⁷.

L'obbligo di curare interessi patrimoniali altrui (*Vermögensbetreuungspflicht*) può incombere sull'autore, non diversamente da come avveniva per la prima variante, tanto in forza di una legge, quanto di un ordine di una autorità ovvero di un negozio giuridico⁸⁸.

La vera novità della fattispecie in analisi è però il richiamo, accanto alle ora viste "fonti" dell'obbligo che costituisce requisito personale necessario alla configurazione del reato, altresì un mero rapporto fiduciario "*Treuverhältnis*"⁸⁹.

Di un siffatto richiamo due sono le possibili interpretazioni: da una parte può richiedersi che il rapporto fiduciario sorga in forza di una legge, di un ordine dell'autorità o di un negozio giuridico: una siffatta interpretazione, però, oltre ad essere sostanzialmente abrogativa della parte relativa al *Treuverhältnis* (rapporto fiduciario), è inoltre direttamente smentita dalla formulazione, che quest'ultima fonte alle altre connette per mezzo della congiunzione disgiuntiva

⁸⁶ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 127

⁸⁷ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 128

⁸⁸ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 82 e ss.

⁸⁹ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 86 e ss., per cui, in breve, "das Treuverhältnis kann zusätzlich auch durch ein rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis begründet werden. Voraussetzung ist aber, dass dem Vermögensbetreuungspflichtigen eine tatsächliche Herrschaftsmacht über fremdes Vermögen eingeräumt worden ist, auch wenn das zugrunde liegende Geschäft aus rechtlichen Gründen nichtig ist".

“oder” (o)⁹⁰. Per conseguenza è gioco forza rileggere la norma aggiungendo la specificazione: in forza di legge, ordine dell'autorità, negozio giuridico o rapporto fiduciario *di fatto* (“*tatsächlich*”)⁹¹. Questa seconda interpretazione ha il beneficio di segnare, per la fattispecie di violazione del dovere di cura, la sostanziale irrilevanza della fonte giuridica, in nome di un aspetto più materiale, liberando il corso della giustizia penale dalle complicazioni di diritto civile ed amministrativo⁹².

Assumendo come referente le posizioni fiduciarie fattuali, la norma giunge infatti a ricomprendere:

- gli obblighi di tutela derivanti da un negozio giuridico (*Vollmacht, Ermächtigung* o *Kausalvertrag*) nullo (ai sensi ad esempio dei §§ 134 e 138 StGB), ed ossia improduttivo di effetti⁹³, come nel caso di un consigliere nominato con atto invalido⁹⁴. A tal riguardo discussa è la riconducibilità, al *Vermögensbetreuungspflicht* (il dovere di cura sul patrimonio altrui) di cui al § 266 StGB, degli obblighi che scaturiscono da accordi illeciti od immorali⁹⁵. Certamente non è punibile per infedeltà chi abbia ommesso l'adempimento del mandato antiggiuridico. Diverso è però il caso in cui il “mandatario” si approprii ovvero distrugga i beni consegnatigli per un fine illecito.

⁹⁰ Intendendo con ciò, dunque, che può costituire fondamento alternativo dell'obbligo di cura e dunque indipendente rispetto ai tre precedenti.

⁹¹ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 136.

⁹² V. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 87; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 61; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 134.

⁹³ Si pensi al caso non infrequente dei negozi collusivi conclusi dall'amministratore delegato, i quali, essendo nulli, sono inidonei a vincolare il patrimonio della società: la prima variante deve ritenersi esclusa, entrando in gioco la seconda.

⁹⁴ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 90; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 63; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 26; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 137, LK, Hübner ,78; in giurisprudenza vedi BGH 1 StR 641/52, del 3.9.1953.

⁹⁵ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 91; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 65; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar, (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 31; KÜPER W., *Strafrecht Besonderer Teil*, cit., p 378; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 44; cfr. anche BGHSt 8, 258 ss; 20, 143; BGH NJW 1984, 800; da ultimo, con altri esempi, si veda SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 137.

Secondo una moderna dottrina anche questi negozi illeciti o immorali potrebbero fondare un rapporto fiduciario (così detta *Ganovuntreue*)⁹⁶; in caso contrario bisognerebbe infatti ammettere che il legislatore accetti di lasciare la gestione dei patrimoni “neri” alla balordaggine ed alla legge del più forte.

- I casi in cui il rapporto giuridico, validamente fondato, sia giunto a termine, ma “di fatto” l'autore prosegua in via eccezionale nell'obbligo di tutela del patrimonio del rappresentato con il consenso (tacito) di entrambi⁹⁷. Si noti, inoltre, che di regola non bastano i meri obblighi di restituzione ovvero altro obblighi di liquidazione, che attengono invece alla fisiologia dell'estinzione di un rapporto giuridico: questi, solo eccezionalmente, potranno costituire un *Treuverhältnis* (rapporto fiduciario) ai sensi del § 266 StGB⁹⁸.

- Da ultimo il caso, più estremo, in cui ossia il *Treupflicht* (il dovere di cura) trovi esclusivo fondamento in una posizione di mera signoria fattuale sul patrimonio; caso cui appartiene la delicata categoria degli amministratori di fatto⁹⁹.

In conclusione, dacché, come si è studiato, il sorgere di un *Treupflicht* (dovere di cura) non è univocamente connesso al conferimento espresso di un potere di rappresentanza, ma può anzi nascere in connessione con posizioni

⁹⁶ Si veda anche l'interessante esempio portato da SEIER J., in *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, op. loc. ult. cit.; di rilievo anche l'esempio citato da WITTIG P., in *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 91, dell'avvocato che faccia impiego della refurtiva lasciatagli dal cliente contumace fuggito all'estero; in giurisprudenza BGH NStZ RR 1999, 184; RENGIER R., *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., § 18, Rn. 38.

⁹⁷ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 89; più approfonditamente SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 62; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 43., BGHSt 8 149; BGH NStZ 1997, 124.

⁹⁸ Vedi anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., che richiama al Rn. 138 il caso del dirigente che, dopo la risoluzione del rapporto faccia uso delle documentazioni in danno del precedente datore di lavoro; cfr. anche OLG Stuttgart JZ 1973, 794.

⁹⁹ Cfr. BGH NStZ 1999, 558; in giurisprudenza ci si è richiamati a taluni criteri empirici come una “*faktische Dominanz*” e la “*Einfaltung typischer Geschäftsführeraktivitäten*”; v. BGH NJW 1997, 67; 2004, 2761, 2765; cfr anche PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar, (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 25.

squisitamente fattuali, non di rado si verificheranno ipotesi in cui su di un medesimo soggetto incomba una pluralità di rapporti, anche di diversa scaturigine: ad esempio uno di mero fatto (punibile ex § 266 Abs. 1 STGB, seconda variante) ed uno che trovi invece riconoscimento giuridico nella legge, nell'ordine dell'autorità, ovvero nel negozio (e che sarà punibile ex § 266 Abs. 1 StGB prima variante ovvero seconda, sul presupposto che un tale riconoscimento preveda, o meno, altresì il conferimento delle capacità di disporre od obbligare richiamate dalla variante di abuso)¹⁰⁰.

Tornando alla condotta esecutiva, questa consiste nella violazione di un obbligo di cura (*Vermögensbetreuungspflicht*) incumbente sull'attore in ragione di un rapporto fiduciario di diritto ovvero anche di fatto.

E' proprio su quest'ultimo obbligo quello che si sono maggiormente concentrati gli sforzi di dottrina e giurisprudenza per ricomporre lo strappo con l'art 103, II GG ed il principio di determinatezza in esso contenuto¹⁰¹. In particolare è nella specificazione (*Konturierung*) della natura e del contenuto di un siffatto obbligo che si è tentato di ritrovare solidità per una lettera tanto fumosa. Non può infatti bastare un qualunque obbligo esteso sul patrimonio altrui ad integrare il requisito del *Treupflicht*¹⁰², ma si richiede anzi una posizione obbligatoria particolarmente qualificata¹⁰³. La giurisprudenza ha

¹⁰⁰ Vedi anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 133 e 134; in cui si riporta in via di esempio il caso del liquidatore fallimentare, che, nella specie, è titolare di un dovere di cura tanto nei confronti del titolare della massa del fallimento (che nel caso rappresenta e del cui patrimonio dispone; § 266 Abs. 1, prima variante) quanto, di fatto, nei confronti dei creditori (configurandosi, nel caso in specie, la seconda variante); cfr. BGH NStZ 2000, 376 ss., dove in particolare si dice: "questi obblighi fiduciari "bifronte" possono condurre al risultato di una duplice (o anche triplice) responsabilità per l'attore ai sensi del § 266 StGB: nei confronti di un fiduciante causa infatti un pregiudizio effettivo da cui contemporaneamente risulta, per l'altro, una concreta messa in pericolo del patrimonio dei creditori, che soffrono infatti il diradarsi delle chances di vedere soddisfatti i propri crediti. "

¹⁰¹ KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 32; KÜPER W., *Strafrecht Besonderer Teil*, cit., pp. 372 e ss.

¹⁰² Il termine vale come sinonimo di *Vermögensbetreuungspflicht*.

¹⁰³ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 95; KÜPER W., *Strafrecht Besonderer Teil*, cit., p. 372; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 33.

sviluppato, con il costante apporto della letteratura giuridica, una serie di precisi criteri delimitativi, che meritano di essere riportati nella trattazione presente¹⁰⁴.

In primo luogo l'attività comunque gestoria cui l'obbligo in questione è connesso deve svolgersi nell'interesse altrui: andranno conseguentemente escluse dalla sfera di punibilità delle Untreue quelle attività svolte nel proprio interesse ovvero anche per altri, più generali scopi. Una tale precisazione non è obsoleta se si pensi come valga a ricomprendere la vasta categoria dei contratti sinallagmatici, rispetto ai quali si apre così una importante "zona di salvezza". In questi, infatti, ciascuna parte, ancorché possa eventualmente avere accesso , anche solo di fatto¹⁰⁵, alla gestione di elementi patrimoniali della controparte, sempre agisce nell'interesse (proprio), dove una tale direzione teleologica della condotta è assicurata dal sinallagma contenuto nel contratto.

L'osservazione in parola attiene però ai contratti sinallagmatici presi nella loro configurazione tipica (es.: locazione, mutuo, compravendita), nulla escludendo il caso, pur eccezionale, in cui al contratto tipico sia annesso un supplementare obbligo di cura che nell'economia globale del negozio giuridico intrapreso finisca per ricevere altresì funzione di contenuto sostanziale¹⁰⁶.

Parimenti si esclude la configurabilità dell'Untreue nel caso in cui al soggetto titolare dell'obbligo di cura (*Treuehmer*), il patrimonio sia affidato in vista di un interesse sovraordinato a quello di natura strettamente patrimoniale del singolo fiduciante (*Treugeber*). Si pensi, in via esemplare, al caso del revisore legale dei conti, che, essendo vincolato all'imparzialità ai sensi del § 323 HGB, risulta, nello svolgimento della propria attività tipica, naturalmente indifferente all'interesse patrimoniale della società¹⁰⁷.

In secondo luogo il *Vermögensbetreuungspflicht* (obbligo di cura) deve costituire una obbligazione *principale* e non anche secondaria del rapporto

¹⁰⁴ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 95; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 34, SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 143; vedi anche: BGHSt 13, 315, 317 ss. ;BGH NStZ 1989, 72; BGH wistra 1989, 224; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 39; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 46; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 97 e ss.

¹⁰⁵ Si pensi, ad esempio, ad un contratto di deposito.

¹⁰⁶ V. BGH GA 1977, 18, 19.

¹⁰⁷ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 100; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 40.

gestorio¹⁰⁸: deve ossia rappresentare il contenuto tipico e sostanziale del rapporto che conferisce la gestione degli affari altrui¹⁰⁹.

Il pregio di questo criterio è quello di scongiurare il rischio di attrarre nella sfera di punibilità dell'Untreue i meri inadempimenti contrattuali cui pure faccia da seguito un danno: non è infedele chi ometta ovvero ritardi l'adempimento della controprestazione, ovvero chi agisca nel contratto senza la richiesta cura degli interessi patrimoniali altrui, ed ossia esegua il contratto ma senza buona¹¹⁰.

In terzo luogo, nella verifica di un *Vermögensbetreuungspflicht* la giurisprudenza dominante ravvisa una speciale capacità indiziaria nella sussistenza di un potere decisionale autonomo e responsabilizzato¹¹¹. Rimangono però ancora poco nitidi i requisiti cui un tale potere debba rispondere: dibattuto è, in particolare, se per la configurazione del reato in esame sia sufficiente una qualunque posizione di potere di natura fiduciaria (*Vertrauensstellung*)¹¹², ancorché legata ad una posizione subordinata, ovvero se a questa vada ricollegato quanto meno un potere di tipo discrezionale¹¹³.

Unanimità si è raggiunta, ad oggi, solo per taluni casi limite: non rileva certamente, infatti, come *Vertrauensstellung* un rapporto obbligatorio il cui

¹⁰⁸ V. BGHSt 1, 186, 189 in cui si fa richiamo al principio di diritto per cui: "Die Pflicht, einen Vertrag zu erfüllen, ist als solche allerdings durch § 266 ebensowenig geschützt wie die einen Vertrag innewohnende allgemeine Pflicht, auf die Interessen des Partners gebührende Rücksicht zu nehmen (vgl. § 242 BGB). Zur Abgrenzung des Anwendungsgebiets der Vorschrift hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass nur solche Rechtsbeziehungen den Schutz des § 266 genießen, bei denen die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den Hauptgegenstand bildet. Das ist - soweit Vertragsverhältnisse in Betracht kommen - etwa beim Auftrag, bei der Spedition, bei der Kommission in der Regel der Fall (RGSt 69, 61; 71, 91; 73, 300; 77, 150, 401; Urt. des Senats vom 4. April 1951 - 1 StR 58/51 -)"; 33, 240, 250; 41, 224, 228; Cfr. anche FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 34; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 101, Lackner/Kühl, Rn. 11,

¹⁰⁹ V. BGHSt 22. 190, 191; 33, 244, 250; Cfr. FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 34, KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 33; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 101.

¹¹⁰ V. BGHSt 1, 186, 188; 28, 20, 23 ss.; Cfr. anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 105.

¹¹¹ V. BGH NJW 1991, 2574, NStZ 2006, 39, BGHSt 13, 315; 18, 313; Cfr. FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 34, SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 82; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 106.

¹¹² V. BGH wistra 1989, 60, 61; BGHSt 13, 315, 318.

¹¹³ Cfr. BGH NStZ 2006, 39.

adempimento si specifichi in una attività meramente meccanica¹¹⁴: è il caso, ad esempio, di quanti semplicemente incassino, maneggino ovvero solo consegnino il denaro per conto del *Treugeber*¹¹⁵. D'altra parte un criterio sufficientemente persuasivo potrebbe ravvisarsi, come suggerisce una sapiente dottrina, nell'assenza di un controllo (*Abwesenheit von Kontrolle*)¹¹⁶.

Passando invece a quanto più strettamente inerisce alla condotta esecutiva, questa consiste nella violazione del *Vermögensbetreuungspflicht* che costituisce l'obbligazione principale del rapporto fiduciario (*Pflichtwidrigkeit*). Violazione dell'obbligo di cura significa alternativamente "non adempiere all'incarico affidato, ovvero non adempiervi correttamente"¹¹⁷.

Si è già dato nota di come non sia più sufficiente un qualsiasi inadempimento anche solo indirettamente connesso all'attività gestoria, dal quale pure derivi un danno al patrimonio. Sempre nell'ambito degli sforzi restrittivi dell'ambito applicativo dell'infedeltà tedesca, la giurisprudenza richiede, per l'integrazione della variante in analisi, che ad essere violato sia un obbligo oggettivamente posto, anche solo in via indiretta, a tutela del patrimonio (*vermögensschützende Pflichten*)¹¹⁸.

Una tale funzione va misurata sulla stregua di una *connessione oggettiva-contenutistica* (*sachlich-inhalter Zusammenhang*) che deve correre tra la

¹¹⁴ Cfr. BGH NSTZ 1983, 455; in dottrina v. FISCHER T., *Strafgesetzbuch* (§ 266 StGB), cit., Rn. 37.

¹¹⁵ V. BGHSt 13, 315, 319; 18, 312, 313; BGHSt wistra 1989, 60, 61.

¹¹⁶ Cfr. SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 82

¹¹⁷ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 159.

¹¹⁸ V. BGH NJW 2010, 80; 2011, 1747 per cui però: "nicht erforderlich ist ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen pflichtwidrigem Tun und Vermögensnachteil (vgl. aber BGH NSTZ 2009, 686, 688). Der Kausalzusammenhang wird nicht dadurch unterbrochen, dass der Vermögensschaden erst bei Entdeckung der Tathandlung eintritt. Eines solchen Unmittelbarkeitserfordernisses bedarf es auch nicht im Hinblick auf die tatbestandliche Weite des § 266 Abs. 1 StGB. Selbst wenn - mit der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH aaO) - an einem über den Zurechnungszusammenhang hinausgehenden Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil festgehalten werden sollte, würde sich daraus jedenfalls nicht ergeben, dass Pflichtwidrigkeit und Nachteil in einem engen zeitlichen Verhältnis zueinander stehen müssten. Denn "unmittelbar" bedeutet jedenfalls nicht zeitgleich, sofort oder auch nur alsbald"; cfr. anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 126; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 160.

violazione e la posizione fiduciaria¹¹⁹; l'inadempimento deve, cioè rivolgersi al contenuto sostanziale del dovere di cura, come appare alla luce di un esame obiettivo¹²⁰.

Un tale collegamento mancherà allora quando ad essere violati siano altri e diversi obblighi, secondari e laterali (*Nebenpflichten*) ancorché sempre scaturenti dal rapporto "gestorio"¹²¹, che però, dunque non siano neanche indirettamente posti a tutela del patrimonio¹²².

L'opportunità di una siffatta limitazione è di facile comprensione, ove si pensi che la generica "violazione di un obbligo" può costituire tanto un'azione come un'omissione, e può realizzarsi con un atto amministrativo, con un atto giuridico od anche con un semplice atto materiale (*tatsächliches Handeln*).

Al riguardo, un caso particolare è quello in cui l'atto materiale costituisca di per sé un diverso reato (p.e. furto, appropriazione indebita ecc.). Si tratta qui di una forma alquanto atipica rispetto alla normale fenomenologia dell'*Untreue* che

¹¹⁹ Cfr. il già citato SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, che invece parla di una "innerer Zusammenhang" (connessione interna).

¹²⁰ Cfr. DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 162; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 129.

¹²¹ V. BGH NStZ 1986, 361; OLG Hamm NStZ- RR 2000, 236; BGH NJW 2013, 1615, per cui: "Dabei kann eine vertragliche Beziehung, die sich insgesamt als Treueverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1 darstellt, Verpflichtungen enthalten, deren Einhaltung nicht vom Untreuetatbestand geschützt wird. Maßgebend für die Abgrenzung sind insoweit Inhalt und Umfang der Treueabrede, wie sie sich aus den Vertragsvereinbarungen bei sachgerechter Auslegung ergibt"; Lakner/Kühl, Rn. 15; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 40, 104 e 130.

¹²² Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 130; sul punto confronta anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 160, che richiama gli esempi: del consigliere di amministrazione di una AG (nostrana s.p.a) con riguardo ai proventi delle attività compiute in conflitto di interessi (concorrenza), i quali spettano al patrimonio sociale ai sensi del § 88 Abs. 2 AktG; ovvero dell'amministratore di società a responsabilità limitata che dopo l'apertura del fallimento distrae beni dalla massa fallimentare (BGH NJW 1992, 250). A tal riguardo la mera apertura delle procedure concorsuali pare non essere un discrimine valido per decretare l'insussistenza di un dovere di cura sul patrimonio; più in particolare questo sarà per certo da negare quando il curatore del fallimento abbia già preso in possesso la massa. Tuttavia ancorché dopo l'apertura del fallimento vengano meno le facoltà gestorie degli amministratori (che dovrebbero limitarsi agli atti urgenti, e di mera conservazione), e con esse anche l'obbligo giuridico di cura annesso al rapporto giuridico che queste facoltà conferiva, non può negarsi che la particolare posizione di dominio in capo all'amministratore quanto meno fonda l'obbligo di cura nei confronti dei creditori concorsuali.

vede generalmente impiegate le più “aggrovigliate” e “striscianti” insidie da parte degli affidatari a danno dei patrimoni affidati alle loro cure. Ciò non di meno va ritenuto prevalente il reato di *Untreue* quando siano integrati gli elementi specializzanti, ed ossia quanto l’aggressione sia rivolta da un soggetto obbligato alla cura di un patrimonio altrui nei confronti di un elemento del patrimonio su cui tale obbligo si estende. A tal riguardo è perfettamente indifferente che la stessa facilità di accesso al patrimonio fosse garantita a qualunque altro esterno non obbligato alla cura.¹²³

¹²³ V. in giurisprudenza BGHSt 17, 360 ss.; OLG Stuttgart NJW 1962, 1272; Cfr. anche SALIGER F., JA 2007, 329; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 162.

5. Il danno patrimoniale: reato di evento e reato di pericolo. I nessi causali.

Entrambe le fattispecie ora studiare presuppongono che la condotta infedele abbia cagionato un pregiudizio (*Nachteil*) alla persona i cui interessi patrimoniali l'autore aveva in cura.

Va da principio fatto chiaro, stante la natura di *reines Vermögensdelikt*¹²⁴ del reato di *Untreue*, che si intende pregiudizio ai sensi del § 266 Abs. 1 StGB “ogni diminuzione patrimoniale cagionata dalla condotta criminosa”¹²⁵.

Anche il requisito del *Nachteil* deve essere oggetto di una interpretazione restrittiva e “precisante”¹²⁶: in particolare la corte costituzionale raccomanda che venga tutelata l'autonomia, empirica come dogmatica, del requisito del pregiudizio nei confronti di quello, di natura normativa, della antidoverosità (*Pflichtverletzung*): non bisogna dunque assottigliare (*Verschleifungsverbot*) la dogmatica dell'evento fino a renderlo sostanzialmente coincidente con la mera violazione degli obblighi attinenti alla posizione fiduciaria. Nella verifica del danno, i referenti normativi conserveranno sì un ruolo determinante, tuttavia non al punto di oscurare uno studio massimamente “economico” dell'elemento in parola, che è il più coerente con il carattere “patrimoniale” dell'*Untreue*¹²⁷.

Prima di addentrarsi nell'analisi dei requisiti specifici che il danno richiamato dalla fattispecie di *Untreue* deve presentare, va notato che questi sono stati in buona parte mutuati dalla dogmatica sviluppatasi attorno allo *Schaden* (appunto, danno) richiamato nel dispositivo della truffa ex § 263 StGB: i due termini, *Schaden* per la truffa e *Nachteil* per il § 266 StGB sono considerati

¹²⁴ Letteralmente: “delitto patrimoniale puro”.

¹²⁵ Così WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 134; Cfr. anche BGH NStZ 2004, 205; BGH NStZ-RR 2006, 175.

¹²⁶ V. BVerfG NJW 2009, 2370; BVerfG 2010, 3209.

¹²⁷ V. BVerfG NJW 2010, 3209, 3215. Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 134.

dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante sostanzialmente sovrapponibili nell'indicare un medesimo evento di diminuzione patrimoniale¹²⁸.

Preliminarmente, anche per il § 266 si staglia la questione dogmatica del contenuto del concetto penalistico di patrimonio: si è detto a tal riguardo che all'interprete deve apparire il patrimonio nel suo contenuto "giuridico-economico". Il punto acquista rilievo per la *Ganovuntreue*, ossia la infedeltà del criminale¹²⁹, la cui punibilità non può che fondarsi su di un concetto squisitamente economico¹³⁰ di patrimonio, non rappresentando l'illecito penale una valida modalità di acquisto della proprietà¹³¹.

Passando alla verifica del pregiudizio, questa dovrà eseguirsi secondo il principio del cd. "saldo complessivo" (*Gesamtsaldierung*); il titolare del patrimonio tutelato deve ossia risultare "economicamente impoverito" da un raffronto da condursi *ex ante* tra il patrimonio come prima e dopo l'azione (= omissione) abusiva od antidoverosa¹³². La diminuzione patrimoniale così

¹²⁸ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 136, ss.; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 166; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 180; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 53.

¹²⁹ Si pensi al ricettatore che tenga in "gestione" i proventi di un reato.

¹³⁰ Giuridicamente, infatti, il patrimonio cui qui si ha riguardo non fa capo al "Treugeber", ed ossia a chi affidi ad altri il prodotto di un reato; solo da una prospettiva economica questi può dunque assumersi come "danneggiato" della infedeltà del ricettatore.

¹³¹ L'opportunità politica di una tale ipotesi di punibilità si fonda sull'esigenza di non lasciare aperte delle "zone franche della illegalità", in cui ossia viga puramente la legge del più forte.

¹³² V. BGHSt 47, 295, 301, che, anche in tema di *Kompensation* chiarisce: "§ 266 Abs. 1 StGB schützt als ein Vermögensdelikt nur das Vermögen des Geschäftsherrn oder Treugebers als ganzes, nicht seine Dispositionsbefugnis. Ob ein Vermögensnachteil eingetreten ist, muß grundsätzlich durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der beanstandeten Verfügung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprüft werden (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 39 m.w.Nachw.; vgl. auch Schönemann in LK aaO Rdn. 137 f., 148, 149). Deshalb hätte differenziert erörtert werden müssen, daß der Angeklagte die Zuwendungen in seinem dienstlichen Aufgabenfeld verwandt hat und diese möglicherweise auch der Universität - jedenfalls teilweise - zugute gekommen sind. Eine solche kompensatorische Betrachtung setzt zwar grundsätzlich voraus, daß die ungetreue Verfügung Vermögenseinbuße und Kompensation zugleich hervorbringt. Eine Ausnahme von diesem Gleichzeitigkeitserfordernis kann indessen dann angebracht sein, wenn - bei wirtschaftlicher Betrachtung - nach einem vernünftigen Gesamtplan mehrere Verfügungen erforderlich sind, um den

rilevata deve inoltre essere monetariamente quantificabile, a meno di non voler perdere di vista la natura di delitto patrimoniale dell'*Untreue*, finendo per ricomprendere altresì quei casi più "volatili" quale è p.e. il danno all'immagine commerciale. In via esemplare è da ritenersi dunque certamente sussistente un pregiudizio ai sensi del § 266 StGB "quando siano stati donati, venduti sotto costo, danneggiati o distratti i beni del patrimonio, ovvero un bene sia stato comprato ad un prezzo gonfiato, un servizio sproporzionatamente sovra-retribuito o il patrimonio gravato da una garanzia reale, nonché quando qualunque oggetto di quest'ultimo (financo le energie lavorative) sia stato contro gli accordi impiegato al proprio profitto"¹³³.

In via incidentale va notato come, dalla formulazione della norma, si evince che assume rilievo penale solo il danno patrimoniale che si verifichi direttamente sul patrimonio oggetto delle cure dell'autore¹³⁴; prerequisite sarà dunque la sussistenza di una identità tra il patrimonio oggetto dell'obbligo di cura ed il patrimonio oggetto di danneggiamento¹³⁵.

Tornando alla teoria del "saldo complessivo", anch'essa mutuata dalla giurisprudenza già consolidata per il reato di Truffa, costituisce suo diretto corollario il rilievo dei vantaggi che, da una prospettiva, appunto, "complessiva" dell'operazione sul patrimonio, il danno cagionato finiscano per compensare. Più precisamente, non sussisterà il requisito del danno allorché

ausgleichenden Erfolg zu erreichen (vgl. Schönemann in LK aaO Rdn. 137) und eine konkrete, schadensgleiche Gefährdung des zu betreuenden Vermögens ausscheidet".

; BGH NStZ-RR 2006, 175, 176; BGH NStZ-RR 2006, 378, 379; v. anche SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn.136, SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 54 e ss.; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 166.

¹³³ Così Seier in SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 168 "Ein Vermögensschaden ist z.B. anzunehmen, wenn Vermögensgegenstände verschenkt, unter Preis verkauft, verschleudert, beschädigt oder entzogen werden, wenn für Sachen überteuerte Preise gezahlt oder Leistungen unverhältnismäßig hoch entlohnt werden, wenn Vermögensstücke dinglich belastet werden, wenn Personal-oder Sachmittel bestimmungswidrig zum eigenen Vorteil eingesetzt werden": cfr. anche BGH GA 1971, 210; BGH wistra 1986, 218; RGSt 61, 174.

¹³⁴ RENGIER R., *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., § 18, Rn. 51.

¹³⁵ Cfr. BGHSt 47, 295, 297.

alla condotta pregiudizievole faccia immediato seguito altresì un compensativo incremento del patrimonio¹³⁶. A un tale incremento sono poi equiparati: lo sconto di un debito di pari entità e la prospettiva di un guadagno equivalente.

Il requisito dell'immediatezza lascia intendere che un tale vantaggio compensativo debba scaturire dalla stessa azione od omissione pregiudizievole, non anche da separate ed autonome attività, che costituirebbero dunque al massimo una riparazione del danno¹³⁷.

Dalla contemporanea ed immediata compensazione va tenuta distinta la sopravvenuta riparazione dei danni causati¹³⁸ che non costituisce causa di esclusione del reato ma può al massimo valere in fase di commisurazione della pena. Un tale principio soffre però due rilevanti eccezioni: in primo luogo il caso in cui la condotta pregiudizievole e quella riparatoria abbiano fatto parte di un piano economico unitario ("*einheitliches wirtschaftliches Vorhaben*"¹³⁹) che prevedesse la perdita realizzata nella prospettiva del futuro guadagno. Un esempio può costituire la riconversione dei metodi produttivi per incrementare i guadagni¹⁴⁰; a bene vedere però ancor prima che il danno, a venire qui in difetto è la condotta antidoverosa, ed ossia la violazione dell'obbligo di cura¹⁴¹.

In secondo luogo è giurisprudenza oramai consolidata che un tale pregiudizio debba ritenersi insussistente quando l'autore abbia avuto la

¹³⁶ V. BGH NStZ-RR 2006, 175; 378, 379; BGH NStZ 2004, 205; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 115. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 166.

¹³⁷ V. BGHSt 15, 372, 376; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 166. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 139.

¹³⁸ CFR. SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 137.

¹³⁹ V. RGSt 61, 211, 213; 65, 430 ess; 66, 255, 261 ess; BGHSt 47, 295, 301; BGH NJW 198, 1808; 2002, 1211, 1215, 2801 e ss.; BGH NStZ 2002, 648, 650; cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 173.

¹⁴⁰ RG JW 1936, 882; altro esempio (cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 174) è quello presentato in OLG Frankfurt NStZ-RR 2004, 244 e ss. in cui il fiduciario distrae denaro dal fiduciante da destinare ad un negozio corruttivo in vista di un grosso introito. Ove ci si attenga ad un concetto strettamente economico-quantitativo di patrimonio, va escluso il danno (oltre che il dolo di danno) e dunque il reato di *Untreue* ove alla distrazione a finalità corruttive sia però seguito un grosso guadagno; v. anche FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 166 e seguenti.

¹⁴¹ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 173.

intenzione, e in ogni tempo la capacità, di porre pronto ed integrale rimedio al decrescimento patrimoniale cagionato, con mezzi propri ovvero in altra maniera¹⁴².

Ad essere escluso è invece il dolo di danno, e non anche, dunque, il danno, allorché l'autore procedesse all'attività, che sapeva pregiudizievole ed antidoverosa, solo erroneamente ritenendosi in grado di porre riparo alla perdita con i propri mezzi¹⁴³, ovvero allorché il conguaglio, cui pure l'autore era intenzionato, non sia stato poi effettuato per sopravvenuta impossibilità. Ugualmente per il caso in cui questi solo successivamente alla produzione del danno si sia determinato e non effettuare il conguaglio, che tuttavia si provi esistente tra le sue intenzioni al momento della commissione del fatto.

Tuttavia, se la punibilità delle ipotesi subito sopra richiamate va per certo ritenuta incompatibile con lo speciale disvalore che il legislatore esige facendo richiesta del dolo di danno, meno logico pare il primo caso: un decrescimento patrimoniale cui anche faccia da contrappeso una pretesa risarcitoria gravante sull'autore del reato rimane un pregiudizio intenzionalmente cagionato, la cui riparazione/riparabilità giocherà un ruolo in fase di commisurazione della pena¹⁴⁴.

Come si è visto la giurisprudenza ha tentato di ovviare alla confusione ermeneutica causata dalla inconsistenza della formulazione, procedendo a tastoni da un numero limitato di casi, con una metodologia casistica non diversa da quella del common law.

In particolare la giurisprudenza e la dottrina hanno diretto i propri sforzi su di una serie di casi "limite", in cui ossia maggiormente spinosa si presenta la

¹⁴² Cfr. BVerfG NJW 2010, 3209, 3217 e ss; RGSt 62, 31, 33; 73, 283, 285; BGHSt 15, 342; BGH NStZ 1982, 331; 1995, 233, 234; BGH NStZ-RR 2004, 54; in letteratura cfr. SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 139; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 42; Maurach/Schroeder/Maiwald Besonderer Teil I § 45 Rn. 45.

¹⁴³ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 175.

¹⁴⁴ Cfr. FISCHER T., *Strafgesetzbuch* (§ 266 StGB), cit., Rn. 169; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 176, per cui "wenn der Täter willens und in der Lage ist, die Vermögensminderung auszugleichen, dann liegt darin nicht mehr als die Absicht einer nachträglichen Schadenswiedergutmachung, die allenfalls bei der Strafzumessung ins Gewicht fällt.

configurazione del requisito del danno. Tra questi meritano per certo un richiamo il ruolo del *lucrum cessans* nella verifica della diminuzione patrimoniale, ed i casi in cui il patrimonio, che ancora non abbia subito un definitivo decrescimento, sia stato però esposto ad un pericolo particolarmente “concreto” ed ossia destinato secondo *l'id quod plerumque accidit*, a trasformarsi in un danno effettivo e definitivo.

Per quanto attiene al lucro cessante (*unterlassene Vermögensmerung*), per la giurisprudenza questo può assurgere alla dignità di “pregiudizio” ai sensi del § 255 StGB solo ove sul perduto guadagno sussisteva una “aspettativa sufficientemente salda”¹⁴⁵. Oggetto di questione è stata la concretezza di una siffatta aspettativa, anche considerando come il sempre valido principio del *Vorher-nachher-Vergleich* (raffronto quantitativo prima-dopo) ne richiede la misurabilità economica in termini monetari. Al giorno d’oggi la giurisprudenza è unanime, in fase di quantificazione dei danni, nel negare rilievo ai guadagni meramente sperati¹⁴⁶; incertezze si registrano invece con riguardo agli incrementi del patrimonio del tutto sicuri¹⁴⁷; in quest’ultimo caso, si è detto, l’aspettativa deve costituire già nel presente un valore patrimoniale quantificabile (p.e. secondo i principi contabili)¹⁴⁸ con esclusione, dunque, ad

¹⁴⁵ Così WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 145, letteralmente: “*eine hinreichend gesicherte Aussicht*”, anche *Anwartchaft* o *Exspektanz*; v. BGHSt 31, 232, 234 e ss.; BGHSt 50, 299, 314 e ss.; BGH NStZ 2003, 540, 541; cfr. anche FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 116; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 169, che spiega la differenza rispetto al Betrug: “*Sofern man in diesem “Verhindern des Reicherwerdens” eine Abweichung oder zumindest eine Besonderheit gegenüber dem Betrug erblickt, erklärt sich das aus dem Inhalt der Treupflicht: Der Untreutäter ist zumeist nicht nur dafür verantwortlich, dass der gegenwärtige Vermögensgüterstand des Geschäftsherrn erhalten bleibt, sondern er hat regelmäßig auch dafür zu sorgen, dass das Vermögen Zuwachs erfährt, z.B. durch ein günstige Anlage von Kapital oder durch vorteilhafte Geschäftsabschlüsse*”.

¹⁴⁶ V. BGH NJW 1983, 1808; OLG Bremen NStZ 1989, 229; OLG Hamm NJW 1968m 1940; OLG Stuttgart NJW 1999, 1566.

¹⁴⁷ Parimenti va segnalata qui una divergenza della giurisprudenza sull’elemento del danno dell’Untreue rispetto a quello del Betrug, per il quale ultimo è sufficiente una prognosi di probabilità (*Wahrscheinlichkeitsprognose*).

¹⁴⁸ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 145; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 135; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 101.

esempio, della perdita di un incremento di popolarità per l'azienda, che non è suscettibile di una quantificazione in termini economici.

In secondo luogo, come già si è operato per il reato di truffa, anche per l'Untreue, all'evento di danno si considera sostanzialmente equivalente il caso di una concreta messa in pericolo del patrimonio (*Schadensgleiche Vermögensgefährdung*); anche per l'Untreue, dunque, rileva il così detto "danno di pericolo" (*Gefährdungsschaden*). Secondo la teoria in parola, è da ritenersi già integrato un pregiudizio al patrimonio tutelato quando quest'ultimo venga concretamente esposto al pericolo, anche ove il pregiudizio non si realizzi¹⁴⁹. La delicatezza di una tale manipolazione giurisprudenziale si manifesta in ciò, che rischia ossia di attrarre pericolosamente nella sfera della punibilità del § 266 StGB quelle condotte sì abusive od antidoverose, ma che in assenza di un danno per il Treugeber (fiduciante) il legislatore apertamente intendeva lasciare impunte: ciò appare doppiamente evidente ove si pensi che alla struttura del reato come uno di evento affiancava la non punibilità del tentativo¹⁵⁰. Inoltre, avvisa la dottrina, una tale concezione del danno porterebbe ad una sostanziale abrogazione del requisito del danno che finirebbe, così, per coincidere con la condotta del reato (che risulta dunque sostanzialmente trasformato in uno di pura condotta): attesa la forte indeterminatezza della formulazione di quest'ultima è già chiaro quale agile arma sia offerta all'arbitrio degli organi giudiziari, in aperta violazione dei principi di legalità e di riserva di legge.

La corte costituzionale investita della questione, ha però "salvato" la così richiamata equiparazione¹⁵¹, sempre nel compromesso, però, di una lettura restrittiva che esiga ben più di un pericolo astratto: si richiede infatti una messa in pericolo tanto concreta da potersi accertare "in modo economicamente misurabile". Contro le tesi dei ricorrenti sostiene infatti la corte che "la

¹⁴⁹ Il punto è di comprensibile rilievo; approfondiscono la nozione di "messa in pericolo equipollente al danno" le pronunce di BGHSt 44, 376, 384 in cui si esprime il principio per cui "ein Nachteil kann bereits in einer konkreten, wirtschaftlich schon zu einer Minderbewertung führenden - also schadensgleichen - Vermögensgefährdung liegen"; BGH NStZ 2003, 540; NStZ-RR 2005, 343; Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 141, 149 e ss; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 150 e ss.; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., 66.

¹⁵⁰ V. infra, par. 1.

¹⁵¹ V. BVerfG NJW 2010, 3209, 3218; 2009, 2370.

dogmatica del (...) pericolo di danno (...) si basa sull'assunto che da una prospettiva economica, sotto determinate circostanze, il pericolo di una perdita futura può già rappresentare una diminuzione "presente" del valore patrimoniale, e quindi già integrare (...) un pregiudizio ai sensi del (...) § 266 StGB". Non basta, quindi, come detto, un pericolo astratto, ma l'interprete dovrà verificare se la particolare prossimità e certezza del verificarsi del danno nelle speciali circostanze economiche in cui il pericolo si realizza, già costituisca una diminuzione del valore del patrimonio¹⁵².

La corte fa propri, poi, due criteri restrittivi: il primo, di natura oggettiva, impone che la futura diminuzione patrimoniale sia già al tempo della verifica dei danni quantificabile secondo i principi contabili e di bilancio¹⁵³. Il secondo, che agisce sul piano soggettivo, richiede, per l'accertamento del danno di pericolo, che l'autore non solo abbia voluto l'azione o l'omissione che sapeva rischiosa per il patrimonio, ma anche abbia preventivamente accettato il verificarsi del danno. Si pensi al caso¹⁵⁴ dell'amministratore di società che lasci decorrere il tempo di prescrizione di un credito: il danno non può dirsi definitivo, atteso come sempre il debitore possa efficacemente adempiere *sua sponte* alla pretesa creditoria della società; l'omissione (antidoverosa) dell'amministratore realizza però un definitivo diradamento delle probabilità, per l'azienda, di vedere il proprio credito soddisfatto. Non può negarsi come, allora, il concreto pericolo cui il patrimonio è esposto già costituisca per quest'ultimo un danno, che ha, nel caso

¹⁵² Esempi derivanti dalla giurisprudenza di casi di danni da pericolo sono: una concessione di un credito senza sufficienti sicurezze; un vizio di nullità o di annullabilità nell'atto dispositivo a carico del patrimonio del fiduciante che ponga a rischio l'esecuzione della controprestazione per cui la disposizione era in primo luogo effettuata (BGH wistra 2006, 306); una redazione disordinata dei libri contabili che impedisca o renda più difficoltoso il recupero di un credito (BGHSt 20, 304).

¹⁵³ Cfr. il § 253 Abs. 4 HGB per cui "Bei Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens sind Abschreibungen vorzunehmen, um diese mit einem niedrigeren Wert anzusetzen, der sich aus einem Börsen- oder Marktpreis am Abschlussstichtag ergibt. Ist ein Börsen- oder Marktpreis nicht festzustellen und übersteigen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten den Wert, der den Vermögensgegenständen am Abschlussstichtag beizulegen ist, so ist auf diesen Wert abzuschreiben".

¹⁵⁴ Cfr. BGH NJW 1983, 461, vedi anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn.152 e FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 157.

in specie, il pregio di essere quantificabile secondo i criteri della contabilità. Ove risulti altresì provato che l'amministratore volontariamente ometteva l'esercizio del diritto, intenzionalmente ricercando, ovvero anche solo accettando, l'estinzione del diritto conseguente al decorrere del termine della prescrizione, sarà allora pienamente integrato il reato di Untreue.

Concludendo, merita qui spazio l'analisi dei nessi causali intercorrenti tra gli elementi della fattispecie: il danno che si è ora studiato deve infatti porsi in una speciale relazione causale con le condotte della fattispecie di Untreue.

In primo luogo l'atto giuridico efficace che costituisce abuso dei poteri validamente conferiti di disporre del patrimonio altrui ovvero di obbligare (§ 266, 1° variante, StGB), nonché la violazioni degli obblighi inerenti la posizione fiduciaria (§ 266, 2° variante, StGB) possono coincidere con la effettiva diminuzione patrimoniale ovvero la concreta messa in pericolo del patrimonio altrui che segnano la consumazione del reato.

L'evento di danno può, dunque, presentarsi in contemporanea con l'esecuzione della condotta, ma questo non sempre è vero: è in ogni caso importante tenere ben distinti i due elementi che infatti rappresentano "circostanze del fatto autonome, separate l'una dall'altra, e che vanno accertate ciascuna secondo una propria regola"¹⁵⁵.

A fraporsi tra i due si richiede intanto un nesso causale, che univocamente riconduca il danno alla violazione dell'obbligo di cura (*Treupflicht*). A ben vedere è unicamente sulla necessità di una tale speciale relazione che il dispositivo dell'*Untreue* si esprime senza lasciare dubbi: nel *dadurch* (con ciò) posto a fraporsi tra la condotta e l'evento viene a esplicitarsi proprio una connessione siffatta.

In questione però è l'immediatezza (*Unmittelbarkeit*)¹⁵⁶, ed ossia la prossimità nella serie causale tra la violazione dell'obbligo di cura ed il verificarsi

¹⁵⁵ Così SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 202.

¹⁵⁶ Vedi anche BGH NStZ 2009, 686, 688, per cui: In den möglichen Ersatzansprüchen und Prozesskosten nach Aufdeckung eines zum Vorteil des Treugebers begangenen Betrugs liegt kein Nachteil des Treugebers im Sinne des Untreuetatbestands (§ 266 StGB). Denn solcher Schaden ist nicht unmittelbar, er setzt nämlich mit der Aufdeckung der Tat einen Zwischenschritt voraus. Der für die Nachteilsfeststellung notwendige Gesamtvermögensvergleich hat aber auf der Grundlage des vom Täter verwirklichten Tatplans zu erfolgen", consultabile

del pregiudizio al patrimonio; al riguardo si registra una dissonanza tra dottrina e giurisprudenza.

Quest'ultima si è infatti solo raramente espressa sul punto, specificando però come questa immediatezza, nel reato di *Untreue* e a differenza del reato di Truffa, non giocasse alcun ruolo nella verifica dei nessi causali¹⁵⁷. In dottrina, al contrario, si è fatto più intenso affidamento sul parallelismo tra i due reati di Infedeltà e Truffa¹⁵⁸: come infatti si richiede che il vantaggio compensativo, che esclude il danno, sia diretta ed immediata scaturigine dalla medesima attività economica che integrava la condotta criminosa, di una tale immediatezza va fatta esigenza del pari per la diminuzione patrimoniale (ovvero la concreta messa in pericolo del patrimonio). Il danno dovrà dunque essere conseguenza diretta e non anche solo mediata dell'atto giuridico che dispone del patrimonio o ne obbliga il titolare, ovvero della violazione dell'obbligo di cura del patrimonio altrui¹⁵⁹.

online presso: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/08/5-394-08-1.php>; BGHSt 51, 29, 33; BGH NStZ 1986, 455 e ss.; BayObLG NJW 1996, 268, 271.

¹⁵⁷ V. OLG Hamm NJW 1982, 180 e ss;

¹⁵⁸ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 212.

¹⁵⁹ Si pensi all'esempio di un amministratore di società che commetta un reato da cui dipenda la responsabilità risarcitoria dell'ente. In questione è se possa considerarsi "pregiudizio" ai sensi del § 266 il risarcimento che sull'ente incomba: ove si assuma valido anche per l'*Untreue* il requisito dell'immediatezza, dovrà negarsi la configurabilità del reato nel caso in specie, atteso come il realizzarsi del danno presupponga rispetto alla violazione dell'obbligo di cura un passo intermedio, ed ossia la condanna dell'amministratore per il primo reato.

6. L'elemento soggettivo del reato: *Vorsatz* (dolo).

Soggettivamente è richiesto il dolo, anche solo eventuale¹⁶⁰, per la integrazione del reato.

L'autore deve dunque essere consapevole di avere un obbligo di cura sul patrimonio di cui dispone o cui comunque arreca danno; parimenti deve essersi rappresentato di contravvenire con la sua condotta a quest'obbligo.

Quando l'autore abbia invece erroneamente ritenuto di agire, alternativamente, in conformità con lo scopo del rapporto fiduciario¹⁶¹, ovvero con il benessere (*Einverständnis*) del fiduciante¹⁶², sussiste un errore sul fatto costituente reato (*Tatbestandsirrtum*), che ai sensi del § 16 co. 1, StGB esclude il dolo. In giurisprudenza si è dilatata l'operatività di un siffatto meccanismo di esclusione della punibilità, giungendo sino ad escludere che agisse dolosamente chi, pur sapendo di contravvenire ai suoi obblighi o di difettare del beneplacito dell'avente diritto, si rappresentasse però di agire nel pieno interesse del titolare del patrimonio¹⁶³, o nella ragionevole speranza che quest'ultimo avrebbe successivamente acconsentito alla disposizione pregiudizievole¹⁶⁴.

Il requisito soggettivo non sfugge agli sforzi restrittivi della giurisprudenza che, devono farsi tanto più intensi quanto più ci si addentri nelle aree critiche della fattispecie di *Untreue*¹⁶⁵. In particolare, più esigente dovrà essere l'interprete nella prova del dolo allorché venga, ad esempio, in considerazione la fattispecie di slealtà (*Treubruchstatbestand*) e la condotta criminale non si realizzi dunque mediante un antidoveroso impiego dei poteri conferiti¹⁶⁶; allo stesso modo quando l'autore abbia agito senza scopo di profitto e solo con dolo

¹⁶⁰ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 83; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 82.

¹⁶¹ V. BGH wistra 1986, 55.

¹⁶² V. BGHSt 3, 23 e ss..

¹⁶³ V. BGH NStZ 1986, 456; BGHSt 52, 323, 339 (Siemens/Enel).

¹⁶⁴ V. BGHZ 8, 276 e ss..

¹⁶⁵ V. BGH NJW 1975, 1234, 1236; 1983, 461; BGHSt 47, 295, 302; BverfG NJW 2009, 2370, 273; in letteratura cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 84.

¹⁶⁶ V. RGSt 68, 474; 69, 17; 71, 92; 76, 116; 77, 228; cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 86.

eventuale, o quando il requisito del danno si consideri integrato con la sola messa in pericolo del patrimonio¹⁶⁷.

In tutti i su richiamati casi, la giurisprudenza ha inteso procedere ad una attenta differenziazione, scomponendo, in funzione restrittiva e per il solo reato di *Untreue*, la dogmatica del dolo: la prova dell'elemento soggettivo vorrebbe dunque atteggiarsi diversamente a seconda della "concretezza" degli elementi oggettivi in gioco; quanto più la condotta si fa aerea ed impalpabile, tanto più si tenta di riacquisire solidità sul piano soggettivo, esigendo in fase di prova che alla mera consapevolezza, da farsi estendere su tutti gli elementi della fattispecie, si associno speciali posizioni di interesse in conflitto con quello del titolare.

Ne è un esempio la già richiamata giurisprudenza relativa al danno di pericolo (*Gefährdungsschaden*), che tenta una selezione più stretta anche sul piano soggettivo, richiedendo (*Kanther Fall*) che l'autore non solo abbia previsto il realizzarsi del danno, ma anche l'abbia accettato. Tuttavia in alcuni casi la giurisprudenza¹⁶⁸ si è mostrata meno stretta sul punto, ammettendo comunque la sussistenza del dolo anche "quando secondo le conoscenze dell'autore, questi acconsentiva a un non valutabile e incontrollato rischio, di modo che questi, in conclusione, si sperasse, ma solo lontanamente, nel non realizzarsi del danno"¹⁶⁹.

Bisogna però aggiungere in conclusione che, per quanto auspicabile possa essere un ulteriore disinnescamento della portata applicativa quasi "esplosiva" dell'*Untreue*, una differenziazione della prova del dolo costituisce un abominio

¹⁶⁷ V. infra Cap. III, par. prec..

¹⁶⁸ V. BGHSt 47, 148, 155: "Bei einer Kreditgewährung besteht der Nachteil im Sinne des § 266 StGB in der schadensgleichen Vermögensgefährdung, die spätestens mit der Valutierung eingetreten sein kann. Allein BGHSt 47, 148 (156)BGHSt 47, 148 (157) auf die Vermögensgefährdung muß sich das Wissenselement beziehen (BGH wistra 1993, 265; NStZ 1999, 353). Das Wissenselement des Schädigungsvorsatzes fällt folglich nicht deshalb weg, weil der Bankleiter beabsichtigt, hofft oder glaubt, den endgültigen Schaden abwenden zu können. Erforderlich ist vielmehr nur, daß der Bankleiter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Vergleich zu der ausgereichten Darlehensvaluta gekannt hat. Dazu genügt freilich bereits seine Kenntnis der die Vermögensgefährdung begründenden Umstände und das Wissen, daß die Forderung nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben nicht als gleichwertig angesehen wird, mag er selbst sie auch anders bewerten"; BGHSt 51, 100, 122.

¹⁶⁹ Così WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 159.

dogmatico: si è infatti notato che “la questione del dolo va risolta qui come per tutti gli altri delitti; non è il giusto luogo per correggere l’ampiezza della variante di slealtà. La necessaria limitazione deve al più avvenire sugli elementi oggettivi della fattispecie”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Così SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 87: “die Vorsatzfrage ist hier wie bei allen anderen Delikten zu entscheiden; sie ist nicht der rechte Ort, die Wiete der Treubruchsalternative zu korrigieren. Die gebotene Eingrenzung hat vielmehr im objektiven Tatbestand zu erfolgen”.

7. Il consenso del titolare (*Einwilligung*) e la procedibilità d'ufficio.

Si è già detto come, ai sensi del § 16 StGB, l'errore dell'autore, che falsamente ritenga di agire in conformità coi propri obblighi (o comunque nel pieno interesse del fiduciante) o con il consenso dell'avente diritto (o nella ragionevole speranza di ottenerlo successivamente), valga ad escludere il dolo¹⁷¹.

La figura del consenso merita però un approfondimento per le vaste questioni cui questa, specialmente in ambito societario, ha dato adito.

Può principiarsi in merito, con l'enunciato per cui, in linea di principio, funge da causa di esclusione del reato *il consenso espresso o anche da ritenersi implicitamente dato all'attività economica pregiudizievole*¹⁷².

Con particolare riguardo alla fattispecie di abuso poi, un siffatto consenso esclude direttamente la già trattata discrepanza tra potere esterno (*Außenmacht*) e autorizzazione interna (*Innenberechtigung*)¹⁷³, che costituisce l'essenza dell'abuso criminoso dei poteri di disporre ed obbligare validamente conferiti¹⁷⁴. Per la fattispecie di violazione del dovere di cura, invece, è da ritenersi parimenti esclusa la violazione del dovere di cura esteso sul patrimonio su cui si realizza il danno: le direttive del titolare, infatti, proprio di questo dovere costituiscono il contenuto¹⁷⁵. Conseguentemente, non può ritenersi infedele chi gestisca il patrimonio d'altri "fedelmente" rispettando una sua indicazione implicita od esplicita¹⁷⁶.

