LUISS

Dipartimento

di Giurisprudenza

Cattedra Diritto penale dell'economia

La disciplina penale del conflitto d'interessi degli amministratori

Prof. Antonio Gullo

RELATORE

Prof. M. L. Antonietta di Bitonto

CORRELATORE

Matr. 150163

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE..... 5

CAPITOLO I

Il problema. Nozioni introduttive

1. Evoluzione storica nelle modalità di godimento dei beni patrimoniali. Nuove esigenze di tutela 10

2. Le originarie insufficienze nella tutela penale 15

3. Il bene giuridico rilevante e le nuove forme di aggressione 18

3.1. Il bene patrimonio

3.2. Fiducia, fedeltà, infedeltà

4. L'infedeltà patrimoniale al di fuori del contesto societario 27

CAPITOLO II

La disciplina civilistica

1. Premessa: il perimetro della disciplina e le tecniche normative 32

2. Dall'abrogato codice di commercio al codice civile del 1942 33

3. La riforma del 2003 e i nuovi principi fondamentali dell'amministrazione societaria 36

4. L'assetto attuale. La disciplina procedurale 38

4.1. Dal conflitto d'interessi agli "interessi degli amministratori"

4.2. Gli obblighi imposti all'amministratore

5. (Segue) *La disciplina rimediale* 41

6. (Segue) *La gestione unipersonale* 44

7. Cenni alle ulteriori fattispecie. Il socio. Le S.r.l. 46

CAPITOLO III

L'evoluzione della disciplina penalistica

1. L'assetto originario, tra formalismo e sanzionatorietà 49

2. La parabola giurisprudenziale dell'appropriazione indebita 52

2.1. La fattispecie

2.2. L'ampiamento giurisprudenziale

2.3. Lo "stop" degli anni '90 e la prima fattispecie di infedeltà patrimoniale

3. Uno sguardo agli altri ordinamenti 61

3.1. Il modello tedesco

3.2. Il modello francese

4. La riforma del 2002. Linee fondanti e criticità 65

4.1. I tratti salienti della riforma

CAPITOLO IV

Le singole fattispecie

1. Premesse ordinatrici 71

2. L'infedeltà patrimoniale. Il percorso normativo 72

2.1. Le proposte precedenti alla Commissione Mirone

2.2. Dalla Commissione Mirone all'assetto vigente

3. (Segue) *I soggetti attivi del reato* 76

4. (Segue) *Primo filtro di rilevanza (*ex ante*): il conflitto di interessi* 78

4.1. La definizione degli interessi concorrenti

4.2. I requisiti di rilevanza del conflitto di interessi

4.3. Rapporto con la disciplina civilistica

5. (Segue) *La condotta* 83

5.1. Le condotte tipiche

5.2. L'atto dispositivo e il problema della condotta omissiva

5.3. L'oggetto materiale

6. (Segue) *Secondo filtro di rilevanza (*ex post*): l'evento di danno* 88

7. (Segue) *L'elemento soggettivo* 89

7.1. Dolo specifico

7.2.Dolo intenzionale

8. (Segue) *Le fattispecie ulteriori* 93

8.1. Beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi

8.2. Rapporto con l'art. 167 t.u.f.

9. (Segue) *Procedibilità. Cornice edittale. Responsabilità dipendente da reato* .. 96

10. (Segue) *Rapporto con l'appropriazione indebita* 100

11. Omessa comunicazione del conflitto di interessi. Introduzione 106
12. (Segue) *I soggetti attivi. Problematico rapporto col principio di legalità* 108
13. (Segue) *Le condotte alternativamente rilevanti* 111
14. (Segue) *L'evento* 113
14.1. Il danno e il bene giuridico tutelato
14.2. L'accertamento del nesso di causalità. La teoria del "vuoto descrittivo"
15. (Segue) *Elemento soggettivo e profili funzionali della fattispecie* 118
16. (Segue) *Profili di interferenza con l'infedeltà patrimoniale* 120
17. La corruzione tra privati. Fattispecie e percorso normativo 122
17.1. Gli obblighi sovranazionali
17.2. La ratio *dell'incriminazione*
17.3. Le esperienze estere
17.4. La disposizione
18. (Segue) *I soggetti attivi* 133
19. (Segue) *La struttura oggettiva* 135
19.1. La condotta. Il ruolo del conflitto d'interessi
19.2. L'esecuzione del patto
19.3. Reato di pericolo
20. (Segue) *L'istigazione alla corruzione tra privati* 141
21. (Segue) *L'elemento soggettivo* 141
22. (Segue) *Gli elementi funzionali* 142
22.1. Procedibilità
22.2. La cornice sanzionatoria. La fattispecie circostanziata

CAPITOLO V

Il conflitto di interessi nel gruppo d'imprese

1. La dimensione giuridica e la rilevanza penale del gruppo di imprese 146
1.1. Configurazione giuridica
1.2. Interesse di gruppo e interessi sociali
1.3. Una prima definizione: controllo, direzione, coordinamento
2. La disciplina civilistica 155

2.1. Gli interessi meritevoli di tutela: pro *e* contro *della dinamica di gruppo*

2.2. La disciplina

2.3. Il gruppo come fattispecie socialmente tipica di collegamento negoziale

2.4. Le clausole esimenti. In particolare: la teoria dei vantaggi compensativi

3. I vantaggi compensativi nel reato d'infedeltà patrimoniale 169

3.1. Elementi costitutivi. Confronto con la clausola civilistica

3.2. Natura della clausola compensativa

4. Il problema dell'esportabilità della clausola 177

4.1. Il problema in generale

4.2. Nelle false comunicazioni sociali e nell'appropriazione indebita

4.3. Nella bancarotta

CONCLUSIONI 190

BIBLIOGRAFIA 194

INTRODUZIONE

Il conflitto di interessi nel contesto dell'amministrazione delle società di capitali è un tema centrale del diritto commerciale che si riflette altresì nel diritto penale dell'economia. Esso attiene alla natura stessa dell'esercizio collettivo dell'attività d'impresa. La *fictio juris* posta alla base del fenomeno societario, nell'elevare l'organizzazione sociale a nuova soggettività giuridica, non può che contrapporre gli interessi collettivi e superiori di tale soggetto a quelli individuali e particolari delle singole persone fisiche che pur concorrono alla sua organizzazione ed attività. Invero, ad agire per conto della società nella gestione dei propri interessi ed obiettivi istituzionali, non possono che essere le singole persone fisiche che di volta in volta si immedesimino organicamente con essa. E proprio nella tensione fra l'interesse sociale "sovraindividuale" e i possibili scopi "egoistici" dei vertici amministrativi, si annida la dinamica del conflitto di interessi. Tutto ciò rende quanto mai urgente un'*actio finum regundorum* tale da segnare nettamente «il confine che l'interesse particolare del socio o dell'amministratore non può travalicare senza invadere il – preminente – interesse sociale»[1].

Il tema, invero comune ad ogni forma di cooperazione sociale strutturata, assume – come anticipato – particolare rilevanza nel diritto societario. L'esercizio in comune dell'impresa, scopo normale e precipuo della società, interseca una miriade di interessi esterni alla tipica finalità lucrativa perseguita dai soci. Anzitutto vanno considerati gli interessi degli ulteriori operatori economici che vengano in contatto con l'ente societario, i quali abbisognano di prestare un legittimo affidamento circa i comportamenti dello stesso. Accanto a questi, va poi considerata la più ampia categoria dei creditori sociali, vitali perché l'impresa possa procurarsi i capitali necessari per i propri investimenti. Da ultimo, allargando lo sguardo, i danni cagionati da una gestione infedele della società non possono che ridondare sui livelli occupazionali da essa offerti e, più in generale, sugli interessi dei consumatori, in quanto fruitori finali dell'attività produttiva. Una tale interdipendenza di interessi viene alla luce in tutta la sua rilevanza soprattutto nei drammatici momenti della crisi d'impresa. Esempi paradigmatici, per limitarci al

[1] BLANDINI, *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in PERLINGIERI, CASUCCI (a cura di), *Riforme del diritto societario*, Napoli, 2004, 77.

nostro ordinamento, sono stati i crack Cirio e Parmalat, peraltro verificatisi proprio a ridosso dell'entrata in vigore delle riforme del 2002/2003.

Il presente lavoro è incentrato sulle fattispecie di reato attualmente presenti nel nostro ordinamento, le quali abbiano come presupposto la sussistenza in capo all'amministratore di società di capitali di un conflitto di interessi. Prima di affrontare in modo diretto le singole figure ad oggi tipizzate, si procederà, in due capitoli introduttivi, a puntualizzare il substrato (prima sociale, poi normativo) entro cui il legislatore penale si è trovato ad operare.

Anzitutto l'attenzione verrà focalizzata su una ricognizione per così dire "ontologica" del fenomeno. Il primo capitolo avrà la funzione di collocare il conflitto di interessi dell'amministratore di società nella più ampia dinamica dei reati contro il patrimonio. L'analisi ivi condotta avrà come sfondo i radicali mutamenti socioeconomici intervenuti negli ultimi due secoli sulla scorta della rivoluzione industriale, a sua volta preparata dalle turbolente rivoluzioni liberali del XIX secolo. Nel passaggio da un'economia agraria ad una industriale, si coglierà la chiave del contestuale spostamento della maggior carica offensiva dai reati di aggressione unilaterale, quali il furto e la rapina, a quelli *lato sensu* di cooperazione artificiosa della vittima, tra cui *in primis* quelli di infedeltà patrimoniale. Punto focale dell'esposizione sarà il sempre più accentuato fenomeno di scissione fra titolarità formale dei beni patrimoniali ed effettiva gestione degli stessi. Scissione che si fa massima proprio nel rapporto, tipico della grande impresa azionaria, fra consiglio di amministrazione e socio investitore. Il sopravvenire di tali dinamiche ha stimolato la dottrina ad interrogarsi attorno ai concetti di interesse patrimoniale, fiducia e infedeltà personale. Ripercorrendo le ormai tradizionali categorizzazioni formulate in merito dal Nuvolone, si avrà un primo inquadramento in termini problematici del fenomeno.

Ad una ricognizione questa volta normativa è invece dedicato il secondo capitolo. L'eterna diatriba fra le correnti cc.dd. autonomista e civilista del diritto penale trova campo d'elezione proprio in ambito societario, il quale tradizionalmente ha mantenuto un contatto strettissimo con la relativa disciplina civilistica. Nonostante le riforme di inizio secolo abbiano stemperato il carattere meramente "sanzionatorio" del diritto penale d'impresa, non può comunque

prescindersi da una comprensiva disamina della disciplina civilistica del conflitto di interessi. Difatti, se i concetti di "integrità fisica" e di "altruità" possono in qualche modo dirsi pre-giuridici e prescindere dal diritto civile, il "capitale sociale" e le "delibere consiliari" presupposti dai reati in esame sono pura invenzione giuridica. Si partirà *ab imis fundamentis*, rintracciando le radici della disciplina originariamente dettata dal codice Vassalli nientemeno che nel codice di commercio del 1882. Una volta riferite le vaste criticità manifestate dall'impianto originario, sarà possibile procedere ad un esame approfondito della riforma del 2003. Per ovvi motivi, l'attenzione verrà focalizzata sulle società azionarie, ove l'"anonimità" dell'investimento rende più sensibile il tema dell'infedeltà, ma non mancherà di estendersi anche alle S.r.l.

Il terzo e il quarto capitolo sono interamente dedicati alla disciplina penalistica. Il primo dei due, più generale, offre una vasta panoramica delle modalità con cui il nostro ordinamento e quelli stranieri hanno tentato di colpire i reati di infedeltà patrimoniale. L'area di influenza germanica con l'*Untrue* e quella francese con l'*abus des biens sociaux* offrono, pur con le loro differenze, pregevoli precedenti al fine di colpire condotte di gestione abusiva del patrimonio altrui. L'Italia, invece, ha fin subito manifestato un certo ritardo in questo campo, basando la propria risposta punitiva su fattispecie appesantite da un approccio formalistico e squilibrato. In questo quadro, alla giurisprudenza è residuato l'ingrato compito di esercitare una funzione di "supplenza giudiziaria", ricorrendo a reati patrimoniali finitimi – *in primis* all'appropriazione indebita – per colpire, con interpretazione estensiva, i fenomeni abusivi più eclatanti. Alle critiche sollevate dalla dottrina circa il rispetto del principio di tassatività del precetto penale, sarebbe seguita la riforma del 2002. L'intervento legislativo ha difatti riscritto integralmente lo statuto penale societario, sotto la duplice linea guida e della patrimonializzazione e della privatizzazione delle fattispecie di reato. Un intervento, a dir il vero, vasto quanto aspramente criticato, cui corale dottrina non ha mancato di sollevare obiezioni in punto di logicità e di efficacia repressiva. Ad esso, nondimeno, sarà necessario far riferimento nella disamina delle disposizioni ad oggi vigenti.

Le figure di reato inquadrate sono tre: l'infedeltà patrimoniale, l'omessa comunicazione del conflitto di interessi e la corruzione tra privati, cui si

aggiungeranno talune fattispecie secondarie e strutturalmente dipendenti dalle prime. Ad un'analisi storico-diacronica – svolta cioè avendo a riferimento l'evoluzione dottrinaria e le diverse proposte legislative susseguitesi nel tempo – seguirà quella dell'attuale assetto strutturale delle fattispecie.

Particolare attenzione sarà prestata alla fattispecie più rilevante e attesa, quella cioè di infedeltà patrimoniale. Da una parte auspicata e dall'altra temuta per l'ampia indefinitezza in cui avrebbe potuto facilmente eccedere, essa si è risolta in una norma dalla difficile applicazione. Una sistematica superfetazione e degli elementi oggettivi e di quelli soggettivi (fra i quali figura addirittura un dolo intenzionale di danno) rendono la disposizione del tutto inadeguata a rappresentare un congruo presidio per la probità della gestione societaria. Discorso in parte diverso va riservato alle ulteriori due norme. Per una struttura meglio congegnata si caratterizza in particolare il delitto di corruzione tra privati, il quale non a caso è di diretta ascendenza internazionale e alla cui introduzione il nostro ordinamento si era da tempo impegnato in sede europea. Ad ogni modo, il bilancio complessivo delle fattispecie esaminate evidenzierà un perdurante *deficit* dell'area di tipicità penale, con ampi spazi di grave offensività lasciati sguarniti del dispositivo repressivo.

Specifico spazio verrà poi dedicato al tema del gruppo di imprese. Il fenomeno, com'è noto, consiste nella costituzione di catene di controllo fra più società, attraverso la detenzione di quote di partecipazione da parte di una c.d. *holder* tali da permetterle di esercitare sulle stesse un'attività di "direzione e coordinamento". Se il conflitto di interessi è elemento in qualche modo collaterale alla ordinaria vita societaria, esso diventa un momento endemico ed ineliminabile della stessa esistenza dei gruppi. Ciò in quanto la *holder* legittimamente tende ad imporre alle controllate il perseguimento di un interesse "di gruppo", il quale può anche non corrispondere a quello della singola società. La soluzione, ormai da tempo accolta nel nostro ordinamento, è quella di privare di giuridica rilevanza i danni che siano riequilibrati da "vantaggi compensativi", quei vantaggi cioè *ipso facto* derivanti alla controllata dalla sua partecipazione al gruppo. Il tema è affascinante. Da una parte, l'esimente dianzi citata richiede di essere sapientemente dosata, dato che il fenomeno dei gruppi ha sovente dimostrato di costituire uno

schermo perfetto dietro cui nascondere le responsabilità di persone fisiche. Dall'altra, la logica sottesa alla teoria dei vantaggi compensativi pare analoga a quella rinvenibile in molteplici altri settori, fra cui quello dei reati fallimentari, e non sono poche le voci che premono per una sua estensione *in bonam partem*.

L'esposizione si concluderà con una sintesi degli elementi più rilevanti emersi complessivamente dalla ricerca. Solo allora sarà possibile tirare le fila di quanto riportato nei capitoli precedenti ed individuare elementi positivi e punti deboli del sistema penale italiano. In chiusura, verranno altresì delineate le possibili prospettive *de jure condendo*.

CAPITOLO I

IL PROBLEMA. NOZIONI INTRODUTTIVE

1. Evoluzione storica nelle modalità di godimento dei beni patrimoniali. Nuove esigenze di tutela.

È comune consapevolezza che il moderno diritto penale veda nel concetto di bene giuridico una funzione «critica» e quindi orientativa, oltre ad una meramente «dogmatica» e classificatoria[1]. Se ciò è vero, allora questa – come qualsiasi ricostruzione penalistica di settore – non può prescindere da una compiuta ricognizione del sostrato sociale e dei relativi bisogni di tutela che ne costituiscono il fondamento. Nel nostro caso, vertendosi in tema di conflitto di interessi nella gestione di società di capitali, il bene in prima istanza oggetto di tutela è il patrimonio sociale, ossia l'insieme delle attività e delle passività che fanno capo alla società in quanto soggetto autonomo di diritto.

Il fatto che da un secolo a questa parte si sia avvertita sempre più imperiosamente la necessità di apprestare una tutela specifica in tema di patrimonio societario denota l'insufficienza dei rimedi "tradizionali" e, conseguentemente, delle fattispecie di reato più risalenti (*in primis*, l'appropriazione indebita[2]). Risulta fondamentale, dunque, individuare il processo evolutivo intervenuto sugli assetti proprietari nell'ultimo secolo che ha reso urgente la previsione *ex novo* di norme incriminatrici a tutela del patrimonio. Solo una volta individuati i termini sociali (o pregiuridici) del fenomeno e, di conseguenza, i beni giuridici che esso espone a pericolo nonché la matrice di tali pericoli, sarà possibile procedere ad un esame della rete di tutele che l'ordinamento positivo appresta.

Conviene anzitutto osservare come le principali fattispecie tradizionali dei delitti contro il patrimonio (furto, rapina, danneggiamento) hanno quale oggetto materiale della condotta un bene corporale e determinato, sovente di natura esclusivamente mobiliare[3]. Le modalità di aggressione che vengono incriminate

---

[1] La polifunzionalità del concetto di bene giuridico è ampiamente accolta in sede dottrinale. Cfr., *ex plurimis*, ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, 3ª ed., Milano, 2004, 299 ss., ove oltre alle summenzionate funzioni classificatoria e critica si enumerano altresì quella sistematica e quella interpretativa.

[2] MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milano, 2007, 201.

[3] Sia nella fattispecie di furto (art. 624 c.p.) sia in quella di appropriazione indebita (art. 646 c.p.), si fa espresso riferimento alla «cosa mobile altrui».

attengono ad una interferenza indebita del reo rispetto al godimento che il legittimo proprietario pretende di avere in via esclusiva sulla *res*. Al centro di questa sistematica vi è un concetto di proprietà di tipo liberale, di ascendenza napoleonica, quale potere *assoluto* ed *individuale* che l'ordinamento riconosce e garantisce al titolare del diritto su di un bene[4]. Conseguentemente, il fondamentale assetto proprietario è quello del godimento diretto dei beni, rispetto al quale tutti i consociati sono semplicemente tenuti ad astenersi (c.d. efficacia *erga omnes* del diritto di proprietà). Di converso, la lesione più grave che possa darsi è costituita dall'interferenza *non jure* in tale sfera di dominio. Interferenza che – stante l'immediatezza e l'inerenza tradizionalmente associate al diritto sulla cosa – non può che prescindere, in via di massima, da qualsiasi pregresso rapporto giuridico tra soggetto passivo ed agente.

Unica figura di reato nella quale compaia un timido riferimento ad una forma di godimento diversa da quella solipsistica è l'appropriazione indebita – fattispecie non a caso destinata a rivestire un ruolo di "supplenza giudiziaria" in tema di reati societari[5], come si avrà modo di esporre in seguito.

L'art. 417 del codice Zanardelli, nel definire questa fattispecie, faceva espresso riferimento alla circostanza che l'appropriazione da parte del non proprietario conseguisse al fatto che la cosa gli «fosse stata affidata o consegnata per qualsiasi titolo che importasse l'obbligo di restituirla o di farne un uso determinato». Come risulta evidente, viene qui postulato un previo rapporto giuridico fra i soggetti coinvolti nel reato, rapporto che implica un godimento mediato della cosa. Le facoltà proprietarie non vengono esercitate in modo diretto e materiale, ma attraverso l'impressione, sulla cosa, di un vincolo di destinazione ad un «uso determinato», comportando parallelamente un «obbligo di restituzione». Con tutta evidenza, tale obbligo denota il perdurare, nonostante l'intermediazione del detentore, di una connessione fra *dominus* e *res*. Ad ogni modo, il vigente codice Rocco, nel riformulare la fattispecie (ora collocata *sub* art. 646 c.p.), avrebbe eliso

---

[4] SALVI, BUSNELLI, *Il contenuto del diritto di proprietà: Artt. 832-833*, 2ª ed., in BUSNELLI (diretto da), *Codice Civile. Commentario*, Milano, 2019, 18 ss.

[5] FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale italiano*, in RONCO, HELFER (a cura di), *I criteri di imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia*, Roma, 2017, 161 s.

ogni riferimento a pregressi rapporti fra i due soggetti, prendendo a presupposto della condotta il mero «possesso a qualsiasi titolo» della cosa mobile altrui.

Un tale assetto sistematico non solo riflette la mentalità giuridica di un'epoca, ma denota anche l'ambiente economico-patrimoniale in cui il legislatore si è trovato a normare. Siffatta concezione della proprietà affondava le radici nei risalenti assetti precapitalistici che ancora avevano un'enorme influenza sulla coscienza sociale all'inizio del XX secolo. Da un lato, il bene economico per eccellenza, il fondo, era anche il bene immobile per eccellenza. Il suo godimento si risolveva in un'attività statica, rispetto alla quale aveva pienamente senso immaginare come unica tutela quella volta ad evitare l'ingerenza di soggetti terzi. Dall'altro lato, l'esercizio dell'impresa si risolveva nella maggior parte dei casi in una basilare attività di tipo artigianale, con una ridotta complessità dell'organizzazione dei fattori di produzione ed una gestione diretta in capo all'imprenditore-artigiano. L'esplodere su vasta scala della Rivoluzione industriale, anche in Paesi economicamente arretrati come l'Italia, con tutti i conseguenti cambiamenti organizzativi, produttivi, sociali, avrebbe dimostrato tutta l'inadeguatezza di questo modello proprietario. Due sono le linee di tendenza delineatesi in stretta connessione con l'industrializzazione: la mobilizzazione della ricchezza e la tendenziale scissione fra titolarità formale dei beni e gestione effettiva degli stessi. Beninteso, tali cambiamenti non hanno annullato il precedente assetto proprietario di stampo individualistico, il quale ovviamente perdura ancora oggi, ma, sovrapponendosi ad esso, hanno sollevato bisogni di tutela che il primo non aveva mai conosciuto.

Per mobilizzazione della ricchezza si intende un tendenziale spostamento del valore economico-sociale dai classici beni immobili, connessi ad una statica economia agraria, a quelli mobili. Un tale fenomeno deriva non tanto dall'immissione sul mercato di volumi crescenti di prodotti standardizzati provenienti dalla grande industria, quanto dall'invenzione di beni completamente nuovi. Beni di natura immateriale, dall'alto potenziale economico e regolati da leggi di circolazione sovente assimilate a quella mobiliare. Basti pensare alla crescente dipendenza della grande impresa dallo sfruttamento di marchi e brevetti industriali o alla commercializzazione di beni ancor più impalpabili, quali l'avviamento e il

know-how. La stessa partecipazione all'impresa societaria si risolve oggi nella gestione di azioni, acquistabili e cedibili in appositi mercati. I beni mobili, ormai lungi dall'essere associati al rango di *res vilis*, cui erano stati relegati tanto dal diritto romano quanto da quello intermedio[6], costituiscono il centro propulsore delle moderne economie progredite. Al tempo stesso, però, risulta del tutto evidente la difficoltà nell'adattare una tutela penale tutta incentrata su concetti quali «possesso» e «detenzione» a beni completamente immateriali.

Il secondo fenomeno – quello, per inciso, che più rileva ai nostri fini – colpisce invece al cuore la suddetta impostazione individualistica delle facoltà proprietarie. La struttura tipica della grande impresa moderna è infatti la società di capitali. La finalità è pur sempre quella di lucro soggettivo e l'attività esercitata rimane di tipo economico (e, di norma, imprenditoriale). Tuttavia, il capitale, l'attività, i profitti, invece che imputarsi direttamente in capo ai soci, accedono alla società stessa, in quanto centro autonomo di diritto, capace e responsabile in via esclusiva dei propri rapporti. Si costituisce dunque un diaframma giuridico fra l'appartenenza sostanziale dei beni investiti (*rectius*: conferiti) nella società e la loro titolarità formale. Le esigenze di razionalità proprie dell'economia moderna richiedono una spersonificazione della gestione (non a caso si parlava, sotto la vigenza dell'abrogato codice di commercio, di "società anonima"). Ciò impone una radicale scissione fra la titolarità dell'investimento e la sua gestione attraverso le forme societarie[7]. All'investitore-socio è richiesto di rimettersi alle scelte gestorie operate autonomamente dall'organo amministrativo, il quale ovviamente egli concorrerà a nominare, ma sul quale non avrà diretti poteri di intervento. Con riserva di meglio specificare nel prosieguo[8] il rapporto che viene ad instaurarsi fra i due poli (socio ed amministratore), è possibile definire in via provvisoria questa relazione come "fiduciaria".

---

[6] Cfr. SPAGNA, BUSNELLI, *Dei beni in generale: Artt. 810-821*, in BUSNELLI (diretto da), *Codice Civile - Commentario*, Milano, 2015, 109 s., ove viene esposto sinteticamente il processo storico-economico di mobilizzazione della ricchezza, sondandone l'impatto giuridico dalla prima codificazione napoleonica al primo dopoguerra.

[7] Cfr. TOMBARI, *Potere e interessi nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019, 30 ss. L'Autore nota come sia stato osservato che «in tutte le realtà avanzate il ruolo del *board* (come interfaccia tra gli investitori ed il *management* operativo) è centrale; allo stesso tempo non è chiaro verso chi sia responsabile il consiglio di amministrazione e soprattutto nell'interesse di chi debba svolgere le proprie funzioni».

[8] V. *infra* § 3.

Quale tutela, dunque, nell'ipotesi di abuso, da parte dell'amministratore, della sua "vicinanza" ad un patrimonio non proprio e il quale, nondimeno, egli si trova a gestire? Difatti, che l'amministratore compia sui beni sociali attività *uti dominus* mentre i soci ne siano inibiti è fatto del tutto fisiologico e necessario per l'espletamento dell'attività imprenditoriale su vasta scala. Le tradizionali fattispecie dei delitti contro il patrimonio, in questo contesto, si rivelano evidentemente insufficienti.

La situazione appena illustrata è stata felicemente sintetizzata in dottrina nell'espressione «dissociazione tra proprietà e controllo della ricchezza»[9]. Nel dibattito storico, essa viene identificata in una vera e propria "Rivoluzione manageriale" dei modi di produzione, occorsa nel mondo occidentale tra XIX e XX secolo. Il tutto, ovviamente, propiziato da un duplice movimento giuridico. Da un lato, la storica acquisizione della responsabilità limitata dei soci: prima sotto forma di sovrana e sporadica concessione da parte del monarca (la Compagnia delle Indie orientali ne è esempio emblematico), poi man mano generalizzata nelle codificazioni ottocentesche. Dall'altro, l'inaudita mobilità acquisita dal capitale industriale per mezzo della finzione azionaria: per la prima volta anche il comune cittadino era ammesso a partecipare all'accumulazione originaria del capitale e al contempo a disinvestire facilmente le somme impegnate quando più lo ritenesse opportuno.

Il problema non poteva che acuirsi nell'ultimo cinquantennio, con il ricorso sempre più massiccio delle società al mercato dei capitali e il conseguente coinvolgimento del pubblico dei piccoli risparmiatori. Il processo, se ben gestito, è certamente virtuoso, in quanto consente, da una parte, al risparmio di essere reinvestito in attività produttive e, dall'altra, ai risparmiatori di lucrare la relativa rendita da capitale. Senonché il coinvolgimento di una platea di soggetti il cui unico fine è quello di impiegare in modo sicuro e lucrativo i propri risparmi e la cui cifra comune è il totale disinteresse al perseguimento dell'oggetto sociale[10], rende

[9] La formula è ripresa da BERLE, MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966, *passim*.

[10] Peraltro, proprio la necessità di tener conto «del disinteresse [...] per l'esercizio dei diritti amministrativi e del preminente rilievo attribuito invece al contenuto patrimoniale ed all\a redditività dei titoli azionari» da parte dei risparmiatori ha costituito la *ratio* dell'introduzione, nel 1974, delle

l'attività dell'organo amministrativo ancor più distante dai soggetti veramente interessati dalla gestione del patrimonio. All'originaria asimmetria gestionale viene così a sovrapporsene una informativa, con un esponenziale aumento dell'astratta pericolosità sociale. Considerando che il piccolo risparmiatore potrebbe essere portato ad investire una buona porzione dei propri risparmi, è facile comprendere la portata dei danni che la *mala gestio* societaria è idonea a cagionare.

2. Le originarie insufficienze nella tutela penale.

È opportuno a questo punto aprire una breve parentesi sulle storiche difficoltà incontrate dal legislatore nella repressione di questo specifico ambito della criminalità. Come rilevato in apertura, infatti, il codice penale del 1930 non si è mostrato particolarmente sensibile a queste problematiche, di fatto non riconoscendo alcuna cittadinanza codicistica alla criminalità societaria[11].

Il vigente codice civile, entrato in vigore dodici anni dopo, ha introdotto da parte sua una tutela penale maggiormente strutturata, inserendo specifiche fattispecie nel Libro V sul lavoro. Nondimeno, esse hanno da subito evidenziato forti carenze funzionali, inevitabilmente inaspritesi col progresso industriale seguito al secondo conflitto mondiale.

Allargando lo sguardo, risulta evidente che l'assetto penale del nostro ordinamento si è sempre mostrato particolarmente clemente nei confronti della criminalità imprenditoriale, manifestando invece uno spiccato vigore punitivo per quella c.d. di strada (quantomeno in ambito patrimoniale). In questo, il nostro ordinamento non ha fatto che allinearsi alla maggior parte dei sistemi penali occidentali. È statunitense, infatti, il celebre Autore che per primo ha dato un nome a questo specifico tipo di criminalità, definendolo dei «white collar crimes»[12]. Il fine, va da sé, era quello di denotare il generale clima di impunità associato ad

---

cc.dd. azioni di risparmio; cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, 8 ª ed., Milano, 2020, 213.

[11] Com'è noto, il codice Rocco contiene, oltre ai delitti «contro il patrimonio» di cui al Titolo XIII del Libro II, anche una nutrita serie di delitti «contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio», collocati invece nel Titolo VIII. Tra questi, tuttavia, non è dato riscontrare reati prettamente societari. Al contrario, la maggior parte di essi, se letta alla luce del regime autoritario nel quale ha operato il codificatore, mostra tratti decisamente politici più che patrimoniali (si pensi ai delitti afferenti all'area della serrata e dello sciopero), volti alla tutela del sistema corporativistico.

[12] Il riferimento è ovviamente ad Edwin H. Sutherland e al suo ormai celebre «White Collar Crime», del 1949.

illeciti generalmente compiuti dalla "*upper class*", pur dall'altissima potenzialità offensiva.

A solo titolo esemplificativo, è possibile far riferimento alla disciplina del furto. È ormai osservazione comune[13] che questa basilare fattispecie di reato riceva un trattamento particolarmente rigido. Ciò non solo per il poderoso arsenale di fattispecie aggravanti previsto all'art. 625, co. 1 c.p., ma anche per la disciplina particolarmente severa contenuta al co. 2 in merito all'incidenza del concorso di tali circostanze sul computo della cornice edittale. Si aggiunga l'elevazione a fattispecie autonoma e con pene ancor più aspre di talune ipotesi prima meramente circostanziali, quali il furto in abitazione e quello con strappo (art. 624-*bis* c.p., introdotto dalla l. 128/2001). In confronto a queste disposizioni, l'art. 2634 c.c. (norma incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale) prevede ancor oggi un trattamento incredibilmente più lasco: delineando una fattispecie con evento di danno, con indicazione espressa dei soggetti attivi e soprattutto prevedendo non solo un dolo specifico di profitto ma anche uno intenzionale di danno[14].

La dottrina più attenta non ha mancato di riconnettere queste evidenti discrasie normative ad un carattere ancora tradizionalmente classista del diritto penale. Per quanto, infatti, i principi di frammentarietà, legalità ed offensività siano tutti a vario titolo rivolti a garantire ciascun cittadino senza distinzione alcuna, la concreta struttura delle singole fattispecie non può che assumere connotati discriminatori. Come si notava nel paragrafo precedente, ad essere punita con maggior vigore è in generale l'aggressione violenta o quantomeno quella esercitata in assenza di pregressi vincoli contrattuali col soggetto passivo del reato. Quando invece l'aggressione si cali in una parvenza di «contrattualità» e si ammanti delle rispettabili «forme borghesi»[15] della gestione d'impresa, essa appare quasi giustificata agli occhi della collettività e dunque meritevole di un trattamento privilegiato. Le irregolarità e gli illeciti commessi all'interno del mercato paiono

---

[13] FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale - I delitti contro il patrimonio*, Vol. II, Bologna, 2015, 16.

[14] Ovviamente, nel prosieguo della trattazione, si avrà modo di soffermarsi diffusamente su ciascun elemento costitutivo della fattispecie.

[15] LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale: profili sistematici e di politica criminale*, Napoli, 2013, 18 ss. L'Autore, sul punto, riprende le riflessioni di SGUBBI, voce *Reati contro il patrimonio*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXII, Milano, 1982, 333 ss.

quasi un rischio necessario del gioco imprenditoriale – proprio come, in ambito civilistico, il c.d. *dolus bonus* del commerciante non appariva rilevante ai fini del vittorioso esperimento dell'azione di annullamento del contratto per vizio del consenso[16].

Già nella ricostruzione di Sutherland (il quale di certo non può essere tacciato di radicalismo marxista), fondamentale per accedere ai reati dei colletti bianchi è il potere economico, in funzione denotativa dell'appartenenza ad una classe, quella borghese, socialmente preminente. L'Autore non si perita di paragonare questa situazione a quella già presente in epoche passate, in cui l'egemonia esercitata da taluni ceti (nell'*Ancient Régime*, quelli aristocratico e dell'alto clero) consentiva un doppio binario punitivo in loro favore[17]. Al tempo stesso, sin da subito risultano centrali i concetti di fedeltà e di fiducia[18], entrambi oggetto di abuso da parte dei soggetti che maggiormente ne vengono investiti dalla collettività, in forza della loro preminenza. L'Autore fa ovviamente riferimento ai drammatici fatti della Grande depressione degli anni '30 del secolo scorso, di sua diretta cognizione. Una crisi cagionata in gran parte da comportamenti imprenditoriali scorretti e da una gestione infedele del risparmio investito in borsa. Nondimeno, come i recenti scandali finanziari stanno a dimostrare (crack Cirio e Parmalat in Italia, per tacere del caso Lehman Brothers negli Stati Uniti, foriero addirittura di una crisi economica mondiale), sono osservazioni ampiamente valevoli anche ai giorni nostri.

Oltre a questi rilievi di carattere squisitamente sociologico, la dottrina maggioritaria ha individuato anche altri tradizionali ostacoli alla effettiva criminalizzazione di prassi societarie devianti. In primo luogo, il timore che un troppo marcato intervento del legislatore possa limitare in modo ultroneo l'ambito discrezionale dell'imprenditore, a tutto svantaggio delle ragioni della produzione e del progresso economico[19]. A ciò va aggiunta la necessità del singolo ordinamento

---

[16] PARSI, *Il dolo contrattuale*, in STANZIONE (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Vol. I, Padova, 2012, 362 ss., ove viene esaminato il processo storico di progressivo abbandono dell'impostazione permissiva, connessa alla tradizionale tolleranza nella «pratica degli affari».
[17] SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version*, FORTI (trad. a cura di), *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, 66.
[18] Sul punto, v. *infra* § 3.
[19] MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 218.

nazionale di mantenersi costantemente competitivo rispetto agli altri. *Breviter*, la tendenza è quella di offrire agli investimenti un ambiente giuridico propizio e non eccessivamente vincolato da obblighi di *compliance* e dalle corrispondenti pretese punitive dello Stato. Va da sé che ciascuna di queste esigenze venga tanto più avvertita in un contesto economico come quello attuale, rapidamente evolutosi all'insegna della globalizzazione e della c.d. finanziarizzazione dell'economia.