¹⁷¹ V. retro, paragrafo precedente.

¹⁷² In giurisprudenza il principio è enunciato in: BGH NJW 2000, 154, 155; 2003, 2996, 2998; 2009, 89, 91; BGHSt 49, 147, 157; 50, 331, 342; vedi anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 57; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., 45; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 89, per cui "liegt dem Tatverhalten eine erklärte oder zu vermutende Einwilligung des Vermögensträgers zugrunde, ist nach h.M schon der objektive Tatbestand der Untreue nicht erfüllt".

¹⁷³ V. retro, par. 3.

¹⁷⁴ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 58; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 129.

¹⁷⁵ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 89.

¹⁷⁶ Non mancano in giurisprudenza voci tese a riconoscere come la causa di esclusione di esclusione del reato che dal consenso sprigiona agisca anche per la

Va dunque ben sottolineato che, “ove si presenti un valido consenso, è dapprima esclusa (l’integrazione de) la fattispecie oggettiva del § 266 e non solo la Antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*)”¹⁷⁷.

Perché un siffatto consenso valga ad escludere efficacemente l’integrazione del reato, devono verificarsi però taluni presupposti, qui di seguito riportati.

Dapprima va ritenuto irrilevante il consenso che alla condotta criminosa sia sopravvenuto¹⁷⁸; dopo la consumazione del fatto, e dunque successivamente al pieno dispiegarsi del contenuto di disvalore della norma, va già considerato definitivamente leso il bene da questa tutelato¹⁷⁹. Primo presupposto è dunque che il consenso esplicito od anche solo implicitamente dato, sia anteriore al fatto di reato¹⁸⁰.

In secondo luogo si richiede che il consenso derivi da una decisione autonoma dell’avente diritto: conseguentemente andranno provati da una parte, positivamente, la capacità di esprimere il consenso (*Einwilligungsfähigkeit*)¹⁸¹, dall’altra, negativamente, la mancanza dei vizi della volontà (*Freiheit von Willensmängels*)¹⁸².

fattispecie di abuso sull’elemento della violazione dell’obbligo di cura (da intendersi secondo l’opinione dominante riferito ad entrambe le varianti), anzi che sull’elemento dell’abuso (vedi BGHSt 50, 331, 342; BGH NJW 2000, 154; 2003, 1996, 1998; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 58); a ben vedere una tale impostazione, oltre che praticamente irrilevante, dimentica che l’abuso costituisce, *melius* “specifica”, la violazione, segnalando come nella *Missbrauchstatbestand* (fattispecie di abuso) questa debba realizzare una sostanziale opposizione al volere esplicito od implicito (veicolato dalla legge o dall’ordine della autorità) del titolare del patrimonio.

¹⁷⁷ Così WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 59; vedi in giurisprudenza BGHSt 3, 23; 50, 331; 52, 323, 335; cfr. anche DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 129; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 29; SALIGER F., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 45; SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, cit., Rn. 79.

¹⁷⁸ V. OLH Hamm, NStZ 1986, 119.

¹⁷⁹ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 92; SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, cit., Rn. 81.

¹⁸⁰ V. BGHSt 50, 331, 342, c.d. Mannesmann Verfahren; Cfr. SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, cit., Rn. 81, per cui il consenso invece successivo al fatto può però assumere significato in fase di commisurazione della pena.

¹⁸¹ Il che viene a mancare quando il consenso sia dato da minori o incapaci di altro genere.

¹⁸² V. KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 67; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 61; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV.,

Da ultimo il consenso deve essere conforme all'ordinamento giuridico (*rechtmäßig*)¹⁸³: è sempre inefficace, conseguentemente, quello che sia stato concesso in opposizione ad un dettato di legge (*Gesetzeswidrigkeit*)¹⁸⁴ ovvero contrariamente agli obblighi (*Pflichtwidrigkeit*)¹⁸⁵ inerenti al rapporto fiduciario od allo scopo sociale.

Come anticipato, la figura del consenso si fa specialmente spinosa in ambito di diritto societario, in particolare con riguardo a quelle istituzioni cui faccia capo una autonoma personalità giuridica ed un proprio patrimonio: presso le società di capitali si realizza infatti un fenomeno per cui il patrimonio sociale, che da una prospettiva squisitamente economica, "coincide" con quello dei soci, è però, rispetto a quest'ultimo, giuridicamente separato. Oggetto di questione è quindi il limite di efficacia del meccanismo di esclusione del reato cui qui si ha riguardo ed ossia: fino a che punto possono i soci liberamente disporre del patrimonio sociale, acconsentendo, ad esempio, ad operazioni segnatamente pregiudizievoli, ovvero esageratamente rischiose¹⁸⁶?

Sul punto si registrano due posizioni, a seconda che si voglia ricondurre la titolarità del bene giuridico, ed ossia del patrimonio sociale- e con esso della piena facoltà di disporre- alla società come ente, od alla società come insieme di soci.

Nel primo caso, i sostenitori della *strenge Körperschaftstheorie* (teoria dell'ente in senso stretto)¹⁸⁷, negano ai singoli soci la possibilità di autorizzare attività in danno del patrimonio sociale: la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale è un obbligo sempre inerente all'attività gestoria, di modo che ogni sua concreta diminuzione integra la violazione dell'obbligo di cura richiesta

Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, cit., Rn. 90; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 92; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 130; cfr. anche BGH wistra 2003, 385, 387.

¹⁸³ Cfr. SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, cit., Rn. 80.

¹⁸⁴ V. BGHSt 30, 247, 249; 34, 379, 384 e ss.; OLG Hamm, NJW 1982, 190, 192.

¹⁸⁵ BGHSt 30, 247, 249; 50, 331, 342; BGH NJW 1983, 1807 e ss.; vedi anche WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 63; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 92.

¹⁸⁶ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 65 e ss.; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 315 e ss., con più specifico riguardo alle società a responsabilità limitata.

¹⁸⁷ Cfr. SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 125; BGHSt 3, 39; 9, 216.

dal reato di infedeltà, né potendo i proprietari “economici” della società diversamente disporre.

Della concezione invece riferibile alla seconda ipotesi, che vede ossia i soci quali effettivi “titolari” del bene giuridico della norma, (*Gesellschaftertheorie*)¹⁸⁸ esistono due versioni: una più rigida (*strenge Gesellschaftertheorie*) per cui, indipendentemente dalla sua efferatezza e illiceità sempre funge da esimente il consenso dato dall’assemblea dei soci alle operazioni “kamikaze”; ed una ristretta (*eingeschränkte Gesellschaftertheorie*), al giorno d’oggi dominante in dottrina e giurisprudenza, che a un tale meccanismo di sostanziale esenzione dalla responsabilità penale, oppone due eccezioni. Sarà dunque senz’altro integrato l’abuso dei poteri di cui alla prima variante del § 266 StGB, ovvero la violazione del *Treupflicht* di cui alla seconda, nel caso di operazioni dannose alla società autorizzate dall’assemblea dei soci, in due casi: quando il consenso fosse contrario alla legge, ovvero agli obblighi (p.e. statutari)¹⁸⁹; e quando l’attività dannosa abbia messo a rischio l’esistenza stessa della società¹⁹⁰.

Le considerazioni ora svolte vanno coniugate con il regime di procedibilità: il reato di Untreue è procedibile sempre d’ufficio (§ Offizialdelikt) tranne per i casi, richiamati al § 266 Abs. 2 StGB, del § 247 StGB quando ossia siano persone offese del reato un parente ovvero il tutore, o quando autore e persona offesa vivevano al tempo del reato in comunione abitativa; e del § 248a, quando il reato

¹⁸⁸ Cfr. SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 125; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 21 b.

¹⁸⁹ BGHSt 35, 333; BGH NJW 2000, 54; StV 2003, 558; NSTZ 2009, 153; Maurer, JR 2008, 389; Cfr WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 73, per cui: “Pflichtwidrig ist das Einverständnis, wenn das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen, das der Verfügungsmacht der Gesellschafter im Interesse der Gläubiger entzogen ist, unter Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 f. GmbHG) an die Gesellschafter ausgezahlt wird”.

¹⁹⁰ BGHSt 35, 333; 49, 147, 158; Tiedemann JZ 2005, 45; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 125; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 71; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 292; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 99; PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 21b; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 74, che sul punto aggiunge: “Existenzgefährdend sind die Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung und die Gefährdung der Liquidität durch verdeckte Entnahmen oder des Stammkapitals bei Verstoß gegen § 30 GmbHG”.

ossia abbia avuto ad oggetto materiale cose di scarso valore (*geringwertige Sachen*).

Si è visto però, tornando all'ambito societario, come non ogni attività dannosa del gestore sia anche direttamente punibile, potendo in linea di massima la maggioranza dei soci autorizzare anche gravi violazioni degli obblighi professionali con risvolti dannosi per il patrimonio sociale. Si noti poi che anche sul suolo tedesco il pubblico ministero (*Staatsanwaltschaft*), nella decisione inerente all'apertura del processo, è tenuto ad indagare tanto le circostanze a carico dell'autore, tanto quelle che lo liberano dalla responsabilità (§ 160, Abs. 2, StPO).

Ne consegue dunque che o il danno è di scarsa entità e dunque la procedibilità è a querela, ovvero quando di grossa entità due sono i casi: o l'assemblea aveva precedentemente acconsentito al danno, e quindi il Pubblico Ministero è tenuto a rifiutare l'accusa; ovvero non aveva acconsentito, ma in quel caso solo in casi eccezionali può avere interesse a sottrarre alla giustizia l'amministratore infedele.

In ambito societario bisognerà dunque concludere che se la procedibilità è in linea di massima sottratta alle considerazioni di opportunità del titolare degli interessi patrimoniali pregiudicati, la punibilità è però in ultima battuta rimessa al suo arbitrio.

CAPITOLO IV

ELEMENTI ACCESSORI ED ELABORAZIONE DI CASI GIURIDICI: UNO SGUARDO SULLA PORTATA APPLICATIVA.

SOMMARIO: 1. Elaborazione di casi giuridici (*Fallbearbeitung*). – 2. Untreue e rischio d'impresa (*Risikogeschäfte*). – 3. L'Untreue nel diritto dei gruppi (*Konzernrecht*).

1. Elaborazione di casi giuridici (*Fallbearbeitung*).

Si è visto nei capitoli precedenti¹ come i numerosi punti di frizione tra l'incerto dettato normativo del § 266 StGB ed i principi costituzionali di determinatezza e tassatività della norma penale (art. 103, 2, GG) hanno trovato lenimento ad opera di una giurisprudenza consolidatasi nel corso di decenni. Il costante lavoro di cesello dogmatico e precisazione definitiva (*Präziserungsgebot*²), praticato dai protagonisti del diritto, ha reso possibile la sopravvivenza della norma attraverso le “ere politiche” della nazione tedesca,

¹ V. retro, cap. II, par. 6.

² Si veda in argomento BVerfGE 126, 170: “Art. 103 Abs. 2 GG enthält zudem Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente. Die Gerichte dürfen nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 Abs. 2 GG entfernen (vgl. BVerfGE 71, 108 [121]; 87, 209 [224 ff., 229]; 92, 1 [19]). Andererseits ist die Rechtsprechung gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präziserungsgebot). Besondere Bedeutung hat diese Pflicht bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat.”.

dando forma al monumento tradizionale del diritto penale speciale che ancora oggi l'*Untreue* rappresenta nell'ambito della tutela penale del patrimonio³.

Contro la presa d'atto, non estranea neanche ai primi interpreti, di come l'*Untreue*, con la sua ampia formulazione fosse tale da attivarsi con la mera sussistenza di un danno patrimoniale connessa all'esercizio di un potere di disposizione sul patrimonio altrui⁴, la giurisprudenza ha sviluppato una serie di criteri raggruppati dalla letteratura giuridica in una cosiddetta "sistematizzazione della casistica a gruppi" (*Fallgruppenorientierte Systematisierung*)⁵.

A ben vedere, secondo questa ricostruzione, il perno su cui si aprono e si chiudono le maglie della fattispecie di infedeltà tedesca, per entrambe le alternative descritte dalla norma⁶, è la sussistenza del dovere di cura sugli interessi patrimoniali altrui (*Vermögensbetreuungspflicht*).

E' su questo delicato punto che, nell'analisi dei singoli casi, si sono concentrati gli sforzi degli interpreti, atteso come dalla configurabilità di un obbligo di tale natura all'interno di un qualunque rapporto giuridico di diritto civile o anche pubblico se ne deduce, quasi in automatico l'applicabilità o meno della norma in questione.

³ In giurisprudenza si veda BVerfG NJW 2009, 2370 e ss.; BVerfG NJW 2010, 3209 e ss.; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 19 e ss; in cui aggiunge: "Ehrlicher wäre es jedenfalls zuzugeben, dass § 266 StGB in der jetzigen Fassung wegen der Vielgestaltigkeit des Lebens, des wandels der Verhältnisse und der Besonderheiten des Einzelfalls praktisch unverzichtbar ist"; cfr. anche RANSIEK A., *Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue*, in ZStW, 116 (2004), pp. 640 e ss.

⁴ Cfr. FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dokmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, a cura di Sieber, Dannecker, Kindhäuser, Vogel, Walter, Köln, 2008, p. 767.

⁵ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 111; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 34; per una panoramica complessiva sui casi elaborati da dottrina e giurisprudenza si veda Lackner/Kuehl, 266 12 ff; SCHÜNEMANN B., § 266, cit., Rn. 103 ff; DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn. 56; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn.57 e ss; Boettger/Boettger/Brockhaus, kap 3., Rn. 32 e ss. ; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 216 e ss.

⁶ V. retro, cap. III, parr. 1, 2 e 3.

Qui di seguito si riportano i casi oggetto di più aspro dibattito⁷ e che, nel tempo, hanno contribuito a formare quel generalizzato sfavore che ancora oggi accoglie la norma tanto nel panorama giuridico internazionale come tra gli stessi attori del diritto tedesco⁸. Trattazione separata sarà invece data ai casi più discussi delle attività imprenditoriali a rischio (*Risikogeschäfte*)⁹, e dell'infedeltà nei gruppi societari (*Konzernuntreue*)¹⁰, cui si riservano i paragrafi subito seguenti il presente.

Ritornando alla sistematizzazione casistica, che in Germania costituisce ausilio riconosciuto dalla giurisprudenza di vertice come imprescindibile per la corretta lettura della fattispecie di hitleriana memoria¹¹, se ne ripropongono qui i casi che hanno suscitato maggiore interesse, nonché quelli comunque dotato di massimo rilievo pratico.

In particolare meritano di essere riprodotti i seguenti principi di diritto:

- I pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio, i funzionari e gli altri impiegati sono titolari di un *Vermögensbetreuungspflicht* (dovere di cura del patrimonio altrui) allorché detengano, nell'ambito della

⁷ Non discusso, ma di certa importanza infce, il caso, già richiamato, del Tutore (*Vormund*), il più tipico di potere di disporre del patrimonio altrui derivante dalla legge, e che rientra nella *Missbrauchstatbestand* (fattispecie di Abuso, § 266, Abs. 1, Alt. 1.). Non esiste, in Italia, una fattispecie penale che sanzioni le infedeltà del tutore e tutt'ora una sua introduzione sarebbe auspicabile, per contrastare le indebite ingerenze di chi si trovi a vestire un ruolo gestionale sul patrimonio di altri che da tale compito sia escluso per incapacità od altro motivo di necessità (un simile motivo di politica criminale era quello che ispirava l'aggravante del deposito di urgenza nel caso della appropriazione indebita). L'appropriazione indebita non realizza una tutela sufficiente, infatti, nella misura in cui non ricomprende la distrazione a profitto "misto", ed ossia con l'intenzione di una realizzazione parziale dell'interesse del tutelato, per la contemporanea soddisfazione di un interesse personale antagonista (es. tutore che investa i beni del tutelato in una azienda in cui ha interesse).

⁸ Recente è la proposta, guidata da Tiedemann, di tentarne una riedizione che abbandoni la superbia pan-normativa della fattispecie di memoria imperiale e nazionalsocialista, per una più snella ed acuta differenziazione delle ipotesi di infedeltà mediante la formula del reato proprio; in argomento si veda infra, cap. VII, par. 2.

⁹ V. infra, par. 2.

¹⁰ V. infra, par. 3.

¹¹ V. infra, cap. II, par. 6.

propria competenza funzionale, il potere di disporre autonomamente del patrimonio dello stato¹².

- Per ciò che attiene ai depositi cauzionali inerenti un contratto di locazione, pacificamente si riconosce che “nei rapporti di locazione, al locatore, in via di principio, non è fatto dovere di curare gli interessi patrimoniali del conduttore”¹³. Ciò non di meno si ritiene sussistente un dovere siffatto, e dunque applicabile la fattispecie di *Untreue*, nel caso eccezionale in cui il locatore abbia, per accordo tra le parti, assunto la gestione fiduciaria delle somme lasciate a titolo cauzionale¹⁴.

- Infedeli possono essere altresì i patrocinatori ed i consulenti tecnici: ciò sul presupposto che “il contratto di patrocinio rappresenta un mandato gestorio oneroso (*entgeltliche Geschäftsbesorgung*) ai sensi del § 675 BGB, dal quale, pacificamente, si ritiene sorgere per l'avvocato un obbligo di fedeltà (*Treupflicht*)”¹⁵. In giurisprudenza, tuttavia, condotte infedeli del tipo che qui si richiama si sono ravvisate solo nei casi più eclatanti, come l'avvocato che riceva denaro dalla controparte e ne ometta il versamento al patrocinato, ovvero ne riceva dal patrocinato e, omettendone il trasferimento al destinatario prefisso, trattenga per sé le somme¹⁶.

¹² Così BGH StV 1995, 75; nella giurisprudenza sono stati considerati titolari di un tale obbligo: il dirigente di un ente pubblico (BGHSt 44, 376); il sindaco (BGH NStZ 2003, 540; 2007, 579; NStZ-RR 2005, 83), l'agente del Fisco con riguardo alle entrate fiscali dello stato (*Steueraufkommen* – BGHSt 51, 56; BGH NStz 1998, 91), l'ufficiale giudiziario con riguardo ai crediti oggetto di esecuzione forzata (BGHSt 13, 274, 178); il consigliere provinciale (*Landrat* – BGH wistra 2006, 307); il notaio relativamente ai versamenti effettuati dai clienti (BGH NJW 1990, 3220; NStZ 1982, 331); più approfonditamente WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 114.

¹³ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 122 e ss.

¹⁴ V. BayOLG wistra 1998, 157; Lackner/Kuehl, § 266, Rn. 12)

¹⁵ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 247

¹⁶ Non sfugge il diverso tenore tra il principio qui esposto e la corrispondente fattispecie italiana di “Patrocinio o consulenza infedele” disciplinata all'art. 380 del codice penale. Non si dimentichi, però, che l'*Untreue* si rivolge alla tutela esclusiva degli aspetti più squisitamente patrimoniali delle infedeltà dei

- I medici ospedalieri, i farmacisti e gli altri collaborati sanitari sono titolari di un dovere fiduciario di cura degli interessi patrimoniali del servizio sanitario nazionale (*Krankenkasse*)¹⁷. Decisiva, a tal riguardo, la pronuncia BGHSt 49, 17, ai sensi della quale è da considerarsi integrabile la fattispecie di *Untreue* allorquando sia provata la sussistenza di un rapporto di rappresentanza tra medico (farmacista o collaboratore sanitario) e la *Krankenkasse*¹⁸ (cosa che avviene, con specifico riguardo al medico, nell'esercizio della sua attività prescrittiva di medicinali e trattamenti a carico del servizio sanitario¹⁹). *Brevi dictu*, la linea di separazione tra truffa ai danni del servizio sanitario e infedeltà si è ravvisata in ciò, che costituiscono una condotta fraudolenta le sole ipotesi in cui il medico direttamente sottragga danaro o altra utilità dal servizio nazionale, le restanti confluendo invece nella più ampia fattispecie di *Untreue*²⁰.

patrocinatori e consulenti, gli altri rimanendo riservati alla disciplina di altre norme dell'ordinamento.

¹⁷ SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 261 e WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 124.

¹⁸ Accolgono inoltre una siffatta posizione le pronunce: BGH NstZ 2004, 568; OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13 e ss

¹⁹ Il concetto è più approfonditamente espresso dalla pronuncia richiamata, in cui per l'appunto si dice: "Ein bestimmtes Arzneimittel kann der Versicherte daher erst dann beanspruchen, wenn es ihm als ärztliche Behandlungsmaßnahme in Konkretisierung des gesetzlichen Rahmenrechts vom Vertragsarzt als einem mit öffentlichrechtlicher Rechtsmacht "beliehenen" Verwaltungsträger verschrieben wird (vgl. BS- GE 73, 271, 278 f., 280 f.; 77, 194, 199 f.: "Vertragsarzt als 'Schlüsselfigur' der Arzneimittelversorgung"; vgl. auch BSG SozR 3-2500 § 39 SGB V Nr. 3, S. 9; SozR 3-2500 § 13 SGB V Nr. 12, S. 59; krit. Neumann in: Schnapp/Wigge, *Handbuch des Vertragsarztrechts* 2002, § 12 Rdn. 17 ff.). Bei Verordnung einer Sachleistung handelt der Vertragsarzt also kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen (vgl. etwa §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) als Vertreter der Krankenkasse (BSGE 73, 271, 278; 77, 194, 200). Mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse gibt er die Willenserklärung zum Abschluß eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente ab".

²⁰ Negli stessi termini SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 263, il quale precisa come segue: "Daran ist befremdlich, dass von nun an alle Anordnungen und Entschlie'ungen des Vertragsarztes mit Blick auf § 266 StGB daraufhin zu überprüfen sind, ob sie dem kassenärztlichen Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 12 Abs. I S. 1 SGB V) entsprechen"; cfr. anche BSGE 73, 271, 280 e ss; BSG BJW 1998, 850, 852; BSGE 82, 158, 161 e ss; 89, 34, 39. BSG

- In ambito societario, sono parimenti *Vermögensbetreuungspflichtige* (titolari di un obbligo di cura del patrimonio della società) i componenti del consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*). Si noti, solo *a latere*, che i soggetti di cui si tratta non essendo titolari dei poteri gestori (*Verfügungs-Verpflichtungsbefugnis*) richiesti dalla prima variante del reato di Untreue, potranno integrare la sola variante di slealtà (*Treubruchsvariante*). Entrando, poi, più addentro nella questione, bisogna aggiungere che “non ogni violazione di un dovere conduce alla punibilità per infedeltà. Generalizzando, si può dire che solo le violazioni degli obblighi strettamente correlati allo scopo della funzione esercitata dall’organo di controllo (*organspezifisches Fehlverhalten*) integrano la fattispecie. Tale ad esempio è il caso in cui il CdS espressamente acconsenta a delibere del CdA che sa dannose per la società, ovvero anche ometta di redarguire il consiglio, ovvero, in ultimo, non accordi la approvazioni obbligatoria ad operazioni che sa lucrose per la società (§ 111, 4° co, AktG)”²¹.

Per conseguenza, e traendo le conclusioni dalla pratica giudiziaria che ha coinvolto la fattispecie di Untreue, quest’ultima è capace di attraversare l’intero ordinamento giuridico, sanzionando tutte le infedeltà dei gestori e mandatari, obbligati alla cura degli interessi patrimoniali altrui: due sono però i punti cruciali su cui si aprono e chiudono le maglie del reato.

In primo luogo, la sussistenza di un danno al patrimonio oggetto del dovere di cura: si è visto, però, come un tale requisito sia stato oggetto di interpretazioni che hanno “degradato” la lesione alla “messa in pericolo”, gravemente minando alla struttura centrale del reato in parola, che sempre più si fa ravvicinare ad una norma penale in bianco²².

NJW 1998, 850 e ss; Klötzer NSTZ 2008, 12, 15.

²¹ Così SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 236.

²² V. retro, cap. III, par. 5.

In secondo luogo, massimo rilievo assume la sussistenza di un obbligo di tipo fiduciario, con tutte le specificazioni e le determinazioni operate dalla giurisprudenza²³.

²³ V. retro, cap. III, par. 4.

2. Untreue e rischio d'impresa (*Risikogeschäfte*).

La verifica che investe gli elementi del reato di Untreue si atteggia diversamente nel particolare caso delle operazioni economiche ad alto rischio²⁴. L'ipotesi dei cosiddetti *Risikogeschäfte* va ricondotta naturalmente nella prima variante esecutiva del reato: si tratta infatti generalmente di attività costituenti esercizio di un potere dispositivo ovvero obbligatorio sul patrimonio altrui (*Verfügungs- Verpflichtungsbefugnis*²⁵). Oggetto privilegiato di analisi, nel caso in specie, è dunque la condotta di abuso, più in particolare di quella particolare autorizzazione interna (*innere Legitimation*) al negozio rischioso che ove non trovi corrispondenza nella esternazione (giuridicamente valida ed efficace) del potere di porre in essere l'atto, rivela la natura abusiva della disposizione rischiosa o dell'obbligazione assunta con rischio.

Si principia col far presente che sono attività a rischio (*Risikogeschäft*) quelle "decisioni imprenditoriali, per le quali rimane del tutto incerto se condurranno ad un aumento ovvero ad una perdita del patrimonio"²⁶. In via esemplare possono richiamarsi la concessione di crediti bancari, gli investimenti ed altre speculazioni in borsa²⁷.

Tornando poi alla configurabilità della fattispecie di infedeltà, non presenta particolari problemi il caso in cui l'assunzione di rischi sia del tutto esclusa dal contenuto del mandato che istituisce la posizione fiduciaria: l'attività così intrapresa sarebbe senz'altro antidoverosa (*pflichtwidrig*) e realizzerebbe quella

²⁴ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 42 e ss.; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 73 e ss.; RANSIEK A., *ZStW* 116, 634 e ss.; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 376 e ss.

²⁵ V. retro, cap. III, par. 3.

²⁶ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 42: Più precisamente SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 377, riprendendo PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 20: "Gekennzeichnet sind die Risikounternehmungen oder gewagte Geschäfte dadurch, dass die Prognose, ob die projektierte Maßnahme zu Gewinn oder Verlust führt, mit einem erhöhten Maß an Ungewissheit belastet ist".

²⁷ Per altri esempi vedi WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 42 e SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 377

disposizione del patrimonio altrui, la quale, ai sensi del § 266 StGB, ove conduca ad un definitivo pregiudizio del patrimonio, ovvero lo esponga ad un pericolo concreto, integrerà il reato di *Untreue*²⁸.

Allo stesso modo, il consenso validamente espresso (ovvero altrimenti assicurato, p.e mediante un comportamento concludente), purchè dato anteriormente all'operazione rischiosa, escludendo alla radice la configurabilità del reato di *Untreue*, esime da ogni ulteriore indagine. Parimenti, non presenta particolari problemi il caso in cui l'assunzione di rischi rientri normalmente, e senza limiti, nel contenuto del mandato²⁹.

In entrambi i casi ora riportati, infatti, rimane perfettamente irrilevante ai sensi del § 266 StGB, la particolare efferatezza del rischio accettato, ovvero anche la speciale negligenza con cui l'amministratore abbia agito, anche quando l'attività imprenditoriale così intrapresa abbia condotto ad una ingente perdita patrimoniale. L'essenza del reato di *Untreue*, infatti, non è quella di punire la scarsa professionalità dei gestori dei patrimoni altrui o l'abuso del ruolo istituzionale che rivestono nell'economia nazionale, quanto invece quella di tutelare la assoluta aderenza alle direttive (espresse o implicite) dei titolari dei patrimoni affidati in gestione, perché sia rispettato il vincolo di destinazioni da questi ultimo imposto sulle loro proprietà³⁰.

La questione diviene invece più intricata dove l'assunzione di rischi va temperata con la diligente conservazione del patrimonio, ed ossia nella attività di gestione delle imprese commerciali. In questo particolare ambito, il rischio è connaturato alla discrezionalità assicurata all'amministratore nello svolgimento delle proprie funzioni. In via di principio può dunque ritenersi non

²⁸ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 43, KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 74; FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, cit., Rn. 65; Cfr anche SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 381, che cita i casi in cui è ancor prima la stessa legge che fonda il potere gestorio sul patrimonio altrui ad escludere la facoltà di intraprendere una tale tipologia di attività: è il caso della tutela (§ 1802 e ss BGB , *Vormund*) della curatela (*Pflege* § 1915 BGB); Cfr. BGH NStZ 2001, 155, con riguardo all'amministratore di una fondazione;

²⁹ Qui da considerare è invece la validità del consenso, che nel caso specifico deve essere uno quanto meno informato: l'indagine si sposta allora sulle informazioni date sul negozio rischioso.

³⁰ V. retro, cap. II, par. 4.

antidoverosa la condotta dell'amministratore che accetti il rischio di perdite per l'impresa del cui patrimonio dispone. Più in particolare "per il caso di una attività di impresa in cui si ammetta un rischio medio e dunque limitato, la domanda da porsi è se il gestore si sia mantenuto nei limiti del rischio medio assumibile nella propria attività gestoria³¹". Conseguentemente, "non può dirsi integrata la violazione del dovere di cura, finché non siano stato sorpassati i limiti in cui l'autore poteva assumere, sulla propria responsabilità, decisioni imprenditoriali orientate esclusivamente all'interesse generale dell'impresa e fondate su ragioni diligentemente indagate"³².

In giurisprudenza si sono sviluppati due concorrenti criteri risolutivi.

Da una parte si è detta inammissibile l'assunzione del rischio "quando il pericolo di una perdita supera a livello probabilistico le prospettive di guadagno". Un tale criterio è apparso però eccessivamente intollerante: l'amministratore di impresa non sempre ha il tempo di valutare con esattezza le probabilità di rischio. Inoltre, il criterio non pare tener conto dell'essenza della funzione svolta dall'amministratore di impresa, che non è quella di conservare il patrimonio, ma di "metterlo in moto", massimizzandone la capacità di produrre profitto. La letteratura ha dunque tentato di correggerne gli eccessi, suggerendo di ritenere invece "superati i limiti solo quando, ad una analisi di tutte le

³¹ PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 20; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 75; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 43.

³² Così in BGHSt, 50, 331, 337, per cui: "Allerdings beinhaltet nicht jede Vergütungsentscheidung des Präsidiums, die im Ergebnis zu einer Schädigung der Aktiengesellschaft führt, eine Pflichtverletzung. Denn auch hierbei handelt es sich um unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben, für die in der Regel ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet ist. Die Anerkennung eines solchen weiten Handlungsspielraums findet ihre Rechtfertigung darin, dass unternehmerische Entscheidungen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden müssen, die wegen ihres Prognosecharakters die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält. Deshalb ist eine Pflichtverletzung nicht gegeben, solange die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, nicht überschritten sind"; WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 45; in giurisprudenza cfr. anche BGHZ 135, 244, 253 f.; 111, 224, 227; BGHSt 46, 30, 34 e ss; BGHSt 47, 148 e 149; BGHSt 47, 187, 192.

circostanze esteriori, il rischio risulti assolutamente diseconomico”³³; in altri termini, si è aggiunto, il rischio d’impresa “sarà sempre ammesso se alla operazione, poi risultata pregiudizievole, era sotteso uno scopo ragionevole e ancora economicamente sostenibile”³⁴.

Attualmente la giurisprudenza costituzionale³⁵, impegnata come visto in un’opera di “restringimento” della portata operativa dell’*Untreue*, richiede, in caso di attività rischiose, che, unitamente all’assunzione del rischio, nella catena causale poi culminata nella *deminutio patrimonii* per la società, si sia intromessa una grave violazione dei doveri (*gravierende Pflichtverletzung*): il requisito imposto dai giudici delle leggi ha incontrato però le aspre critiche della dottrina sulla base dell’osservazione per cui il presupposto ora richiamato, in nessun modo potrebbe cogliersi dal dettato normativo³⁶.

Una ultima ricostruzione³⁷, poi, sposta il *focus* dell’indagine, muovendosi dalla natura del rischio accettato che risulta di difficile valutazione per arrivare invece alla già richiamata autorizzazione interna: l’antidoverosità del rischio intrapreso andrebbe dunque verificata per mezzo di un giudizio obiettivo *ex ante*, che stabilisca se al tempo dell’assunzione del rischio il gestore era autorizzato, secondo il contenuto del suo mandato, a compiere quel tipo di operazioni con quel tipo di rischio.

³³ PERRON W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, (§ 266 StGB), cit., Rn. 20; Tiedemann FS Weber, p. 319, 325 e ss.; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 385.

³⁴ Cfr. Tiedemann FS lackner, p. 746 e ss; vedi anche: BGHZ 135, 244, 253 e ss.

³⁵ V. BVerfG NJW 2010, 3209, 3215.

³⁶ Cfr. WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 46; KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 75; SCHÜNEMANN B., NSTZ 2005, 473, 475.

³⁷ WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., § 20, Rn. 48; FISCHER T., *Strafgesetzbuch* (§ 266 StGB), cit., Rn. 68; OLG Karlsruhe NJW 2006, 1682, 1683.

3. L'Untreue nel diritto dei gruppi (*Konzernrecht*)³⁸.

L'applicazione del reato d'infedeltà all'interno del delicato fenomeno dei gruppi di società ha rappresentato una sfida interpretativa di non facile risoluzione: per lungo tempo sostanzialmente ignorata da dottrina e giurisprudenza³⁹, la questione ha è stata invece oggetto di fervide discussioni a seguito della storica sentenza Bremer Vulkan⁴⁰, che apriva una stagione di intensa ed ininterrotta produzione letteraria.

Il fenomeno in questione esplica la sua essenza nello scollamento tra realtà economica e realtà giuridica⁴¹: il gruppo si affaccia al mercato come unico soggetto economico, ma agli occhi del diritto ciascun elemento del gruppo mantiene la sua autonomia giuridica e patrimoniale. Già da tempo, infatti, il gruppo trovava una prima definizione in dottrina quale "unione di imprese giuridicamente indipendenti, costituenti, sotto una conduzione unitaria, una unità economica"⁴².

³⁸ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 355.

³⁹ Con rare eccezioni: vedi BGH NJW 1997, 66 e ss.

⁴⁰ Cfr. BGHSt 49, 147, del 13 maggio 2004, in cui è enunciato il seguente principio di diritto: "all'interno di un gruppo di società, gli amministratori della s.p.a. controllante agiscono in violazione del loro dovere di cura esteso sul patrimonio della società controllata, se i loro beni patrimoniali vengono investiti senza le dovute garanzie nel gruppo in misura tale che, in caso di perdita, verrebbe messa in pericolo l'adempimento delle obbligazioni o l'esistenza della controllata"; più approfonditamente si dice: "Zwar ist die Errichtung eines entsprechenden Cash-Management-Systems nicht an sich pflichtwidrig. Werden automatisch ohne Rücksicht auf bestehende Verbindlichkeiten Gelder in dieses System eingespeist, löst dies dann gesteigerte Sicherungspflichten aus, wenn auf diese Weise Vermögenswerte das Unternehmen verlassen und innerhalb des Konzerns transferiert werden (vgl. Vetter, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Bd. 6, S. 94 f.). Erreicht der Vermögenstransfer ein solches Ausmaß, dass die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeiten des einlegenden Konzernmitglieds im Falle eines Verlusts der Gelder gefährdet wäre, dann trifft die Muttergesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht, die Rückzahlung der Gelder -- etwa durch ausreichende Besicherung-- zu gewährleisten. Sie hat dann die wirtschaftlichen Eigeninteressen ihrer Tochtergesellschaft (und deren Gläubiger) zu wahren".

⁴¹ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 356.

⁴² Cfr. ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 17.

La definizione legale del gruppo societario è data però dal paragrafo 18 dell'*Aktiengesetz* del 1965, rubricato *Konzern und Konzernunternehmen* che così recita:

<<Se un'impresa dominante e una o più imprese dipendenti sono riunite sotto la direzione unitaria (einheitliche Leitung) dell'impresa dominante, esse costituiscono un gruppo (Konzern); le singole imprese sono parte del gruppo (Konzernunternehmen). Sono da considerarsi riunite sotto una direzione unitaria le imprese collegate da un contratto di dominio (Beherrschungsvertrag); § 291 AktG) o nelle quali l'una è connessa all'altra (ai sensi del § 319 AktG). In presenza di una impresa controllata si presume che formi un gruppo con la dominante>>.

Il § 18 definisce dunque il gruppo (*Konzern*) quel fenomeno di concentrazione, di una impresa controllante ed una o più imprese dipendenti, sotto la guida unitaria (*einheitliche Leitung*)⁴³ della controllante: il primo comma è dedicato alla disciplina del gruppo verticale (*Unterordnungskonzern*), definito dalla presenza di una controllante e una o più controllate⁴⁴; il secondo comma è

⁴³ Il concetto di conduzione unitaria, su cui la giurisprudenza non ha ancora preso una posizione sufficientemente, è oggetto di diatriba in dottrina, che si divide tra una concezione "stretta" di gruppo (*enger Konzernbegriff*) che richiede un piano finanziario comune, in cui le società figlie siano stabilmente e imprescindibilmente incastonate; ed una concezione "ampia" (*weiterer Konzernbegriff*) per la quale è sufficiente a fondare l'inquadramento nella categoria anche il singolo incarico laterale o la dispensabile collaborazione cui la controllata sia preposta; Cfr. ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 23, per cui: "Die Vertreter eines engen Konzernbegriffs fordern für die Anerkennung einer einheitlichen Leitung die Behandlung des Unternehmenszusammenschluss als eine wirtschaftliche Einheit, was nur dann anzuerkennen sei, wenn sich die Leitung zumindest auch auf die Finanzplanung erstreckt. Die Vertreter eines weiteren Konzernbegriffs gehen zwar im Falle der einheitlichen Finanzplanung ebenfalls ohne weiteres von einem Konzern aus, lassen es demgegenüber aber genügen, wenn sich die Leitung auf irgendein strategisches Aufgabenfeld wie Personalwesen, Einkauf, Organisation oder Absatz erstreckt"; benussi 89 per cui "tale <<direzione unitaria>>, difettando una definizione normativa al riguardo, viene fatta presumere *iuris tantum* dalla presenza di un controllo azionario o contrattuale ex art. 17 AktG".

⁴⁴ L'impresa dipendente è invece definita al precedente § 17 AktG: << (1) Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. (2) Von einem in Mehrheitsbesitz

dedicato invece al gruppo orizzontale (Gleichordnungskonzern), qualificato da un rapporto di mero coordinamento tra imprese giuridicamente autonome, indipendenti l'una dall'altra ma riunite sotto una direzione unitaria, e ne sancisce la sostanziale equiparazione al gruppo verticale, sotto la medesima nozione di gruppo: non è dunque necessario un rapporto di dipendenza o comunque di subordinazione quando già risulti provata la guida unitaria, potendo anzi le varie società porsi sullo stesso piano (*Gleichordnungskonzern*)⁴⁵.

La nozione di "direzione unitaria" ha trovato specificazione in giurisprudenza in quello più duttile di "pianificazione unitaria"⁴⁶, costituiscono un gruppo dunque le imprese dirette secondo una medesima strategia economica, in rispetto delle direttive provenienti da un medesimo centro decisionale.

Le norme ora viste sono contenute nell'Aktiengesetz, legge che disciplina la società per azione; ciò non di meno sono pacificamente estese in via analogica alla società a responsabilità limitata.

Per ciò che attiene invece ai profili penalistici, bisogna innanzitutto indagare quali soggetti di diritto possano rilevare quali persone offese del reato di *Untreue*⁴⁷.

stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist>>.

⁴⁵ Cfr ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 19; Benussi 89 e 90, che aggiunge in argomento che "nonostante l'espressa regolamentazione del fenomeno dei "gruppi", l'applicazione della figura dell'*Untreue* alle aggregazioni di imprese è risultata assai scarsa in Germania, vuoi, perché solo una percentuale irrisoria di imprese ha optato per l'adozione del modello del <<gruppo contrattuale >>, preferendo la quasi totalità rimanere assoggettata alla disciplina del <<gruppo di fatto >>, vuoi, perché in tale Paese la disciplina del gruppo non è stata attesa alle società a responsabilità limitata, che rappresentano la forma più diffusa".

⁴⁶ V. LG Dusseldorf, 7 TaBV 88/09, 87.

⁴⁷ Così SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 356; vedi anche ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., pp. 73 e ss. per cui "der Konzern als solcher nicht in den Schutzbereich der Untreue fällt, er also kein taugliches Opfer einer Untreue sein kann; BUSCH D., *Konzernuntreue. Eine Untersuchung spezifischer Untreue-strafbarkeit innerhalb von Konzernverbindungen mit Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Frankfurt, 2004 p. 22 e ss.;

Ora, a ben vedere, soggetto passivo dell'infedeltà nel gruppo può essere la società controllata come anche il suo singolo socio, ma anche il gruppo nel suo insieme⁴⁸.

Nel primo caso, ed ossia quando soggetto passivo della infedeltà della controllata bisogna distinguere: ove tra società dominante e società controllata sussista un contratto di dominio (*Beherrschungsvertrag*) e dunque la controllata sia posseduta interamente dalla impresa dominante, il reato dovrà ritenersi escluso dal meccanismo del consenso (*Einwilligung*)⁴⁹.

In caso contrario sugli amministratori della controllante grava un dovere di tutela degli interessi patrimoniali delle società figlie (*Vermögensbetreuungspflicht*).

Discusso è, da ultimo, se possano considerarsi persone offese i creditori: da una parte il patrimonio sociale costituisce la prima garanzia dei loro diritti, d'altra parte discende proprio dal concetto di *Untreue* come delitto patrimoniale puro la conseguenza di escludere questi soggetti dalla tutela almeno diretta, da questo reato approntata: questi debbono però ritenersi almeno di riflesso (*reflexhaft*) tutelate comunque dalla norma.

Resta ora da verificare come può estendersi la responsabilità penale agli amministratori della società madre che agiscano in danno della figlia. Basterebbe, a ben vedere, un qualunque rapporto di impiego verso la società madre a fondare un rapporto fiduciario ex § 266 StGB rispetto alle singole controllate (§ 14 StGB)⁵⁰, senza dimenticare, però, per ciò che attiene all'amministrazione di fatto, che "anche quando l'autore non fosse inserito in un rapporto di lavoro nella società controllante, potrebbe comunque classificarsi in un certo qual senso come servo di due padroni"⁵¹.

⁴⁸ Cfr. FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, p. 194.

⁴⁹ V. retro, cap. III, par.

⁵⁰ Vedi infra cap. III, par. 2. Meno problematico è il caso in cui tra le due vi sia stato un *Gewinn oder Ergebnisfuehrungsvertrag* ex 291 o 302 AktG; in questo caso soccorre in primo luogo il già richiamato § 14 StGB ovvero anche un inquadramento nella categoria delle *Hilfpersonen*.

⁵¹ Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 359.

Effettuati gli inquadramenti e verificata la responsabilità penale anche agli amministratori della società madre per i danni che derivino alle figlie, bisogna a questa responsabilità dare forma, verificandone i limiti ed i contorni.

L'esistenza del gruppo influisce in primo luogo sul concetto di antidoverosità, introducendo o modificando l'atteggiarsi degli obblighi per la cui violazione l'amministrazione risponde: se, come visto, in caso sussista un espresso contratto di dominio, non può integrare il reato di *Untreue* la corretta osservanza (degli obblighi e) delle direttive che da tale contratto scaturiscono (§§ 302, 308 AktG), in tutti gli altri casi, compreso il controllo esercitato in via di mero fatto, "non si può evitare di tenere in considerazione (come criterio per la verifica della violazione dell'obbligo di cura) l'aspetto dell'interesse del gruppo"⁵².

Viene, ossia, in considerazione un meccanismo che già trovava impiego nell'infedeltà comune (scilicet: non societaria): si tratta dei vantaggi direttamente compensativi della diminuzione patrimoniale⁵³.

La questione è complessa ma nella trattazione presente saranno giusto ripercorse in grandi linee i principi distillati sul punto nell'ordinamento giuridico tedesco.

Bisogna innanzitutto dividere il caso in cui il controllo trovi espresso regolamento in un apposito contratto (*Beherrschungsvertrag*) da quello in cui il controllo sia esercitato solo di fatto (*faktischer Konzern*).

Per la prima ipotesi viene in considerazione il § 302 AktG, per cui alla controllante è fatto obbligo alla fine dell'anno sociale di compensare le eventuali perdite subite in corso di validità del contratto; una tale norma, che pur suggerisce la sicura validità del meccanismo di esenzione in parola, non può però oscurare il principio di immediatezza: anche nei gruppi di società il vantaggio compensativo deve sorgere immediatamente dalla attività dannosa, ovvero essere prevista nel più generale piano di cui questa attività era parte⁵⁴.

⁵² Cfr. SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., Rn. 362.

⁵³ Vedi infra cap. III, par. 5.

⁵⁴ Cfr. ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, cit., p. 108; BUSCH D., *Konzernuntreue. Eine Untersuchung spezifischer Untreue-strafbarkeit innerhalb von Konzernverbindungen mit Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Frankfurt, 2004, p. 198.

Per la seconda, invece, normativa espressa è contenuta nel § 311 AktG, che vieta che il potere di influire sulle società dipendenti giunga al punto di “intraprendere una attività per queste pregiudizievoli, ovvero compiere od omettere atti in loro pregiudizio, a meno che *il pregiudizio non venga compensato*”⁵⁵. Il paragrafo ora analizzato costituisce dunque la responsabilità civile della controllante sui danni che dalla sua attività di controllo alla controllata siano derivati: una tale responsabilità non può valere in modo assoluto anche sul piano del diritto penale: non può ossia adagiarsi la società controllante sul presupposto di dover comunque “prima o poi” risarcire la controllata danneggiata; anche qui il vantaggio dovrà essere stato previsto come conseguenza immediata della operazione.

L’operatività del meccanismo in questione nell’ordinamento penale deriva dunque, a ben vedere, dall’atteggiarsi dello stesso concetto di patrimonio all’interno del fenomeno del gruppo di società. Il vantaggio direttamente scaturente dall’operazione dannosa elide dunque l’elemento del danno, escludendo la configurabilità del reato. La verifica del danno deve infatti seguire il principio del saldo complessivo (*Prinzip der Gesamtsaldierung*): “conseguentemente bisognerà comparare il valore del patrimonio prima e dopo l’operazione dannosa. Dovrà considerarsi integrato un danno patrimoniale ai sensi del § 266 StGB, allorché la violazione dell’obbligo di fedeltà penalmente rilevante abbia condotto ad una diminuzione del valore economico complessivo del patrimonio non compensato da un aumento corrispondente (*nicht durch einen Zuwachs ausgeglichenen*)”⁵⁶.

⁵⁵ Così recita infatti il testo originale del § 311, Abs 1, AktG (Schranken des Einflusses): Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden”.

⁵⁶ Così CORSTEN J., *Erfüllt die Zahlung von Bestechungsgeldern den Tatbestand der Untreue?*, in <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/11-06/index.php?sz=7>, che in argomento aggiunge: “Ein unmittelbarer Vermögensvorteil ist dann gegeben, wenn die den Schaden ausschließende Kompensation in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Unmittelbar meint in diesem Zusammenhang nicht zeitgleich, sofort oder bald, sondern es ist lediglich erforderlich, dass keine weitere, selbstständige Handlung mehr hinzutreten”; cfr

Attenendo il meccanismo compensativo alla dogmatica generale del danno patrimoniale, non si pongono particolari problemi in ordine alla estensibilità o meno della clausola di esclusione del reato in parola con riguardo alle altre fattispecie che un danno patrimoniale prevedano.

anche BGH NJW 2011, 88, 93, per cui: "Weiterhin ist jedoch erforderlich, dass es sich bei dem Vorteil, der die Minderung kompensiert um einen unmittelbaren Vorteil handelt. [43] Dazu bedarf es zwar keiner synallagmatischen Gegenleistung [44], allerdings reichen – dies wurde bereits in den soeben erwähnten Ausführungen des BGH im Siemens-Urteil deutlich – mittelbare, unkonkrete und wenig wahrscheinliche zukünftige Vorteile insoweit nicht aus".

INFEDelta' PATRIMONIALE: INTRODUZIONE.

SOMMARIO: 1. Le esigenze di tutela del patrimonio sociale. Linee fondamentali e caratteri principali dei nuovi reati societari. – 2. La riforma del diritto societario: il d.lgs. n. 6 del 2003. – 3. “Storia” del dettato normativo: dal decreto EUROSIM alla Commissione Mirone. – 4. I soggetti attivi del reato. – 5. Il bene giuridico tutelato.

1. Le esigenze di tutela del patrimonio sociale. Linee fondamentali e caratteri principali dei nuovi reati societari.

La riforma dei reati societari avvenuta con decreto legislativo 11 aprile 2002 n. 61¹ incontrava nel pubblico giuridico una concitazione ed una carica emozionale tutt'altro che comuni. Già nel corso dei primi decenni seguenti la sua introduzione nell'ordinamento giuridico italiano con il codice civile del 16 marzo 1942, la materia del diritto penale in ambito di società commerciali soffriva infatti un innaturale immobilismo: questa pareva suscitare per la gran parte della letteratura giuridica che per gli organi legislativi un ben magro interesse, e non diversa doveva essere la sorte della coetanea legge fallimentare, per lungo tempo rimasta immutata.

Ciò nonostante non poteva ancora a lungo ignorarsi la pericolosità sociale connaturata al crescente fenomeno imprenditoriale, che già alla fine degli anni

¹ Pubblicato in GU n. 88 del 15 aprile 2002.

'70 si presentava più nitida all'attenzione del legislatore: è infatti solo a partire da questo periodo che cominciano gli interventi di riforma².

Il legislatore non poteva più evitare di misurarsi con un ambito dal rilievo (spesso anche politico) sempre crescente, e su cui andava accumulandosi nel tempo un forte carico di aspettative: rispondeva, però, con infelici tentativi di restauro: rifiutando, ossia, la via di una riforma unitaria ed armoniosa, ed operando con gargantueschi quanto disfunzionali interventi di "microchirurgia" giuridica, da cui non potevano che risultare aporie ed incongruenze.

Questo dunque il panorama legislativo antecedente la riforma: una disciplina degli illeciti societari per certo datata e costituita per lo più da frammentarie quanto inefficaci ipotesi di reato di stampo formalistico, con un duplice effetto negativo: da una parte si fagocitavano fatti sostanzialmente inoffensivi nella sfera del penalmente rilevante; dall'altro si lasciava del tutto impunita la macrocriminalità organizzata.

Si registrava anzi un curioso paradosso: il ricorso, ossia, a tecniche tra le più avanzate nella teoria del reato³, coscientemente impiegate in vista della repressione di crimini di cui non si faceva occulto l'eminente rilievo nazionale⁴, ma risultanti nella pratica del tutto inefficaci⁵; se ne rileva infatti al tempo una assai limitata applicazione.

Di fronte ad un complesso normativo tanto grumoso, fatto di minuzie e spesso asfittici tecnicismi, da cui appariva una disciplina lacunosa e sostanzialmente "detonata", si spiega quale horror vacui abbia spinto la

² BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 6 e s.; Tra gli interventi di riforma vanno segnalati: il d.P.R. 10 febbraio 1986 n. 30 che ha modificato gli artt. 2621, 2629, 2630, 2630-bis e 2632; i decreti legislativi n. 22 del 16 gennaio 1991 e n. 88 del 27 gennaio 1992 di modifica, rispettivamente, degli artt. 2623 e 2622; la l. 17 maggio 1991 n. 157, che opera sull'art. 2631; il d.lgs. n. 315 del 1994, in forza del quale si modificavano gli artt. 2630, 2630-bis e 2632; nonché infine il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 che innovava nuovamente l'art. 2630 e, insieme a questo, il 2633 c.c..

³ Si pensi in via esemplare ai reati di pericolo, all'impiego di beni strumentali che miravano a realizzare una "vertiginosa" anticipazione della soglia punitiva.

⁴ Cfr. la relazione del ministro rocco al re in Riv. dir. comm., 1930, I, pp. 751 e 754, per cui i reati in questione assumono rilievo in quanto producono "dispersione di ricchezza nazionale".

⁵ Cfr. FOFFANI L., *la tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori: II. Insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 637 e ss.

giurisprudenza ad un attaccamento quasi emotivo alle istituzioni già esistenti: ci si riferisce qui alla vicenda dell'appropriazione indebita⁶ o all'ampio impiego fatto delle false comunicazioni sociali.

In conclusione il nuovo millennio si apriva con l'ormai urgente esigenza di intervenire sia quantitativamente che qualitativamente sul diritto penale delle società, e mediante una riforma unitaria ed onnicomprensiva, ispirata ai principi di razionalità, certezza, adeguatezza⁷ e da guidarsi alla luce della funzione critica del bene giuridico⁸.

Nell'ambito, poi, della progressiva convergenza dei diritti in Europa, ancora più netta risaltava a livello comparatistico l'opacità delle fattispecie penali di diritto commerciale, facendosi anche su questa linea di pensiero necessaria una riorganizzazione della tutela penale nella direzione di un sostanziale allineamento dei dispositivi⁹.

Tante e tanto grandi aspettative ricadevano dunque sul grembo gestatorio della riforma, nell'ambito del quale si richiedeva a voce unanime l'attuazione di talune direttive di razionalizzazione, poi confluite nelle legge delega, e che merita dunque riproporsi in questa sede: in primo luogo alla riduzione del "territorio penalistico", in favore di un più largo impiego da lasciarsi agli illeciti amministrativi e all'autoregolamentazione del mercato, doveva accompagnarsi la semplificazione in direzione efficientista dei dispositivi penali e l'irrobustimento della risposta sanzionatoria.

In secondo luogo era necessario costruire una più virtuosa adesione ai principi costituzionale di necessaria offensività, tassatività, determinatezza, e sussidiarietà della norma penale.

⁶ V. infra. Cap. VI, par. 9.

⁷ ALESSANDRI A., *Appunti sulle prospettive di riforma del diritto penale societario*, in *Le Società*, 2000, p. 189.

⁸ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 8, che in tema di intervento riformatore degli strumenti penalistici, da intendersi "non come richiesta di "maggior intervento", quanto piuttosto come istanza di "intervento migliore", sia sul punto della incisività che su quello dell'equilibrio, nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento penale", fa chiaro che "il problema della misura della qualità dell'intervento penale sulla attività imprenditoriale non può allora che essere affrontato utilizzando la categoria del *bene giuridico*

⁹ Cfr. ALESSANDRI A., *Appunti sulle prospettive di riforma*, cit., p. 190.

Per ciò che attiene al primo, era importante, si diceva, non rinunciare al faro del principio di offensività come garanzia di valore contro la natura obbligatoriamente frammentaria del diritto penale: si doveva fare allora riferimento a beni giuridici ben concreti ed individuabili, che non fossero solo sfocatamente “intuibili” dietro lo spioncino di interessi intermedi e dal taglio squisitamente normativo¹⁰.

D’altro canto, una così ineccepibile affermazione di principio non può non scontrarsi con la pratica del diritto: dinanzi alla segnata inidoneità della tecnica reati di evento a tutelare il patrimonio in ambito economico da danni irreversibili, non pare sconveniente avvicinarsi all’ordinamento tedesco nel prevedere fattispecie più “avanzate”, da lasciare all’attento giudizio della giurisprudenza¹¹.

Il fenotipo del reato societario comprende infatti spesso una lunga gestazione razionale: la condotta criminale si nasconde dietro la logica del profitto aziendale, si intreccia irrimediabilmente con la trama commerciale della società in cui è eseguita; la inspessisce anzi, divenendovi parte.¹² E’ tutt’altro fenomeno rispetto al “comune” illecito penale contro il patrimonio, in cui le

¹⁰ Cfr. ALESSANDRI A., *Appunti sulle prospettive di riforma*, cit., p. 192 che tracciando “una mappa dei beni che presentano meritevolezza e necessità di tutela, rispetto ai rischi tipici di aggressioni ha segnalato”, individua in via di approssimazione come possibili beni giuridici del nuovo diritto penale delle società: la veridicità e completezza dell’informazione societaria resa a categorie aperte di soggetti; la veridicità e completezza dell’informazione societaria resa verso le agenzie di controllo; la integrità del capitale sociale come garanzia dei creditori, da ancorarsi però all’effettivo verificarsi di un pregiudizio per la garanzia creditoria; ancora, la conservazione del patrimonio sociale nei confronti di operazioni per finalità confliggenti con l’interesse sociale; il regolare funzionamento degli organi sociali; infine la regolarità ed affidabilità dei mercati finanziari.

¹¹ Cfr. ALESSANDRI A., *Attività d’impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534 e ss.

¹² Vedi ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 2, che, riguardo al fenomeno degli *white collar crimes* osserva come “il comportamento criminoso è connotato da complessi e sofisticati presupposti e corollari: le conoscenze scientifiche, tecnologiche, finanziarie o giuridiche, che costituiscono il substrato della posizione professionale del soggetto attivo, assurgono al ruolo di fondamenta della condotta penalmente rilevante, quali momenti essenziali per l’ottimizzazione del risultato, un uno con l’estrema tecnicità delle norme che regolano il sistema economico, sconosciute ai più”.

sempre forti note biografiche¹³ suggeriscono di concentrare gli sforzi sanzionatori secondo una linea punitiva vicina alla teoria dell'autore, prima che alla teoria del reato.

Un siffatto rilievo criminologico deve certo giustificare una differenziazione della tutela, che tanto più deve aprire i suoi margini nella struttura dei dispositivi e nelle tecniche in essi adottate.

Il restauro dei dispositivi doveva dirigersi, poi, verso un arricchimento in tassatività e precisione, da praticarsi con un radicale abbandono della tecnica del rinvio e, più in generale, con una rinvigorita adesione ai canoni classici di redazione e tipizzazione delle fattispecie. Si domandava l'impegno di ridare dignità al diritto penale, sottraendolo al tendenziale appiattimento operato dalla giurisprudenza a mero momento sanzionatorio della disciplina civilistica; una tale operazione si fa però più ardua con riguardo ai reati omissivi ma nei reati omissivi impropri in cui la determinatezza della posizione di garanzia su cui l'omissione si misura è lasciata alla mano del legislatore in sede civile. Più adeguato sarebbe stato invece ripensare la dogmatica del diritto penale delle società secondo un modello *market oriented*, non diversamente dalle esperienze giuridiche straniere: a rigore, andrebbe scoraggiata una completa indipendenza del diritto penale, per evitare talune insostenibili aporie all'interno dell'ordinamento: il rischio più grande sarebbe giungere a considerare ammissibile che il diritto penale proibisca quanto invece si ammette *jure privatorum*.

Diversa è la questione per le nomine formali extrapenelastiche: correttamente se ne scoraggiava il richiamo a favore dell'impiego in loro vece di formulazioni che con ingegno e precisione disegnassero direttamente la funzione dei soggetti responsabili, nella direzione di un espresso ricongiungimento tra le figure di fatto e di diritto.

Di fronte al frazionarsi dei compiti, e al comune meccanismo delle deleghe, pareva non corrispondere una adeguata distribuzione delle responsabilità¹⁴: la

¹³ Cfr. ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, cit., p. 537.

¹⁴ Ancora una volta cfr. ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, cit., p. 2, per cui "la diffusione della responsabilità, legata alla separazione delle funzioni propria di ogni struttura organizzativa, destabilizza l'individuazione del vero soggetto responsabile".

riforma avrebbe così dovuto ridirigere la mira dell'intervento penalistico verso il suo destinatario "razionale".

Per quanto atteneva poi al principio di sussidiarietà, fare del diritto penale l'*extrema ratio* dell'ordinamento giuridico significava selezionare solo quelle condotte lesive di beni giuridici di rango costituzionale che non fosse possibile scongiurare altrimenti. Significava altresì ricostruire una sana graduazione tra responsabilità civile, amministrativa e penale, senza lasciarsi sconcertare dalla obiettiva paralisi della giustizia civile.

Si noti come una siffatta aspettativa pare sia stata sostanzialmente disattesa, tanto che si è parlato del diritto penale (in ambito societario) come "unica ratio"¹⁵.

Da ultimo, la discussione ha toccato anche il delicato punto delle sanzioni, da sempre ritenute insoddisfacenti in ambito di illeciti penali societari; vi è chi, come Alessandri, ha espresso preferenza per la pena pecuniaria, come contrappasso logico al movente patrimoniale solitamente sotteso agli *white collar crimes*; a ben vedere però non sembra la più indicata, ove si intenda che una siffatta "perdita" patrimoniale è solitamente già messa in conto e preventivamente accettata nella fisiologia del rischio attinente alla criminalità di impresa; in più non pare capace di esprimere con sufficiente adeguatezza il disvalore sotteso alle condotte illecite.

Meglio era invece adoprare per questi fatti di minor disvalore le sanzioni amministrative ex l. 689/1981¹⁶, tenendo alti i profili sanzionatori per la così sfoltita cerchia dei reati societari.

Queste, dunque, le principali direttive sulla cui traccia doveva finalmente attuarsi una adeguata razionalizzazione della materia, da concentrarsi, lo si ripete, in un sistema unitario e moderno¹⁷.

¹⁵ ALESSANDRI A., *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, in *Le Società*, 2002, p. 800.

¹⁶ Cfr. ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, cit., p. 3, in cui tenta un piano di ripartizione dell'azione amministrativa e penale nella repressione degli illeciti in materia economica secondo i principi di economicità (in cui all'efficacia è sostituita l'efficienza quale miglior rapporto tra costi minimi e massimi effetti), "selezionando la "domanda" di tutela in ragione della "necessità" di tutela, scandendo così nel diritto penale dell'economia le leggi della stessa, con l'opzione per la penalizzazione laddove "economicamente " utile ed opportuna, nonché agevole da attuare".

La riforma avveniva, come si è detto, con d.lgs 61 del 2002, attuativo dell'art. 11 della l. del n. 366 del 3 Ottobre 2001 e che modificava gli articoli del codice civile, dal 2621 al 2641, racchiusi nel Titolo XI del Libro V, rubricato "Disposizioni penali in materia di società e consorzi".

Merita in questa sede fare accenno alla "inversione cronologica" che la materia degli illeciti penali societari ha sofferto rispetto alla successiva riforma del diritto societario avvenuta con D.lgs n. 6 del 2003, di attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366¹⁸. Il legislatore penale ha dovuto dunque cimentarsi in alcuni rocamboleschi "salti nel vuoto", da una parte prevenendo gli eventuali attriti con talune clausole aperte¹⁹, dall'altra aprendo la strada nella disciplina di fenomeni al tempo sconosciuti alla legge²⁰.

Della riforma del 2002, invece, si vuole qui ripercorrere i punti salienti, da leggersi in controtela rispetto alle ora citate "direttive di razionalizzazione" della materia. In primo luogo occorre verificare come il così introdotto complesso normativo abbia aderito ai principi costituzionali in tema di legislazione penale.

Per quanto attiene al principio di offensività ed al processo di selezione dei beni giuridici, la tutela si è concentrata su beni giuridici di tipo individuale e "materializzati" in una dimensione squisitamente patrimoniale, nel tentativo,

¹⁷ Sulla tematica della riforma dei reati societari cfr. ancora PULITANO' D., *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 934 e ss.; ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, cit.; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2007.

¹⁸ La manovra costituisce per taluni un buon segno dell'autonomia del diritto penale per altri era meglio raccomandabile una redazione parallela e sinergica che non sacrificasse la chiarezza operativa della materia (ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 8, che in relazione alla "centralità raggiunta dalla normazione civilistica di settore nel diritto penale dell'economia globalmente inteso" e che deve considerarsi "foriera di non poche problematiche di "tranquilla" convivenza", osserva come "in certe fattispecie (...) le regole giuridiche civilistiche <<di supporto >> concorrano inevitabilmente a parzialmente connotarne l'essendo, costituendo il substrato sul quale può intervenire il disposto penale, che risulta <<per forza >> - e di conseguenza - permeato anche di una componente sanzionatoria":

¹⁹ Come, lo si vedrà (Cap. V, par. 4), deve ritenersi la clausola di estensione disciplinata all'articolo 2639; cfr. ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012, pp. 50 e ss.

²⁰ E' il caso, come si vedrà più avanti, del collegamento societario.

forse, di non perdere concretezza per l'azione punitiva²¹. Una siffatta opzione dimostrano il diffuso impiego dell'istituto della querela e la non infrequente previsione di cause estintive del reato consistenti nella tempestiva riparazione dei danni cagionati²². Ci si è voluti dunque allontanare dal modello del reato plurioffensivo, che si era trasformato in un'arma carica sul banco del giudice, capace di aprire ad indesiderate espansioni dell'intervento penale, tanto più sgradite nella materia fortemente "politica" quale è il diritto penale delle società. Pare però si sia passati da un eccesso all'altro: l'eccessiva concretezza rischia talora di rendere inattivi i dispositivi dinanzi anche a manifestazioni di grande disvalore: si pensi solo alle soglie quantitative già previste dalla legge delega²³ per la rilevanza penale delle indicazioni false od omesse.

Passando al principio di tassatività, si registra un "compromissorio" ispessimento descrittivo dei dispositivi, caricati spesso su entrambi i versanti: oggettivo e soggettivo.

Entrando più specificamente nella tecnica di redazione delle fattispecie, alla figura dei reati di pericolo si è largamente preferita quella dell'evento, posticipando la soglia della punibilità al realizzarsi di una effettiva diminuzione del patrimonio.

Si segnala poi un forte arricchimento dei momenti soggettivi, in reazione al costume giurisprudenziale di appiattare il dolo sulla mera ignoranza della legge²⁴; ai soggetti altamente qualificati che governano la scena degli *white collar crimes* non si permetteva infatti l'ignoranza del diritto quando anche si concretasse in ignoranza sul fatto.

Quasi onnipresente, con la sola eccezione dell'aggiotaggio, il modello del reato proprio: qui la soggettività ristretta disegna una relazione qualificata, in senso funzionale, con l'oggetto di tutela del reato.

²¹ Cfr. CORVI P., *Parte civile e nuovi reati societari*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A., Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 719, per cui "uno dei tratti salienti della riforma, attuata con il D.lgs. n. 61 del 2002, in tema di illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, è rappresentato dalla centralità della tutela del bene "patrimonio".

²² ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, cit., p. 6; sul punto poi la critica non è unanime: per alcuni una siffatta previsione costituisce il corretto dispiegamento del principio di premialità in diritto penale.

²³ La previsione rientra nell' art 11, lett a), n. 1 della legge citata.

²⁴ Cfr. ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, cit., p. 12.

Si è a tal riguardo deciso di realizzare, con esiti da valutare positivamente, l'attesa equiparazione tra il soggetto di diritto "formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile" ed il soggetto che eserciti "in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione"²⁵. La figura non era sconosciuta alla giurisprudenza che già da tempo si affidava al principio di diritto per cui è effettivo destinatario della norma penale a soggettività ristretta chi sia anche solo materialmente investito della posizione di garanzia richiesta. La questione ha in particolare riguardato il caso dell'amministratore di fatto, che conseguentemente sono stati assunti dalla giurisprudenza quali autori, non anche quali estranei concorrenti con gli organi formalmente titolari del mandato gestorio: una diversa conclusione avrebbe disatteso sul piano della politica criminale l'esigenza di effettiva tutela dei beni giuridici che fondano l'impiego della forza penale; su un piano logico, invece, a meno di non voler assumere ad oggetto di tutela proprio l'integrità formale della qualifica, bisogna concludere per la natura sostanziale dei beni giuridici, che superano dunque il mero dato nominale²⁶. Il rischio di una soluzione contraria era dunque quello di creare una cabina di controllo al sicuro della quale l'amministratore di fatto potesse, indisturbato, tirare i fili di una illecita conduzione dell'impresa²⁷.

Si è prevista, tra le disposizioni comuni al titolo riformato, una circostanza attenuante, contenute nell'art. 2640 c.c.; il giudice dovrà dunque diminuire la pena ove i fatti previsti dal titolo riformato abbiano "cagionato un'offesa di particolare tenuità".

²⁵ Cfr. infra, Cap. V, par. 4.

²⁶ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 16; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari vol. I*, Milano, 2013, p. 71.

:In giurisprudenza v. Cass, 19 dicembre 1996, in Riv. Pen. 1998, 91; Cass., 12 marzo 1984, ibidem, 1984, 978; Cass. 18 maggio 1983, in Cass. Pen. mass. Ann., 1984, 2061.

²⁷ Cfr. sul punto ROSSI A., *Una svolta definitiva nella individuazione normativa della responsabilità penale dei soggetti di fatto?*, in *Le Società*, 2000, p. 209 e ss.; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 14; ALESSANDRI A., *I soggetti in AA.VV., Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 37; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari vol. I*, Milano, 2013; VENEZIANI, *Art. 2639, in AA.VV., I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)*, a cura di Lanzi-Cadoppi, Padova, 2002, p. 186.

Inoltre, per il caso in cui sia emessa sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati contenuti nel titolo in questione, l'articolo 2641 c.c. fa seguire obbligatoriamente "la confisca del prodotto o del profitto del reato nonché dei beni utilizzati per commetterlo".

Dal punto di vista sanzionatorio ha deluso il mancato inasprimento delle pene, , spesso di assai trascurabile entità; a questo si è anzi aggiunta la degradazione di alcuni delitti ad illeciti contravvenzionali; fenomeno che non ha risparmiato neanche una ipotesi di reato "gangliare" come è l'illegale ripartizione degli utili²⁸:

Da ultimo, merita certo il plauso della critica il veggente richiamo al collegamento societario²⁹, per la cui disciplina bisognerà attendere il già citato D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6³⁰, e la assai auspicata introduzione dei reati di infedeltà, agli artt. 2634 e 2635 c.c., che la trattazione corrente prende, ancorché in parte, ad oggetto.

²⁸ In tema cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 7 che aggiunge: "l'uso generalizzato del modello d'illecito contravvenzionale appare(...), ingiustificato sia rispetto al non indifferente tasso di disvalore sociale, di molte fattispecie sia soprattutto in rapporto alla inusuale tecnica di costruzione in termini di dolo specifico od intenzionale (o entrambi), sì da estromettere l'eventuale responsabilità a titolo di colpa dall'ambito del riformato diritto penale societario e rinunciando, dunque, alla peculiarità della maggiore estensione soggettiva della responsabilità, propria del tipo contravvenzionale"; Cfr. anche FOFFANI L., *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario* in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1196.

²⁹ Cfr infra, Cap. VI.

³⁰ Recante "*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative*", e introduttiva, tra l'altro, del capo IX del titolo V (artt. Da 2497 a 2497 sexies) rubricato "Direzione e coordinamento di società".

2. La riforma del diritto societario: il d.lgs. n. 6 del 2003.

Benché non poche, in sede di riforma dei reati societari, fossero le voci tese al restauro di una dignità dogmatica per il diritto penale, non può rifiutarsi un richiamo agli istituti di diritto civile: il traguardo della completa indipendenza del diritto penale è lontana oltre che sconveniente, specialmente con riguardo ai reati come quelli omissivi, che risentono della loro natura squisitamente normativa.

L'interdipendenza teorica è tanto più forte per la materia societaria, popolata per lo più da artifici giuridici che costituiscono, più che la mera scena del crimine, il presupposto funzionale per la commissione delle figure criminose riconducibili alla categoria.

Non pare dunque inutile ripercorrere, senza pretese di completezza, il nuovo diritto delle società commerciali, dalle cui nuove direttive informanti possono e devono trarsi autorevoli suggestioni anche per gli interpreti della materia penale: il nuovo rapporto tra controllo e gestione, su cui si snoda il problema della corporate governance, trasfigura la responsabilità civile dell'amministratore e, per conseguenza, estende i suoi effetti altresì sull'atteggiarsi della responsabilità penale³¹.

La riforma del diritto societario avveniva con decreto legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003 - in vigore dal 1° gennaio 2004 -, succedendo di un anno alla riforma dei reati societari. L'intervento completava nel diritto commerciale quell'opera di innovazione i cui obiettivi e le cui linee direttive già si erano ampiamente denudate in tema di società quotate, con la introduzione del TUF³² avvenuta con decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

³¹ Si veda MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 424; CALANDRA BUONAURO V., *I modelli di amministrazione*, cit., pp. 535 e ss.

³² Nonostante non sia intervenuto direttamente sul consiglio di amministrazione, talune modifiche al collegio sindacale già disegnavano novi contorni per le posizioni di obbligo gravanti sugli amministratori; si pensi all'art. 150, I comma,

In via introduttiva va fatto cenno alla “inversione cronologica” tra riforma di diritto penale delle società e riforma del diritto societario, che ha prodotto un duplice documento: da una parte si è richiesto alla disciplina penale una “cieca veggenza” rispetto al successivo mutamento degli istituti civilistici, dall’altra si vincolava la riforma del diritto commerciale, a meno di non voler rinunciare, come pare si è fatto, a praticare un adeguato raccordo sistematico tra le due branche in questione.

Procedendo nell’analisi, novità centrale della riforma è sicuramente il nuovo sistema “tripolare” dei modelli di gestione per cui è possibile optare nella società per azioni.

La scelta dei modelli era intesa nella direzione del rafforzamento di quell’ “ampliamento dell’autonomia statutaria” che figura in prima linea tra le direttive espresse in legge delega per la riforma, assieme alla attenta separazione tra controllo sull’amministrazione e controllo contabile e la predisposizione di un “assetto organizzativo idoneo a promuovere l’efficienza e la correttezza della gestione dell’impresa sociale”³³: va notato che una così vasta gamma di opzioni, già risalente ad espressa previsione della legge delega³⁴, rimane ancora un unicum fra gli ordinamenti delle democrazie industriali avanzate, e specialmente con riguardo al poco impiegato sistema monistico ha suscitato le perplessità di quella parte della dottrina che in questa ha visto una “operazione monstre non sufficientemente meditata”³⁵.

all’ art. 149, I, lett. c), e all’art. 150, III comma; sul punto si veda MONTALENTI P., *L’amministrazione sociale*, cit., pp. 424 e 425 che tra gli interventi prodromici alla riforma al vaglio ricorda la Raccomandazione Consob del 20 febbraio 1997, il regolamento Consob 119-71 del 1999, nonché codice di autodisciplina per le società quotate del 1999.

³³ Così la l. 3 Ottobre 2001, n. 366, di “delega al governo per la riforma del diritto societario”, all’ art 4, II, lett. a).

³⁴ Ibidem, art. 4, VIII, lett. d).

³⁵ Si veda BUONOCORE V. *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 392 e 395. Si rammenti che, anche prima della riforma, sostanzialmente tripartita si presentava l’opzione degli assetti amministrativi, ma una tale tripartizione risentiva di una tanto rigido quanto irragionevole manicheismo tra società quotate e non quotate: “la società non quotata si caratterizzata per una disciplina indifferenziata, per la società a ristrettissima compagine sociale sino alle società aperte al mercato dei capitali ancorché non quotate”; così MONTALENTI P., *L’amministrazione sociale*, cit. p. 428.

Quanto invece maggiormente interessa ai fini della trattazione presente è la realizzata nuova centralità della figura dell'amministratore, i cui poteri e la cui autonomia decisionale escono fortemente rinvigoriti dalla riforma³⁶.

Ciò anche a partire dalla affermazione di principio della competenza esclusiva dell'organo amministrativo sulla gestione di cui all'art 230 bis c.c., in cui è sancito che "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale"³⁷.

La ratio della norma va individuata, da una parte, nell'obiettivo di escludere l'assemblea da scomode interferenze nei poteri gestori, evitando dunque una zona franca di impunità; dall'altra, in essa possono rinvenirsi le tracce di quella denunciata "posizione dottrinale ed imprenditoriale di ideologica avversione nei confronti del rito assembleare e di insofferenza verso il confronto assembleare che hanno caratterizzato il recente dibattito sulla funzione dell'assemblea"³⁸.

Parallelamente al ritrovato protagonismo dell'amministratore, si registra infatti una certa compressione delle competenze assembleari; basti pensare come nel sistema dualistico siano riservate al consiglio di sorveglianza i due momenti più "politici" e cruciali dell'attività sociale, segnatamente la nomina degli amministratori e l'approvazione del bilancio sociale.

Il sistema dualistico è però, va detto, una eredità dell'esperienza tedesca, tradizionalmente favorevole a sacrificare i poteri di intervento dei soci nel

³⁶ Cfr. MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 45; CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 537.

³⁷ Il riferimento è qui agli articoli 2410, I comma, 2365, II comma, 2443, III comma, c.c.

³⁸ V. CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione*, cit., p. 539 che aggiunge come questo rappresenti però una "controtendenza rispetto al TUF che, con lo scopo di favorire l'attivismo degli investitori istituzionali, ha salvaguardato e, in taluni casi accresciuto il ruolo dell'assemblea, e riveli un'impostazione istituzionalistica che si pone in chiaro contrasto con l'intento programmatico di ampliare gli ambiti dell'autonomia contrattuale". Il diminuito ruolo dell'assemblea dei soci dimostra poi anche una forte "attenuazione della dipendenza dei amministratori dal socio di controllo"; così MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo*, cit., p. 45 che, inoltre, porta l'esempio degli articoli 2393 bis, 2388, IV co., 2364, I co., 2391 I co., ultima parte, 2497 II e III comma, c.c..

generale interesse di massima ottimizzazione e speditezza della gestione sociale³⁹.

Contrappeso di una siffatta manovra è per certo un aumento della responsabilizzazione degli organi amministrativi, effettuati da un lato con un ispessimento delle posizioni obbligatorie, dall'altro con la riacquisita nitidezza degli obblighi e doveri che fanno capo agli amministratori

Tra i principi espressi nel decreto di delega⁴⁰, infatti, all'articolo 8 par. 4, lett. g), assume ruolo portante nella definizione della nuova amministrazione sociale la disciplina dei "doveri di fedeltà dei componenti dell'organo amministrativo"; tali doveri di fedeltà devono, sempre per la legge delega, esprimersi "in particolare con riferimento alle situazioni di conflitto di interesse": contro questa eventualità doveva soccorrere la precisazione "che essi sono tenuti ad agire in modo informato", per il tramite di un generale e virtuoso scambio informativo che assicurasse la trasparenza della gestione specialmente nel caso delle deleghe amministrative (Cfr. art. 4, par. 8, lett. a)⁴¹.

Il decreto delegato, nell'attuazione degli ora richiamati principi, si è rivolto in primo luogo alla riforma dei presupposti dell'azione di responsabilità. In via incidentale si nota che correttamente si è mantenuto invariata la responsabilità dell'amministratore ex artt. 2393 bis e 2394 bis c.c. per gli atti compiuti su espressa autorizzazione della maggioranza dei soci, rimanendo l'azione di responsabilità concessa anche ad una stretta minoranza dei soci⁴².

³⁹ Sul punto si veda CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione*, cit., p. 537 e 540. Per assurdo la "copia" italiana del *dualistik System* appare più radicale dell'originale, nel sistema tedesco, infatti, il paragrafo 119, 2° comma dell'AktG prevede che l'assemblea su richiesta del consiglio si pronunci su questione attinenti alla gestione non prevedendosi autorizzazioni preventive del CdS sulle azioni; ai sensi del § 111, 4° comma, poi, il *Vorstand* ha facoltà di sottoporre a voto assembleare l'opportunità di determinate operazioni, in caso di mancata approvazione del consiglio di sorveglianza.

⁴⁰ L. 3 Ottobre 2001, n. 366, in G.U. n. 234 dell' 8 Ottobre 2001.

⁴¹ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 30.

⁴² Cfr. BUONOCORE V. *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 406.

Tra i mutati presupposti della responsabilità degli amministratori, di primo rilievo è la nuova natura della diligenza richiesta all'amministrazione⁴³: il previgente art. 2392 c.c. richiamava la diligenza del mandatario ex art. 1710 c.c.; il retorico ancoraggio alla vetusta diligenza del buon padre di famiglia, ha sollevato le lamentele di chi avvertiva le ristrettezze d'un tale "monolite" dogmatico, incapace di adattarsi alle molteplicità del fenomeno societario; già precedentemente alla riforma si registravano, peraltro, fenomeni distorsivi della giurisprudenza, nel tentativo di riavvicinare la diligenza del mandatario a quella professionale dell'art. 1176, 2° comma: quest'ultima pareva infatti un concetto più "plastico", ed ossia meglio adattabile alla "maggiore o minore complessità dell'oggetto sociale, alla dimensione dell'impresa e a tutti gli elementi relativi alla natura delle attività esercitate"⁴⁴.

L'odierno art. 2392, comma I, c.c. ha recepito in pieno le ora citate istanze di rinnovamento, sancendo che "gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze", dove il richiamo alla natura dell'incarico pare un ovvio riferimento al frequente meccanismo delle deleghe gestorie⁴⁵.

In conclusione, nell'ordinamento giuridico attuale, deve ritenersi esplicitamente richiamata la diligenza professionale nella valutazione inerente la responsabilità dell'amministratore: la ratio di una scelta siffatta è quella di stimolare la "professionalità" dei vertici gestori, sia in quanto protagonisti del mercato nazionale, sia come garanti dei soci più disinteressati, come è in genere il caso per gli investitori⁴⁶.

⁴³ Cfr. BUONOCORE V. *Le nuove forme di amministrazione*, cit., p. 405.

⁴⁴ Cfr. MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale*, cit. p. 437; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 31.

⁴⁵ Sul punto confronta MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo*, cit., pp. 46 e 47, per cui la perizia non è richiesta nella diligenza dell'art. 2391 c.c., ma bisogna interrogarsi sulla convenienza di escluderla atteso che il giudizio sui profili di responsabilità segue comunque le linee di un *business judgement rule* per cui questa "potrà sorgere ove sia ravvisabile l'elemento soggettivo dell'illecito, contrattuale o extracontrattuale, e cioè il dolo o la colpa, ma non gli si potrà imputare il risultato negativo della gestione se non nel caso di operazioni assolutamente irrazionali".

⁴⁶ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 32

In secondo luogo alla soppressione della culpa in vigilando⁴⁷ si è affiancato un ispessimento delle posizioni obbligatorie⁴⁸: tanto mediante una puntuale mappatura dei poteri-doveri degli organi delegati (consigliere delegato e comitato esecutivo)⁴⁹, quanto con la corrispondente individuazione dei doveri-poteri dei consiglieri deleganti⁵⁰.

La diffusione della responsabilità dopo la riforma rimane limitata al solo caso del mancato impedimento dei danni: stabilisce infatti il già citato articolo 2392 che sono solidalmente responsabili gli amministratori che, “essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”.

L'efficacia di una tale restrizione non può peraltro prescindere dalla parallela previsione, all'art. 2381, 6° comma, c.c., di un obbligo generale di agire in modo informato che assurge a “paradigma generale di comportamento del buon amministratore” e che “anche dalla legge delega si svela come il contenuto essenziale del suo dovere di fedeltà nei confronti della società”⁵¹. Ci si è mossi in particolare nella direzione di una forte procedimentalizzazione dei flussi informativi⁵² che si svela al suo massimo nel caso del conferimento di deleghe amministrative: a ciascun amministratore è infatti data facoltà di “chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società” (art 2381, 6° comma, c.c.).

⁴⁷ Si è infatti sostituito il previgente art. 2392, 2° comma c.c. che prevedeva che “in ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”; cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., pp. 32 e 33

⁴⁸ A partire dai compiti del presidente del consiglio di amministrazione che per la prima volta trovano espressa previsione nel nuovo articolo 2381 c.c., da cui appunto si evince che “il compito principale del presidente del consiglio è proprio quello di assicurare il contributo di tutto il consiglio alla gestione della società”; così BONELLI F., *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, II, pp. 706 e ss.

⁴⁹ Si vedano i commi 1° n. 5); 3° e 4° dell'art. 2381 c.c..

⁵⁰ Si vedano i commi 2°, 3°, e 4° dell'art. 2381 c.c.; cfr. BONELLI F., *L'amministrazione delle spa*, cit., p. 706.

⁵¹ Cfr. MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale*, cit. p. 436

⁵² Cfr. MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo*, cit., p. 44; il riferimento è agli articoli 2381, 2391 bis, 2497 ter e 2401 bis, III comma, c.c..

Da ultimo, tra le più rilevanti innovazioni della riforma va certo richiamata la nuova disciplina del conflitto di interessi, sul quale però si effettua un rimando al capitolo successivo⁵³.

Si noti però come gli obblighi informativi e le situazioni di conflittualità degli interessi si intreccino tra di loro: la disciplina civilistica, più che rivolgersi alla repressione delle indebite intromissioni di interessi extrasociali nella attività gestoria, ha preferito coltivare la trasparenza della gestione, come mezzo preventivo contro le ipotesi di conflitto: l'obbligo di "universale" *disclosure* gravante sull'amministratore in riferimento ad ogni tipo di interesse, ed il conseguente obbligo di adeguata motivazione delle deliberazioni circa le operazioni sociali "macchiate" dall'interesse dell'amministratore dimostrano infatti "il ruolo centrale che il legislatore del 2003 ha inteso assegnare all'*informazione* e alla *trasparenza* sia come canone dell'agire del buon amministratore sia come strumento di "tracciabilità" dei comportamenti anche al fine della ricostruzione dei profili di responsabilità"⁵⁴.

⁵³ V. infra, cap. VI, par. 2.

⁵⁴ MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo*, op. loc. ult. cit.

3. Storia del dettato normativo: dal decreto EUROSIM alla Commissione Mirone.

La previsione all'interno dell'ordinamento italiano di un reato di infedeltà patrimoniale trova il suo primo antecedente nel disegno di legge delega n. 1785/C, meglio conosciuta come Minervini/Spaventa⁵⁵, presentato il 10 giugno 1980 nel corso della VIII legislatura “*per la revisione ed il riordinamento delle disposizioni penali in materia di imprese commerciali*” e recante “*provvedimenti urgenti in materia di repressione penale degli illeciti bancari e conferimento di delega al Governo per la riforma delle imprese commerciali*”. All'art. 5 n. 3 si contemplava, infatti, l'introduzione di un “*delitto di infedeltà patrimoniale, inteso come esercizio del potere di amministrazione comunque spettante sul patrimonio altrui in contrasto oggettivo con l'interesse del titolare, per finalità personali dirette o indirette del soggetto agente*”.

La previsione si presentava come una scelta intermedia tra il modello francese dell'*abus de biens sociaux* regolato ex art. L. 241-3 c.com. e quello tedesco di *Untreue* (§ 266 StGB): del primo è sicuro omaggio il richiamo alla oggettiva contrarietà all'interesse sociale che nella fattispecie francese chiarisce la qualità abusiva dell'impiego dei poteri gestori o del diritto di voto⁵⁶; più vicini invece all'archetipo alemanno, invece, sono il largo spettro dei possibili responsabili del reato (che il progetto in parola, non troppo allontanandosi dal § 266 StGB⁵⁷, individua appunto nei titolari di un potere gestorio di varia natura sul patrimonio altrui), l'ampio margine di indeterminatezza dei termini impiegati e, non ultima, l'evocativa rubrica della infedeltà⁵⁸.

⁵⁵ Reperibile anche in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 854, con seguente commento di C. PEDRAZZI, *Cinque proposte di modifica della disciplina penale dell'impresa bancaria*.

⁵⁶ Cfr. retro, Cap I. par. 2.

⁵⁷ Cfr. retro, Cap. II.

⁵⁸ V. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 89; solleva dubbi di incostituzionalità con riguardo al principio di determinatezza di una siffatta formulazione BRICOLA F., in *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni unite e progetti di riforma*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 449, ora

In parallelo il disegno di legge domandava “*la eliminazione, la modificazione o la depenalizzazione*” delle fattispecie penali previgenti in ambito societario, con ciò riconoscendo, il legislatore, che il neonato delitto di infedeltà sarebbe andato a sovrapporsi ad un già preesistente ma “arcipelagico” strumentario per la tutela del patrimonio nella sua versione “dinamica”, di cui si tentava così una *reductio ad unum*” in direzione efficientista.

Il disegno di legge Minervini/Spaventa rimase tuttavia senza seguito alcuno.

Un tentativo successivo fu il disegno-legge governativo presentato il 23 marzo 1988 dall’allora ministro del tesoro Giuliano Amato, contenente disciplina per le attività di intermediazione mobiliare, e che riceveva una prima approvazione in Senato il 27 aprile 1989.

L’ emendamento n. 12.2 demandava l’introduzione, all’art. 640 bis, del delitto di “*amministrazione infedele*” da individuarsi nel fatto di chi, “*investito per legge, per provvedimento dell’autorità o per atto o per contratto, del potere di amministrare interessi patrimoniali altrui, abusa del relativo potere o viola i doveri ad esso connessi, cagionando dolosamente un danno al patrimonio amministrato*”; la pena prevista era la reclusione da stabilirsi nel massimo di cinque anni.

Più che una infedeltà “secondo il modello tedesco”⁵⁹, la proposta del vicepresidente del consiglio Amato appare ictu oculi una pedissequa traduzione del dispositivo di *Untreue*, specialmente nel dualismo della condotta, strutturata appunto in due varianti esecutive, una di abuso dei poteri di mandatario o rappresentante, un’altra di violazione dei doveri al rapporto di mandato ovvero di rappresentanza connessi.

Coerente invece, perciocché attiene al profilo sanzionatorio, la previsione della pena detentiva fino a cinque anni, che realizzava un ragionevole

anche in *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, Milano, 1997, p. 3221; cfr. anche FLICK G.M., *Attività bancaria e pubblico servizio: i termini attuali del dibattito*, in *Riv. Soc.*, 1982, p. 750 che sul punto riprende un vecchio tema del diritto penale dell’economia, ed ossia il timore di lasciare “eccessivo spazio all’intervento giurisprudenziale”, fino ad intromettersi nell’ineliminabile margine di rischio necessariamente sotteso all’attività imprenditoriale.

⁵⁹ Così NAPOLEONI V., *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell’organo gestorio*, in *Le Società*, 2000, p. 203.

adeguamento agli standard punitivi europei (è infatti identica la pena sia in territorio tedesco che in quello francese).

Dove invece può forse muoversi una critica è nell'assente richiamo all'elemento oggettivo, di indubbio ruolo selettivo, costituito nella fattispecie tedesca dall'obbligo fiduciario di cura in sull'interesse patrimoniale altrui (*Treupflicht*); il rischio di una opzione siffatta era quello di appiattare il potere gestorio anche sul mero accesso materiale al patrimonio, senza che però a questo dovesse connettersi una posizione di garanzia meritevole di tutela in ambito penalistico; si pensi al caso di chi sia titolare di una carta di credito: questi senza dubbio può disporre e quindi in senso lato "amministrare" un patrimonio d'altri (nel caso in specie dell'istituto bancario). Difficile dunque, in sede applicativa, dare un solido freno ad una formulazione siffatta, che avrebbe finito per riversarsi incontrollabilmente su molteplici ipotesi di reato già esistenti, sbiadendone i contorni dogmatici (prima fra tutte la appropriazione indebita, a meno di non voler dedurre, proprio dalla esigenza di differenziare la detenzione del possesso di cui all'articolo 646 c.p. e il potere di amministrare di cui all'emendamento al vaglio, la sussistenza in quest'ultimo di quell'obbligo fiduciario di cura degli interessi patrimoniali altrui non espresso dal dispositivo, ed ossia l'obbligo di chi riceve in cura un patrimonio per farlo fruttare nell'interesse del titolare e non anche nel proprio).

Da guardare anche con favore la struttura del reato comune, con la formulazione "chiunque" per aggirare le facili pratiche elusive cui si presta la struttura a soggettività ristretta basata su qualifiche formali extrapenalistiche⁶⁰.

Più corretta, infine, sembra la dizione "dolosamente", che chiarisce l'esigenza di rafforzare l'indagine sull'elemento dolo, senza con ciò caricarlo eccessivamente.

La disposizione in parola veniva però ignorata nel corrispondente art. 14 della l. 2 gennaio 1991 n. 1, istitutiva delle società di intermediazione mobiliare⁶¹.

⁶⁰ Si noti che al tempo mancava il meccanismo di estensione delle qualifiche oggi disciplinato ex art. 2639 c.c..

⁶¹ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 90; BRICOLA F., *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano,

Segue poi lo schema di legge delega proposto dalla commissione Pagliaro costituita in risposta alla *“improrogabile necessità di una revisione globale del codice penale”* con decreto del Ministro Vassalli dell’ 8 febbraio 1988.

Nella mira di *“fare del codice il centro del sistema penale e di ridurre correlativamente il peso della legislazione speciale”*, lo schema proponeva un trasferimento dei reati societari all’interno del codice penale in apposito titolo (titolo VII del Libro III, dedicato ai reati contro la comunità) da rubricarsi *“reati contro l’economia”*; in particolare all’interno del capo IV (*Dei reati contro l’economia imprenditoriale*), l’art. 112 n. 2 dello schema di legge delegava il governo alla previsione della *“fondamentale fattispecie di infedeltà patrimoniale”*⁶², di cui dovevano costituire ingredienti tipicizzanti: in primo luogo la condotta, da strutturare nella già conosciuta alternativa tra abuso dei poteri e violazione di doveri; in secondo luogo l’evento di danno causalmente connesso; da ultimo il fine di profitto ingiusto proprio o per altri.

La proposta della commissione Pagliaro intendeva così penalizzare il fatto di chi *“con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell’impresa, al fine di procurare a sé od ad altri un profitto ingiusto cagioni all’impresa un danno patrimoniale”*⁶³.

Nella formulazione ancora forte preme l’ascendente del modello tedesco, da cui appunto riprende la struttura dualistica della condotta quale abusiva (*mißbräuchlich*) ovvero antidoverosa (*pflichtwidrig*); espunto invece, rispetto al progetto Amato, il riferimento al conflitto di interessi, considerato forse troppo stretto. Va però dato nota di come gli ora richiamati elementi della condotta abbiano suscitato non poche perplessità nella dottrina per la impalpabilità della nozione di abuso e per la scarsa nitidezza dell’effettivo contenuto dei doveri la cui violazione avrebbe attivato il dispositivo penale in parola⁶⁴.

1993, p. 34, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 3582.

⁶² V. la relazione del 35 ottobre 1991 al progetto della Commissione Pagliaro.

⁶³ La proposta è pubblicata in Doc. giust., 1992, fasc. 3, c. 443.

⁶⁴ Cfr. FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, p. 389; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 201; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 91; si noti che, nell’ordinamento tedesco, le condotte in questione non sfuggivano alle medesime

Solo apparentemente “comune”, poi, il reato che, infatti, presuppone la titolarità di funzioni esercitate nell’impresa cui siano ricollegati specifici poteri e doveri.

Si noti poi, solo a latere, come lo stesso schema specificasse che la nuova fattispecie sarebbe andata a coprire ambiti di operatività di altre ipotesi di abuso del patrimonio dell’impresa, tra le quali le ipotesi del conflitto di interessi (ex artt. 2631 e 2634 c.c.) o la divulgazione di notizie riservate.

Quanto invece suscita certo interesse è il capoverso della disposizione in parola, in cui faceva ingresso in ambito penalistico una prima puntualizzazione con riguardo al fenomeno del collegamento societario: si prevedeva ossia la esclusione del connotato di ingiustizia del profitto, e conseguentemente la esclusione del reato, per il caso in cui il profitto fosse “*compensato dai riflessi favorevoli per l’impresa per il cui conto l’atto è compiuto*”, realizzandosi un sostanziale riequilibrio dei rapporti economici intragruppo.

Neanche la proposta in parola trovava però esito nel così seguente codice Vassalli.

Per la prima, concreta apparizione di una fattispecie di infedeltà nel panorama legislativo italiano, ancorché però ristretta allo specifico ambito della intermediazione finanziaria, bisognerà invece attendere il decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415 (decreto Eurosim, di attuazione della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 e 93/6/CEE del 15 marzo 1993): all’ articolo 38, oggi travasato nell’articolo 167 del testo unico dell’intermediazione finanziaria (d.lgs. 21 febbraio 1998, n. 58, c.d. “legge Draghi”⁶⁵), si prevedeva l’illecito contravvenzionale di *gestione infedele* in cui già è visibile la tendenza all’eccesso descrittivo fatta propria dall’infedeltà del codice civile e che deve sperarsi un transitorio compromesso rispetto alle istanze di tutela più ottimiste delle proposte precedenti.

In primo luogo l’ambito di operatività della fattispecie è limitato alla gestione di portafogli di investimento su base individuale o del servizio di

critiche, risolte però dalla corte costituzionale sul presupposto di una giurisprudenza precisante già consolidata.

⁶⁵ CORNACCHIA L., *Note sulla fattispecie di gestione infedele introdotta dall’art. 38 del d.lgs. 415/1996*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 890 e ss.

gestione collettiva del risparmio; sul versante oggettivo, poi, si richiede il compimento di operazioni (con esclusione dunque delle varianti omissive) in “*violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse*”: al dato empirico costituito dall’operazione finanziaria si aggiunge dunque un parametro, di natura normativa, costituito dalla contrarietà non tanto sostanziale all’interesse del titolare del patrimonio investito, quanto invece formale alle disposizioni regolanti il conflitto di interesse. A questi si aggiunge l’evento di danno e, sul versante soggettivo, il dolo specifico di profitto ingiusto ricercato per sé ovvero per altri.

Attenta dottrina ha messo in luce⁶⁶, con riguardo alla gestione infedele disciplinata nell’ora richiamato testo unico, come questa abbia a mira un tipo di conflitto “esterno” alla frangia sociale: il termine del danno è infatti il patrimonio degli investitori e non della società; è nella sfera giuridica di questi primi che la diminuzione patrimoniale deve realizzarsi, del tutto irrilevante rimanendo la compatibilità dell’interesse dell’intermediario con quello della impresa per cui opera.

Un ultimo tentativo di riforma, tra quelli che precedevano l’introduzione dell’odierno art. 2634 c.c., è quello presentato dai deputati Mammola ed altri, con il disegno di legge n 3015-B/S⁶⁷, approvato in Senato il 17 febbraio 1999: il disegno, contenente “*misure per la prevenzione dei fenomeni di corruzione*”, prevedeva all’art. 21 (Disposizioni penali) una duplice ipotesi di infedeltà: una prima, “generale”, contro gli abusi dei mandatari ovvero rappresentanti, ed una speciale, per l’ambito societario, da riferirsi all’amministratore. In entrambi i casi rimaneva libera, sul versante oggettivo, la condotta, essendo sufficiente che il mandatario ovvero l’amministratore “agisse contro l’interesse del mandante o rappresentato” ovvero “in difformità dai propri doveri” cagionando con ciò un danno; si prevedeva però un precedente cronologico: l’aver ricevuto per sé o per altri denaro o altra utilità o aver ricevuto la promessa.

Salta all’occhio poi il forte abbattimento del profilo sanzionatorio, limitato per l’infedeltà “generale” alla pena della reclusione fino a due anni; per l’infedeltà societaria invece si registrava un inasprimento (da sei mesi a quattro anni e pena

⁶⁶ Cfr. NAPOLEONI V., *Prospettive di riforma*, cit., p. 203.

⁶⁷ Pubblicata in Riv. trim. dir. pen. ec., 1999, p. 801.

pecuniaria); per quest'ultima poi viene anticipata la soglia di punibilità, non richiedendosi l'evento di danno.

Anche questo art. 21 veniva però stralciato nella seconda lettura della camera dei deputati.

La odierna formulazione, invece, del reato di infedeltà, fa proprie le suggestioni impartite dalla commissione ministeriale istituita con decreto del 24 luglio 1998 *“per l'elaborazione di uno schema di legge delega per la riforma del diritto societario”*, presieduta dall'allora sottosegretario all'economia prof. Antonino Mirone⁶⁸. Direttive informanti della riforma costituivano i principi di concentrazione e semplificazione delle ipotesi di reato, da attuarsi in primo luogo con l'abbandono della tecnica del rinvio ed il parallelo recupero di autonomia dogmatica per l'ambito penalistico.

L'art. 10 n. 12 del progetto così redatto conteneva delega per l'emanazione di un reato di *“infedeltà patrimoniale”*, consistente nel fatto *“degli amministratori, direttori generali e liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi, compiendo o concorrendo a deliberare atti di disposizione dei beni sociali al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, cagionano un danno patrimoniale alla società”*; a latere si prevedeva l'estensione della punibilità *“al caso in cui il fatto sia commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale”* e l'esclusione dell'ingiustizia del profitto della società collegato o del gruppo *“se essa è compensato da un vantaggio, anche ragionevolmente prevedibile derivante dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo”*.

Il primo rilievo è la definitiva opzione per la tecnica del reato proprio: si è preferito abbandonare la previsione pionieristica (ma dai risvolti di difficile previsione) di una infedeltà *“generale”* che si estendesse sopra qualunque

⁶⁸ In Riv. soc., 2000, p. 14 e ss.; cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 95 e ss.; MIRONE A., *Linee guida dello schema di d.d.l. per la riforma del diritto delle società*, in *Le Società*, 2000, p. 141; CONTI L., *La revisione del diritto penale societario. Introduzione*, in *Le Società*, 2000, p. 185; Più in generale con riguardo alle direttive dell'intervento di riforma del diritto penale societario cfr. ALESSANDRI A., *Appunti sulle prospettive di riforma del diritto penale societario*, in *Le Società*, 2000, p. 188 e ss.; MANNA A., *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in AA.VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004, p. 3 e ss.

attività gestoria nella quale la titolarità dei poteri dispositivi solo non coincidesse anche con la titolarità del patrimonio gestito; e si è previsto un illecito penale “di settore”, sulla scia di correnti di pensiero non difformi da quelle che informano il su richiamato art. 167 TUF, ma questa volta nell’ambito dell’attività di impresa esercitata in forma associata.

Sul versante oggettivo si è preferito accogliere le critiche di indeterminatezza rivolte alle soluzioni imperniate sul dualismo “abuso dei poteri/violazione dei doveri” che offrivano, ossia, il fianco a perniciose dilatazioni in ambito giurisprudenziale della figura criminosa; e seguire così il percorso già tracciato in ambito di mercati finanziari, circoscrivendo ossia la punibilità alle sole attività pregiudizievoli poste in essere nell’ambito di una preesistente ed obiettiva situazione di conflitto di interessi, che della condotta costituissero dunque il precedente logico e non anche il risultato.

In ragione dello stesso obiettivo di salvaguardare la tassatività e la determinatezza, si impiegava la struttura di reato di azione con evento di danno consistente appunto nel cagionamento di un “danno patrimoniale” alla società. Si è temuto, ossia, datane la natura squisitamente normativa, che la non rintracciabilità empirica dell’omissione si traducesse, in fusione con l’estrema vaghezza del sostrato civilistico in tema di obblighi degli amministratori, in una perdita di idoneità selettiva del dispositivo con riguardo alle condotte punibili, prestandosi così ad impieghi più o meno arbitrari da parte dell’organo giudiziario.

D’altro canto, perplessità ha suscitato il ritorno del conflitto di interessi, che insieme alla ora pronunciata mancata previsione della dolosa omissione di atti dovuti a difesa della società, si faceva ricondurre ad una “accidia legislativa”, ad una mancanza, ossia, di iniziativa che era invece tanto più necessaria in una materia sensibile e “fiacca” come quella in parola⁶⁹.

Passando al versante soggettivo, si attuava una ulteriore circoscrizione con la previsione di un dolo specifico di ingiusto profitto da realizzarsi per l’agente ovvero per altri.

⁶⁹ Cfr. CONTI L., *La revisione del diritto penale societario*, cit. p. 187.

Rilevante poi l'estensione della incriminazione ai fatti commessi in relazione ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi e che avessero cagionato un danno patrimoniale a questi ultimi.

Da ultimo, si approfondivano gli spunti già trovati nel più risalente progetto Pagliato con riferimento al fenomeno dei gruppi⁷⁰: la commissione guidata dal prof. Mirone sceglieva di escludere dalla sfera di punibilità dell'infedeltà patrimoniale quelle “*situazioni di conflitto <<formale>>*” relative ad operazioni inserite “*in un panorama di scambi intragruppo, anche in fieri, idonei ad assicurare in prospettiva un complessivo riequilibrio dei rapporti*”⁷¹.

Tuttavia, la fine della XIII legislatura determinava il naufragio della bozza Mirone, nel frattempo confluita nel disegno di legge governativa n. 7123 del 20 giugno 2000⁷².

Ciò non di meno il progetto veniva ripreso nelle sue linee essenziali nel corso della XIV legislatura con il disegno di legge governativo n. 1137 del 2001 (art. 11 n. 12) approvato alla camera il 3 agosto 2001 e poi al senato il 28 settembre 2001, con un convulso iter legislativo della durata “lampo” di quattro mesi. Al reato di infedeltà, rimasto nell'impianto identico, si aggiungevano le seguenti modifiche: in primo luogo il dolo specifico di ingiusto profitto si estendeva altresì all' “altro vantaggio”, da intendersi quindi come interesse anche non patrimoniale (melius: monetario) direttamente perseguito con la condotta di reato; sempre sul versante soggettivo, la previsione di un dolo intenzionale di danno, mediante l'aggiunta del discusso avverbio “intenzionalmente”⁷³; da ultimo la procedibilità a querela riposta nelle mani della figura classica della “persona offesa”.

Le modifiche così esposte venivano raccolte nella conseguente l. 3 ottobre 2001 n. 366 concernente “*delega al Governo per l'emanazione di uno o più decreti legislativi recanti la riforma organica della disciplina delle società di capitali e*

⁷⁰ Al riguardo cfr, il già citato MIRONE A., in *Linee guida*, cit. p. 143, per il quale “non è opportuna una disciplina specifica, ma è più importante garantire la trasparenza sull'esistenza del gruppo e consentire che alla capogruppo si assicuri la funzione di direzione e coordinamento”.

⁷¹ Così nella relazione annessa alla Bozza Mirone al par. 6.12.

⁷² In Riv. Soc., 2000, p. 14.

⁷³ V. infra, cap. VI, par. 5; cap. VII, parr. 1 e 3.

cooperative”, nonché “*la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali e altro*”.

La legge ora richiamata sfociava nel d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61⁷⁴ cui appunto si deve la formulazione del reato oggi in vigore e di cui si tenterà un’analisi nel capitolo che segue.

La fattispecie di infedeltà patrimoniale trovava così collocazione sistematica all’intero del codice civile, tra le disposizioni penali in materia di società e consorzi.

In ciò pare abbracciare dunque il modello francese anziché quello tedesco, nel quale il reato di *untreue* assume anzi un ruolo dogmatico imprescindibile all’interno dello *Strafgesetzbuch* tra i delitti riguardanti la tutela del patrimonio⁷⁵.

Sulla collocazione, infine, sembra aver avuto ruolo decisivo l’esigenza di collegamento e armonizzazione della disciplina penale con la normativa civilistica di riferimento⁷⁶.

⁷⁴ Pubblicato in GU n. 88 del 15 aprile 2002.