3. Il bene giuridico rilevante e le nuove forme di aggressione.

Tornando al tema, più ristretto, della *mala gestio* societaria, è giunto il momento di procedere ad un primo inquadramento in termini giuridici del fenomeno. La trattazione si articolerà in due momenti. Dapprima verrà individuato il bene giuridico rilevante ed esposto a pericolo in questo ambito. Successivamente si illustreranno le modalità generali di aggressione (lesione o messa in pericolo) dello stesso. Queste prime precisazioni saranno ovviamente prodromiche ad un corretto esame tanto della disciplina civilistica quanto di quella penalistica.

3.1. Il bene patrimonio.

La prima questione attinge direttamente al principio di offensività. Com'è noto, tale principio postula che l'attività legislativa penale si rivolga unicamente all'incriminazione di quelle fattispecie «lesiv[e] di un valore costituzionalmente rilevante». Valore che «il legislatore ha il dovere di tutelare penalmente nella sua dimensione costituzionale»[20].

Colto nel suo nucleo fondamentale, il principio di offensività è certamente da accostare a quello di legalità, condividendo con questo *ratio* e fondamento. Entrambi, infatti, sono volti a garantire il cittadino da incriminazioni arbitrarie. Condividono, in sostanza, una funzione "limitativa", in quanto, «in linea di convergenza con la corretta applicazione del principio di sussidiarietà, fung[ono] da utile criterio per circoscrivere l'area del penalmente rilevante»[21]. Nello specifico,

---

[20] L'espressione riportata è di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, Vol. XIX, 3ª ed., Torino, 1973, 17, ora anche in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Milano, 1997. In senso conforme, v. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in MARINUCCI, DOLCINI, (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 141 s.

[21] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006., 8 s.

il principio di offensività da una parte pone un argine agli ambiti materiali assoggettabili legittimamente a sanzione penale; dall'altra, se scrupolosamente rispettato, consente quella intellegibilità sociale della pena da parte del reo che sola può assicurarne la consapevole riabilitazione.

Ora, in merito ai reati societari, non può residuare alcun dubbio quantomeno sulla patrimonialità del bene giuridico tutelato. La società viene essenzialmente costituita con lo "scopo-mezzo" di esercitare collettivamente un'attività economica e con lo "scopo-fine" di ripartirne gli eventuali utili. Tuttavia, quale sia il patrimonio rilevante da tenere in considerazione è stato oggetto di analisi in dottrina e, ancor oggi, vede il legislatore orientato in una direzione almeno in parte errata.

Assume grande rilevanza chiedersi se sia possibile considerare il patrimonio sociale *per se* – ossia quale complesso di beni autonomo e distinto da quello dei singoli soci – come referente oggettivo dell'offensività. Potrebbe argomentarsi che l'elevazione dell'ente societario a nuovo soggetto di diritto sia sufficiente a ritenere che il patrimonio sociale, a prescindere dagli interessi dei soci, debba ricevere autonoma ed immediata protezione. Autorevole dottrina, tuttavia, fa notare che un'acritica tutela del patrimonio di qualsiasi entità giuridica soggettivizzata non trova alcun riscontro in Costituzione. La Carta, al contrario, subordina il riconoscimento della proprietà nonché dell'iniziativa economica privata ad una stringente griglia di condizioni. Sono vari, infatti, i riferimenti alla «funzione sociale» e all'«accessibil[ità] a tutti» della proprietà (art. 42, co. 2), nonché ai «fini sociali» cui l'attività di impresa deve essere indirizzata (art. 41, co. 3). In siffatto contesto, a ricevere tutela non può essere l'astratto valore economico di un patrimonio, bensì il suo «valore sociale», quale proiezione del fondamentale principio personalistico di cui all'art. 2. Dunque, non una tutela spiccatamente economico-quantitativa e direttamente rivolta alla società. Al contrario, una tutela funzionale «ad assicurare al titolare un ambito di sviluppo della personalità in campo economico»[22] e dunque precipuamente rivolta ai soci e solo mediatamente

[22] Sono le parole di LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 48. L'Autore, partendo da queste premesse, giunge addirittura a proporre una radicale ristrutturazione del diritto penale patrimoniale (pp. 49 e ss.), abbattendo il classico diaframma frapposto fra la criminalità patrimoniale in senso stretto e quella d'impresa e societaria. Al posto del vecchio dispositivo, l'Autore suggerisce di introdurre una semplice differenziazione quantitativa in ordine alla platea dei soggetti offesi – singoli individui nel primo caso, collettività più o meno ampie nel secondo, fino ad includere i reati

e in via strumentale al patrimonio sociale. Ciò ovviamente non toglie, come si esporrà in seguito, che le norme incriminatrici in questo campo prevedano come elemento costitutivo un danno diretto alla società. Ad ogni modo, infatti, tale impostazione personalistica implica che, nell'opera interpretativa che il giudice è chiamato ad esercitare a valle, si debba tendere a letture non formalistiche del dato normativo, tenendo sempre in conto la concreta incidenza sociale delle offese arrecate, in particolare con riferimento alla posizione dei soci.

Come anticipato, purtroppo, questo dato sembra acquisito sul piano legislativo solo in modo parziale. Un esame dettagliato delle singole fattispecie societarie esula da questa trattazione. Nondimeno conviene evidenziare che il legislatore della riforma[23], pur avendo espunto qualsiasi ipotesi di pericolo in astratto, ha al contempo adottato una tecnica di normazione errata. Più che approntare una tutela diretta al bene patrimonio, si è preferito avere come referente singole *rationes*[24] a questo finitime, ma quanto mai astratte e di difficile individuazione. Solo per fare alcuni esempi, si parla frequentemente di tutela "dell'informazione societaria", di tutela "della stabilità del mercato mobiliare", di tutela "dell'integrità del capitale sociale". Col rischio ovviamente di perdere di vista il vero referente giuridico dato dal patrimonio, nel significato costituzionalmente orientato sopra esposto. Ad ogni modo, come si avrà modo di vedere, in materia di conflitto d'interessi il quadro appare meno critico che in altri settori.

3.2. Fiducia, fedeltà, infedeltà.

---

tributari, nei quali ad essere offeso è il patrimonio di tutti i consociati in quanto facenti parte della più vasta comunità-Stato.

[23] Si fa riferimento alla Riforma in materia di diritto penale societario intervenuta nel 2002 e seguita l'anno dopo da quella civilistica. Si avrà modo di esaminare diffusamente questi vasti interventi normativi al Cap. succ.

[24] Parla diffusamente di «*rationes* di tutela» contrapponendole al concetto di bene giuridico, LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., *passim*. Con tale sintagma, l'Autore identifica la tendenza legislativa a confondere il concetto – tipicamente penale – di bene giuridico con quello – invero comune a tutta la scienza giuridica – di *ratio* della norma. Difatti, il principio di offensività non può ritenersi soddisfatto per il sol fatto che la norma incriminatrice abbia una precisa *ratio*, ossia si proponga coerentemente di reprimere una certa tipologia di comportamenti (ché in generale le norme giuridiche sono sempre vincolate al principio di ragionevolezza). Al contrario, è necessaria l'individuazione di un concreto plesso d'interessi costituzionalmente rilevanti. Per cogliere la radicale differenza tra bene giuridico e mera *ratio* repressiva, si vedano gli esempi, piuttosto eloquenti, riportati nel seguito del testo.

Ora, tenendo per assodato quanto appena esposto in punto di offensività, è giunto il momento di esaminare le possibili modalità in cui tali offese possono estrinsecarsi. È opportuno anzitutto richiamare quanto detto *supra* in merito alle carenze manifestate dai tradizionali delitti contro il patrimonio. Si è già rilevato come nelle ipotesi di furto, rapina, danneggiamento sia insito un carattere latamente violento, da intendersi come attività di interferenza in un rapporto unilaterale di godimento col bene, tale da non trovare alcun riscontro in pregressi rapporti giuridici fra vittima e reo. Il *quid novum* nei reati societari sta proprio in ciò, che l'attività illecita non risiede nell'interferenza in sé dell'amministratore rispetto al godimento del patrimonio da parte dei soci conferenti (interferenza, anzi, resa necessaria proprio dal rapporto gestorio). Bensì essa risiede nell'"abuso" della pregressa posizione di preminenza istituzionale conferita al primo. *Ergo* le modalità di aggressione non possono che calarsi in un previo vincolo relazionale col soggetto passivo e devono necessariamente caratterizzarsi in opposizione a quanto quel rapporto astrattamente prescriva.

A questo punto, è opportuno sciogliere la riserva formulata in apertura al presente capitolo e mettere a fuoco la specifica relazione che lega l'amministratore di società di capitali ai soci di questa – relazione a suo tempo provvisoriamente definita come "fiduciaria". Al riguardo, la dottrina penalistica ha elaborato una raffinata categorizzazione dei rapporti che si instaurano nell'ambito di qualsiasi dinamica di tipo collaborativo e, massimamente, in ambito gestionale[25]. Muovendo da essa, risulterà semplice risalire alle relazioni infrasocietarie, sussistendo fra queste e la prima un evidente rapporto di *genus ad speciem*.

La prima fondamentale distinzione da operare è quella fra i concetti di fiducia e fedeltà. Entrambi hanno a che fare con la vita associata e, in particolare, con la necessità dell'essere umano di costituire rapporti intersoggettivi, di "affidarsi" (parola, questa, che non a caso riecheggia la comune radice etimologica

[25] Riferimento fondamentale per questa elaborazione è il contributo di Nuvolone in tema di infedeltà patrimoniale. L'Autore ha posto le basi dogmatiche per un esame sistematico della materia; le sue categorizzazioni sono state riprese sostanzialmente da tutta la dottrina successiva. Cfr. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, *passim*. Tuttavia, il contributo più chiaro ed organico è indubbiamente quello, poco posteriore, di Zuccalà, il quale, prima di cimentarsi in una definizione penalistica del lemma, compie un'ampia ricognizione del suo significato in ogni altro settore dell'ordinamento. Cfr. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1958, *passim*.

del latino *fides*) all'altro. Profonde sono tuttavia le differenze. La *fiducia* risulta essere un concetto puramente soggettivo, inerente ad un orientamento psicologico del soggetto in ragione all'affidabilità o meno del proprio interlocutore o collaboratore. Consistendo essa in un movimento del tutto interno al soggetto, l'ordinamento non può che riconoscerle rilevanza in maniera indiretta. Nello specifico, come mero indice della perdurante sussistenza dei motivi che hanno ispirato la costituzione di un vincolo giuridico fra le parti. La *fedeltà*, invece, implica un più elevato livello di oggettivazione, posizionandosi nel rapporto giuridico in sé, anziché nella sfera volitiva delle parti venute in contatto; in altre parole, essa allude «non al motivo, ma al contenuto del rapporto giuridico»[26]. In via di prima approssimazione – e sottolineando sin da subito l'insufficienza di tale formula – la fedeltà può essere definita come la probità di un soggetto nell'esecuzione di un vincolo che lo leghi ad un altro.

Da quanto esposto, risulta evidente che il rapporto ordinario tra i due concetti consiste nel fatto che la fiducia è la causa costitutiva di un vincolo di fedeltà. Ciò è evidente nel caso della stipulazione di un contratto di deposito. Qui la *fiducia* che il depositante ripone nella probità del depositario è la matrice psicologica del suo consenso alla costituzione del vincolo contrattuale, vincolo a sua volta produttivo nei riguardi del secondo di un obbligo di *fedeltà*. Nondimeno, è ben possibile che un comportamento fedele sia richiesto dall'ordinamento a prescindere da un pregresso apprezzamento del creditore o addirittura nel caso in cui quest'ultimo nutra una fondata diffidenza circa le qualità morali dell'obbligato. È il caso, ad esempio, in cui un soggetto rinvenga una *res alicuius*: in tale ipotesi, anche se legittimo proprietario e inventore dovessero ignorarsi, in capo al secondo sorgerà pur sempre un obbligo giuridico di restituzione, implicante a monte un obbligo di gestione "fedele" del bene ritrovato[27].

Proseguendo nella sistematica, si usa distinguere fra due tipologie di fedeltà, con implicazioni radicalmente diverse. La prima accezione è quella di fedeltà "in senso reale". Essa coincide con l'area semantica più estesa del concetto. S'identifica nella correttezza dell'esecuzione dell'obbligo di cui il soggetto sia parte

[26] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 15 s.
[27] Secondo quanto previsto dalla disciplina civilistica all'art. 927 c.c.

passiva: in sostanza, sta ad indicare semplicemente il fatto che il debitore deve adempiere in modo corretto e puntuale quanto dovuto. È questo il significato più antico di fedeltà[28], che implica semplicemente la corrispondenza del soggetto ad un paradigma astratto: quello dedotto nell'obbligo. È in questo senso (latissimo) che è possibile predicare addirittura la fedeltà di un oggetto inanimato come un resoconto (ossia il fatto che esso aderisca puntualmente alla realtà che vuole rappresentare). Oppure la fedeltà di un animale domestico (ossia il fatto che esso rimanga unicamente presso il proprio padrone). In termini tecnico-giuridici, ovviamente, di fedeltà può solo discorrersi nel più ristretto campo delle relazioni umane, e in questo ambito essa assume una coloritura ulteriore. Nel denotare la puntuale aderenza del debitore a quanto a lui richiesto dall'obbligo di cui è gravato, essa presuppone una particolare forza psichica dello stesso. Una forza della volontà tale da reprimere le spinte centrifughe rispetto all'esecuzione del regolamento obbligatorio: la «lotta contro la dispersione di noi stessi nello spazio e nel tempo»[29]. In questi termini, peraltro, la fedeltà può assumere anche una qualche connotazione morale, quale sforzo affermativo dello spirito rispetto alle esterne forze disgregative[30].

In buona sostanza, il concetto di fedeltà reale si risolve in quello civilistico di corretto adempimento. E proprio in questa accezione il termine ricorre in alcune fattispecie penali. Solo per citare un esempio, è questo il caso dell'art. 264 c.p. rubricato «Infedeltà in affari di Stato», esso reprime la violazione, da parte del soggetto «incaricato dal Governo di trattare affari di Stato all'estero», degli obblighi derivanti dal contratto di mandato stipulato con lo Stato stesso.

Non sorprende, dunque, che per la propria latitudine il concetto non sia largamente diffuso in campo penalistico. Anzi, in ipotesi strutturalmente analoghe a quella da ultimo citata, il legislatore sovente si astiene dal ricorrere a tale

---

[28] *Fidelis*, nella mentalità romana, è infatti il promittente che faccia corrispondere il proprio agire alla parola data. D'altro canto, l'etimologia del lemma mostra chiaramente questa coloritura concettuale. Secondo il tradizionale dizionario etimologico di Ottorino Pianigiani, il latino *fides* deriva da una radice indoeuropea "Bid", poi aspirata in "Fid", col senso di legare, associare qualcosa a qualcos'altro (il lemma è oggi consultabile anche alla seguente pagina: https://www.etimo.it/?term=fede). Dunque, in sostanza, fedeltà (reale) altro non è che puntuale corrispondenza del soggetto ad un dato paradigma esterno.

[29] ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 17.

[30] E non è un caso che la fede sia annoverata tra le tre virtù teologali dalla religione cristiana, insieme a carità e speranza. La fede, in questo senso, denota fermezza, costanza dell'anima nel travagliato percorso religioso dell'*homo viator*.

sintagma, preferendo il più generico "inadempimento"[31]. Ad ogni modo, quanto detto sin qui vale a fissare un primo dato di fondo: solo in presenza di un preciso obbligo il concetto di fedeltà assume consistenza logico-giuridica: fedeltà è rispondenza dell'agire umano all'obbligo; infedeltà è la sua violazione.

La seconda accezione – quella che qui più interessa – è quella di fedeltà "in senso personale". Essa costituisce un sottoinsieme semantico all'interno dell'onnicomprensivo concetto di fedeltà "in senso reale". In altre parole, se in quest'ultima accezione qualsiasi obbligo può assumere rilevanza, nella configurazione personale, invece, solo alcuni tipi ben precisi di obbligo possono integrarne il contenuto. Gli obblighi di cui trattasi sono quelli che impongono al debitore non già una prestazione specifica, ma in generale di tutelare un interesse della propria controparte. Nello specifico, l'obbligo di fedeltà personale si attiva quando emerga la sussistenza, accanto all'interesse della parte attiva, anche di uno proprio dell'obbligato. L'obbligo di fedeltà personale impone in questi casi di eleggere ad interesse preminente sempre quello di controparte, sacrificando, se necessario, il proprio. Ovviamente, l'interesse interferente può anche non far capo al soggetto gerente: ciò che rileva è unicamente che questi se ne sia fatto carico, anche per conto di terzi.

Volendo tracciare una linea di confine tra le ipotesi di fedeltà personale e tutti gli altri casi di fedeltà (meramente) reale, può argomentarsi dal diverso rilievo assunto dalla persona attiva coinvolta nel rapporto. Ovviamente, un referente attivo è pur sempre necessario sia nell'una sia nell'altra tipologia di fedeltà, nel senso che – nell'adempiere il proprio obbligo – il debitore dovrà pur sempre fare l'interesse di un soggetto ben preciso[32]. Tuttavia, la persona che beneficia della "fedele esecuzione" dell'obbligo non rileva nel caso di fedeltà reale: ciò che unicamente importa è la rispondenza tra dovuto ed eseguito. Nella fedeltà personale, invece, la persona del beneficiario assume un rilievo centrale[33]: la "corrispondenza" nella quale si risolve la fedeltà non si riferisce ad una mera prestazione, bensì agli effettivi interessi della parte attiva. In altre parole, non si richiede un *determinato*

---

[31] Così, *ex plurimis*, in art. 355 c.p., rubricato «inadempimento di contratti di pubbliche forniture».
[32] In ambito civilistico, si parlerebbe del principio di necessaria determinatezza dei soggetti dell'obbligazione.
[33] ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 86.

comportamento, ma *qualsiasi* comportamento che – in base alle circostanze – meglio realizzi l'interesse della parte, anche a costo di sacrificare il proprio.

Così individuata, la fedeltà personale è suscettibile di manifestarsi con modalità estremamente varie. In dottrina si individuano, in particolare, due estremi, fra i quali possono darsi varie figure intermedie. Da una parte si ha il *minimum* costituito dal semplice requisito, negativo, di *ignorare* e quindi di non perseguire l'interesse confliggente, quando questo venga in rilievo. Dall'altra parte si ha l'opposta ipotesi costituita dal requisito di perseguire, positivamente, l'interesse del beneficiario, attraverso l'esercizio di *poteri* appositamente conferiti dall'ordinamento al soggetto servente. La prima delle due figure si ha ad esempio nell'esecuzione del rapporto di lavoro subordinato. Ivi, il lavoratore ha l'obbligo – sancito dall'art. 2105 c.c. – di «non trattare affari [...] in concorrenza con l'imprenditore»[34]: si tratta in sostanza di un mero dovere astensivo. La seconda figura si riscontra invece in generale nello schema del contratto di mandato con rappresentanza.

Ad ogni modo, accanto a questa distinzione, è invalso, nella prassi legislativa di vari ordinamenti, il riferimento ad una ulteriore pretesa *summa divisio* fra la "violazione dei doveri inerenti all'ufficio" e l'"abuso di potere". La distinzione ha origine nella legislazione di area germanica. Ad essa fa infatti riferimento il § 266 dello *Strafgesetzbuch*[35] – norma incriminatrice della generale fattispecie di *Untrue*[36] –, sostanzialmente implementato anche dai contigui ordinamenti austriaco e svizzero. Per "dovere" s'intende qualsiasi obbligo in cui si specifichi il rapporto di fedeltà (e.g.: si vedano, *supra*, gli obblighi negativi derivanti dal rapporto di lavoro subordinato in capo al lavoratore). Per "potere" s'intende invece la legittimazione alternativamente a disporre delle posizioni giuridiche altrui o ad impegnare l'altrui patrimonio per la realizzazione di un interesse di tale soggetto[37] (e.g.: si veda l'amministratore della società, il quale ha

[34] Ma l'elencazione potrebbe essere molto lunga. Si veda, già solo a livello costituzionale, l'obbligo di fedeltà del Capo dello Stato alla Repubblica (art. 90) e quello, di identico contenuto e variamente articolato, gravante in capo agli esponenti delle forze armate, ai magistrati, ai notai, ecc.
[35] Codice penale tedesco, nel prosieguo abbreviato in "StGB".
[36] Ad un rapido esame, in chiave comparatistica, delle fattispecie di *Untreue*, verrà dato spazio *infra*, Cap. III.
[37] In termini ancor più generici, per potere può intendersi la legittimazione a produrre effetti giuridici non nella propria bensì nell'altrui sfera giuridica (dunque ricomprendendo anche il caso del diritto

il potere di impegnare il patrimonio della stessa nei propri rapporti esterni). Le due nozioni sembrerebbero dunque porsi ad un primo esame in rapporto reciprocamente escludente, individuando due modalità completamente diverse di integrazione dell'infedeltà.

Tuttavia, dottrina ormai pacifica ha piuttosto appurato che l'abuso di potere è una *species* del molto più ampio *genus* della violazione dell'obbligo[38]. Il rapporto correttamente ricostruito, dunque, non si evidenzia in termini di esclusione reciproca, ma di continenza. Infatti, la cura in positivo di un interesse altrui (i.e.: il vincolo di fedeltà) si specifica sempre, sul piano giuridico, in un qualche obbligo giuridico. E tuttavia, non sempre quest'obbligo deve necessariamente identificarsi con (il dovere di esercitare rettamente) un potere. Difatti, come si è già avuto modo di notare, la fedeltà personale può estrinsecarsi in un'ampia gamma di attività concrete. In parole povere, la "violazione del dovere" è tale da cogliere tutte le possibili manifestazioni dell'infedeltà e, *inter alia*, anche quella dell'"abuso del potere". Ciò che è coessenziale alla fedeltà personale è solo la presenza di un qualche obbligo imposto al soggetto servente al fine di far prevalere l'interesse altrui sul proprio.

Detto ciò, bisogna riconoscere che il caso più rilevante d'infedeltà è pur sempre quello in cui il dovere si accompagni alla presenza di un potere e dunque siano integrabili gli estremi dell'abuso o sviamento. Anzi, quella dell'abuso di potere è pressappoco l'unica situazione ad assumere rilevanza nel contesto del diritto penale societario. Peraltro, che proprio nell'esercizio di un potere su di un terzo si annidino i maggiori incentivi ad un comportamento infedele è evidente anche dalla disciplina civilistica. Basti considerare il (citato) istituto della rappresentanza diretta, il quale è generalmente utilizzato in ambito civilistico proprio per l'esecuzione di rapporti gestionali[39]. Già il Pugliatti notava che

---

potestativo). Qui conviene però focalizzarsi unicamente sull'accezione più ristretta, in cui il potere è finalizzato ad un interesse non proprio bensì altrui, come riferito da ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 148 s.

[38] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 19. L'Autore, dopo aver commentato la vaghezza dei due termini, nota come il legislatore italiano, nell'introdurre la fattispecie *sub* art. 2634 c.c., abbia «accuratamente evitato» tale bipartizione, al fine di non ingenerare confusione sul punto.

[39] Bianca definisce la rappresentanza come «il potere di un soggetto (il rappresentante) di compiere atti giuridici in nome di un altro soggetto (il rappresentato)». Subito dopo, l'Autore specifica che «il ricorso ai rappresentanti diventa [...] normalmente indispensabile nell'esercizio dell'attività imprenditoriale», alludendo così al fatto che in ambito civilistico sia proprio mediante l'istituto della

«l'attività del rappresentante che mira 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)»[40]. In altre parole, il *potere* di rappresentanza (diretta) reca costantemente in sé un pericolo di deviazione verso *interessi confliggenti*, il cui perseguimento integrerebbe chiaramente gli estremi dell'*infedeltà personale*.

Tanto basti per un inquadramento dogmatico del fenomeno; passiamo ora a tirare le fila del discorso. Proprio la fedeltà personale di cui si è appena riferito (d'ora innanzi, la fedeltà *tout court*) è il concetto centrale della presente trattazione. Infatti, se è vero che essa viene in gioco qualora si configuri un interesse concorrente rispetto a quello del beneficiario, va da sé che in tanto potrà parlarsi di *infedeltà* in quanto sia presente un *conflitto di interessi*, e questo venga (illecitamente) risolto in senso sfavorevole alla parte attiva del rapporto. I due termini, dunque, si implicano a vicenda: infedeltà e conflitto d'interessi sono aspetti dello stesso fenomeno[41]. Ovviamente, ad interessi di diversa natura corrispondono conflitti e tipi di infedeltà diversi. Così, potrà parlarsi di infedeltà politica, di infedeltà professionale e, appunto, di infedeltà *patrimoniale*[42], ossia del tipo che qui maggiormente rileva.

4. L'infedeltà patrimoniale al di fuori del contesto societario.

Prima di addentrarci in campo specificamente societario, risulta di grande interesse un'ultima nota generale. Si è più volte detto del carattere centrale ed ordinante del concetto d'infedeltà e di quello, correlato, di conflitto d'interessi. Se tali sono le premesse, verificare la sussistenza nel nostro ordinamento di fattispecie penali d'infedeltà patrimoniale al di fuori del campo societario assume un interesse

---

rappresentanza che si opera quella scissione fra titolarità del bene e potere gestionale alla base della presente trattazione. Cfr. BIANCA, *Diritto Civile. Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 61 e 67 s.

[40] PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 1, 15.

[41] Ciò emerge chiaramente dalla lettura proprio di uno degli articoli centrali della presente trattazione: l'art. 2634 c.c. Esso recita in rubrica «infedeltà patrimoniale», mentre nel testo prende a presupposto della condotta proprio la sussistenza di un conflitto di interessi nel contesto societario.

[42] ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 95.

particolare. Nello specifico, una rapida rassegna di tali figure permetterà una prima familiarizzazione con la dinamica dell'infedeltà, fulcro della presente trattazione.

La ricognizione è certamente resa ardua dalla struttura stessa del vigente codice penale. Come anticipato, esso non solo non ha dedicato adeguato spazio ai reati societari, ma non ha nemmeno accolto sul piano dogmatico alcuna classificazione dei reati patrimoniali in base alla sussistenza di un pregresso rapporto giuridico fra le parti. Le fattispecie si ritrovano così disseminate in titoli disparati e paiono afferire alla tutela di beni giuridici tra loro lontanissimi. Nondimeno, sul piano funzionale, esse sono intimamente legate con connessioni che solo il riferimento ai concetti di fedeltà e conflitto d'interessi può compiutamente dispiegare.

Si è già fatto cenno, in apertura, all'appropriazione indebita, riferendo i radicali mutamenti strutturali cui essa è andata incontro nel passaggio fra il vecchio e il nuovo codice penale. Si è anche accennato al – non casuale – ruolo di "supplenza giudiziaria" svolto da tale reato prima della riforma del 2002. Per i suoi strettissimi rapporti funzionali con l'art. 2634 c.c., sarà opportuno rimandarne la specifica trattazione al prosieguo. Per il momento preme richiamare che, quantomeno sotto l'impero del codice Zanardelli, esso richiedesse tanto la sussistenza di un previo rapporto giuridico con la vittima (quale presupposto della condotta) quanto l'esercizio abusivo di facoltà attribuite al reo (quale modalità esecutiva). La sua dinamica non poteva che richiamare, dunque, i delitti d'infedeltà patrimoniale. Oggi il contesto è certamente mutato: il reato pare basarsi più sul possesso materiale che sull'affidamento e la sua collocazione sistematica – il Capo[43] sui «delitti contro il patrimonio *mediante frode*» – non aiuta un coretto inquadramento. Di fatti, si vedrà in seguito[44] come la sussunzione *sic et sempliciter* dell'appropriazione sotto il paradigma dell'infedeltà non sia di necessità quella dogmaticamente più corretta. Ciò non toglie l'evidente contiguità del reato all'area dell'infedeltà.

Più interessante è invece il riferimento ad una disposizione contenuta in tutt'altro Titolo del codice. L'art. 570, co. 2 incrimina, *inter alia*, al n.1, le condotte di «malversazione o dilapidazione dei beni del figlio minore o del coniuge». Vari

[43] Si tratta del Capo II del Titolo XIII del Libro II del codice penale.
[44] V. *infra*, Cap. IV, § 10.

indici denotano la presenza – accanto al patrimonio – di un ulteriore bene giuridico oggetto di tutela. La rubrica dell'articolo reca «violazione degli obblighi di assistenza familiare»; il Titolo in cui è collocato è l'XI, dei delitti contro la famiglia. *Ergo*, non possono residuare dubbi sul fatto che qui il legislatore abbia avuto di mira, in via generale, i rapporti di assistenza implicati dall'inserimento nella comunità familiare. Di fatti, il reato appena citato è solo una delle fattispecie previste sotto la stessa rubrica, segnatamente tra quelli di inadempimento agli obblighi di assistenza genitoriale o coniugale (co. 1) e di mancata corresponsione dei mezzi di sussistenza (co. 2, n. 2). L'eterogeneità dell'offesa non deve tuttavia sviare: il reato in commento (quello al n. 1) rimane essenzialmente di tipo patrimoniale, ancorché plurioffensivo. Nello specifico, viene presupposta la sussistenza di un'attività gestionale posta in essere dal genitore o dal coniuge rispettivamente sul patrimonio del figlio o del consorte, mentre l'attività illecita consiste in una non meglio definita «malversazione o dilapidazione».

Ma in cosa può consistere un tale comportamento se non in una gestione irrispettosa degli obblighi inerenti alla responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.) ovvero al dovere di collaborazione coniugale (art. 143 c.c.)? È evidente che i summenzionati obblighi si risolvano proprio nel concetto di fedeltà personale come sopra precisato[45]. Conseguentemente, la tutela penale viene attivata nel momento in cui i poteri attribuiti dalla legge al soggetto vengano esercitati in violazione degli interessi propri del figlio ovvero del coniuge.

Riferimento a sé merita un'altra disposizione particolarmente significativa. La *sedes materiæ* questa volta è quella dei delitti contro la pubblica amministrazione (Titolo II del Libro II) e la disposizione è proprio quella di apertura, recante «peculato». Senza entrare nel dettaglio, risultano particolarmente evidenti anche qui non solo la patrimonialità dell'offesa, ma anche la sussistenza – fra pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio da una parte e Stato-persona giuridica dall'altra – di un pregresso vincolo giuridico. Ed è proprio tale vincolo a richiedere ai primi un comportamento fedele nella gestione patrimoniale nella quale

[45] ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 135. L'Autore annoverava tra i reati d'infedeltà in campo familiare anche l'adulterio (ormai dichiarato incostituzionale). In quel caso l'infedeltà non era ovviamente di natura patrimoniale, bensì sessuale – proprio come l'interesse maritale unilateralmente tutelato.

si estrinsechi («per ragione di» sono le parole del legislatore) il loro ufficio o servizio a favore del secondo. Ma sono da sussumere nella stessa categoria altresì i reati di abuso d'ufficio (art. 323) e di rilevazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio (art. 326). Anche la corruzione (artt. 318-22) può latamente farsi rientrare in questo ambito, ancorché si fondi su di una forma di conflitto d'interessi "autoindotta" dallo stesso agente anziché "preesistente" la commissione del fatto[46].

Da questa rapida disamina, risulta rimarcato quanto poc'anzi detto circa la dimensione trasversale ed ordinatore dei concetti di conflitto d'interessi e d'infedeltà in materiale penale. In altre parole, nonostante il codificatore del 1930 non abbia tenuto in considerazione queste coordinate sistematiche, la struttura delle fattispecie ne ha evidentemente risentito. Colto in questa dimensione, il tema del conflitto di interessi nella gestione societaria si configura come la *species* di un ben più ampio *genus* di reati. Reati nei quali la presenza di tale conflitto funge da «presupposto della risposta punitiva», avente «funzione selettiva»[47].

Sia permesso a questo punto aprire e rapidamente richiudere una parentesi. Proprio sulla scorta di queste considerazioni, autorevole dottrina ha tentato una ristrutturazione dogmatica della topografia dei delitti contro il patrimonio accolta dall'attuale codice. All'impropria ed artificiosa ripartizione dei reati tra le atecniche categorie dei delitti «mediante violenza» e di quelli «mediante frode», si è tentato di opporne una più rigorosa, imperniata sul concetto di fedeltà. Si è proposto così di operare una prima *summa divisio* distinguendo, non dissimilmente da quanto esposto in apertura al presente capitolo, fra reati di «usurpazione unilaterale» (furto, rapina, danneggiamento) in cui si prescinde da un rapporto fra le parti e reati di «cooperazione artificiosa della vittima»[48], in cui tale rapporto sussiste. Dopodiché – e qui risiede la novità classificatoria – si è proposto di distinguere, all'interno di quest'ultima categoria, in base al momento nel quale viene ad instaurarsi il rapporto. Se questo preesiste al reato e ne costituisce un presupposto della condotta, allora si è di fronte a fattispecie di infedeltà patrimoniale; altrimenti si ricadrà nella

[46] Sul punto, v. quanto si avrà modo di dire *infra* Cap. IV, §§ 17 *et. seq.* sul reato di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.).
[47] LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 69.
[48] Sono le categorie utilizzate in LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 66 s.

sfera della frode in senso lato (truffa, usura). La classificazione, com'è ovvio, rimane per ora un semplice esercizio dottrinale.

Ad ogni modo, rimane vero che la tipologia d'infedeltà patrimoniale certamente più rilevante e dalla portata maggiormente offensiva in ambito penalistico è proprio quella societaria. Il paradigma conflitto di interessi-infedeltà patrimoniale ha di fatti trovato quale campo d'elezione proprio il diritto delle società, nonostante la sua trasversale applicabilità. Ciò – ancora una volta – tanto per le proporzioni che talune imprese hanno raggiunto nel mercato globalizzato, quanto per l'enorme diffusività che i danni provocati da una loro gestione non oculata hanno dimostrato di veicolare.

Invero, è specificamente all'ambito societario che ora conviene rivolgere l'attenzione.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA CIVILISTICA

1. Premessa: il perimetro della disciplina e le tecniche normative.

Una compiuta analisi della disciplina penale in tema di conflitto d'interessi nelle società di capitali non può prescindere da un esame della normativa civilistica, la quale ne costituisce il retroterra normativo. Ciò per due ordini di ragioni. Anzitutto, se un forte legame interdisciplinare fra i due rami è dato comune a tutto il sottosistema del diritto penale dell'economia, esso assume specifica pregnanza in tema di conflitto di interessi, considerata la presenza, *in subiecta materia*, di espliciti rinvii alle disposizioni civilistiche[1]. In secondo luogo, ed anche a prescindere da questa prima ragione strutturale, risulta comunque di grande interesse verificare le tecniche di normazione che il legislatore ha impiegato in campo civilistico, in un'ottica di raffronto con quello penale.

Va anzitutto precisato che la disciplina civilistica copre un perimetro più vasto di quella penalistica. Invero, in campo penale il legislatore ha avuto di mira in modo preponderante il conflitto d'interessi dell'amministratore di società azionarie[2]. In campo civilistico, invece, la prospettiva è di gran lunga più ampia: in due direzioni. Anzitutto il legislatore interviene anche sulle S.r.l. A queste viene pur sempre riservato binario di tutela "secondario" – com'è ovvio, meno stringente rispetto al caso delle S.p.A.[3] – ma di portata certamente paragonabile. In secondo luogo, all'interno di ciascuna società di capitali, viene elevato a fattispecie degna di normazione anche il conflitto d'interessi di cui sia latore il socio nel contesto dell'assemblea[4].

Un maggior respiro normativo si evidenzia anche sul piano dispositivo, ossia delle tecniche normative impiegate dal legislatore. Infatti, la disciplina di diritto civile è scevra dal timbro meramente sanzionatorio o *successivo* cui è invece

---

[1] Più diffusamente sul tipico carattere sanzionatorio di questo ambito normativo e sui frequenti rinvii delle fattispecie penali alla disciplina civilistica, v. *infra*, Cap. III, § 3.
[2] Pur non mancando, come si vedrà, la presenza di fattispecie applicabili anche agli altri modelli di società di capitali. V. *amplius* nota n. 36 di questo capitolo.
[3] E, in forza del rinvio contenuto all'art. 2454 c.c., anche delle S.a.p.A.
[4] È appena il momento di precisare che il grosso del capitolo è incentrato sulla disciplina delle società azionarie, mentre la posizione del socio e la disciplina delle S.r.l. vengono esposte in conclusione (v. § 7).

giustamente relegata quella penale. Al contrario, essa ha sempre accolto (anche) una componente procedurale, volta alla rilevazione *anticipata* e alla composizione del conflitto prima ancora che questo possa tradursi in un danno per la società.

Sul piano della tecnica normativa, vanno dunque distinti due approcci coesistenti in seno all'ambito civilistico[5]. Il primo è, appunto, di tipo procedimentale o preventivo e impone una serie di obblighi di correttezza agli amministratori. Il secondo è di tipo riparatorio o successivo e a sua volta si articola in due strumenti concorrenti. Da una parte, si prevede l'annullabilità della deliberazione consiliare quale rimedio in forma specifica; dall'altra, quale residuale metodo riparatorio, si apre al risarcimento per equivalente. In sostanza, siamo di fronte ad una disciplina ben più articolata della mera repressione *ex post* di condotte tipizzate, unica strategia disponibile in campo penalistico.

Questi rilievi introduttivi permettono una prima considerazione comparativa. L'evidente differenza tanto nel perimetro di rilevanza giuridica quanto negli strumenti di tutela fra civile e penale si deve giustamente al principio di sussidiarietà[6]. Esso impone al legislatore penale di intervenire esclusivamente laddove la tutela apprestata da altri rami dell'ordinamento non si riveli efficace nei confronti del bene giuridico rilevante. Una simile impostazione è ben esplicitata dal criterio della *extrema ratio*, il quale inevitabilmente osta, almeno in linea teorica, a che l'ambito civilistico (o amministrativistico) di tutela sia meno esteso o anche solo equivalente rispetto a quello penalistico.

2. Dall'abrogato codice di commercio al codice civile del 1942.

La normativa in esame si rinviene nel codice civile, ed è ovviamente collocata nel Libro V sul lavoro, sotto il Titolo inerente alle società. Va da subito anticipato che essa ha subìto una radicale ristrutturazione ad opera della riforma del 2003. Prima di esporne l'attuale assetto, sarà dunque opportuno esaminare quello previgente, individuandone presupposti e carenze.

È possibile affermare che la disciplina pregressa è stata impostata in modo compiuto già nel codice di commercio del 1882. Di qui è stata poi trasfusa con

---

[5] MELI, *La disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, 1 e 156 s.
[6] LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 11.

piccoli ritocchi normativi nel codice civile del 1942, il quale com'è noto ha riunito in un unico *corpus* le due codificazioni tradizionalmente distinte. È affermazione comune, infatti, che la ricodificazione di epoca fascista abbia lasciato pressappoco invariata la disciplina di diritto societario. Piuttosto, la maggiore innovazione in ambito economico – oltre che su sporadiche quanto vacue dichiarazioni di impronta corporativistica – si è concentrata sulla riedificazione della disciplina d'impresa intorno alla figura del soggetto-imprenditore[7]. Tale sostanziale invarianza rende possibile esaminare i due corpi normativi congiuntamente e in comune opposizione rispetto alle soluzioni adottate dalla riforma.

Tratto caratteristico delle discipline pregresse è un marcato approccio formalistico al fenomeno del conflitto d'interessi, approccio rivelatosi col tempo gravemente deficitario. Anzitutto, entrambi i rispettivi articoli di riferimento (art. 149 nella prima; art. 2391 nella seconda) prendono esclusivamente in considerazione l'ipotesi di vero e proprio conflitto d'interessi, ossia l'ipotesi in cui il perseguimento dell'interesse personale dell'amministratore sia incompatibile con quello della società.

Dinanzi al conflitto, le due codificazioni erano concordi nel ritenere che la mera astensione dalla partecipazione consiliare fosse sufficiente ad evitare che la deliberazione adottata venisse inquinata dall'interesse concorrente. Dunque, la disciplina trovava il suo nucleo centrale nell'imposizione all'amministratore in conflitto di un obbligo di astensione dal concorrere alla deliberazione. Rispetto a tale obbligo, quello – cronologicamente precedente – d'informazione sia agli altri consiglieri sia al collegio sindacale assumeva carattere meramente accessorio. In altre parole, esso si risolveva in un'attività prodromica volta a consentire al presidente di escludere l'amministratore interessato, nel caso in cui questi non avesse già provveduto ad autonoma astensione[8]. Una generica previsione di

---

[7] FERRO-LUIZZI, *Le linee portanti della riforma*, in PERLINGIERI, CASUCCI (a cura di), *Riforme del diritto societario*, Napoli, 2004, 25.

[8] Su questo punto, la previgente disposizione costituisce un calco pressappoco perfetto della sua antesignana:
Art. 149, co. 1 cod. comm.: «L'amministratore che, in una determinata operazione, ha, in proprio nome o come rappresentante di un altro, interesse contrario a quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori, se ve ne sono, ed ai sindaci, ed astenersi dalle relative deliberazioni».
Art. 2391, co. 1 c.c. 1942: «L'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri

responsabilità civile dell'amministratore, che non avesse correttamente adempiuto a tali obblighi, fungeva da elemento di chiusura in entrambe le disposizioni.

Rispetto a questo nucleo comune, le divergenze normative per cui il codificatore del 1942 ha optato sono di poco momento. Esse si sostanziano nella «codificazione di alcune regole emerse dal lungo dibattito dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale» e, per il resto, approdano ad un risultato che complessivamente «non fu segnato da una maggiore severità»[9]. Ciò si evidenzia anzitutto nell'eliminazione della necessaria approvazione della delibera da parte del collegio sindacale. Nella versione più risalente, tale approvazione aveva un preciso riflesso sulla posizione degli amministratori non in conflitto. Questi, infatti, qualora avessero concorso alla deliberazione e la stessa non fosse stata approvata dal collegio, sarebbero divenuti suscettibili di responsabilità civile nei confronti della società. Espunto ogni riferimento all'approvazione del collegio sindacale, unico soggetto passibile di responsabilità rimaneva l'amministratore in conflitto che non si fosse astenuto.

Una seconda divergenza – questa invece ben accolta, in quanto chiarificatrice – consisteva nella previsione *expressis verbis* dell'impugnabilità della deliberazione adottata in contrasto con tali disposizioni. La giurisprudenza formatasi sotto l'impero del codice di commercio era già approdata a questa soluzione[10]. Essa aveva altresì statuito che condizione necessaria per il vittorioso esperimento dell'impugnativa fosse la concreta idoneità della deliberazione a danneggiare la società. Il codificatore del 1942 accoglieva *in toto* tale orientamento, specificando ulteriormente il requisito della determinanza del voto dato in conflitto di interessi. Si prevedeva così la necessità della c.d. prova di resistenza, consistente nell'accertamento che in assenza del voto dato in conflitto «non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta» (art. 2391, co. 3 c.c. 1942).

Ultima specificazione, invero già deducibile in base ai principi generali dell'ordinamento, è quella che prevedeva la salvezza dei diritti acquistati dal terzo in buona fede in esecuzione della delibera successivamente annullata.

---

amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa».

[9] MELI, *La disciplina degli interessi*, cit., 155 s.

[10] MELI, *La disciplina degli interessi*, cit., 156, in particolare alla nota n. 1.

3. La riforma del 2003 e i nuovi principi fondamentali dell'amministrazione societaria.

Come anticipato, il diritto societario italiano è stato interessato nella sua interezza da una radicale riforma, entrata in vigore il 1° gennaio 2004, con d. lgs. 6/2003. La riforma non poteva non incidere anche in materia di conflitto d'interessi. Ad ogni modo, prima di procedere all'esame delle relative disposizioni, risulta opportuno un generale inquadramento della *ratio* ispiratrice di tali interventi e della logica di fondo in cui essi trovano collocazione.

La l. 366/2001, di delega al Governo per l'adozione della riforma, contiene indicazioni particolarmente significative al riguardo. Principio cardine non poteva che essere quello di «favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese» (art. 1, lett. a)). Ma al di là di tale generica statuizione, sono innumerevoli i criteri direttivi imposti al legislatore delegato. Volendo tracciarne un bilancio complessivo, è stata rilevata la coesistenza di due correnti opposte, ovviamente operanti in settori diversi. In linea di massima, si è puntato ad annettere maggiore potere dispositivo allo statuto societario, all'insegna dell'autonomia contrattuale. Viceversa, in quegli ambiti in cui interessi sovrasocietari vengono maggiormente in gioco – per antonomasia, in materia di conflitto di interessi –, si è mirato ad una normazione più restrittiva e a carattere inderogabile[11].

Alla prima linea fanno sicuramente capo l'ampliamento degli ambiti di autonomia statutaria nelle S.p.A. (art. 8, co. 8, lett. a)), la rimodulazione in senso estensivo delle modalità di finanziamento delle società di capitali (art. 2, lett. e)), la previsione, di grande novità dogmatica, della possibilità di costituire patrimoni separati, nonché l'apertura a nuovi modelli societari (rispettivamente, duale e monistico), di origine straniera (art. 8, co. 8, lett. d)).

Riguardo alla seconda linea, sono molti i principi innovatori che toccano direttamente il tema del conflitto d'interessi. Si prevede anzitutto di «definire con chiarezza [...] i compiti e le responsabilità degli organi sociali» (art. 1, lett. b)) e, con specifico riferimento all'amministrazione, che venga delineato «un assetto

[11] SANTOSUOSSO, *La nuova disciplina del conflitto di interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in PERLINGIERI, CASUCCI (a cura di), *Riforme del diritto societario*, Napoli, 2004, 53 s.

organizzativo idoneo a promuovere l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale» (art. 4, co. 2, let. b)). Rilevanza centrale, poi, riveste la necessità di «disciplinare i doveri di fedeltà dei componenti dell'organo amministrativo, in particolare con riferimento alle situazioni di *conflitto di interesse* e [di] precisare che essi sono tenuti ad *agire in modo informato*» (art. 4, co. 8, lett. g)).

Da questi ultimi riferimenti appare evidente lo sforzo del legislatore delegante di porre l'accento su due fondamentali principi in tema di amministrazione, in passato alquanto marginalizzati dall'impostazione codicistica. Si tratta della professionalità e correttezza nell'espletamento dell'ufficio amministrativo, da una parte; della qualità e costanza della circolazione informativa interna, dall'altra. Se ne deduce che il legislatore ha preso atto – in questo rimarcando una fondamentale differenza con le S.r.l. – del carattere sempre più spersonalizzato dell'impresa collettiva in forma azionaria[12]. Se è vero, infatti, quantomeno nelle S.p.A., che il socio è tendenzialmente affrancato da qualsivoglia attività gestionale effettiva, risulta allora fondamentale che la gestione societaria venga improntata ai principi di *informazione*, *trasparenza* e *correttezza*[13]. Il socio – privato di dirette funzioni gerenti – si vede così garantito dalle stringenti norme imperative gravanti su chi l'ufficio gestionale è chiamato ad esercitare.

In ultima analisi, l'insoddisfazione a lungo lamentata in dottrina per soluzioni troppo formalistiche si è evidentemente tramutata, in sede di riforma, nella ricerca di una maggiore responsabilizzazione dell'organo amministrativo. Ciò, in particolare, sotto l'imperativo di «una generalizzata regola di informazione» e, quindi, di «un più stringente obbligo di trasparenza»[14]. Ne è chiaro esempio l'art. 2392, co. 1, che richiede per l'amministratore non già l'ordinaria diligenza (quella cioè del "buon padre di famiglia", propria del mandatario), ma quella professionale derivante «dalla natura dell'incarico». Lo stesso dicasi per l'art. 2381, co. 6, che addirittura riproduce testualmente una delle direttive della legge delega, prevedendo che «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato».

---

[12] Al riguardo, v. *supra* Cap. I, § 1.
[13] ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 124 ss.
[14] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 33 s. e 45 s.

E proprio ai principi di informazione, trasparenza e correttezza appena menzionati è anzitutto informata la nuova disciplina del conflitto di interessi. Sarà dunque necessario fare costante riferimento a questi criteri direttivi per comprendere la portata delle innovazioni introdotte nel 2003. Il discorso si articolerà nei due ambiti delineati *supra*: prima si esporrà la disciplina procedurale o preventiva; poi quella rimediale o successiva.

4. L'assetto attuale. La disciplina procedurale.

Partendo dalla componente procedimentale, sono essenzialmente due le direzioni in cui si è mosso il legislatore. Da una parte, ampliando la fattispecie giuridicamente rilevanti; dall'altra, modificando gli obblighi di comportamento richiesti all'amministratore in conflitto d'interessi.

4.1. Dal conflitto d'interessi agli "interessi degli amministratori".

Dal primo punto di vista, va anzitutto evidenziato che la stessa rubrica dell'art. 2391 c.c. ha subito una radicale modificazione, non riferendosi più specificamente ad una situazione conflittuale, ma essendo intitolata genericamente agli «interessi degli amministratori». Ciò, fin dai primi commenti alla riforma, è parso evidenziare un mutamento «di impostazione prima ancora che di disciplina»[15]. Difatti, una quantità innumerevole di situazioni che prima erano irrilevanti ai fini della normativa ne sono ora interessate. In sostanza, l'obbligo informativo – prima limitato al solo conflitto – si estende ora all'interesse in sé. Ciò rende rilevanti tanto le situazioni in cui il conflitto sia solo potenziale ossia non accertabile *ex ante*, quanto quelle in cui il conflitto manchi del tutto, quanto ancora quelle in cui l'interesse individuale sia addirittura consentaneo a quello societario[16]. Ovviamente, come anche prima della riforma, l'informazione va comunicata non solo ai singoli componenti dell'organo amministrativo, ma anche a quello di controllo, che nel sistema tradizionale s'identifica nel collegio sindacale.

4.2. Gli obblighi imposti all'amministratore.

---

[15] FERRO-LUIZZI, *Le linee portanti della riforma*, cit., 29.
[16] SANTOSUOSSO, *La nuova disciplina del conflitto di interessi*, cit., 55.

Dal secondo punto di vista, la posizione dell'amministratore muta in modo rilevante, nel senso, come si diceva, di una sua maggiore responsabilizzazione. Anzitutto, l'obbligo informativo è ulteriormente specificato nelle modalità di adempimento. Nel comunicare l'interesse, l'amministratore deve infatti determinarne «la natura, i termini, l'origine e la portata». È opinabile che a ciascuno dei termini di tale sequenza vada attribuito un significato specifico e univoco. Si propende infatti per un'interpretazione complessiva, attribuendo a tale espressione una funzione meramente demarcativa dei caratteri di precisione e puntualità della comunicazione. Ad ogni modo, risulta evidente il ruolo primario cui assurge la circolazione informativa nell'organo amministrativo: il generale obbligo di «agire informati» assume in questo ambito specifica pregnanza.

La *ratio* di queste innovazioni è cristallina: si è voluto evitare che l'amministratore rimanesse «arbitro della valutazione dell'esistenza, e neppure dell'eventualità, del conflitto»[17]. In altre parole, se prima il canale informativo veniva attivato nel momento in cui il singolo amministratore avesse ravvisato, in solitudine, una situazione conflittuale, ora ad esercitare tale ruolo di "filtro" è l'organo gestionale nella sua collegialità. L'individuazione del conflitto viene dunque esteriorizzata rispetto al soggetto che ne è portatore, con una scelta che è la stessa Relazione ministeriale a definire «di particolare rigore»[18].

Muta inoltre anche il contegno richiesto all'amministratore rispetto alla deliberazione da assumere. Si è visto come a questi fosse inibito di intervenire all'adunanza consiliare e di esprimere il proprio voto in merito all'operazione. Ora, con un radicale capovolgimento degli assunti di partenza, viene riconosciuto un pieno diritto di partecipare e concorrere alla decisione. Qui è possibile misurare tutta la distanza con la formulazione previgente. Fino alla riforma, l'impostazione di base era rimasta formalistica: escludere l'amministratore dal momento della delibera si riteneva equivalente a debellarne il conflitto. Ciò ovviamente non teneva conto dell'ovvio fatto che gli amministratori disponessero di canali informativi e di contatto ben più ampi della singola adunanza del consiglio di amministrazione. È evidente che la semplice assenza del membro in conflitto nulla avrebbe potuto a

[17] SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Schleinger*, Milano, 2004, 3051.
[18] Relazione ministeriale alla Riforma, par. 6, III, 3.

fronte della particolare influenza che lo stesso avesse esercitato sugli altri componenti anche al di fuori degli organi societari. Il legislatore della riforma, invece, ha optato per la soluzione opposta. Nessun ostacolo alla partecipazione dell'amministratore, purché questa si accompagni al corretto adempimento degli obblighi – indubbiamente più penetranti che in passato – dianzi esposti. In definitiva, il fulcro della disciplina non è più un'aprioristica esclusione dell'interesse dal dibattito consiliare, ma, al contrario, una sua ponderazione consapevole da parte dell'organo collegiale[19].

Tale spostamento del baricentro dal singolo membro all'organo nella sua interezza non poteva non avere conseguenze decisive sulla finalità stessa del flusso informativo. L'informazione non ha più la funzione "negativa" di consentire al presidente l'esclusione del consigliere interessato (operazione che ormai non sarebbe più nemmeno legittima). Al contrario, essa la funzione "positiva" di permettere a ciascun amministratore di «agire informato», ossia di verificare la concreta sussistenza di un conflitto e di decidere al riparo da possibili condizionamenti indebiti[20].

Non è un caso, dunque, se agli stringenti requisiti di specificità imposti all'amministratore nel momento dell'informativa corrisponda un altrettanto stringente dovere motivazionale in capo all'organo nel suo complesso[21]. Il secondo comma, infatti, richiede oggi che nel contesto della deliberazione si motivino «adeguatamente [...] le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione». È evidente che una tale disposizione non ha il solo scopo di rendere più semplice, a chi impugni la delibera, l'assolvimento dell'onere probatorio circa l'esistenza del conflitto, ma corrisponde più in generale alla logica della trasparenza e della circolazione informativa cui l'intero intervento è ispirato. Proprio così, infatti, si

---

[19] IANELLO, *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, Roma, 2003, 71, nota n. 11, ove l'Autrice afferma che «la "concessione" dell'esercizio del diritto di voto [...] fa da contrappeso al dovere di informazione assolto da quest'ultimo».

[20] MELI, *La disciplina degli interessi*, cit., 158 s., secondo cui nella previgente normativa l'obbligo informativo serviva «solo a mettere in guardia gli altri amministratori e i sindaci sull'esistenza del conflitto e, collegandosi all'obbligo di astensione, consent[iva] l'attivazione del menzionato potere presidenziale di impedimento dell'esercizio del diritto di voto», mentre ora «viene invece posto al centro del sistema».

[21] SANTOSUOSSO, *La nuova disciplina del conflitto di interessi*, cit., 55.

esprime la Relazione ministeriale alla riforma in tema di conflitto di interessi ove rimarca che: «in primo luogo si tutela la trasparenza»[22].

Si tratta perciò di un vero e proprio cambio di paradigma, che vede una soluzione "sostanziale" sostituirsi ad una "formale", con evidenti ricadute sul *modus operandi* dei singoli amministratori. Per fare un solo esempio, è apparso fin da subito evidente come l'amministratore interessato non possa sottrarsi a profili di responsabilità nemmeno con un'autonoma astensione. E a ben vedere, qualora questi opti per la soluzione più drastica, spogliandosi cioè delle proprie facoltà decisionali, ciò risulterebbe del tutto inconferente rispetto al nuovo accento posto dalla riforma sulla rilevanza della circolazione informativa. L'amministratore ha comunque l'obbligo di riferire ciascun suo interesse, restando la partecipazione di per sé del tutto irrilevante ai fini della normativa[23].

Peraltro, un tale cambio di paradigma era stato in parte anticipato dal t.u.f. L'art. 150, con limitato riferimento alle società azionarie quotate in borsa, prevede già dal 1998 l'obbligo in capo agli amministratori di riferire «tempestivamente [...] con periodicità almeno trimestrale al collegio sindacale sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale», con specifico riferimento alle ipotesi in cui essi «abbiano un interesse, per contro proprio o di terzi». Anche qui, dunque, viene espunto il riferimento alla necessaria conflittualità dell'interesse; nondimeno, la disciplina non risulta altrettanto specifica quanto a puntualità dell'informazione e ad obblighi motivazionali. Difatti, i primi commenti alla riforma non hanno mancato di rilevare come tale disposizione sia ormai da ritenersi parzialmente abrogata (quantomeno con riferimento alla parte sugli interessi degli amministratori[24]), stante la più ampia portata della norma generale di cui all'art. 2391.

5. (*Segue*) La disciplina rimediale.

[22] Relazione ministeriale alla Riforma, par. 6, III, 3.
[23] BLANDINI, *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in PERLINGIERI, CASUCCI (a cura di), *Riforme del diritto societario*, Napoli, 2004, 91. In senso conforme, v. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori*, cit., 3052.
[24] BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., 88.

Anche l'ambito rimediale si rivela foriero di rilevanti innovazioni, quale riflesso del nuovo ruolo che il legislatore ha inteso attribuire all'informazione e alla trasparenza infrasocietarie. In particolare, il novero delle fattispecie invalidanti la deliberazione viene sensibilmente aumentato.

Rimane ovviamente ferma l'ipotesi tradizionale di idoneità della delibera alla causazione di un danno sociale con contestuale marginalità del voto interessato. In aggiunta, si prevedono due ulteriori ipotesi, direttamente riferibili alla circolazione informativa. Il terzo comma, infatti, rende la delibera annullabile anche «nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo», ossia in punto di comunicazione dell'interesse da parte dell'amministratore e di adeguata motivazione da parte dell'organo gestionale. In sostanza, alla diretta dannosità della delibera viene assimilata la sua adozione in un contesto informativo carente ovvero non sufficientemente ponderato in sede decisionale.

Nondimeno, sotto questo aspetto è emersa in dottrina una significativa incertezza circa i requisiti della carenza motivazionale invalidante. In particolare, ci si è chiesti se, una volta comunicato l'interesse, qualora il consiglio adempia solo formalmente all'obbligo motivazionale (ad esempio aderendo ad una ricostruzione erronea dell'interesse confliggente), questo possa dirsi comunque assolto e dunque la delibera inoppugnabile sotto tale profilo. Si è tuttavia immediatamente risposto in senso negativo, attribuendo al concetto di "adeguatezza" della motivazione un senso sostanziale, che presuppone la sua effettiva correttezza[25].

Nonostante la forma di invalidità comminata sia l'annullabilità, il legislatore ha preferito dettare per essa una disciplina specifica, invece di far riferimento a quella generale *ex* art. 2388, co. 4. Le differenze più rilevanti attengono alla legittimazione attiva. In primo luogo, scompare il riferimento ai soci rispetto alle delibere «lesive dei loro diritti», con una scelta evidentemente restrittiva e volta a «porre un argine alle impugnative [...] da parte dei soci», cui pure in passato la giurisprudenza aveva dato ampiamente adito[26]. Ma ad essere modulata è anche la

[25] BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., 94, ove l'Autore giunge a tale conclusione argomentando da una ricognizione complessiva del senso in cui nel codice civile ricorre il termine "adeguato" (*ex plurimis*, artt. 843; 2231; 2426, n. 6), deducendone l'omonimia con i termini "congruo" e "coerente".
[26] BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., 95 s.

legittimazione degli altri organi sociali. Infatti, questa viene riconosciuta in generale tanto ai singoli amministratori quanto al collegio sindacale, con l'esclusione – in continuità con la previgente impostazione – dell'ipotesi di amministratore assenziente in costanza di idonea informativa sull'interesse.

Già i primi commentatori hanno rilevato l'inopportunità di una tale restrizione, escludendo essa qualsiasi rilevanza di un "ravvedimento operoso"[27] dell'amministratore il quale, pur adeguatamente informato, abbia fatto cattivo uso delle informazioni comunicategli. Nondimeno, essa è stata confermata anche dai successivi decreti correttivi.

Da ultimo, anche la disciplina risarcitoria contiene modifiche non di secondo momento. Come si è visto[28], una delle novità più rilevanti della ricodificazione di epoca fascista è consistita nel totale esonero da responsabilità dell'amministratore non interessato. Con la riforma, al contrario, la responsabilità viene nuovamente estesa[29], in coerenza con l'assunto per cui non è il solo interessato ad essere obbligato (all'astensione), ma ciascun membro condivide con questi un comune dovere ad «agire in modo informato». Nello specifico, la formula appare oggi più snella: si prevede semplicemente che ciascun amministratore risponda delle proprie «azioni od omissioni», senza alcun riferimento alla determinanza del voto o all'operazione decisa.

Ad essere meglio individuato è anche il termine oggettivo del risarcimento. Se prima la disposizione faceva riferimento alle sole «perdite» cagionate alla società, ora invece si ha riguardo più semplicemente ai «danni». L'innovazione non è di poco conto, in quanto recide ogni possibile incertezza circa l'estensione dell'entità risarcibile. Non vi è più alcun dubbio sul fatto che anche il lucro cessante, insieme ovviamente al danno emergente, rientri nel computo del *quantum*

---

[27] BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., 96.
[97] Si limita invece a registrare il dato normativo IANELLO, *La riforma del diritto societario*, cit., 72. L'Autrice nota che già l'aver aperto – ancorché in ipotesi limitate – all'impugnativa di amministratori assenti o assenzienti abbia comportato il superamento dell'obiezione circa «la contraddizione in cui si pone l'amministratore che impugna, con il voto favorevole da lui espresso sulla deliberazione impugnata».
[28] V. *supra*, § 2.
[29] «Sia pure su presupposti differenti», specifica MELI, *La disciplina degli interessi*, cit., 159.

risarcitorio, con ciò assimilando la disciplina *sub* art. 2391 a quella, generale sulla responsabilità degli amministratori, dettata dall'articolo successivo[30].

Sempre riguardo al risarcimento, il legislatore si è mostrato particolarmente sensibile al tema dell'infedeltà, scegliendo di colpire anche il fenomeno dell'*insider trading*, già normato a livello penale[31]. La responsabilità civile dell'amministratore viene infatti estesa anche al caso in cui questi sfrutti personalmente (i.e. in modo indebito) le cc.dd. *corporate opportunities*, ossia quelle particolari offerte contrattuali, condizioni di mercato *et similia* di cui, in adempimento dell'obbligo di fedeltà, avrebbe dovuto godere la società e unicamente la società. A ben vedere, si tratta di un'ipotesi opposta a quella tradizionale di danno: qui l'amministratore non determina la società ad intraprendere un affare dannoso; al contrario, esso usurpa a suo vantaggio l'opportunità di un affare lucroso. Al di là delle difficoltà applicative (pur prontamente rilevate in dottrina[32]), ciò evidenzia ancora una volta il forte accento che la Riforma ha inteso porre sulla correttezza e la professionalità richieste nell'attività gestionale.

6. (*Segue*) La gestione unipersonale.

Separato esame merita l'ipotesi di gestione unipersonale, con ciò alludendosi tanto al caso di amministratore unico quanto a quello di amministrazione delegata. Il legislatore ha inteso disciplinare in modo compiuto solo questa seconda fattispecie.

Nello specifico, si è previsto in capo all'amministratore delegato l'ulteriore obbligo di spogliarsi del potere decisorio e di investirne contestualmente l'organo gestionale nella sua collegialità, e cioè, in base al caso, il consiglio di amministrazione ovvero il comitato esecutivo. Una volta investito l'organo collegiale, troverà applicazione la disciplina ordinaria, fermi restando, ovviamente, tutti gli altri obblighi informativi e motivazionali (peraltro applicabili, in assenza di diversa disposizione, anche al caso di amministratore unico).

---

[30] Così come già prospettato, ad esempio, da ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 217.
[31] Cfr. art. 180 t.u.f., rubricato «abuso di informazioni privilegiate».
[32] BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., 102. Ivi, l'Autore cita, quale esempio, il facile raggiro dell'amministratore che sfrutti l'informazione endosocietaria ricorrendo all'interposizione fittizia di un imprenditore al quale la stessa sia stata previamente comunicata.

Proprio l'amministratore unico, d'altronde, non riceveva alcuna menzione nell'originario testo introdotto dalla riforma. Ciò aveva indotto la dottrina a riflettere sul percorso interpretativo da adottare al fine di colmare la lacuna.

Secondo un primo orientamento, la disciplina da applicare sarebbe stata quella di diritto comune, inerente all'ipotesi di contratto stipulato dal rappresentante diretto in conflitto d'interessi (artt. 1394 e 1395)[33] ed estrinsecantesi nel diritto all'annullamento dello stesso. La soluzione si è subito rivelata foriera di difficoltà applicative, soprattutto con riferimento alla legittimazione attiva all'impugnazione, la quale, secondo le regole comuni, sarebbe spettata alla società nel suo complesso e dunque agli stessi amministratori quali legali rappresentanti dell'ente. È pur vero, tuttavia, che tale situazione (un vero e proprio conflitto d'interessi circa l'impugnativa per conflitto d'interessi) sarebbe risolvibile attraverso un ricorso volto a provocare la nomina di un curatore speciale *ex* art. 78, co. 2 c.p.c.

Di diverso avviso era invece quella dottrina che riteneva estensibili le norme in tema di amministrazione delegata, ovviamente con i necessari adeguamenti[34]. In particolare, sarebbe assurdo richiedere che sia l'"organo collegiale" ad essere investito della decisione, non sussistendone per definizione alcuno. Di qui una significativa divaricazione interpretativa. In base alla ricostruzione adottata, la potestà decisoria sarebbe spettata alternativamente al collegio sindacale ovvero all'assemblea. Entrambe le soluzioni erano suscettibili di fondate critiche. La prima in quanto l'attribuzione all'organo di controllo di facoltà propriamente gestionali appare in genere ultronea rispetto ad un equilibrato riparto delle competenze endosocietarie. La seconda in quanto foriera di un eccessivo appesantimento della vita societaria, considerata anche l'opposta tendenza, manifestata proprio dalla riforma, all'accentramento del potere gestionale nel solo organo amministrativo.

Ad ogni modo, il primo dei decreti correttivi adottati dal Governo conseguentemente alla riforma (d. lgs. 310/2004) ha introdotto un'ultima frase al primo comma dell'art. 2391. Si è così specificato che, ricorrendo l'ipotesi di amministratore unico, questi è obbligato semplicemente a dare notizia dei propri interessi «alla prima assemblea utile».

---

[33] BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., 92 s.

[34] Esponente di tale corrente, peraltro maggioritaria, è SANTOSUOSSO, *La nuova disciplina del conflitto di interessi*, cit., 58.

Parrebbe dunque implicita la *voluntas legis* di lasciare in capo all'amministratore unico completa potestà decisionale. Senonché tale soluzione costituirebbe un serio *vulnus* alla tutela dei soci. Rimane dunque fermo, ad oggi, quanto appena esposto riguardo alle incertezze interpretative in materia.

7. Cenni alle ulteriori fattispecie. Il socio. Le S.r.l.

Come si è detto[35], la disciplina civilistica risulta notevolmente ampia: tanto sul piano delle fattispecie rilevanti quanto su quello degli strumenti di tutela approntati dal legislatore. Finora si è riferito essenzialmente degli strumenti di tutela, nelle loro articolazioni preventiva e riparatoria. È ora il momento di esaminare rapidamente anche il primo ambito, ossia l'elevazione a fattispecie rilevanti altresì di ipotesi di conflitto che il legislatore penale ha trattato con intensità ben inferiore[36].

Il riferimento è, in particolare, al conflitto di interessi del socio di S.p.A. e al conflitto di interessi (tanto dell'amministratore quanto del socio) di S.r.l. Nel prosieguo si illustreranno, per completezza, entrambe le discipline. È opportuno anticipare fin da subito che questi ambiti sono stati incisi dalla riforma soltanto in parte. Ad ogni modo, due direttrici assumono attualmente rilevanza trasversale. *In primis*, è dato anche qui riscontrare un approccio sostanziale alla composizione del conflitto, piuttosto che uno formale imperniato unicamente sull'obbligo di astensione. In secondo luogo, in ciascuna di queste fattispecie unica ipotesi rilevante è quella di conflitto di interessi, a nulla rilevando, a differenza degli amministratori di S.p.A., ipotesi di mero interesse.

Con riguardo alla posizione del socio di S.p.A., la riforma si è invero limitata a codificare un orientamento interpretativo già consolidato in giurisprudenza. Il previgente art. 2373 – sul piano letterale – vietava l'esercizio del diritto di voto al

---

[35] V. *supra*, § 1.

[36] È importante sottolineare (come peraltro già anticipato nella nota n. 2 di questo capitolo) che il legislatore penale non si è completamente disinteressato a queste ulteriori fattispecie. Invero, come si vedrà nel prosieguo, i reati d'infedeltà patrimoniale e di corruzione tra privati sono integrabili dall'amministratore di qualsiasi società di capitali. È innegabile, tuttavia, che ogni altra fattispecie (mancata comunicazione del conflitto d'interessi, infedeltà nel contesto dell'attività finanziaria) sia indirizzata unicamente alle S.p.A. (se non ad alcune loro specifiche sottocategorie) e che, nonostante tutto, a queste il legislatore abbia pensato in primo luogo. È altrettanto innegabile che il socio che agisca in conflitto d'interessi non è passibile di alcuna sanzione penale, nemmeno nelle S.p.A. – se non, ovviamente, in quanto ne sia altresì amministratore.

socio in conflitto, comminando poi la solita sanzione dell'annullabilità al ricorrere e della marginalità del voto e della potenziale dannosità della delibera. La giurisprudenza si era tuttavia preoccupata di dare una lettura correttiva alla disposizione, al fine di evitare che chi fosse investito della presidenza dell'assemblea potesse esercitare il potere di esclusione del socio interessato in modo strumentale[37]. Nello specifico, era ormai consolidata un'interpretazione lasca dell'obbligo, il quale avrebbe imposto non già l'astensione dal voto, bensì il dovere di esercitarlo in modo conforme all'interesse sociale, salva l'annullabilità *ex post* della delibera in caso di mancato adempimento. Significativamente, il vigente art. 2373 si limita a comminare tale sanzione, senza prevedere alcun obbligo di astensione. Il secondo comma, poi, elenca le uniche ipotesi di conflitto di interessi (invero particolarmente gravi) in cui rimanga lecita l'esclusione del socio dalla partecipazione assembleare. Si tratta rispettivamente dei casi del socio-amministratore rispetto alla propria responsabilità, nonché, nel solo sistema dualistico, del membro del consiglio di gestione rispetto alle delibere su nomina, revoca e responsabilità dei membri del consiglio di sorveglianza.

In tema di S.r.l., invece, le disposizioni rilevanti sono gli artt. 2475-*ter* per gli amministratori e 2479-*ter*, co. 2 per i soci. Esse sono tutto sommato sovrapponibili a quelle originarie. Anche qui non si prevede alcun obbligo di astensione; l'unica disposizione rilevante è quella concernente l'annullabilità della decisione adottata in costanza delle due condizioni ricordate poco sopra. Degna di nota è invece l'assenza di uno specifico obbligo di *disclosure* in capo all'amministratore interessato, segno del carattere maggiormente personale della gestione societaria. Tuttavia, la disciplina non pare distinguere fra amministrazione collegiale ed unipersonale, evitando così il sorgere delle problematiche ancora perduranti riguardo alle S.p.A.