⁷⁵ V. retro, Cap. II, par. 2; cfr. per tutti: WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, 2° ed., Monaco, 2011; SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di Achenbach Hans e Ransiek Andrea, 3° ed., Heidelberg, 2012, p. 588.

⁷⁶ Così BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 99; confermando la già osteggiata “sanzionarietà” del diritto penale societario, ed il suo ruolo servente rispetto alla disciplina civilistica.

A tal riguardo suscita perplessità la già citata “inversione cronologica” delle riforme del diritto penale societario e del diritto societario; specialmente con riguardo alla disciplina del conflitto di interessi, che pare essere il fulcro attorno al quale si attivi la forza sanzionatoria della fattispecie. E che dalla sede di riforma è uscita sostanzialmente trasfigurata.

4. I soggetti attivi del reato.

Nella disciplina degli illeciti penali in materia di consorzi e società⁷⁷, la dogmatica tradizionale dei soggetti attivi del reato sconta un duplice “agone” teorico; in primo luogo urge un rimodellamento della teoria del reato proprio, che nel settore del diritto penale delle società costituisce il paradigma normativo - almeno numericamente - favorito; in secondo luogo, maggiore premura merita la problematica del concorso eventuale di persone del reato⁷⁸.

Si è già visto come il richiamo fatto alla tradizione germanica con la rubrica di <<infedeltà>> costituisca più un omaggio simbolico al motivo guida di un dibattito dottrinario approdato però, nel tempo, ben lontano dal punto di partenza: tra le tante divergenze, infatti, è proprio la struttura a soggettività ristretta che con maggiore decisione segna l’opzione della commissione per il francese *abus de biens sociaux*⁷⁹.

La riforma del 2002, infatti, portando a conclusione il travagliato “parto” del reato di infedeltà patrimoniale, preferiva perseverare nel taglio settoriale che già informava la fattispecie contravvenzionale di “gestione infedele” introdotta in tempi di poco precedenti all’art. 167 t.u.f.. Il legislatore ha giustamente temuto il “chiasso normativo” che una più generale “infedeltà del mandatario” sul modello tedesco⁸⁰ avrebbe potuto produrre, ed ha preferito una versione più “concentrata”, che, praticando una scrupolosa selezione dei possibili autori del reato, dirige la propria gittata sanzionatoria verso una categoria di soggetti che, per il ruolo di vertice che occupano nell’economia nazionale, già si sono distinti per la loro potenzialità lesiva e apparissero dunque meritevoli di speciali moniti da parte dell’ordinamento penale.

⁷⁷ Così la rubrica del Tit XI Libro V cdel codice civile che individua proprio negli enti richiamati le sedi esclusive dei reati in esso previsti.

⁷⁸ ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 48.

⁷⁹ MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 208

⁸⁰ Al momento, infatti, abbracciano questo modello solo l’art 173, nr. 7 del codice penale argentino⁸⁰, l’art 198 del codice penale di San Marino e la *Infidelidade* prevista all’articolo 224 c.p. del Portogallo.

Secondo il tenore, dunque, dell'art. 2634 c.c., potranno commettere il reato di infedeltà patrimoniale solo *“gli amministratori, i direttori generali ed i liquidatori”*.

D'altra parte, il novero dei possibili autori si allarga non solo fino a ricomprendere, come è naturale, i concorrenti nel medesimo reato ex art. 110 c.p., ma anche quanti ai sopra richiamati sono equiparati in forza della speciale clausola di estensione delle qualifiche soggettive operata dall'art. 2639 c.c.⁸¹.

Principiando l'analisi delle qualifiche, così richiamate, degli *“amministratori, direttori generali e liquidatori”*, non può tacersi come queste evocano un complesso di disposizioni squisitamente civilistiche in rispetto alle quali si ripresenta il non poco scomodo problema dell'accessorietà del diritto penale rispetto allo jus privatorum; nel caso in specie è in questione la possibile indipendenza dogmatica del concetto di amministrazione rispetto alla normativa civilistica, in aperto conflitto con la forza *“magnetica”* che quest'ultima inevitabilmente (data anche la collocazione sistematica dei reati societari all'interno di apposito titolo del codice civile) attua sulla disposizione penale.

Il problema ora accennato è tanto più complesso ove si pensi che l'introduzione del reato in parola precedeva di un anno la riforma del diritto societario⁸².

In questa sede, più approfondita trattazione merita, poi, una delle più attese introduzioni del decreto legislativo n. 61 del 2002: ci si riferisce all'art. 2639 c.c., rubricato *“estensione delle qualifiche soggettive”* e che, a parere dei più, costituisce uno dei momenti creativi più felici della riforma di inizio secolo⁸³.

Partendo dal soggetto di diritto classico, con ciò chiamandosi quello *“formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile”*, l'articolo in parola opera una duplice equiparazione:

- in primo luogo sancisce l'equivalenza, rispetto ai soggetti di diritto classico, di quei soggetti, non meno di diritto, ma *“tenuti a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata”*;

⁸¹ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 99.

⁸² V. retro, cap. V, par. 3.

⁸³ Cfr. ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 50.

- secondariamente stabilisce l'equivalenza tra il medesimo soggetto appunto "classico" ed il soggetto invece di fatto, che la norma in questione individua in chi "*esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*".

Al capoverso, poi, con clausola di sussidiarietà espressa che fa salva l'applicazione delle norme riguardi i delitti dei pubblici ufficiali, limitatamente alle disposizioni sanzionatorie degli amministratori si sancisce che queste si applicano anche a "coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni della stessa posseduti o gestiti per conto di terzi".

La ratio di un siffatto meccanismo di equivalenza, che però esprimeva nelle vie della legalità un principio di diritto già consolidato nella giurisprudenza, è quella di recuperare ocolutezza e idoneità punitiva per la sanzione penale, discostandosi da qualifiche formali sterili e facilmente eludibili, che lasciavano aperte "preoccupanti sacche di impunità"⁸⁴.

D'altro canto non sembrano potersi trascurare talune emergenti ristrettezze della norma in questione: prime tra tutte le perplessità ermeneutiche che suscita la restrizione dell'operatività dell'art. 2639 c.c. al solo ambito degli illeciti di diritto penale societario contenuti nel titolo XI del Libro V del codice civile⁸⁵; ciò non di meno- si è detto- la norma appariva al legislatore come la trasposizione, almeno in parte, nel tessuto codicistico di un principio già consolidato in giurisprudenza. Poco chiaro, invece, rimane il motivo per cui la formula di restrizione non sia stata riproposta nel capoverso⁸⁶.

Andando poi più nello specifico: per ciò che attiene alla prima equiparazione parrebbe, più propriamente, una rete di salvataggio approntata dai riformatori in sede penale per scongiurare le difficoltà che, ad attenta previsione, sarebbero potute derivare dalla moltiplicazione dei modelli gestionali oggetto della (allora futura) riforma del diritto societario⁸⁷. Non si tratta infatti, a ben vedere, di un soggetto di fatto, come dimostra l'assente

⁸⁴ ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 51.

⁸⁵ Di più ampio respiro era invece la proposta contenuta nel progetto Pagliaro leggi dopo su ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p..

⁸⁶ ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, op. loc. ult. cit..

⁸⁷ ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 53.

richiamo ad indici più segnatamente fattuali quali ad esempio la significatività e la continuatività; sono anzi soggetti dotati di formali qualifiche legali e tuttavia tenuti (*ex lege*) ad attività solo “simili” rispetto a quella dei soggetti preindividuati dalla norma, ancorché con diverso *nomen juris*. Ad essere qui sancita non è dunque tanto l'irrilevanza della nomina formale, o della validità di un tale atto di nomina (che è il *quid* della seconda equiparazione) quanto invece quella del diverso nome giuridico adoperato per la nuova figura.

Per ciò che, poi, attiene alla seconda estensione, questa esprimeva, nelle forme della legge scritta, il sedimento di un annoso dibattito dottrinario e di un costante e fruttuoso lavoro giurisprudenziale. Contro quanti per ragioni di certezza del diritto richiedevano per l'attivazione del dispositivo penale il crisma di una qualifica extrapenalistica (teoria formalistica), l'art. 2639 c.c. segnava la vittoria della teoria funzionalistica per la quale è soluzione più aderente al principio di anti giuridicità sostanziale quella che veda i destinatari della norma penale quanti, indipendentemente dalla loro qualifica, godono, anche solo di fatto, di una speciale relazione di prossimità con il bene giuridico da questa tutelato⁸⁸.

A tal riguardo, se si può plaudere alle formule della significatività - che richiama ad un ruolo centrale nella gestione complessiva dell'impresa - e della continuatività - che vale ad escludere dalla rilevanza penale quelle partecipazioni isolate o solo sporadiche alla gestione - dubbi possono invece porsi per i poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione, il cui contenuto è lasciato alla attenta valutazione della giurisprudenza⁸⁹.

⁸⁸ Cfr. ALESSANDRI A., *Appunti sulle prospettive di riforma del diritto penale societario*, cit., p. 193, che in tema di amministratori di fatto esprime i suoi “seri dubbi sul fondamento e sulla razionalità della figura, specie osservando le disinvolute applicazioni offerte dalla prassi corrente”, aggiungendo che “non vi è dubbio che assai spesso la figura è utilizzata per una più che discutibile dilatazione della sfera dei soggetti responsabili”.

⁸⁹ V. per tutti ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 59, che richiama tra gli indizi tipicizzanti l'immagine di “chi svolge continuativamente e significativamente le funzioni di amministrazione”: la tipologia dei comportamenti gestori in effetti realizzati; la “qualità” degli stessi; il quantum dei fatti di gestione tecnico-economica e gli orientamenti di indirizzo volti alla realizzazione ed all'attuazione dell'oggetto sociale in concreto realizzati, unitamente alla correlativa (ed essenziale) presenza di un *quid* non certo esiguo

Ciò detto in merito ai possibili ampliamenti della cerchia dei soggetti attivi dell'art. 2634 c.c., bisogna aggiungere, per contro, come salti però subito all'occhio l'esclusione dei sindaci e dei soci⁹⁰: la scelta sembra a prima vista obbligata dalle stesse condotte esecutive del reato (compimento o partecipazione alla deliberazione di atti dispositivi dei beni sociali), che si concreta nella spendita di poteri gestori che, di fatto, alle due ora citate categorie non appartengono⁹¹.

L'esclusione potrà suscitare, dunque, perplessità, in solo due ipotesi.

In primo luogo per il caso in cui sindaci e soci posseggano di fatto poteri di disposizione del patrimonio sociale: nel caso in specie, tuttavia, dovrà però considerarsi operante la clausola di estensione dell'art. 2639 c.c. e questi saranno tenuti penalmente responsabili delle condotte infedeli poste in essere nell'esercizio della loro amministrazione di fatto; in secondo luogo, lo si anticipa,⁹² la partecipazione nella deliberazione dell'atto gestorio che costituisce una variante esecutiva del reato, ha un ambito ben più ampio del mero esercizio determinante del potere di voto in seno al consiglio di amministrazione, ricomprendendo qualsiasi condotta che abbia determinato un contributo causale alla deliberazione pregiudizievole. Conseguentemente, per questo secondo caso, la responsabilità dei soci e sindaci potrà fondarsi in base alla disciplina generale del concorso di persone nel reato contenuta all'art 110 c.p.

di autonomia decisionale; la libera conduzione di strategie gestionali anche rischiose; la "continuità" gestionale; l'esteriorizzazione personale della volontà sociale; le attività deliberative direttamente esplicate; l'eventuale vigilanza e l'avvenuta esecuzione delle delibere assembleari; l'organizzazione interna della società; nonché, come ulteriore prospettazione, l'affidamento riposto dagli "altri" – organi della società o terzi – nei comportamenti del soggetto in parola e la consequenziale accettazione degli atti dallo stesso perfezionati quali atti "dell'amministratore"; il tutto con la variabile, per una maggiore personalizzazione della qualifica di fatto, del tipo di società e delle dimensioni della stessa".

⁹⁰ Con riguardo ai dubbi di legittimità costituzionale che hanno investito il mancato inserimento dei soci cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 119, che in merito ricorda che la "individuazione dei soggetti attivi del delitto ex art. 2634 c.c. risulti una scelta di criminalizzazione riservata al legislatore e sottratta, come tale, al sindacato della Corte costituzionale".

⁹¹ MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. pp. 208-209.

⁹² V. infra cap. VI, par. 3.

5. Il bene giuridico tutelato.

Disquisizione a parte merita l'individuazione del bene giuridico, distintosi sin dalle prime battute della teoria generale del reato come uno dei momenti più qualificanti del processo ermeneutico della norma penale.

Va ricordato come fosse già Bricola, nel suo più famoso scritto⁹³, abbracciando la concezione di antigiuridicità sostanziale, a ricostruire il reato come "fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante" che "il legislatore ha il dovere di tutelare penalmente nella sua dimensione costituzionale".

Concentrando invece l'attenzione sullo speciale ambito dei reati societari, un primo punto da trattare è la transizione, attuata con la più recente riforma, della prospettiva di tutela dal capitale sociale (e le annesse riserve indisponibili) al patrimonio sociale⁹⁴.

Prima della riforma del 2002 il panorama degli illeciti penali dedicati all'ambito societario offriva una tutela intensa e minuziosa del capitale sociale, e con esso delle riserve indisponibili, in dichiarata funzione di garanzia dei creditori sociali; meno acuta e spesso insufficiente quella invece approntata per il patrimonio sociale nel suo complesso⁹⁵, da intendersi come l'insieme dei rapporti giuridici economicamente valutabili e degli elementi patrimoniali facenti capo alla società perché acquisiti nel corso della gestione sociale ovvero a questa devoluti dai soci per la realizzazione dell'oggetto sociale.

Invero, nelle fattispecie che con la sfera di operatività della odierna infedeltà patrimoniale si voleva sostituire, segnatamente i previgenti artt. 2631 (Conflitto di interessi) c.c., 2624 c.c. (Prestiti e garanzie della società) e 2630,

⁹³ Si intende BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 17, ora anche in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997.

⁹⁴ Cfr. ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 11.

⁹⁵ Cfr. D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali*, Milano, 2004, p. 29 e ss..

comma II (Percezione illecita di compensi o partecipazioni)⁹⁶, già si individuava l'oggetto giuridico della norma nel patrimonio sociale inteso come l'interesse degli appartenenti alla compagine sociale "all'ottimizzazione, secondo criteri di economicità della gestione delle proprie risorse patrimoniali"⁹⁷.

Si è visto però come il decreto legislativo rispondesse alle direttive di concentrazione e semplificazione della tecnica penale, nonché all'esigenza di elevare gli standard di offensività della norma, ribaltando lo stampo fortemente formalistico che improntava le fattispecie previgenti e concentrando l'arcipelago di microilleciti a tutela del capitale⁹⁸ in dispositivi di più ampio spettro e focalizzati massimamente sulla tutela del patrimonio sociale⁹⁹.

Ed il discorso pare valere anche per il reato di infedeltà patrimoniale, come risultante dal riformato articolo 2634 del codice civile: non pare infatti irragionevole dedurre dalla configurazione del reato quale uno di evento, che questo sia posto a tutela del patrimonio sociale; è sul danno a quest'ultimo che trova ultima e concludente conferma quel disvalore espresso, nell'ambito della condotta, dalla situazione di conflitto di interessi e nelle diramazioni del dolo, specifico di profitto (od altro vantaggio) e intenzionale di danno¹⁰⁰. Non è di scarsa utilità ripetere che una tra le linee direttive cui si ispirava la riforma, espressa anche nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 61 del 2002, fosse proprio quella della maggiore adesione al principio di offensività, da realizzarsi attraverso la tipizzazione attenta e la precisa selezione delle sole

⁹⁶ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 197; NAPOLEONI V., *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio*, in *Le Società*, 2000, p. 203.

⁹⁷ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 103; cfr. anche FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997 p. 29; Idem, *Reati societari*, in C. PEDRAZZI -A. ALESSANDRI -L. FOFFANI -S.SEMINARA -G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed., Bologna, 1999, p. 362; NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 453.

⁹⁸ Ci si riferisce qui ai previgenti articoli 2622, 2624, 2631, 2620 c. 2, n. 1, del codice civile.

⁹⁹ Cfr. D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 32.

¹⁰⁰ Cfr. ALDROVANDI P., *Art 2634*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A.Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p.133 per cui "è fin troppo evidente che la fattispecie è volta alla tutela del patrimonio sociale, la cui lesione costituisce l'evento del reato, mentre la situazione conflittuale è il mero presupposto della condotta".

condotte realmente lesive dei beni giuridici. Ciò considerato non pare un errore logico richiedere che proprio sull'elemento del danno sia misurata la incompatibilità dell'interesse rispetto a quello sociale¹⁰¹ tanto più ove si consideri come proprio la citata relazione precisasse che la nuova infedeltà patrimoniale rispondeva all'esigenza "di protezione del patrimonio sociale contro gli abusi posti in essere da parte dei titolari dei poteri gestori"¹⁰².

Dalle considerazioni ora svolte può dunque concludersi che l'interesse di rango costituzionale assunto ad oggetto privilegiato di tutela dell'art 2634 cc. è il patrimonio sociale¹⁰³; ancora meglio, l'infedeltà per storia e scopo, al di là di talune incongruenze della formulazione cui si farà cenno più avanti deve considerarsi la principale figura dei nuovi reati societari a tutela di tale bene¹⁰⁴.

In parallelo bisogna poi prendere atto dell'avvenuto affievolimento della tutela del capitale sociale, riconducibile, nella versione riformata del titolo XI del libro V, ai soli articoli 2626 c.c., 2627 c.c. (che costituisce, si noti, una ipotesi contravvenzionali), 2628 c.c. e più in particolare all'art 2632 c.c. (Formazione fittizia del capitale), che ad oggi rappresenta la principale tutela del bene giuridico in questione. Un tale affievolimento si osserva su di un duplice profilo;

¹⁰¹ Cfr. ACQUAROLI R., *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, p. 170.

¹⁰² Cfr BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 105.

¹⁰³ La centralità degli interessi patrimoniali è anche nella storica ricostruzione del NUVOLONE; Cfr. anche CORVI P., *Parte civile e nuovi reati societari*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 719; ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012, p. 13, che aggiunge in alternativa e "relativamente ai beni posseduti od amministrati per conto di terzi", la "ricchezza da essa disponibile" e in via parallela "il dovere oggettivo di correttezza, di affidabilità e di fedeltà che non deve portare l'organo gestorio a strumentalizzare l'ufficio per fini privati"; Così anche SANDRELLI G., *Artt. 2634 e 2635 c.c.*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004; Contrariamente GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, II° ed., Torino, 2004, p. 291 il quale ritiene che, in caso di danno ai terzi, chi sopporta il risarcimento è in realtà il patrimonio sociale da ritenersi indirettamente pregiudicato; v. anche FOFFANI L., *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. p. 356, che individua il bene giuridico dell'art. 2634 c.c. capoverso negli interessi patrimoniali dei terzi.

¹⁰⁴ Cfr BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 105; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 93; FONDAROLI D., *Introduzione ai delitti di << infedeltà >>*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 393.

da una parte sono state fortemente abbattute le sanzioni (nella maggior parte dei casi previste fino ad un anno) e la loro concreta applicazione resa difficile dal non infrequente impiego di cause estintive del reato (si pensi alla ricostituzione del capitale di cui all'articolo 2627 comma secondo c.c., la ricostituzione del capitale sociale o delle riserve ex articolo 2628, comma terzo c.c., ed il risarcimento del danno ai creditori di cui al secondo comma dell'art. 2629 c.c.). dall'altra una tale tutela del capitale sociale pare essersi più propriamente convertita nella tutela del patrimonio dei creditori, e più nello specifico nella tutela dei diritti di credito alla cui soddisfazione la conservazione del capitale sociale è diretto.

Attenta dottrina ha messo però in luce come la così svigorita difesa approntata dall'ordinamento per il capitale sociale non debba ritenersi svanita nel nulla, ma, a seguito del superamento del manicheismo patrimonio-soci/capitale-creditori cui il panorama dei reati societari ante riforma era improntat¹⁰⁵, può dirsi anzi pienamente ricomparsa all'interno di quel patrimonio sociale che è primo obiettivo di tutela del titolo XI in parola: il patrimonio, oggetto dei riformati illeciti penali societari, è non solo il "corpo" della società che in esso si identifica, ma, insieme, garanzia per i soci (che del patrimonio sono i titolari economici), e soprattutto, per i creditori sociali.

Conseguentemente il reato di infedeltà andrà ritenuto altresì primo protagonista anche nella tutela di quest'ultima categoria di soggetti.

Un secondo punto da trattare può essere il tema della fedeltà.

Non deve confondere la suggestiva rubrica, da ritenersi invece evocativa di un decennale dibattito che teneva, come non di rado avviene nella letteratura giuridica italiana, a primo referente, la parallela esperienza tedesca; a tal riguardo, lo si è studiato¹⁰⁶, non ha trattenuto la giurisprudenza costituzionale e di legittimità dall'esclusione a tutto tondo della qualifica di bene giuridico, anche in oltralpe riservato tradizionalmente in via esclusiva al patrimonio.

¹⁰⁵ D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 36; più in generale sul rapporto tra patrimonio sociale e capitale sociale cfr, anche AMATI E., *Infedeltà patrimoniale* in AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 402 e ss; FOFFANI L., *Le infedeltà*, cit. p. 357 e ss.; BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 107.

¹⁰⁶ Vedi retro. Cap. II.

Non di meno in Italia non sono poche le ragioni che suggeriscono per l'esclusione del bene in parola tra quelli presi a mira dalla norma.

In primo luogo, già sufficiente è da ritenersi il richiamo al patrimonio sociale tra i valori di rango almeno costituzionali che giustificano l'esercizio della forza penale; il patrimonio è infatti oramai un *habituè* tra gli interessi tutelati: è palpabile, dotato ossia di consistenza empirica e rilevabilità naturalistica, ed assicura un forte ancoraggio con i principi della costituzione¹⁰⁷.

In secondo luogo, bisogna distinguere: ove vogliasi intendere fedeltà nel suo contenuto "emozionale", non può nascondersi come la natura spirituale del bene fedeltà ne comprometterebbe in via irreversibile la "visibilità" nel suo ruolo di bene giuridico¹⁰⁸, conducendo così ad un sostanziale naufragio della norma nel *mare magnum* dei più disparati abusi giurisprudenziali.

Se invece ci si riferisce alla fedeltà come concetto normativo, questa si manifesta allora, a ben vedere, nell'adempimento di un obbligo il cui contenuto sostanziale sarà il bene giuridico che si deve avere a mira¹⁰⁹.

Da ultimo, un siffatto concetto di fedeltà, differentemente dal patrimonio, che trova minuziosa disciplina in tutti i rami dell'ordinamento non da ultimo quello costituzionale, si presenta all'interprete "normativamente nudo", come "ipostasi etica", senza una qualsiasi base d'appoggio civilistica di riferimento.

D'altro canto non pare corretto omettere come già nei lavori preparatori numerosi fossero i riferimenti a beni giuridici più "volatili", da affiancarsi al solido patrimonio, come, in via d'esempio, la "correttezza della amministrazione dell'impresa"¹¹⁰, ovvero la astratta "regolarità del mercato" che secondo la relazione di accompagnamento rientra nel campo di tutela del diritto penale

¹⁰⁷ Cfr. FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi*, cit., p. 33 per cui: il patrimonio sociale è "dotato altresì, ai sensi degli artt. 41 e 42 Cost., di sicura rilevanza costituzionale, sia nel suo aspetto statico (patrimonio sociale come proprietà sociale), sia nella sua dimensione dinamica (patrimonio sociale come strumento per la realizzazione dello scopo sociale, cioè come mezzo per l'esercizio di un'attività economica diretta al conseguimento di un utile patrimoniale); Cfr. anche BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 104.

¹⁰⁸ Cfr, sempre BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 104.

¹⁰⁹ Non diversamente avviene nell'ordinamento tedesco, in cui l'affidamento costituisce appunto l'obbligo di generale cura del patrimonio altrui.

¹¹⁰ Cfr. la relazione del deputato Pecorella, sul D.L. 1137 (poi l.del 366/2001) in Riv. trim. dir. pen. ec., 2001, p. 674.

dell'economia. Con ciò si vuole lasciare intendere che il legislatore non pareva del tutto ostile, neanche per il "freddo" ambito societario, ad un arricchimento "spirituale" della tavolozza dei beni giuridici, anche se solo in chiave strumentale rispetto ai patrimoni che compongono l'economia nazionale.

Terminando sul punto, deve così concludersi che se all' infedeltà non può riconoscersi dignità di bene giuridico, questa delinea però la particolare modalità con cui si realizza l'offesa al patrimonio¹¹¹, costituendo più propriamente un elemento strutturale della condotta¹¹².

Dall'individuazione, poi, del patrimonio, come esclusivo oggetto di tutela della infedeltà patrimoniale discendono taluni corollari, che meritano di essere riportati. E' sulla lesione del patrimonio che andrà valutata la portata offensiva, e dunque la meritevolezza della pena della condotta.

In primo luogo, per quanto attiene la situazione in cui l'atto dispositivo ovvero la delibera deve inserirsi, *scilicet* il conflitto di interessi, questo consiste, lo si vedrà nel sacrificio un interesse sociale ed uno extrasociale: ora, se tra i termini del conflitto l'interesse sociale è senza dubbio uno "di ordine patrimoniale" alla conservazione del patrimonio e al conseguimento del massimo utile¹¹³, il secondo, ossia l'interesse extrasociale per la cui realizzazione è necessario un sacrificio patrimoniale per la società, dovrà non di meno essere suscettibile di una valutazione economica oggettiva.

Il rischio sarebbe quello di mischiare due codici tra di loro incompatibili, un interesse puramente soggettivo a sacrificio di uno oggettivo. L'altro

¹¹¹ Nella dottrina tedesca: il concetto di *Modalitätsangriff*; v. retro, cap. II.

¹¹² BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 103, NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 453; FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi*, cit., p. 36; PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 577; ad una pari conclusione bisogna, poi, giungere anche per il recentemente riformato articolo 2635 c.c. ad oggi rubricato "Corruzione tra privati", in cui trova espresso richiamo un "obbligo di fedeltà" la cui violazione qualifica la condotta.

¹¹³ PEDRAZZI C., *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1993, p. 390; ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 134 per cui "oggi il carattere patrimoniale dell'interesse sociale trova peraltro una conferma nella struttura della fattispecie in cui il danno patrimoniale costituisce l'evento, sul quale si incentra quindi il momento offensivo della fattispecie".

vantaggio¹¹⁴ se non è monetario non di meno deve essere suscettibile di valutazione in termini economici¹¹⁵. Inoltre è l'intenzionalità di danno, che richiede che l'interesse incompatibile che motiva il compimento o il concorso alla deliberazione dell'atto dispositivo contenga in nuce una diminuzione patrimoniale a carico della società¹¹⁶.

Dalla individuazione del patrimonio quale bene giuridico esclusivo dell'infedeltà si impone poi una lettura "economica" dell'art. 2640 c.c. contenente la circostanza attenuante da applicarsi a tutti i "fatti previsti come reato dagli articoli precedenti" tra cui anche l'art. 2634 c.c., consistente nell'aver "cagionato un'offesa di particolare tenuità". Discusso a tal riguardo il rapporto tra la circostanza attenuante speciale in parola e quella comune ¹¹⁷ ; dall'interpretazione qui proposta pare però doversi concludere per l'assorbimento in ragione della specialità.

Da ultimo, e con riguardo alla procedibilità a querela, non potrà evitarsi di individuare la persona offesa in "quella a cui riesce riferibile il danno patrimoniale intenzionalmente cagionato dagli autori dell'illecito e, dunque, anche un estraneo alla compagine sociale.

Questo è inevitabile per i casi di cui al comma secondo dell'art. 2634 c.c.. Discusso è invece se possano considerarsi persone offese i creditori sociali: la risposta al quesito non può non essere positiva se si abbraccia la teoria per cui la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale costituisce prima garanzia anche per questa categoria di soggetti: conseguentemente il reato di infedeltà appronterebbe nei loro confronti una tutela diretta e non solo strumentale.

¹¹⁴ Peraltro introdotto dalla riforma innovando il precedente progetto della commissione Mirone.

¹¹⁵ Diversamente ALDROVANDI P., *Art 2634*, op. loc. ult. cit., che partendo dall'inserimento nel dispositivo della forma "altro vantaggio" deduce che il legislatore abbia voluto " chiarire, esplicitamente, la possibilità che l'agente agisca per il perseguimento di un'utilità di carattere non economico".

¹¹⁶ FOFFANI L., *Reati societari*, cit., p. 366., che allo stesso modo imposta la situazione in parola come un "conflitto tra interessi obiettivamente valutabili e riferiti ad entità economicamente valutabili".

¹¹⁷ Cfr FONDAROLI D., *La circostanza attenuante e la misura di sicurezza patrimoniale* p. 499.

CAPITOLO VI

STRUTTURA DELLA INFEDELTA' PATRIMONIALE.

SOMMARIO: 1. Il presupposto della condotta: il conflitto di interessi. – 2. La disciplina civilistica del conflitto di interessi: il nuovo art. 2391 c.c. - 3. La condotta esecutiva: il compimento ed la partecipazione nella deliberazione di atti dispositivi. – 4. L'evento: il danno patrimoniale. – 5. L'elemento soggettivo. – 6. L'infedeltà patrimoniale in rapporto ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. – 7. Infedeltà del gruppo societario: la formula dei vantaggi compensativi. Natura della clausola e criteri di valutazione del vantaggio. – 8. Regime di procedibilità e profili sanzionatori. Responsabilità dipendente da reato: esclusione. – 9. Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: la specialità reciproca e l'area di interferenza.

1. Il presupposto della condotta: il conflitto di interessi.

Presupposto obiettivo del fatto tipico dell'infedeltà patrimoniale è l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi¹.

Al legislatore penale si presentavano in sede di riforma due opzioni normative, già in precedenza analizzate. Da una parte poteva aderire alle

¹ Sul tema si sono esaurientemente misurati: ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale* in AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 405; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 112 e ss.; D'AVIRRO A. –MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali*, Milano, 2004, p. 65; FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo, Paliero, II ed., Padova, 2007, p. 2519 e ss; ROMANO M., *L'omessa comunicazione del conflitto d'interessi e i reati di infedeltà (artt. 2629-bis, 2634 e 2635 cod.civ.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 467, ora anche in Dassano F. – Vinciguerra S. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, 2010, p. 805; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2007, p. 209.

suggerimenti già avanzate dal progetto di riforma del codice penale redatto dalla commissione Pagliaro ed ossia: optare per la struttura dualistica che informa il corrispondente dispositivo tedesco e prevedere due varianti esecutive del reato, in cui già fosse incorporato il disvalore da confermarsi nell'integrazione dell'evento di danno, una di abuso dei poteri connessi al mandato gestorio, ed un'altra, alternativa rispetto alla prima, di violazione dei doveri che costituiscono il contenuto sostanziale del rapporto in questione.

D'altra parte, poteva invece optare per il modello già previsto dall'ordinamento francese, cui sostanzialmente si rifà quello spagnolo, ed estrarre dunque il disvalore dalla condotta - che rimane per conseguenza assiologicamente "spoglia" e consistente in una qualunque azione (od omissione) purché esecutiva del mandato - e riposizionarlo in una situazione "ambientale" che la condotta in questione precedesse, e di cui anzi costituisse un antecedente sia logico che cronologico².

"Nell'ottica del più rigoroso rispetto del principio di tassatività delle fattispecie penali"³, tra le due opzioni ora presentate si è scelto di prevedere una "situazione di conflitto di interessi", perché fungesse da "criterio propedeutico di pre-selezione dei comportamenti tipici"⁴.

La ratio di una siffatta opzione normativa, va rintracciata nella "esigenza di evitare quell'indeterminatezza dei confini della fattispecie che, alla stregua

² Cfr. D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit. p. 60, che, procedendo ad una attenta comparazione tra il modello italiano e quello francese osserva come " il nucleo essenziale della condotta o meglio il requisito che assegna il disvalore sociale alla condotta, in entrambe le ipotesi, è dato dal porre in essere da parte dell'amministratore atti di disposizione che si pongono in contrasto con l'interesse sociale". Non bisogna però dimenticare che la struttura del reato di evento vale a diversificare irrimediabilmente l'infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c., dall'*abus de biens sociaux* francese; Infatti "la previsione del << danno >> alla società, come evento del reato, risente della fattispecie regolata dall'art. 295 del codice civile spagnolo che individua il modello di amministrazione sleale nell'abuso delle funzioni da parte degli amministratori che, disponendo fraudolentemente dei beni della società, o contraendo obbligazioni a carico di questa, provocano direttamente un danno economico valutabile ai soci, depositari, partecipanti dei conti o titolari dei beni, valori o capitali che amministrano".

³ Così, sul tema di conflitto di interessi, il relatore On. Pecorella, illustrando in un intervento in Commissione Parlamentare, lo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge delega n. 366/2001;

⁴ Così FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2519.

dell'esperienza comparatistica, ha spesso caratterizzato, in negativo, gli esperimenti di criminalizzazione dell'infedeltà patrimoniale (tanto in via generale che nello specifico ambito societario). Scartando soluzioni imperniate su concetti del tipo "abuso dei poteri" o "violazione dei doveri", il cui impiego rischierebbe di dilatare eccessivamente la figura criminosa, rendendone insufficientemente definiti i confini, si è ritenuto che la via d'intervento preferibile fosse quella già percorsa, nel campo dei rapporti tra intermediari finanziari e clientela, dall'art. 168 t.u.f.: quella, cioè, che circoscrive la relazione punitiva agli atti di infedeltà posti in essere in una situazione di conflitto di interessi"⁵.

La separazione tra proprietà e gestione è oramai un *topos* ricorrente della moderna economia d'impresa, in cui gli amministratori sono destinatari di un mandato giuridico per la gestione di patrimoni di cui non sono titolari e per l'esercizio di diritti e poteri per conto di altri; la disciplina civilistica della trasparenza gestoria, cui ora si è aggiunto il presidio penale, ha lo scopo di accorciare lo scarto informativo che offre il destro agli amministratori per il facile sviamento dei loro poteri.

L'introduzione del presupposto del conflitto di interessi aveva la mira di prevenire indebite ingerenze degli organi giurisdizionali nella delicata attività di impresa, separando le perdite riconducibili al normale rischio d'impresa da quelle invece prodotte da un doloso sviamento dei poteri gestori.

L'arricchimento descrittivo della fattispecie, tuttavia, se ne aumenta la determinatezza, ha come sicuro contrappasso un "indebolimento legislativo" delle fattispecie"⁶: un'eccessiva "carica" descrittiva rende infatti spesso impraticabile la prova ed inservibile il dispositivo penale.

Un tale conflitto è innanzitutto una *incompatibilità* di interessi antagonisti, per cui il soddisfacimento dell'uno esclude a priori quello dell'altro; in questione

⁵ Così la *Relazione illustrativa* al d.d.l. 20 giugno 2000, n. 7123, Riv. soc. 2000, p. 79.

⁶ L'espressione è di ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, cit., p. 744, che l'autore collega però, con riguardo alle fattispecie che tutelano contro le situazioni di conflitto di interessi, "all'arricchimento di elementi oggettivi e soggettivi che ha caratterizzato le due fattispecie: da reato di pericolo a reato di danno, da dolo comune a dolo intenzionale". L'appunto è certamente valido per la fattispecie di infedeltà patrimoniale, ciò non di meno

è se una siffatta incompatibilità debba essere *assoluta*, per cui la realizzazione d'un interesse annienta totalmente quella dell'altro, senza che sia possibile un "reciproco contemperamento realizzato attraverso modalità particolari dell'operazione"⁷; ovvero anche la contrapposizione possa profilarsi come non integrale, e condurre ad una soddisfazione però solo parziale degli interessi in gioco⁸.

Di un tale conflitto rimane da individuare con precisione il contenuto, con la precisazione che proprio l'elemento al vaglio, data la peculiare veste che assume sul versante obiettivo del reato, costituisce più di ogni altro il perno su cui si aprono o si chiudono le maglie dell'azione penale sugli eccessi di potere dei titolari del potere gestorio: è infatti la situazione di conflitto di interessi che più di ogni altro elemento della fattispecie traccia la linea di confine tra attività appartenenti alla fisiologica conduzione dell'impresa e quelle che invece costituiscono reato.

Principiando nell'analisi, la problematica degli interessi in conflitto in ambito penalistico si è forgiata principalmente in due separati crogioli del dibattito dogmatico e di politica criminale; sul conflitto dell'amministratore nella gestione della società da un lato, e su quello del pubblico ufficiale e dei soggetti a questo equiparati nei confronti della cosa pubblica⁹. A bene vedere, infatti, il pubblico ufficiale rispecchia per la pubblica amministrazione quella separazione tra proprietà e gestione che qualifica gli amministratori di società di capitali: può anzi dirsi che "l'infedeltà patrimoniale altro non è se non l'abuso da parte dell'amministratore dei poteri che gli competono in quanto tale, all'interno di un ente privato, anziché pubblico"¹⁰.

Non pare dunque scorretto, anche per questione di generale coerenza interna dell'ordinamento penale, instaurare un virtuoso scambio dogmatico e di

⁷ NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, p. 46.

⁸ ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012, pp. 281 e 282.

⁹ Si veda ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, cit., p. 743. NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale*, cit., pp. 50 e ss., 74 e ss.; FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, pp. 5 e ss.; D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit. p.60 e ss..

¹⁰ Così D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 61.

strumenti ermeneutici tra le due fattispecie di infedeltà patrimoniale e dell'assai prossimo abuso d'ufficio disciplinato all'art. 323 del codice penale¹¹.

Già la riforma dell'art. 323 c.p. ,attuata con legge n. 234 del 16 luglio 1997, preparava la similitudine tra i dispositivi trasformando il reato da uno di pericolo ad uno di danno, e richiedendo sul versante soggettivo l'intenzionalità del vantaggio guadagnato o del danno cagionato; nonostante poi la stessa legge articolasse più profondamente la condotta esecutiva (in due varianti: una di violazione di norme di legge o di regolamento e una di mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi in cui l'astensione era prescritta) si è sostenuto che l'atto di disposizione richiamato dall'articolo 2634 c.c. costituisce un simile impiego abusivo dei poteri gestori, e si concreta nella medesima "ingerenza profittatrice"¹² ossia nella strumentalizzazione di un atto dispositivo (atto amministrativo) per il conseguimento di un fine (interesse) diverso e incompatibile da quello che si deduce dal mandato sociale (dalle norme di legge o di regolamento).

Un secondo non trascurabile serbatoio teorico per lo studio del conflitto di interessi costituisce certo l'elaborazione giurisprudenziale già rodata nell'ora abrogato articolo 2631 del codice civile¹³; Sotto il suo vigore la dottrina, con il successivo avallo della giurisprudenza¹⁴, ovviava alla scarsa nitidezza di un siffatto concetto normativo ricorrendo alla redazione di elementi di tipo indiziario e cioè che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, qualificano come conflittuale la presenza di un interesse in gioco.

Sulla stregua di un siffatto pensiero si è giunti alla massima latezza della forbice interpretativa del conflitto di interessi, giungendo a ricomprendere

¹¹ A tal riguardo, si saluta con favore il recente inasprimento dei profili sanzionatori che, con legge n. 190 del 6 novembre 2012 si è inteso attuare per la fattispecie pubblicistica. Ove si abbracci, però, il qui proposto parallelismo con la corrispondente fattispecie in ambito societario ancora più perplessità deve suscitare la pena che quest'ultima prevede.

¹² L'espressione usata nel senso che qui si ripete è di D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 62.

¹³ ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, cit., p. 746 e 749, per cui "si possono utilizzare le risultanze interpretative sull'art. 2631 c.c." approdate, come si è detto, alla individuazione di speciali situazioni sintomatiche che costituiscono la "statica" del conflitto di interessi.

¹⁴ V. Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 2103; Cass., 4 luglio 1989, in *Cassazione penale*, 1991, I, p. 307.

l'estremo caso dell'assunzione diretta od indiretta da parte dell'amministratore - o dei soggetti a questo affiancati- della posizione di controparte contrattuale della società per cui questo opera, ovvero l'esercizio di attività concorrenti, pienamente prescindendo dall'accertamento in concreto della incompatibilità dell'operazione svolta con l'interesse sociale¹⁵.

A una tale impostazione, irrigidita in stretti schemi formali¹⁶, si contrapponeva un approccio sostanzialistico, che richiedeva il concretarsi di una situazione di reale ed effettivo antagonismo, i cui caratteri di attualità ed obiettività trovassero conferma nella sua portata lesiva¹⁷.

Non vi è dubbio che il conflitto di interessi richiamato dalla nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale debba essere inteso in termini sostanziali.

È già il legislatore a rendere chiaro il favore per il citato indirizzo sottolineando che il presupposto in parola “- al fine di privarlo della sua idoneità selettiva- dovrà intendersi sempre riferito a contrapposizioni d'interessi obiettive e preesistenti alla condotta, e non già emergenti solo in occasione di quest'ultima”¹⁸.

In secondo luogo anche su un piano strettamente logico esclude una lettura formalistica del dato in analisi dapprima la previsione del “danno” alla società come evento del reato, che verifica, ancorché solo ex post, la concreta (dacché lesiva) incompatibilità con l'interesse sociale dell'interesse extrasociale

¹⁵ Cfr. D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 72; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 115; Si veda anche MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 211, che porta il già citato caso di cui in Cass. 4 luglio 1989, on Cass. Pen., 1991, 307, in cui “la cassazione ha ritenuto che sussistesse una situazione di conflitto di interessi dell'amministratore, nell'ipotesi del presidente di una s.p.a. che aveva preso parte ad una deliberazione del consiglio di amministrazione, con la quale si autorizzava la società a prestare fideiussione a favore di altra società di cui lo stesso soggetto era presidente”; FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit. 2520; Cfr. anche C. 26 Ottobre 2005

¹⁶ Rappresentata, tra tutti, da ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari vol. I*, 11° ed., p. 315.

¹⁷ Tra i sostenitori della lettura sostanzialistica sotto la vigenza dell'abrogato art. 2631 c.c., si veda ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, pp. 54 e ss.; ; FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale*, cit. pp. 81 e ss..

¹⁸ Così la *Relazione illustrativa* al d.d.l. 20 giugno 2000, n. 7123, Riv. soc. 2000, p. 79.

indebitamento introdotto nella gestione dell'impresa¹⁹; inoltre è anche il dolo specifico di ingiusto profitto ad escludere “la <<vischiosità>> della tradizionale lettura formalistica della nozione di conflitto di interessi”²⁰.

Da ultimo, su un piano di politica criminale, se, come si è detto, si è operato un'opera di “bonifica assiologica” sulla condotta tipica, che si è ridotto al fatto neutro di chi “compie o concorre a deliberare atti di disposizione dei beni sociali”, è nel conflitto di interessi che bisogna individuare la massima espressione dell'essenziale momento di disvalore della fattispecie: anche su questa linea di pensiero pare dunque obbligatorio abbracciare, per l'elemento al vaglio, l'approccio sostanzialistico²¹.

Solo in questo modo infatti il conflitto di interessi permette di “escludere dall'ambito applicativo della fattispecie tutte quelle situazioni che non diano luogo ad una situazione di pericolo concreto per il patrimonio sociale” e ritrova la idoneità pre-selettiva sul fatto tipico in ragione della quale proprio trovava introduzione²².

¹⁹ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 218-219.

²⁰ FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit. p. 2522 che proprio in relazione alla lettura formalistica del conflitto in questione non manca di notare che se un tale approccio ermeneutico “è attendibile per quanto riguarda la fattispecie di <<gestione infedele>> ex art. 167 t.u.f.- che parla di <<violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse>> e fa effettivamente riferimento a disposizioni che hanno una natura essenzialmente formale-procedimentale – lo stesso non può valere per una fattispecie quale quella del nuovo art. 2634 c.c. che parla in termini sostanziali di <<un interesse in conflitto con quello della società>>”.

²¹ Sempre in tema di conflitto di interessi pare utile riproporre una parallela *distinctio* ermeneutica, tentata da ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, cit., pp. 745 e 746: l'autore introduce a due chiavi di lettura del conflitto in questione: una *nozione statica*, consistente in una osservazione del nudo antagonismo degli interessi all'interno del quale trovano enumerazione i “presupposti idonei a qualificare come conflittuale l'interesse di un determinato soggetto”; ed una *nozione dinamica*, che studia la “realizzazione delle modalità tipiche attraverso le quali tale interesse conflittuale viene a ledere l'interesse sociale”, e mischiandosi dunque con le più rilevanti considerazioni di diritto penale, “disegna la linea di confine tra lecito ed illecito”.

²² AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 407

Addivenuti ora a questa conclusione, pare allora lecito riproporre per il dettato normativo dell'art. 2634 c.c., le elaborazioni interpretative già sviluppate in corso di vigenza dell'abrogato art. 2631 del codice civile²³.

Il conflitto di interessi deve dunque essere:

- oggettivamente valutabile: con esclusione dei profili squisitamente psicologici e soggettivi (le mere antipatie e le avversioni morali); l'antagonismo deve potersi misurare alla stregua di parametri oggettivi aventi carattere economico-patrimoniale²⁴.

- effettivo e reale: il requisito esprime al massimo la preferenza per la lettura sostanzialistica e chiarisce l'esigenza di trovare concretezza nella natura e nelle modalità del conflitto²⁵; si escludono con ciò le ipotesi di conflitto meramente virtuale o ipotetico²⁶.

²³ Cfr. Cassazione Penale del 25 febbraio 1959, in Riv. it.dir. proc. pen., 1960, n. 939.

²⁴ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. pp. 212 e 213; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 115; sul punto si veda anche AMATI E., che in *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 407, separa concettualmente i requisiti di oggettiva valutabilità e di economicità del conflitto, aggiungendo, a ragione, che una tale patrimonialità deve riferirsi al solo al termine sociale del conflitto; la dottrina infatti, a seguito dell'introdotta riferimento all'"altro vantaggio" con riguardo al dolo specifico, ammette che l'interesse extrasociale possa essere anche di altra natura.

²⁵ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 213; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 115; FOFFANI L., *Reati societari*, in C. PEDRAZZI -A. ALESSANDRI - L. FOFFANI -S.SEMINARA -G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed., Bologna, 1999, p. 366; ALDROVANDI P., *Art 2634*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A.Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 134, per cui il presupposto costituito dal conflitto di interessi, a meno di non voler approdare ad una interpretazione abrogatrice, deve riferirsi "ad una astratta ancorché reale contrapposizione d'interessi, che deve sussistere già prima ed indipendentemente dall'atto di disposizione patrimoniale che viene posto in essere".

²⁶ AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 407; per uno studio sul requisito dell'effettività del conflitto per il caso in cui il voto dell'amministratore in conflitto trovi il consenso dell'unico azionista ovvero della totalità o comunque della maggioranza dei soci v. D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 72, che risolve il punto sostenendo che il voto dell'unico azionista o della totalità o maggioranza dei soci non sana il conflitto, se anche l'interesse di questi ultimi è in conflitto con la società: oggetto giuridico dell'art. 2634 c.c. non è infatti l'interesse arbitrario della maggioranza, quanto invece il patrimonio sociale, in

- preesistente alla condotta, da riferirsi ad una anteriorità sia logica che cronologica del conflitto rispetto all'operazione sociale. Il conflitto è la premessa "ambientale" in cui si inserisce l'operazione dannosa²⁷.

- attuale; ossia sussistente al momento del compimento dell'atto dispositivo o dell'assunzione della delibera ad esso relativa, escludendo rilievo penale per le situazioni che assumano concretezza solo in un momento successivo²⁸.

Da ultimo, non deve suscitare perplessità il mancato riferimento, nell'infedeltà patrimoniale e rispetto al precedente articolo 2631 c.c., al conflitto di interessi << per conto proprio o di terzi >> cui recepimento deve considerarsi confermato, ed assorbito, nella previsione del dolo specifico²⁹.

cui devono ritenersi altresì ricomprese le garanzie dei soci di minoranza e dei creditori sociali.

²⁷ Il requisito trova anche riscontro testuale nella relazione della commissione Mirone precedentemente citata; Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 116.

²⁸ D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 73, per cui il conflitto di interessi "deve esistere al momento dell'assunzione della delibera e non lo si può invocare quando l'amministratore è decaduto o quando ancora, se pur potendo apparire imminente, l'amministratore non sia stato ancora nominato".

²⁹ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 213; ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 135.

2. La disciplina civilistica del conflitto di interessi: il nuovo art. 2391 c.c..

Data la centralità sistematica del conflitto di interessi, che, come si è detto nel paragrafo precedente, realizza la necessaria congiunzione con il principio di offensività, esprimendo il momento di massimo disvalore della condotta, non può evitarsi il confronto con la disciplina del conflitto di interessi³⁰ introdotta con la riforma del diritto societario attuata con d.lgs n. 6 del 2003.

Un tale confronto è tanto più importante ove si pensi che è su questo che andranno tracciati i confini dogmatici tra il concetto penalistico e quello civilistico del conflitto in questione: l'autonomia del diritto penale, da una parte segue la giusta direzione del corretto restauro della funzione di *extrema ratio* delle fattispecie di reato³¹, dall'altra si pone l'obiettivo di una parallela e progressiva diminuzione della "sanzionarietà del diritto penale", che, come è

³⁰ In generale sul tema del nuovo substrato civilistico del conflitto di interessi si veda: AMATI E., *Infedeltà patrimoniale* in AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, pp. 408 e ss. ; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006 pp. 116 e ss.; BLANDINI A., *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in Riv. dir. civ., 2004, II, p. 405; BONELLI F., *Gli amministratori di Spa dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 142; CORSO S., *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e la collocazione del tipo*, in Giur. comm., 2005, I, p. 653; D'ALESSANDRO F., *Il conflitto di interessi e mercato finanziario*, in Giur. comm., 2007, I, p. 5; DI BERNARDO M. -MATTIA S., *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le Società*, 2005, p. 557; GUIZZI G., *Interessi degli amministratori, sub Art. 2391*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario, vol. II*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, pp. 652 e ss.; MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in Giur. comm., 2006, I, p. 147; MENTI P., *Conflitto di interessi e mercato finanziario*, in Giur. comm., 2006, I, p. 945; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2007 pp. 213 e ss.; ROMANO M., *L'omessa comunicazione del conflitto d'interessi e i reati di infedeltà (artt. 2629-bis, 2634 e 2635 cod.civ.)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, p. 467, ora anche in Dassano F. - Vinciguerra S. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, 2010, p. 805; ZAMPERETTI G.M., *Il "nuovo" conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le Società*, 2005, p. 1085.

³¹ MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 213; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 408; ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012, p. 281.

stato osservato, costituisce una “caratteristica generale dell’intero diritto penale societario (...) in quanto rappresenta il naturale portato di una disciplina penale concepita in funzione complementare e servente della regolamentazione privatistica, con l’ulteriore corollario della riduzione della prima ad una sorta di appendice della seconda”³².

La disciplina previgente si presentava infatti dominata da un forte stampo formalistico: rivolgendosi alla violazione di obblighi formali si agiva a livello preventivo contro le ipotesi di mala gestio funzionali ad interessi extrasociali.

Il vecchio art. 2391 c.c., rubricato “Conflitto di interessi” disciplinava il caso di “interesse in conflitto con quello della società” dell’amministratore in una determinata operazione, “per conto proprio o di terzi”, in presenza del quale si prevedevano due doveri: uno generale di astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l’operazione stessa, ed uno di darne notizia agli altri amministratori.

La riforma del diritto societario, si è visto, ha creato un nuovo ruolo centrale per l’amministratore, cui fa da contrappeso un accresciuto dovere di trasparenza e imparzialità, specialmente con riguardo alle valutazioni in merito alle modalità operative attraverso cui questo consegue l’oggetto sociale³³. Di queste direttive è massima espressione la nuova disciplina del conflitto in parola.

In primo luogo si impone all’art. 2391, comma I c.c., un più incisivo obbligo informativo gravante sull’amministratore nei confronti degli altri amministratori e del collegio sindacale. Si prevede infatti che “l’amministratore che in una determinata operazione della società abbia un qualsiasi interesse, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, precisandone la natura, i termini e la portata”.

Un siffatto obbligo di *disclosure* si profila come prima e generale regola di condotta tesa a prevenire il rischio di un eccesso di potere gestorio³⁴ ed è diretto, più che, com’era un tempo, ad evitare direttamente ogni indebita ingerenza profittatrice degli amministratori, a garantire in via prodromica la trasparenza

³² Cfr. FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, p. 65.

³³ Si veda anche GUIZZI G., *Art. 2391*, cit., p. 653.

³⁴ GUIZZI G., *Art. 2391*, cit., p.653.

gestoria³⁵: a bene vedere infatti il nuovo art. 2391 c.c. già dalla rubrica compie un mutamento di prospettiva: non disciplina il già effettivo antagonismo tra l'interesse sociale e quello extrasociale, ma si rivolge, più in generale, agli "interessi degli amministratori", di qualunque genere: devono quindi ritenersi compresi non solo gli interessi non conflittuali, ma anche quelli potenzialmente convergenti³⁶.

La ratio di un siffatto "arretramento logico e cronologico" di disciplina è innanzitutto quella di sottrarre all'amministratore il giudizio relativo alla natura conflittuale o meno dell'interesse: una tanto delicata valutazione si è infatti voluto rimettere all'organo consiliare³⁷, su cui ricade infatti, ex art. 2391, 2° comma c.c., un corrispondente obbligo di "motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione"³⁸.