Sempre in tema di amministrazione, una specifica disposizione (art. 2475-*ter*, co.1), stranamente non riprodotta per le società azionarie, disciplina il caso in cui l'amministratore stipuli un contratto in conflitto di interessi. Il legislatore in questa ipotesi ha attribuito alla società il diritto di richiedere l'annullamento del contratto, alla sola condizione della mala fede dell'altro contraente ovvero della sua

[37] BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., 83.

negligenza rispetto ad un conflitto riconoscibile; nulla è richiesto in merito alla dannosità sociale del negozio.

Da ultimo, vale la pena richiamare l'attenzione su quel filone dottrinale che ha riflettuto su una rilevante differenza letterale rinvenibile in tema di S.r.l. Nello specifico, si è posto l'accento sul requisito della determinanza (o marginalità) del voto interessato ai fini dell'annullabilità della decisione.

Si è osservato come, a differenza delle società azionarie, il referente sia qui non tanto il voto, quale manifestazione formale di assenso da parte del socio o dell'amministratore, ma la di lui non meglio specificata «partecipazione» alla deliberazione. Attribuendo al termine "partecipazione" un significato sostanziale, si giunge a dar rilevanza non solo alle ipotesi in cui il voto del soggetto interessato sia aritmeticamente imprescindibile per la decisione, ma anche a quelle in cui questi abbia esercitato il suo diritto di intervento in modo tale da orientare la determinazione degli altri soci intervenuti, secondo una sorta di *moral suation*.

Ad ogni modo, se una tale ricostruzione potrebbe avere qualche appiglio letterale in tema di S.r.l., i pericolosi soggettivismi giudiziari cui essa darebbe adito al momento dell'impugnazione, uniti al chiaro dato letterale degli artt. 2373 e 2391, ostano ad una sua estensione al campo delle società azionarie[38].

[38] Di avviso nettamente contrario è BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., 82 s.

CAPITOLO III

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA PENALISTICA

1. L'assetto originario, tra formalismo e sanzionatorietà

Come più volte anticipato, una prima disciplina organica in tema di conflitto di interessi viene implementata solo dal codice civile del 1942. Il Titolo XI del Libro V recava[1] «Disposizioni penali in materia di società e di consorzi», articolate in ben cinque Capi. Varie le fattispecie incriminatrici, di cui quattro specificamente dirette a tutelare gli interessi sociali dal conflitto di interessi degli organi apicali. Si tratta della «divulgazione di notizie sociali riservate» (art. 2622), dei «prestiti e garanzie della società» (art. 2624), della «violazione di obblighi incombenti agli amministratori» (art. 2630) e del «conflitto di interessi» (art. 2631)[2]. Un esame anche superficiale delle disposizioni appena richiamate consente di individuare alcuni elementi ricorrenti nella tecnica normativa adottata dal codificatore, tutti unanimemente ritenuti in dottrina alquanto insoddisfacenti.

In primis, le condotte incriminate si caratterizzavano per un marcato approccio "formalistico": la tutela si appuntava su comportamenti molto specifici e circoscritti. A solo titolo esemplificativo, l'art. 2624 puniva l'ottenimento, da parte dell'amministratore, di un prestito dalla società. L'art. 2630, invece, si articolava in una minuziosa elencazione di attività illecite riferite a puntuali disposizioni civilistiche, quali gli artt. 2357 (acquisto di azioni proprie) e 2358 (garanzie sulle proprie azioni). Si selezionavano così solo alcune modalità di aggressione dell'interesse sociale, lasciandone ogni altra sguarnita del presidio penale. Quelle isolate condotte elevate a reato, poi, non si caratterizzavano per una lesività intrinseca (basti il riferimento all'art. 2624: al prestito accordato dalla società, in genere, dovrebbe seguire l'integrale restituzione maggiorata degli interessi, senza alcun danno al patrimonio del *tradens*). Al contrario, esse venivano punite per una

[1] L'imperfetto si rende necessario lungo tutto il paragrafo, dal momento che la Riforma del 2002 ha diffusamente rivisitato l'intero Titolo. Esso, in particolare, è stato rirubricato «Disposizioni penali in materia di società, di consorzi *e di altri enti privati*» (il corsivo è nostro).

[2] Riproduce questa elencazione LIONETTI, *Analisi critica del delitto di infedeltà patrimoniale*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Roma, 2017, 231.

ritenuta pericolosità in astratto. Il ché introduceva nel sistema una rigidità tale da «consentire il passaggio di condotte che, sebbene formalmente atipiche, fossero comunque idonee a produrre un risultato sostanzialmente dannoso»[3].

In secundis, e in sostanziale continuità col formalismo, si profilava una generalizzata concezione "sanzionatoria" dell'intervento penale – certamente favorita dalla collocazione delle disposizioni *de quibus* all'interno del codice civile[4]. La sanzionatorietà emergeva dal ricorrere, nella maggior parte delle fattispecie, di precisi riferimenti a concetti ed istituti disciplinati in via originaria dal diritto commerciale. Conseguentemente, le norme penali in esame – senza alcuna pretesa autonomistica – intervenivano unicamente ad apprestare una tutela per così dire rafforzata a quelle fra le disposizioni civilistiche ritenute più importanti.

Influenzata dalla concezione sanzionatoria risultava poi la struttura stessa delle fattispecie. Sul piano oggettivo, esse si risolvevano nella maggior parte dei casi in un reato di mera condotta, sovente identificabile nella mancata ottemperanza a prescrizioni impartite *aliunde* nel codice civile. L'assenza dell'evento, invece, rendeva del tutto superflua l'effettiva causazione di un danno. In sostanza, in base allo schema originariamente accolto dal codice, la norma penale esauriva la propria *ratio* nel rafforzamento di una già compiuta e conclusa normativa afferente ad altro settore dell'ordinamento.

Fattispecie di questo tipo (i.e. di carattere insieme formalistico e sanzionatorio) hanno l'apparente pregio di conformarsi ai principi di frammentarietà e tassatività. Difatti, focalizzando l'attenzione sulla singola violazione civilistica, esse impediscono qualsiasi ricorso ad interpretazioni estensive. D'altra parte, molteplici sono i rilievi critici cui esse si espongono. A titolo esemplificativo, sarà sufficiente l'esegesi del previgente art. 2631, disposizione in certo senso antesignana dell'attuale reato di «infedeltà patrimoniale».

---

[3] *Ibidem*.

[4] Diffusamente sul carattere "sanzionatorio" di gran parte del diritto penale dell'economia, v. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione dell'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, 435 ss.

La fattispecie in esame aveva ovviamente come presupposto la sussistenza, in capo all'amministratore, di un interesse incompatibile con quello sociale. La condotta punita consisteva semplicemente nel mancato ottemperamento all'obbligo (all'epoca, come visto, sancito dall'art. 2391) di astenersi dalla partecipazione all'adunanza consiliare o del comitato esecutivo in ordine all'operazione oggetto di interesse. Il fondamentale rilievo critico mosso da concorde dottrina riguardava l'ambito di rilevanza penale tracciato dalla norma. Si notava come questa risultasse in alcune ipotesi inutilmente troppo estesa, mentre in altre lasciasse odiose sacche di impunità. Da una parte, infatti, la mancata previsione di un evento di danno[5] comportava che anche qualora la partecipazione all'adunanza non avesse in alcun modo influito sulla deliberazione consiliare sarebbe sorta responsabilità penale. Dall'altra parte, la scelta di sanzionare unicamente l'obbligo astensivo permetteva all'amministratore di perseguire comunque l'interesse confliggente senza incorrere nella sanzione penale. Ciò, ogni qualvolta questi fosse ricorso a metodi persuasori alternativi alla classica partecipazione all'adunanza. Si configurava dunque un marcato squilibrio negli ambiti assoggettati a tutela penale.

Palese cartina tornasole di tale problematica era il dibattito esegetico rapidamente sviluppatosi attorno alla disposizione, il quale vedeva una corrente "formalistica" contrapporsi ad una "sostanzialistica". Questa seconda rifiutava la mera rilevanza dell'inadempimento dell'obbligo *ex* art. 2391. Piuttosto, essa richiedeva, per la consumazione del reato, che la partecipazione dell'amministratore interessato fosse risultata in concreto idonea ad orientare l'organo nella sua collegialità al perseguimento dell'interesse confliggente[6]. Ad ogni modo, un vuoto di tutela ancor maggiore si riscontrava in quelle ipotesi in cui la società fosse sprovvista di un organo amministrativo collegiale. In caso di amministrazione unipersonale, infatti, sarebbe venuto a mancare lo stesso obbligo astensivo presupposto della condotta incriminata. Col risultato, paradossale, che da un contratto direttamente stipulato da un amministratore unico in conflitto non

[5] Ad onor del vero, il secondo comma dello stesso articolo considerava l'ipotesi della causazione di un «pregiudizio alla società». L'evento però veniva semplicemente elevato a circostanza aggravante – nell'ottica di un significativo innalzamento della risposta punitiva (da meramente pecuniaria a detentiva) – e non ad elemento costitutivo del reato.
[6] LIONETTI, *Analisi critica*, cit., 232.

sarebbe mai derivata responsabilità, mentre la partecipazione solo formale dell'amministratore interessato ad una delibera collegiale sarebbe stata sufficiente all'attivazione del presidio penale, anche in assenza della stipula finale.

Volendo generalizzare quanto appena rilevato in merito al conflitto di interessi, ad essere negletto nell'impostazione formalistico-sanzionatoria è lo tesso principio di offensività. Si è già posta in luce[7], la funzione critica del concetto di bene giuridico, quale strumento per selezionare tutti e soli i comportamenti davvero caratterizzati da una carica offensiva. Ebbene, il rischio insito nell'oblio di tale concetto sta proprio in ciò, che venga a delinearsi un diritto penale "del comando". Un diritto, cioè, ove la concreta offensività della condotta passi in secondo piano e il disvalore della stessa si esaurisca nel mero inadempimento ad un obbligo astrattamente posto dall'ordinamento.

Da ultimo, a destare perplessità rispetto all'approccio sanzionatorio era anche il tema dell'adeguamento interpretativo della fattispecie penale. Il rinvio alla disciplina civilistica non può infatti intendersi completamente "mobile", nel senso che, nella lettura della disposizione penale, i riferimenti civilistici solo entro un certo limite possono interpretarsi *per relationem*. L'interpretazione delle disposizioni penali segue infatti canoni molto più restrittivi di qualsiasi altra branca giuridica, quale riflesso del principio di stretta legalità[8]. *Ergo*, l'applicazione analogica della norma civilistica – pur eventualmente resa necessaria dal contesto normativo – mai potrebbe ridondare, ampliandola, sulla fattispecie penalistica che a tale norma faccia rinvio[9]. Si configura dunque il pericolo di uno scollamento progressivo fra le dimensioni civile e penale, scollamento che la concezione sanzionatoria pur in primo luogo vorrebbe elidere.

2. La parabola giurisprudenziale dell'appropriazione indebita.

Conclusivamente, può affermarsi senza tema di smentita che il sistema previgente comportasse una generale impunità per gli amministratori di società di capitali rispetto ad atti di gestione infedele. Le poche norme poste a presidio della

---

[7] V. *supra* Cap. I.
[8] Basti richiamare l'art. 14 prel., che esclude il ricorso all'*analogia legis* per le «leggi penali». Copertura costituzionale al principio viene poi assicurata, com'è noto, dall'art. 25 Cost.
[9] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 3.

fedeltà gestionale, come visto, erano del tutto inadeguate ad una tutela effettiva del patrimonio sociale.

Purtuttavia, le criticità progressivamente evidenziate sono rimaste per lungo tempo ignorate dal legislatore, trovando ascolto unicamente in sede giurisprudenziale. Ben prima che il legislatore intervenisse a coprire i vuoti di tutela, la giurisprudenza ha operato in via autonoma. In particolare, attraverso una lettura estensiva di reati patrimoniali finitimi a quelli societari, sovente al limite dell'ampliamento analogico. In questo contesto, l'appropriazione indebita ha avuto un ruolo privilegiato. D'altronde, si è sin qui più volte accennato alla particolare funzione suppletiva che nei decenni scorsi l'art. 646 c.p. ha rivestito nel campo delle infedeltà patrimoniali[10]. Conviene ora riassumere tali percorsi interpretativi, dal momento che i rilievi critici mossi ad essi hanno propiziato le soluzioni normative adottate dalla riforma.

2.1. La fattispecie.

L'art. 646 c.p. punisce chi, «per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso». Si stabilisce poi la punibilità a querela della persona offesa. Infine, il secondo comma prevede una circostanza aggravante ad effetto comune nel caso che il possesso si sia costituito «a titolo di deposito necessario» e, dunque, la condotta si configuri più subdolamente abusiva di una posizione di vantaggio sulla vittima.

Gli elementi obiettivi del reato sono tre: la natura mobiliare del bene in oggetto, la sussistenza di una pregressa situazione possessoria e l'esercizio di tale possesso in maniera usurpativa ossia tale da negare oggettivamente il diritto poziore del proprietario. Conviene procedere ad un esame differenziale di tali elementi, avendo a raffronto il delitto di furto: sono evidenti, infatti, gli stretti legami

[10] Peraltro, analoghi fenomeni di supplenza giurisprudenziale sono comuni anche ad altri ambiti del diritto penale dell'economia. Ciò è particolarmente evidente nel finitimo campo delle collateralità fra politica e grande impresa (luogo d'elezione dei fenomeni corruttivi). Ivi, analoga funzione suppletiva ha a suo tempo esercitato il delitto di false comunicazioni sociali (*vulgo*: falso in bilancio). La costituzione di fondi *extra* bilancio, attraverso manovre contabili non corrette, il più delle volte precede cronologicamente l'effettiva spesa della provvista in attività illecite. Il sempre più frequente ricorso giurisprudenziale alla summenzionata fattispecie *sub* art. 2621 è dunque servito a colpire "a monte" – e dunque in via fin troppo anticipata e di sicuro impropria – fattispecie che, analogamente all'infedeltà patrimoniale, non trovavano adeguata repressione diretta. Sul punto, v. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milano, 2007, 199.

strutturali fra le due fattispecie[11]. Anzitutto va notata l'identità dell'oggetto materiale. È pacifico in entrambi i casi che l'oggetto debba consistere in un bene materiale e mobile, risolvendosi la separata indicazione del «denaro» in una pleonastica specificazione semantica. Ad alcune incertezze ha dato adito il requisito dell'altruità del bene, soprattutto al fine di individuare in modo puntuale la persona offesa e dunque legittimata alla proposizione della querela. Tali questioni, spesso anche estremamente sofisticate, non assumono tuttavia rilievo per la presente trattazione[12].

Rispetto invece alla modalità di aggressione patrimoniale, si evidenzia un rapporto di incompatibilità fra le due fattispecie. Nel furto, infatti, si presuppone l'assenza di possesso[13] in capo all'agente o, al più, la sua mera detenzione; nell'appropriazione indebita, il previo possesso è viceversa elemento costitutivo. La sussistenza di una situazione possessoria è dunque carattere discretivo fra le due fattispecie[14] ed è ciò che rende il furto, come notato in apertura, un reato di "usurpazione unilaterale", ossia di aggressione prescindente da previ rapporti con la vittima.

Venendo infine alla condotta appropriativa, rispetto ad essa il legislatore ha probabilmente tracciato la novità di maggior rilievo rispetto all'assetto previgente. Come visto, infatti, l'art. 417 del codice Zanardelli lasciava il requisito del possesso al ruolo di mero presupposto implicito. La disposizione preferiva invece focalizzarsi sul titolo costitutivo del possesso, individuato in un previo rapporto che

---

[11] CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, in CENDON (a cura di), *Nuova enciclopedia*, Padova, 2005, 636 s.

[12] È evidente, infatti, come in ambito societario il patrimonio sociale sia per definizione «altrui» rispetto all'amministratore. I dubbi più rilevanti si sono invece appuntati, ad esempio, sull'ipotesi del nudo proprietario che si trovi a gestire il bene in forza di un contratto di affitto intercorso con l'usufruttuario. Ci si è chiesti se il gerente commetterebbe appropriazione indebita se invertisse il possesso: solo l'accoglimento di una nozione lata di "altruità" consentirebbe la risposta affermativa. Su quest'ultimo punto v. CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, cit., 164 ss.

[13] Non è questa la sede per inoltrarsi nel fitto dibattito – e dottrinario e giurisprudenziale – in merito alla concezione da accogliere circa il requisito del possesso, dibattito che ripete l'eterna diatriba fra la corrente autonomista e quella civilista del diritto penale. Sul punto si rinvia, per tutti, all'analisi di FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 33 ss. Gli Autori riconoscono anzitutto che il dibattito fra i due astratti poli "autonomista" e "civilista" vada risolto considerando di volta in volta il concreto contesto normativo e non in maniera aprioristica. Tanto premesso, essi si schierano, con la dottrina più recente, per una concezione autonoma del possesso. Nello specifico, esso viene definito quale potere di fatto sulla *res*, che si qualifichi come diretto e sottratto alla sfera di controllo di altri soggetti che possano vantare sulla stessa un rapporto giuridicamente "maggiore".

[14] In tal senso, Cass. pen., Sez. V, 15 gennaio 1997, n. 2032, Flosci.

comportasse alternativamente un obbligo restitutorio ovvero un utilizzo determinato. In sostanza, il codice Zanardelli pareva seguire *in toto* la tassonomia abbozzata nel Capitolo precedente. Esso individuava il fulcro dell'offensività nella violazione non già del possesso materiale, bensì del rapporto fiduciario che di quel possesso era matrice.

Al contrario, l'opposta scelta del codice Rocco di porre l'accento sul possesso *sic et sempliciter* è stata posta in debito risalto nella Relazione ministeriale. Ivi si legge che «la condizione dell'affidamento, aggiunta dal codice del 1889, non solo restringe[va] la portata del delitto, ma fini[va] per snaturarne l'essenza, perché fa[ceva] apparire essere questo riposto in una violazione della fiducia, e non nella violazione del diritto di proprietà»[15].

Si è opportunamente parlato in merito di un tentativo di "estirpazione" concettuale dell'originario paradigma fiduciario[16]. Con l'intento deliberato di ampliarne l'ambito applicativo, il legislatore ha eliso dal reato in parola la condizione del previo affidamento del bene – condizione percepita come foriera di eccessiva restrizione del penalmente rilevante. A ben vedere, però, col senno di poi l'effetto della correzione è stato di segno opposto. Se è vero, infatti, che l'art. 417 richiedeva che il bene fosse stato espressamente affidato all'agente, d'altra parte sarebbe erroneo affermare che i casi di invenzione o di acquisizione fortuita della disponibilità della *res* fossero sguarniti di tutela. Gli articoli seguenti del codice Zanardelli, pur sotto diverso titolo, davano penale rilevanza proprio a queste fattispecie e in modo del tutto analogo alla tradizionale figura dell'appropriazione indebita[17]. Di talché, da una parte l'ambito del penalmente rilevante è rimasto sostanzialmente immutato[18] dopo la riforma. Dall'altra il mancato riferimento ad un pregresso rapporto fiduciario (*rectius*, di fedeltà personale) avrebbe preparato

---

[15] V. Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, II, 470.

[16] Al concetto di "estirpazione" fa riferimento CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, cit., 46 s. L'Autore, invero, ricollega la *vis expansiva* dimostrata nel tempo dalla norma alla sua «inestirpata radice fiduciaria».

[17] Il riferimento è all'art. 420, co. 1, nn. 1 (invenzione di cosa smarrita), 2 (scoperta del tesoro) e 3 (possesso conseguito per errore o caso fortuito), nonché all'art. 417 (abuso di foglio in bianco).

[18] Si esprime decisamente nel senso di un'intima continuità strutturale della fattispecie di appropriazione indebita fra il codice Zanardelli e quello vigente LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 96 ss.

per il futuro un rilevante irrigidimento operativo, ancorando la fattispecie a condotte necessariamente appropriative di beni mobili.

Solo per completezza espositiva, va conclusivamente rilevato il requisito subiettivo del dolo specifico di profitto, richiesto anche nella fattispecie di furto. Risiedendo a livello meramente volitivo[19], l'effettivo conseguimento di un profitto non è da ritenersi elemento costitutivo per entrambi reati, i quali si configura dunque come fattispecie di mera condotta[20].

2.2. L'ampliamento giurisprudenziale.

Nonostante il tentativo di «estirpazione» del carattere fiduciario del reato, la giurisprudenza ha pervicacemente continuato a coltivare tale filone interpretativo, ancorché in modo velato. Per coprire almeno momentaneamente i vuoti di tutela rapidamente apertisi in ambito societario, la giurisprudenza ha preso ad accostare il concetto di "appropriazione" a quello di "distrazione". Col secondo sintagma si è identificata l'attività di distoglimento di un bene dalla cura dell'interesse cui era originariamente destinato, per servirne uno diverso. Questo slittamento semantico ha permesso in un certo senso di smaterializzare la condotta appropriativa e in parte di riposizionare il requisito del possesso materiale nell'originaria penombra cui era stato relegato dal codice Zanardelli.

L'esame diacronico della giurisprudenza evidenzia una traiettoria ben precisa al riguardo. Invero, i primi decenni successivi alla promulgazione del codice Rocco registravano ancora letture alquanto statiche, incentrate su fatti di microcriminalità, variamente afferenti a relazioni economiche «di tipo agricolo o paleo capitalistico»[21]. Il processo di modernizzazione socioeconomica intervenuto nell'ultimo secolo[22] avrebbe modificato in radice questo assetto.

---

[19] Diversamente da quanto previsto dal codice Zanardelli, che richiedeva l'effettiva «conver[sione] in profitto» del bene. Dunque, da questo punto di vista (e solo da questo) si è avuto un reale ampliamento dell'ambito di rilevanza penale.

[20] Per l'appropriazione indebita, tuttavia, il punto non è pacifico. Parte minoritaria della giurisprudenza contesta questa conclusione, rilevando che il definitivo impossessamento della *res* sia da considerarsi quale evento. Cfr., pur se con un riferimento all'evento «giuridico» e non naturalistico, Cass. pen., Sez. II, 3 marzo 1999, n. 1119, Femia. La dottrina, coralmente, si schiera in senso opposto; cfr. CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, cit., 15.

[21] CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, cit., XXXIII. L'Autore cita le prime analisi della fattispecie svolte dal Petrocelli, le quali, pur se «pregevoli e per certi aspetti ancora fondamentali», risentivano «pesantemente del contesto socio economico in cui la figura criminosa fu concepita».

[22] Succintamente esposto *supra*, Cap. I, § 1.

Il processo di urbanizzazione fece storicamente da primo banco di prova. La gestione condominiale affidata all'amministratore presagiva in piccolo ciò che il consiglio di amministrazione avrebbe rappresentato più in là nel contesto della grande impresa azionaria. Già all'inizio del XX secolo la giurisprudenza iniziò a ricorrere all'art. 646 c.p. per sanzionare condotte appropriative concernenti documenti o somme di denaro condominiali da parte dell'amministratore[23]. Con specifico riguardo alla gestione societaria, invece, il fenomeno ha subito un'accelerazione a partire dagli anni '80, anzitutto con riferimento all'amministrazione bancaria. In questo specifico ambito, infatti, il bisogno di tutela era particolarmente avvertito. Non solo il ricorso ad istituti di credito da parte dei piccoli risparmiatori è divenuto col tempo imprescindibile nelle attuali società progredite – ciò che ha indubbiamente accresciuto i patrimoni esposti al rischio di abuso. Ma, più significativamente, la progressiva privatizzazione del settore bancario avvenuta alla fine degli anni '80 lo aveva altresì sguarnito del ben più penetrante statuto penale della pubblica amministrazione[24]. Ad ogni modo, dal settore bancario l'impostazione estensiva fu progressivamente comunicata alle società di capitali in generale, conseguendo un certo consolidamento giurisprudenziale.

Al culmine del percorso di ampliamento si pone la nota sentenza *Bussei*[25], la cui motivazione è paradigmatica al riguardo. Si argomenta infatti che l'appropriazione indebita sussista ogni qualvolta «l'agente abbia dato alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni del suo possesso». Muovendo

---

[23] Da ultimo, in merito ad attività distrattive di somme di denaro dai conti correnti degli inquilini, cfr. Cass. pen., Sez. II, n. 12618 del 12 dicembre 2019, Marcoaldi. Con riferimento invece alla mancata consegna dei documenti contabili al termine della gestione condominiale, cfr. App. Palermo Sez. IV, n. 2774 del 6 giugno 2016.

[24] V. CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, cit., XXXIV s. A mero titolo esemplificativo, v. Cass. pen., Sez. VI, n. 4070 del 24 gennaio 1983, Aquilini: la pronuncia inquadra ancora come peculato (presupponendo dunque in capo all'impiegato di banca la qualità di pubblico ufficiale) la condotta distrattiva posta in essere dal dipendente della banca sulle somme ricevute dai clienti. Viceversa, per il definitivo riconoscimento del delitto di appropriazione indebita, v. Cass. pen., SS.UU., 28 febbraio 1989, n. 9863, Vita. Quest'ultima pronuncia, peraltro, è da segnalare anche per la chiarezza con cui viene impostato il problema. Prima di riconoscere l'applicabilità dell'art. 646 al caso di specie, la S.C. afferma che, se da una parte è da stigmatizzare l'ampliamento arbitrario del campo sanzionatorio dell'appropriazione indebita, dall'altra parte alcuna censura può muoversi a tale operazione ermeneutica se, a ben vedere, dovesse trattarsi di «doverosa applicazione di norme penali già esistenti nel sistema e immediatamente utilizzabili».

[25] Cass. pen., Sez. II, 4 aprile 1997, n. 5136, Bussei.

da tale assunto, ed identificando nell'oggetto sociale l'unica destinazione legittima delle somme e dei beni gestiti dall'amministratore, la Corte giungeva alla conclusione che fosse punibile *ex* art. 646 c.p. il fatto dell'amministratore che «costituendo riserve di danaro *extra* bilancio, con gestione occulta, le distragga in favore di terzi per scopi illeciti ed estranei all'oggetto sociale ed alle finalità aziendali». La condotta così individuata era chiaramente quella c.d. distrattiva, ossia consistente non in un esercizio materiale di facoltà dominicali, ma in un dirottamento della funzione del bene dallo scopo sociale a fini ad esso estranei.

2.3. Lo "stop" degli anni '90 e la prima fattispecie di infedeltà patrimoniale.

Tali sviluppi interpretativi non mancarono di sollevare critiche molto serrate in dottrina, anzitutto con riferimento al principio di legalità. La condotta appropriativa prevista dall'art. 646 c.p. contiene in sé un ineliminabile timbro materiale o apprensivo. Già sul piano letterale, dunque, le condotte distrattive di fondi – ancorché illegittimamente costituiti – solo con evidente forzatura possono farsi rientrare nell'area di rilevanza penale.

A destare perplessità era anche un certo squilibrio punitivo delle condotte infedeli. Pur se con estensione ai limiti dell'analogicità, le condotte distrattive considerate dal filone cui fa capo la sentenza *Bussei* rientrano pur sempre in attività gestionali afferenti a specifici beni sociali (denaro, nel caso di specie). In alcun modo, però, l'art. 646 c.p. consentirebbe di reprimere condotte, ancorché gravemente infedeli, che si risolvono alternativamente in atti meramente interni di natura organizzativa ovvero in atti a rilevanza giuridica esterna ma di carattere puramente obbligatorio, come la stipulazione di contratti sfavorevoli per la società e ciononostante privi di effetti reali[26]. Come anticipato, a rendere problematica l'estensione interpretativa è stato, paradossalmente, proprio il codice Rocco, che ne ha irrigidito in modo rilevante l'ambito applicativo. In sostanza, l'espunzione del riferimento al paradigma della fedeltà personale (sotto le spoglie

[26] Denuncia tali carenze strutturali MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 201. L'Autore nota come ad infedeli trasferimenti di ricchezza possa darsi adito anche a prescindere da «un atto di disposizione *en propriétaire*, compiuto arbitrariamente dal possessore non proprietario».

dell'"affidamento") ha avuto un effetto restrittivo piuttosto che ampliativo rispetto ai nuovi bisogni di tutela[27].

Ma a preoccupare di più – e a livello dottrinale e a livello economico – erano le critiche inerenti all'estrema discrezionalità conferita da una tale interpretazione all'intervento giudiziario. Se per integrare un fatto di appropriazione è sufficiente un uso dei beni sociali anche lievemente diverso da quello "istituzionale" dell'oggetto sociale, si capisce bene quanto ampio possa rivelarsi l'ambito del penalmente rilevante e quanto pericolosamente lata possa essere la discrezionalità di cui si investe il giudice. Il rischio era quello di un totale scardinamento della c.d. *business judgement rule*, con effetti nefasti sulla libertà dell'iniziativa economica, sempre passibile di un penetrante sindacato *ex post* in sede giudiziaria.

Tuttavia, proprio l'ineludibilità del portato letterale dell'art. 646 c.p. avrebbe, in pochi anni, determinato un clamoroso *révirement* giurisprudenziale. Capostipite del nuovo indirizzo fu la sentenza *Bernabei*[28], poi definitivamente consolidata dalla sentenza *Cusani*[29,30].

La prima, in particolare, ebbe a ribadire il carattere materiale della condotta *sub* art. 646 c.p., in quanto «soggettivamente ed oggettivamente orientata ad impadronirsi della cosa, cioè ad instaurare un completo dominio su di essa». Una condotta, dunque, non identificabile con un'attività meramente distrattiva, la quale ultima è invece incentrata sulla correttezza dell'interesse perseguito nella gestione del bene. La seconda si occupò invece di sterilizzare le più preoccupanti derive inerenti al sindacato giudiziale sull'attività amministrativa. Essa puntualizzò la non sufficienza dell'impiego di fondi *extra* bilancio, ancorché costituiti in contrasto con precise norme organizzative, per la configurabilità dell'appropriazione indebita. Nello specifico, la Suprema Corte è partita dal rilievo per cui «può accadere che una persona giuridica, attraverso i suoi organi, persegua i propri scopi con mezzi illeciti, senza che ciò comporti di per sé l'interruzione del rapporto organico». Da ciò la Corte deduce che ai fini dell'art. 646 c.p. «si rende necessaria una condotta

---

[27] In senso conforme, LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 109.
[28] Cass. pen., Sez. II, del 23 giugno 1989, Bernabei. La pronuncia anticipò di ben nove anni la definitiva statuizione della Cusani.
[29] Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245, Cusani.
[30] CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale,* in CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società,* Padova, 2014, 432.

che non risulti giustificata o giustificabile come pertinente all'azione o all'interesse della società». Ad essere richiesta è dunque un'estraneità radicale rispetto all'oggetto sociale; non già una gestione genericamente illecita.

A spingere verso un tale progressivo ridimensionamento dell'appropriazione indebita fu di fatto anche il legislatore. Questi, proprio nel 1998 era intervenuto nella delicata materia dell'intermediazione finanziaria col c.d. decreto Draghi[31]. Il provvedimento, come visto al capitolo precedente, anticipava talune soluzioni normative in tema di conflitto d'interessi, le quali sarebbero poi state accolte in via generale dalla riforma civilistica del 2003.

Non da meno il provvedimento si rivelò in ambito penale. Ivi, il decreto raccolse la prima figura di gestione patrimoniale infedele dell'intero ordinamento italiano, ricollocandola all'art. 167. Invero, la norma in questione era stata originariamente introdotta da un decreto (c.d. decreto Eurosim, d. lgs. 415/1996) solo due anni prima, in attuazione di due direttive comunitarie[32].

Premessa una clausola di sussidiarietà in apertura, la fattispecie prende in considerazione unicamente l'attività di gestione di portafogli e quella di gestione collettiva di risparmio, lasciando nell'irrilevanza penale ogni altra attività finanziaria. La norma assume a presupposto della condotta la sussistenza di un conflitto di interessi del gerente ed incrimina qualsiasi sua operazione che si caratterizzi per disvalore, segnatamente in base a due indici oggettivi (la causazione di un danno in capo ai titolari del patrimonio gestito e la violazione delle disposizioni inerenti al conflitto di interessi) e ad uno soggettivo (il dolo specifico di profitto). L'indefinitezza della modalità esecutiva («po[rre] in essere operazioni») è tale da eliminare le difficoltà applicative insite nella condotta appropriativa *sub* art. 646. Viceversa, i tre indici di rilevanza sopra elencati sono sufficienti a restringere in limiti opportuni la tipicità della condotta. Va rilevato, *a latere*, come la norma in questione non tuteli l'integrità patrimoniale dell'ente gerente in sé, bensì quella dei risparmiatori che di tale ente si servano per i propri investimenti. Nondimeno resta vero che si tratta di autentica infedeltà patrimoniale,

[31] D. lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (di seguito abbreviato in "t.u.f.").
[32] Si fa riferimento, segnatamente, alle direttive 93/6/CEE del 15 marzo 1993 e 93/22/CEE del 10 maggio 1993.

dal momento che il patrimonio infedelmente gestito dall'amministratore è comunque altrui.

L'introduzione – ancorché tardiva e ristretta al solo t.u.f. – di un delitto d'infedeltà patrimoniale presagiva l'implementazione di norme più generali in tema di conflitto d'interessi e il contestuale ridimensionamento del dibattito inerente all'ambito applicativo dell'appropriazione indebita. Ciò che puntualmente è avvenuto con la riforma del 2002. Non stupirà, dunque, che proprio su di essa la dottrina abbia fatto convergere le proprie speranze per una disciplina finalmente organica ed equilibrata del conflitto d'interessi societario.

3. Uno sguardo agli altri ordinamenti.

Prima di esporre, conclusivamente, le linee portanti dell'intervento del 2002, si rende necessaria una premessa di ordine comparatistico. Grande influenza sui *conditores* – quantomeno in materia di conflitto di interessi, la quale qui unicamente rileva – ebbe il confronto con i più vicini ordinamenti giuridici in ambito europeo. È ampiamente riconosciuto infatti che al legislatore italiano si offrissero due alternative entro cui orientarsi nel disciplinare l'infedeltà patrimoniale: il modello tedesco e quello francese[33]. La scelta operata, fin dalle prime proposte di riforma, è stata quella di una mediazione fra i due schemi, con una leggera preferenza per la variante francese.

3.1. Il modello tedesco.

Conviene partire dal modello tedesco, il primo storicamente ad introdurre una fattispecie d'infedeltà. Già il codice prussiano del 1852 accostava all'ormai tradizionale appropriazione indebita (*Unterschlagung*) una non meglio precisata "infedeltà" (*Untreue*). L'impostazione sarebbe rimasta sostanzialmente immutata nel codice unitario del 1870 e di qui mai più revocata in dubbio, nonostante i frequenti e, spesso, radicali emendamenti[34]. La scelta è evidentemente stata quella di introdurre un reato comune e a portata generale, che sanzionasse non solo la condotta infedele dell'amministratore societario, ma anche quella di qualsiasi

[33] CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 435 s.
[34] LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 63.

soggetto a vario titolo implicato nella gestione di un patrimonio altrui. Come anticipato, la fattispecie in questione va sotto il nome di *Untreue* (letteralmente "infedeltà") ed è prevista al § 266 stGB[35].

Presupposto della condotta è appunto un potere giuridico esercitabile su un patrimonio altrui. Tale potere si estrinseca alternativamente in facoltà dispositive dei beni ovvero in attività che comportino la contrazione di obbligazioni in capo al gestito. La formula è dunque estremamente ampia, tale da ricomprendere qualsiasi potere gestionale su patrimonio altrui. E tale ampiezza è confermata dalla puntualizzazione dei possibili titoli costitutivi di tali poteri, comprensivamente esemplificati nella triade «legge, ordine dell'autorità, negozio giuridico».

La condotta viene declinata, paradigmaticamente, proprio nell'alternativa fra «abuso di potere» e «violazione dell'obbligo di curare gli interessi altrui»[36]. Ad ogni modo, le incertezze applicative in merito alle differenze fra le due formule vengono assopite dal richiamo, onnicomprensivo, ad ambedue le modalità consumative.

La previsione di un evento di danno (*rectius*, di «pregiudizio») comporta una certa restrizione dell'ambito di tipicità, confinandolo solo a fatti effettivamente offensivi rispetto al gestito. È ineludibile, tuttavia, la portata generale della fattispecie, la quale non esaurisce il proprio ambito applicativo nella gestione societaria – ancorché sia questo il suo campo d'elezione – ma copre qualsiasi ipotesi di scissione fra proprietà e gestione.

---

[35] Si riporta per comodità di lettura tanto la versione originaria quanto la traduzione in lingua italiana:
Untrue (DE)
Abs.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.
Abs. 2: § 243 Abs. 2 sowie die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.
Infedeltà (IT)
Co. 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 incombano 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.
Co. 2: Si applicano in quanto conformi i §§ 243 Abs. 2, 247, 248a e 263 Abs. 3.

[36] Sulla differenza tra le due espressioni v. *supra*, Cap. I, § 3.2.

La generalità della fattispecie ha permesso, opportunamente, alla dottrina tedesca di inquadrare in modo appropriato le vicende abusive poste in essere dall'amministratore di società. Prova ne è la stretta interpretazione che viene, di converso, riservata al delitto di *Unterschlagung*, concepito «come semplice ritenzione della cosa ed inversione del possesso, indipendentemente da ogni lesione della fiducia»[37].

L'impostazione tedesca ha avuto generale successo in area germanica, influenzando le codificazioni austriaca e svizzera, pur con le rispettive varianti. Prendendo ad esempio l'esperienza svizzera, l'art. 158 del codice penale elvetico[38], rubricato «amministrazione infedele», è evidentemente un ricalco dall'*Untrue*. Anche qui, infatti, troviamo la tripartizione delle fonti dell'obbligo di fedeltà fra «legge, mandato ufficiale o negozio giuridico» ed anche qui il presupposto del reato consiste nell'amministrazione di un «patrimonio altrui». Le differenze più interessanti vanno addirittura nel senso di un ampliamento dell'area di tipicità. Anzitutto non si rinviene alcun riferimento alla classica dicotomia fra abuso di potere e violazione dell'obbligo, rendendo il reato a condotta libera e così spostando tutta la tipicità nella semplice causazione di un danno al patrimonio gestito. In secondo luogo, la disposizione si premura di specificare l'integrabilità del reato anche in forma omissiva (viene infatti punito chi «danneggia [il patrimonio] *o permette che ciò avvenga*») e, financo, a prescindere da una previa formale investitura nella posizione gestoria («è punito con la stessa pena chi compie tali atti dopo aver *assunto senza mandato* la gestione del patrimonio altrui»).

---

[37] LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 63.

[38] Si riporta per comodità di lettura la versione (ufficiale) in lingua italiana della disposizione:
Co. 1: Chiunque, obbligato per legge, mandato ufficiale o negozio giuridico ad amministrare il patrimonio altrui o a sorvegliarne la gestione, mancando al proprio dovere, lo danneggia o permette che ciò avvenga, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.
È punito con la stessa pena chi compie tali atti dopo aver assunto senza mandato la gestione del patrimonio altrui.
Il giudice può pronunciare una pena detentiva da uno a cinque anni se il colpevole ha agito per procacciare a sé o ad altri un indebito profitto.
Co. 2: Chiunque, per procacciare a sé o ad altri un indebito profitto, abusa della qualità di rappresentante conferitagli dalla legge, da un mandato ufficiale o da un negozio giuridico e cagiona in tal modo un danno al patrimonio del rappresentato, è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.
Co. 3: L'amministrazione infedele a danno di un congiunto o di un membro della economia domestica è punita soltanto a querela di parte.

3.2. Il modello francese.

Ciò che accomuna, in definitiva, le elaborazioni di area germanica è la portata generale delle fattispecie. Esse risultano applicabili anche oltre gli ambiti del diritto societario e sono imperniate non tanto attorno alla figura di un gerente in particolare (l'amministratore di società) bensì attorno al concetto, generalissimo, di (in)fedeltà. Modello alternativo si è invece rivelato quello francese: qui, rifuggendo da fattispecie troppo generali, si è preferito fin da subito circoscrivere l'ambito del penalmente rilevante al solo campo societario. La disposizione è stata introdotta nel 1935, novellata nel 1966 nell'ambito della riforma delle società commerciali e, da ultimo, ulteriormente ritoccata nel 2000.

Il reato delineato, come anticipato, è da qualificarsi proprio: le condotte vengono ritagliate attorno a specifici abusi esercitabili solo da chi sia con la società in un qualche rapporto gestionale. L'art. L241 del c. com. individua una nutrita serie di reati, di cui quelli rilevanti ai nostri fini sono collocati rispettivamente ai numeri quarto e quinto del primo comma[39] – rivolti unicamente ai «*gérants*», ossia ai dirigenti. Si tratta dei fatti di *abus* «*des biens ou du crédit*» da una parte e «*des pouvoirs et des voix*» dall'altra. Rimane fermo il carattere centrale dell'*abus*, identificato nel dirottamento delle facoltà gestionali – pur astrattamente spettanti al reo – «*à des fins personelles*». Tuttavia, il disvalore viene declinato in base allo

[39] Si riporta per comodità di lettura tanto la versione originaria quanto la traduzione in lingua italiana, unicamente dei nn. 4 e 5 del co. 1:
Abus des biens ou du credit, des pouvoirs et des voix (FR):
Co. 1: Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros:
[...] N. 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;
N. 5: Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent 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. [...]
Abuso di beni o del credito, di poteri e di voti (IT):
Co. 1: È punito con la reclusione di cinque anni e la multa di 375.000 euro:
[...] N. 4: Il fatto, per i dirigenti, di fare, in malafede, dei beni o del credito della società, un uso che essi sappiano contrario all'interesse di questa, per fini personali o per favorire un'altra società o impresa nella quale sono direttamente o indirettamente interessati;
N. 5: Il fatto, per i dirigenti, di fare, in malafede, dei poteri di cui dispongono o dei voti di cui dispongono, in tale veste, un uso che sanno essere contrario agli interessi della società, per fini personali o promuovere un'altra società o attività in cui abbiano un interesse diretto o indiretto. [...]

specifico oggetto sociale verso cui viene rivolta l'offesa: beni, credito, poteri o voti[40].

Ambedue i numeri si aprono poi con l'inequivoca dizione «*Le fait*», ciò che basta per ritenere questi reati unicamente integrabili in forma commissiva, giammai nelle forme omissive cui la genericità dell'*Untrue* si presta.

La fattispecie è più elaborata – in senso restrittivo – rispetto a quelle di area germanica anche per quanto concerne l'elemento soggettivo. In primo luogo, il riferimento alla mala fede impone, giustamente, la sussistenza del dolo. Il dolo viene poi rafforzato, nella sua componente rappresentativa, dal requisito della specifica conoscenza, da parte del dirigente, dell'estraneità del fine perseguito rispetto a quello sociale. Infine, oltre al dolo generico viene altresì richiesto un dolo specifico rivolto all'interesse extrasociale perseguito. Tale interesse, in assenza di più esatta specificazione, può tranquillamente rinvenirsi anche in un vantaggio genericamente non patrimoniale.

L'accentuata disciplina non solo del momento oggettivo ma anche della componente psicologica si riscontrerà, nel prosieguo, nelle scelte operate dal legislatore italiano. Al momento basti precisare che il modello francese è stato tendenzialmente seguito anche dalla Spagna. Ivi, la ricodificazione del 1995 ha visto l'introduzione di un ben congegnato *corpus* di «*delictos societarios*». Fra questi, spicca l'ascendenza "francese" della corrispondente fattispecie di «*administración fraudolenta*», tipizzata all'art. 295 c.p.[41]

4. La riforma del 2002. Linee fondanti e criticità.

La riforma del 2002[42] ha agito da vero e proprio spartiacque nel diritto penale d'impresa. La dottrina, dal canto suo, non ha esitato a caricare l'occasione di aspettative spesso fin troppo ambiziose – salvo, come si vedrà, abbandonarsi poi a critiche di inaudita asprezza riguardo al prodotto normativo finale[43]. Ciò che risulta chiaro, comunque, è la radicalità degli interventi posti in essere. Per quanto

---

[40] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 87.
[41] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 88.
[42] Realizzata con d. lgs. n. 61 dell'11 aprile 2002, Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'art. 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366.
[43] Cfr. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 3. Suo il ricorso al termine "spartiacque" per denotare la riforma.

– giustamente – criticati, è innegabile il totale mutamento strutturale cui l'intero diritto penale dell'economia è andato incontro.

Ad uno sguardo più attento, la riforma partiva già in qualche modo col piede sbagliato, quantomeno sul fronte della tempistica. Con singolare inversione cronologica, infatti, si è scelto di anticipare la riforma penale su quella civile, quest'ultima, com'è noto, varata soltanto un anno dopo. In fondo, per quanto la concezione sanzionatoria del diritto penale dell'economia sia stata stigmatizzata, non è comunque concepibile un diritto penale completamente avulso dal restante contesto normativo. Il legislatore delegato si è dunque cimentato in un difficile esercizio di anticipazione, ancor più arduo se si considerano i fitti rinvii alle disposizioni civilistiche per cui si caratterizzava, negativamente, la disciplina pregressa.

4.1. I tratti salienti della riforma.

Nello specifico, la riforma ha toccato molteplici aspetti. Anzitutto ha provveduto ad innovare la disciplina delle posizioni soggettive penalisticamente rilevanti all'interno delle società di capitali. Molto attesa, e nei fatti accolta positivamente, è stata la scelta di estendere *expressis verbis* la responsabilità penale anche in capo ai "soggetti di fatto", che vengano a vario modo ad ingerirsi nella vita societaria.

La giurisprudenza era già approdata ad una concezione sostanzialistica della qualifica di amministratore, scelta peraltro necessaria se si considera il carattere di reato proprio tipico delle fattispecie in questione. Ora l'art. 2639 c.c., rubricato «estensione delle qualifiche soggettive», estende espressamente la responsabilità penale tanto in capo a «chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata», quanto in capo a «chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione». Se nel primo sintagma è ancora leggibile in controluce il "timore" del legislatore delegato di un carente coordinamento con la successiva riforma civilistica, nel secondo è invece evidente la figura dell'"amministratore di fatto"[44].

[44] Per l'applicazione di queste clausole estensive al delitto di infedeltà patrimoniale *ex* art. 2634 c.c., v. *infra* Cap. IV, § 3.

Gli interventi maggiori, e al tempo stesso più controversi, si sono però registrati nel tentativo di porre rimedio ai tratti maggiormente disfunzionali della disciplina originaria: la carente conformità al principio di offensività e i caratteri eccessivamente formali delle fattispecie pregresse. Di certo, un tale sforzo teso a rendere le disposizioni incriminatrici più conferenti rispetto al bene giuridico di riferimento era da apprezzare. Esso, ad unanime giudizio della dottrina, si è però spinto troppo oltre[45].

Il legislatore, in particolare, ha operato su tre diversi piani per conseguire il risultato prefissato. Anzitutto traslando l'accento dalla isolata trasgressione del precetto alla effettiva causazione di un danno alla società. Le fattispecie sono state così generalmente mutate in reati di evento. Ciò ha certamente permesso di evitare le peggiori distorsioni insite nella dinamica dei reati di pericolo astratto, in cui il presidio penale è spesso attivabile a prescindere da un'effettiva offesa al bene.

Il cambiamento risulta particolarmente evidente con riferimento alla fattispecie di «omessa comunicazione del conflitto di interessi»[46]. In passato essa avrebbe punito la semplice omessa astensione dalla partecipazione alla deliberazione collegale. Oggi non solo, come si vedrà, l'accento si è spostato sulla comunicazione dell'interesse confliggente, ma la tipicità della condotta è stata subordinata alla concreta causazione di un danno «alla società o a terzi». Questa prima modifica di carattere strutturale andrebbe perciò accolta in modo positivo, in quanto pienamente rispondente alle esigenze di razionalizzazione della repressione penale[47].

Maggiori perplessità hanno invece suscitato le ulteriori due linee di intervento. Si è proceduto infatti ad un doppio, generalizzato processo e di "patrimonializzazione" e di "privatizzazione" del diritto penale dell'economia.

Il primo effetto si è ottenuto attraverso plurimi canali. Anzitutto prevedendo diffusamente ipotesi di comportamenti *ex post* a contenuto riparatorio, tali da

---

[45] Basti qui far riferimento alle considerazioni svolte sul punto da un manuale istituzionale quale SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, Vol. II, Torino, 2018, 5 ss.
[46] Fattispecie *sub* art. 2629-*bis*. V. *amplius* Cap. succ.
[47] Per alcuni rilievi critici, v. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 6. L'Autore adduce come una tale posticipazione della soglia di punibilità da una parte si traduca in una risposta troppo tardiva dell'ordinamento (cioè "a danno ormai compiuto") e dall'altra trascuri che in tali condotte abusive risiede un intrinseco disvalore oggettivo, meritevole di sanzione *per se*.

conseguire l'estinzione del reato. Esempio paradigmatico è il caso di illegale ripartizione di utili o riserve, in cui «la restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato» (art. 2627, co. 2). L'inserimento di trattamenti premiali a fronte di contegni riparatori è da accogliere con favore; la previsione nientemeno di una causa di estinzione è tuttavia apparsa francamente esagerata. Si è notato, infatti, come, più che assicurare una tutela univoca del bene giuridico, si predisponga in questo modo un sicuro salvacondotto per l'amministratore che venga scoperto nella sua attività illecita – con evidente, e paradossale, risultato criminogeno. Lo stesso dicasi per la circostanza attenuante comune ai reati societari di cui all'art. 2640. Essa è applicabile nei casi di «offesa [e cioè di danno] di particolare tenuità». Nell'introdurre questa previsione, il legislatore ha contestualmente rimosso la precedente circostanza aggravante per il caso, speculare, di particolare gravità dell'offesa ed ha innalzato dalla metà sino a due terzi la diminuzione conseguibile rispetto alla cornice edittale.

Sempre nell'ottica della patrimonializzazione si muove anche l'abbondante previsione di soglie minime di non punibilità, ancorché inserite con l'asserito fine di implementare una certa sussidiarietà nella repressione penale. Nei fatti, soprattutto con riferimento al delitto di false comunicazioni sociali, esse hanno finito per restringere eccessivamente l'ambito della rilevanza penale in un gran numero di fattispecie[48]. L'impressione generale, insomma, è che il legislatore sia intervenuto nella direzione corretta, ma con mezzi decisamente sproporzionati rispetto ai fini. La nuova disciplina, secondo molti osservatori, ha così aperto vuoti di tutela ulteriori e addirittura più gravi di quella pregressa.

Il secondo effetto è invece derivato dalla diffusa previsione della procedibilità a querela della persona offesa, ossia della società medesima. Se legale rappresentante della società è naturalmente l'amministratore, si capisce bene quanto sia difficile immaginare che lo stesso reo, di fatto, scelga di costituirsi esercitando in nome della società il diritto di querela. Né a risultati sostanzialmente diversi si perviene estendendo la qualifica di persona offesa alla collettività dei soci,

[48] Proprio in merito al c.d. falso in bilancio, si è parlato di un «vero e proprio tradimento della originaria ragion d'essere della fattispecie»; v. FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario,* in *Dir. pen. proc.*, 2001, 10, 1197.

permettendo così all'assemblea di deliberare la presentazione della querela. Difatti, sono proprio i soci (*rectius*, la maggioranza di essi) ad aver precedentemente nominato in assemblea gli amministratori poi rivelatisi infedeli. Purtroppo, come si avrà modo di specificare in seguito, proprio il principale reato in tema di conflitto di interessi, ossia l'«infedeltà patrimoniale» di cui all'art. 2634 c.c., vede la propria perseguibilità subordinata alla querela della persona offesa. A nulla varrebbe obiettare che queste previsioni siano da accogliere positivamente quantomeno sul piano del sicuro effetto deflattivo: l'assunto, pur se dimostrato, confliggerebbe *in toto* con le ineliminabili esigenze di protezione sociale sottese all'intervento penale.

Da ultimo, aspramente criticato è anche un evidente abbattimento delle cornici edittali, spesso portate a livelli irrisori[49], soprattutto ove confrontate a reati dalla portata offensiva estremamente meno diffusiva, quali il furto. Accanto ai livelli sanzionatori vanno poi considerate le frequenti trasmigrazioni di fattispecie – anche ad elevata offensività – in campo contravvenzionale, quando non addirittura in quello dell'illiceità meramente amministrativa.

In definitiva, il combinato delle riduzioni sanzionatorie col pullulare di cause di estinzione e circostanze attenuanti rende l'idea di quanto non pienamente soddisfacente appaia ancora oggi, e nonostante la riforma, il diritto penale dell'economia. Le tendenze rispettivamente volte a patrimonializzare e privatizzare questo ambito di criminalità andavano certamente nella giusta direzione di abbandonare una volta per tutte le retrive e ormai inefficienti impostazioni formalistiche e sanzionatorie dell'intervento penale. Nondimeno si è finito per eccedere nel senso opposto. Come è stato notato in dottrina, il quadro che si offre oggi all'interprete è quello di un diritto penale societario «che ha perso, con ricadute diffusive anche su altri piani di regolazione, la propria bussola cognitiva e assiologica»[50].

---

[49] SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, Vol. II, cit., 12. L'Autore nota con ironia come il legislatore, «non pago degli abbattimenti sanzionatori operati all'interno di ciascuna fattispecie», abbia poi previsto l'ulteriore circostanza attenuante di cui all'art. 2640, di cui si diceva poco sopra.
[50] FORTI, *Diritto penale delle società. Introduzione al Tomo Primo*, in *Dir. pen. cont.*, 11 novembre 2014, 3.

L'analisi che seguirà, soffermandosi in modo particolareggiato sulle singole fattispecie di infedeltà presenti nel nostro ordinamento, dovrà tener necessariamente in conto i suesposti profili critici.

CAPITOLO IV

LE SINGOLE FATTISPECIE

1. Premesse ordinatrici.

Il presente Capitolo è dedicato all'esame delle singole fattispecie presenti nel nostro ordinamento, le quali diano rilevanza al conflitto di interessi nella gestione delle società di capitali. È possibile fare generico riferimento ai reati in questione come ai reati di "infedeltà patrimoniale", dato il legame biunivoco che lega la sussistenza di un conflitto di interessi alla violazione di un pregresso vincolo di fedeltà personale tra reo e persona offesa[1].

Le fattispecie esaminate, in linea di massima, sono tre, tutte sono contenute nel codice civile. Si tratta di: «infedeltà patrimoniale» (art. 2634), «omessa comunicazione del conflitto di interessi» (art. 2629-*bis*) e «corruzione fra privati» (art. 2635), già «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità». Si darà conto, tuttavia, anche della presenza di taluni reati per così dire minori, i quali – previsti ora dalla legislazione di settore ora dallo stesso codice civile – nondimeno afferiscono strutturalmente a questi tre filoni.

L'analisi premetterà, per ciascuna fattispecie, un richiamo alla storia normativa della disposizione. Verranno investigate le soluzioni proposte in sede redazionale e quelle ancora percorribili in sede di riforma, non mancando di evidenziare, ove presente, l'ascendenza estera se non sovranazionale di talune previsioni. Si proseguirà poi con l'esame strutturale delle fattispecie, con l'individuazione dei singoli elementi costitutivi – oggettivi e soggettivi – in modo da individuare l'ambito di tipicità disegnato dalla disposizione. Ciò renderà possibile, in un secondo momento, verificare la rispondenza della fattispecie da una parte ai canoni di legalità e frammentarietà; dall'altra alla necessità di un'efficace repressione penale dei fenomeni di criminalità societaria.

Come anticipato nel precedente Capitolo, l'analisi terrà costantemente in conto le novità apportate dalla riforma del 2002 e non perderà mai di vista il quadro complessivo in cui le singole fattispecie si inseriscono e si trovano ad interagire nella prassi applicativa.

---

[1] Su tale rapporto biunivoco, v. *supra* Cap. I, § 3.3.

2. L'infedeltà patrimoniale. Il percorso normativo.

Fattispecie centrale, e da cui conviene partire, è quella dell'infedeltà patrimoniale, disciplinata dall'art. 2634 c.c. Frutto di un'elaborazione pluridecennale e di un serrato confronto col panorama comparatistico, essa può dirsi a buon diritto «una delle più attese novità in tema dei reati societari»[2].

Non stupisce, considerata la lunga gestazione dottrinale, la circostanza per cui il delitto in commento abbia avuto un travagliato percorso normativo, attraversando plurime commissioni e proposte normative prima della definitiva introduzione ad opera della riforma. L'esame comparato delle versioni proposte ma mai approvate in sede legislativa evidenzia le difficoltà incontrate dal nostro legislatore. Il problema centrale si è costantemente rivelato quello di contemperare i fondamentali requisiti di frammentarietà e legalità della norma penale con la richiesta di una tutela efficace e vigorosa del patrimonio sociale.

2.1. Le proposte precedenti alla Commissione Mirone.

La prima proposta da registrare è quella c.d. Minervini-Spaventa, dal cognome dei due deputati che presentarono l'articolato nel 1980[3], nel corso della VIII legislatura. Il progetto di legge si presentava come un complessivo provvedimento volto ad irrobustire lo statuto penale dell'impresa commerciale, con specifico riguardo a quella bancaria. Ciò che maggiormente rileva ai nostri fini è il disposto dell'art. 5, n. 3. Esso reca delega al Governo per 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». Chiari sia il richiamo alla dinamica dell'infedeltà personale, sia la complessiva ascendenza "germanica" della proposta – quest'ultima resa evidente dall'applicabilità del presidio anche in campo extrasocietario. La proposta, tuttavia, ricevette un accoglimento alquanto rigido in Parlamento, essenzialmente a causa

[2] Così, testualmente, si esprime la Relazione di accompagnamento al d. lgs. 61/2002, al punto 14.
[3] Proposta di legge n. 1785 del 10 giugno 1980, "Provvedimenti urgenti in materia di repressione penale degli illeciti bancari e conferimento di delega al Governo per la riforma delle imprese commerciali".

dell'indeterminatezza strutturale entro cui veniva concessa delega al Governo[4]: l'articolato non venne mai approvato.

Ad esito non difforme pervenne un emendamento di analogo contenuto, questa volta proposto nel corso dell'*iter* legislativo della l. 1/1991 di istituzione delle società di intermediazione mobiliare. L'emendamento era volto all'introduzione di un art. 640-*bis* direttamente nel codice penale. L'articolo avrebbe punito la condotta di «chiunque, investito per legge, per provvedimento dell'autorità, 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 norma, com'è evidente, è il risultato di un pedissequo calco dall'*Untreue*. Sono infatti ripresi dall'impostazione tedesca tanto la bipartizione della condotta fra abuso di potere e violazione dei doveri inerenti all'ufficio, quanto la tripartizione delle fonti del potere gestionale. Si tratta poi di un reato comune, manifestando un'ampia potenzialità applicativa nel non casuale ricorso, in apertura, al termine «chiunque».

In seguito, un'analoga proposta formulata dalla Commissione Pagliaro[5] (incaricata della redazione di un nuovo codice penale) naufragò assieme all'intero progetto di riforma. Nondimeno essa va segnalata per talune novità poi di fatto trasfuse nell'attuale art. 2634. Il nuovo codice avrebbe realizzato una completa codificazione dei reati societari, prevedendo nello specifico una «fondamentale fattispecie di infedeltà patrimoniale»[6] sotto il Capo IV (intitolato ai reati «contro l'economia imprenditoriale») del Titolo VII del Libro III della Parte speciale. La fattispecie avrebbe colpito chi, «con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, cagioni all'impresa un danno patrimoniale». Premurandosi di specificare subito dopo che «non è ingiusto il profitto dell'impresa collegata, ove questo sia compensato da riflessi favorevoli per l'impresa per cui conto l'atto è compiuto».

---

[4] Taccia addirittura di incostituzionalità la norma delegante per mancato rispetto del principio di determinatezza BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 89.
[5] Istituita con decreto dell'allora Ministro di grazia e giustizia Vassalli dell'8 febbraio 1988.
[6] Sono queste le esatte parole della Relazione del 25 ottobre 1991, di accompagnamento al progetto Pagliaro.

Saltano subito all'occhio sia il requisito, ulteriormente tipizzante, del dolo specifico, sia la considerazione, del tutto inedita nel panorama penalistico di allora, del fenomeno del gruppo di imprese[7]. Ciò che più rileva, però, è la scelta del legislatore – e si tratta di scelta definitiva – di abbandonare il solco del reato comune, per imboccare la strada, tipica del modello francese, di una fattispecie specificamente pensata per la criminalità societaria. Il riferimento all'impresa anziché alla società nel suo complesso, tuttavia, veniva criticato da certa dottrina, la quale temeva che il reato potesse apprestare unicamente tutela agli interessi dei soci e non già a quelli, ben più vasti e diffusi, degli investitori-risparmiatori[8].

2.2. Dalla Commissione Mirone all'assetto vigente.

L'introduzione, come visto, di una prima, limitata fattispecie di infedeltà – dapprima col decreto Eurosim, poi trasfusa nel t.u.f. – ebbe come effetto quello di precipitare l'esigenza di uniformazione dello statuto penale societario in tema di conflitto d'interessi. La repressione di condotte infedeli unicamente nell'esercizio di attività finanziaria si sarebbe difatti esposta a giustificate critiche di irragionevolezza ed illogicità.

Come noto, gli sforzi legislativi profusi sin dal 1980 hanno finalmente trovato coronamento solo con la riforma del 2002, la quale ha visto la radicale riscrittura dell'art. 2634 e la contestuale *abolitio criminis* dell'inefficace fattispecie *sub* art. 2631. Non è da sottacere, però, come i *conditores* della riforma abbiano in massima parte recepito gli indirizzi già manifestati dalla Commissione Mirone[9]. Questa, insediatasi nel 1998 presso il Ministero della giustizia, aveva il compito di predisporre un disegno di legge delega per la complessiva riforma del diritto societario. La legge non vide mai la luce, a causa della fisiologica scadenza della XIII legislatura. Cionondimeno, la legislatura successiva ne avrebbe rapidamente recuperato il contenuto, trasfondendolo in meno di quattro mesi di *iter* legislativo nella legge delega per la riforma effettivamente realizzata nel biennio 2002-2003.

In particolare, il c.d. progetto Mirone già definiva, all'art. 10, n. 12, l'infedeltà patrimoniale come il fatto degli «amministratori, direttori generali e

[7] Su cui, diffusamente, v. *infra*, Cap. V.
[8] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 91.
[9] Istituita con decreto dell'allora Ministro della Giustizia Flick del 24 luglio 1998.

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; [...] non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se esso è compensato da vantaggi».

Come rilevato poco sopra, i tratti salienti dell'attuale disposizione erano già tutti presenti nel progetto. Da una parte, la scelta di omettere ogni riferimento agli sfumati concetti di "abuso di potere" e "violazione del dovere". Dall'altra, l'opzione per una fattispecie fortemente tipizzata, con limitazione del reato alle sole figure apicali (reato proprio), sussistenza di un conflitto di interessi quale filtro di rilevanza penale, condotta vincolata con evento di danno e infine dolo specifico. Da ultimo la clausola, alquanto innovativa, di compensazione dei vantaggi di gruppo.

Il testo da ultimo licenziato in sede di riforma, e tuttora vigente, recita:
«Co.1: Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.
Co. 2: La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.
Co. 3: In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.
Co. 4: Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa».

Come si diceva, manifesta risulta la continuità col progetto Mirone. Il legislatore delegato, tuttavia, non ha esitato ad aggiungere di suo pugno ulteriori elementi normativi. Aggiunte, va detto fin da subito, criticatissime. Si tratta, in particolare, delle singolari novità del dolo intenzionale di danno, da una parte, e della procedibilità a querela della persona offesa, dall'altra. Il prosieguo della trattazione sarà dedicato all'esposizione particolareggiata di ciascun requisito.

3. *(Segue)* I soggetti attivi del reato.

Si è visto come, già dal diffuso utilizzo del termine "infedeltà", la dottrina abbia fatto per lo più riferimento al modello tedesco dell'*Untreue* nel richiedere l'introduzione di tale fattispecie. Viceversa, il momento legislativo avrebbe evidenziato un deciso riferimento al diverso modello francese. Ciò, a partire dalla caratterizzazione del reato come proprio[10]. Lungi dal delineare un reato comune – che per mezzo del pronome «chiunque» potesse risultare applicabile a qualsiasi gestione infedele – l'art. 2634 delinea *nominatim* il novero dei possibili soggetti attivi. Si tratta, precisamente, degli «amministratori, direttori generali e liquidatori», ovverosia delle figure di vertice dell'organizzazione societaria: le prime due *in bonis* e la seconda nel momento patologico della crisi d'impresa. Impresa, s'intende, esercitata in forma societaria e, nello specifico, nella forma societaria più strutturata: quella di capitali. Dunque le menzionate figure di vertice potranno riferirsi tanto alle S.r.l. quanto alle società azionarie (S.p.A., S.a.p.A. e cooperative per azioni). Giammai – per evidenti ragioni di sussidiarietà – alle società di persone, in cui peraltro meno si avverte quella scissione fra proprietà e gestione che costituisce il fondamento stesso dell'infedeltà patrimoniale.

L'elencazione tassativa di tali posizioni, di natura e disciplina strettamente civilistiche, non può che rievocare, in un primo momento, le critiche di formalismo e sanzionatorietà di cui già erano tacciate le precedenti disposizioni. Difatti, sono vari i soggetti che risultano esclusi dal perimetro soggettivo della fattispecie: da una parte i soci e dall'altra i membri del collegio sindacale. Tali esclusioni, ad ogni modo, paiono giustificate se solo si considera che ambedue le categorie sono altresì escluse dall'amministrazione attiva del patrimonio sociale. Il socio, in particolare, ha visto accentuata proprio con la riforma la propria marginalizzazione nel contesto delle società di capitali. Il ché, più che per una sua qualificazione alla stregua di

[10] Nota l'illogica difformità fra la rubrica, che promette un'incriminazione generale, e il disposto, alquanto restrittivo, MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 4, 913. L'Autore, in particolare, ne deduce che «al momento di scegliere il *nomen juris* più adatto [...] ha pesato tutta la forza evocativa di quel termine, ormai radicato anche nel nostro dibattito dottrinale da oltre mezzo secolo».

soggetto attivo, propende per il riconoscimento della qualità di vittima finale della gestione infedele.

Ad ogni modo, le critiche di formalismo sono prontamente evitate dalla considerazione per cui non è affatto da escludersi un coinvolgimento di questi soggetti nel caso concreto. Anzitutto va considerata la possibilità di una consumazione eventualmente plurisoggettiva del reato, la quale vedrebbe l'*extraneus* in posizione di concorrente *ex* art. 110 c.p. Non manca poi la possibilità di un coinvolgimento diretto: basta fare riferimento al disposto del già citato art. 2639 c.c., in particolare alle clausole di equivalenza contenute al primo comma. La seconda parte di tale disposizione introduce la figura dell'amministratore di fatto, individuato dall'esercizio dei poteri inerenti alla qualifica gestionale «in modo continuativo e significativo».

L'endiadi appena riferita appare ben congegnata. Da una parte, l'elemento della "significatività" richiede comportamenti che interferiscano in modo strutturale con la linea gestionale della società. Dall'altra, quello della "continuatività" esclude qualsiasi comportamento meramente occasionale o sporadico. Alcune critiche si sono levate riguardo al referente oggettivo della qualifica rivestita, che richiede l'esercizio dei «poteri tipici inerenti» alla stessa, senza specificare in cosa tali poteri concretamente consistano. Ad ogni modo, l'estensione è stata accolta con estremo favore dalla dottrina, anche a fronte dell'atteggiamento estensivo *in subiecta materia* già da tempo manifestato da parte della giurisprudenza penale.

Ancor più significativa è la prima parte del comma, la quale annette altresì rilevanza penale a chi è tenuto a svolgere una «funzione corrispondente» alle tre richiamate dall'art. 2634 c.c., ancorché «diversamente qualificata». Il legislatore fa qui riferimento all'introduzione – nel 2002 ancora al di là dal venire – dei modelli alternativi di gestione e controllo rispetto a quello tradizionale. Nell'impossibilità di prevedere l'assetto che la riforma avrebbe delineato, il legislatore delegato si è premunito, in via per così dire cautelativa, con siffatta clausola generale di equiparazione. Fra i soggetti attivi, in via diretta, vanno dunque considerati anche gli amministratori nel sistema monistico e i membri del consiglio di gestione in quello dualistico.

Ad una simile conclusione può pervenirsi anche per altra via, facendo riferimento all'art. 223-*septies* disp. att. e trans. c.c. Tale disposizione prevede espressamente l'estensione generalizzata a tali figure dell'intera normativa societaria «in quanto compatibile»[11].

4. *(Segue)* Primo filtro di rilevanza (*ex ante*): il conflitto di interessi.

Sul piano oggettivo, il reato manifesta una complessa articolazione degli elementi costitutivi. Il legislatore ha infatti scelto di adoperare due filtri normativi al fine di ritagliare le condotte penalmente rilevanti. Un primo filtro, *ex ante*, è costituito dalla sussistenza di un conflitto di interessi in capo all'agente. Un secondo filtro, *ex post*, è invece dato dalla causazione di un danno al patrimonio amministrato. Nel mezzo, anche la condotta viene positivamente tipizzata, in modo da ridurre al minimo i margini di indeterminatezza della fattispecie.

Nell'elaborazione di una siffatta struttura, grande influenza devono aver avuto sul legislatore delegato le critiche cui le precedenti disposizioni si erano esposte. Disancorate da qualsiasi riferimento tanto ad un interesse conflittuale (tranne che per il vecchio art. 2631 c.c.) quanto ad un'effettiva lesione del patrimonio sociale, esse cadevano con facilità nella "trappola" del reato di pericolo in astratto, con grave pregiudizio al principio di offensività[12].

Come anticipato, primo filtro di rilevanza è dato dalla sussistenza di un conflitto di interessi in capo al soggetto gerente. La natura centrale del requisito è stata fin da subito colta dalla più attenta dottrina, che non ha esitato a definirlo «una sorta di criterio propedeutico di tipizzazione della condotta di infedele amministrazione»[13]. Su un piano strettamente tecnico, la dottrina non ha alcun dubbio nel qualificarlo come presupposto della condotta[14].

---

[11] Sul punto, v. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 209.

[12] Chiara prova della *voluntas legis* del riformatore è l'intervento dell'On. Gaetano Pecorella, quale relatore in Commissione parlamentare per lo schema di decreto legislativo attuativo della Riforma. Il deputato così si esprimeva: «Nell'ottica del più rigoroso rispetto del principio di tassatività delle fattispecie penali si è inserito come presupposto del fatto tipico di infedeltà una situazione di conflitto di interessi». Il ragionamento può ripetersi identico per l'altro filtro costituito dall'evento di danno.

[13] Sono le parole di FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 461.

[14] DE ANGELIS, *Il conflitto di interessi quale presupposto del reato di infedeltà patrimoniale (at. 2634), alla luce del principio di colpevolezza nel contesto, anche comparatistico, della evoluzione del diritto penale societario*, in *Cass. Pen.*, 2020, 7/8, 2923.

In via introduttiva, vale la pena precisare che per "interesse" deve intendersi qualsiasi movente dell'agire umano. Il "conflitto" va invece individuato nella situazione in cui la realizzazione di un interesse sia incompatibile – in via di mero pregiudizio ovvero di assoluta preclusione – con quella di un altro. Si è già ampiamente disquisito del rapporto dogmatico intercorrente fra gestione di patrimonio altrui, interesse confliggente ed infedeltà personale[15]. In questa sede sarà invece necessario dilungarsi sulle caratteristiche e dei due interessi individualmente considerati (§ 4.1.) e del loro conflitto (§ 4.2.) affinché la situazione rilevi ai fini dell'art. 2634.