La norma segue estendendosi altresì all'amministratore delegato e all'amministratore unico, con la previsione però di un parallelo obbligo: per l'amministratore delegato, di astenersi dal compiere l'operazione in questione,

³⁵ In linea con la delega del 3 ottobre 2001 n 366 in cui si elenca all'art. 4 par. 8 lett g) il legislatore delegava il governo a disciplinare i doveri di fedeltà dei componenti dell'organo amministrativo, in particolare con riferimento alle situazioni di conflitto di interesse e precisare che essi sono tenuti ad agire in modo informato"; Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 46; cfr. anche GUIZZI G., *Art. 2391*, cit., p., 657, che un tale mutamento di prospettiva ritiene provato nella eliminazione del dovere di astensione che, secondo opinione diffusa, la novella ha operato; Il legislatore della riforma era infatti convinto che "la soluzione più appropriata al tipo di problema suscitato, nelle ipotesi di amministrazione pluripersonale, dalla partecipazione all'esercizio del potere gestorio da parte di un soggetto che sia portatore di un interesse interferente con quello sociale debba essere ricercata esclusivamente nella previsione di maggiori garanzie di trasparenza del procedimento di formazione della decisione, senza così pregiudizialmente negare all'amministratore interessato di concorrere all'assunzione della stessa"; dello stesso avviso MINERVINI G., ne *Gli interessi degli amministratori*, cit., p. 152 e Marchetti p 1229.

³⁶ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 42; MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori*, cit., p. 149 che non manca di constatare come i redattori del nuovo art. 2391 c.c. non hanno compiuto alcun tentativo di coordinare la normativa che andavano creando con l'art. 2634 c.c.;

³⁷ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 45; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 214

³⁸ Cfr. GUIZZI G., *Art. 2391*, cit., p. 658.

investendone il collegio sindacale; per l'amministratore unico, di darne notizia anche³⁹ alla prima assemblea utile.

La disciplina trova completamente, al 3° comma, con la disciplina del rimedio impugnatorio⁴⁰ per il caso dell'inosservanza degli obblighi normati al comma 1° del medesimo articolo (obbligo di *disclosure* nei confronti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, o nei confronti della assemblea dei soci per l'amministratore unico; nonché l'obbligo di astensione per l'amministratore delegato), ovvero del dovere di adeguata motivazione espresso al comma seguente.

Più ambigua invece la scelta di mantenere la previsione della invalidità della deliberazione adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato, che non ha mancato di suscitare le giuste perplessità della dottrina⁴¹.

Concludendo, può ritenersi sostanzialmente soddisfatto con la nuova disciplina l'obiettivo di meglio aderire al carattere di *extrema ratio* dell'intervento penale⁴²: affidando, infatti, alla disciplina civilistica la tutela preventiva della corretta trasparenza gestoria, "lo strumento repressivo si applica in una fase "differita" rispetto ai mezzi di salvaguardia offerti dall'ordinamento civile allorquando si è determinata (con il danno patrimoniale alla società) la lesione dell'interesse protetto"⁴³.

³⁹ La congiunzione "anche" induce su di un piano letterale a ritenere l'obbligo informativo in questione come aggiuntivo a quello di cui al primo periodo, con esclusione però del consiglio di amministrazione, logicamente incompatibile con l'amministrazione unipersonale cui nel caso si ha riguardo.

⁴⁰ Cfr. GUIZZI G., *Art. 2391*, cit., p. 659 e ss.

⁴¹ Non mancano di rilevare tali ambiguità: MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm*, 2003, I, p. 438; MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori*, cit., p. 152; GUIZZI G., *Art. 2391*, cit., p. 657, nt. 9.

⁴² Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 215

⁴³ Così BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 117

3. La condotta esecutiva: il compimento e la partecipazione nella deliberazione di atti dispositivi.

Tra i principi espressi nella relazione di accompagnamento alla riforma del diritto penale delle società, si segnalava come preminente l'esigenza di superare le angustie lamentate per la disciplina precedente, recuperando sostanza, concretezza e tangibilità per le fattispecie, prima ridotte a mero momento sanzionatorio di doveri formalistici di tipo civilistico.

Su questa linea di azione il legislatore si è dunque deciso a strutturare la fattispecie "come reato di azione con evento di danno, identificando la condotta incriminata nella partecipazione alla deliberazione di atti di disposizione dei beni sociali, produttivi di danno patrimoniale per la società"⁴⁴.

La condotta esecutiva della infedeltà patrimoniale consiste nel compimento o nella partecipazione alla deliberazione di atti di disposizione del patrimonio sociale.

Ictu oculi appare la neutralità della condotta del reato: l'atto dispositivo dell'amministratore unico o delegato, ovvero la deliberazione del consiglio di amministrazione non esprimono infatti che la normale attività di gestione degli organi amministrativi e dirigenziali.

A rendere penalmente rilevante un atto gestorio sarà in primo luogo lo sviamento del potere verso la realizzazione di un interesse estraneo e incompatibile con quello sociale (il presupposto del conflitto di interessi); in secondo luogo la successiva realizzazione di un danno per il patrimonio della società.

Beni sociali possono definirsi tutti i "beni dell'ente in senso stretto, mobili ed immobili, materiali ed immateriali, e quindi anche crediti, diritti di esclusiva su marchi, brevetti, opere dell'ingegno, programmi informatici e televisivi, ecc."⁴⁵

⁴⁴ Così nella *Relazione illustrativa*, cit. p. 79.

⁴⁵ Si veda ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari vol. I*, Milano, 2013, p. 265.

Non è necessario che sui beni richiamati la società goda di un pieno diritto di proprietà o di un altro diritto reale, bastando anche un mero potere dispositivo, la cui compressione cagioni però alla società un danno patrimoniale⁴⁶.

La previsione del mero “compimento” di atti dispositivi supera le incongruenze del precedente art. 2631 c.c. che limitava la sua efficacia operativa alle sole attività del consiglio di amministrazione: trovano ora nella norma espressa considerazione anche gli atti compiuti dall'amministratore unico o dall'amministratore delegato.⁴⁷

Più problematica invece l'ipotesi della partecipazione.

Del tutto illogico sarebbe abbracciare l'impostazione formalistica che attribuisse rilevanza ad ogni partecipazione alla delibera lesiva; diversamente bisognerebbe ammettere rilevanza penale per il caso estremo dell'amministratore che abbia votato contro il proprio interesse.

A ben vedere, una connessione funzionale tra interesse in conflitto e la disposizione che cagiona il danno è assicurata in primis dal dolo specifico: la diminuzione patrimoniale cagionata deve essere stata, infatti, motivata dall'interesse che realizza il vantaggio o il profitto oggetti del dolo in parola.

Come è stato poi sagacemente osservato “si deve escludere che la responsabilità dell'amministratore in conflitto d'interessi implichi che il voto della stesso sia risultato decisivo: l'impiego del verbo concorrere, se da un canto richiama la necessità di un contributo positivo all'adozione della delibera, dall'altro rinvia alla nozione di “contributo concorsuale”, sviluppata in relazione al concorso eventuale di persone, sicché sembra dover assumere rilevanza ogni comportamento che abbia agevolato l'adozione della delibera dell'atto

⁴⁶ Cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 265; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale* in AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 414.

⁴⁷ Cfr. ALDROVANDI P., *Art 2634*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 138. AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 410, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 264 e 265; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. pp. 119 e 120; D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 73 e ss. FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2520; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2007.

dispositivo quel è in particolare il voto a favore della stessa, che non sia però risultato decisivo”⁴⁸.

Seguendo questa linea di pensiero, e dunque distaccandosi dalle letture formalistiche della partecipazione, attenta dottrina ha segnalato due ipotesi problematiche:

- in primo luogo il caso in cui l'amministratore si sia correttamente astenuto dalla votazione, e ciò non di meno abbia determinato o comunque agevolato l'adozione della delibera ponendo in essere comportamenti materiali, ad esempio argomentando positivamente la convenienza di una siffatta operazione⁴⁹; il caso al vaglio può senza troppi sforzi farsi rientrare nel concetto di <<concorso>> nella delibera.

- in secondo luogo il caso in cui l'amministratore che pure abbia, in un momento prodromico, dolosamente preparato l'occasione d'affare in cui ha un interesse, e però sia rimasto del tutto inerte in sede di delibera assembleare: una tale soluzione deve ritenersi esclusa proprio dal tenore della norma, che richiama come momento esecutivo del reato quello squisitamente deliberativo, escludendo con ciò rilievo penale per le attività meramente preparatorie.

Se bisogna certo guardare con favore all'ampliamento degli atti gestionali presi in considerazione, la formulazione odierna non va però del tutto esente da critiche: una ristrettezza più emergente si è riscontrata anzitutto nella decisiva esclusione della variante omissiva⁵⁰.

L'omissione di atti doverosi della gestione non possono infatti dirsi meno lesivi degli atti dispositivi (la mancata dolosa riscossione di un credito produce

⁴⁸ Così ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 139.

⁴⁹ Non problematico appare invece il caso estremo, in cui ossia l'amministratore, che ometteva di adempiere agli obblighi informativi ex art. 2391, c. 1, c.c., abbia istigato gli altri amministratori del consiglio a votare in senso favorevole all'atto dispositivo pregiudizievole: in caso ricorrerebbero gli estremi dell'induzione in errore, art. 48 c.p.; Cfr. AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 411.

⁵⁰ Che invece trova espresso richiamo nella Corruzione tra privati; si veda FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2520; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 412; D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 87.

gli stessi effetti patrimoniali di una donazione), e certo gli sfumati contorni applicativi della variante omissiva avrebbero potuto trovare sufficiente argine in altri elementi già dotati di ampia carica selettiva, come l'evento di danno ovvero nella obiettiva e preesistente situazione di conflitto di interessi.

Ciò nonostante, la commissione ha ritenuto in ultima analisi "che una simile soluzione avrebbe esteso oltre misura la nuova figura di reato, rendendo del tutto incerti i limiti di operatività della norma incriminatrice, considerata la natura meramente normativa dell'omissione e l'estrema varietà e genericità degli obblighi di condotta gravanti sui destinatari del precetto.

Bisogna però distinguere il caso in cui l'amministratore abbia ommesso un atto doveroso e favorevole, con ciò cagionando danno alla società, dall'omesso impedimento di un atto a danno della società: la punibilità per quest'ultimo caso dovrebbe potersi individuare nel combinato disposto degli artt. 40 II co e 110 c.p., dove il referente normativo che costituisce la posizione di garanzia deve individuarsi nell'art. 2392 c.c.⁵¹.

Se poi, da una parte, si è generalmente concordi nel ricomprendere tra gli atti dispositivi ai sensi dell'art. 2634 c.c., l'assunzione di obbligazioni sociali⁵², in linea con il mutamento di focus dal capitale al patrimonio vanno però certamente esclusi gli *atti di organizzazione* (come l'aumento di capitale, la fusione, ovvero scissione di società)⁵³: tali atti solo indirettamente, infatti, si traducono in una disposizione di beni sociali⁵⁴.

⁵¹ Ai sensi del quale infatti gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose": da un siffatto dispositivo si è infatti fatto derivare un generale obbligo giuridico di impedire gli atti pregiudizievoli per la società.

⁵² Cfr. MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 483.

⁵³ Cfr. ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 136; FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2521; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 413; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 120 MILITELLO V., che ne *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 484 precisa che il limite individuato dalla esclusione degli atti di mera organizzazione "è meno selettivo di quanto non possa apparire in astratto", nulla escludendo che assuma rilievo penale l'atto dispositivo strumentale alla fusione od alla scissione, ovvero all'aumento del capitale, che risenta del conflitto di interessi che i suddetti atti di organizzazione motivava.

Parimenti da escludersi è l' approfittamento personale di opportunità ed occasioni d'affari, un caso che pure rappresenta un comportamento segnatamente infedele⁵⁵: non per nulla ha meritato una espressa previsione nell'ultimo comma dell'art. 2391 c.c. dove si sancisce che "l'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico".

Ciò non di meno, il caso in specie, non concretandosi in un atto dispositivo dei beni sociali, andrà ad ingrossare il già ampio novero delle ipotesi di mala gestio che compongono l'intollerabile vuoto di tutela lasciato dalle debolezze della formulazione dell'art. 2634 c.c.

⁵⁵ Si veda FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2521.

4. L'evento: il danno patrimoniale.

La fattispecie di infedeltà patrimoniale richiede che la condotta tipica abbia cagionato alla società (o ai terzi⁵⁶) un danno patrimoniale (la cui realizzazione segna il momento della consumazione del reato⁵⁷).

Il legislatore ha dunque preferito strutturare il nuovo art. 2634 c.c. come un reato d'evento, in linea con l'opera di <<sostanzializzazione>> dei reati, e di recupero del principio, segnalando così il distacco dalle figure criminose di stampo formalistico che popolavano la disciplina degli illeciti penali societari precedente alla riforma del 2002⁵⁸.

L'evento di danno, esplica il suo massimo rilievo nella misura in cui realizza *ex post* la stessa opera di attenta selezione della rilevanza penale degli atti di gestione che già in via prodromica è affidata alla situazione di conflitto di interessi: quest'ultimo individuando le condotte già espressive di disvalore e potenzialmente lesive del patrimonio sociale; il danno invece assicurando la verifica della concreta portata offensiva del reato, che risulta ancorato, per il suo tramite, ad una base oggettiva⁵⁹.

Parimenti viene scongiurato il sempre noto timore della eccessiva ingerenza dell'organo giurisdizionale nello spazio discrezionale assicurato ai titolari del potere gestorio.

In altri termini il danno patrimoniale, nell'economia globale della fattispecie in analisi, funge da cartina tornasole su cui è provata e misurata

⁵⁶ V. infra, par. seguente.

⁵⁷ ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 139.

⁵⁸ Come correttamente rileva anche D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., ne *I reati "d'infedeltà"*, cit., p.92, il danno patrimoniale "costituisce il comune denominatore di numerose fattispecie previste dalla riforma con destinatari diversi, in alcuni casi la società, in altri i soci ed i creditori": l'autore richiama tra i più significativi, l'art. 2622 c.c., 2629 c.c. e 2635 c.c.c; cfr. anche MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 218, per cui "la preferenza per il modello del danno si spiega con la necessità di contenere quanto più possibile il rischio di una eccessiva criminalizzazione dell'iniziativa economica".

⁵⁹ Cfr. AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 415; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 218; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. pp. 125 e 126; MASULLO M.N. *Art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *Le leggi penali d'udienza*, a cura di T.Padovani, Milano, 2003, p. 1307; FOFFANI L., *Le infedeltà*, cit., p. 353.

“l’incompatibilità con gli interessi economici della società di una assunzione i rischio d’impresa viziata <<ex ante >> dalla indebita intromissione d’un interesse conflittuale”⁶⁰.

Un sicuro vantaggio è certo quello di tener fuori dall’area del penalmente rilevante le attività sì compiute dall’amministratore in conflitto di interessi - o alla cui delibera questi abbia concorso-, e però rivelatesi proficue o ininfluenti sullo stato patrimoniale della società⁶¹.

Un contrappasso della avvenuta “patrimonializzazione”⁶² del diritto penale societario è però anche la “privatizzazione” delle figure criminose⁶³: con il risultato di mettere quei valori più volatili in secondo piano rispetto all’interesse privato alla conservazione ed all’ottimizzazione dei beni devoluti all’oggetto sociale: di un tale orientamento costituisce diretta conseguenza la previsione della procedibilità a querela, che, va notato, però, realizza paradossalmente il risultato contrario: ed ossia annienta la tutela nei confronti dei soci e dei creditori sociali dei cui interessi il patrimonio sociale è prima garanzia.

Entrando più nello specifico dell’elemento del danno patrimoniale, l’atto di disposizione (cui deve equipararsi l’assunzione di obbligazioni) a carico del patrimonio della società, inteso come complesso dei rapporti giuridici a questa riferibili, deve risolversi in una diminuzione” di quest’ultimo, ed ossia in alternativa: realizzare una estromissione di beni cui non corrisponda neanche indirettamente un adeguato corrispettivo, ovvero quanto meno una apprezzabile ed obiettiva diminuzione di valore dei beni che compongono il patrimonio.

⁶⁰ FOFFANI L., *Le infedeltà*, cit., p. 353, ora anche in *Commentario breve*, cit., p. 2521; in cui l’autore non manca di notare come “la rinuncia ad una anticipazione dell’intervento penale sulla soglia di un pericolo (concreto) per il patrimonio sociale, se pur sacrifica in qualche misura l’esigenza di tempestività della reazione punitiva, rappresenta un utile baluardo garantistico contro il rischio che la prassi interpretativa finisca con l’offuscare e scolorire la linea di confine fra conflitto, sovrapposizione e semplice commistione di interessi”; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 214; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 415.

⁶¹ RUGGIERO G., *Profili di novità attinenti la fattispecie di infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Gastone Cottino (et al.), Bologna, 2009, p. 1373.

⁶² V. retro, Cap. V. par. 1.

⁶³ Cfr. D’AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati “d’infedeltà”*, cit., pp. 93 e 94; FOFFANI L., *Le infedeltà*, cit., p. 364.

Inoltre il nocumento, che ha a mira il patrimonio presente come quello atteso, si può presentare nelle forme del danno emergente come del lucro cessante⁶⁴; può essere immediato, rispetto all'atto dispositivo (si pensi ad una donazione), ovvero anche solo indiretto (ad esempio l'aver intrapreso una attività a rischio), ma deve in ultima battuta risolversi in una "alterazione sfavorevole del rapporto, da determinarsi sulla base di criteri oggettivi, tra gli elementi attivi e gli elementi passivi del patrimonio"⁶⁵.

Da ultimo va accennato che, se all'evento del danno si è generalmente salutato con favore, non sono mancate voci che hanno riscontrato un lato negativo nella difficile rintracciabilità dei nessi eziologici, specialmente nel complesso settore finanziario: non raramente il danno patrimoniale si presenta al giudice come il risultato di annosi piani economici all'interno dei quali perde la sua <<individualità lesiva>> il singolo atto viziato dal conflitto di interessi⁶⁶.

⁶⁴ Di diverso avviso AMATI E., che in *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 415 si schiera per una "interpretazione restrittiva del concetto di <<danno patrimoniale>> tale da ricomprende solamente la forma del danno emergente, Diversamente, infatti, si confonderebbe il concetto di danno patrimoniale di cui alla norma in esame con quello di <<nocumento>> di cui all'art. 2635 c.c."

⁶⁵ Così ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012, pp. 287 e 288; quest'ultimo appunto costituisce il carattere "reale" del danno patrimoniale, cui, in via giurisprudenziale, si potrebbe associare, seguendo la già affermata giurisprudenza tedesca in tema di danno patrimoniale della corrispondente infedeltà tedesca, il requisito della tracciabilità a mezzo di indici di bilancio; si veda anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 266;

⁶⁶ Di questo parere sono: RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1374; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 266; FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2521; sul tema del nesso causale cfr. anche ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 139.

5. L'elemento soggettivo.

Di speciale interesse, con riguardo alla fattispecie che qui si studia, è certamente l'elaborato profilo soggettivo del reato.

Contro il rischio di indebite espansioni, in sede giurisprudenziale, dell'ambito applicativo della allora nascente infedeltà patrimoniale da un lato, e nella necessità di "irrobustire i profili di offensività della condotta"⁶⁷ il legislatore delegato optava per una struttura bifronte.

Unitamente ad un dolo specifico <<*d'ingiusto profitto o altro vantaggio*>>, ripeteva un espediente già rodato nel parallelo reato di abuso d'ufficio⁶⁸, e inseriva l'avverbio <<*intenzionalmente*>>, a connotare soggettivamente l'evento del danno patrimoniale.

Un elemento soggettivo tanto "ricco" non ha mancato di suscitare le perplessità dei più: ha suscitato forti perplessità⁶⁹, specialmente in relazione al rischio di rendere del tutto inservibile una norma la cui introduzione era caldeggiata da mezzo secolo.

Rispetto al precedente progetto della commissione Mirone, che già prevedeva l'introduzione del dolo specifico nel corpo della norma, il d.lgs. 11 aprile 2002 ne allargava le maglie, aggiungendo in via alternativa al fine di ingiusto profitto altresì quello di altro vantaggio.

Se dunque al primo può riconoscersi una natura solo patrimoniale, al "vantaggio" sarà riferibile anche ogni altra utilità di natura anche non patrimoniale: mira della riforma era quella di non lasciare impunte quelle

⁶⁷ Cfr. MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 485, che già in via di introduzione conclude escludendo "che l'esigenza di arricchire gli elementi della fattispecie incriminatrice sul piano soggettivo abbia trovato una concretizzazione ottimale nelle formule adottate, specie se considerate nel contesto complessivo della condotta tipica".

⁶⁸ La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, operata con l. 16 luglio 1997, n. 234, in sede di rivisitazione dell'art. 323 c.p., rubricato abuso d'ufficio, da reato di pericolo in uno d'evento, aggiungeva il dolo intenzionale, alla sua prima comparsa in una fattispecie penale; cfr. D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 98.

⁶⁹ Cfr. ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p.139.

condotte determinate da scopi diversi da quello patrimoniale (prestigio personale, incremento della capacità contrattuale, compiacenza e favori).

Nell'economia globale della infedeltà patrimoniale, il ruolo del dolo specifico è quello di "attivare" il conflitto di interessi, che non rimane la circostanza "statica" sul cui sfondo la figura criminosa si consuma, ma schiude tutto il proprio disvalore: all'autore del reato si richiede, così, la definita presa di posizione volitiva nel senso della preferenza a favore del braccio extrasociale della bilancia dei valori in gioco, con contestuale sacrificio dell'interesse patrimoniale della società⁷⁰.

D'altro canto, parte della dottrina ha denunciato la scarsa capacità selettiva dell'elemento al vaglio, che, a ben vedere, rispetto ad altri elementi della condotta tipica si risolve in un "inutile doppione": il dolo generico, si è detto, ed ossia la rappresentazione dell'interesse extrasociale concretamente incompatibile con la soddisfazione di quello sociale, pare assorbire il disvalore del dolo di ingiusto profitto od altro vantaggio, rendendo del tutto superflua la proiezione finalistica in esso contenuta⁷¹.

Appare, infatti, "difficile ipotizzare situazioni in cui l'autore sia consapevole di agire in conflitto di interessi con la società ed al contempo abbia l'intenzione di danneggiare l'altrui situazione patrimoniale, ma non intenda trarre, per sé o per altri un vantaggio qualificabile come ingiusto"⁷².

Ciò non di meno, non può non riconoscersi al dolo specifico l'importante ruolo di fare da presidio ad una lettura sostanzialistica della situazione conflittuale posta nella norma come antefatto logico-fattuale della condotta: si impone, così, al giudice l'obbligo di verificare l'effettivo asservimento dell'atto dispositivo all'interesse extrasociale indebitamente intromesso⁷³.

⁷⁰ Cfr. MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 917, per cui la previsione di un dolo specifico svolge l'importante funzione di rendere concreto il conflitto di interessi; cfr. in giurisprudenza anche Cass. 26 ottobre 2005 in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 1071, in cui si afferma che "il profitto ingiusto null'altro è che la proiezione soggettiva del preesistente conflitto".

⁷¹ Cfr. FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2522.

⁷² Così MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 486.

⁷³ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 128.

Se ciò è vero, non di meno l'aspirazione sostanzialistica del conflitto ex art. 2634 c.c., poteva già dedursi, senza scomodare il versante soggettivo, dalla formulazione della norma - che fa diretta richiesta di un "interesse in conflitto"- come anche si evince ad un rapido raffronto con la "fattispecie e di gestione infedele ex art. 167 t.u.f. che parla di violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interessi e fa effettivamente riferimento a disposizioni che hanno una natura essenzialmente formale-procedimentale"⁷⁴.

Tra i vari tentativi di recupero di una capacità selettiva di un tale elemento, più concludente, forse, è quello di chi ne suggeriva la trasmigrazione su di un piano oggettivo: partendo sempre dalla constatazione che il profitto o l'altro vantaggio esprimono il polo extrasociale del conflitto d'interessi, attesa l'introduzione del dolo specifico, non basterebbe verificarne la effettiva sussistenza, o che questo era rappresentato come esistente dall'autore in termini di dolo generico, ma assurgendo ad elemento finalistico, deve manifestarsi in questo come causa psichica dell'agire, con esclusione di tutte quelle condotte intenzionalmente lesive del patrimonio sociale (o di terzi), compiute, sì, in situazione di conflitto di interessi ma oggettivamente non idonee a perseguire il profitto od il vantaggio cui il fatto si proietta finalisticamente.

In questi termini, la presenza del dolo specifico introduce un requisito di concreta idoneità ex ante, da valutarsi nei modi di un giudizio di prognosi postuma non diverso da quello del tentativo⁷⁵.

Una tale oggettivizzazione pare opportuna per contrastare il comune lassismo della giurisprudenza, che al vaglio del versante soggetto si accomoda spesso su intollerabili semplificazioni probatorie, senza necessariamente

⁷⁴ Così FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2522.

⁷⁵ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 127 per il quale "la funzione delimitativa de requisito in esame emerge nell'ipotesi in cui la situazione del conflitto, pur esistente in via potenziale (per essere, ad esempio, l'amministratore controparte contrattuale della società amministrata), non abbia avuto una influenza determinante sul compimento o sulla deliberazione dell'atto; in tal caso, anche qualora si produca un danno patrimoniale alla società, il fatto non assume di per sé rilievo penale, ma integra il delitto ex art. 2634 c.c. se ispirato dal fine di profitto o di vantaggio dell'agente, perché in quest'ultima evenienza l'atto di gestione è realmente e sicuramente orientato dalla presenza dell'interesse estraneo a quello della società"; cfr. anche AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 418 e D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 100.

ricorrere all'opzione, più estrema, di il profitto in termini di evento del reato, atteso come la infedeltà patrimoniale "non consiste necessariamente in una trasfusione di ricchezza da un patrimonio a un altro"⁷⁶.

Dubbi hanno riguardo anche l'aggettivo <<ingiusto>>, per il quale si sono prospettate due possibilità ermeneutiche: o con esso il legislatore intendeva riferirsi ad una "doppia" ed autonoma ingiustizia rispetto alla figura criminosa cui il profitto od il vantaggio sono connessi, così esigendo il richiamo a parametri normativi esterni alla infedeltà patrimoniale e la verifica di una "illiceità speciale, desumibile dal contrasto della condotta con altre norme dell'ordinamento"⁷⁷; ovvero costituisce una ultronea conferma della illiceità già sottesa alla operazione sociale pregiudizievole e compiuta in situazione di conflitto di interessi, senza così costituire un ulteriore elemento della fattispecie, dotato di autonoma portata restrittiva dell'applicazione della norma.

La soluzione pare però da rinvenirsi nel mezzo: l'ingiustizia esprime proprio ciò che già sopra si introduceva, ed ossia la preferenza per l'interesse extrasociale la cui realizzazione sopprime o comprime quella dell'interesse patrimoniale della società. L'elemento in parola, dunque, costituendo la necessaria giuntura tra la condotta e la situazione fattuale presupposta (il conflitto di interessi), allontana il rischio di far rientrare nell'area di applicabilità della norma i casi in cui il soggetto attivo solo "tollerando" la condizione di conflitto di interessi in cui è calato, agisca però in danno alla società.

Le più forti perplessità si sono però strette attorno all'altro ramo dell'elemento soggettivo: l'intenzionalità del danno patrimoniale.

Non vi è dubbio che l'avverbio <<*intenzionalmente*>> faccia richiamo alla ben consolidata categoria dottrinarie del dolo intenzionale: il danno non deve essere dunque solo previsto o prevedibile, ovvero rappresentato come certo od

⁷⁶ A proporre una siffatta "lettura in chiave oggettivistica del dolo specifico" contro il "pericolo di facili semplificazioni probatorie ad opera della giurisprudenza" è AMATI E., in *Infedeltà patrimoniale*, cit., pp. 418 e 419; si noti al riguardo che da una così fatta ricostruzione in chiave oggettivistica del fine specifico e dunque dall'assimilazione dei reati a dolo specifico con la categoria del tentativo, pare concludere anche per questa prima categoria dogmatica in tema di compatibilità con il dolo eventuale.

⁷⁷ Cfr. ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 140.

altamente probabile, ma altresì si richiede che assurga a causa motivante della condotta.

Il risultato pratico di una siffatta scelta è quello di lasciare irragionevolmente esente da pena “l’amministratore che pur perseguendo con piena consapevolezza un interesse extrasociale confliggente con quello della società, si limita ad accettare il rischio della verifica di un danno per il patrimonio”⁷⁸.

Parte della dottrina sottende all’introduzione del dolo intenzionale l’intento del legislatore di porre rimedio alla oramai dilagante prassi giurisprudenziale di degradare il dolo eventuale, spesso presunto ed allegato in calce alla sentenza come morto formulario.

Se queste erano le mire, pur condivisibili, del legislatore, pare, però, si sia andati oltre: in giurisprudenza, infatti, non si è mancato di rilevare che il legislatore

“con l’utilizzazione dell’avverbio <<intenzionalmente>>, ha voluto escludere la rilevanza penale non solo di condotte poste in essere con dolo eventuale, ma anche con dolo cosiddetto diretto, che ricorre quando il soggetto si rappresenti la realizzazione dell’evento come altamente probabile, o anche come certa, ma la volontà non sia volta alla realizzazione di tale fine; ne consegue che, affinché una condotta possa essere addebitata all’agente a titolo di abuso d’ufficio, è necessario che l’evento sia la conseguenza immediatamente perseguita dal soggetto attivo>>⁷⁹.

Il risultato è stato allora quello di “disinnescare” il dispositivo della infedeltà patrimoniale, rendendolo nella pratica giudiziaria inservibile⁸⁰. Si è infatti correttamente osservato che, a seguito della introduzione, nella fattispecie di cui all’art. 2634 c.c., dell’avverbio “intenzionalmente” “il fatto tipico, sotto il profilo psicologico, diventate quello, di difficile riscontro nella pratica, in cui il soggetto agente abbia posto in essere la condotta infedele avendo precisamente

⁷⁸ FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2521. Cfr. anche BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 130;

⁷⁹ Cass pen. 1 giugno 2000, CP 2001, 2681: (AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 417.

⁸⁰ Cfr. MARINI C., *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in *Le Società*, 2006, p. 1546, nt. 39.

di mira, in maniera congiunta e contemporanea, sia l'ingiusto profitto o altro vantaggio (per sé od altri) sia il danno patrimoniale alla società".⁸¹

In risposta a queste osservazioni si è consigliato di abbandonare i consolidati tracciati dell'elaborazione dottrinarie, tentando una "interpretazione, per così dire, *ex novo* (non vincolata dalle precedenti costruzioni dottrinali)" dell'intenzionalità, "che ne evidenzia l'incompatibilità con il dolo "eventuale" e, conseguentemente, ne ammetta la conciliabilità con il dolo diretto"⁸².

Ora, se è vero che, a rigore, non può riconoscersi ad una classificazione dottrinarie per quanto vetusta ed autorevole, un valore superiore rispetto a quello della legge, cui sola il giudice è soggetto, ciò non di meno un tale approccio ermeneutico non sembra compatibile con il dato letterale, primo referente dell'interpretazione del giudice (art. 12 prel.): l'avverbio intenzionalmente indica che la prospettiva del danno nella mente dell'autore, al momento dell'intraprendere l'esecuzione della condotta, se non era la unica "intenzione", quanto meno ne costituiva il fine precipuo.

Da ultimo, per l'atteggiarsi dell'elemento soggettivo nella fattispecie di infedeltà regolata al comma secondo dell'art. 2634 c.c., si rimanda all'apposito paragrafo.

⁸¹ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 129 e 130:

⁸² Cfr. ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 142; nel caso di dolo diretto il realizzarsi del reato è connaturale rispetto all'azione: è rappresentato come un costo necessario, certo ed accettato, ancorché lo scopo criminoso non abbia esplicito efficacia subito motivante dell'azione.

6. L'infedeltà patrimoniale in rapporto ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

Breve cenno merita la scelta del legislatore della riforma di estendere la tutela assicurata dalla infedeltà patrimoniale altresì ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, dove il richiamo non può non intendersi implicito al fenomeno della intermediazione bancaria o finanziaria⁸³

Sorvolando sulle sicure interferenze della norma in parola con la figura criminosa di gestione infedele di portafogli di investimento (ex art 167 t.u.f.)⁸⁴, più attinente alla trattazione che qui ci si propone è invece il rapporto intercorrente fra le due ipotesi di infedeltà patrimoniale disciplinate ai commi primo e secondo dell'art. 2634 c.c..

Dalla osservazione dei numerosi profili di diversità che tra le due norme in parola è dato rilevare, non pare scorretto concludere per la cumulatività delle

⁸³ Cfr. FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit. p. 2522.

⁸⁴ Interferenze tanto più spinose ove si pensi che la differente riconduzione del fatto, all'art. 2634 c.c. ovvero all'art. 167 t.u.f., determina l'integrazione per la prima di una ipotesi delittuosa, per la seconda di un illecito contravvenzionale, aprendo al rischio di una irragionevole disparità di trattamento: al riguardo parte della dottrina (Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 134) partendo dalla genericità e, conseguentemente, dalla sostanziale coincidenza dei requisiti costitutivi- che pure tracciano una prima linea distintiva tra i due reati in parola (conflitto sostanziale di interessi per l'infedeltà patrimoniale, violazione formale << delle disposizioni regolanti il conflitto di interesse >> per la gestione infedele; << compimento o concorso nella deliberazione di atti dispositivi >> contro le più ampie << operazioni >> del 167 t.u.f.) -, giunge a concludere che nell'applicazione pratica dei dispositivi "l'unico parametro certo di orientamento per l'interprete sarà costituito dalla diversa cerchia dei soggetti attivi". Altri (Si veda MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 702; ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 199) giungono a limitare l'applicazione della norma contravvenzionale alle sole ipotesi residuali di un intermediario non societario. Una ultima dottrina, poi, (FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2523; D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., p. 171) dalle stesse premesse perviene al risultato ermeneutico di una specialità reciproca, in cui però si mantiene intatto l'ambito applicativo della gestione infedele, che continua, ossia, a sanzionare le infedeltà nello speciale ambito della prestazione dei servizi finanziari di gestione di portafogli di investimento su base individuale e di gestione collettiva del risparmio.

fattispecie e, conseguentemente, per l'applicazione delle norme che disciplinano il concorso dei reati⁸⁵.

In primo luogo diverso è l'oggetto materiale del reato: l'atto di disposizione il cui compimento o la cui deliberazione costituisce la condotta dell'art 2634 c.c., deve ,nel primo comma, produrre i suoi effetti sopra i beni del patrimonio sociale, mentre per il secondo comma nei "beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi": il discrimine è da rilevarsi nella titolarità esclusiva da parte della società sui beni, atteso che una posizione di mera comproprietà non varrebbe ad escludere l'applicazione del secondo comma.

In secondo luogo, nella fattispecie delineata al capoverso dell'articolo, appare sfigurato il presupposto del conflitto di interessi, posto che al conflitto "interno" tra amministratore (o direttore generale o liquidatore) e società di appartenenza, si sostituisce, qui, un conflitto di interessi "esterno" tra società (che agisce per mezzo dei suoi soggetti qualificati) e clientela dei risparmiatori o investitori⁸⁶,

Alle due ora compiute osservazioni si aggiunga come "la figura criminosa di infedeltà patrimoniale prevista al 2° comma si differenzia da quella delineata al 1° comma anche con riguardo all'evento (e, conseguentemente, sul piano della oggettività giuridica): si richiede infatti che il danno patrimoniale sia a carico dei terzi che abbiano affidato i beni in gestione"⁸⁷.

A tal riguardo, perplessità ha suscitato la particolare formulazione del secondo comma, che, in specie, estende la pena al "fatto" di cui all'art. 2634, 1° co., c.c., ove commesso in relazione a "beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale": dopo un richiamo al fatto tipico del comma precedente, riproduce quindi il necessario cagionamento dell'evento di danno, con la precisazione che questo dovrà verificarsi non già per la società ma nella sfera giuridica dei titolari dei beni posseduti o amministrati dalla società stessa: il problema sorge, però, in ciò, che si è ommesso di riprodurre l'avverbio "intenzionalmente".

⁸⁵ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 135.

⁸⁶ Si veda FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2522;

⁸⁷ Così BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 131.

Una siffatta omissione ha indotto parte della dottrina a ritenere la fattispecie disegnata dal secondo comma compatibile con le forme del dolo diretto ed eventuale; tuttavia, a ben vedere, l'intenzionalità del danno non pare possa estrarsi dal "fatto" tipico, previsto dal primo comma e richiamato dal seguente nella sua interezza, come comprensivo, ossia, di tutti gli elementi oggettivi come soggettivi, tra i quali non può escludersi il dolo intenzionale.

**7. Infedeltà del gruppo societario: la formula dei vantaggi compensativi.
Natura della clausola e criteri di valutazione del vantaggio.**

Il 3° comma dell'art 2634 dà primo riconoscimento nelle forme della legge scritta ad un concetto di sicuro rilievo per la legislazione penale, non a caso già definito come "il passo di gran lunga più delicato negli equilibri della nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale"⁸⁸. Si tratta della clausola dei vantaggi compensativi nelle infedeltà interagenti nel gruppo, più volte sollecitato dalla dottrina⁸⁹, e che già aveva interessato la giurisprudenza, con speciale riguardo alla bancarotta fraudolenta, per escludere la punibilità delle condotte distrattive poste in essere dagli amministratori di società dimostrate poi, in concreto, vantaggiose per l'interesse sociale⁹⁰.

Se la mancata regolamentazione del fenomeno del collegamento societario si manifestava già come un profilo di manifesta inadeguatezza della disciplina penale in materia societaria⁹¹, il legislatore della riforma, lungi dal prevedere una normativa compiuta del tema, si è limitato ad introdurre, nel solo alveo della infedeltà patrimoniale, un meccanismo di esclusione della responsabilità penale.

La norma dispone, infatti, che <<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>>.

Il rilievo di una norma siffatta è, da una parte, quello di imporre un superamento dell'atomismo del conflitto di interessi, perché la logica di opposizione degli interessi si lasci sbiadire all'intero di piani economici di gruppo, dispiegati nel medio o anche lungo termine⁹²; dall'altra, come si è già

⁸⁸ Cfr. FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2526

⁸⁹ Cfr. ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 291.

⁹⁰ Cfr. RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1377.

⁹¹ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 221

⁹² cfr. in tema RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1378; si veda anche AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 419 per cui, infatti, "la norma rappresenta uno dei punti significativi della riforma dei reati societari in quanto testimonia la volontà

accennato, quello di dare un primo indizio sull'operatività dell'interesse del gruppo all'interno della situazione conflittuale richiamata dalla fattispecie della infedeltà patrimoniale, rispondendo, così, a primarie esigenze di certezza giuridica tanto più eminenti nel delicato ambito del diritto penale⁹³.

Come si legge dalla Relazione al progetto Pagliaro, che per primo prevedeva l'introduzione della norma in parola, scopo della clausola "è quello di evitare che la fattispecie si presti a qualificare penalmente, in presenza di situazioni di conflitto formale tra società del medesimo gruppo, operazioni che, isolatamente considerate, avvantaggino l'una società ai danni dell'altra, ma si inseriscano in un panorama di scambi infragruppo, anche in fieri, idonei ad assicurare in prospettiva un complessivo riequilibrio dei rapporti"⁹⁴.

In altri termini si voleva evitare di penalizzare alla cieca operazioni guidate da insondabili dinamiche macrosocietarie, all'interno delle quali la ricchezza si muove seguendo ragioni e direttive non facilmente decodificabili all'esterno del gruppo⁹⁵; dalle più comuni "condizioni di favore praticate ad imprese del gruppo in relazione ad operazioni o di forniture di beni o servizi o di prestazione di finanziamenti e garanzie, che sarebbero più redditizie se effettuate alle normali condizioni di mercato, fino a casi in cui i beni vengono ceduti senza corrispettivo", od anche casi di "trasferimenti solo fittizi di elementi patrimoniali, per ottenere benefici (finanziamenti bancari, ammissione a gare d'appalto), o per evitare carichi fiscali o situazioni di insolvenza di una fra le società del gruppo (...)"⁹⁶.

La formula del vantaggio compensativo si interponeva tra due teorie agli estremi: tra chi, da un lato, preso atto dell'oramai perdurante affermazione della logica del gruppo societario nella odierna realtà d'impresa, accoglieva una prospettiva dell'interesse sociale allargata alla dinamica del gruppo, in cui

del legislatore di tenere conto della complessa realtà dei gruppi discostandosi, così da una visione meramente <<atomistica della società commerciale>>.

⁹³ Cfr. AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 420.

⁹⁴ Così ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 144 ; cfr. anche MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 730.

⁹⁵ Sul punto si veda AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 420.

⁹⁶ Così MILITELLO V., *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 389.

l'interesse della singola figlia si diluiva fino alla dissolvenza; e chi, dall'altro, considerava inscalfittibile l'autonomia giuridica della singola società per elementari esigenze di tutela dei soci di minoranza e dei creditori sociali.

Con il comma terzo così introdotto si ricercava il duplice esito di mantenere salda l'identità giuridica della società posta a garanzia dei soci e dei terzi, e, allo stesso tempo, di combattere la presunzione assoluta di extra-socialità dell'interesse di gruppo: in questo modo si è tentato di recuperare autonomia e dignità per entrambi gli interessi, della società e del gruppo, oggi posti ad un pari livello sulla bilancia del giudizio compensativo⁹⁷.

Nella giurisprudenza precedente alla riforma, poi, ad un primo orientamento dei giudici di merito come di legittimità che volgeva nel senso di negare efficacia scriminante all'interesse di gruppo⁹⁸, si registravano già talune aperture in questo senso: è stato, infatti, riconosciuto come una "società, per il fatto di essere inserita in un'aggregazione più vasta creata per esigenze obiettive di coordinamento e di razionalizzazione dell'attività imprenditoriali, viene non di rado a conseguire dei vantaggi che la compensano dei pregiudizi eventualmente subiti per effetto di altra operazione"⁹⁹.

Con questo panorama dottrinario e giurisprudenziale si giungeva all'alba della riforma del diritto penale societario, introduttiva appunto del comma terzo in analisi.

Va peraltro premesso che la formula dei vantaggi compensativi oggi vigente riprendeva una indicazione già contenuta nel progetto della commissione Mirone - a sua volta ispirato ad una previsione del precedente schema di legge delega per la riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pagliaro [art. 112, n. 2)] - che all'art. 10, n. 12) escludeva il carattere dell'ingiustizia del profitto della società collegata o del gruppo, quando lo stesso risultasse compensato da vantaggi, anche se soltanto "ragionevolmente prevedibili".

⁹⁷ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 222.

⁹⁸ Della giurisprudenza così richiamata si veda il breve resoconto di AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 421.

⁹⁹ Così Cass. 11 marzo 1996, in *Giur. Comm.*, 1997, II, p. 129; in senso analogo si veda anche Cass. 26 giugno 1998, in *Società*, 1998, p. 1415, nonché Cass. 21 gennaio 1999, in *Società*, 1999, p. 428.

In seguito, nello schema originario di decreto legislativo, la Sottocommissione penalistica aveva suggerito di sostituire la formula ora vista con quella dei vantaggi “fondatamente attesi”, con l’intento dichiarato di praticare, mediante il ricorso ad un criterio oggettivo, un più saldo ancoraggio al principio di tassatività. La formulazione odierna, invece, richiamando i vantaggi “conseguiti o fondatamente prevedibili”, si pone in una via intermedia, consentendo che la logica compensativa operi anche su di un piano meramente soggettivo, purché non sia avulsa da una dimostrabile, oggettiva fondatezza della previsione.

Disponendo il comma terzo, come si è detto, che non è da qualificarsi ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da siffatti vantaggi, la soluzione adottata dalla riforma non si allontana dalle indicazioni dei suoi predecessori ed opera, dunque, escludendo *ex lege* il requisito dell’ingiustizia del profitto per “ tutte le ipotesi in cui il danno patrimoniale sopportato dalla singola società può apparire funzionale al raggiungimento di obiettivi nel complesso vantaggiosi per il gruppo “, ed ossia in termini più specifici, evita che si arrivi a “connotare come extrasociale la finalità in concreto perseguita dagli amministratori, e dunque, come infedele il loro comportamento¹⁰⁰ .

In realtà va però sin da subito effettuato un duplice rilievo critico: la norma soffre infatti sia di una improprietà lessicale, sia di una scorrettezza logica.

In primo luogo, i vantaggi devono “compensare” il profitto: ora, a parte l’improprietà di richiedere una “compensazione” tra due poste positive (appunto, il vantaggio ed il profitto), si rammenta che, nell’economia globale della norma di infedeltà patrimoniale, il profitto, che costituisce il contenuto del dolo specifico, funge da mera “colorazione” finalistica della condotta, senza che ne sia richiesta la effettiva realizzazione. Se allora la parola “compensazione” sembra far richiamo ad un giudizio di proporzionalità tra le poste compensande, non si vede come una tale valutazione debba atteggiarsi per il caso in cui nessun profitto sia rinvenibile.

In secondo luogo, costituisce un profilo di inadeguatezza della clausola d’esonero al vaglio, la avvenuta comparazione tra la perdita della figlia con il

¹⁰⁰ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 223;

vantaggio goduto dalla società sorella o della singola società capogruppo con l'indesiderato duplice risultato: da una parte di accompagnare sullo stesso carro della libertà il gruppo efficiente con quello fraudolento¹⁰¹; dall'altra di dimenticare la funzione, sottesa alla imprescindibile autonomia giuridica delle società pur appartenenti al gruppo, di presidio nei confronti delle posizioni dei creditori della società figlia danneggiata¹⁰².

Passando all'analisi del contenuto della clausola contenuta al comma terzo dell'art. 2634 c.c., questa non può che passare da un paragone con la corrispondente formula di esonero dalla responsabilità prevista dalla disciplina civilistica all'art. 2497, primo comma, c.c.¹⁰³.

Anche qui, si premette, si pone il problema della inversione cronologica delle discipline, che si è tramutato per la precedente norma penale in un "trapianto acritico di formulazioni della legge delega"¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. FOFFANI L., *Le infedeltà*, cit., p. 360: per l'autore, "sulla base della formula prescelta, paradossalmente, quello che meno rischierebbe sotto il profilo penale sarebbe il gruppo programmaticamente inefficiente, ossia quello che, pur penalizzando l'interesse sociale particolare di taluna sua componente, non riveli lo scopo di perseguire -né si riveli capaci di produrre- alcun profitto".

¹⁰² Si pensi al caso in cui gli amministratori della società figlia A convengano con gli amministratori di una società sorella B in cui i primi hanno interesse, per sacrificare il patrimonio della A, con pregiudizio delle posizioni creditorie a questa riferibili, nel contesto, però, di un piano di gruppo teso a realizzare uno speciale profitto, anche di uguale o maggiore misura, per la B; cfr. anche MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 224.

¹⁰³ Sul contenuto vedi MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pp. 710, 730 e 731.

¹⁰⁴ Cfr. ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 292; sul problema dell'inversione cronologica si veda anche Cass. 18 Novembre 2004 in *Riv. pen.*, 2004, p. 820 e 2006, p. 136; anche in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005 747 con nota di Lemme, in cui si legge: "l'impropria antecedente temporale accordata alla riforma delle norme penali societarie rispetto a quella delle norme civili si è (...) risolta di fatto in una afasia contenutistica, in quanto anche l'art 2634, co 3°, c.c., evoca il concetto di gruppo senza definirlo"; cfr. sempre sulla "inversione metodologica" MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 224; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 145, che, tra le sfasature terminologiche e definitorie riporta in primo luogo la riconduzione della compensazione al profitto anziché al danno, ed in secondo luogo il richiamo, accanto all'appartenenza, al concetto di collegamento ben più ampio rispetto a quello di "direzione e coordinamento".

Si noti *a latere*, come la riforma abbia abbracciato, a ben vedere, una impostazione "minimalista", lasciando sostanzialmente aperti i quesiti portanti della nuova disciplina giuridica del gruppo, ed ossia, in primo luogo, come si

Una necessaria premessa alla disciplina civilistica in tema di direzione e coordinamento delle società è che questa ha il merito di segnare, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, il definitivo riconoscimento del fenomeno del gruppo societario: l'art 2497 c.c. recita infatti: <<Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette>>.

La disciplina civilistica del vantaggio compensativo, anche per la speciale posizione logistica che occupa, di introduzione della materia, non può non assumersi quale principio generale dell'ordinamento¹⁰⁵.

atteggino le norme afferenti alla normale disciplina della società nella dinamica di gruppo, ed ossia se meritino una applicazione differenziata o valgano invariati. Il discorso si fa particolarmente pregnante con riguardo alla disciplina del conflitto di interessi ex art 2391 c.c., atteso che l'amministratore della società controllata designato dalla holding è un "portatore in via sistemica di un interesse per conto terzi" (Così GUIZZI G., *Interessi degli amministratori, sub Art. 2391*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario, vol. II*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 666, che prosegue studiando la difficile comunicabilità tra la disposizione ex art. 2391 c.c. - che nel caso in specie imporrebbe per ogni operazione sociale un obbligo di adeguata motivazione con riguardo all'interesse del gruppo -, e l'art 2497-ter recante un obbligo per l'organo gestorio della controllata di motivare le scelte compiute "quando influenzate" dall'esercizio del potere direttivo o di coordinamento, indicando le ragioni ed interessi che sulla decisione assunta abbiano premuto. L'autore conclude che la disciplina pare ammettere il sistemico conflitto, riconoscendo la legittimità della partecipazione al voto da parte degli amministratori della holding sulla base della considerazione che l'art. 2497-ter c.c., a differenza dell'art. 2391 che impone un bilanciamento degli interessi da concludersi in senso positivo per la società, richiede solo la analitica individuazione, per ragioni di trasparenza, del parallelo interesse di gruppo intromesso nei processi decisionali posti alla base della deliberazione consiliare).

¹⁰⁵ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 225; non pare, peraltro, che possa, in ambito penalistico, prestare grande soccorso la norma civilistica, che si rivolge,

La clausola di esonero dalla responsabilità civile ha però, come si nota già da una prima lettura, una portata più ristretta rispetto a quella di diritto penale: richiede infatti l'effettivo conguaglio del danno subito, da verificarsi con un giudizio *ex post* che abbia a mira il risultato complessivo della strategia economica del gruppo¹⁰⁶.

Contrariamente, l'art. 2634, 3° co., c.c., presuppone una "prognosi obiettivo-postuma, con valutazione concreta, di natura tecnico-economica, formulata in base agli elementi noti al momento in cui l'operazione è posta in essere ed il cui esito indichi non una mera probabilità, ma quasi certezza sul futuro riequilibrio de vantaggi tra le società collegate ed il gruppo"¹⁰⁷.

Si tratta dunque di una valutazione condotta *ex ante* e di tipo qualitativo, che ha ad oggetto l'obiettiva idoneità della complessiva operazione del gruppo a produrre profitti in misura almeno proporzionale alla perdita, dove è proprio il richiamo alla "fondatezza" della previsione ad escludere che il giudizio sia condotto in chiave squisitamente psicologica¹⁰⁸.

In altri termini ancora, il giudice dovrà compiere una delicata equazione tra un accadimento reale (il danno) e quello perseguito (e previsto con sostanziale certezza) secondo un disegno programmatico (il profitto), ed in cui andrà assunto come discriminante il parametro di diligenza da poco varato dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*¹⁰⁹.

infatti, a due diverse realtà empiriche: in primo luogo le è del tutto indifferente quale interesse avesse di mira la madre, purché materialmente il danno risulti sanato, anche se casualmente; in secondo luogo, parimenti indifferente le è che il danno si sia poi sanato o meno, purché l'interesse avuto di mira fosse non uno extrasociale incompatibile con quello sociale, ma quello di gruppo nella determinata operazione ancora comunicabile con l'interesse sociale.

¹⁰⁶ Cfr. RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1377; si veda anche FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2526; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 224; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 422; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 146, per cui nella disciplina civilistica la valutazione sui vantaggi va compiuta "in una fase posteriore, che la dottrina civilistica colloca alla fine dell'esercizio sociale di riferimento.

¹⁰⁷ Così ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 295.

¹⁰⁸ Cfr. RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1377; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 225; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 423.

¹⁰⁹ Cfr. ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 144.

Conseguentemente, saranno da ritenersi punibili soltanto le operazioni infragruppo che “risultano preordinate a favorire in via esclusiva il gruppo o la società beneficiaria o pregiudicano la società operante”¹¹⁰.

Ci si è chiesti poi se il legislatore facesse implicito, nella verifica della sussistenza dei vantaggi in parola, il ricorso ad un criterio proporzionale: al riguardo, si è detto¹¹¹ che “per l’individuazione degli elementi compensativi ci si dovrà servire in prima istanza del parametro che fa leva sulla proporzione tra danno e vantaggio”.

Infatti, se da un lato è proprio il requisito del danno patrimoniale ad escludere che la nozione di <<compensazione>> si esaurisca nella equiparazione aritmetica tra danno e vantaggio (posto come un tale vaglio “aritmetico” debba essersi già risolto in senso sfavorevole per la società danneggiata¹¹²), ciò non di meno non pare possibile rinunciare ad un criterio proporzionale fra danno e vantaggi: ed invero “proprio l’impiego del termine *compensato*, evocativo di un rapporto fra quantità fra loro paragonabili, autorizza l’interprete a ritenere che il vantaggio conseguito o fondatamente atteso dal quale deriva la non ingiustizia del profitto, dovrà essere comunque non manifestamente irrisorio, tale cioè da non poter ricevere la qualifica di vantaggio compensativo”¹¹³.