4.1. La definizione degli interessi concorrenti.

Gli interessi in gioco, com'è evidente, sono due: quello personale dell'amministratore e quello istituzionale della società amministrata.

Riguardo all'interesse "personale" in conflitto, si noti anzitutto che esso può fare capo tanto all'agente quanto ad un soggetto terzo. In questa ultima ipotesi, evidentemente, il soggetto agirebbe per conto non proprio bensì del vero interessato, estraneo alla consumazione. Tale lettura estensiva va assolutamente preferita. Difatti – nonostante la disposizione sul punto taccia del tutto – nella strutturazione dell'elemento soggettivo la stessa consente che il dolo specifico di profitto si riferisca ad un vantaggio anche non dell'agente, bensì di «altri», comprendendo dunque anche l'ipotesi in cui il beneficiario rimanga terzo rispetto alla condotta.

Per una ragione analoga, tuttavia, l'interesse personale confliggente deve essere di natura strettamente economica. A favore di tale impostazione restrittiva milita non solo il fondamentale principio di sussidiarietà, ma soprattutto la circostanza per cui il danno avente funzione di evento viene espressamente qualificato come «patrimoniale»[16]. A prescindere da queste coordinate generali, nessun particolare requisito sussiste rispetto all'interesse confliggente: esso si individua per il mero dato della sua titolarità extrasociale.

---

[15] Sul punto, v. *supra*, Cap. I, §. 3.2.
[16] MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 211.

Viceversa, l'altro interesse – quello illegittimamente "dismesso" – viene individuato «nell'interesse della società» e la sua definizione costituisce uno dei *topos* classici e più tormentati del diritto societario. Sulla specifica individuazione dell'interesse sociale la letteratura scientifica è difatti amplissima. Le variegate posizioni dottrinarie sono polarizzate essenzialmente fra i due estremi di una concezione "istituzionale" ed una "contrattualistica"[17].

La prima pone l'accento sulla società come "istituzione", ossia come entità complessa nella quale confluiscono molteplici interessi, ciascuno afferente alle variegate posizioni che gli *stakeholders* di volta in volta rivestano. Accanto all'interesse lucrativo del socio, dovrà perciò considerarsi quello dei lavoratori al mantenimento e, possibilmente, al miglioramento dei livelli e delle condizioni occupazionali. Ma, ancora, non potranno ignorarsi gli interessi dei consumatori alla sicurezza dei prodotti immessi sul mercato e quello della collettività tutta al rispetto dell'ambiente.

A questa impostazione, quella contrattualistica contrappone il rilievo per cui la società è e giuridicamente rimane un ente privato votato al perseguimento di un lucro soggettivo, secondo il chiaro disposto dell'art. 2247 c.c. Non viene negata rilevanza, anche costituzionale, agli ulteriori interessi intersecati dalla gestione societaria. Semplicemente si assume che interesse precipuo se non esclusivo dell'amministratore debba identificarsi nel conseguimento di un utile attraverso la realizzazione dell'oggetto sociale, gli altri interessi trovando adeguata protezione in organi ed istituti loro propri[18].

Non è possibile in questa sede inquadrare nemmeno sommariamente i termini del dibattito. Basti qui riportare che la dottrina più recente, anche dopo la riforma, è orientata per la soluzione contrattualistica, individuando nel perseguimento di un lucro soggettivo per i soci il fine ultimo della gestione sociale. Ciò, nonostante il fatto che diversi Paesi (*in primis* la Germania) abbiano optato per

---

[17] MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 210 s.

[18] Tra la sterminata letteratura sul punto, si segnalano MONTALENTI, *Interesse sociale e amministratori*, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders. *In ricordo di P. G. Jaeger*, Milano, 2010; DENOZZA, *Verso il tramonto dell'interesse sociale?*, in PACIELLO (a cura di) *La dialettica degli interessi nella società per azioni*, Napoli, 2011. Datati, ma unanimemente riconosciuti ancora imprescindibili nell'attuale dibattito, risultano ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441*, in *Riv. soc.*, 1956, 1, 93 ss. e JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964.

il necessario contemperamento dell'interesse lucrativo con quello degli altri *stakeholders*[19] e nonostante da anni ormai la coscienza sociale prema per il riconoscimento, sul piano giuridico, di una piena *corporate social responsability*[20].

Conclusivamente, è da ritenere che l'interesse abusivamente dismesso dal gerente possa unicamente consistere in quello patrimoniale – al tempo stesso dei soci e della società nel suo complesso – volto al perseguimento dell'oggetto sociale con l'ulteriore conseguimento di un lucro oggettivo. Volendo esemplificare, alcuna responsabilità potrà sorgere in capo all'amministratore (ovviamente nei limitati termini dell'infedeltà patrimoniale) se questi, al fine di favorire un interesse proprio, dismetta quello, collettivo, acché l'attività esercitata non deteriori la salubrità ambientale. Ciò, ancorché tale interesse assurga pacificamente ad elevato rango costituzionale[21].

4.2. I requisiti di rilevanza del conflitto di interessi.

Veniamo ora ai requisiti di rilevanza del conflitto. Già prima della riforma, invero, dottrina e giurisprudenza si erano diffusamente esercitate sui requisiti da annettere al sintagma "conflitto di interessi", con riferimento però all'art. 2631 c.c., da identificarsi in una sorta di antecedente assiologico dell'attuale reato di infedeltà patrimoniale[22].

La fondamentale preoccupazione dell'interprete – posto difronte all'allora formalistico approccio del legislatore – era quella di indirizzare la lettura della norma in un solco per così dire "sostanzialistico", espungendo dal perimetro di tipicità tutti quei conflitti che non avessero portata effettivamente lesiva. La giurisprudenza aveva in particolare enucleato quattro fondamentali parametri di rilevanza: la valutabilità oggettiva, l'effettività, la preesistenza e l'attualità. Tali

---

[19] TOMBARI, *Potere e interessi*, cit., 63.

[20] TOMBARI, *Potere e interessi*, cit., 73 s. L'Autore giunge a schierarsi per la posizione contrattualistica muovendo dal rilievo per cui il legislatore, nell'introdurre all'art. 1, co. 376-384 l. 208/2015 (c.d. legge finanziaria per il 2016) la figura della società *benefit*, ha limitato solo e soltanto a queste l'obbligo di contemperare il "classico" scopo lucrativo con quello (ulteriore e liberamente eletto in sede costitutiva) volto al perseguimento di un «beneficio comune».

[21] E, precisamente, *sub* art. 32 Cost.; v. per tutte Corte Cost., 23 marzo 2018, n. 58.

[22] Parla di «ricca elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi con riguardo al previgente delitto di conflitto di interessi», BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 114.

parametri sono stati integralmente ripresi dalla giurisprudenza successiva alla riforma e riferiti al novellato art. 2634 c.c.[23].

Il primo parametro, in particolare, è tale da escludere qualsiasi situazione che – pur avvertita come conflittuale dall'amministratore – non possa essere provata in base ad elementi oggettivi di consistenza economica, e dunque rimanga limitata all'ambito meramente soggettivo o psicologico dell'attività gestionale.

Effettività ed attualità richiedono invece che il conflitto venga sostanziato da elementi probatori ulteriori rispetto a generiche presunzioni, dunque vagliando elementi fattuali ed esistenti al momento della consumazione del reato.

Molto rilevante anche il requisito della preesistenza. Esso riceve infatti specifica attenzione già nella Relazione al progetto Mirone. Ivi, si specifica che, al fine di non privare il conflitto di interessi della sua idoneità selettiva, esso «dovrà intendersi sempre riferito a contrapposizioni di interessi obiettive e preesistenti alla condotta, e non già emergenti solo in occasione di quest'ultima»[24]. Il conflitto, perciò, non può farsi derivare da un generico interesse all'arricchimento personale, ma deve trovare riscontro in concrete situazioni fattuali, le quali si siano verificate prima della consumazione del reato. Si vedrà nel prosieguo come proprio la necessaria preesistenza del conflitto permetterà di delineare con sicurezza i confini tra il reato in commento e quello di appropriazione indebita.

In ottemperanza a tali presupposti, la giurisprudenza ha col tempo individuato talune ipotesi tipiche di conflitto di interessi, nelle quali, secondo *l'id quod plerumque accidit*, l'amministratore è più esposto a scelte gestorie infedeli. Casi emblematici sono quello in cui l'amministratore assuma la qualità di controparte contrattuale della società[25] oppure quello in cui lo stesso eserciti attività d'impresa in identico o comunque finitimo ambito produttivo, tale da porlo in posizione concorrenziale con la prima. Un caso particolare, specificamente discusso dalla giurisprudenza di legittimità, è quello in cui l'amministratore concorra a

---

[23] *Ex plurimis*, v. Cass. pen., Sez. V, 24 aprile 2003, n. 23241, Tavecchia.
[24] Relazione illustrativa al progetto Mirone, § 6.12.
[25] Proprio a tal fine, la riforma del 2003 ha introdotto un'apposita disciplina per il caso in cui la società ponga in essere «operazioni con parti correlate» (di cui, caso limite, sarebbero le operazioni con gli amministratori stessi). L'art. di riferimento, non a caso, è il 2391-*bis*, ossia quello immediatamente successivo alla disciplina degli «interessi degli amministratori». Esso, opportunamente integrato dalla normativa secondaria della Consob (Reg. 17221/2010), richiede particolari accorgimenti per assicurare la trasparenza nel processo decisionale della società.

deliberare la prestazione di una fideiussione a favore di altra società di cui lo stesso sia altresì presidente[26].

Al di là di tale sforzo di categorizzazione, certamente utile sul piano pratico, rimane il fatto che l'accertamento va effettuato caso per caso (come si è detto, il conflitto deve essere "effettivo"). Difatti, si è più volte ribadita la necessità di abbandonare atteggiamenti formalistici nell'elaborazione della sanzione penale, soprattutto in ambito societario: sarebbe altrettanto errato irrigidire la fattispecie *ex post*, nel momento applicativo.

4.3. Rapporto con la disciplina civilistica.

In via conclusiva, può essere utile un veloce confronto tra la delimitazione dell'"interesse" rilevante ai fini penali rispetto all'impostazione civilistica.

È evidente come, tanto per le S.r.l. quanto per le società azionarie, l'intervento penale si ponga per così dire a valle rispetto a quello civile[27]. L'obbligo di *disclosure* è infatti un adempimento preventivo, che tenta di "disattivare" la possibile scelta infedele; il reato, invece, presupponendo la causazione di un danno, non può che essere integrato in presenza di una lesione ormai attuata e la sua repressione ha un'attivazione necessariamente «differita»[28]. Le due discipline, dunque, pur mirando alla tutela di un identico bene giuridico, fanno propri presupposti e modalità d'intervento radicalmente opposti.

Ciò risulta particolarmente evidente nelle S.p.A., ove ad essere oggetto di comunicazione è non solo l'ipotesi di conflitto, bensì qualsiasi caso in cui il gerente si faccia latore di un interesse di ogni tipo. Come visto, la genericità della comunicazione serve in questo caso a consentire all'organo collegiale di valutare autonomamente la sussistenza di una situazione conflittuale e dunque la presenza di un pericolo per la linea gestionale. Con tutta evidenza, invece, in sede penale il *focus* non può che appuntarsi sui danni arrecati da una situazione di effettivo conflitto.

---

[26] Cass. pen., Sez. V, 4 luglio 1989, n. 6386, Grieco.
[27] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 116 s.
[28] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 117.

La diversa latitudine dell'interessamento rilevante, poi, è indice anche del differente atteggiarsi dell'intervento civilistico, il quale, contrariamente a quello penale, non è ristretto dalle maglie del principio di *extrema ratio*.

5. *(Segue)* La condotta.

Sempre riconducibile allo sforzo di tipizzazione della fattispecie penale è la formula denotativa della condotta incriminata. Memore delle facili accuse di indeterminatezza mosse dalla dottrina italiana ai concetti di "abuso di potere" e "violazione dei doveri", il legislatore delegato ha scelto di tipizzare la condotta facendo riferimento a comportamenti ben più concreti e verificabili[29]. Nello specifico, si richiede che l'amministratore «compi[a] o concorr[a] a deliberare atti di disposizione dei beni sociali».

5.1. Le condotte tipiche.

Va anzitutto notata l'emancipazione del legislatore dal necessario riferimento alla dinamica collegiale. Laddove la fattispecie *sub* art. 2631 c.c. faceva unico riferimento alla partecipazione alla delibera consiliare, la disposizione in esame apre ad una strutturazione disgiuntiva della condotta, considerando alternativamente anche gli atti individuali dal gerente. Tale evenienza, com'è ovvio, può tanto verificarsi tanto nel caso di amministratore unico quanto in quello di amministratore delegato – ipotesi ambedue da sempre lasciate illogicamente sguarnite di tutela, già sul piano civilistico.

La norma innova rispetto alla previsione precedente anche sotto un ulteriore aspetto. In caso di delibera, non si richiede più la semplice partecipazione all'organo (comportamento che, come visto, oggi non è più nemmeno illecito sul piano civile), ma il concreto «concorso» alla deliberazione di quella particolare decisione lesiva. Tale "concorso" può certamente consistere nell'esplicito assenso prestato dall'amministratore alla decisione dannosa. Nondimeno, esso non dovrà

[29] Anche su questo punto la *volutas legis* è cristallina. Riferisce infatti la Relazione illustrativa al progetto Mirone, sempre al § 6.12: «La Commissione si è fatta doverosamente carico [...] dell'esigenza di evitare quell'indeterminatezza dei confini della fattispecie che [...] ha spesso caratterizzato, in negativo, gli esperimenti di criminalizzazione dell'infedeltà patrimoniale, scartando soluzioni imperniate sui concetti del tipo "abuso di poteri" o "violazione dei doveri", il cui impiego rischierebbe di dilatare eccessivamente la figura criminosa».

necessariamente risolversi in questa ipotesi limite. Il ricorso ad un termine indefinito quale "concorso", infatti, preme per una lettura estensiva del concetto. Dottrina concorde ritiene che il reato possa integrarsi anche al di fuori della partecipazione all'adunanza consiliare; esso andrà ritenuto in tutte le ipotesi in cui comunque l'amministratore si sia speso, anche in sedi informali, per il compimento dell'operazione.

L'accento, piuttosto, andrà posto sull'accertamento di un concreto apporto causale proveniente dalla condotta tenuta dall'agente, in omaggio al rinnovato orientamento sostanzialistico manifestato dalla riforma. Dunque, da una parte la sola partecipazione potrebbe non integrare il reato (ad esempio se l'amministratore ha negato il proprio assenso). Dall'altra, comportamenti anche informali potrebbero assumere rilievo penale (ad esempio se l'amministratore ha sfruttato il proprio ascendente sui colleghi per ottenerne l'approvazione della delibera).

5.2. L'atto dispositivo e il problema della condotta omissiva.

Su questo primo piano, dunque, si registra un sensibile aumento dell'ambito di tipicità. A maggiori critiche ha invece dato adito il secondo termine della condotta, ossia l'«atto dispositivo». L'impiego dei termini «compiono» e «concorrono» denota evidentemente una restrizione degli atti dispositivi rilevanti a quelli unicamente commissivi, senza che il reato possa configurarsi mediante omissione. Spinge in questa direzione non solo il senso letterale dei due termini dianzi riportati, ma anche, e soprattutto, l'esame comparato della contigua fattispecie di corruzione tra privati. L'art. 2635, infatti, dà rilevanza non solo al mercimonio della funzione per il compimento di un atto, bensì anche per la sua omissione. La differenza di trattamento è fin troppo evidente perché la si possa ritenere una semplice svista. Evidentemente (ed illogicamente), il legislatore ha intesto dare diretta rilevanza a comportamenti omissivi solo ove essi derivino dall'esecuzione di un accordo corruttivo. La Commissione Mirone, infatti, relaziona specificamente su questo punto all'esito del proprio lavoro, dando prova del fatto che la scelta restrittiva è stata effettivamente meditata. Al § 6 si legge che, nonostante la proposta estensiva di «[a]lcuni membri della Commissione», la maggior parte di questa ha ritenuto che «una simile soluzione avrebbe esteso oltre

misura la nuova figura di reato, rendendo del tutto incerti i limiti di operatività della norma incriminatrice».

L'ipotesi più rilevante in cui il reato non potrebbe ritenersi sussistente a causa del carattere omissivo della condotta è quella in cui l'amministratore si astenga dolosamente dal curare i diritti patrimoniali pendenti della società. I danni astrattamente recabili sono altissimi; nondimeno, la scelta di far cadere in prescrizione un ingente credito ovvero quella di non difendere adeguatamente in giudizio la società qualora lo stesso credito venga contestato, provocandone così la soccombenza, non avrebbero alcuna rilevanza penale. Proprio per evidenti ragioni di razionalità repressiva, una recente sentenza della Cassazione ha aperto alla possibilità di configurazione in via omissiva. Il caso riguarda proprio la mancata cura da parte dell'amministratore di un credito per un periodo di oltre sei anni. La Corte ha statuito la rilevanza dell'«inerzia dell'amministratore, quando sia tale da determinare la compromissione dell'integrità del patrimonio sociale»[30].

Si fa notare, ad ogni modo, che una forma concorsuale omissiva è pur sempre da ritenersi realizzabile, alla stregua dei principi generali del nostro diritto penale[31], e in particolare facendo ricorso al combinato disposto degli artt. 40 cpv. e 110 c.p.

5.3. L'oggetto materiale.

Venendo infine al referente oggettivo della condotta, la disposizione è chiara nell'indicare questo nei «beni sociali». Con tale locuzione, dottrina concorde ritiene debba farsi riferimento, secondo l'amplissima definizione offerta al riguardo dall'art. 810 c.c., a tutti i beni «in senso lato, mobili ed immobili, materiali ed immateriali»[32] nella giuridica disponibilità della società. La stessa dottrina specifica poi che il bene in questione non deve necessariamente essere di proprietà della società, risultando sufficiente un diritto reale minore e financo un diritto personale di godimento.

Ma la locuzione ha anche un altro risvolto. Il legislatore, infatti, ha inteso dare rilevanza unicamente a comportamenti che abbiano ad oggetto beni specifici,

[30] Cass. pen., Sez. V, 12 maggio 2017, n. 37932, Cuch.
[31] Esplicito in tal senso, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 122.
[32] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 124.

in modo da assicurarsi che la condotta incriminata ridondi direttamente sul patrimonio sociale. Rientrano sicuramente in questo perimetro gli acquisti, le alienazioni, le locazioni e i contratti di usufrutto[33]. Giammai, invece, quegli atti meramente interni di tipo organizzativo. Difatti, fintantoché non si estrinsechino nella disposizione di beni determinati, nemmeno attività enormemente rischiose quali scissioni e fusioni potranno integrare il reato.

Da questo punto di vista, è stata oggetto di specifico dibattito la rilevanza penale dell'assunzione di obbligazioni sociali. L'ipotesi estensiva è sostenuta da quella minoritaria dottrina che ritiene che la contrazione di obbligazioni, seppur indirettamente, «si traduc[a] pur sempre in una disposizione dei beni sociali»[34], quantomeno sotto forma di estensione ad essi della garanzia patrimoniale generica. Il dato letterale, tuttavia, non pare assolutamente prestarsi a siffatta lettura. Cionondimeno, non è da escludere una sia pur limitata rilevanza all'assunzione infedele di obbligazioni. Anzitutto tale attività potrà rilevare, ricorrendo gli estremi *ex* art. 56 c.p., come tentativo di infedeltà patrimoniale[35]. In secondo luogo, è da riconoscere qualità di "bene sociale" anche ai crediti. Dimodoché non già la contrazione di un'obbligazione, bensì la commissione di un atto dismissivo sulla stessa *ex latere creditoris* potrà pur sempre rilevare quale «atto dispositivo» di un bene sociale.

Risulta evidente, dunque, la duplice limitatezza della formulazione adoperata dal legislatore: da una parte dovuta al carattere solo commissivo della condotta; dall'altra alla riferibilità di quest'ultima unicamente a determinati beni sociali. Comprensibilmente, parte della dottrina ha suggerito di rivisitare la locuzione impiegata, sostituendola con un riferimento, ben più comprensivo, al compimento o al concorso alla delibera di non meglio specificate «operazioni sociali». La locuzione, di fatto, ridisegnerebbe la struttura stessa del reato, che verrebbe a perdere il carattere vincolato della condotta.

---

[33] L'esemplificazione, ancora una volta, è integralmente ripresa da BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 120.
[34] MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in GIARDA, SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo,* Padova, 2002, 483.
[35] È quanto ritiene plausibile BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 123.

6. *(Segue)* Secondo filtro di rilevanza (*ex post*): l'evento di danno.

Come si diceva, vi è un secondo filtro adoperato dal legislatore delegato al fine di selezionare le sole condotte realmente offensive: la previsione di un evento di danno. È qui che emerge con più chiarezza il rinnovato rispetto del principio di offensività da parte del legislatore: si passa da una fattispecie di pericolo astratto quale quella del vecchio art. 2631 c.c. ad una di danno. In sostanza – non paga di porre un filtro selettivo prima del compimento della condotta – la riforma ha ristretto l'imbuto della tipicità anche "a valle", richiedendo al giudice di porsi a condotta ormai consumata ed ivi verificarne l'effettiva lesività.

La scelta è stata guidata anche da un certo timore del legislatore delegato di normare in modo ultroneo l'attività d'impresa. Si è ritenuto che incriminare condotte gestionali anche a prescindere dal loro esito nefasto sul patrimonio amministrato avrebbe aperto un pericoloso ambito di discrezionalità giudiziale nelle scelte degli amministratori. In fondo, se è vero che l'iniziativa economica privata va «indirizzata e coordinata a fini sociali» da parte del legislatore, essa deve rimanere, in primo luogo, «libera»[36].

Una tale "privatizzazione" della fattispecie – come visto, comune a tutta la riforma – ha anche un risvolto dogmatico di non poco conto. Rinunciando ad intervenire ogniqualvolta la gestione, pur infedele, non abbia sortito alcun danno o addirittura abbia avuto esiti positivi, si ottiene, correlativamente, il risultato di dequotare in certa misura l'autonoma rilevanza della fedeltà degli amministratori all'interno della vita sociale.

Venendo agli aspetti strutturali del requisito, come visto l'evento coincide con «un danno patrimoniale». La natura esclusivamente economica del danno ha, ancora una volta, una funzione restrittiva ed esclude che possa ritenersi integrato il reato a fronte di lesioni alla mera credibilità ovvero all'immagine della società infedelmente amministrata.

Come visto poco sopra, poi, la patrimonialità del danno fa da *pendant* al carattere strettamente economico dell'interesse personale confliggente. Alla luce di queste considerazioni, il danno in esame va identificato in qualsiasi *deminutio patrimonii* rispetto al valore complessivo precedente all'operazione incriminata. Si

[36] Sono le parole del già citato art. 41 Cost.

noti infine che il decremento va rapportato al «patrimonio sociale»: ciò rende manifesta la qualità di persona offesa dal reato della società, quale soggetto distinto dai propri gerenti.

Sul piano probatorio, la previsione di un evento appesantisce di molto il compito dell'accusa. Ciò non tanto con riferimento alla quantificazione del nocumento patrimoniale, quanto alla prova del necessario nesso di causalità che deve sussistere tra il primo e la condotta gestoria infedele. Lo stesso fenomeno di mobilizzazione e finanziarizzazione della ricchezza che ha reso urgente l'introduzione del reato rende alquanto improbabile che si riesca a fornire prova inconfutabile del nesso eziologico.

7. *(Segue)* L'elemento soggettivo.

Le critiche maggiori e più accanite si sono registrate in dottrina proprio con riferimento all'elemento soggettivo. Qui, infatti, il legislatore delegato ha dato prova di inaudita superfetazione della fattispecie. Evidentemente col fine di rendere quanto più precisa e tipica possibile la figura di reato, si è finiti col restringerne a tal punto l'ambito applicativo che da più parti e fin da subito se ne è revocata in dubbio la stessa utilità pratica. L'art. 2634 c.c., infatti, non si limita ad escludere una consumazione colposa della fattispecie (dato comune a quasi tutti i reati contro il patrimonio), ma richiede ben tre diverse configurazioni del dolo. All'ovvia forma del dolo generico, si aggiungono non solo un dolo specifico di profitto, ma addirittura un dolo intenzionale di danno.

Prima di addentrarci nella disamina specifica di tali ultime due configurazioni del dolo, conviene spendere qualche parola sulla copertura soggettiva del conflitto d'interessi. Si è detto in precedenza che questo costituisce presupposto della condotta. Conseguentemente esso giace al di fuori dell'ambito di tipicità strettamente inteso del reato e non sarebbe necessario che il dolo si estenda anche ad esso. Bisogna dar conto, tuttavia, della maggiore attenzione giurisprudenziale verso il principio di colpevolezza, inaugurata dalle celebri sentenze costituzionali del 1988. Alla luce degli insegnamenti della Corte riguardo all'art. 27 Cost., ancorché il conflitto di interessi non debba necessariamente essere voluto dall'agente, esso deve comunque «intellettualmente elaborato dall'agente»,

in modo da poter «essere ricondotto, in qualche misura, alla sfera di colpevolezza del reo»[37].

7.1. Dolo specifico.

Conviene avviare il discorso dall'elemento meno controverso in dottrina, ovverosia il dolo specifico.

Con tale espressione si intende, com'è noto, il perseguimento di un certo fine da parte dell'agente nel contesto del reato. L'effettivo raggiungimento dello scopo, tuttavia, giace al di fuori del perimetro oggettivo della fattispecie: esso si risolve in un movente del tutto interno al soggetto. Ciò rende unicamente necessaria la prova della finalizzazione della condotta allo scopo richiesto; non già il verificarsi *in rerum natura* dello stesso.

Tanto premesso, occorre anzitutto soffermarsi sul referente obiettivo del dolo. Questo viene identificato alternativamente in «un ingiusto profitto» ovvero in «altro vantaggio». Il "profitto" di cui trattasi non può che consistere in un aumento patrimoniale conseguito dall'agente, a fronte del correlativo detrimento cagionato alla società nella forma dell'evento-danno. La dizione "qualsiasi altro vantaggio", invece, ricomprende in sé ogni altra conseguenza positiva, diversa da quelle patrimoniali, che sia potuta derivare all'agente – in termini ad esempio di prestigio personale, politico o professionale. Vale la pena riferire che tale ulteriore indicazione è stata introdotta volutamente dal legislatore, il quale, limitatamente a questo punto, ha adottato una soluzione estensiva rispetto a quella originariamente accolta dal progetto Mirone.

L'ingiustizia – requisito che il reato *de qua* condivide con innumerevoli altri della stessa categoria – ha ricevuto una rilevante interpretazione in chiave sistematica. È noto come la finalità sovente attribuita a tale sintagma sia quella di caratterizzare una pretesa o un fine come non tutelati dall'ordinamento giuridico. Tuttavia, nel contesto della gestione societaria, l'ingiustizia si colora in modo del tutto particolare. Difatti, se il vantaggio in questione scaturisce da un potere gestorio in nome altrui, tale vantaggio in tanto potrà dirsi ingiusto in quanto non sia stato

[37] DE ANGELIS, *Il conflitto di interessi quale presupposto*, cit., 2927.

conseguito in nome del beneficiario. In questa prospettiva[38], l'ingiustizia del profitto non diventa null'altro se non «il *pendant* psicologico del conflitto di interessi»[39].

Si è obiettato che in questo modo il dolo specifico diverrebbe un inutile doppione della situazione di conflitto. Tali timori, tuttavia, non hanno ragion d'essere. Difatti, alcun disvalore è attribuibile di per sé ad un atto dispositivo dei beni sociali, ancorché posto in essere in conflitto di interessi. A rilevare è piuttosto la concreta "attivazione" di tale conflitto: solo essa può produrre quella deviazione dei poteri gestori dal fine istituzione, tale da costituisce la vera fonte di disvalore all'interno del delitto. Orbene, spia di tale attivazione non può che essere il dolo specifico: se l'amministratore nel suo agire continuasse a perseguire l'interesse sociale, egli continuerebbe ad essere perfettamente fedele al proprio ufficio. A ben vedere, infatti, potrebbe darsi che il danno sociale si produca a prescindere dalla volontà del gerente di deviare a proprio favore i poteri attribuitigli. Attivare il presidio penale anche in questa ipotesi vorrebbe dire reprimere, più che l'infedeltà gestionale, il semplice rischio di impresa. Come ben si capisce, allora, il dolo specifico – lungi dal risolversi in un "doppione" normativo – si configura quale momento centrale di tutta la fattispecie di infedeltà patrimoniale.

A maggiori dubbi interpretativi ha dato adito l'attributo «altro». In particolare, si è discusso se l'alterità si riferisca al profitto in sé ovvero all'ingiustizia del profitto. Abbracciando la seconda ipotesi si otterrebbe il risultato di dare rilevanza al perseguimento di qualsiasi vantaggio, anche se questo non possa qualificarsi come ingiusto (come richiesto, invece, per il profitto). La dottrina maggioritaria aderisce a questa ricostruzione, muovendo dal rilievo per cui, sul piano letterale, «il vantaggio è già autonomamente altro rispetto al profitto, in quanto concetto dotato di maggior portata»[40].

Le due indebite finalità perseguite possono poi tanto imputarsi direttamente all'agente quanto «ad altri». Dunque, come dell'interesse collidente l'amministratore può farsi carico in proprio o per conto di terzi, così dell'indebito vantaggio può giovarsi altresì chi sia rimasto estraneo al fatto.

---

[38] Prospettiva fatta propria, peraltro, da Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 2008, n. 15879, Baruffaldi.
[39] CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 475.
[40] *Ibidem*.

Conclusivamente va rilevato che l'avere confinato all'ambito soggettivo l'elemento del profitto/vantaggio costituisce un'enorme semplificazione in punto di prova. Ciò non solo in quanto si è così evitato di aggiungere un ulteriore elemento oggettivo ad una fattispecie già superfetata, ma soprattutto poiché non è infrequente che un vantaggio venga conseguito solo a notevole distanza di tempo oppure che esso, a differenza del danno, non si verifichi affatto.

7.2. Dolo intenzionale.

Criticatissimo invece il riferimento al dolo intenzionale. Esso, peraltro, mancava del tutto nel progetto Mirone e può perciò considerarsi la novità più significativa apportata di proprio pugno dal legislatore delegato.

Il referente obiettivo del dolo in questo caso è il danno patrimoniale di cui si è dato conto *supra*. Richiedere che la sua causazione sia intenzionale equivale ad escludere che su tale elemento il dolo possa essere eventuale o anche soltanto diretto. In sostanza, viene richiesto il livello più intenso della volontà colpevole: quello in cui non solo l'agente si rappresenta compiutamente l'elemento costitutivo del reato, ma si risolve ad agire direttamente per la sua concretizzazione.

Il legislatore, in questo modo, ha inteso indubbiamente porre un freno a quelle prassi applicative fin troppo indulgenti circa l'accertamento dell'elemento soggettivo, cui la c.d. stagione di Tangentopoli aveva dato adito. Ciononostante, la scelta pare davvero ultronea. È noto infatti come il dolo eventuale rivesta «il ruolo di protagonista nell'ambito del diritto penale societario»[41]. Immaginare che l'amministratore, oltre ad agire in conflitto di interessi, a perseguire un beneficio proprio e a cagionare un danno alla società, consegua tale danno altresì in modo voluto e ricercato sembra eccessivo. Imporrebbe, a ben vedere, una doppia tensione psichica all'interno dell'agente: e verso il vantaggio privato e verso la causazione di danno alla società. La prassi economica, viceversa, mostra che l'intenzione dell'agente è, in genere, tutta rivolta all'indebito vantaggio; ogni altra considerazione – fra cui appunto il danno sociale – rimanendo sullo sfondo e sovente venendo semplicemente accettata come rischio insito nella complessiva condotta abusiva. Il reato parrebbe dunque limitato a quelle rarissime ipotesi in cui

[41] CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 476.

l'amministratore, oltre ad abusare della propria posizione, agisca con spiccata acrimonia verso la stessa società servita.

Proprio per questo motivo non sono mancate in dottrina voci favorevoli ad una rivisitazione del significato da attribuire all'intenzionalità, in modo da alleggerire l'insostenibile carico probatorio addossato all'accusa[42]. Ad ogni modo, la chiara *littera legis* non pare prestarsi a manovre ermeneutiche di sorta. Costante giurisprudenza e dottrina maggioritaria non possono che prendere atto dell'angustia entro cui il legislatore della Riforma ha intesto stringere il delitto in esame, con gravissime ricadute sull'utilità pratica dello stesso.

8. *(Segue)* Le fattispecie ulteriori.

Come anticipato, oltre alla fattispecie per così dire generale di infedeltà patrimoniale, il legislatore prevede ulteriori figure di contorno. Di esse, una è stata già più volte menzionata ed esaminata nei tratti generali. Trattasi del reato di cui all'art. 167 t.u.f.: prima figura d'infedeltà ad essere introdotta nel nostro ordinamento, ancorché limitatamente all'esercizio di attività finanziarie. La seconda è invece ricompresa nello stesso art. 2634, precisamente al co. 2 e ha la finalità di estendere l'ambito operativo della fattispecie generale.

Il presente paragrafo sarà dedicato da una parte a quest'ultima figura – colta nei suoi rapporti con quella, appena esaminata, di cui al co. 1 – e dall'altra alla circoscrizione del suo ambito d'interferenza con la figura minore di cui al t.u.f.

8.1. Beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

Il secondo comma dell'articolo in commento estende le pene previste al primo alle ipotesi in cui la gestione societaria venga svolta «in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi». Il fenomeno avuto di mira dal legislatore è evidentemente quello dei cc.dd. patrimoni gestiti, ambito nel quale la dissociazione tra proprietà e gestione raggiunge il livello massimo.

---

[42] Si esprime in questo senso ALDOVRANDI, *Art. 2634*, in LANZI, CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, 142. L'Autore suggerisce una interpretazione «*ex novo*» della categoria del dolo intenzionale, tale da ricomprendere, se non il dolo eventuale, quantomeno quello diretto. Ciò, indubbiamente, amplierebbe di molto le maglie di tipicità della disposizione in esame.

Il riferimento, non meglio specificato, al «fatto» permette di richiamare, in linea di principio, quanto detto finora circa il conflitto di interessi, la condotta, l'evento di danno e, da ultimo, il dolo specifico. Unico elemento di evidente differenziazione è il mancato richiamo al dolo intenzionale di danno: ciò che consente di evitare *in toto* le pesanti critiche mosse da dottrina e giurisprudenza corali alla fattispecie generale.

Procedendo con ordine, va anzitutto precisato l'ambito applicativo della figura di reato in esame. Quella configurata è l'ipotesi in cui l'infedeltà sia "esterna", ossia si rivolga non allo stesso patrimonio sociale, bensì a quello di terzi che abbiano a vario titolo affidato i propri beni alla società. A ben vedere, dunque, non è esattamente vero che il «fatto» rimanga immutato rispetto al primo comma. Muta anzitutto il rapporto dell'amministratore col patrimonio danneggiato; muta altresì il rilievo del conflitto di interessi presupposto. Sotto il primo aspetto, l'amministratore infedele non entra in contatto con i beni per una finalità "istituzionale", quale gerente di un patrimonio che – trovandosi nella titolarità di un ente – non potrebbe altrimenti essere amministrato. Al contrario, il rapporto gestorio deriva da vincoli contrattuali intercorrenti tra la società ed un soggetto terzo, il quale ben potrebbe decidere di non affidarsi a tali soggetti. Sotto il secondo aspetto, invece, il conflitto di interessi non può che "esteriorizzarsi" a sua volta. L'interesse illecitamente dismesso non è più quello sociale, bensì quello del terzo proprietario del bene affidato. Esso, perciò, viene a identificarsi anzitutto nell'attuazione del rapporto negoziale sottostante che ha giustificato l'affidamento e poi nell'interesse alla restituzione del bene una volta cessato il rapporto.

Veniamo ora alla differenza più appariscente. Se il richiamo al dolo specifico è da ritenersi implicito, quello al dolo intenzionale è espressamente eliso. Nel ribadire la necessaria causazione dell'evento, il legislatore si limita a richiedere che gli amministratori operino «cagionando a questi ultimi [i terzi] un danno patrimoniale». Deve dedursi, dunque, che l'evento potrà essere sorretto da qualsiasi configurazione del dolo, financo da quello eventuale.

La differenziazione rispetto al primo comma appare completamente illogica[43]. Non si vede, infatti, per quale motivo i terzi debbano essere tutelati entro

[43] CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 478.

un ambito di tipicità sensibilmente più ampio di quello riservato ai soci (titolari sostanziali del patrimonio sociale). Ad ogni modo, dinanzi alla chiara *littera legis*, l'interprete non può che limitarsi a registrare il dato normativo.

8.2. Rapporto con l'art. 167 t.u.f.

Ben altra attenzione ermeneutica è stata rivolta all'ambito di interferenza del co. 2 appena esaminato col più volte citato art. 167 t.u.f. Interferenza che, con tutta evidenza, può unicamente darsi nel contesto dell'esercizio professionale di attività d'intermediazione finanziaria.

Le due norme, peraltro, non si sovrappongono del tutto. In alcune ipotesi la fattispecie codicistica è più ampia, ricomprendendo non solo i casi in cui il dolo specifico si rivolga ad un profitto ingiusto ma anche quelli in cui l'agente abbia di mira un «altro vantaggio». In altre ipotesi – la maggioranza – ad essere più estesa è la fattispecie speciale. Da una parte, essa è suscettibile di ricomprendere nel sintagma «operazioni» qualsiasi condotta commissiva degli amministratori e non unicamente gli «atti dispositivi su beni sociali» di cui all'art. 2634[44]. Dall'altra, essa è applicabile anche a quegli operatori finanziari che non operino in forma societaria ma optino per altre strutture giuridiche.

Ora, nelle ipotesi di vera e propria sovrapposizione strutturale, si sarà di fronte ad un conflitto apparente di norme. L'art. 167, infatti, premette all'enunciazione della fattispecie una clausola di sussidiarietà espressa (precisamente: «salvo che il fatto costituisca reato più grave»). Il conflitto è presto risolto: la natura contravvenzionale della fattispecie speciale rende tale reato sicuramente meno grave di quello codicistico[45], il quale, in caso di interferenza, sarà destinato ad assorbire l'ambito applicativo del primo.

---

[44] Impossibile non richiamare quanto detto *supra* circa la proposta avanzata da certa dottrina in merito alla sostituzione del sintagma «atto dispositivo» con quello, onnicomprensivo e già utilizzato dal legislatore nel t.u.f., di «operazione sociale».

[45] Ad oggi, in realtà, nemmeno questo assunto può essere condiviso *de plano*. L'art. 39, co. 1 l. 262/2005 (c.d. legge per la tutela del risparmio) ha inasprito le sanzioni previste per gli illeciti di cui al t.u.f. Conseguentemente, la fattispecie *de quo* risulta oggi punita con l'arresto pari nel minimo ad un anno, a fronte della reclusione minima di sei mesi di cui all'art. 2634. Condivide tali criticità BELLACOSA, *Obblighi di feldeltà*, cit., 134. Rimane il fatto che, a prescindere dagli estremi edittali, una fattispecie contravvenzionale può ritenersi intrinsecamente meno grave di una delittuosa.

Tuttavia, l'ambito di tipicità dell'art. 167 "ulteriore" rispetto all'art. 2634 e dunque non scalfito dalla clausola di sussidiarietà è estremamente ridotto, risolvendosi in ipotesi davvero rare. Quella più rilevante, senz'altro, consiste nel caso in cui l'amministratore commetta un'infedeltà mediante omissione. Il rischio, dunque, è di conservare sulla carta un reato che ben difficilmente potrà trovare applicazione pratica. Anche per questo motivo un'isolata dottrina ha tentato di recuperare un ruolo autonomo al reato in commento. Argomentando dalle evidenti differenze strutturali fra le due figure, si è immaginato di poter mantenerne del tutto «intatto [lo] specifico ambito applicativo»[46], disattivando la clausola di sussidiarietà. La tesi, tuttavia, non ha trovato seguito alcuno.

Non a caso, non sono mancate le critiche rivolte alla scelta stessa di mantenere in vigore la fattispecie speciale di cui trattasi. Un intervento di risistemazione generale avrebbe ben potuto ripulire l'ordinamento da quelle fattispecie parziali e settoriali, le quali altro non fanno che porre problemi d'interferenza. Né era da temere che l'ambito di tipicità tracciato dal t.u.f. potesse restringersi significativamente a causa delle menzionate angustie dell'art. 2634, dato che della più rilevante di queste (ovverosia il dolo intenzionale di danno) non vi è traccia alcuna al secondo comma. Nondimeno, il legislatore ha optato per la conservazione della norma speciale.

L'aver mantenuto in vigore entrambe le norme non è criticato unicamente per l'ovvia complicazione che introduce in una materia di per sé già ingarbugliata. Oltre a ciò, infatti, si adduce l'illogicità di una normativa che al modificarsi del titolo di reato ricollega altresì il trapasso da una fattispecie delittuosa ad una contravvenzionale. Cosicché, se l'amministratore di una società di gestione portafogli abusi dei poteri conferitigli mediante un atto dispositivo di beni, commetterà un delitto. Se invece lo stesso abusi dei medesimi poteri assumendo un'obbligazione a scapito dei patrimoni gestiti, commetterà una contravvenzione. Ciò, nonostante la sostanziale equivalenza offensiva delle due condotte considerate.

9. *(Segue)* Procedibilità. Cornice edittale. Responsabilità dipendente da reato.

[46] FOFFANI, *Le infedeltà*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 357.

Venendo invece agli elementi per così dire funzionali della fattispecie, le maggiori critiche si sono appuntate sul regime di procedibilità prescelto dal legislatore. La Commissione Mirone aveva optato per la procedibilità ufficiosa, considerando la gravità del reato e soprattutto l'intensità delle offese potenzialmente recabili anche a terzi. Con grande stupore della dottrina[47], l'ultimo comma della disposizione in commento statuisce invece che «si procede a querela della persona offesa». La condizione di procedibilità è comune tanto alla fattispecie generale di cui al primo comma quanto a quella "esterna" di cui al secondo. In quest'ultimo caso, la persona offesa viene pacificamente individuata nei terzi affidatari dei beni malversati; nel primo, almeno in linea di principio, persona offesa dovrebbe ritenersi la società stessa.

Come più volte anticipato, la previsione costituisce il momento di maggiore "privatizzazione" del reato di infedeltà patrimoniale, la cui repressione viene così subordinata ad un giudizio di convenienza del soggetto offeso dal comportamento illecito. Dal canto suo, il legislatore delegato ha addotto talune considerazioni a sostegno della propria scelta. In primo luogo, facendo perno sullo *strepitus fori* cui la società verrebbe potenzialmente esposta da un procedimento instaurato per infedeltà patrimoniale. Qui evidentemente il timore dei *conditores* era quello che la società non solo dovesse subire il danno patrimoniale nel quale culmina la consumazione del reato, ma anche l'ulteriore danno d'immagine derivante dal conseguente processo penale. In secondo luogo, finalizzando la previsione in parola ad un non meglio specificato intento deflattivo del contenzioso societario[48].

Entrambe le motivazioni addotte, tuttavia, non hanno soddisfatto la dottrina, la quale ha pesantemente criticato la scelta[49]. Già di per sé, infatti, la procedibilità a querela denota un giudizio di minore disvalore della fattispecie incriminata. Nel caso di infedeltà "interna", poi, la previsione non potrebbe essere meno appropriata. Trattandosi di illecito inerente alla gestione societaria, legittimato non può di certo essere l'organo amministrativo all'interno del quale il reato stesso si è consumato.

---

[47] La modifica è stata definita l'«elemento di maggior rottura» rispetto al progetto Mirone; sul punto cfr. LIONETTI, *Analisi critica*, cit., 247.

[48] Proprio così si esprime il legislatore delegato nella Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto di Riforma, la quale, precisamente al § 1.4, afferma di aver così perseguito le «attuali e condivise esigenze deflattive».

[49] V., per tutti, FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., 365.

Pacifica, dunque, l'attribuzione del diritto di querela quantomeno all'assemblea ordinaria, la quale eserciterà lo stesso mediante apposita delibera con contestuale nomina di un rappresentante. La soluzione, tuttavia, non pare definitiva. È ovvio, infatti, che la stessa maggioranza che ha a suo tempo nominato gli amministratori infedeli potrebbe non avere alcun interesse ad esporre gli stessi a responsabilità penale. Ciò, ovviamente, a completo discapito delle pretese e dei soci di minoranza e dei creditori sociali.

Queste criticità assumono tanta più rilevanza in quanto il legislatore pare essersene completamente disinteressato. Lo schema di decreto legislativo originariamente presentato alle commissioni parlamentari per il relativo parere non vincolante[50], invero, esplicitava proprio l'assetto abbozzato poco sopra: deliberazione della querela dall'assemblea e suo concreto esercizio da parte di un «curatore speciale». Le commissioni di Camera e Senato, in merito, rappresentavano esattamente le problematiche appena esposte. Da una parte manifestavano la preoccupazione 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»[51]. Dall'altra suggerivo, all'uopo, di prevedere «particolari modalità di convocazione e costituzione dell'assemblea in funzione di un rafforzamento degli strumenti di tutela (anche) delle minoranze»[52]. In risposta, e in modo del tutto incomprensibile, il legislatore decideva di ridurre la disposizione originaria alla mera indicazione della procedibilità a querela, senza integrarla con gli accorgimenti suggeriti dalle commissioni.

Sono questi inspiegabili vuoti normativi ad avere spinto la giurisprudenza a manifestare sin da subito un orientamento favorevole all'allargamento del novero delle persone offese (i.e. dei soggetti legittimati alla proposizione della querela). Una sentenza, in particolare, pare essersi spesa sensibilmente in questo senso[53]. Nel caso *Silletti*, la Cassazione ebbe a statuire che, se da una parte è vero che la fattispecie in commento «è posta a tutela del patrimonio sociale e, quindi, non vi è dubbio che parte lesa di tale reato sia la società stessa», cionondimeno «la condotta

[50] Lo schema veniva trasmesso alle Camere l'11 gennaio 2002.
[51] Parere della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, 6 marzo 2002.
[52] Parere della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, 19 marzo 2002.
[53] Trattasi di Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2006, n. 37033, Silletti.

dell'amministratore infedele è diretta a danneggiare [...] principalmente i soci». Da ciò il Supremo Collegio deduceva che «non può negarsi al singolo socio il diritto di querelare contro il presunto responsabile della infedeltà, proprio perché deve allo stesso riconoscersi non solo la qualifica di danneggiato, ma anche quella di vera e propria parte lesa». In seguito, il Collegio da un lato ha specificato che la legittimazione a proporre querela spetta disgiuntamente a ciascun socio e non all'assemblea nella sua collegialità, mentre dall'altro ha escluso che i creditori sociali possano rientrare nella platea attiva[54].

La proposta non ha avuto effettivo seguito in dottrina[55], soprattutto per l'evidente forzatura concettuale in cui suo malgrado si trova stretta. Difatti, nel tessuto argomentativo delle due pronunce, si rinviene una chiara sovrapposizione concettuale fra la qualità di danneggiato e quella, ben diversa, di persona offesa dal reato, quasi fossero figure tra loro intercambiabili. Ad oggi, dunque, rimane fermo che unici soggetti da qualificarsi persone offese e dunque legittimati alla querela sono la società stessa nel caso di cui al primo comma ovvero i terzi per quanto concerne il secondo.

Altrettanto criticata, poi, la cornice edittale entro cui viene punito il reato. Tanto per la fattispecie generale quanto per quella "esterna" di cui al secondo comma viene comminata la pena della «reclusione da sei mesi a tre anni». Il rilievo centrale che in questo caso viene mosso al legislatore concerne la mitezza della sanzione, dai più ritenuta non idonea ad esercitare una congrua funzione generalpreventiva[56]. La mitezza si apprezza meglio in ottica relativa, sia sul piano ordinamentale interno sia in sede comparatistica.

Sul primo piano va ribadita l'illogica disparità di trattamento rispetto al finitimo reato di appropriazione indebita, cui si è già avuto modo di accennare al paragrafo precedente. L'appropriazione indebita, infatti, non solo viene punita con la reclusione da due a cinque anni (dunque con entrambi i limiti edittali più elevati), ma altresì con la pena pecuniaria della multa da 1.000 a 3.000 euro. Ora, a dispetto del trattamento sanzionatorio, è evidente che l'infedeltà patrimoniale si caratterizzi per un disvalore aggiunto, reso palese e dalla posizione apicale dell'agente e dal

[54] Cass. pen., Sez. V, 24 giugno 2015, n. 39506, Pedrali.
[55] *Ex plurimis*, si esprime in senso critico LIONETTI, *Analisi critica*, cit., 248.
[56] FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 168 parla, in merito, di una pena «inadeguata per difetto».

dolo intenzionale di danno. A ben vedere, in questo modo il legislatore ha alleviato piuttosto che appesantito lo statuto penale dell'amministratore societario, quantomeno con riferimento a quelle condotte che, sotto la più volte citata giurisprudenza "estensiva", venivano già attratte nell'orbita di tipicità dell'art. 646.

Anche sul diverso piano dell'approccio comparatistico si evidenziano criticità. Il dislivello sanzionatorio è evidente, soprattutto avendo riguardo ai Paesi più vicini al nostro: tutti si attestano attorno ad una pena detentiva di circa cinque anni[57]. In un ambiente economico in rapida internazionalizzazione, nonché nel contesto di un progressivo ravvicinamento degli ordinamenti europei, tali dislivelli non risultano tollerabili nel lungo periodo.

Appare logica, invece, l'esclusione del delitto in parola dal novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente *ex* art. 25-*ter* d. lgs. 231/2001. La lunga elencazione in cui si risolve l'articolo, infatti, evita appositamente la menzione della disposizione in parola. Il motivo è presto detto. Il reato di infedeltà patrimoniale presuppone la causazione (peraltro intenzionale) di un danno alla società: ciò fa venir meno *ipso facto* il fondamentale requisito oggettivo di imputazione della responsabilità dell'ente per cui il reato sia stato compiuto «nel suo interesse o a suo vantaggio»[58].

A dire il vero qualche critica è stata mossa anche a questa scelta[59]. Essa, infatti, non tiene in debita considerazione il secondo comma dell'art. 2634, il quale, contemplando un danno ai terzi, ben potrebbe vedere la società giovarsi dell'infedele attività gestoria. Quanto meno questa seconda fattispecie avrebbe forse meritato di essere ricompresa nel citato art. 25-*ter*.

10. *(Segue)* Rapporto con l'appropriazione indebita.

[57] Le corrispondenti figure di reato sono punite: in Germania esattamente con la reclusione fino a cinque anni; in Francia *idem*, con l'aggiunta della sanzione pecuniaria fino ad euro 370.000; in Spagna con la pena detentiva fino a quattro anni, cui si aggiunge quella pecuniaria parametrata nel massimo fino al triplo del danno cagionato.
[58] Secondo quanto previsto dall'art. 5, co. 1 dello stesso decreto.
[59] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 178 ss. L'Autore censura *in toto* la scelta di sottrarre il delitto *de quo* dal novero dei reati presupposti e legge in questa scelta un elemento capace di compromettere «ancor di più le *chance* di effettività della riforma». In senso conforme v. FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 168.

Esaurita la trattazione esegetica della fattispecie, conviene verificare quale sia stato l'effetto normativo della sua introduzione, segnatamente sull'ambito di tipicità dell'appropriazione indebita. Come visto, è stata proprio l'interpretazione estensiva dell'art. 646, adottata in via suppletiva dalla giurisprudenza, a spingere il legislatore ad introdurre un espresso reato d'infedeltà patrimoniale. Bisogna chiedersi, dunque, se e in quale misura il disposto dell'art. 2634 abbia riempito l'originario vuoto normativo ovvero se, viceversa, residui un ambito di interferenza tra le fattispecie. La risposta al quesito permetterà di formulare una valutazione complessiva sulla disposizione di nuovo conio.

La questione a ben vedere si configura come un classico problema di successione di norme penali nel tempo. Conseguentemente, gli esiti alternativi sono tre: un'*abrogatio sine abolitione*, con continuità del perimetro di tipicità; una completa *abolitio criminis* dell'appropriazione indebita degli amministratori di società, con conseguente restrizione del perimetro di tipicità; una radicale incompatibilità fra le fattispecie, con conseguente ampliamento del perimetro di tipicità.

La prima delle tesi richiamate è stata sostenuta appena dopo l'introduzione della disposizione. Milita a suo favore l'apparente specialità della fattispecie di infedeltà patrimoniale rispetto a quella di appropriazione indebita. La seconda figura sembra infatti essersi "innestata" nella prima, ritagliando al suo interno un ambito di tipicità già precedentemente penalizzato e mutandone semplicemente il *titulus delicti*. Di conseguenza, l'ambito del penalmente rilevante non si è di fatto modificato, ma ha semplicemente visto la propria struttura sanzionatoria modificata. Il rapporto di specialità "unilaterale" sarebbe evidenziato dai plurimi indici di specializzazione rinvenibili nella fattispecie di infedeltà patrimoniale. Nello specifico: la sussistenza di un conflitto di interessi, il ruolo apicale rivestito dall'amministratore agente, nonché il dolo intenzionale di danno[60]. Dunque, all'appropriazione indebita residuerebbe la funzione di fattispecie generale. L'infedeltà patrimoniale, qualificandosi invece come speciale, sarebbe l'unica, in caso di interferenza, a dover essere applicata *ex* art. 15 c.p., evitando così il concorso formale di reati. Un primo orientamento giurisprudenziale, manifestatosi

[60] Si esprime in questi termini MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 227 s.

appena dopo il varo della riforma, aderiva espressamente a questa ricostruzione. Nel 2003 la Cassazione sosteneva infatti che «il reato di infedeltà patrimoniale ha carattere speciale rispetto al reato di appropriazione indebita previsto dall'art. 646»[61].

Nondimeno, lo stesso Autore che per primo aveva sostenuto la specialità unilaterale faceva notare un potenziale paradosso insito in questa tesi. Come visto al paragrafo precedente, infatti, tanto il regime di procedibilità quanto quello sanzionatorio previsti all'art. 2634 sono di gran lunga più benevoli rispetto a quanto previsto per l'appropriazione indebita. Di qui la difficoltà di giustificare un intervento che parrebbe teso ad alleviare piuttosto che ad aggravare quella speciale figura di appropriazione che consisterebbe nell'infedeltà patrimoniale. All'interrogativo si è risposto scartando la tesi dell'*abrogatio sine abolitione* e sposando la seconda ipotesi, ossia quella dell'abrogazione parziale delle appropriazioni indebite degli amministratori. Al fine di eliminare i suindicati squilibri sanzionatori, infatti, si è giunti ad affermare che «il legislatore abbia inteso attribuire rilevanza penale alle sole infedeltà patrimoniali che presentino la tipicità dell'art. 2634». L'art. 646, dal canto suo, sarebbe ormai totalmente inservibile in ambito societario, avendo letteralmente «esaurito il suo compito»[62].

Il grande svantaggio di questa seconda impostazione sta nella conseguente necessità di ritenere la sopravvenuta e integrale depenalizzazione di tutti i fatti di appropriazione indebita societaria non inclusi nell'art. 2634. A ciò conseguirebbe la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali dell'eventuale condanna, in applicazione dell'art. 2, co. 2 c.p. Proprio per questi inconvenienti, pur se da più parti ritenuta «non infondata», la teoria dell'*abolitio criminis* non ha avuto effettivo seguito[63].

In realtà, ad un esame più attento, l'assunto di partenza di entrambe le tesi dianzi esposte non pare del tutto fondato: il rapporto di specialità fra le fattispecie, pur non essendo insussistente, quantomeno non è di tipo unilaterale. Diversa dottrina, infatti, propende per la tesi della specialità "reciproca", da riconoscersi nei

---

[61] Trattasi di Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 2003, n. 38110, Sama ed altri. Il testo riportato è ripreso dalla massima estrapolata dalla pronuncia indicata e reperibile in *italgiure.giustizia.it*.
[62] MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 220 ss.
[63] LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 126 ss.

casi in cui «entrambe [le fattispecie] presentano accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra»[64]. A ben vedere, "un nucleo comune" sussiste fra le due figure ed è dato dall'evento di danno e dal dolo specifico di ingiusto profitto. Viceversa, la qualifica gestoria dell'agente, la presenza di un conflitto di interessi e il dolo intenzionale di danno sono tutti elementi speciali dell'infedeltà. Ma – e qui si inserisce il rapporto di reciprocità – anche l'appropriazione indebita presenta un suo ambito di specialità, non potendo essere consumata che su beni mobili. Di talché non è affatto vero che il nuovo art. 2634 ha semplicemente "eroso" un ambito di tipicità già integralmente coperto dall'art. 646, dal momento che giammai quest'ultimo poteva e può configurarsi rispetto a beni immobili o appartenenti a soggetti terzi.

La dottrina[65] si è tendenzialmente attestata su questa posizione, seguita dalla giurisprudenza più recente, che pare essersi ormai consolidata sul punto[66]. Senonché il canone della specialità reciproca non può considerarsi sempre utile al fine di risolvere il concorso formale di reati. Si pensi al caso in cui la fattispecie concreta ricada per intero nel "nucleo comune" alle due fattispecie, senza manifestare alcun elemento specializzante dell'una o dell'altra. Sussistendo per entrambe le figure di reato un rapporto di specialità, ad alcuna di esse può, in via di principio, darsi priorità *ex* art. 15 c.p. L'interferenza andrebbe dunque risolta facendo riferimento a canoni ermeneutici dalla dubbia oggettività, quali i principi di sussidiarietà e di consunzione[67].

La più attenta dottrina, allora, ha riflettuto in modo più approfondito sulla possibilità stessa di configurare un rapporto di specialità di qualsiasi tipo. Si è partiti proprio dal requisito del conflitto di interessi, primo "filtro di rilevanza penale" della fattispecie. Ora, a ben vedere, un qualche conflitto sussiste pure nel caso dell'appropriazione indebita, ancorché nascosto dal riferimento al «possesso a qualsiasi titolo». Difatti, quando il possessore di cosa altrui se ne appropria, altro

---

[64] MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Padova, 2011, 487.
[65] Riporta questa tesi, in particolare, CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 500 s.
[66] V., *ex plurimis*, la chiarissima motivazione di Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 2008, n. 15879, Baruffaldi, cit.; da ultimo, Cass. pen., Sez. II, 29 marzo 2021, n. 11986.
[67] Esprimono dubbi sull'utilità del canone della specialità reciproca MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 453 ss. La S.C., dal canto suo, ha espresso forti critiche in merito alla possibilità di ricorrere ai principi di sussidiarietà e consunzione per la risoluzione di ipotesi di concorso; cfr. Cass. pen., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino.

non fa che perseguire un suo generale interesse all'arricchimento, a scapito dell'interesse del vero proprietario alla propria integrità patrimoniale. Ciò che pare però distinguere i due conflitti è che nel caso di infedeltà esso necessariamente precede l'atto infedele; nel caso di appropriazione indebita, invece, esso si manifesta e si consuma nella stessa interversione del possesso.

Tanto premesso, solo due sono le strade logicamente percorribili. Se si ritiene che il conflitto di interessi sotteso all'art. 646 possa tanto precedere quanto accompagnare la consumazione[68], allora si ricade nella tesi del rapporto di specialità reciproca[69]. Se invece si opta per la totale incompatibilità fra i due tipi di conflitto, ecco che il rapporto fra le due fattispecie muta considerevolmente.

Questa seconda tesi, che chi scrive ritiene di poter condividere, è supportata soprattutto dalla lettura dell'art. 2634 nel contesto civilistico di riferimento[70]. Il conflitto di interessi presupposto dalla norma in commento, infatti, non può che essere proprio quello che l'art. 2391 tenta di "disinnescare", sul piano civilistico, attraverso l'obbligo di integrale *disclosure* degli «interessi degli amministratori». Ora, è ovvio che di *disclosure* potrà parlarsi solo se l'interesse (potenzialmente) in conflitto sia giuridicamente legittimo e dunque "confessabile". Questo carattere, tuttavia, manca del tutto nell'appropriazione indebita. Ivi, l'interesse collidente nasce già illegittimo e si sostanzia in un arricchimento indebito a spese del proprietario. Prova ne sia il fatto che, ove scomparisse il previo conflitto di interessi, l'atto dispositivo infedele *ex* art. 2634 cesserebbe di essere tale; nell'appropriazione indebita, invece, l'esercizio di poteri *uti dominus* sulla cosa non propria non può che rimanere attività illecita sine glossa[71,72].

---

[68] Afferma sul punto CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, cit., 626 che «di solito nell'appropriazione indebita il conflitto di interessi consegue all'atto dispositivo, anche se nulla esclude che possa essere latente già nella fase iniziale del rapporto; comunque, la norma incriminatrice comune non pone la carenza di un pregresso conflitto di interessi alla stregua di elemento negativo della fattispecie».

[69] Argomenta in questo modo lo stesso CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, cit., 622 ss.

[70] Sul quale v. diffusamente *supra*, Cap. II.

[71] Queste riflessioni si rinvengono in BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 200 ss. Un'indiretta conferma viene inoltre da Cass. pen., Sez. VI, 26 novembre 2019, n. 50795, Tavasci, ove la Corte ha escluso di poter riqualificare la condotta di peculato in infedeltà patrimoniale, in quanto atti appropriativi posti in essere su patrimonio altrui costituiscono attività «intrinsecamente illecite» e «non riconducibili al conflitto di interessi».

[72] Un altro modo per rendersi conto di tale viscerale differenza tra le due fattispecie consiste nel seguire il seguente esempio: un amministratore può logicamente essere tenuto a riferire in sede consiliare del fatto che un suo parente è proprietario dell'immobile che la società ha intenzione di

Di qui, e in forza proprio del diverso atteggiarsi del conflitto di interessi nelle due fattispecie, la stessa attività materiale in cui esse si sostanziano deve necessariamente mostrarsi diversa ed *ictu oculi* discriminabile. Nell'infedeltà abbiamo l'esplicarsi di atti dispositivi, formalmente validi sul piano giuridico (altrimenti alcun danno deriverebbe al patrimonio sociale). Nella condotta appropriativa è invece insito un *quid* di materiale ed apprensivo – il che, tra l'altro, era esattamente ciò che ostacolava i tentativi estensivi della giurisprudenza verso le condotte meramente distrattive. Se n'è dedotto, altresì, che «allorquando si riconduce l'ambito applicativo dell'art. 2634 c.c. agli abusi gestionali realizzati nel contesto di un'attività formalmente ricollegabile all'esercizio di impresa, si intend[e] far riferimento all'utilizzo di schemi negoziali. Se infatti, l'amministratore si avvale di un negozio fittizio per depauperare il patrimonio sociale [...] la condotta assume in tutto e per tutto i connotati de comportamento *uti dominus* punibile ai sensi dell'art. 646»[73].

Tirando le fila del discorso. Le due fattispecie, colte da questa visuale, differiscono non tanto per questo o quell'elemento reciprocamente più o meno esteso, ma per una radicale differenza fra i presupposti dell'agire. Ciò si evidenzia e con riferimento alla sussistenza di un conflitto di interessi (pregresso in un caso; concomitante alla condotta nell'altro) e con riferimento alla fenomenologia della consumazione (esplicantesi in atti negoziali formalmente validi, in un caso; nell'annessione materiale ed arbitraria del godimento del bene, nell'altro). Se ne deve dedurre che, in realtà, l'infedeltà patrimoniale è norma completamente innovativa, che pienamente realizza (o meglio, potrebbe realizzare, se solo non fosse appesantita dalle note tare disfunzionali) il fine che la riforma le aveva assegnato, ovverosia quello di intervenire ove l'appropriazione indebita si fosse rivelata inidonea, estendendo corrispondentemente l'ambito del penalmente rilevante.

Di conseguenza, il rapporto effettivamente sussistente fra le due disposizioni non è quello di specialità e nemmeno quello di generica eterogeneità,

---

acquistare; non avrebbe alcun senso, invece, che egli riferisca in sede consiliare d'esser guidato dal generico interesse di arricchirsi e che dunque potrebbe appropriarsi indebitamente di beni sociali.

[73] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 202 s.

bensì di radicale incompatibilità. Ove sussiste appropriazione indebita non potrebbe sussistere infedeltà patrimoniale e viceversa.

A questo punto non rimane che interrogarsi sugli effetti intertemporali ricollegabili alla riforma. Se è vero che sussiste un rapporto di incompatibilità fra le due disposizioni, allora necessariamente non potrà configurarsi una vicenda di successione di leggi penali nel tempo, con conseguente inapplicabilità di alcuna delle norme *sub* art. 2 c.p. Il problema, in realtà, potrebbe porsi unicamente ove si ritenesse che l'appropriazione indebita possa consumarsi anche in forma distrattiva, il ché, difatti, è stato a più riprese sostenuto prima della riforma in commento. Tuttavia, come dimostrato dalla miglior dottrina, un tale assunto, ad oggi, va ritenuto completamente destituito di fondamento.

11. Omessa comunicazione del conflitto d'interessi. Introduzione.

La seconda fattispecie coinvolta nella dinamica del conflitto di interessi societario, e di cui si darà conto nel prosieguo, è quella prevista dall'art. 2629-*bis* c.c., rubricato «Omessa comunicazione del conflitto di interessi». Nello specifico, la disposizione punisce «l'amministratore o il componente del consiglio di gestione di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, ovvero di un soggetto sottoposto a vigilanza ai sensi del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, o del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, che viola gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, è punito con la reclusione da uno a tre anni, se dalla violazione siano derivati danni alla società o a terzi».

Già ad un primo sguardo, la norma non pare brillare per chiarezza. I fitti rinvii alla legislazione speciale – tanto ai fini dell'individuazione dei soggetti attivi, quanto per la definizione della condotta – la rendono l'ennesimo esempio di approccio sanzionatorio, il quale il legislatore penale fa evidentemente difficoltà ad abbandonare. La disarmonia in questo caso è tanta, che in dottrina si è giunti ad

affermare che «la norma in commento può risultare un paradigma di come *non dovrebbe mai* operare il legislatore penale»[74].

La fattispecie non è stata introdotta dalla riforma del 2002. Essa è piuttosto il frutto della nota legge a tutela del risparmio, varata nel 2005[75] a seguito degli allarmanti scandali finanziari di Cirio e Parmalat e del loro «devastante impatto sull'economia [...] e sulla situazione patrimoniale dei risparmiatori»[76]. Il provvedimento reca un cospicuo *corpus* di disposizioni[77] volto complessivamente a «rafforzare le norme in tema di governo societario, trasparenza delle società, revisione contabile e a completare il quadro delle regole per gli intermediari»[78]. Lo sforzo del legislatore si è rivolto essenzialmente nella direzione di rendere più "trasparente" la gestione societaria, soprattutto nei confronti dei risparmiatori, categoria massimamente colpita dai succitati *crack* finanziari. In quest'ottica si pongono le norme particolarmente vincolistiche inerenti, *intera alia*, ai rapporti con società aventi sede legale in Stati "non trasparenti", alla concessione di credito in favore di azionisti e alla contrazione di obbligazioni da parte di esponenti bancari[79].

La fattispecie in commento, dunque, si inserisce per così dire quale corpo estraneo nel tessuto normativo già tracciato dalla riforma del 2002. Prova ne sono le innumerevoli difficoltà riscontrate nel tempo in sede di coordinamento con le finitime figure di infedeltà. E proprio la fretta di «rispondere [anche sul piano penale] *in qualche modo* alla pressione degli eventi che si erano verificati e che si andavano verificando con le progressive ripercussioni»[80] sembra aver influenzato, negativamente, la qualità del prodotto normativo.

---

[74] CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione del conflitto d'interessi,* in CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società,* Padova, 2014, 358.
[75] Trattasi della l. 28 dicembre 2005, n. 262, "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", in vigore – quantomeno per le disposizioni che rilevano in questa sede – dal 12 gennaio 2006. La disposizione, in particolare, è stata introdotta dall'art. 31 della citata legge e poi lievemente ritoccata in via correttiva, come si vedrà, dall'art. 6 d. lgs. 303/2006. Ovviamente, il testo riportato *supra* è quello attualmente in vigore.
[76] CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione*, cit., 357.
[77] In tutto gli articoli sono 44, suddivisi in sei Titoli, dal contenuto alquanto variegato.
[78] *Memorie sulla legge per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, presentate da Banca d'Italia al Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, il 7 giugno 2006.
[79] Per un primo commento sistematico al provvedimento, si veda SEMINARA, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Le Società*, 2004, 269 ss.
[80] CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione*, cit., 357.

Ad ogni modo conviene, per un approccio sistematico alla fattispecie, sintetizzarne anzitutto gli elementi costitutivi. Il reato si configura come proprio: gran parte della disposizione è infatti dedicata ad enumerarne minuziosamente tutti e soli i soggetti attivi. Sul piano strutturale la condotta è vincolata e si configura, ad eccezione di un'ipotesi particolare, sempre omissiva, come tra l'altro risulta intuibile dalla stessa rubrica. Il disvalore è ancora una volta orientato alla causazione di un evento di danno: il reato è dunque uno de pochi omissivi impropri ad essere positivamente tipizzati dal legislatore. Come si diceva, l'omissione consiste nella mancata ottemperanza ad un precetto civilistico puntualmente richiamato: nello specifico si tratta dell'art. 2391[81].

Salta fin da subito all'occhio il ritorno di un certo approccio formalistico, reso evidente dai predetti richiami alle norme civilistiche, e che si pensava di aver ormai definitivamente abbandonato con la riforma. Pare infatti quasi di trovarsi di fronte alla previgente fattispecie di cui all'originario art. 2631, similmente rubricato «Conflitto di interessi» ed imperniato sul mero inadempimento dell'amministratore ai precetti civilistici in tema di interessi. Ad ogni modo, l'analisi del reato evidenzierà nell'evento di danno una significativa funzione correttiva rispetto all'accentuato formalismo descrittivo.

12. *(Segue)* I soggetti attivi. Problematico rapporto col principio di legalità.

Molto elaborata risulta la delimitazione dei soggetti attivi del reato, il quale si configura evidentemente come proprio. Il perimetro tracciato dalla norma appare particolarmente ristretto a quello del reato d'infedeltà. In primo luogo, non vengono richiamati i liquidatori, ma unicamente «l'amministratore o il componente del consiglio di gestione» – quest'ultima ipotesi rilevante solo nel caso si opti per il modello dualistico di gestione e controllo. Ad ogni modo, quanto detto nei paragrafi precedenti in merito all'estensione delle qualifiche soggettive e all'integrabilità del reato da parte dell'*extraneus* può ritenersi in questa sede integralmente richiamato.

In secondo luogo, le società che si prestano quale luogo di consumazione ed eventuale persona offesa dal reato non sono tutte quelle di capitali. Non solo vengono escluse le società di capitali diverse da quelle azionarie (essenzialmente,

[81] Sul contenuto del quale v. *supra*, Cap. II, §§ 4-6.

le S.r.l.), ma anche un gran numero delle stesse azionarie. La delimitazione parrebbe in un primo momento tassativa e si risolve nell'elencazione di sei sole categorie di società rilevanti.