In questo senso non si spiega infatti il richiamo ai vantaggi già “conseguiti”, i quali per l’appunto prima di escludere l’ingiustizia del profitto, valgono ad elidere l’elemento del danno patrimoniale¹¹⁴. A tal riguardo si è detto, la dizione

¹¹⁰ Cfr. RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1378.

¹¹¹ ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 293, che comunque riconosce l’atecnicità della nozione di “compensazione” adottata dal legislatore della riforma, ed aggiunge che “l’accezione è estranea ai modelli previsti dagli art. 1214 e ss. c.c., essendo scevra dai connotati di equipollenza, omogeneità ed esigibilità delle poste e non essendo stabilito quando il rapporto compensativo debba verificarsi, difettando, inoltre, un rapporto di proporzionalità tra il sacrificio patrimoniale e l’utilità”.

¹¹² Cfr. RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1378.

¹¹³ Così MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei <<vantaggi compensativi>> nell’economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 633; cfr. anche AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 424, che assieme allo stato di insolvenza considera il criterio proporzionale uno dei due “parametri sulla base dei quali il fondare (...) il suo giudizio in ordine alla prevedibilità del vantaggio compensativo”.

¹¹⁴ Cfr. MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei <<vantaggi compensativi>>*, cit., p. 633.

“in ogni caso”, posta ad *incipit* della clausola, vuole forse salva la diversa e più favorevole formula di assoluzione.

Se dunque il giudice in sede di verifica della responsabilità civile non potrà che valutare i vantaggi effettivamente conseguiti al termine dell’operazione di gruppo, in ambito penalistico, e in ipotesi di applicazione della clausola di cui al comma terzo dell’art. 2634 c.c., dovrà tenere in primo conto i vantaggi il cui conseguimento era “fondatamente prevedibile”¹¹⁵.

Per ciò che attiene alla natura della clausola dei vantaggi compensativi, è la stessa lettera della norma che, fornendo, per così dire, una “interpretazione autentica” di un requisito costitutivo della fattispecie, pare escludere la natura di causa di giustificazione¹¹⁶.

Di fatto, la sussistenza di un vantaggio derivante dall’appartenenza al gruppo, “elide un elemento costitutivo della fattispecie, e cioè il dolo specifico”¹¹⁷, che, come noto, rappresenta un criterio di ulteriore tipizzazione del fatto: conseguentemente bisogna riconoscere alla clausola la natura di causa di esclusione, ossia di elemento negativo, del fatto tipico¹¹⁸.

La questione più spinosa, invece, riguarda la possibilità, o meno, di estendere l’operatività della clausola in questione al di fuori della fattispecie di infedeltà patrimoniale.

In considerazione vengono, in particolare, i reati di cui all’art. 223, primo e secondo comma, e 216 della legge fallimentare¹¹⁹.

¹¹⁵ In questo senso anche MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 225; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 422.

¹¹⁶ Di diverso avviso MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei <<vantaggi compensativi>>*, cit., p. 631.

¹¹⁷ Così MEZZETTI E., *L’infedeltà patrimoniale*, cit., p. 234

¹¹⁸ In tal senso concludono anche: AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 425; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 139; FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2526; RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1381, per cui “la concezione esimente renderebbe difficile ricostruire le condotte distrattive in termini di concretezza ed effettività dell’offesa da valutarsi nel complesso delle società etero dirette; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 226; ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 144; D’AVIRRO A. –MAZZOTTA G., *I reati “d’infedeltà”*, cit., p. 129.

¹¹⁹ A questi si aggiunga l’ipotesi criminosa delle false comunicazioni sociali ex art. 2622 c.c. e l’appropriazione indebita di cui all’art. 646 c.p: per ciò che attiene a quest’ultimo reato, a dire il vero, il quesito della estensibilità della clausola pare doversi risolvere in senso negativo, atteso come, secondo la ricostruzione dei

Contro l'estensione parla un primo argomento squisitamente logistico, posto come la scelta di collocare la clausola d'esonero all'interno dell'articolo contenente il reato di infedeltà patrimoniale, pare volerne limitare l'operatività a questa sola fattispecie.

D'altro canto, a favore della trasmigrazione della teoria dei vantaggi compensativi anche al di fuori dell'art. 2634 c.c. possono portarsi due argomenti principali, uno che trae spunto da una indagine strutturale della clausola, ed un secondo di tipo logico-sistematico.

In primo luogo, la norma, non costituendo una causa di esclusione della pena, si sottrae al previsto dall'art. 4 delle preleggi per le norme a carattere eccezionale¹²⁰: sarebbe dunque la sua natura di mero limite esegetico, collegato all'elemento del dolo specifico¹²¹, a suggerirne di estenderne l'applicazione, anche onde evitare le possibili ed irragionevoli disparità di trattamento che da una applicazione limitata della norma deriverebbero¹²².

A livello sistematico, poi, si è poi osservato che, ove si abbracciasse la teoria della non estensibilità, "si verificherebbe una situazione paradossale: determinanti comportamenti (in astratto riconducibili a fattispecie criminose) posti in essere in pregiudizio di una società appartenente al gruppo potrebbero non essere suscettibili di alcuna censura in sede civile (allorché rientranti nella logica di cui all'art. 2497 c.c.) ma essere sanzionati in sede penale", il che produrrebbe un intollerabile contrasto con il principio di sussidiarietà dell'azione penale che deve rimanere *extrema ratio* dell'intervento statale nella repressione degli illeciti.

contorni applicativi lasciati al reato di appropriazione dall'introduzione dell'infedeltà gestoria ex art. 2634 c.c. che qui si propone (v. infra, par. 9), l'integrazione del reato in parola presuppone che l'autore agisca "al di fuori" della sua funzione gestoria: solo passando attraverso l'esercizio dei poteri suoi propri, infatti, può dirsi avvenuto un contemperamento tra interesse sociale e interesse di gruppo.

¹²⁰ Cfr. AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 425; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 148.

¹²¹ Ed ossia, si noti, non si lega al conflitto di interessi, che, diversamente, segna una peculiarità del reato di infedeltà patrimoniale.

¹²² Cfr. AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 426; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 225.

In giurisprudenza, la Cassazione ha inizialmente assunto un atteggiamento di sostanziale chiusura¹²³, rimanendo salda nel convincimento che, “agli effetti dei reati fallimentari, il fenomeno del collegamento di gruppo non scalfisce il principio della autonoma personalità giuridica di ciascuna società e non assume, pertanto, rilevanza giuridica”¹²⁴. Tuttavia, un tale orientamento restrittivo circa l’ambito di applicabilità della clausola di esenzione dalla responsabilità, non era destinato a durare a lungo: non poteva infatti evitare di scontrarsi con la novella che con d.lgs. n. 61 del 2002 si è operato sull’art 223 , comma 2, n. 2 l. fall., in particolare con la previsione espressa di una bancarotta “da infedeltà patrimoniale”¹²⁵. Ipotesi che, come noto, mutua in parte la tipicità del fatto di cui all’art. 2644 c.c.¹²⁶.

Si è dunque più recentemente superato l’orientamento che, in tema di bancarotta fraudolenta, escludeva dalla lista degli interessi ponderabili, quello riferibile al gruppo societario, inteso come unica entità economica¹²⁷, e basato sul presupposto che “nell’ambito fallimentare gli interessi dei creditori non potrebbero mai essere sacrificati da un giudizio comparativistico e globale dei rapporti infragruppo”¹²⁸.

Partendo così, dalla duplice premessa, da una parte, del riconoscimento oramai globale della responsabilità (almeno civile) della capogruppo¹²⁹, e della

¹²³ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 226.

¹²⁴ Così in Cass. Pen. 5 giugno 2003 e 34 settembre 2003; in dottrina si confronti AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 426.

¹²⁵ Cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 225:

¹²⁶ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 152 e ss.

¹²⁷ Si veda al riguardo Cass., Sez. V, 27 maggio 2003, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 750, con commento di Lemme.

¹²⁸ Cfr. BENUSSI C., *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 426.

¹²⁹ Il riconoscimento della dinamica di gruppo aveva permeato infatti già la dottrina come la giurisprudenza: si veda, in via d’esempio, Cass. 24 Agosto 2004, n. 16707, per cui “in tema di responsabilità degli amministratori di società di capitali verso la società stessa, appartenente ad un gruppo societario, ha rilievo (anche a prescindere dal testo dell’art. 2497 c.c. come novellato dall’art. 5 d.leg. 17 gennaio 2003 n. 6) la considerazione dei c.d. vantaggi compensativi derivanti dall’operato dell’amministratore, riflettentisi sulla società in conseguenza della sua appartenenza al gruppo e idonei a neutralizzare, in tutto o in parte, il pregiudizio cagionato direttamente alla società amministrata; tuttavia non è sufficiente, al fine di escludere corrispondentemente la responsabilità, la mera

natura di interpretazione autentica riconosciuta alla clausola al vaglio, si è giunti ad ammetterne la trasmigrazione al di fuori del reato di infedeltà¹³⁰ correttamente riconoscendo che “la previsione dell’art. 2634, comma 3, c.c. conferisce valenza “normativa” a principi già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività della condotta tanto gravemente sanzionata dalle norme fallimentari”, e contestualmente precisando 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 di vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della società fallita, che l’amministratore ha l’onere di allegare e provare, risultassero 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”¹³¹.

A ben vedere la pronuncia in analisi fa quel che promette, ed ossia, più che estendere la clausola dei vantaggi compensativi, riconduce il comma terzo

ipotesi della sussistenza dei detti vantaggi, ma l’amministratore ha l’onere di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell’operazione compiuta.

¹³⁰ Si veda RUGGIERO G., *Profili di novità*, cit., p. 1380 che attentamente osserva come “in concreto, tuttavia, il vantaggio compensativo sembra possa andare oltre la sfera dell’infedeltà patrimoniale dell’art. 2634 c.c. con risultati, a ben vedere, alquanto modesti, soprattutto se si pensi che la giurisprudenza richiede altresì che il soggetto che ha il controllo delle società svolga una vera e propria funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento delle società controllate, eventualmente anche accompagnata da attività ausiliaria e finanziaria (il riferimento è a Cass. in Riv. trim. dir. pen. ec., 2006, p. 373 e 2007, p. 1008; Cass. pen. 2004, 2142).

¹³¹ Cfr. Cass., sez. V, 24 Maggio 2006, n. 36764, L.B., rv. 234605; Cass., sez. I, 26 Ottobre 2012, n. 48327, V.M; Cfr anche Cass. Sez. V, del 9 Maggio 2012, n. 29036, rv. 253031, per cui: “in tema di bancarotta fraudolenta, qualora il fatto si riferisca a rapporti intercorsi fra società appartenenti al medesimo gruppo, solo il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell’interesse del gruppo, può consentire di ritenere legittima l’operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata, nel qual caso è l’interessato a dover fornire la prova di tale circostanza.

dell'art. 2634 c.c., a principi e criteri già di lunga data nell'ordinamento giuridico: in specie il principio di concretezza ed offensività.

Si evince, infatti, che la valenza di una siffatta clausola, quanto meno in ambito di reati fallimentari, sia assicurata, a ben vedere, dalla stessa nozione di "distrazione", per la cui integrazione non può prescindersi da una effettiva diminuzione del valore della garanzia offerti ai soci e ai creditori dal patrimonio della società, pena lo scollamento dal principio di necessaria offensività. E' proprio questa offensività che dovrà escludersi quando la apparente dissipazione del patrimonio sociale risulti in ultima analisi neutralizzata dal realizzarsi di successivi vantaggi economici, con la precisazione che " in questa prospettiva, potranno rilevare anche vantaggi non conseguiti, purché fondatamente prevedibili dall'agente"¹³²

¹³² Così BENUSSI C., *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 431.

8. Regime di procedibilità e profili sanzionatori. Responsabilità dipendente da reato: esclusione.

Unitamente alla modifica del dolo specifico, ampliato fino a ricompredervi una finalità di altro vantaggio, ed alla previsione del più pregnante dolo intenzionale, gli emendamenti che nel corso della XIV legislatura hanno colpito il disegno di legge delega n. 1137 disattendendo alle originarie suggestioni della commissione Mirone, hanno riguardato altresì il regime di procedibilità, nella versione attuale previsto a querela della *persona offesa*.

L'opzione si pone in perfetta corrispondenza con la direttiva di "patrimonializzazione" degli illeciti societari¹³³: la prospettiva di tutela così offerta si rivolge al patrimonio sociale in un'ottica strettamente "privatizzata", allontanando il richiamo a meno palpabili valori collettivi¹³⁴.

In secondo luogo, in ambito societario ed in particolare per le ipotesi di infedeltà degli organi gestori, l'istituto della querela esprime al massimo la sua funzione di garanzia, quella ossia di preservare la vittima dell'illecito - *scilicet* la società commerciale destinataria dell'offesa patrimoniale - dalle ricadute dannose del processo sull'immagine aziendale in termini di *strepitus fori*. A questa, dunque, va lasciata la valutazione di opportunità in merito all'esposizione al duro stigma dell'azione penale di quei soggetti massimamente deputati ad esprimerne le politiche aziendali.

A quanto detto si aggiungano le "attuali e condivise esigenze deflative" già considerate nella relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, per cui lo sfavore per la procedibilità d'ufficio sembra farsi conveniente anche nella direzione di una attenta selezione delle condotte penalmente rilevanti.

¹³³ V. infra, Cap. V, par. 1.

¹³⁴ Ed in quest'ottica privato-patrimoniale che vanno letti tanto il neonato reato di infedeltà patrimoniale quanti i reati a tutela della informazione societaria. Sul punto si confronti FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2526; LA ROSA E., *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1041

Ciò detto in merito alle ragioni di opportunità sottese alla scelta del legislatore, non può tacersi come la formulazione adottata non manchi di suscitare le perplessità degli interpreti: pure appoggiandosi, infatti, sulla nota categoria dottrinarica e giurisprudenziale della “persona offesa” non evita però il problema di individuare a chi in concreto una tale qualifica spetti.

Una prima suggestione in merito può rinvenirsi già dallo Schema di decreto legislativo approvato l’ 11 gennaio 2002 in Consiglio dei Ministri, successivamente confluito, puranco a seguito di numerose modifiche, nel già citato d.lgs. n. 61 del 2002.

Alla voce “art. 2634 c.c., si prevedeva che “il diritto di querela è esercitato per conto della società, previa delibera dell’assemblea, da un curatore speciale da essa nominato”. Per la fattispecie di cui al secondo comma il potere di proporre querela si assegnava ai “terzi danneggiati”, ed ossia ai terzi titolari dei beni su cui si produce il danno scaturente dall’atto di disposizione pregiudizievole.

Le Commissioni Giustizia della camera e del senato, chiamate al vaglio della norma, suggerivano per contro di “sopprimere ogni limitazione soggettiva al diritto di proporre querela” onde evitare il rischio di “non tutelare sufficientemente tutti i soggetti che possono subire un danno a seguito della condotta illecita di infedeltà, come, ad esempio, i creditori o i soci di minoranza, nel caso in cui l’assemblea non abbia deliberato a favore dell’esercizio del diritto di querela”¹³⁵, facendo inoltre chiara al legislatore delegato “la necessità ulteriore di prevedere, con riferimento all’esercizio del diritto di querela da parte della società, particolari modalità di convocazione e costituzione dell’assemblea in funzione di un rafforzamento degli strumenti di tutela (anche) delle minoranze e di una maggiore e immediata effettività della previsione alla luce di condotte ostacolanti facilmente immaginabili”¹³⁶.

Come si è già accennato, nonostante le attente direttive emerse dalla sede parlamentare, il legislatore delegato rispondeva, a ben vedere, “non rispondendo”, lasciando, ossia, sostanzialmente disattese le preoccupazioni delle

¹³⁵ Così nel parere formulato dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 6 marzo 2002.

¹³⁶ Così invece nel parere formulato dalla Commissione Giustizia del Senato il 19 marzo 2002.

camere legislative ed optando per la più generica formula della “persona offesa”¹³⁷.

Per la grande maggioranza della dottrina¹³⁸ non vi sono dubbi che il titolare del diritto di querela vada individuato nella società commerciale: a questa fanno capo i beni che costituiscono oggetto materiale del reato di cui all’art. 2634 c.c. (nella variante del primo comma) ed è questa a subire l’offesa contro cui soccorre la norma penale in parola.

Di meno facile risoluzione è il quesito riguardante come in concreto una tale volontà debba manifestarsi: facendo salva la diversa riserva statutaria, il problema va affrontato tenendo ben distinti i due momenti della formazione interna della volontà dell’ente da una parte, e della manifestazione all’esterno di una siffatta volontà dall’altra¹³⁹.

Seguendo i tracciati di una autorevole dottrina¹⁴⁰, si osservi preliminarmente che la condotta tipica disegnata dall’art. 2634 c.c. realizza

¹³⁷ Al punto che rimane ancora dubbio in dottrina se una tale scelta contrariasse ovvero andasse incontro alle direttive parlamentari; sul tema si cfr. FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2527; nel secondo senso si esprime MILITELLO V., *L’infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 489; FONDAROLI D., *Introduzione ai delitti di << infedeltà >>*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 394; MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità nel nuovo diritto penale societario*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 670.

¹³⁸ In tal senso si esprimono: MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità*, cit., p. 670; CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano 2004, p. 131; ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 145, per il quale una tale indubitabile conclusione discende “dalla struttura dell’infedeltà patrimoniale, che concentra il proprio disvalore di evento nell’offesa al patrimonio della società ed il disvalore di azione sostanzialmente nella violazione di un dovere di fedeltà dell’agente nei confronti della stessa società, gli interessi della quale sono sacrificati a favore dei propri (o di quelli di terzi); MILITELLO V., *L’infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 490. FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 252; nello stesso senso conclude ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012, pp. 290-291; SEMINARA S., *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Jus*, 2011, pp. 71 e ss.

¹³⁹ Cfr. MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità*, cit., p. 672; FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2526.

¹⁴⁰ Cfr. ROMANO M., sub *art. 120*, in M. Romano – G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2° ed., Milano, 1996, p. 256; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari vol. I*, Milano, 1997, p. 297.

sempre un tipo di “offesa interna”, proveniente ossia dai detentori del potere gestorio: in questo caso pare corretto derogare al principio per cui la proposizione della delega, concernendo “in via diretta o indiretta la conservazione del patrimonio e l’attuazione dell’oggetto sociale”¹⁴¹, rientri tra le competenze dell’organo amministrativo, e ciò per evitare il paradosso di far coincidere nel medesimo soggetto la qualifica di autore del reato e il diritto di proposizione della querela.

Un tale diritto spetterà allora all’organo assembleare, non diversamente da quanto disposto in materia di responsabilità civile degli amministratori o dei sindaci¹⁴².

Ciò detto e ricondotto, così, il potere di proporre querela contro le condotte infedeli degli amministratori in capo all’assemblea dei soci, rimangono sostanzialmente sforniti di tutela quei creditori e quei soci di minoranza già oggetto delle preoccupazioni delle camere parlamentari in sede di discussione del reato di infedeltà al vaglio.

La mancata attribuzione del diritto di querela al singolo socio svela inoltre due più evidenti aporie.

Da una parte frustra completamente la proficua espletazione dei poteri accertativi del giudice penale con riguardo alle ipotesi, non rare, in cui l’amministratore soggetto attivo della infedeltà sia espressione della maggioranza assembleare¹⁴³. Nel caso di una “offesa interna” degli amministratori di società contro il patrimonio sociale, infatti, “è abbastanza evidente il rischio del manifestarsi di situazioni di conflitto di interessi, che potrebbero inquinare il procedimento di formazione della volontà dell’ente nell’esercizio del potere di querela, fino alla conseguenza (paradossale) di

¹⁴¹ Così ROMANO M., sub *art. 120*, cit., p. 256.

¹⁴² Cfr. MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità*, cit., pp. 673-674.

¹⁴³ Cfr. MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità*, cit., p. 676, che conclude suggerendo come “al problema si sarebbe potuto ovviare con una maggiore accortezza nella redazione della norma, attribuendo esplicitamente (e senza distinzioni di sorta) ai soci che abbiano subito un pregiudizio di natura patrimoniale in occasione della commissione del reato, il potere di proporre autonomia querela” subordinatamente però alla prova di un nesso causale tra il pregiudizio patrimoniale subito e l’atto di disposizione compiuto in situazione di conflitto di interessi”.

lasciare nelle mani dello stesso autore dell'illecito la scelta se attivare o meno il procedimento penale"¹⁴⁴.

Dall'altra, realizza una inaccettabile disparità di trattamento tra soggetti interni ed esterni alla compagine sociale, posto che, in caso di comproprietà, in capo alla società e a terzi, del bene o del patrimonio che subisce il danno, se al terzo non può negarsi il diritto di proporre querela assicuratogli dal comma secondo, per le risultanze ermeneutiche ora viste la posizione soggettiva del socio di minoranza andrebbe incontrare il necessario filtro costituito dal procedimento assembleare¹⁴⁵.

Pare allora di doversi anche qui condividere l'opinione per cui "la procedibilità a querela costituisce uno degli elementi che contribuiscono a rendere le ipotesi di infedeltà patrimoniale delle norme "disnomiche", cioè strutturate in modo tale da ostacolarne di fatto le possibilità applicative"¹⁴⁶.

E, d'altronde, forse proprio per supplire a queste due odiose dissonanze della soluzione assembleare, che si è registrata, già poco dopo l'introduzione della norma, l'inattesa tendenza della giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁴⁷ a riconoscere in capo al singolo socio un diretto potere di attivazione repressiva:

secondo un siffatto orientamento, ancorché sia chiaro 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

¹⁴⁴ Così FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2527; cfr anche MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 489, per cui, parlando dell'assemblea dei soci, "rendere tale organo arbitro della tutela penale del patrimonio della società è però passaggio gravido di insidie: l'assemblea può condividere le scelte dell'amministratore di avvantaggiarsi personalmente attraverso una strumentalizzazione dell'ufficio ricoperto, magari quando siano accompagnate dalla promessa di benefici indiretti per la società o anche solo per la sua maggioranza assembleare. Patteggiamenti che si compiono ovviamente per lo più "sottobanco" e ciò non giova certo alla trasparenza nella gestione della società. Per di più, come già anticipato, un sistema del genere lascia indifese le minoranze che non partecipino agli accordi spartitori con gli amministratori".

¹⁴⁵ Cfr. sul punto MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 489.

¹⁴⁶ Così LA ROSA E., *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela*, cit., p.

1042; in tal senso si veda anche BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 174.

¹⁴⁷ V. Cass. Pen. 17 gennaio 2003, n. 20267, in *Fisco*, 2003, p. 4901; Cass. Pen, 9 novembre 2006, n. 37033; Cass. Pen. 25 Febbraio 2009, n. 24824, in *Soc.*, 2009, p. 1104.

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 il diritto di querelarsi contro il presunto responsabile della infedeltà proprio perché deve allo stesso riconoscersi non solo la qualifica di danneggiato del reato, ma anche quella di vera e propria parte lesa, qualifica che consente a proposizione della querela ai sensi dell'art. 120 c.p.”¹⁴⁸.

Un siffatto orientamento è stato censurato per diversi ordini di motivi: in primo luogo disattende apertamente un dettato normativo, quello dell'art. 2634 c.c., IV co., che senza speciali ambivalenze riserva il potere di proposizione alla società commerciale; in secondo luogo, da un punto di vista più squisitamente teorico, una tale pronuncia sovrappone in modo apodittico e senza particolari sforzi argomentativi le figure dogmatiche del danneggiato e della persona offesa¹⁴⁹.

Benché, dunque, non meno censurabile sia, da un punto di vista di politica criminale, l'opzione per la procedibilità a querela, ciò non di meno non è quella della giurisprudenza di merito o di legittimità la via adatta per un rimodellamento ortopedico della norma penale: più corretto, *rebus sic stantibus*, l'opzione ermeneutica già favorita dalla maggioranza della dottrina e che

¹⁴⁸ Testualmente: Cass. Pen, 9 novembre 2006 (Ud. 16 giugno 2006), n. 37033

¹⁴⁹ Cfr. LA ROSA E., *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela*, cit., p. 1052; ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 291 che conclude identificando nella società la “vera” persona offesa, ed unica titolare della proposizione; MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità*, cit., p. 676, che conclude per non ammettere la proponibilità della querela da parte del singolo socio, che infatti realizza una “inaccettabile commistione tra i concetti di “danneggiato” e “persona offesa”; ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 145; da ultimo, si noti che, anche ove per assurdo si volesse stralciare l'art. 12 dalle preleggi e la *voluntas legis* superasse in forza suggestiva la lettera della norma, una tale intenzione del legislatore nei lavori preparatori non pare potersi rinvenire: la soluzione che il legislatore delegato ha adottato in risposta alle critiche delle commissioni parlamentari pare infatti “opzione a favore del mantenimento dello status quo in materia di rapporti tra enti collettivi e condizioni di procedibilità”(Così sempre LA ROSA E., *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela*, cit., p. 1054); cfr. invece MEZZETTI E., *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 238, per cui la soluzione di affidare il potere di querela alla “persona offesa” era assunta “probabilmente per non pretermettere i diritti dei creditori e dei soci di minoranza”.

individua nella società commerciale, per mezzo dell'organo assembleare, l'effettivo titolare del diritto in parola¹⁵⁰.

Per ciò che attiene poi il comma secondo dell'art. 2634 c.c., persona offesa è indubbiamente il terzo che subisce il danno patrimoniale, palesandosi confermata la scelta normativa già effettuata nel primo schema del decreto legislativo sopra citato.

Nel caso del gruppo societario, invece, "la legittimazione spetta all'organismo che ha tratto detrimento patrimoniale dalla scelta illecita"¹⁵¹.

Passando ora ai profili sanzionatori, il reato di infedeltà patrimoniale nella sua formulazione attuale, rimasta invariata rispetto a quella del d.lgs. n. 61 del 2002, commina la pena della <<reclusione da sei mesi a tre anni >>.

Più voci hanno segnalato le incongruenze sottese alla mitezza di tale opzione legislativa, che già a livello comparatistico segna uno spiacevole dislivello sanzionatorio¹⁵², e in un ambito, quale quello degli illeciti penali societari, qualificato da un forte taglio transnazionale¹⁵³.

L'irragionevolezza della pena si fa però massimamente evidente in una prospettiva sistematica interna all'ordinamento penale, in specie in un raffronto con il reato di appropriazione indebita: la condivisione del tetto massimo della pena con il "contiguo"¹⁵⁴ reato disciplinato all'art. 646 c.p. appare dimentica del maggior contenuto di disvalore espresso dal reato di infedeltà, sia per la speciale qualifica rivestita dai titolari dei poteri gestori e la loro posizione di vertice nell'economia nazionale, sia per il "plus di insidia" che la condotta distrattiva dell'amministratore realizza rispetto alla diretta assunzione di un possesso *animo domini* sui beni mobili della società.

¹⁵⁰ In senso contrario, ed ossia a favore del singolo socio: MEZZETTI E., *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 238; ACQUAROLI R., *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, pp. 165 e ss.; D'AVIRRO A. – MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà"*, cit., pp. 185 e 186.

¹⁵¹ Così ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 291.

¹⁵² In Francia la pena prevista è quella della reclusione fino a cinque anni con aggiunta di una *ammende* fino a 375.000 euro; In Spagna la reclusione è da sei mesi ai quattro anni in alternativa ad una multa fino al triplo del danno cagionato; In Germania la pena è fino ai cinque anni (§ 266 StGB).

¹⁵³ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 176.

¹⁵⁴ V. infra, par. 9.

L'esclusione invece della infedeltà patrimoniale dal novero delle fattispecie per cui, ex art 25 ter, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, è prevista la responsabilità dipendente da reato delle persone giuridiche costituisce, invece, una presa d'atto della incompatibilità logica del reato in parola, imperniato su di una situazione di contrarietà rispetto all'interesse sociale con la responsabilità degli enti, la quale appunto presuppone che il reato sia invece compiuto "nell'interesse" della società stessa¹⁵⁵.

L'opzione pare, tuttavia, meno logica per la diversa fattispecie prevista dal comma secondo dell'art. 2634 c.c., ove ossia la disposizione dell'amministratore infedele abbia ad oggetto beni dei terzi, nonché nel caso delle frequenti distrazioni infragruppo, essendo ben possibile, per i casi prospettati, che l'infedeltà "si accompagni ad un interesse della società"¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cfr. MEZZETTI E., *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 239; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 432; MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 476; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 179.

¹⁵⁶ Cfr. MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, cit., p. 476; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 180.

9. Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: la specialità reciproca e l'area di interferenza.

L'introduzione di un reato di infedeltà patrimoniale in ambito societario ha posto il problema di qualificare i rapporti tra il nuovo art. 2634 c.c. e il reato di appropriazione indebita ex art. 646 c.p., cui non di rado, precedentemente, la giurisprudenza aveva demandato di sopperire il vuoto di tutela penale contro le condotte di *mala gestio* degli amministratori di società¹⁵⁷.

In via introduttiva, può soccorrere una preliminare impostazione del campo di lavoro dell'indagine che qui ci si propone.

L'art 2634 e il 646 esprimono due diverse tipologie di illecito, l'uno delineando per eccellenza una condotta appropriativa, l'altro richiedendo invece il realizzarsi di una disposizione abusiva dei beni sociali nell'esercizio della gestione: si pensi, in via esemplare, al rapporto che, all'interno del c.d. statuto penale della pubblica amministrazione, intercorre tra peculato per appropriazione ed il reato di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p.¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cfr. CALO' R., *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1073, che più ampiamente osserva che "la nuova figura criminosa, la cui previsione era da tempo auspicata dalla dottrina, pur venendo a colmare un reale vuoto di tutela, dato dalla perdurante assenza nel nostro ordinamento di una norma penale volta a tutelare il patrimonio sociale dalle condotte di *mala gestio* degli amministratori, non irrompe *ex abrupto* in uno spazio totalmente libero dal diritto. Né civile, poiché già prima della riforma del diritto societario attuata con d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 di fronte alla violazione dei doveri di corretta amministrazione il codice civile sanciva la responsabilità degli amministratori nei confronti della società (artt. 2392-2393 c.c.), dei creditori sociali (art. 2394 c.c.) e dei singoli soci o terzi (art. 2395 c.c.); né, e soprattutto, per quel che qui interessa, penale, poiché la giurisprudenza, preso atto delle carenze strutturali e della insufficienza delle norme societarie volte a sanzionare penalmente l'infedeltà gestoria, al fine di non lasciare sprovvisti di tutela penale i più gravi abusi realizzati in ambito societario, aveva per lungo tempo fatto ricorso al reato comune di appropriazione indebita, che aveva così finito per svolgere un ruolo suppletivo in attesa dell'auspicata introduzione di una norma ad hoc".

¹⁵⁸ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 196; sulle similitudini tra le due norme di diritto penale societario e di diritto penale della pubblica

Al fatto dunque di chi, più generalmente, “compie o concorre a deliberare atti di disposizione dei beni sociali”, si oppone il comportamento di chi, più specificatamente, principia a possedere *animo domini* (momento appropriativo) in luogo del proprietario, che viene così estromesso, in via definitiva, dall’esercizio dei suoi poteri sulla cosa (momento espropriativo).

Il problema di una possibile interferenza tra le norme al vaglio < sorge ove si consideri come l’appropriazione sia il più tipico (oltre che il più diretto e dalla più facile ideazione ed esecuzione), degli atti abusivi di disposizione del patrimonio sociale¹⁵⁹.

La lente dell’analisi dovrà allora stringersi su quei casi di *interversio possessionis* di danaro o cose mobili, compiuti dall’amministratore di società (ovvero dal direttore generale o il liquidatore) che passino per il tramite di un atto dispositivo dei beni della società.

Si aprono dunque, già ad un primo sguardo, due importanti riserve. In primo luogo il comportamento *uti dominus* non dovrà riguardare beni immobili, esclusi dall’ambito applicativo dell’art. 646 c.p., che tra gli oggetti materiali del reato novera appunto solo “il danaro o la cosa mobile”: le condotte così realizzate potranno, semmai, integrare il reato di infedeltà patrimoniale, posto come l’ampiezza della formula “beni sociale” sia tale da ricomprendere altresì la categoria dei beni di cui trattasi.

In secondo luogo, l’atto appropriativo non deve concretarsi in un comportamento materiale (apprensione fisica di fondi sociali, vuoto di cassa), per certo non sussumibile nel concetto di “atto” dispositivo¹⁶⁰.

Così limitata la prospettiva dell’indagine, e denudata dunque la possibile area di reciproco “disturbo” tra le due norme, si può già da principio concordare con le conclusioni della corte di legittimità, per la quale il reato di infedeltà patrimoniale “non esaurisce la tutela penale verso le aggressioni ai beni sociali da parte di soggetti qualificati, come se il legislatore avesse sottratto la materia

amministrazione cfr. pure D’AVIRRO A. –MAZZOTTA G., *I reati “d’infedeltà”, cit.*, pp. 60 e ss.

¹⁵⁹ D’AVIRRO A. –MAZZOTTA G., *I reati “d’infedeltà”, cit.*, p. 81.

¹⁶⁰ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 200; PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 557.

degli illeciti societari alla generale disciplina dei reati contro il patrimonio”. A ben vedere, infatti, “ne tipizza piuttosto le condotte di infedeltà connesse all’attività di gestione, lasciando impregiudicata la rilevanza (o la irrilevanza) criminale di quelle condotte che, non previste dalla specifica normativa, (non) risultino punibili secondo il diritto comune”¹⁶¹.

Naturale allora porsi il quesito dell’ambito applicativo residuo (o non residuo) al reato a tutela del patrimonio comune, in ambito di abusi ed usi impropri dei beni sociali da parte dei titolari del potere gestorio, e, conseguentemente, del se e del come un tale ambito valga a sfigurare i contorni dogmatici e applicativi del contiguo illecito penale societario.

In dottrina si sono registrate le più varie posizioni al riguardo.

Per un primo gruppo di autori¹⁶² le due fattispecie si pongono in un rapporto di specialità (unilaterale): in particolare la struttura dell’infedeltà come reato proprio degli amministratori (direttori generali e liquidatori), il presupposto della situazione di antagonismo degli interessi, effettiva, obiettiva e preesistente, unitamente al ricco elemento soggettivo (dolo specifico di profitto ed altro vantaggio e dolo intenzionale di danno), valgono a qualificare l’art. 2634 c.c. come norma speciale rispetto alla più comune appropriazione indebita ex art. 646, di modo che “in base all’art. 15 c.p., qualora ricorrano i requisiti tipici della fattispecie di infedeltà risulterà quest’ultima norma la applicabile”¹⁶³.

Altri autori hanno ravvisato invece un rapporto di specialità reciproca. Un tale rapporto sussiste quando ciascuna delle due norme è in un tempo generale e speciale, “perché entrambe presentano accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell’altra”¹⁶⁴.

In questo senso, “mentre per l’art. 2634 c.c. l’atto di disposizione può assumere le più svariate modalità, nell’appropriazione indebita l’atto di disposizione esaurisce l’intero disvalore del fatto concreto esclusivamente

¹⁶¹ Testualmente Cass. 10 novembre 2005, n. 40921 in *Le soc.*, 2006, 1545; le parentesi sono nostre, seguendo una sagace suggestione di MARINI C., *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in *Le Società*, 2006, p. 1553.

¹⁶² Tra cui cfr. MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit. p. 227; ALDROVANDI P., *Art 2634*, cit., p. 146. ; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., pp. 430-431.

¹⁶³ Così per l’appunto MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., *ibidem*.

¹⁶⁴ Così MANTOVANI F., *Diritto penale, p.te gen.* VII ed., Padova, 2011, p. 487.

nell'interversione del possesso che si ha per conto altrui in possesso per conto proprio. Sicché, allorquando l'amministratore pone in essere un atto di disposizione del bene sociale, che si sostanzia in un'appropriazione del bene, l'atto di disposizione è di per sé solo sufficiente ad assumere rilevanza penale nell'autonoma sfera dell'art. 646 c.p.”.

Ne consegue che troverà applicazione la norma ospitata nel codice penale ogni volta che si sia dinanzi ad un “atto di disposizione con i contorni tipici dell'appropriazione indebita, che assume carattere specializzante rispetto alla generale categoria degli atti di disposizione, richiamati dal delitto di infedeltà patrimoniale”¹⁶⁵.

Da ultimo, si è parlato di un rapporto di mera interferenza tra le due norme, le quali, dunque, ad una più attenta indagine strutturale si rivelerebbero sostanzialmente incompatibili e rivolte a sanzionare due differenti ed inconciliabili espressioni di disvalore nonché di contrarietà all'ordinamento¹⁶⁶.

Esclusa allora la specialità (tanto unitaria quanto reciproca) tra le norme al vaglio, occorreva però individuare, tra i numerosi punti di dissonanza tra e fattispecie, un criterio che fungesse da efficace spartiacque, per aiutare l'interprete a ritrovare nitidezza in tutti quei casi in cui fosse meno agevole separare le condotte meramente appropriate da quelle infedeli.

Taluni hanno fatto leva principalmente sul presupposto di conflitto di interessi: l'interesse “appropriativo” dell'amministratore che inizia un possesso *uti dominus* sui beni della società non è in posizione di minore antagonismo con l'interesse sociale rispetto a quello dell'amministratore infedele (che, ad esempio, assuma nei confronti della società la posizione di controparte contrattuale); ciò non di meno, la situazione di conflittualità sottesa al reato ex

¹⁶⁵ Così D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati “d'infedeltà”*, cit., p. 82.93.

¹⁶⁶ Cfr. FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2521; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 200; marini 1551. Sul concetto di interferenza cfr. Mantovani 488 : interferenza “si ha allorché le fattispecie coincidono non per ipotesi criminose (sottofattispecie), ma soltanto per la condotta. Es. violenza sessuale ed incesto

, che hanno in comune la sola congiunzione carnale, in sé penalmente irrilevante... Le norme interferenti non presentano, perciò, in comune un “medesimo fatto” cioè capace di essere reato per entrambe a differenza invece delle norme in rapporto di specialità reciproca ove le fattispecie si intersecano, ma su un comune fatto criminoso.

art. 646 c.p. presenta caratteri del tutto diversi rispetto a quella invece presupposta, nel reato di infedeltà patrimoniale, al compimento dell'atto di disposizione pregiudizievole.

Il conflitto interessi richiamato dall'art. 2634 c.c. deve, infatti, come si è visto, qualificarsi dei requisiti di obiettività, effettività, preesistenza e "dichiarabilità" all'esterno (deve, cioè. poter formare oggetto della *disclosure* demandata all'amministratore dalle norme civilistiche in tema di conflitto di interesse¹⁶⁷); la conflittualità dell'appropriazione, invece, se da una parte nasce e si "consuma" nello stesso momento esecutivo del reato, cui è naturalmente contemporaneo, dall'altra non è esternamente dichiarabile¹⁶⁸.

Altri hanno invece fatto leva sulla natura delle condotte abusive come descritte dalle fattispecie studiate: se l'appropriazione indebita delinea, infatti, un abuso diretto della cosa mobile altrui con immediata realizzazione del profitto, l'infedeltà patrimoniale costituisce un'ipotesi di eccesso di potere per sviamento: l'amministratore che abusa dei beni sociali distraendoli dalla loro destinazione istituzionale per porli al servizio del proprio interesse, facendo impiego dei poteri lui concessi dal mandato gestorio, opera "dall'interno" della compagine sociale, in una prospettiva di sostanziale riconoscimento della proprietà altrui¹⁶⁹.

In altri termini, secondo questa prospettiva, "il delitto di infedeltà patrimoniale è configurabile allorquando l'amministratore, per perseguire una finalità di profitto per sé o per altri ai danni della società, si avvalga degli schemi negoziali tipici della gestione d'impresa: acquisti e vendite di beni, pagamenti o forniture di prestazioni", assumendo con ciò "(direttamente o per interposta

¹⁶⁷ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. pp. 201 e 202.

¹⁶⁸ Il conflitto di interessi assurge a primo ausilio ermeneutico nella ricostruzione di MARINI C., in *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, cit., p.1555.

¹⁶⁹ Cfr. MARINI C., *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, cit., p.1551 per cui: "mentre l'appropriazione presuppone un abuso diretto della cosa mobile altrui e un profitto che è immediata conseguenza dell'appropriazione della stessa, l'abuso di beni sociali, nelle ipotesi di infedeltà patrimoniale, è sempre un abuso insidioso, che si basa sul riconoscimento dell'altrui proprietà e si manifesta per vie traverse.

persona, come un prestanome , un familiare, un complice) la veste di controparte contrattuale della società”¹⁷⁰.

Diversamente sarà integrata la fattispecie di appropriazione indebita allorquando l'autore “muovendosi al di fuori dell'attività negoziale, realizzi un arricchimento personale (o di terzi) mediante la arbitraria acquisizione dei beni sociali.

Se tali e tanto varie posizioni si sono registrate in dottrina in tema di rapporti tra art. 2634 c.c. e art. 646 c.p., la giurisprudenza di legittimità, dopo una prima pronuncia che riconosceva un rapporto di specialità unilaterale fra le norme, si è dimostrata sostanzialmente continua ed unitaria nell'affermare la sussistenza della specialità reciproca.

Giova ripercorrere i tracciati argomentativi delle pronunce reperibili, per averne chiari l'evoluzione e l'affinamento nel tempo.

Per una prima cassazione (Cass pen., Sez. V, 7 ottobre 2003, n. 38110) l'art. 2634 c.c. regola “sia situazioni di conflitto d'interessi (di cui all'abrogato art. 2631 c.c.), sia condotte non tipizzate di abuso di gestione. Quindi, l'introduzione della figura dell'infedeltà patrimoniale costituisce una norma speciale rispetto all'appropriazione indebita ordinaria di cui all'art. 646 c.p., che proprio per la sua natura generica è inidonea a tutelare di per sé il patrimonio societario, dagli abusi degli amministratori (ed ora anche dei direttori generali e dei liquidatori). Infatti, le fattispecie sono completamente diverse: mentre la prima condotta presa in considerazione puniva, in presenza di un interesse dell'amministratore in conflitto con quello della società, la mancata astensione alle delibere relative, l'art. 2634 c.c., pur recuperando la preesistente situazione di conflittualità, colpisce ora il compimento di atti di disposizione patrimoniale. Anteriormente alla novella, la puntualità del delitto era legata alla sussistenza del mero conflitto di interessi, ora, ad esso deve aggiungersi il comportamento attivo costituito da atti di disposizione patrimoniale sui beni della società, ai quali deve altresì accompagnarsi, quale evento necessario, il danno agli stessi (nella vecchia

¹⁷⁰ Si noti che lo schema negoziale deve essere effettivo e non anche meramente fittizio, posto che uno schema siffatto ove rivelasse un comportamento *uti dominus* non potrebbe non integrare il reato previsto dall'art. 646 c.p..

disciplina esso costituiva un evento solo eventuale, al quale si accompagnava un aggravamento della pena)”.

La suprema corte, all'alba della riforma dei reati societari, conclude dunque con ciò, che “trattasi, quindi, di norma che si caratterizza per la sua specialità e che contiene elementi qualificanti rispetto all'ordinaria appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p.”.

Successivamente, per un secondo orientamento, poi confermato in più pronunce, si è affermato che “fra le fattispecie previste dagli art. 646 c.p. e 2634 c.c. intercorre un rapporto di specialità reciproca. Pur permanendo un'area di interferenza fra le previsioni normative, che infatti richiedono entrambe come elemento costitutivo la *deminutio patrimonii* della persona offesa e l'ingiusto profitto, l'appropriazione indebita attuata con l'interversione del possesso si qualifica non solo per la natura del bene che esclusivamente ne può essere l'oggetto e l'irrilevanza del perseguimento di un semplice vantaggio in luogo del “profitto”, ma anche e soprattutto per l'assenza di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi quale presupposto necessario per individuare la deviazione dell'atto di disposizione dal suo fine “istituzionale” e ricondurre quindi la condotta nell'alveo del reato societario”¹⁷¹.

In altri termini, “se l'art 2634 configura un reato proprio dell'amministratore, direttore generale o liquidatore, esso sotto il profilo oggettivo richiede un qualsiasi danno patrimoniale per la società, non necessariamente consistente nell'appropriazione di beni da parte dell'autore del fatto, e che sul piano soggettivo, mentre è comune alle due figure criminose l'ingiustizia del profitto perseguito, il reato societario prevede in alternativa il fine di conseguire “altro vantaggio”, così estendendo l'ambito di punibilità”¹⁷².

¹⁷¹ Cass. 26 ottobre 2005 Riv. It. dir. proc. pen., 2006, p. 1066 con nota di Calò; anche in Giur. it., 2006, II, p. 1480 con nota di Lombardo.

¹⁷² Cass 24 giugno 2004 in Foro it., 2006, II, p. 56, in Riv. pen., 2004, p. 1080 e 2005, p. 1415; anche in *Impresa* 2005, p. 324, con nota di Santoriello; cfr. FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2521 che cita la analoga e precedente Cass 23 giugno 2003, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2004, p. 885, che parte affermando il carattere speciale del reato di infedeltà rispetto al reato di appropriazione indebita previsto dall'art 646 c.p., il quale, proprio per la natura generica, è idoneo a tutelare il patrimonio societario dagli abusi degli amministratori, ed oggi dei direttori generali e dei liquidatori.

Una conseguenza sul piano pratico di questa giurisprudenza è, in primo luogo l'inammissibilità della successione di leggi penali tra infedeltà e appropriazione indebita, di modo che "per effetto dell'entrata in vigore della nuova disciplina sui reati societari, non possono ritenersi depenalizzati i fatti appropriativi commessi in precedenza (...) sulla base della mera aspettativa che quegli stessi fatti fossero finalizzati a procurare un vantaggio per la società"¹⁷³.

Le pronunce ora richiamate appaiono invero poco coerenti, pervenendo a risultati ermeneutici che forse deludono le aspettative ispirate dalle premesse.

Si è detto, ad esempio, che l'introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale mostrasse lo scopo politico criminale "di ricollocare nel loro ambito naturale figure di reato non destinate in origine a tutelare il patrimonio sociale da condotte abusive ed uso improprio dei beni da parte degli amministratori, così prevenendone possibili applicazioni non conformi al principio di stretta legalità"¹⁷⁴, ma si è poi finito per escludere che l'art. 2634 c.c. venisse a succedere alle precedenti applicazioni dell'appropriazione indebita in ambito societario, con il duplice seguito, di escludere in radice la possibilità di una *abolitio criminis* e di lasciare immutato il destino di quelle appropriazioni sostanzialmente

¹⁷³ Cass 23 giugno 2003 citata, come richiamata dalla sentenza 24 giugno 2004 cit.; per quest'ultima sentenza la possibilità di una successione di leggi penali tra le due norme è una affermazione insostenibile, trattandosi di norme che, invece, operando su piani solo parzialmente coincidenti si pongono semmai in rapporto di "specialità reciproca", aggiungendo come "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 né nel dato 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".

¹⁷⁴ Di questo auspicio FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2521; BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 204; AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 431.

“infedeli” che fossero giustificabili alla luce di una più complessiva strategia economica infragruppo.

Come è stato sagacemente osservato, è stato forse il timore di lasciare intollerabili sacche di impunità (dovute alle ristrettezze ed alle incongruenze del dispositivo della infedeltà) a spingere la Suprema Corte ad affermare l’esistenza di un rapporto di specialità reciproca, “quasi a voler salvaguardare, dalla schizofrenia disgregante del legislatore, ‘ambito applicativo dell’appropriazione indebita”¹⁷⁵.

A ben vedere, infatti, le affermazioni della Corte non si discostano notevolmente con le convinzioni di quella dottrina che tra le norme in parola ravvisa un mero rapporto di interferenza, dove, per la Corte, l’area di interferenza”, appunto, è costituita per l’appunto dalla aggressione al patrimonio comune ad entrambi i reati.

Pare dunque di essere arrivati ad un cruciale bivio dell’analisi.

Delle due, infatti l’una: da una parte si può, come la Corte, accettare una lettura “patrimoniale” del reato di infedeltà, tale da ravvicinare questa fattispecie alla corrispondente norma tedesca, in cui, per l’appunto, tutto il disvalore si concentra nell’evento di danno al patrimonio. Allora potrà ravvisarsi, a seconda del proprio gusto classificatorio (ma senza sostanziali differenze nelle conseguenze pratiche) un rapporto di specialità reciproca ovvero di mera interferenza in cui le modalità dell’abuso e la natura del conflitto fungano da criteri distintivi tra l’illecito penale “comune” e quello in ambito societario.

Dall’altra può invece preferirsi una lettura “istituzionale” del reato, in cui l’abuso, da concretarsi in un eccesso di potere di sviamento, sveli tutto il disvalore contro cui il reato soccorre, costituendo invece la richiesta dell’evento di danno solo una opportuna adesione al principio di necessaria offensività.

Da questa prospettiva, non sussisterebbe tra i due reati alcuna interferenza, ma anzi un rapporto di mera contiguità¹⁷⁶, con il seguente risultato ermeneutico: quando l’amministratore agisca “all’interno” della propria funzione istituzionale, di cui abusa per “sviare” beni sociali, che possiede a titolo di gestore, dalla

¹⁷⁵ Così MARINI C., *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, cit., p.1553.

¹⁷⁶ Cfr. CALO’ R., *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita*, cit., p. 1094.

destinazione loro impressa in ragione della massimizzazione dell'oggetto sociale, sarà ravvisabile il reato di infedeltà patrimoniale; ove invece l'amministratore si ponga "all'esterno" della sua funzione gestoria, comportandosi *uti dominus* rispetto ai beni mobili della società, la cui proprietà è conseguentemente negata, sarà da considerarsi integrato il reato comune a tutela del patrimonio¹⁷⁷.

Si conclude, però, confessando che la ricostruzione ora proposta, per quanto esteticamente e logicamente gradevole, lascia però un dubbio con riguardo alla sorte (di impunità?) lasciata ai casi di diretta ed efferata appropriazione di beni immobili della società, in cui non si profili, cioè, quella necessaria *relatio* tra conflitto di interessi ed il profitto che assurge a scopo della condotta infedele.

¹⁷⁷ In caso di dubbio poi, può sempre soccorrere, come detto, l'ausilio ermeneutico costituito dal presupposto della situazione di conflittualità: nelle condotte direttamente appropriative, infatti, mancherà sempre il conflitto di interessi come richiesto dall'art. 2634 c.c., o se fosse presente sullo sfondo della condotta criminosa non risulterebbe "attivato", e questo perché non sussisterebbe la necessaria *relatio* richiesta dalla struttura della norma tra interesse sociale e danno e interesse extrasociale e profitto.

CAPITOLO VII

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Rilievi riassuntivi sulle lamentate insufficienze della infedeltà patrimoniale. – 2. Le lezioni dell'esperienza tedesca. – 3. Prospettive *de jure condendo*.

1. Rilievi riassuntivi sulle lamentate insufficienze della infedeltà patrimoniale.

A distanza di più di dieci anni dall'introduzione del reato di infedeltà patrimoniale, deve guardarsi con insoddisfazione all'immobilismo del legislatore dinanzi alle critiche sempre più pressanti della giurisprudenza e della dottrina: si è confermata, nel tempo, la fondatezza di quei timori di ineffettività della norma criminosa che già agitavano il panorama giuridico in sede tanto di redazione come di prima rielaborazione scientifica dell'art. 2634 c.c.⁷¹⁹. Merita qui, allora, ripercorrere le principali incongruenze rilevate nel corso dell'analisi strutturale precedentemente svolta sulla fattispecie, anche per separare quanto, con il d.lgs. n. 61 del 2002, è stato fatto di buono da quanto invece renda urgente ovvero anche solo opportuno un intervento novellatorio da parte del legislatore penale.

Tra gli aspetti positivi possono ben noverarsi gli elementi che esprimono al massimo l'attuazione dei principi costituzionali di tassatività e sussidiarietà⁷²⁰: ci

⁷¹⁹ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, pp. 297-298; CONTI L., *La revisione del diritto penale societario. Introduzione*, in *Le Società*, 2000, p. 187.

⁷²⁰ V. retro, Cap. V, par. 1.

si riferisce, con primo riguardo al principio di tassatività e determinatezza, alla circoscrizione dei possibili soggetti attivi ai titolari del potere di gestione delle società di persone e di capitali (“gli amministratori, i direttori generali ed i liquidatori”)⁷²¹, nonché alla tipizzazione della condotta esecutiva con stretto riferimento all’ambito societario cui la fattispecie appartiene (la norma richiama infatti il compimento od il concorso nella deliberazione di atti di disposizione dei beni sociali⁷²²), e, in ultimo, alla previsione di un dolo specifico di profitto o di altro vantaggio⁷²³.

Con riguardo, poi, al principio di sussidiarietà dell’azione penale, bisogna certamente guardare con favore all’introduzione, nella fattispecie, dell’evento di danno patrimoniale⁷²⁴: una opzione che permette, da un lato, la verifica ex post del contenuto lesivo della disposizione patrimoniale infedele, dall’altro, un ingresso posticipato (per l’appunto alla produzione di un danno) dell’azione del diritto penale con riguardo alle attività abusive degli amministratori di società.

Sempre in quest’ottica, la traslazione della prospettiva di tutela dal capitale sociale⁷²⁵ al concetto più ampio di patrimonio ha il doppio vantaggio di superare le ristrettezze (in termini anche di indici quantitativi) al primo sottese nonché, allo stesso tempo, di non smaterializzare eccessivamente il mirino sanzionatorio del reato, mantenendo sostanzialmente intatta la nitidezza globale della fattispecie, la cui applicabilità o meno, dunque, andrà sempre verificata alla luce, in primo luogo, della capacità offensiva ex ante della condotta e, in secondo luogo, dell’effettivo verificarsi di un danno per la società.

Se poi, come si è detto, la centralità del patrimonio come oggetto di tutela della norma è garantita dalla previsione dell’evento di danno, ciò non di meno non pare opportuno rinunciare alle suggestioni di una prospettiva globale della fattispecie, ed ossia: non può dimenticarsi come anche le particolari modalità attraverso le quali si perviene alla lesione od alla messa in pericolo del bene giuridico (*Angriffsmodalität*) valgano a qualificare e specificare quest’ultimo,

⁷²¹ V. retro, Cap. V, par. 3

⁷²² V. retro, Cap. VI, par. 3

⁷²³ V. retro, Cap. VI, par. 6.

⁷²⁴ V. retro, Cap. VI, par. 5.

⁷²⁵ FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, cit., p. 2519.

offrendo un irrinunciabile ausilio all'ermeneuta che ricerchi la massima aderenza al principio di offensività.

Ora, a ben vedere, la condotta consiste in un atto sostanzialmente distrattivo, ed ossia produttivo di un consapevole sviamento del bene dalla destinazione su di esso impressa dall'oggetto sociale; la rimozione del vincolo e l'effetto di sviamento devono poi dirigersi alla produzione di un profitto che in tanto sia ricercato in quanto costi un danno all'impresa di appartenenza (non pare, infatti, possa trarsi una diversa indicazione dalla richiesta di intenzionalità del danno).

La tutela del patrimonio così individuata all'interno del reato di infedeltà patrimoniale troverà allora la sua vera essenza nella tutela del vincolo di destinazione impresso su questo dall'oggetto sociale: con la conseguenza di non dover considerare offensive (e dunque di escludere dalla sfera di punibilità) le condotte che seppure produttive di una diminuzione del patrimonio, non potessero dirsi intimamente contrarie all'interesse sociale⁷²⁶.

Concludendo sul punto, anche per l'infedeltà patrimoniale nazionale l'unico bene giuridico oggetto di tutela della norma è il patrimonio sociale, tuttavia il "buon affidamento" e la "autonomia privata" (*Dispositionsfreiheit*) del titolare, che vengono lesi in tutti i casi di mancato rispetto della destinazione prefissata, possono costituire le "direzioni funzionali „intrinseche“ della tutela apprestata dal reato di infedeltà, e con ciò capisaldi del contornamento restrittivo in sede di lettura della fattispecie"⁷²⁷.

Entrando, poi, nell'analisi strutturale del reato e principiando dalla condotta esecutiva, del tutto irragionevole pare l'esclusione dalla punibilità delle condotte omissive⁷²⁸.

⁷²⁶ La specificazione appare superflua alla luce dell'attuale formulazione del reato di infedeltà patrimoniale, in cui la situazione di obiettivo antagonismo assurge ad elemento tipico della fattispecie; ciò non di meno la si vuole esplicitare perché serva da sfondo dogmatico per le proposte *de jure condendo* che nella prosieguo presente trattazione sono esposte.

⁷²⁷ Bräunig op.cit., p. 58: in cui; "Schutzzweck des § 266 StGB ist allein das Vermögen. Vertrauen und Privatautonomie stellen keine zusätzlichen Rechtsgüter dar. Sie sind aber *intrinsische* funktionale Schutzrichtungen des untreuestrafrechts und damit Eckpfeiler einer restriktiven Konturierung einer Untreue-Interpretation".

⁷²⁸ V. retro. Cap. VI, par. 3.

Una tale esclusione veniva motivata dalla commissione redattrice in ragione del timore di una incontrollabile estensione dell'operatività della nuova norma incriminatrice: al riguardo si è già avuto occasione di sottolineare come a rifornire la norma di sufficiente solidità contro la natura squisitamente normativa dell'omissione già valessero, da una parte, il ricco elemento soggettivo e, dall'altra, la situazione di conflitto di interessi e l'evento di danno.

La particolare tipologia di condotta prescelta dal legislatore si presenta inadatta a cogliere la varietà ed il dinamismo del fenomeno societario anche su altri profili: il richiamo al compimento od al concorso nella deliberazione di un <<atto di disposizione>> dei beni sociali esclude tanto gli atti di organizzazione (che non possono dirsi di disposizione del patrimonio sociale) quanto il mero profitto personale di occasioni ed opportunità apprese in ragione delle funzioni gestorie esercitate⁷²⁹.

Merita poi aggiungere che, così formulata, la condotta appare assiologicamente neutra, descrivendo a ben vedere il normale svolgimento dell'attività gestoria: si è visto, però, come, un'opera di rilettura strutturale della norma, passata attraverso la costruzione di una necessaria *relatio* tra i termini del conflitto di interessi da una parte ed il profitto mirato e il danno cagionato dall'altra, ha stravolto la neutralità della condotta e ne ha svelato la natura "abusiva": la giurisprudenza ha infatti individuato il contenuto essenziale di disvalore del reato nel concetto di eccesso di potere per sviamento.

Passando al versante soggettivo della fattispecie, un noto punto di insoddisfazione costituisce certamente il richiamo al dolo intenzionale operato dalla XIV legislatura, che introduceva nella formulazione proposta dalla commissione Mirone l'avverbio "intenzionalmente", con l'intento dichiarato di porre freno alle semplificazioni giurisprudenziali che, facendo richiamo alla meno "consistente" categoria del dolo eventuale, appiattivano la verifica del dolo ad un vuoto formulario⁷³⁰.

Il dolo intenzionale implica l'assurdo che l'amministratore infedele agisca miratamente per arrecare un pregiudizio allo stesso organismo che gli offre il destro di un lucro indebito.

⁷²⁹ Più approfonditamente v. retro, cap. VI, par. 3.

⁷³⁰ V. retro, Cap. V, par. 4, e Cap. VI, par. 6.

Più coerente con gli obiettivi di politica criminale sottesi agli illeciti societari sarebbe invece un “dolosamente”, che, infatti, se esclude il dolo eventuale, ha almeno il pregio di ricomprendere la forma diretta del dolo, il quale potrà dirsi integrato anche oltre l’insolito caso in cui il danno per la società presenti una efficacia motivante sulla condotta.

Il danno al patrimonio sociale, infatti, nelle intenzioni del gestore infedele è sempre un evento indesiderabile per due motivi principali: in primo luogo, lo si ripete, non ha interesse a danneggiare, e dunque depotenziare, lo stesso strumento con cui realizza il proprio indebito profitto; l’occasione lucrativa gli deriva proprio dall’inserimento organico funzionale all’interno della società, spesso punto di scontro e corridoio di passaggio di grosse masse patrimoniali; in secondo luogo la diminuzione del patrimonio sociale è un campanello d’allarme dell’infedeltà e espone la condotta dell’amministratore al sospetto *in primis* degli organi di controllo, secondariamente dei soci e dei creditori.

La scarsa presenza del reato sulle scene giudiziarie va però ricondotta, prima ancora che alla ricchezza degli elementi tipicizzanti da provare- che infatti attiene ad un momento successivo, di integrazione probatoria- al regime della procedibilità a querela⁷³¹.

Si è visto come le prima ricostruzione dottrinarie e giurisprudenziali correttamente individuassero la persona offesa nell’effettivo titolare del bene giuridico (patrimonio) del reato, ed ossia la società stessa, la cui volontà non può che formarsi all’interno del circuito assembleare, lasciando sostanzialmente sprovvisti di tutela i soci di minoranza; d’altro canto, la corretta applicazione dei principi in materia realizzava una inaccettabile disparità di trattamento tra soci di minoranza e creditori, sempre esclusi dalla proponibilità, e terzi estranei alla compagine sociale, cui un tale diritto è assicurato dalla autonoma figura di reato prevista al capoverso dell’art. 2634 c.c..

Da un punto di vista, poi, di coerenza interna dell’ordinamento penale, si notava l’attrito tra il regime della querela del reato di infedeltà e la procedibilità d’ufficio prevista invece per l’appropriazione indebita compiuta con abuso di relazioni d’ufficio o prestazioni d’opera (artt. 646, II co. e 61, n. 11, c.p.).

⁷³¹ V. retro, Cap. VI, par. 8.

E' in risposta a queste osservazioni critiche che una successiva giurisprudenza⁷³² ha inteso estendere al singolo socio la proposizione della querela: la pronuncia non è andata però esente da obiezioni e la si è accusata di confondere in modo apodittico le figure dogmatiche del danneggiato e della persona offesa⁷³³.

In particolare, se è vero che la procedibilità a querela della maggioranza assembleare ha lo svantaggio di rendere del tutto negoziabile la presentazione della querela, che si fa immergere in un giudizio di convenienza ed opportunità destinato a risolversi nella maggioranza dei casi in favore dell'amministratore infedele (che spesso proprio della maggioranza decidente è espressione)⁷³⁴, la titolarità in capo al singolo socio del diritto di proposizione annulla quella funzione sia garantistica che deflattiva della querela che si fa tanto più necessaria ove si tenga a mente la asimmetria informativa connaturata alla separazione tra gestione e proprietà: l'amministratore pone non di rado in essere operazioni ben complesse che al laico delle strategie di *corporate governance* possono apparire *prima facie* criminose.

Sicuramente da criticare la mitezza del profilo sanzionatorio⁷³⁵, che divide il limite massimo con l'adiacente fattispecie di appropriazione indebita: una simmetria di profili sanzionatori che non è però corrisposta sul piano del disvalore: basta per tutti il richiamo ai soggetti attivi del reato di infedeltà ed alla pericolosità dei ruoli da questi ricoperti all'interno dell'economia nazionale.

La inadeguatezza della risposta sanzionatoria appare tanto più evidente sul piano della convergenza del diritto penale in Europa, in cui si registra, al contrario, una tendenza al rialzo: si pensi in via d'esempio alla recente inserimento (avvenuto con legge n. 2013-1117 del 6 dicembre 2013), all'interno dell'articolo L241-3 cod.comm, di un quarto comma, che commina la pena della reclusione fino a sette anni e l'ammenda fino a 500 000 € per il caso in cui il reato di *abus de biens ou de crédit de la société* sia compiuto facendo impiego di conti aperti o di contratti sottoscritti con enti stabiliti all'estero, ovvero mediante

⁷³² Cass. Pen, 9 novembre 2006 (Ud. 16 giugno 2006), n. 37033

⁷³³ Di questo avviso: LA ROSA E., *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela*, cit., p. 1052; MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità*, cit., p. 676

⁷³⁴ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 298.

⁷³⁵ V. retro, cap. VI, par. 8.

l'interposizione fittizia di persone fisiche o giuridica, o anche di organismi, *trustee*, o istituzioni simili con sede all'estero⁷³⁶.

Un ultimo rilievo critico riguarda la mancata previsione della fattispecie nel novero dei reati che azionano la responsabilità amministrativa dipendente da reato come disciplinata dal d.lgs. 231 del 2001⁷³⁷: l'esclusione, perfettamente coerente per la infedeltà "normale", che presuppone una posizione di antagonismo con l'interesse sociale, appare meno ragionevole per la diversa fattispecie prevista al capoverso dell'art. 2634 c.c., per il caso, ossia, di infedele disposizione di beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

⁷³⁶ V. retro, cap. I, par. 3.

⁷³⁷ V. retro, cap. VI, par. 8.

2. Le lezioni dell'esperienza tedesca.

Traendo le fila dell'analisi comparativistica oggetto della presente trattazione, pare opportuno selezionare tra le suggestioni provenienti dall'esperienza giuridica tedesca, quelle che, ad avviso di chi scrive, meritano di riproporsi anche sulla scena del diritto italiano.

In primo luogo con riguardo alla categoria dogmatica degli illeciti penali economici (*Wirtschaftsstrafrecht*)⁷³⁸, sebbene non siano nascosti i benefici scientifici di una dialettica specifica e dedicata, non bisogna correre il rischio di strumentalizzare, come avvenuto in suolo tedesco, un'occasione di perfezionamento dogmatico, trasformandola in una giustificazione per una applicazione meno rigorosa dei principi costituzionali in materia di diritto penale.

Si è visto infatti, come dalle speciali esigenze di tutela che l'insidioso terreno della criminalità in ambito imprenditoriale aprisse si sia inteso giustificare l'impiego di tecniche di strutturazione del reato al limite della incostituzionalità: il richiamo, qui, è al reato di pericolo astratto (*abstrakte Gefährdungsdelikt*) connesso a beni superindividuali e dunque già difficilmente palpabili; alle "fattispecie serbatoio" (*Auffangstatbestände*), che mediante l'impiego di termini aperti e generali *Generalklauseln*, hanno lo scopo di "raccolgere" nel loro ambito operativo le condotte che pur presentando qualificati indizi di disvalore, non siano rientrate, magari per le ristrettezze della formulazione, in più specifiche fattispecie del *Wirtschaftsstrafrecht* (diritto penale dell'economia), con il risultato sostanziale di eludere il divieto di applicazione analogica della norma in presenza di lacune

Ciò non di meno, se non pare in nessun caso opportuno rifiutare ad una adesione integrale al principio di necessaria offensività, più persuasivo pare l'argomento sviluppato dalla giurisprudenza tedesca con riguardo ai principi di tassatività e determinatezza: una cosa è infatti "smaterializzare" l'oggetto della tutela fino a renderlo invisibile, ritraendo la soglia di punibilità alla mera messa

⁷³⁸ V. retro, cap. II, par. 1.

in pericolo di beni superindividuali, già difficilmente palpabili; un'altra è invece prendere atto dell'impossibilità di chiudere in formule fisse e determinate l'irriducibile varietà del fenomeno economico ed il suo frenetico dinamismo.

Per i dottori del diritto tedesco, anzi, l'impiego di formulazioni non pienamente nitide e dotate di un minimo di elasticità interpretativa si fa tanto più opportuno ove si pensi che il *white-collar-criminal* possiede una professionalità ed una competenza tali da permettergli facili pratiche elusive del dettato penalistico.

Concludendo così il discorso riguardante la categoria degli illeciti penali societari, anche sul suolo nazionale andrebbe incentivata la concentrazione dell'analisi in un unico sistema teorico penale, indipendente dalla disciplina civilistica e che ne metta in luce l'elevata pericolosità sociale, avvicinandolo, sotto un duplice piano, etico e di politica criminale, alla coesione interna ed alla dignità che già si sperimentano per lo statuto penale della pubblica amministrazione.

In questo nuovo sistema la già attuata posticipazione della soglia di rilevanza penale della condotta al verificarsi dell'evento di danno del patrimonio, ove seguita da un equo irrobustimento della risposta sanzionatoria, assicurerebbe alla infedeltà patrimoniale la centralità dogmatica e la forza eticizzante nella lotta contro la criminalità economica che già detiene nei diversi ordinamenti di *civil law*.

Passando poi alla struttura del reato, non sfugge meno ai luminari del diritto tedesco il difetto congenito dell'infedeltà tedesca, espressione di una politica, a dire il vero, fortemente autoritativa di hitleriana memoria⁷³⁹: è lo stesso Tiedemann a specificare che la fattispecie di *Untreue* "rappresenta un punto debole della legislazione penale, dacché il § 266 StGb è una fattispecie "vaporosa", di particolare indeterminatezza"⁷⁴⁰.

Si è anche osservato che "il § 266 StGb si attiva sempre: specialmente nell'ambito degli illeciti societari è questa la norma che opera sempre, del tutto indipendentemente da quale materia speciale si affronti. Basta semplicemente

⁷³⁹ V. retro, cap. II, par. 2.

⁷⁴⁰ Tiedemann, WStR, BT, (Fn. 10), Rn. 3.

un rischio per il patrimonio altrui, connesso ad una qualunque azione od omissione di una persona”⁷⁴¹.

Non è un caso che la sopravvivenza della norma in parola all’interno di un ordinamento costituzionale come quello tedesco, sia stata possibile solo imponendo letture restrittive costituzionalmente orientate⁷⁴².

È sulla scia di questi rilievi critici che anche in Germania si è giunti ad auspicare l’abbandono di una infedeltà sul modello “generale” dell’*Untreue*, per preferire un insieme meglio definito di più piccole infedeltà dedicate ogni volta a diversi ambiti dell’ordinamento, come avviene in diversi paesi Europei: in dottrina si è infatti sottolineato, ponendo mente alle suggestioni della comparazione giuridica, che “non dovrebbe sottovalutarsi il concetto fondamentale (*Grundidee*) per cui, mediante una disciplina speciale, si potrebbe assicurare una specifica e quanto più equilibrata (e coordinata con le norme extrapenalistiche) soluzione ai casi giuridici (*Fallkonstellationen*) più impervi (come ad esempio l’infedeltà intragruppo)”⁷⁴³.

Tutte le critiche qui condotte valgono per certo con riguardo e alla individuazione dei responsabili del reato nel generico “mandatario”, titolare per legge, atto autoritativo o negozio giuridico di poteri gestori e doveri di cura sul patrimonio altrui, e alla seconda variante esecutiva di slealtà (*Treubruchstatbestand*)⁷⁴⁴.

Con specifico riguardo al primo punto, l’indeterminatezza della fattispecie di *Untreue* è dovuta in primo luogo all’ampiezza del novero dei possibili destinatari della norma: si è visto, infatti, che il reato è sì da qualificarsi come uno proprio (*Sonderdelikt*, nella specie *Pflichtdelikt*), dacché autore può essere solo chi, al momento in cui il fatto veniva commesso, era affidatario, con dovere di cura, del patrimonio danneggiato⁷⁴⁵, tuttavia a rendere ancora più incerto un criterio di selezione già tanto poco afferrabile (un dovere di cura come quello

⁷⁴¹ Si veda Ransiek, ZStW 116 (2004), 364.

⁷⁴² V. retro, Cap. III, par. 5.

⁷⁴³ Così FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dokmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, a cura di Sieber, Dannecker, Kindhäuser, Vogel, Walter, Köln, 2008, p. 767786.

⁷⁴⁴ V. retro, cap. III, par. 4.

⁷⁴⁵ V. retro, cap. III, par. 3.

richiesto dalla norma può infatti riscontrarsi nei rapporti giuridici più disparati) subentrano due fattori: da una parte la “concezione unitaria di autore” (*Einheitstäterbegriff*) imposta dalla vaga formulazione della condotta esecutiva, che esclude per il soggetto in parola la configurabilità di una mera partecipazione al reato ai sensi dei §§ 26 e 27 StGB, con la conseguenza che il titolare di un *Treupflicht* (dovere di cura) sul patrimonio d’altri risponderà sempre come autore ai sensi del § 25 StGB; in secondo luogo anche per l’*Untreue* trovano applicazione i meccanismi di estensione della responsabilità previsti dal § 14 StGB con riguardo alla rappresentanza organica, legale e, come visto, di fatto⁷⁴⁶.

Un secondo, e più decisivo, “punto debole” della fattispecie di infedeltà tedesca è poi la fattispecie di slealtà (§ 266, 2° Alt.): è in gran parte su questa, infatti, che si sono sollevati i dubbi di incompatibilità con i principi costituzionali di determinatezza e tassatività: ad integrarne gli estremi basta la mera violazione di un obbligo di cura (*Vermögensbetreuungspflicht*) incombente sull’attore in ragione di un rapporto fiduciario di diritto ovvero anche di fatto, cui abbia fatto seguito una *deminutio patrimonii* in danno del titolare del patrimonio affidato.

Più solida appare invece la variante di abuso, la quale oltre a fornire su di un piano comparatistico importanti suggestioni, può, anche in suolo tedesco, costituire un punto di partenza per la costruzione di fattispecie particolari di infedeltà.

Si è già visto come la variante in parola presupponga, in primo luogo, che l’autore agisca all’interno della sfera dei poteri affidatigli in connessione con un rapporto di rappresentanza di cui era investito con un atto giuridicamente valido ed efficace, e, in secondo luogo, che l’esercizio dei poteri sia antidoveroso, ed ossia in violazione di obblighi su di esso gravanti (quindi, in sostanza, tralasciando la normale diligenza richiesta dal § 276, Abs. 2, BGB)⁷⁴⁷.

Il rischio sotteso ad una formulazione siffatta è quello di sottoporre la delicata attività imprenditoriale ad un giudizio di tipo normativo, non diverso da quello che investe i reati colposi: sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale,

⁷⁴⁶ Più approfonditamente si veda retro, cap. II, par. 2.

⁷⁴⁷ V. retro, cap. III, par. 3.

che nell'ottica della lettura "precisante" della fattispecie di *Untreue*, ha escluso che possa essere sufficiente ad integrare l'antidoverosità della condotta la mera violazione di dettami legge, regolamento, o del negozio che istituisce la rappresentanza, imponendo invece di verificare che gli obblighi violati siano stati direttamente posti dal legislatore a tutela del patrimonio: si tratta di un giudizio di idoneità *ex ante* della violazione degli obblighi a produrre danni al patrimonio (con esclusione dunque di norme solo procedurali, o che hanno obiettivamente un fine diverso da quello di immediato presidio della integrità del patrimonio).

Concludendo sul punto, non sfugge come la variante di abuso prevista all'interno della fattispecie tedesca sia di portata tale da selezionare un vasto terreno di condotte, che, presupponendo la violazione di obblighi al mandatario imposto proprio per evitare indebite aggressioni al patrimonio da amministrare, sono già attentamente selezionate sul piano di una offensività *ex ante*: è tale, a ben vedere, anche da ricomprendere l'eccesso di potere per sviamento, cui invece esclusivamente si rivolge la fattispecie italiana di infedeltà patrimoniale.

Da questo confronto appare evidente come concentrarsi sul solo sviamento del potere per la realizzazione di un preesistente ed obiettivo interesse in antagonismo risulti una soluzione forse eccessivamente stretta, dimentica della irriducibile varietà del fenomeno societario, in cui i destri per sottrarre beni e utilità dalla massa sociali sono innumerevoli.

Non è inopportuno infatti ripetere⁷⁴⁸ "che l'infedeltà può consistere oltre che in un abuso (o in un eccesso) anche in altre azioni che non si possono inquadrare in quelle figure: omissioni, atti compiuti indipendentemente da un'investitura di potere, che può in molti casi (si pensi a un semplice rapporto di lavoro) assolutamente mancare. Tipico in materia l'abuso della posizione che profondamente differisce dall'abuso di potere, perché non presuppone un potere e, comunque, anche se esso esiste, ne prescinde del tutto. È così chiaro che le ipotesi di violazione del dovere di fedeltà, al di fuori dell'abuso e dell'eccesso di potere, costituiscono un numero assai notevole di casi, che non va trascurato"⁷⁴⁹.

Il legislatore tedesco era ben consapevole dell'ampia fenomenologia della infedeltà; proprio da questa consapevolezza nasceva il reato di cui al § 266 StGB

⁷⁴⁸ V. retro, cap I, par. 1.

⁷⁴⁹ NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, in Enc. dir., vol. XXI, Milano, 1971, par. 5.

in un tempo però in cui meno sentite erano le esigenze garantistiche cui oggi, nel contesto degli attuali ordinamenti costituzionali, non può più prescindersi.

Dell'arduo compito di assicurare la "sopravvivenza" dell'*Untreue* anche successivamente alla caduta del regime nazionalsocialista (che la fattispecie introduceva), si è fatta carico la corte costituzionale, imponendo per ogni elemento della fattispecie considerata una rigorosa interpretazione restrittiva "precisante" (Präziserungsgebot).

In particolare, con riguardo alla violazione dell'obbligo di fiducia, ci si è chiesti come separare, all'interno della foresta normativa della disciplina civile, gli obblighi penalmente rilevanti da quelli la cui violazione provochi conseguenze di ordine meramente civilistico: la giurisprudenza ha così sviluppato una serie di criteri discretivi.

In primo luogo non può ritenersi sufficiente un qualsiasi inadempimento solo indirettamente connesso all'attività gestoria, dal quale pure derivi un danno al patrimonio. Sempre nell'ambito degli sforzi restrittivi dell'ambito applicativo dell'infedeltà tedesca, la giurisprudenza richiede, per l'integrazione della variante in analisi, che ad essere violato sia un obbligo oggettivamente posto, anche solo in via indiretta, a tutela del patrimonio (*vermögensschützende Pflichte*)⁷⁵⁰.

Una tale funzione va misurata sulla stregua di una connessione oggettiva-contenutistica (*sachlich-inhalter Zusammenhang*), che deve correre tra la violazione e la posizione fiduciaria; nel senso, ossia, che è al contenuto sostanziale del dovere di cura, come appare alla luce di un esame obiettivo, che l'inadempimento deve rivolgersi.

Un tale collegamento verrà allora a mancare quando ad essere violati siano altri e diversi obblighi, di tipo secondari (*Nebenpflichte*) o strumentale, che non siano posti a tutela diretta del patrimonio ma solo indiretta.

La connessione ora analizzata trova, poi, una più concludente verifica nel nesso causale che deve sussistere tra la condotta ed il cagionamento del pregiudizio patrimoniale. Si è visto infatti che la dottrina tedesca richiede l'immediatezza, intesa come prossimità nella serie causale tra la violazione

⁷⁵⁰ V. BGH NJW 2010, 80; 2011, 1747; cfr. anche Wittig, WStR, § 20, Rn. 126; Achenbach/Ransiek/Seier, Kap. V, 2, Rn. 160.

dell'obbligo di cura ed il verificarsi del pregiudizio al patrimonio: il danno dovrà dunque essere conseguenza diretta e non anche solo mediata dell'atto giuridico che dispone del patrimonio o ne obbliga il titolare, ovvero della violazione dell'obbligo di cura del patrimonio altrui.

Passando poi al versante soggettivo del reato, la norma richiede il dolo, anche nella forma meramente eventuale⁷⁵¹. Ciò non di meno si è imposta, in sede interpretativa e seguendo la già richiamata linea restrittiva, una differenziazione della indagine sull'elemento soggettivo, tesa a scomporre la dogmatica del dolo, la cui prova si farà tanto più pressante, quanto più la condotta si da vaporosa ed inafferrabile: in questi casi si è, ossia, cercato un'ancora di concretezza sul piano soggettivo, e si è arrivato ad esigere che alla mera rappresentazione degli elementi della fattispecie, si aggiungano speciali posizioni di interesse in conflitto con quello del titolare.

Su questo appunto è interessante notare come la giurisprudenza tedesca abbia cercato di "piegare" la fattispecie di *Untreue*, tentandone un assestamento su quel concreto conflitto di interessi che ancora rappresenta il fulcro delle esperienze francese ed italiana.

Un accenno merita, da ultimo nell'analisi strutturale, il consenso espresso o implicitamente dato dal titolare all'esercizio abusivo (antidoveroso) dei poteri del gestore, produttivo di un danno per il patrimonio oggetto del mandato⁷⁵².

Un siffatto consenso, che funge da causa di esclusione del reato, costituendo un elemento negativo della condotta (la cui sussistenza, ossia, elide la antidoverosità) ha suscitato perplessità nella sua applicazione in ambito societario: l'orientamento dominante è giunta a riconoscere efficacia al meccanismo di esonero costituito dalla approvazione assembleare della condotta illecita (quindi sia distrattiva a profitto proprio che appropriativa) con due eccezioni, quando il consenso fosse contrario alla legge, ovvero agli obblighi (p.e. statutari); e quando l'attività dannosa abbia messo a rischio l'esistenza stessa della società.

Un meccanismo di tal genere pare, in realtà, incompatibile con l'ordinamento italiano, atteso come l'infedeltà patrimoniale abbracci quella

⁷⁵¹ V. retro, cap. III, par. 6.

⁷⁵² V. retro, cap. III, par. 7.

funzione più istituzionale, (sul modello francese), piuttosto che meramente patrimoniale come avviene invece per il reato di Untreue⁷⁵³. Per ragioni di ovvia tutela dei soci di minoranza, e sulla scorta del ruolo istituzionale rivestito dall'amministratore, si considera opportuno sanzionare la condotta illecita dell'amministratore che danneggi il patrimonio con la speranza di trarne profitto, quando anche sia in accordo con la maggioranza societaria: il *licet* della società, lungi dall'escludere la responsabilità penale, opera però nel momento solo procedurale della mancata proposizione della querela⁷⁵⁴.

Per una prospettiva critica più specifica con riguardo al regime di procedibilità⁷⁵⁵ si rimanda al paragrafo seguente, mentre, per ciò che attiene ai profili sanzionatori, si è già avuto più volte occasione di notare che il reato di cui al § 266 del codice penale tedesco commina la pena della reclusione fino a cinque anni o, in alternativa, con l'ammenda (*Geldstrafe*)⁷⁵⁶.

La scelta del massimo edittale pare da doversi condividere ed ha una conferma anche nel limitrofo ordinamento francese: si noti poi che al reato di Untreue sono estese integralmente le aggravanti dei reati di furto (*Diebstahl*, § 243 Abs. 2) e della appropriazione indebita (*Unterschlagung*, § 263, Abs. 3), che prevedono un incremento della pena fino ad un massimo di dieci anni.

⁷⁵³ V. retro, cap. I, par. 3.

⁷⁵⁴ V. retro, cap. VI, par. 8.

⁷⁵⁵ V. retro, cap. III, par. 7.

3. Prospettive *de jure condendo*.

In una prospettiva *de jure condendo* può essere utile seguire il binario di chi instaurava un virtuoso paragone tra il reato di abuso di ufficio, ex art. 323 c.p., ed il reato di infedeltà patrimoniale⁷⁵⁷: “l’infedeltà patrimoniale altro non è se non l’abuso da parte dell’amministratore dei poteri che gli competono in quanto tale, all’interno di un ente privato, anziché pubblico”⁷⁵⁸.

Non appare infatti troppo lontano dal vero sostenere che la commissione che si è occupata della redazione pare raccogliere i frutti della evoluzione normativa del reato a tutela della pubblica amministrazione: basta pensare alla riforma attuata con l. 16 luglio 1997, n. 234, che trasformava il reato di abuso di ufficio da uno di pericolo ad uno di evento e sottraeva la condotta incriminata alle critiche di eccessiva genericità e indeterminatezza specificandone la natura abusiva (che, si noti, al pari della fattispecie societaria, costituisce un esercizio dei poteri inerenti il pubblico ufficio), mediante il richiamo a due presupposti alternativi: la violazione di norme di legge e di regolamento e la mancata astensione in presenza di un interesse in conflitto ovvero negli altri casi in cui la suddetta astensione sia prescritta.

Nonostante talune differenze, che vanno ricondotte ad una certa timidezza e ad un noto *self-restraint* del legislatore in ambito di diritto penale dell’impresa, entrambi i reati sanzionano l’ingerenza profittatrice, o meglio, lo sviamento a profitto proprio dei poteri inerenti l’ufficio: pubblico per l’art. 323 c.p., privato per l’art. 2634 c.c..

Su questa premessa si vuole fondare una critica alla scelta attuata dal legislatore di fare punto di riferimento del nuovo reato di infedeltà patrimoniale quella “strumentalizzazione del potere dispositivo dei beni sociali al fine di conseguire interessi personali ed antinomici a quelli sociali”, assestando cioè la matrice del reato nel conflitto di interessi, “colto nella concretezza della

⁷⁵⁷ Cfr. ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 743 e ss.

⁷⁵⁸ Così D’AVIRRO A. –MAZZOTTA G., *I reati “d’infedeltà”*, cit., p. 61.

proiezione lesiva sui beni sociali e calato nella gestione del patrimonio”⁷⁵⁹; specialmente a seguito della ricollocazione del reato di appropriazione indebita nel suo nucleo applicativo originario operato dalla giurisprudenza di legittimità, il presupposto del conflitto di interessi mostra tutte le sue ristrettezze⁷⁶⁰.

Una fattispecie di infedeltà gestoria che voglia assumere il ruolo centrale che le spetta all’interno della tutela penale dei patrimoni di società non può non ricomprendere le dolose malversazioni a danno della società; non può cioè prescindere dal sanzionare quelle distrazioni di beni e crediti a profitto proprio in cui sia rinvenibile un interesse solo distrattivo criminoso, e che non sia dotato, ossia, di quei requisiti di preesistenza, obiettività, effettività, e dichiarabilità già studiati nel corso della trattazione⁷⁶¹.

A dire il vero, sulla scelta di impostare l’infedeltà sull’asse portante del conflitto di interessi ha certamente pesato la tradizione dell’abrogato art. 2631, di cui l’odierno art. 2634 c.c. era immaginato già nelle menti dei redattori e dei primi interpreti quale erede privilegiato.

Si potrebbe allora discutere, riprendendo in verità una considerazione che già aleggiava al tempo dei lavori della commissione Mirone, sulla eventualità di emancipare la fattispecie dalle strettezze del conflitto di interessi; non si vede infatti a dire il vero perché, a fondare la punibilità del gestore criminale, “non debbano bastare i requisiti del danno patrimoniale alla società, accompagnato da uno scopo di profitto ingiusto per sé o per altri che rende di per sé illegittimo l’atto dispositivo dei beni sociali”⁷⁶².

Si è però consapevoli di come sia faticoso rinunciare ad una via già intrapresa e che già tanto ha permeato le ricostruzioni giurisprudenziali del reato, oramai irrimediabilmente forgiato nella dogmatica del conflitto di interessi: una scelta intermedia potrebbe essere forse quella di limitare l’eccessiva capacità selettiva della situazione di antagonismo in parola, innestando sul versante oggettivo un secondo e alternativo presupposto di

⁷⁵⁹ ALESSANDRI A., *Appunti sulle prospettive di riforma del diritto penale societario*, in *Le Società*, 2000, p. 193.

⁷⁶⁰ V. retro, cap. VI, par. 9.

⁷⁶¹ V. retro. Cap. VI, parr. 1, 2 e 9.

⁷⁶² Così CONTI L., *La revisione del diritto penale societario. Introduzione*, in *Le Società*, 2000, p. 187.

antigiuridicità, tutt'altro che sconosciuto a dire il vero al diritto penale e di recente proposto reato di Corruzione tra privati disciplinato all'art. 2635 c.c.: ci si riferisce alla violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio⁷⁶³.

La soluzione in parola si scontra, a dire il vero, con la scarsa nitidezza del numero e del contenuto degli obblighi che ineriscono all'esercizio dell'attività gestoria: diversamente da quanto avviene nell'ambito del diritto pubblico, in cui gli obblighi dei pubblici ufficiali trovano una più precisa sistemazione, il diritto civile non offre la stessa certezza e sistematicità; il rischio è dunque quello di sanzionare penalmente qualunque condotta degli amministratori cui abbia fatto seguito una perdita (spesso coesenziale al fisiologico rischio di impresa) in cui sia stata ravvisata la violazione di un qualunque obbligo di diritto civile.

Nell'analisi dell'elemento in parola possono forse aiutare i sedimenti della più lunga esperienza tedesca al riguardo, da sempre impegnata, con riferimento alla fattispecie di *Untreue*, in una attenta interpretazione restrittiva, specialmente in merito alla violazione dell'obbligo di cura del patrimonio altrui.

In una pronuncia del *Landgericht* di Düsseldorf, in NJW 2004, 3275, si legge che: “per dirimere la questione se si tratta di un semplice obbligo di diritto civile oppure di un obbligo di fiducia meritevole di assurgere a rilievo penale sono determinanti il contenuto e la dimensione che ha all'interno dell'accordo fiduciario (*Treuabrede*), così come si evincono dal contratto di gestione e dalla loro interpretazione”⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Da escludersi invece il secondo parametro normativo richiamato dalla norma; la violazione degli obblighi di fedeltà. Questo, infatti, “sembra costituire un fattore di completamento della descrizione della condotta in quanto risulti realizzata dai sottoposti all'altrui direzione o sorveglianza. In questo senso, la violazione della fedeltà, il cui contenuto trova la sua principale fonte nell'art. 2105 del c.c., non produce discontinuità normativa tra nuova e vecchia formulazione dell'art. 2635 c.c. con riguardo ai soggetti apicali richiamati anche dall'art. 2634 c.c.”, dacché costituisce una “particolare espressione dell'inadempimento ai propri obblighi funzionali”; così MAZZOTTA G., *Il delitto di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.)*, in AA.VV., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013.

⁷⁶⁴ Nel testo originale: “Für die Frage, ob es sich um eine einfache schuldrechtliche Verpflichtung oder um eine strafbewehrte Treuepflicht handelt, sind Inhalt und Umfang der Treueabrede, so wie sie sich aus den Vertragsbeziehungen und deren Auslegung nach Treu und Glauben ergeben, entscheidend; si veda anche: BGH NJW 2002, 2801; BGH wistra 2001, 304; BGH wistra 91, 265; BGH wistra 88, 227; BGH NSTZ 86, 361.

La violazione dell' obbligo deve, dunque, non solo aver cagionato direttamente il danno al patrimonio, ma anche essere idonea, secondo un giudizio obiettivo ex ante, ad influire negativamente sul patrimonio, e ciò in quanto presenta una connessione oggettivo-contenutistica (*sachlich-inhalter Zusammenhang*) con il rapporto gestorio nel suo complesso, costituendone l'espressione principale; in altri termini l'inadempimento deve rivolgersi al contenuto essenziale del dovere di cura del gestore. Deve trattarsi di un inadempimento "grave" (*gravierende Pflichtsverletzung*).

In via esemplare non basterebbe la violazione di un obbligo di controllo, o di un obbligo di tipo informativo per essere puniti di infedeltà: è chiaro infatti che si tratta di un obbligo strumentale e non direttamente collegato alla conservazione del patrimonio.

Con queste premesse, la scelta di implementare, al fianco del conflitto di interessi, il presupposto della violazione degli obblighi inerenti all'ufficio gestorio non sbiadirebbe eccessivamente i contorni applicativi della norma. Bisogna infatti anche considerare che la capacità selettiva della norma è sempre assicurata dalla previsione dell'evento di danno, nonché dalla posizione di diretto antagonismo con la società che si richiede con il richiamo al dolo di profitto o altro vantaggio (la cui realizzazione, infatti, nella mente dell'autore non può che passare attraverso il danno per la società, accettato come conseguenza immediata della nella violazione degli obblighi) .

Concludendo, tale opzione normativa avrebbe il duplice vantaggio, da una parte, di mantenere elevato lo standard di determinatezza della fattispecie, garantendo la verificabilità empirica della illiceità della condotta, dall'altra di estendere lo spettro applicativo della norma sull'interesse delle condotte distrattive attuabili dall'amministratore di società, fino a ricomprendere il semplice comportamento *uti dominus* sui beni sociali, ad oggi ancora assicurato all'ambito dell'appropriazione indebita. realizzando un più agevole - ed a livello sistematico consigliabile - rapporto di specialità, da fondarsi in ragione della qualifica ricoperta dai soggetti attivi e dall'ambito in cui producono effetti le loro condotte criminose.

Sempre sul lato oggettivo del reato, e passando alla condotta esecutiva, troppo ottimista sarebbe la proposta che volesse ricomprendere le varianti

omissive, specialmente avendo già optato per un parametro dalla natura fortemente normativa come la grave violazione degli obblighi gestori; più agevole risulta invece la proposta di chi ha auspicato l'allargamento della punibilità della infedeltà gestoria sul piano oggettivo, senza scomodare la variante del reato omissivo, ma sostituendo il riferimento agli "atti di disposizione dei beni sociali", con quello, di più ampio spettro, alle "operazioni sociali"⁷⁶⁵.

Da scoraggiare, invece, per certo il modello del reato di pericolo⁷⁶⁶: più corretto pare invece lasciare al reato di infedeltà patrimoniale un ruolo centrale nella tutela del patrimonio sociale, e subordinarne l'applicazione ai soli casi della sua effettiva lesione; ciò non esclude però la possibilità di inserire nel *Vorfeld* (la zona precedente la effettiva lesione del bene giuridico) della fattispecie altre norme, nell'ottica di una linea progressiva di offesa (come potrebbero essere l'art. 2629-bis c.c. ed il 2635 c.c.).

Sul versante soggettivo, certamente da elidere sarebbe poi l'avverbio "intenzionalmente", che, come detto più volte, mina la praticabilità del reato⁷⁶⁷.

Se da una parte, poi, non si vede perché non possa ritenersi sufficiente il dolo specifico, che ben individua la strumentalizzazione dell'ufficio privato per l'interesse proprio, dall'altra, ove non si voglia disattendere le esigenze che giustificavano l'introduzione del dolo intenzionale, si potrebbe adottare la più agevole espressione "dolosamente"⁷⁶⁸, che, se impedisce di appiattare sul *dolus eventualis* il momento della partecipazione volitiva dell'autore, rimane ancora compatibile con il dolo diretto.

Per quanto attiene poi i profili sanzionatori, più che opportuno, lo si ripete, è l'innalzamento del limite edittale per eliminare l'irragionevole attrito

⁷⁶⁵ Cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 309.

⁷⁶⁶ MEZZETTI E., *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p.193 e ss.

⁷⁶⁷ Cfr. FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Ueberblick*, in Sieber U., Dannecker G., Kindhäuser U. (a cura di), *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, p. 784.

⁷⁶⁸ Non è una novità, ma anzi l'avverbio *dolosamente* trovava già ospitalità nel disegno-legge governativo presentato il 23 marzo 1988 dall'allora ministro del tesoro Giuliano Amato, recante disciplina per le attività di intermediazione mobiliare.

sistematico che traspare da un rapido confronto dei massimi edittali con la appropriazione indebita.

Tuttavia questo “moto ascendente”, fondato su ragioni di coerenza interna dell’ordinamento giuridico penale, non può compiersi ciecamente con il rischio di produrre ulteriori aporie; va anzi ponderato sul confronto con le fattispecie che contengano un disvalore quantitativamente e qualitativamente simile.

Il richiamo è nuovamente all’abuso d’ufficio: l’art 323 c.p. commina infatti, subordinatamente alla integrazione del reato, la pena della reclusione da uno quattro anni⁷⁶⁹.

Superare questa soglia senza contemporaneamente innalzare quella della corrispondente fattispecie a tutela del regolare funzionamento della p.a., provocherebbe un disordine sistematico non dissimile da quello che già odiernamente si rileva nella comparazione tra il dispositivo di infedeltà patrimoniale e quello di appropriazione indebita.

Anzi, forse più forte ove voglia ancora sottoscrivere quell’aura sacrale tradizionalmente riconosciuta all’esercizio della funzione pubblica, e che giustificava ai tempi la concentrazione dei delitti in parola in unico statuto penale della pubblica amministrazione.

Come già accennato, parimenti opportuna sarebbe l’inclusione tra i reati-presupposto della responsabilità dipendente da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001, limitatamente alle ipotesi di cui al comma secondo e terzo dell’art. 2634 c.c.⁷⁷⁰.

Riguardo poi alla clausola di esonero di cui proprio al terzo comma⁷⁷¹, se ne è lamentata da più parti l’imprecisione e la indeterminatezza: la clausola ha il difetto di imporre una valutazione compensativa tra il profitto ricercato con l’atto pregiudizievole ed i vantaggi (patrimoniali) che da esso l’amministratore poteva fondatamente attendersi, dove, però, il calcolo costi-benefici è rapportato non tanto alla società operante (la quale subisce il pregiudizio) ma al gruppo nel

⁷⁶⁹ Si noti, tuttavia, da un punto di vista di diritto procedurale, che il limite edittale dei tre anni non consente l’impiego dell’essenziale strumento investigativo delle intercettazioni: più opportuno sarebbe portare sia l’abuso d’ufficio che il reato di infedeltà a cinque anni.

⁷⁷⁰ V. retro, cap. VI, par. 8.

⁷⁷¹ Più approfonditamente si veda retro, cap. VI, par. 7.

suo complesso ovvero anche alla singola società infragruppo diversa da quella danneggiata; si è visto come l'opzione finisce per sanzionare irragionevolmente le capacità di massimizzazione del profitto proprie del gruppo.

Più corretto sarebbe allora rapportare direttamente il danno con i vantaggi che fondatamente poteva attendersi, dalla operazione come inserita in una più larga strategia di gruppo, sarebbero derivati alla medesima società danneggiata.

Ciò non di meno, riproporre la clausola dei vantaggi compensativi, anche così formulata, all'interno della sola infedeltà patrimoniale, sarebbe superflua alla luce della più recente giurisprudenza, che ha messo in luce come un meccanismo di esonero siffatto possa già desumersi dai principi dell'ordinamento penale⁷⁷².

Da ultimo, per ciò che attiene al regime della procedibilità a querela⁷⁷³, si è ripercorso, anche nel precedente paragrafo, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale che ha coinvolto la discussa opzione normativa, sottolineando le esigenze e le questioni di opportunità che contrasterebbero contro entrambe le opzioni, di una procedibilità a querela e di una procedibilità d'ufficio.

Potrebbe forse tentarsi una soluzione intermedia che presenti il merito di contemperare le esigenze di tutela delle minoranze assembleari, in rispetto delle funzioni di garanzia e di deflazione sottese all'istituto della querela.

Un indizio ci viene dall'esperienza tedesca che per alcuni reati [tra cui non ultima la *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* (Corruzione tra privati) di cui al § 299 StGB] prevede l'istituto della cosiddetta "querela relativa" (*relatives Antragsdelikt*): l'istituto consiste nella previsione della procedibilità a querela di parte, tranne per il caso in cui l'accusa, sussistendo un eminente interesse pubblico, non ritenga di dover procedere d'ufficio.

Una tale discrezionalità concessa agli organi giudiziari è per certo estranea al nostro ordinamento, ciò non di meno una soluzione sostanzialmente equiparabile potrebbe costituire la previsione di aggravanti di speciale gravità del danno, o descrittive di particolare insidie adoperate nella commissione del reato (come nel recentemente introdotto comma quarto dell'art. L241-3 del *code*

⁷⁷² V. retro, cap. VI, par. 7.

⁷⁷³ In argomento si veda retro, cap. VI, par. 8.

de commerce francese⁷⁷⁴), per le quali sia anche riconosciuta la procedibilità d'ufficio.

Ciò detto con riguardo alle possibili opzioni normative di riforma del reato patrimoniale, alla luce dell'analisi svolta nella trattazione e dagli insegnamenti tratti dall'esperienza giuridica tedesca, può ora tentarsi una ricostruzione del dispositivo di infedeltà patrimoniale, come segue:

<<Gli amministratori, i direttore generali e i liquidatori che, in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio ovvero in presenza di 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 delibare operazioni sociali, con ciò cagionando dolosamente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. >>

Indipendentemente dalle scelte di opportunità in merito alle possibili opzioni di riforma del reato di infedeltà patrimoniale, le riflessioni condotte nella presente trattazione pare debbano comunque concludersi con l'auspicio di un tempestivo intervento del legislatore, volto a smussare le lacune e le aporie interne alla materia del diritto penale societario⁷⁷⁵, e ad assicurarne un restauro sia in termini di dignità e serietà, abbandonando il precedente e mitigato orientamento sanzionatorio, sia in termini di coerenza interna, raccordando sapientemente la disciplina penale in una linea progressiva di offesa con quella civile ed amministrativa.

⁷⁷⁴ V. retro. Cap. I, par. 3.

⁷⁷⁵ Ed eventualmente ad estendere la disciplina della infedeltà anche al di fuori della speciale materia delle società commerciali; cfr. BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà*, cit. p. 310, nota 37.

ALESSANDRO BRUNORI

UNTREUE E INFEDelta' PATRIMONIALE:
DUE FATTISPECIE A CONFRONTO
(BIBLIOGRAFIA)

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di Achenbach Hans e Ransiek Andrea, 3° ed., Heidelberg, 2012.
- AA.VV., *Interesse sociale tra valorizzazione e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010.
- AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Gastone Cottino (et al.), Bologna, 2009.
- AA.VV., *La disciplina penale dell'economia, Vol. 2, Fisco, banche, responsabilità penale delle società*, a cura di C. Santoriello, Torino, 2008.
- AA.VV., *Il nuovo diritto delle società: Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2006-2007.
- AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino 2005.
- AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano 2004.
- AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002.
- AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002.
- AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002.
- AA.VV., *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union : Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik / Freiburg-Symposium*, a cura di U. Tiedemann, Köln, 2002.
- AA.VV., *Imprenditore e legge penale*, a cura del Cepig, Ancona, 1985
- ABRIANI N., *Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, in *Le Società*, 2004, p. 269.
- ABRIANI N., *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 616.
- ACCINNI G.P., *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1010.
- ACQUAROLI R., *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, p. 165.
- ACQUAROLI R. –FOFFANI L., *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in AA.VV., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acquaroli e L. Foffani, Milano, 2003, p. 1.
- ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743.
- ALDROVANDI P., *Art 2634*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 126.

- ALDROVANDI P., *ART 2635*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A.Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 147.
- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534.
- ALESSANDRI A., *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002.
- ALESSANDRI A., *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 993.
- ALESSANDRI A., *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, in *Le Società*, 2002, p. 797.
- ALESSANDRI A., *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p.521.
- ALESSANDRI A., *Appunti sulle prospettive di riforma del diritto penale societario*, in *Le Società*, 2000, p. 188.
- ALESSANDRI A., *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 483.
- ALLEGRI V., *Diritto Commerciale* (a cura di), Noceto, 2010.
- AMATI E., *Infedeltà patrimoniale* in AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 400.
- AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 433.
- AMATO F.M., *Il processo Cusani: profili penal-sostanziali*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 27.
- AMICO P., *La responsabilità degli amministratori per il miglioramento dell'informativa societaria e la sorveglianza del cda: altri due temi "caldi" al centro del dibattito europeo sulla corporate governance*, in *Le Società*, 2004, p. 1182.
- AMODIO E., *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1287.
- AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006.
- ANGELICI C., *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 104.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari vol. I*, Milano, 2013.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, p.te spec., vol. I*, Milano, 2008.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, p.te gen.*, Milano, 2003.
- ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, Herbolzheim, 2006.
- ARNOLD S., *Untreue durch Schädigung des Unternehmens durch den Vorstand bzw. Die Geschäftsführung*, in *Jura*, 2005, p. 844.
- ASCARELLI T., *Interesse sociale ed interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1165.
- BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1137.
- BARTOLOMUCCI S., *Market abuse e << le >> responsabilità amministrative degli emittenti*, in *Le Società*, 2005, p. 919.

- BASSI A., *La disciplina dei gruppi*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 199.
- BASSI A., *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297.
- BELLACOSA A., *Il conflitto d'interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'art 1394 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 143.
- BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.
- BELLI M., *Bancarotta Fraudolenta ed operazioni infragruppo: prime riflessioni alla luce dei dd.lgs. n. 61 del 2002 e n. 6 del 2003*, in AA.VV., *La riforma dei diritti societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, p. 197.
- BENUSSI C., *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 424.
- BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Le Società*, 2009, p. 673.
- BERNASCONI P., *La criminalità economica nel nuovo codice penale svizzero*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 1.
- BERNSMANN K., *Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue in § 266 StGB*, in *GA*, 2007, p. 219.
- BIANCHI G., *Gli amministratori di società di capitali, II ed.*, Padova, 2006.
- BIN M., *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 879.
- BLANDINI A., *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 405.
- BLICKLE G. – SCHLEGEL A. – FASSBENDER O. – KLEIN U., *Some personality correlates of business white-collar crime*, in *Applied Psychology*, 55, 2006, p. 220.
- BONAVERA E.E., *Abuso nell'attività di direzione e coordinamento e violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*, in *Le Società*, 2011, p. 746.
- BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.: a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013.
- BONELLI F., *Gli amministratori di Spa dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in AA.VV. *Contributi alla riforma delle società di capitali*, suppl. a *Giur. comm.*, 2004, p. 620.
- BONELLI F., *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 700.
- BONELLI F., *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 219.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992.
- BONZANINI L. - MARTELLONI A., *Le operazioni con "parti correlate" di società "aperte"*, in *Le Società*, 2005, p. 950.

- BRÄUNIG A., *Untreue in der Wirtschaft, Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, Berlin, 2011.
- BRICCHETTI R. –TARGETTI R., *Bancarotta e reati societari*, III ed., Milano, 2003.
- BRICOLA F., *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p. 27, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 3575.
- BRICOLA F., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. Di Amato, vol. I, *Introduzione al trattato. I principi generali*, Padova, 1990, p. 117, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 3305.
- BRICOLA F., *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 111, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 3379.
- BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni unite e progetti di riforma*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 441, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 2975.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 7, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. I, tomo I*, Milano, 1997, p. 539.
- BUONOCORE V. *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 181.
- BUONOCORE V. *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 389.
- BUSCH D., *Konzernuntreue. Eine Untersuchung spezifischer Untreuestrafbarkeit innerhalb von Konzernverbindungen mit Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Frankfurt, 2004.
- CABRAS G., *La responsabilità per l'amministratore delle società di capitali*, Torino, 2002.
- CADOPPI A., *Art 4. Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 256.
- CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 535.
- CALDERONE R.C., *Il ruolo della Cassazione e la supplenza giudiziaria (a proposito di utilizzazione di fondi non contabilizzati per finalità extra-societarie)*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1989, p. 1123.
- CALO' R., *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1072.
- CAMAIONI S., *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1628.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Vol. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2013.

- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Vol. 2. Diritto delle società*, Torino, 2012.
- CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa nella dottrina e giurisprudenza di lingua tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 657.
- CANESTRARI S., << Rischio d'impresa >> e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 545.
- CANTONE R., *Formazione di riserve occulte da parte dell'impresa destinate all'illecito finanziamento dei partiti politici. Profili di rilevanza penale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 278.
- CAPPIELLO S., *La vigilanza sul conflitto di interessi nella "banca universale" e il ruolo della class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 40.
- CARACCIOLI I., *Le nuove false comunicazioni sociali e la crisi dei beni giuridici indeterminati*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 465.
- CARIELLO V., *La compensazione dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento, commento a Cass. civ. Sez. I, Sent. 24 agosto 2004, n. 16707*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 384.
- CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società a e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.* 2003, p. 1229.
- CARMONA A., *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996.
- CAVALLARO G., *Responsabilità degli amministratori di fatto*, in *Le Società*, 2008, p. 1226.
- CECCHERINI A., *Sulla concorrente responsabilità della società e dei suoi amministratori per fatto illecito*, in *Le Società*, 2012, p. 617.
- CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 317.
- CERQUA F., *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni*, in *Le Società*, 2009, p. 1305.
- CERQUA F., *L'amministratore di fatto nei reati fallimentari: Brevi riflessioni*, in *Le Società*, 2008, p. 1303.
- CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano 2004, p. 131.
- CERQUA L.D., *Art. 2624*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 52.
- CHIARAVIGLIO P., *La responsabilità dell'amministratore delegante fra <<agire informato >> e poteri di impedimento*, in *Le Società*, 2010, p. 886.
- CIAMPOLI G., *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società, commento a Cass. Civ. Sez. I, sent. 24 agosto 2004, n. 16707*, in *Le società*, 2005, p. 168.
- CIANCI S., *La responsabilità penale degli operatori bancari: evoluzione giurisprudenziale*, in *Foro.it.*, 1989 II, c. 507.
- CIPOLLA P., *Brevi note in tema di rapporti tra l'appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634*

- c.c.), nota a Cass. pen. Sez. V, sent. 23 giugno- 7 ottobre 2003, n. 38110, in Cass. pen, 2005, p. 467.
- CIVERRA E., *Conflitto di interessi di amministratori di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*, in *Le Società*, 2008, p. 1385.
- CLINARD M.B.- QUINNEY R., *Criminal Behavior Systems*, 2° ed., 1973.
- CODAZZI E., *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di "distrazione" nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 766.
- CODAZZI E., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione <virtuale alla compensazione << reale >>): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, nota a Cass. pen. Sez. V, sent. 7 ottobre 2003, n. 38110, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 600.
- COLAVOLPE A., *In tema di responsabilità individuale dell'amministratore di s.p.a. privo di delega*, in *Le Società*, 2011, p. 1129.
- CONSULICH F., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le Società*, 2012, p. 553.
- CONSULICH F., *L'"infedeltà condivisa": il concorso in reato proprio tra ruolo, fatto e dolo dell'intraneo*, in *Le Società*, 2010, p. 741.
- CONTI L., *La revisione del diritto penale societario. Introduzione*, in *Le Società*, 2000, p. 185.
- CONTI L., *Responsabilità degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433.
- CORNACCHIA L., *Note sulla fattispecie di gestione infedele introdotta dall'art. 38 del d.lgs. 415/1996*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 890.
- CORSO S., *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e la collocazione del tipo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 653.
- CORVI P., *Parte civile e nuovi reati societari*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A., Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 719.
- COSTANTINI G., *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Le Società*, 2007, p. 207.
- CRESPI A., *I reati societari: una normativa tormentata e maltrattata*, in *Riv. soc.* 1992, p. 514, ora anche in *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2004, p. 79.
- CUSTODERO O., *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi di gestione nel <<gruppo di società>>*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1119.
- DANNECKER G., *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in B. Wabnitz, T. Janovsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts*, 3° ed., 2007.
- D'ALESSANDRO F., *Il conflitto di interessi e mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 5.
- D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali*, Milano, 2004.

- DE LUCA DI ROSETO M., *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 819.
- DEL CORSO S., *Brevi osservazioni sull'appropriazione indebita degli amministratori delle s.p.a in mano pubblica*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 845.
- DELL'ANNO P., *Creazione di fondi extrabilancio per finalità illecite: ipotesi di appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 800.
- DE LORENZO C., *Gruppo di società e impresa di gruppo: una difficile reductio ad unum*, in *Foro. it.*, 1992, I, c. 817.
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.
- DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 89.
- DENOZZA F., *Il danno risarcibile tra benessere ed equità: dai massimi sistemi ai casi <<Cirio>> e <<Parmalat>>*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 327.
- DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, VI ed., Milano, 2006.
- DI BERNARDO M. -MATTIA S., *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le Società*, 2005, p. 557.
- DI GIOVINE O., *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 5.
- DI SABATO F., *Profili giuridici dell'etica negli affari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2005, I, p. 383.
- DIERLAMM A., *neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien?*, in *StraFo*, 2005, p. 397.
- DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003.
- DIERLAMM A., *Untreue – ein Auffangtatbestand?*, in *NStZ*, 1997, p. 534.
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 19.
- DONATO L., *L'infedeltà patrimoniale nell'attività creditizia e nella gestione del risparmio*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2694.
- EISELE J., *Untreue in Verienen mit ideeller Zielsetzung*, in *GA*, 2001, p. 377.
- EISENBERG M.A., *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 617.
- ENRIQUES L., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.
- ENRIQUES L., *Il conflitto d'interessi nella gestione della società per azioni, spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 509.
- FAVA L., *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1197.

- FIANDACA G., *Il <<bene giuridico>> come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42.
- FIANDACA G., -MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2009.
- FIANDACA G., -MUSCO E., *Diritto penale. Parte Speciale*, Bologna, 2007.
- FICO D., *Principio di chiarezza e diritto di informazione del socio (commento a Trib. Milano 31 gennaio 2006)*, in *Le Società*, 2007, p. 596.
- FINARDI D., *Il conflitto di interessi del socio di s.r.l. e l'annullamento delle delibere assembleari*, in *Le Società*, 2007, p. 600.
- FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, 58° ed., 2011.
- FLICK G.M., *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p.4.
- FLICK G.M., *Responsabilità penali dell'imprenditore indagato per tangenti, nell'ottica dei reati societari e fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1449.
- FLICK G.M., *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 471.
- FLICK G.M., *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 433.
- FLICK G.M., *Attività bancaria e pubblico servizio: i termini attuali del dibattito*, in *Riv. Soc.*, 1982, p. 750.
- FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, a cura di Sieber, Dannecker, Kindhäuser, Vogel, Walter, Köln, 2008, p. 767.
- FOFFANI L., *Im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts: Konvergenzen und Divergenzen am Beispiel der Untreueproblematik*, in *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren*, a cura di Loos, Jehle, Heidelberg, 2007, p. 83.
- FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo, Paliero, II ed., Padova, 2007, p. 2443.
- FOFFANI L., *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 751.
- FOFFANI L., *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 345.
- FOFFANI L., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 231.
- FOFFANI L., *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale nell'intermediazione del credito e nella gestione del risparmio*, in AA.VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, coordinati da A. Meyer e L. Stortoni, Torino, 2002, p. 333.
- FOFFANI L., *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario* in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1193.

- FOFFANI L., *Reati societari*, in C. PEDRAZZI –A. ALESSANDRI –L. FOFFANI –S. SEMINARA –G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed., Bologna, 1999, p. 214.
- FOFFANI L., *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 65.
- FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997.
- FOFFANI L., *Poteri di gestione del patrimonio altrui e infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, a cura di G. Insolera e R. Acquaroli, Ancona, 1997, p. 129.
- FOFFANI L., *L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 457.
- FOFFANI L., *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di <<partecipazione rilevante >>, <<collegamento >>, <<controllo >> e <<gruppo >>*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 121.
- FOFFANI L., *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori: II. Insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 637.
- FONDAROLI D., *Introduzione ai delitti di << infedeltà >>*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 391.
- FORMICA M., *La responsabilità amministrativa degli enti ed i reati societari*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, p. 211.
- FREUDENTHAL H., *Die Untreue (§ 266 StGB und Nebengesetze)*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, Vol. VIII, 1906, p. 105.
- GAETA M.M., *Atti estranei all'oggetto sociale e vantaggi compensativi delle società collegate*, in *Le Società*, 2007, p. 1362.
- GALGANO F., *Diritto Commerciale, V. 2, Le Società*, XVIII ed., Bologna, 2013.
- GALGANO F., *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, p. 86.
- GARAVAGLIA E., *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire reati*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 455.
- GARGARELLA MARTELLI A., *Il contratto concluso dall'amministratore di s.p.a.: conflitto di interessi e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 603.
- GHEZZI F., *I "doveri fiduciari" degli amministratori nei "Principles of Corporate Governance"* in *Riv. soc.*, 1996, p. 465.
- GIARDA E.M. –GIARDA F.M., *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 117.
- GIAVAZZI S., *Infedeltà patrimoniale e potere di querela*, in *Le Società*, 2007, p. 1284.

- GLIATTA G., *L'onere per l'amministrazione formale di vigilare sull'operato dell'amministratore di fatto*, in *Le Società*, 2008, p. 503.
- GRAEVENITZ G., *Vierte Gewalt? Medien und Medienkontrolle*, in *UVK-Medien*, Konstanz, 1999, consultabile online presso: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-46461>.
- GRIBBOHM G., *Untreue zum Nachteil der GmbH – zur Harmonisierung zivil- und strafrechtlicher pflichten des GmbH-Geschäftsführers und –Gesellschafters –*, in *ZGR*, 1990, p. 1.
- GRUNST. B – VOLK. K., *Einleitung: Das Wirtschaftsstrafrecht im Rechtssystem*, in K.Volk (a cura di), *Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (Münchener Anwaltshandbuch)*, Monaco, 2006, § 1.
- GUIDOTTI R., *Brevi note in tema di operazioni infragruppo a titolo gratuito*, in *Giur. comm*, 1997, II, p. 129.
- GUIZZI G., *Interessi degli amministratori, sub Art. 2391*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario, vol. II*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 652.
- GUIZZI G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 439.
- GÜNTHER H.L., *Die Untreue im Wirtschaftsrecht*, in Heinrich B. (a cura di), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag am 18. September 2004*, Tübingen, 2004, p. 311.
- HEINZ W., *Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts*, in *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Leipzig, 1998, p. 13.
- HOFFMANN M., *Untreue und Unternehmensinteresse. Erläutert am Beispiel des Schutzes der Interessen von Gläubigern und Arbeitnehmern*, 2010.
- INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 563.
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 795.
- JAEGER P.G., *Riflessioni su l'interesse sociale*, in AA.VV., *Interesse sociale tra valorizzazione e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010.
- JUNG H., *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems*, 1979.
- KARGL W., *Die Missbrauchskonzeption der Untrue (§ 266) – Vorschlag de lege ferenda*, in *ZStW*, 113 (2001), p. 565.
- KEMPERMANN M., *Untreuebestimmung und konkrete Treuverhältnisse*, in *JW*, 1936, 3428 ss.
- KINDHÄUSER U., *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 6° ed., Baden-Baden, 2011.
- KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, 3° ed., Baden-Baden, 2010.
- KINDHÄUSER U., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4° ed., Baden-Baden, 2009.

- KÜPER W., *Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, Heidelberg, 2002.
- LA ROSA E., *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1041.
- LABSCH K.H., *Grundprobleme des Missbrauchstatbestands der Untreue (§ 266, Abs. 1, 1. Alt. StGB)*, in *Jura*, 1987, pp. 343 e ss. e 411 e ss..
- LABSCH K.H., *Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers – BGH, NStZ 1984, 118*, in *JuS*, 1985, p. 602.
- LABSCH K.H., *Untreue (§ 266). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, Lübeck, 1983.
- LIBERTI G., *Infedeltà patrimoniale del tutore e limiti di applicazione della truffa, commento a Cass.pen. Sez. V, sent. 17 febbraio 2004, n. 6244*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 189.
- LUCHINI M., *Il voto dell'amministratore di s.r.l. in conflitto di interessi*, in *Le Società*, 2007, p. 1368.
- LUHMANN N., *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart, 1968.
- LUPETTI M.C., *Conflitto di interessi dell'amministratore unico di società di capitali*, in *Le Società*, 2005, p. 1235.
- MANCINELLI F., *Doveri del collegio sindacale e principi di corretta amministrazione*, in *Le Società*, 2011, p. 29.
- MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità nel nuovo diritto penale societario*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 651.
- MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 84.
- MANGANO P., *Il gruppo di imprese ovvero dal conflitto di interessi alla bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2000, p. 105.
- MANGANO P., *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1003.
- MANNA A., *Soluzioni de lege ferenda in tema di deflazione del carico processuale, e con riguardo all'utilizzo dei reati di pericolo nel diritto penale della <<post-modernità>>*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 885.
- MANNA A., *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in AA.VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004, p. 139.
- MANNA A., *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in AA.VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004, p. 3.
- MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, p.te gen.* VII ed., Padova, 2011.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, p.te spec., Delitti contro il patrimonio*, III ed., 2009.

- MARCHETTI C., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1229.
- MARINI C., *Concorrenza sleale e delitto di infedeltà patrimoniale: una convivenza possibile?*, in *Le Società*, 2012, p. 928.
- MARINI C., *Gli abusi degli amministratori sul patrimonio sociale*, in *Le Società*, 2011, p. 92.
- MARINI C., *Soggetti attivi e procedibilità a querela del reato di infedeltà patrimoniale*, in *Le Società*, 2008, p. 107.
- MARINI C., *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in *Le Società*, 2006, p. 1546.
- MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1.
- MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1465.
- MASUCCI M., *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 885.
- MASULLO M.N. Art. 2634 c.c., in AA.VV., *Le leggi penali d'udienza*, a cura di T.Padovani, Milano, 2003, p. 1305.
- MATT H., *Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral*, in *NJW*, 2005, p. 389.
- MAURACH R.- SCHRÖDER F.-C.- MAIWALD M., *Strafrecht – Besonderer Teil*, Vol. 2, 9° ed., 2009.
- MAYER H., *Die Untreue nach der Strafgesetznovelle von 26 mai 1933*, in *Zentralblatt für Handelsrecht*, 1933, 145 ss
- MAZZONI A., *Gli azionisti di minoranza nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 485.
- MENTI P., *Conflitto di interessi e mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 945.
- MEZZETTI E., *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p.193.
- MIEDICO M., *I reati societari in Germania*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 533.
- MIEDICO M., *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 559.
- MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A.Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 471.
- MILITELLO V., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A.Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 493.
- MILITELLO V., *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 698.
- MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 905.
- MILITELLO V., *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 387.

- MILITELLO V., *Gruppi bancari e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 39.
- MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 147.
- MIRONE A., *Linee guida dello schema di d.d.l. per la riforma del diritto delle società*, in *Le Società*, 2000, p. 141.
- MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42.
- MONTALENTI P., *Gruppi di società*, in AA.VV., *Le società per azioni*, Padova, 2010.
- MONTALENTI P., *Interesse sociale e amministratori*, in AA.VV., *Interesse sociale tra valorizzazione e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010.
- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 307.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 555.
- MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario. Dottrina, giurisprudenza, prassi applicativa alla luce dei dati statistici: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 504.
- MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 435.
- MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422.
- MONTALENTI P., *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 624.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710.
- MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei <<vantaggi compensativi>> nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 630.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2007.
- NAPOLEONI V., *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio*, in *Le Società*, 2000, p. 203.
- NATALI L.C., *Riflessioni in tema di amministrazione del patrimonio destinato*, in *Le Società*, 2007, p. 139.
- NELLES U., *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, Berlin, 1991.
- NUCCI M., *Il divieto di concorrenza a carico degli amministratori di s.r.l.*, in *Le Società*, 2007, p. 316.
- NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 440.
- NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.
- PALLAORO C., *Profili della responsabilità degli amministratori di s.r.l. tra vecchia e nuova riforma*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 698.

- PEDRAZZI C., <<Sui limiti dell'appropriazione>>, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, p. 1435.
- PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 529.
- PERRON W., § 14 StGB, in A. Schönke - H. Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28° ed., Monaco, 2010.
- PERRON W., § 266 StGB, in A. Schönke - H. Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28° ed., Monaco, 2010.
- PFEIFFER J., *Die Untreue im Zukünftigen Strafrecht*, Breslau, 1932
- PIERGALLINI C., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 65.
- PISELLI D., *La responsabilità degli amministratori verso la società alla vigilia della riforma*, in *Le Società*, 2003, p. 1268.
- PISCITELLO P., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1067.
- PLATANIA F., *Approvazione del bilancio e ratifica implicita dell'operato degli amministratori al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Le Società*, 2009, p. 183.
- PORTALE G.B., *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 325.
- PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 1.
- PULITANO' D., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, p. 899.
- PULITANO' D., *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 934.
- RAINONE V., *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, p. 440.
- RANSIEK A., *Bildung verdeckter Kassen als Untreue – Fall Siemens, Anmerkung zu BGH NJW 2009, s. 89 ff.*, in *NJW*, 2009, p. 95.
- RANSIEK A., *Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH – “Bremer Vulkan”, Besprechung des Urteils des BGH wistra 2004, 341*, in *wistra*, 2005, p. 121.
- RANSIEK A., *Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue*, in *ZStW*, 116 (2004), p. 634.
- RANSIEK A., *Untreue im GmbH-Konzern*, in *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Hirsch e altri, Köln, 2003, p. 207.
- RENGIER R., *Strafrecht, Besonderer Teil*, Vol. 1, 9° ed., Monaco, 2007.
- ROCCHI F., *Riflessioni di diritto intertemporale in tema di infedeltà patrimoniale all'interno di singole società e nelle holding*, nota a Cass.pen. Sez. V, sent. 23 giugno -7 ottobre 2003, n. 38110, in *Cass.pen.*, 2005, p. 458.
- ROMANO M., *L'omessa comunicazione del conflitto d'interessi e i reati di infedeltà (artt. 2629-bis, 2634 e 2635 cod.civ.)*, in *Riv. it. dir. proc.*

- pen., 2010, p. 467, ora anche in Dassano F. – Vinciguerra S. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, 2010, p. 805.
- ROMANO M., sub art. 120, in M. Romano – G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2° ed., Milano, 1996, p. 256.
- ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967.
- RÖNNAU T., *Wirtschaftsstrafrecht*, München, 2008
- RÖNNAU T., *Untreue als Wirtschaftsdelikt*, in *ZStW*, 119 (2007), p. 887.
- RORDORF R., *Gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 143.
- RORDORF R., *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Le Società*, 2005, p. 813.
- ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012.
- ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 1.
- ROSSI A., *Responsabilità << penale-amministrativa >> delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in AA. VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 511.
- ROSSI A., *Una svolta definitiva nella individuazione normativa della responsabilità penale dei soggetti di fatto?*, in *Le Società*, 2000, p. 209.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 4° ed., 2006.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. 2, 2003.
- RUGGIERO G., *Profili di novità attinenti la fattispecie di infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Gastone Cottino (et al.), Bologna, 2009, p. 1367.
- RUSSO C.A., *Il caso Parmalat: tra conflitto di interesse del lead manager e tutela risarcitoria*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1252.
- SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 377.
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 661.
- SALAFIA V., *L'autorizzazione assembleare ad atti di gestione dell'impresa*, in *Le Società*, 2008, p. 423.
- SALIGER F., § 266, in H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Köln, 2009.
- SALIGER F., *Rechtsprobleme des Untreutestandes*, in *JA*, 2007, p. 326.
- SALINAS F., *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi, nota a Cass.civ. Sez. I, sent. 24 agosto 2004, n. 16707*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 256.
- SANDRELLI G., *Artt. 2634 e 2635 c.c.*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004.
- SANGIOVANNI V., *La nomina del consiglio di gestione fra Italia e Germania*, in *Le Società*, 2009, p. 375.
- SANGIOVANNI V., *La nomina del consiglio di gestione (Vorstand) nella società per azioni tedesca*, in *Le Società*, 2008, p. 775.

- SANGIOVANNI V., *Il diritto di controllo del socio di s.r.l. a confronto con la disciplina tedesca*, in *Le Società*, 2007, p. 1543.
- SANGIOVANNI V., *Doveri e responsabilità degli amministratori di s.r.l in comparazione con la GmbH tedesca*, in *Le Società*, 2006, p. 1563.
- SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, in K.-H. Müller-Gugenberger, K. Bieneck, *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts*, 5° ed., 2011.
- SCHNEIDER M., *Untreue, Voraussetzungen und Ahndung nach dem Reichsstrafgesetzbuch von 26 mai 1933*, in *Arch. StR. und StPR.*, LXXVII, p. 324 ss
- SCHÜNEMANN B., § 14, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12° ed., 2006.
- SCHÜNEMANN B., § 266, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12° ed., 2006.
- SCHÜNEMANN B., *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, p. 201.
- SCHWIND H.-D., *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 20° ed., 2010.
- SCOGNAMIGLIO V., *Mala gestio, rinuncia dell'amministratore al compenso e non invocabilità dei vantaggi compensativi*, in *Le Società*, 2012, p. 1137.
- SCOGNAMIGLIO V., *Vantaggi compensativi nel gruppo di società*, in *Le Società*, 2009, p. 491.
- SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di Achenbach Hans e Ransiek Andrea, 3° ed., Heidelberg, 2012, p. 588.
- SEIER J., *Die Untreue (§ 266 StGB) als "Allzweckwaffe"*, in Kohlmann G. e altri (a cura di), *Entwicklungen und Probleme des Strafrechts an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Berlin, 2004, p. 105.
- SEMINARA S., *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Jus*, 2011, p. 71.
- SGUBBI F., *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 340.
- SUTHERLAND E.H., *White Collar Crime*, 2° ed., New York, 1961.
- TIEDEMANN K., *Generalklauseln im Wirtschaftsstrafrecht – am Beispiel der Unklarheit im Wettbewerbsstrafrecht -*, in T.Fischer, Bernsmann K (a cura di), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*, 2011, p. 685.
- TIEDEMANN K., *Betrug und Korruption in der europäischen Rechtangleichung*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 98.
- TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln, 2004.
- TIEDEMANN K., *Der Untreuetatbestand – Ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen? – Bemerkungen zum "Fall Mannesmann" -*, in Heinrich B. (a cura di), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag am 18. September 2004*, Tübingen, 2004, p. 319.
- TIEDEMANN K., *Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern*, in Jeschenk H., Vogler T. (a

- cura di), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlino, 1989, p. 319.
- TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61.
- UNGUREANU M.C., *Politica di remunerazione degli amministratori delle società quotate*, in *Le Società*, 2011, p. 549.
- VOLK K., *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, in *JZ*, 1982, p. 85.
- WELLKAMP L., *Organuntreue zum Nachteil von GmbH-Konernen und Aktiengesellschaften*, in *NStZ*, 2001, p. 113.
- WELZEL H., *Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, Berlin, 1965.
- WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, 2° ed., Monaco, 2011.
- ZAMBUSI A., *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, 2005.
- ZAMPERETTI G.M., *Il "nuovo" conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le Società*, 2005, p. 1085.
- ZANNOTTI R., *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997.
- ZUCCALA' G., *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1988, p. 149.
- ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961.

ALESSANDRO BRUNORI

**UNTREUE E INFEDELTA' PATRIMONIALE:
DUE FATTISPECIE A CONFRONTO
(BIBLIOGRAFIA)**

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di Achenbach Hans e Ransiek Andrea, 3° ed., Heidelberg, 2012.
- AA.VV., *Interesse sociale tra valorizzazione e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010.
- AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Gastone Cottino (et al.), Bologna, 2009.
- AA.VV., *La disciplina penale dell'economia, Vol. 2, Fisco, banche, responsabilità penale delle società*, a cura di C. Santoriello, Torino, 2008.
- AA.VV., *Il nuovo diritto delle società: Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2006-2007.
- AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino 2005.
- AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano 2004.
- AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002.
- AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A.Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002.
- AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002.
- AA.VV., *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union : Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik / Freiburg-Symposium*, a cura di U. Tiedemann, Köln, 2002.
- AA.VV., *Imprenditore e legge penale*, a cura del Cepig, Ancona, 1985
- ABRIANI N., *Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, in *Le Società*, 2004, p. 269.
- ABRIANI N., *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 616.
- ACCINNI G.P., *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1010.
- ACQUAROLI R., *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, p. 165.
- ACQUAROLI R. -FOFFANI L., *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in AA.VV., *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acquaroli e L. Foffani, Milano, 2003, p. 1.
- ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743.
- ALDROVANDI P., *Art 2634*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A.Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 126.

- ALDROVANDI P., ART 2635, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A.Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 147.
- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534.
- ALESSANDRI A., Alcune considerazioni generali sulla riforma, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002.
- ALESSANDRI A., *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 993.
- ALESSANDRI A., *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, in *Le Società*, 2002, p. 797.
- ALESSANDRI A., *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p.521.
- ALESSANDRI A., *Appunti sulle prospettive di riforma del diritto penale societario*, in *Le Società*, 2000, p. 188.
- ALESSANDRI A., *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 483.
- ALLEGRI V., *Diritto Commerciale* (a cura di), Noceto, 2010.
- AMATI E., *Infedeltà patrimoniale* in AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 400.
- AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *Reati Societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 433.
- AMATO F.M., *Il processo Cusani: profili penal-sostanziali*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 27.
- AMICO P., *La responsabilità degli amministratori per il miglioramento dell'informativa societaria e la sorveglianza del cda: altri due temi "caldi" al centro del dibattito europeo sulla corporate governance*, in *Le Società*, 2004, p. 1182.
- AMODIO E., *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1287.
- AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006.
- ANGELICI C., *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 104.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari vol. I*, Milano, 2013.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, p.te spec., vol. I*, Milano, 2008.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, p.te gen.*, Milano, 2003.
- ARNOLD S., *Untreue in GmbH- und Aktienkonzern*, Herbolzheim, 2006.
- ARNOLD S., *Untreue durch Schädigung des Unternehmens durch den Vorstand bzw. Die Geschäftsführung*, in *Jura*, 2005, p. 844.
- ASCARELLI T., *Interesse sociale ed interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1165.
- BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1137.
- BARTOLOMUCCI S., *Market abuse e << le >> responsabilità amministrative degli emittenti*, in *Le Società*, 2005, p. 919.

- BASSI A., *La disciplina dei gruppi*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 199.
- BASSI A., *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297.
- BELLACOSA A., *Il conflitto d'interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'art 1394 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 143.
- BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.
- BELLI M., *Bancarotta Fraudolenta ed operazioni infragruppo: prime riflessioni alla luce dei dd.lgs. n. 61 del 2002 e n. 6 del 2003*, in AA.VV., *La riforma dei diritti societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, p. 197.
- BENUSSI C., *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 424.
- BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Le Società*, 2009, p. 673.
- BERNASCONI P., *La criminalità economica nel nuovo codice penale svizzero*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 1.
- BERNSMANN K., *Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue in § 266 StGB*, in *GA*, 2007, p. 219.
- BIANCHI G., *Gli amministratori di società di capitali, II ed.*, Padova, 2006.
- BIN M., *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 879.
- BLANDINI A., *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 405.
- BLICKLE G. – SCHLEGEL A. – FASSBENDER O. – KLEIN U., *Some personality correlates of business white-collar crime*, in *Applied Psychology*, 55, 2006, p. 220.
- BONAVERA E.E., *Abuso nell'attività di direzione e coordinamento e violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*, in *Le Società*, 2011, p. 746.
- BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.: a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013.
- BONELLI F., *Gli amministratori di Spa dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in AA.VV. *Contributi alla riforma delle società di capitali*, suppl. a *Giur. comm.*, 2004, p. 620.
- BONELLI F., *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 700.
- BONELLI F., *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 219.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992.
- BONZANINI L. - MARTELLONI A., *Le operazioni con "parti correlate" di società "aperte"*, in *Le Società*, 2005, p. 950.

- BRÄUNIG A., *Untreue in der Wirtschaft, Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, Berlin, 2011.
- BRICCHETTI R. –TARGETTI R., *Bancarotta e reati societari*, III ed., Milano, 2003.
- BRICOLA F., *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p. 27, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 3575.
- BRICOLA F., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. Di Amato, vol. I, *Introduzione al trattato. I principi generali*, Padova, 1990, p. 117, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 3305.
- BRICOLA F., *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 111, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 3379.
- BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni unite e progetti di riforma*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 441, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. II, tomo II*, Milano, 1997, p. 2975.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 7, ora anche in *Scritti di diritto penale, vol. I, tomo I*, Milano, 1997, p. 539.
- BUONOCORE V. *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 181.
- BUONOCORE V. *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 389.
- BUSCH D., *Konzernuntreue. Eine Untersuchung spezifischer Untreuestrafbarkeit innerhalb von Konzernverbindungen mit Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Frankfurt, 2004.
- CABRAS G., *La responsabilità per l'amministratore delle società di capitali*, Torino, 2002.
- CADOPPI A., *Art 4. Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 256.
- CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 535.
- CALDERONE R.C., *Il ruolo della Cassazione e la supplenza giudiziaria (a proposito di utilizzazione di fondi non contabilizzati per finalità extra-societarie)*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1989, p. 1123.
- CALO' R., *Infedeltà patrimoniale e appropriazione indebita: un problema di delimitazione reciproca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1072.
- CAMAIONI S., *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1628.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Vol. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2013.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Vol. 2. Diritto delle società*, Torino, 2012.

- CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa nella dottrina e giurisprudenza di lingua tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 657.
- CANESTRARI S., << Rischio d'impresa >> e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 545.
- CANTONE R., *Formazione di riserve occulte da parte dell'impresa destinate all'illecito finanziamento dei partiti politici. Profili di rilevanza penale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 278.
- CAPPIELLO S., *La vigilanza sul conflitto di interessi nella "banca universale" e il ruolo della class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 40.
- CARACCIOLI I., *Le nuove false comunicazioni sociali e la crisi dei beni giuridici indeterminati*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 465.
- CARIELLO V., *La compensazione dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento, commento a Cass. civ. Sez. I, Sent. 24 agosto 2004, n. 16707*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 384.
- CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società a e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.* 2003, p. 1229.
- CARMONA A., *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996.
- CAVALLARO G., *Responsabilità degli amministratori di fatto*, in *Le Società*, 2008, p. 1226.
- CECCHERINI A., *Sulla concorrente responsabilità della società e dei suoi amministratori per fatto illecito*, in *Le Società*, 2012, p. 617.
- CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 317.
- CERQUA F., *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni*, in *Le Società*, 2009, p. 1305.
- CERQUA F., *L'amministratore di fatto nei reati fallimentari: Brevi riflessioni*, in *Le Società*, 2008, p. 1303.
- CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano 2004, p. 131.
- CERQUA L.D., *Art. 2624*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 52.
- CHIARAVIGLIO P., *La responsabilità dell'amministratore delegante fra <<agire informato >> e poteri di impedimento*, in *Le Società*, 2010, p. 886.
- CIAMPOLI G., *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società, commento a Cass. Civ. Sez. I, sent. 24 agosto 2004, n. 16707*, in *Le società*, 2005, p. 168.
- CIANCI S., *La responsabilità penale degli operatori bancari: evoluzione giurisprudenziale*, in *Foro.it.*, 1989 II, c. 507.
- CIPOLLA P., *Brevi note in tema di rapporti tra l'appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.), nota a Cass. pen. Sez. V, sent. 23 giugno- 7 ottobre 2003, n. 38110*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 467.

- CIVERRA E., *Conflitto di interessi di amministratori di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*, in *Le Società*, 2008, p. 1385.
- CLINARD M.B.- QUINNEY R., *Criminal Behavior Systems*, 2° ed., 1973.
- CODAZZI E., *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di "distrazione" nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 766.
- CODAZZI E., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione <virtuale alla compensazione << reale >>): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, nota a *Cass. pen. Sez. V, sent. 7 ottobre 2003, n. 38110*, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 600.
- COLAVOLPE A., *In tema di responsabilità individuale dell'amministratore di s.p.a. privo di delega*, in *Le Società*, 2011, p. 1129.
- CONSULICH F., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le Società*, 2012, p. 553.
- CONSULICH F., *L'"infedeltà condivisa": il concorso in reato proprio tra ruolo, fatto e dolo dell'intraneo*, in *Le Società*, 2010, p. 741.
- CONTI L., *La revisione del diritto penale societario. Introduzione*, in *Le Società*, 2000, p. 185.
- CONTI L., *Responsabilità degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433.
- CORNACCHIA L., *Note sulla fattispecie di gestione infedele introdotta dall'art. 38 del d.lgs. 415/1996*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 890.
- CORSO S., *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e la collocazione del tipo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 653.
- CORVI P., *Parte civile e nuovi reati societari*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A., Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 719.
- COSTANTINI G., *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Le Società*, 2007, p. 207.
- CRESPI A., *I reati societari: una normativa tormentata e maltrattata*, in *Riv. soc.* 1992, p. 514, ora anche in *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2004, p. 79.
- CUSTODERO O., *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi di gestione nel <<gruppo di società>>*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1119.
- DANNECKER G., *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in B. Wabnitz, T. Janovsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuersstrafrechts*, 3° ed., 2007.
- D'ALESSANDRO F., *Il conflitto di interessi e mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 5.
- D'AVIRRO A. -MAZZOTTA G., *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali*, Milano, 2004.
- DE LUCA DI ROSETO M., *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 819.

- DEL CORSO S., *Brevi osservazioni sull'appropriazione indebita degli amministratori delle s.p.a in mano pubblica*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 845.
- DELL'ANNO P., *Creazione di fondi extrabilancio per finalità illecite: ipotesi di appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 800.
- DE LORENZO C., *Gruppo di società e impresa di gruppo: una difficile reductio ad unum*, in *Foro. it.*, 1992, I, c. 817.
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.
- DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 89.
- DENOZZA F., *Il danno risarcibile tra benessere ed equità: dai massimi sistemi ai casi <<Cirio>> e <<Parmalat>>*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 327.
- DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, VI ed., Milano, 2006.
- DI BERNARDO M. -MATTIA S., *Il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in *Le Società*, 2005, p. 557.
- DI GIOVINE O., *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in *AA.VV., I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 5.
- DI SABATO F., *Profili giuridici dell'etica negli affari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2005, I, p. 383.
- DIERLAMM A., *neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien?*, in *StraFo*, 2005, p. 397.
- DIERLAMM A., § 266, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003.
- DIERLAMM A., *Untreue – ein Auffangtatbestand?*, in *NStZ*, 1997, p. 534.
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 19.
- DONATO L., *L'infedeltà patrimoniale nell'attività creditizia e nella gestione del risparmio*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2694.
- EISELE J., *Untreue in Verienen mit ideeller Zielsetzung*, in *GA*, 2001, p. 377.
- EISENBERG M.A., *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 617.
- ENRIQUES L., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.
- ENRIQUES L., *Il conflitto d'interessi nella gestione della società per azioni, spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 509.
- FAVA L., *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1197.
- FIANDACA G., *Il <<bene giuridico>> come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42.
- FIANDACA G., -MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2009.
- FIANDACA G., -MUSCO E., *Diritto penale. Parte Speciale*, Bologna, 2007.

- FICO D., *Principio di chiarezza e diritto di informazione del socio (commento a Trib. Milano 31 gennaio 2006)*, in *Le Società*, 2007, p. 596.
- FINARDI D., *Il conflitto di interessi del socio di s.r.l. e l'annullamento delle delibere assembleari*, in *Le Società*, 2007, p. 600.
- FISCHER T., *Strafgesetzbuch (§ 266 StGB)*, 58° ed., 2011.
- FLICK G.M., *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p.4.
- FLICK G.M., *Responsabilità penali dell'imprenditore indagato per tangenti, nell'ottica dei reati societari e fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1449.
- FLICK G.M., *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 471.
- FLICK G.M., *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 433.
- FLICK G.M., *Attività bancaria e pubblico servizio: i termini attuali del dibattito*, in *Riv. Soc.*, 1982, p. 750.
- FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, a cura di Sieber, Dannecker, Kindhäuser, Vogel, Walter, Köln, 2008, p. 767.
- FOFFANI L., *Im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts: Konvergenzen und Divergenzen am Beispiel der Untreueproblematik*, in *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren*, a cura di Loos, Jehle, Heidelberg, 2007, p. 83.
- FOFFANI L., *Società, Artt. 2621-2644 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo, Paliero, II ed., Padova, 2007, p. 2443.
- FOFFANI L., *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 751.
- FOFFANI L., *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 345.
- FOFFANI L., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 231.
- FOFFANI L., *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale nell'intermediazione del credito e nella gestione del risparmio*, in AA.VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, coordinati da A. Meyer e L. Stortoni, Torino, 2002, p. 333.
- FOFFANI L., *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario* in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1193.
- FOFFANI L., *Reati societari*, in C. PEDRAZZI –A. ALESSANDRI –L. FOFFANI –S. SEMINARA –G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed., Bologna, 1999, p. 214.
- FOFFANI L., *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 65.
- FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997.

- FOFFANI L., *Poteri di gestione del patrimonio altrui e infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, a cura di G. Insolera e R. Acquaroli, Ancona, 1997, p. 129.
- FOFFANI L., *L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 457.
- FOFFANI L., *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di <<partecipazione rilevante >>, << collegamento >>, << controllo >> e << gruppo >>*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 121.
- FOFFANI L., *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori: II. Insufficienza della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 637.
- FONDAROLI D., *Introduzione ai delitti di << infedeltà >>*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 391.
- FORMICA M., *La responsabilità amministrativa degli enti ed i reati societari*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Milano, 2004, p. 211.
- FREUDENTHAL H., *Die Untreue (§ 266 StGB und Nebengesetze)*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, Vol. VIII, 1906, p. 105.
- GAETA M.M., *Atti estranei all'oggetto sociale e vantaggi compensativi delle società collegate*, in *Le Società*, 2007, p. 1362.
- GALGANO F., *Diritto Commerciale, V. 2, Le Società*, XVIII ed., Bologna, 2013.
- GALGANO F., *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, p. 86.
- GARAVAGLIA E., *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire reati*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 455.
- GARGARELLA MARTELLI A., *Il contratto concluso dall'amministratore di s.p.a.: conflitto di interessi e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 603.
- GHEZZI F., *I "doveri fiduciari" degli amministratori nei "Principles of Corporate Governance"* in *Riv. soc.*, 1996, p. 465.
- GIARDA E.M. -GIARDA F.M., *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 117.
- GIAVAZZI S., *Infedeltà patrimoniale e potere di querela*, in *Le Società*, 2007, p. 1284.
- GLIATTA G., *L'onere per l'amministrazione formale di vigilare sull'operato dell'amministratore di fatto*, in *Le Società*, 2008, p. 503.
- GRAEVENITZ G., *Vierte Gewalt? Medien und Medienkontrolle*, in *UVK-Medien*, Konstanz, 1999, consultabile online presso: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-46461>.
- GRIBBOHM G., *Untreue zum Nachteil der GmbH – zur Harmonisierung zivil- und strafrechtlicher pflichten des GmbH-Geschäftsführers und –Gesellschafters -*, in *ZGR*, 1990, p. 1.
- GRUNST. B – VOLK. K., *Einleitung: Das Wirtschaftsstrafrecht im Rechtssystem*, in K.Volk (a cura di), *Verteidigung in Wirtschafts-*

- und Steuerstrafsachen (Münchener Anwaltshandbuch)*, Monaco, 2006, § 1.
- GUIDOTTI R., *Brevi note in tema di operazioni infragruppo a titolo gratuito*, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 129.
- GUIZZI G., *Interessi degli amministratori, sub Art. 2391*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, vol. II, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 652.
- GUIZZI G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 439.
- GÜNTHER H.L., *Die Untreue im Wirtschaftsrecht*, in Heinrich B. (a cura di), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag am 18. September 2004*, Tübingen, 2004, p. 311.
- HEINZ W., *Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts*, in *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Leipzig, 1998, p. 13.
- HOFFMANN M., *Untreue und Unternehmensinteresse. Erläutert am Beispiel des Schutzes der Interessen von Gläubigern und Arbeitnehmern*, 2010.
- INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 563.
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 795.
- JAEGER P.G., *Riflessioni su l'interesse sociale*, in AA.VV., *Interesse sociale tra valorizzazione e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010.
- JUNG H., *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems*, 1979.
- KARGL W., *Die Missbrauchskonzeption der Untrue (§ 266) – Vorschlag de lege ferenda*, in *ZStW*, 113 (2001), p. 565.
- KEMPERMANN M., *Untreuebestimmung und konkrete Treuverhältnisse*, in *JW*, 1936, 3428 ss.
- KINDHÄUSER U., *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 6° ed., Baden-Baden, 2011.
- KINDHÄUSER U., § 266, in *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, 3° ed., Baden-Baden, 2010.
- KINDHÄUSER U., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4° ed., Baden-Baden, 2009.
- KÜPER W., *Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, Heidelberg, 2002.
- LA ROSA E., *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1041.
- LABSCH K.H., *Grundprobleme des Missbrauchstatbestands der Untreue (§ 266, Abs. 1, 1. Alt. StGB)*, in *Jura*, 1987, pp. 343 e ss. e 411 e ss..
- LABSCH K.H., *Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers – BGH, NStZ 1984, 118*, in *JuS*, 1985, p. 602.
- LABSCH K.H., *Untreue (§ 266). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, Lübeck, 1983.

- LIBERTI G., *Infedeltà patrimoniale del tutore e limiti di applicazione della truffa, commento a Cass.pen. Sez. V, sent. 17 febbraio 2004, n. 6244*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 189.
- LUCHINI M., *Il voto dell'amministratore di s.r.l. in conflitto di interessi*, in *Le Società*, 2007, p. 1368.
- LUHMANN N., *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart, 1968.
- LUPETTI M.C., *Conflitto di interessi dell'amministratore unico di società di capitali*, in *Le Società*, 2005, p. 1235.
- MANCINELLI F., *Doveri del collegio sindacale e principi di corretta amministrazione*, in *Le Società*, 2011, p. 29.
- MANCUSO E.M., *Le condizioni di procedibilità nel nuovo diritto penale societario*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 651.
- MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 84.
- MANGANO P., *Il gruppo di imprese ovvero dal conflitto di interessi alla bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2000, p. 105.
- MANGANO P., *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1003.
- MANNA A., *Soluzioni de lege ferenda in tema di deflazione del carico processuale, e con riguardo all'utilizzo dei reati di pericolo nel diritto penale della <<post-modernità>>*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 885.
- MANNA A., *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in AA.VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004, p. 139.
- MANNA A., *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in AA.VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004, p. 3.
- MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, p.te gen.* VII ed., Padova, 2011.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, p.te spec., Delitti contro il patrimonio*, III ed., 2009.
- MARCHETTI C., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1229.
- MARINI C., *Concorrenza sleale e delitto di infedeltà patrimoniale: una convivenza possibile?*, in *Le Società*, 2012, p. 928.
- MARINI C., *Gli abusi degli amministratori sul patrimonio sociale*, in *Le Società*, 2011, p. 92.
- MARINI C., *Soggetti attivi e procedibilità a querela del reato di infedeltà patrimoniale*, in *Le Società*, 2008, p. 107.
- MARINI C., *Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in *Le Società*, 2006, p. 1546.
- MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1.

- MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1465.
- MASUCCI M., *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 885.
- MASULLO M.N. Art. 2634 c.c., in AA.VV., *Le leggi penali d'udienza*, a cura di T.Padovani, Milano, 2003, p. 1305.
- MATT H., *Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral*, in *NJW*, 2005, p. 389.
- MAURACH R.- SCHRÖDER F.-C.- MAIWALD M., *Strafrecht – Besonderer Teil*, Vol. 2, 9° ed., 2009.
- MAYER H., *Die Untreue nach der Strafgesetznovelle von 26 mai 1933*, in *Zentralblatt für Handelsrecht*, 1933, 145 ss
- MAZZONI A., *Gli azionisti di minoranza nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 485.
- MENTI P., *Conflitto di interessi e mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 945.
- MEZZETTI E., *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p.193.
- MIEDICO M., *I reati societari in Germania*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 533.
- MIEDICO M., *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 559.
- MILITELLO V., *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A.Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 471.
- MILITELLO V., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A.Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 493.
- MILITELLO V., *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 698.
- MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 905.
- MILITELLO V., *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 387.
- MILITELLO V., *Gruppi bancari e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 39.
- MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 147.
- MIRONE A., *Linee guida dello schema di d.d.l. per la riforma del diritto delle società*, in *Le Società*, 2000, p. 141.
- MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42.
- MONTALENTI P., *Gruppi di società*, in AA.VV., *Le società per azioni*, Padova, 2010.
- MONTALENTI P., *Interesse sociale e amministratori*, in AA.VV., *Interesse sociale tra valorizzazione e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010.

- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 307.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 555.
- MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario. Dottrina, giurisprudenza, prassi applicativa alla luce dei dati statistici: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 504.
- MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 435.
- MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422.
- MONTALENTI P., *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 624.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710.
- MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei <<vantaggi compensativi>> nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 630.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, II ed., Milano, 2007.
- NAPOLEONI V., *Prospettive di riforma in tema di tutela penale del patrimonio sociale contro gli abusi dell'organo gestorio*, in *Le Società*, 2000, p. 203.
- NATALI L.C., *Riflessioni in tema di amministrazione del patrimonio destinato*, in *Le Società*, 2007, p. 139.
- NELLES U., *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, Berlin, 1991.
- NUCCI M., *Il divieto di concorrenza a carico degli amministratori di s.r.l.*, in *Le Società*, 2007, p. 316.
- NUVOLONE P., *Infedeltà patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 440.
- NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.
- PALLAORO C., *Profili della responsabilità degli amministratori di s.r.l. tra vecchia e nuova riforma*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 698.
- PEDRAZZI C., *<<Sui limiti dell'appropriazione>>*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, p. 1435.
- PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 529.
- PERRON W., § 14 StGB, in A. Schönke - H. Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28° ed., Monaco, 2010.
- PERRON W., § 266 StGB, in A. Schönke - H. Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28° ed., Monaco, 2010.
- PFEIFFER J., *Die Untreue im Zukünftigen Strafrecht*, Breslau, 1932
- PIERGALLINI C., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 65.
- PISELLI D., *La responsabilità degli amministratori verso la società alla vigilia della riforma*, in *Le Società*, 2003, p. 1268.

- PISCITELLO P., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1067.
- PLATANIA F., *Approvazione del bilancio e ratifica implicita dell'operato degli amministratori al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Le Società*, 2009, p. 183.
- PORTALE G.B., *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 325.
- PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 1.
- PULITANO' D., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, p. 899.
- PULITANO' D., *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 934.
- RAINONE V., *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, p. 440.
- RANSIEK A., *Bildung verdeckter Kassen als Untreue – Fall Siemens, Anmerkung zu BGH NJW 2009, s. 89 ff.*, in *NJW*, 2009, p. 95.
- RANSIEK A., *Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH – “Bremer Vulkan”, Besprechung des Urteils des BGH wistra 2004, 341*, in *wistra*, 2005, p. 121.
- RANSIEK A., *Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue*, in *ZStW*, 116 (2004), p. 634.
- RANSIEK A., *Untreue im GmbH-Konzern*, in *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Hirsch e altri, Köln, 2003, p. 207.
- RENGIER R., *Strafrecht, Besonderer Teil*, Vol. 1, 9° ed., Monaco, 2007.
- ROCCHI F., *Riflessioni di diritto intertemporale in tema di infedeltà patrimoniale all'interno di singole società e nelle holding*, nota a Cass.pen. Sez. V, sent. 23 giugno -7 ottobre 2003, n. 38110, in *Cass.pen.*, 2005, p. 458.
- ROMANO M., *L'omessa comunicazione del conflitto d'interessi e i reati di infedeltà (artt. 2629-bis, 2634 e 2635 cod.civ.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 467, ora anche in Dassano F. – Vinciguerra S. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, 2010, p. 805.
- ROMANO M., sub art. 120, in M. Romano – G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2° ed., Milano, 1996, p. 256.
- ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967.
- RÖNNAU T., *Wirtschaftsstrafrecht*, München, 2008
- RÖNNAU T., *Untreue als Wirtschaftsdelikt*, in *ZStW*, 119 (2007), p. 887.
- RORDORF R., *Gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 143.
- RORDORF R., *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Le Società*, 2005, p. 813.
- ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012.

- ROSSI A., *Premesse ad uno studio sui reati societari*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 1.
- ROSSI A., *Responsabilità << penale-amministrativa >> delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in AA. VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 511.
- ROSSI A., *Una svolta definitiva nella individuazione normativa della responsabilità penale dei soggetti di fatto?*, in *Le Società*, 2000, p. 209.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 4° ed., 2006.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. 2, 2003.
- RUGGIERO G., *Profili di novità attinenti la fattispecie di infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Gastone Cottino (et al.), Bologna, 2009, p. 1367.
- RUSSO C.A., *Il caso Parmalat: tra conflitto di interesse del lead manager e tutela risarcitoria*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1252.
- SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 377.
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 661.
- SALAFIA V., *L'autorizzazione assembleare ad atti di gestione dell'impresa*, in *Le Società*, 2008, p. 423.
- SALIGER F., § 266, in H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Köln, 2009.
- SALIGER F., *Rechtsprobleme des Untreutabestandes*, in *JA*, 2007, p. 326.
- SALINAS F., *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi, nota a Cass.civ. Sez. I, sent. 24 agosto 2004, n. 16707*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 256.
- SANDRELLI G., *Artt. 2634 e 2635 c.c.*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004.
- SANGIOVANNI V., *La nomina del consiglio di gestione fra Italia e Germania*, in *Le Società*, 2009, p. 375.
- SANGIOVANNI V., *La nomina del consiglio di gestione (Vorstand) nella società per azioni tedesca*, in *Le Società*, 2008, p. 775.
- SANGIOVANNI V., *Il diritto di controllo del socio di s.r.l. a confronto con la disciplina tedesca*, in *Le Società*, 2007, p. 1543.
- SANGIOVANNI V., *Doveri e responsabilità degli amministratori di s.r.l. in comparazione con la GmbH tedesca*, in *Le Società*, 2006, p. 1563.
- SCHMID W., *Treupflichtverletzungen (§ 31)*, in K.-H. Müller-Gugenberger, K. Bieneck, *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts*, 5° ed., 2011.
- SCHNEIDER M., *Untreue, Voraussetzungen und Ahndung nach dem Reichsstrafgesetzbuch von 26 mai 1933*, in *Arch. StR. und StPR*, LXXVII, p. 324 ss
- SCHÜNEMANN B., § 14, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12° ed., 2006.
- SCHÜNEMANN B., § 266, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12° ed., 2006.

- SCHÜNEMANN B., *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, p. 201.
- SCHWIND H.-D., *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 20° ed., 2010.
- SCOGNAMIGLIO V., *Mala gestio, rinuncia dell'amministratore al compenso e non invocabilità dei vantaggi compensativi*, in *Le Società*, 2012, p. 1137.
- SCOGNAMIGLIO V., *Vantaggi compensativi nel gruppo di società*, in *Le Società*, 2009, p. 491.
- SEIER J., *Untreue*, in AA.VV., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di Achenbach Hans e Ransiek Andrea, 3° ed., Heidelberg, 2012, p. 588.
- SEIER J., *Die Untreue (§ 266 StGB) als "Allzweckwaffe"*, in Kohlmann G. e altri (a cura di), *Entwicklungen und Probleme des Strafrechts an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Berlin, 2004, p. 105.
- SEMINARA S., *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Jus*, 2011, p. 71.
- SGUBBI F., *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 340.
- SUTHERLAND E.H., *White Collar Crime*, 2° ed., New York, 1961.
- TIEDEMANN K., *Generalklauseln im Wirtschaftsstrafrecht – am Beispiel der Unklarheit im Wettbewerbsstrafrecht -*, in T.Fischer, Bernsmann K (a cura di), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*, 2011, p. 685.
- TIEDEMANN K., *Betrug und Korruption in der europäischen Rechtangleichung*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 98.
- TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln, 2004.
- TIEDEMANN K., *Der Untreuetatbestand – Ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen? – Bemerkungen zum "Fall Mannesmann" -*, in Heinrich B. (a cura di), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag am 18. September 2004*, Tübingen, 2004, p. 319.
- TIEDEMANN K., *Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern*, in Jeschenk H., Vogler T. (a cura di), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlino, 1989, p. 319.
- TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61.
- UNGUREANU M.C., *Politica di remunerazione degli amministratori delle società quotate*, in *Le Società*, 2011, p. 549.
- VOLK K., *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, in *JZ*, 1982, p. 85.
- WELLKAMP L., *Organuntreue zum Nachteil von GmbH-Konernen und Aktiengesellschaften*, in *NStZ*, 2001, p. 113.
- WELZEL H., *Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, Berlin, 1965.
- WITTIG P., *Wirtschaftsstrafrecht*, 2° ed., Monaco, 2011.
- ZAMBUSI A., *L'infedeltà patrimoniale interna degli operatori bancari*, Padova, 2005.

- ZAMPERETTI G.M., *Il "nuovo" conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le Società*, 2005, p. 1085.
- ZANNOTTI R., *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997.
- ZUCCALA' G., *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1988, p. 149.
- ZUCCALA' G., *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961.