Le prime due si riferiscono da una parte alle «società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell'Unione europea»; dall'altra a quelle che, ancorché non quotate in borsa, abbiano titoli «diffusi tra il pubblico in misura rilevante». Proprio questa seconda categoria ha posto rilevanti problemi in punto di rispetto del principio di legalità. La norma penale fa infatti riferimento all'«art. 116 [del t.u.f.] e successive modificazioni» al fine di definire il concetto di "diffusione tra il pubblico in misura rilevante". Risulta evidente l'impiego della tecnica del rinvio mobile. La disposizione richiamata, tuttavia, fa a sua volta rinvio ad altri provvedimenti per l'integrazione del suo contenuto: ciò che più preoccupa è la natura sublegislativa di questi ultimi. In particolare, si tratta di un non meglio specificato regolamento Consob. La Commissione aveva già provveduto, con delibera del 14 maggio 1999, n. 11971[82], a sciogliere la riserva normativa, individuando essenzialmente due criteri definitori. Da una parte la presenza di più di 200 soci di minoranza i quali altresì detengano complessivamente almeno il 5% del capitale sociale; dall'altra la mancata possibilità, in base alla disciplina primaria, di redigere il bilancio in forma abbreviata. Risulta chiara, dunque, la delimitazione soggettiva, ma desta preoccupazione la rapida modificazione cui essa può andar incontro ad opera di successive determinazioni della Consob. Si osservi, per giunta, che i regolamenti Consob non solo si pongono in posizione sublegislativa, ma sono adottati da un'"autorità amministrativa indipendente", che per definizione si pone al di fuori del circuito rappresentativo democratico. Ciò, come nel caso della disciplina repressiva in tema di stupefacenti, potrebbe accettarsi solo ove l'intervento regolamentare fosse volto unicamente ad individuare elementi strettamente tecnici e di dettaglio. Qui, viceversa, sono gli stessi soggetti attivi ad essere esposti ad un radicale *deficit* di tassatività. La lettera della disposizione, a distanza di anni ancora immutata, suscita indubbiamente le più «gravi perplessità

[82] È il cosiddetto "Regolamento emittenti", adottato dalla Consob in contestuale attuazione di innumerevoli altre riserve regolamentari contenute nello stesso t.u.f.

di ordine costituzionale»[83]. Tuttavia, *rebus sic stantibus*, essa pare del tutto insuperabile sul piano ermeneutico.

Proseguendo nell'elencazione, vengono considerati quattro ulteriori soggetti, i quali assumono rilevanza in quanto sottoposti a forme di vigilanza specificamente richiamate. Anzitutto abbiamo banche, gruppi bancari e intermediari finanziari, sottoposti a vigilanza ai sensi del t.u.b.[84] Vengono poi richiamati i soggetti abilitati all'intermediazione mobiliare e ai servizi di investimento (SIM, SGR, SICAV[85]), sottoposti invece a vigilanza ai sensi del citato t.u.f. A maggiori problemi interpretativi ha dato invece adito per qualche tempo la terza categoria, quella inerente alle imprese operanti in ambito assicurativo e perciò assoggettate a vigilanza Ivass (Isvap, prima del 2012). La disposizione faceva riferimento alla «legge 12 agosto 1982, n. 576», la quale era stata però tacitamente abrogata solo pochi mesi prima della promulgazione della legge a tutela del risparmio e sostituita in modo organico col c.d. codice delle assicurazioni private[86]. Tuttavia, a prescindere dal carente coordinamento normativo, dottrina concorde già riteneva che i soggetti cui la disposizione si riferiva fossero proprio quelli attualmente assoggettati a vigilanza Ivass a norma del suddetto codice. Il legislatore ha da ultimo espressamente confermato questa linea interpretativa, attraverso il decreto coordinativo della legge sul risparmio con t.u.f. e t.u.b.[87], il quale ha espunto il riferimento alla legge del 1982, sostituendolo col cod. ass. Ultima categoria ad essere individuata è quella dei fondi pensione, costituiti, organizzati e sottoposti alla vigilanza dell'apposita commissione di cui al d. lgs. 21 aprile 1993, n. 124.

Ad ogni modo, il riferimento unicamente alle società per azioni non pare estensibile anche ad altre società dotate di forma azionaria, quali le S.a.p.a. e le società cooperative per azioni[88], nonostante i rinvii rispettivamente contenuti agli artt. 2454 e 2519. A tale assunto si perviene argomentando dall'espresso rinvio –

---

[83] CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione*, cit., 362.
[84] Trattasi del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", comunemente noto come "Testo unico bancario" e appunto abbreviato in "t.u.b."
[85] Gli acronimi fanno riferimento, rispettivamente, a: Società d'investimento mobiliare, Società di gestione del risparmio, Società di investimento a capitale variabile.
[86] Trattasi del d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209.
[87] Trattasi del già citato d. lgs. 25 dicembre 2006, n. 303, "Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)".
[88] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 215.

del quale si darà conto al paragrafo successivo – all'art. 2391, il quale è dedicato, in linea di principio, soltanto alle S.p.A.

13. *(Segue)* Le condotte alternativamente rilevanti.

La condotta si risolve nella mancata ottemperanza a puntuali precetti civilistici, compendiati nel richiamo alla violazione degli «obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma». Si è già diffusamente disquisito, nel secondo Capitolo, della genesi, della struttura e della *ratio* delle prescrizioni ivi contenute. Il presente paragrafo, invece, sarà dedicato a verificare le varie modalità con le quali l'agente, violando tali prescrizioni, può integrare il reato in commento.

A ben vedere, le alternative sono molteplici. Come anticipato, la maggior parte si configura come mera omissione, mentre in un caso soltanto la condotta può essere anche commissiva. Si è visto, infatti, che l'art. 2391 dispiega direttamente in capo ai gerenti un ampio spettro di obblighi. Per chiarezza espositiva, è bene richiamarli rapidamente.

In generale, gli amministratori hanno un dovere di *disclosure* rispetto a qualsiasi interesse che abbiano in una data operazione, dovere da ritenersi comprensivo della puntuale specificazione di «natura, termine, origine e portata» dello stesso. Se poi l'amministrazione è delegata, in aggiunta vi è un obbligo astensivo con contestuale investitura dell'assemblea; se l'amministratore è unico, l'obbligo di *disclosure* semplicemente si estende alla prima assemblea utile. Tema centrale è dunque quello dell'informazione societaria e, nello specifico, l'informazione riguardante gli interessi coinvolti nell'attività gestionale. L'interesse è infatti l'elemento focale e della disposizione civilistica e, conseguentemente, di quella penale. Pertanto, conviene fin da subito richiamare quanto detto alle pagine precedenti circa: la nozione di interesse personale, quella di interesse sociale, quella ancora del loro conflitto, nonché in merito ai requisiti necessari perché quest'ultimo assuma giuridica rilevanza.

Tornando alla condotta incriminata, risulta evidente come essa non possa che risolversi in un comportamento uguale e contrario anche ad una sola delle prescrizioni appena citate. Ipotesi base è quella dell'omessa comunicazione agli

altri amministratori e/o al collegio sindacale dell'interesse. Si registrano in merito due fondamentali divergenze esegetiche in dottrina.

In primo luogo, ci si è chiesti se il reato possa dirsi integrato anche qualora non vi sia un vero conflitto di interessi e dunque l'interesse non comunicato sia neutro o consentaneo a quello sociale. Per quanto la tecnica legislativa sia quella del rinvio, deve ritenersi che l'unico interesse rilevante sia quello collidente[89]. Ciò non solo per evidenti motivi di continenza della tipicità penale, ma soprattutto per la logica necessità che dalla mancata comunicazione derivi un danno. Se l'interesse non palesato non era affatto confliggente, allora non si vede quale nocumento possa derivarne alla società[90]. Peraltro, va notato che lo stesso art. 2391 richiede che ad essere comunicato sia «ogni» interesse – e non solo quelli in conflitto – unicamente per non lasciare all'amministratore, *ex ante*, la decisione sulla sua rilevanza. Ma rimane il fatto che ai fini dell'accertamento penalistico – che, proprio come quello operato dall'organo collegiale, si svolge *ex post* – non possa che rilevare unicamente l'interesse confliggente (i.e. idoneo a produrre un danno).

In secondo luogo, si è dubitato da parte di alcuni che all'omissione integrale possa assimilarsi una comunicazione carente degli stringenti requisiti dianzi elencati. Si ritiene in genere che vada accolta l'opzione estensiva: difatti, una comunicazione reticente, al pari di una mancante, non consente ugualmente di raggiungere il fine ultimo di una trasparente e consapevole gestione societaria[91].

Riguardo invece alla gestione unipersonale, i problemi ermeneutici si fanno più fitti. Anzitutto l'amministratore delegato è l'unico a poter commettere anche in forma commissiva il reato, attraverso il compimento in positivo dell'operazione rispetto alla quale avrebbe invece dovuto astenersi. Anche su questo punto la dottrina si è divisa. Per alcuni il compimento dell'operazione previa comunicazione dell'interesse dovrebbe mandar esente da responsabilità l'amministratore[92]. Tuttavia, appare preferibile anche in questo caso la diversa opzione estensiva, per

---

[89] In senso contrario, CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione*, cit., 365 s. Gli Autori ritengono che possano rilevare tutti gli interessi personali, «anche coincidenti con quello della società».
[90] In questo senso, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 226. L'Autore nota altresì che questa interpretazione sarebbe anche più conforme alla *voluntas legis*, che vede nell'infedeltà dell'amministratore – e non già nel suo mero interessamento personale ad un'operazione – il vero fulcro del disvalore della fattispecie.
[91] Sul punto v., ancora una volta, CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione*, cit., 368.
[92] È il caso di BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 225.

ragioni tanto di sistematicità, quanto di razionalità. Sul primo piano, in quanto, fin dalla rubrica, l'intero disvalore della fattispecie è incentrato sull'opacità della gestione societaria. Sul secondo, in quanto «non avrebbe senso escludere la rilevanza penale della condotta dell'amministratore delegato che prima disveli il proprio interesse e poi realizzi l'operazione lesiva»[93]. Accogliendo questa tesi, viene a determinarsi un certo scollamento semantico tra rubrica e corpo della disposizione, laddove la prima fa unico riferimento alla forma omissiva del reato. Il ché incide certamente in senso negativo sull'intellegibilità della fattispecie. Ciò, tuttavia, è frutto del goffo impiego della tecnica normativa del rinvio, più che dell'operazione ermeneutica in sé. Si noti infine che l'art. 2391 richiede «altresì» l'investitura dell'assemblea in merito all'operazione. Tale obbligo però non pare rilevante ai fini penalistici, dato che nulla di fatto aggiunge ai fini della trasparenza societaria[94]. Peraltro, se davvero l'amministratore, correttamente, si astenesse dal compiere l'operazione, un intervento dell'assemblea si rivelerebbe prima o poi necessario *per se*.

Infine, va rilevata la differenza nel trattamento dell'amministratore unico. Chiaro è che egli non potrà integrare il reato in forma commissiva, non essendo previsto alcun dovere astensivo nei suoi confronti. In realtà, l'unica particolarità della sua disciplina si risolve nel doppio obbligo di *disclosure*, altresì rivolto all'organo assembleare. Ferma restando l'irrazionalità, a suo tempo rilevata, di una tale discriminazione tra figure tanto simili, il reato sarà in questo caso integrabile per omessa comunicazione alternativamente all'organo amministrativo, a quello di controllo o a quello assembleare.

14. *(Segue)* L'evento.

Anche in questa fattispecie il legislatore ha scelto di far seguire alla condotta la concreta causazione di un danno. La soluzione è certamente da accogliere con favore, data la funzione demarcativa di offensività che l'evento lesivo esplica.

Non pare dubbio, poi, che si tratti di vero e proprio evento e non di mera condizione obiettiva di punibilità – la quale pur avrebbe il "vantaggio probatorio"

---

[93] Così CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione*, cit., 371.
[94] *Ibidem*.

di non richiedere un'indagine in merito alla colpevolezza dell'agente rispetto a tale elemento. Siffatta tesi potrebbe (erroneamente) argomentarsi dalla congiunzione «se» impiegata dal legislatore, la quale parrebbe postulare la presenza di una condizione esterna all'agire consapevole del reo. Tuttavia, non può ignorarsi che il danno certamente si risolve in uno degli «elementi più significativi della fattispecie tipica»[95], i quali ne «concorrono a contrassegnare il disvalore»[96] – come la sua ricorrenza anche nella fattispecie di infedeltà patrimoniale ben dimostra. Giammai, dunque, potrebbe giacere al di fuori dell'elemento soggettivo.

Ad ogni modo, il danno non viene ulteriormente specificato. Perciò parrebbero rilevare anche nocumenti di natura non strettamente patrimoniale, quale una lesione reputazionale arrecata alla società sul mercato.

14.1. Il danno e il bene giuridico tutelato.

La disposizione consente poi di ritenere integrato il reato non solo quando il danno si produca in capo alla società, bensì anche in capo a terzi. Non si tratta ovviamente di una novità (dato che anche per l'infedeltà patrimoniale l'art. 2634, co. 2 prevede, *mutatis mutandis*, tale estensione dell'ambito di tipicità). Tuttavia, nella fattispecie in commento la bipartizione dei possibili soggetti offesi consente di meglio individuare l'esatto bene giuridico tutelato dalla norma. A differenza dell'infedeltà patrimoniale, infatti, in cui è solo in un comma successivo che i terzi vengono presi in considerazione, in questa fattispecie i soggetti esterni alla società, e potenzialmente lesi da condotte abusive dei gerenti di essa, costituiscono il fulcro della previsione.

È fin troppo evidente, sin dall'intitolazione della legge introduttiva («a tutela del risparmio»), che l'accento vada posto sui beni – danaro, essenzialmente – che il pubblico dei "risparmiatori" abbia affidato alla grande impresa per la sua gestione mediata. Corrobora tale inquadramento anche il clima politico in cui è maturato il provvedimento. I summenzionati *crack* Cirio e Parmalat avevano provato *ad abundantiam* quanto esposti fossero non solo i soci, ma anche tutta la platea di piccoli risparmiatori. Questi ultimi, in termini quantitativi, avevano investito

[95] Come richiede Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364.
[96] Come puntualizzato poco più in là da Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085.

individualmente somme irrisorie rispetto al complessivo capitale sociale; in termini qualitativi, tuttavia, avevano esposto a rischio i risparmi di un'intera vita. Ed è essenzialmente a questi che il legislatore ha guardato al momento dell'introduzione della fattispecie in commento.

Non vi è dubbio, dunque, che la dimensione della tutela del patrimonio sia qui leggermente diversa rispetto all'art. 2634. Ivi, il patrimonio è colto nel suo senso statico, come insieme di beni afferenti alla titolarità di un certo soggetto. Qui, invece, esso assume connotati dinamici che ne mutano in radice la funzione: essa non si risolve in un mero godimento solitario, bensì nel diretto reimpiego in attività produttive. In questa prospettiva, assume diretta rilevanza il concetto di "risparmio".

Sul piano definitorio, per risparmio deve intendersi «quello che si forma presso le famiglie, quale parte del reddito non consumato (non utilizzato in spese correnti)»[97]. Ma, evidentemente, non di qualsiasi risparmio può trattarsi: non di certo di quello "all'antica", cioè accantonato solo momentaneamente e comunque al fine di un consumo nel medio termine. Il risparmio in parola, invece, è un tutt'uno indissolubile con l'investimento d'impresa, di cui costituisce il fondamentale presupposto. Anche (ma non solo) in questa accezione, poi, esso acquista riconoscimento niente meno che in ambito costituzionale, segnatamente all'art. 44 Cost., a mente del quale «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme»[98].

L'ingresso del "risparmio" nel lessico del diritto penale dell'economia comporta un fondamentale spostamento valoriale. Nello specifico, le somme risparmiate smettono, al momento del reimpiego, di avere una rilevanza meramente individuale e divengono un bene "diffuso". È infatti interesse della collettività che il flusso economico dato dal continuo ricambio tra investimento e risparmio – vero pilastro del moderno capitalismo – prosegua in modo ordinato ed equilibrato nel tempo. Come si vedrà, a tale "sopraelevazione" della rilevanza del bene-patrimonio, ben corrisponde la scelta del legislatore in merito alla procedibilità del reato.

---

[97] Questa la definizione fornita da VISENTINI, voce *Credito e risparmio*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, 2.

[98] Il risparmio "all'antica" di cui si è dato conto è invece meglio tutelato dall'art. 42 Cost., sotto la forma statica e più semplice di "proprietà privata".

Con ciò, però, non si dimentichi che la "tutela del risparmio" ricomprende in sé anche una dimensione individualistica. L'affidamento dei propri risparmi, infatti, costituisce ipotesi paradigmatica del concetto di "fedeltà personale", di cui si diceva in termini generali al primo Capitolo. Si è giustamente notato, infatti, che l'investimento nasconde sempre due diverse insidie. La prima si pone nel momento della decisione stessa di concedere l'investimento: qui il problema insiste essenzialmente nell'asimmetria informativa tra l'intermediario professionista e il piccolo risparmiatore. La seconda – che qui maggiormente rileva – si pone invece nel momento dell'effettivo reimpiego della ricchezza accumulata: essa potrebbe fraudolentemente essere «amministrata nell'interesse del gestore anziché dei risparmiatori»[99], ossia esattamente in "conflitto di interessi".

Se ne deduce che nella fattispecie in commento vengono in problematico rapporto due dimensioni del patrimonio. L'una individuale, data dalla titolarità delle somme investite dai risparmiatori; l'altra sovraindividuale, data invece dalla circolazione del danaro risparmiato sotto forma di investimento d'impresa. Ad unirle è la concezione del bene patrimonio sotto la nuova e diversa luce della dinamica risparmio-investimento.

14.2. L'accertamento del nesso di causalità. La teoria del "vuoto descrittivo".

Conviene ora soffermarsi sul nesso di causalità, il quale – secondo i principi generali – deve legare sul piano eziologico la condotta all'evento. Non può che rilevarsi ancora una volta quanto difficoltosa sia la prova in giudizio di tale elemento. Ciò per gli stessi motivi cui si è già accennato in tema di infedeltà patrimoniale. Da una parte, le grandi società nelle quali il reato si consuma si articolano sovente in strutture estremamente complesse, particolarmente atte a nascondere la responsabilità dei singoli dietro un dedalo di concause spesso indipendenti fra loro. Dall'altra, la più volte citata finanziarizzazione dell'economia rende fluidi e difficilmente accertabili i flussi monetari nei quali si consuma il reato, stante l'assenza di adeguate leggi scientifiche di copertura in ambito economico.

Il problema, però, è comune in generale a tutto il diritto penale dell'economia e non meriterebbe certo specifico approfondimento per questo reato.

[99] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 223.

Senonché, a complicare il quadro, interviene quella isolata dottrina che struttura in modo alternativo la condotta rispetto alla causazione dell'evento. Difatti, si è ritenuto, da parte di alcuni, che la semplice omessa comunicazione di un interesse non possa riconnettersi alla causazione di alcun danno. Se n'è dedotta, viceversa, la necessaria sussistenza di un *quid* ulteriore e che naturalisticamente si ponga fra l'omissione e l'evento e in qualche modo aggiunga una carica di disvalore alla condotta. Chi sostiene questa tesi afferma che la fattispecie è affetta da un evidente «"vuoto" definitorio»[100], che l'interprete non può esimersi dal colmare.

In quest'ottica, sono state individuate talune condotte idonee ad integrare il "vuoto" nell'elemento oggettivo. Le alternative proposte sono varie e vanno dalla commissione di atti di disposizione sui beni sociali come quelli previsti dall'art. 2634 a mere omissioni. La condotta in questo modo si configurerebbe come articolata in due momenti, naturalisticamente separati ed entrambi concorrenti alla causazione del danno: una prima condotta a forma vincolata, data dalle specifiche omissioni ai precetti imposti dall'art. 2391, di cui si è già lungamente disquisito; una seconda a forma libera, data da qualsiasi comportamento che abbia quale presupposto suddette omissioni. La ricostruzione ha un evidente vantaggio sistematico, dal momento che permette di configurare il reato in commento come del tutto complementare a quello d'infedeltà patrimoniale. Quando infatti la seconda condotta assuma la forma di «atti dispositivi di beni sociali» e ricorrano gli ulteriori presupposti di cui all'art. 2634, il reato integrato sarebbe quello di infedeltà patrimoniale; per ogni altra condotta, invece, si ricadrebbe in quello in commento.

Anticipando che l'individuazione degli esatti profili d'interferenza fra le due figure di reato sarà oggetto di trattazione *infra*, chi scrive ritiene l'esposta teoria una inutile complicazione strutturale della fattispecie. Essa da una parte complica, e non di poco (per stessa ammissione del suo proponente[101]), l'accertamento del nesso di causalità, appesantito dalla specifica prova di una condotta ulteriore alla semplice omissione; dall'altra, la stessa restringe eccessivamente l'ambito di tipicità della fattispecie. È evidente, infatti, che questa sia stata introdotta allo specifico scopo di anticipare «rispetto ad altre ipotesi in materia di conflitto d'interessi [...]

[100] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 227.
[101] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 231.

l'attenzione del legislatore penale nei riguardi del comportamento dell'amministratore»[102]. Ora, richiedere che l'amministratore compia un'ulteriore azione od omissione rispetto a quella che in certo senso costituisce l'essenza del reato (non a caso denominato «omessa comunicazione») significa senz'altro svilirne l'essenza.

Molto più aderente alla *ratio* dell'intervento del 2005 è ritenere sufficiente la semplice reticenza rispetto all'interessamento, nella consapevolezza che il reato è stato introdotto proprio al fine di evitare quelle «gravi situazioni di conflitto di interessi» che si erano riscontrate alla radice dei *crack* di inizio millennio[103].

Tirando le fila del discorso, è da ritenere che, rispetto all'omissione, non rilevino affatto gli accadimenti successivi, i quali pur necessariamente dovranno frapporsi *in rerum natura* fra l'omissione e l'evento. Dunque, una volta manifestata la reticenza, l'amministratore potrà alternativamente compiere atti dispositivi, contrarre obbligazioni, assumere contegni omissivi o addirittura non realizzare alcuna ulteriore condotta. Ciò, peraltro, non darà adito ad alcun rischio di indeterminatezza della fattispecie. Gli accadimenti successivi all'omissione, se da un lato non rientreranno nell'elemento oggettivo del reato, dall'altro rileveranno pur sempre sul piano soggettivo. Di certo, infatti, non potrà dirsi coperta da colpevolezza una serie di eventi che, pur originando dall'omissione dell'amministratore, sia così astrusa da non poter essere affatto prevedibile e dunque in concreto gestibile.

Questa impostazione ha il vantaggio di considerare integrato il reato nell'ipotesi in cui l'amministratore si astenga dal comunicare il conflitto e poi rimanga inerte, attendendo che gli amministratori – nel frattempo sviati dal suo comportamento decettivo – compiano operazioni in danno alla società e inconsapevolmente al servizio dell'interesse confliggente.

15. *(Segue)* Elemento soggettivo e profili funzionali della fattispecie.

La struttura soggettiva della fattispecie in commento appare molto più piana del contiguo reato d'infedeltà patrimoniale. Ovviamente nemmeno qui si dà

---

[102] CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione*, cit., 365.
[103] DI GIUSEPPE, *Omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Roma, 2017, 198.

l'ipotesi di commissione colposa del reato. Tuttavia, il dolo richiesto è unicamente quello generico, difettando la disposizione e del dolo specifico di profitto e di quello intenzionale di danno.

Ciò che più rileva è che l'evento di danno può essere sostenuto, sul piano soggettivo, anche dal dolo eventuale, vero pilastro dell'accertamento dei reati economici. Il che consente di ritenere assorbite tutte le criticità che la dottrina ha invece giustamente riscontrato negli angusti ambiti di tipicità tracciati dall'art. 2634.

Non va sottaciuto, però, che l'assenza del dolo specifico di profitto potrebbe porre alcuni problemi in merito al rispetto del principio di offensività. Si è già notato[104], infatti, come nell'infedeltà patrimoniale tale requisito sia fondamentale per appurare che il conflitto di interessi sia stato effettivamente "attivato" e che l'interesse davvero perseguito sia quello personale. La sua mancata menzione nel reato *de quo* richiede dunque molta cautela in sede applicativa, al fine di evitare che anche l'area del semplice "rischio d'impresa" venga sottoposta a rilevanza penale.

Venendo invece ai profili funzionali della fattispecie, anche in questo caso il legislatore pare essersi orientato in senso più rigido rispetto al delitto di infedeltà patrimoniale. Anzitutto va rilevata la perseguibilità d'ufficio del reato. Ciò amplia indubbiamente i margini di tutela, soprattutto qualora ad essere offesa sia la società – si è visto infatti quanto arduo possa risultare in concreto l'esercizio del diritto di querela rispetto ai propri stessi gerenti. La procedibilità d'ufficio acquista poi un significato particolarmente pregnante in ragione di quanto dianzi si è detto circa il valore sovraindividuale che il patrimonio-risparmio assume nel contesto del reato in commento.

In secondo luogo, risulta interessante notare l'inserimento del delitto tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente. Ciò ancora una volta conferma come soggetti tutelati dalla norma siano precipuamente i terzi-risparmiatori, piuttosto che la società stessa – la quale pur figura fra i possibili soggetti danneggiati. Come visto, infatti, il diverso sbilanciamento "privatistico" verso la tutela del solo patrimonio sociale ha spinto viceversa il legislatore ad astenersi dall'inserire l'art. 2634 nell'elenco di cui all'art. 25-*ter* d. lgs. 231/2001.

---

[104] V. *supra*, § 7.1.

Il livello sanzionatorio, invece, è paragonabile a quello dell'infedeltà patrimoniale, con la comminazione della reclusione da uno a tre anni. Ben lungi, dunque, dalla media dei cinque anni riscontrabile in Europa per i delitti d'infedeltà, ma pur sempre leggermente più severo nel minimo rispetto all'art. 2634, che parte da soli sei mesi di reclusione.

È stato affermato[105] che la maggiore severità che il legislatore ha tendenzialmente manifestato rispetto alla fattispecie in commento sia dovuta alla peculiare posizione dei limitati soggetti attivi individuati dalla norma, i quali operano «sui mercati finanziari a diretto contatto con la massa dei risparmiatori». Il vero motivo, però, potrebbe essere più contingente di quanto si vorrebbe. È forte il sospetto che il legislatore si sia fatto semplicemente guidare dall'onda emotiva seguita ai ben noti scandali finanziari da cui origina la legge introduttiva, scegliendo *una tantum* di mandare un messaggio di particolare vigore ai soggetti coinvolti nelle dinamiche finanziarie.

16. *(Segue)* Profili di interferenza con l'infedeltà patrimoniale.

Nel tirare le fila di quanto sin qui esposto, conviene tratteggiare i rapporti intercorrenti tra la presente fattispecie e quella, contigua, d'infedeltà patrimoniale.

Sul piano soggettivo è indubbia la maggiore ampiezza dell'art. 2634; si è visto infatti quanto precisa sia la delimitazione dei possibili soggetti attivi a mente dell'articolo in commento. Per quanto concerne gli elementi strutturali, è invece la disposizione più recente a manifestare gli ambiti applicativi più ampi. Lasciando da parte la sussistenza di un pregresso conflitto di interessi (elemento comune ad entrambe le disposizioni), risultano più estesi sia la condotta sia l'evento.

Per la condotta è infatti sufficiente la mancata ottemperanza all'obbligo di comunicazione (o comunque ad uno dei doveri gravitanti attorno a quest'ultimo) – stante, come visto, il disinteresse della disposizione per eventuali ulteriori comportamenti che si frappongano materialmente fra l'omissione e l'evento. Ad ogni modo, pur accogliendo l'opposta tesi del "vuoto descrittivo", il rapporto non cambierebbe. Ad essere richiesta sarebbe pur sempre una mera condotta a forma libera, integrabile cioè non solo attraverso «atti di disposizione dei beni sociali»,

[105] Il riferimento è a BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 233.

ma anche attraverso l'assunzione di obbligazioni o mediante il doloso disinteresse per crediti sociali che vengano così lasciati cadere in prescrizione[106]. A voler essere precisi, tuttavia, residuerebbe invero un piccolo spazio di tipicità coperto unicamente dall'art. 2634 e non da quello in commento. Si tratta dell'ipotesi in cui l'agente adempia correttamente agli obblighi *ex* art. 2391, ma poi concorra comunque a commettere l'infedeltà gestoria. Nondimeno, immaginare una tale evenienza implicherebbe, poco realisticamente, che la maggioranza degli amministratori, pur edotti del pericolo, scelgano scientemente di danneggiare la società perseguendo l'interesse personale del collega anziché quello sociale.

Invece, per quanto concerne il danno – arrecabile in entrambi i casi tanto alla società quanto a terzi – esso anzitutto non risulta limitato dal carattere della patrimonialità ed è dunque suscettibile di ricomprendere anche mere lesioni d'immagine. I terzi danneggiati, in secondo luogo, non devono necessariamente aver affidato i propri beni alla società entro cui opera il soggetto attivo (come richiede l'art. 2634 al secondo comma), ma possono anche aver intrattenuto diversi rapporti contrattuali con la stessa.

Stante tale rapporto biunivoco, può affermarsi con corale dottrina[107] che si tratti di una relazione di specialità reciproca. Rispetto ad essa, tuttavia, risulta alquanto semplice individuare la norma di applicazione preferenziale, la quale non può che identificarsi in quella d'introduzione più recente. Risulta evidente, infatti, come l'intervento legislativo abbia avuto il palese obiettivo di ritagliare, per i limitatissimi soggetti apicali testé individuati, uno statuto penale dell'infedeltà gestoria che compensasse le carenze della fattispecie più risalente. In altre parole, il reato in commento è stato pensato come fattispecie in qualche modo complementare all'infedeltà patrimoniale. Difatti esso è nato nell'emergenza finanziaria proprio per sopperire alle carenze di tipicità da quest'ultima evidenziate soprattutto rispetto al pubblico dei risparmiatori. In tale direzione preme anche la maggiore severità con cui il legislatore ha scelto di punire l'omessa comunicazione, e sul piano sanzionatorio e su quello procedimentale.

---

[106] Erano proprio queste, come si ricorderà, le ipotesi rispetto alle quali si lamentava un'eccessiva ristrettezza degli ambiti di tipicità dell'infedeltà patrimoniale; cfr. *supra* § 5.1.-2.

[107] V. CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione*, cit., 382. In senso conforme, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 236.

Conclusivamente, due sono le possibilità che si profilano rispetto a quelle condotte contemporaneamente punibili sotto entrambi i *tituli delicti*[108]. Se il fatto è avvenuto prima dell'introduzione dell'art. 2629-*bis*, esso, al ricorrere dei presupposti dell'infedeltà patrimoniale, sarà punito unicamente *ex* art. 2634 (non risultando la legge sul risparmio qualificabile come *lex mitior ex* art. 2, co. 4 c.p.). Viceversa, se l'introduzione della nuova fattispecie era già avvenuta, questa prevarrà sempre sull'infedeltà patrimoniale, e con essa il suo trattamento sanzionatorio aggravato.

17. La corruzione tra privati. Fattispecie e percorso normativo.

Un'ultima rilevante fattispecie penale nella quale viene in considerazione il conflitto d'interessi societario è quella di «corruzione tra privati», prevista dall'art. 2635. La disposizione ha avuto un percorso normativo estremamente travagliato, che ha visto il legislatore confrontarsi a fondo con le esperienze di altri ordinamenti, rimanendo però a lungo inerte. Solo con la riforma del 2002 – sotto le crescenti pressioni e della dottrina interna e, soprattutto, della comunità internazionale – si è finalmente colta l'occasione per impegnarsi in una seria penalizzazione. Ciononostante, e ad onta dei molteplici interventi succedutisi nel tempo, l'esito normativo è a lungo stato considerato deludente, con grave pregiudizio per i livelli di tutela offerti alle imprese che onestamente operino sul mercato.

17.1. Gli obblighi sovranazionali.

Difatti, l'esigenza di punire non solo la tradizionale corruzione del pubblico ufficiale ma anche quella tra privati in ambito societario è stata avvertita in modo imperioso anzitutto sul piano internazionale. Come il capitale, i contratti commerciali e le merci sono liberi di circolare in un modo globalizzato, così anche gli accordi corruttivi ben possono interessare territori afferenti a diversi ordinamenti nazionali. Senonché proprio questa circostanza rende particolarmente difficile l'accertamento e la repressione penale del fenomeno. Ciò è tanto più vero in un contesto come quello unionale (già comunitario) in cui per definizione rigidi confini

[108] Segue la medesima bipartizione BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 238 ss.

di mercato nemmeno esistono e per il quale, conseguentemente, si rende necessario un reale coordinamento della risposta repressiva dei singoli Stati membri[109].

Quanto precede ben spiega l'impressionante mole di strumenti internazionali e provvedimenti comunitari nel tempo accavallatisi in materia. Le loro disposizioni vincolano ormai da decenni l'Italia all'introduzione di congrue fattispecie penali. Per darne qualche esempio, certamente non esaustivo, basti richiamare[110]: la «Raccomandazione sulla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali» del Consiglio dell'OCSE[111], la «Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee»[112] e quella «relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea»[113], nonché ancora la «Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione»[114]. E l'enumerazione potrebbe continuare. Strumenti tutti, come anticipato, rispetto ai quali il nostro ordinamento ha per lungo tempo mantenuto un atteggiamento di gravissima inerzia.

Conviene ad ogni modo focalizzare l'attenzione in maniera più specifica su due fondamentali strumenti, i quali più di ogni altro hanno costituito un punto di riferimento per il legislatore nazionale. Il primo è costituito dalla «Convenzione penale sulla corruzione» del Consiglio d'Europa[115]. Dal 2002, lo strumento obbliga gli Stati ratificanti[116] ad implementare un vasto novero di reati latamente afferenti

---

[109] Difatti, nell'assetto unionale succeduto agli accordi di Schengen, si è assistito ad una progressiva estensione ed intensificazione della produzione normativa europea in ambito penale. Basti pensare all'avvento del Mandato d'Arresto Europeo (introdotto con Decisione Quadro 2002/584/GAI) e all'istituzione di Eurojust (creato con Decisione Quadro 2002/187/GAI ed oggi disciplinato da Regolamento (EU) 2018/1727). Per tutti i necessari approfondimenti sul tema, si rinvia ad A. KLIP, *European Criminal Law: an integrative approach*, 4ª ed., in S. GRUNDMANN (a cura di), *Ius Communitatis*, Vol. 2, Cambridge, 2021, 17 ss. e 300 ss.

[110] L'elencazione è ripresa, per la maggior parte, da BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 245.

[111] Adottata il 27 maggio 1994. A dire il vero, l'atto non ha valore cogente sul piano giuridico, ma costituisce un primo indice dell'acquisita rilevanza del tema a livello internazionale.

[112] C.d. Convenzione PIF (acronimo per "Protezione degli Interessi Finanziari"). Adottata il 26 luglio 1995 ed in vigore dal 17 ottobre 2002, sull'allora base giuridica costituita dall'art. K.3, par. 2, lett. c) del TUE. Le relative disposizioni sono state sostanzialmente trasfuse nella Direttiva UE 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017.

[113] Adottata il 26 maggio 1997 ed in vigore dal 28 settembre 2005, in forza della stessa base giuridica indicata alla nota precedente.

[114] C.d. Convenzione di Mérida. Proposta dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, poi sottoscritta dagli Stati membri a Mérida il 9 dicembre 2003 ed in vigore dal 14 dicembre 2005.

[115] Fatta il 27 gennaio 1999 a Strasburgo ed entrata internazionalmente in vigore il 1° luglio 2002.

[116] Come si avrà modo di specificare in seguito, la Convenzione a lungo non ha avuto efficacia cogente per l'Italia, dal momento che questa ha provveduto ad autorizzare alla ratifica soltanto nel

al paradigma corruttivo. Si va dalla classica corruzione di pubblici ufficiali, al traffico di influenze, financo ai reati contabili. Il trattato è solo uno di una nutrita serie di iniziative maturate nel contesto del Consiglio d'Europa e volte a coordinare gli sforzi internazionali contro la corruzione. Lo stesso anno in cui viene adottata la Convenzione, viene istituito il GRECO (acronimo per «Gruppo di Stati contro la corruzione»[117]). La finalità è quella di monitorare l'esatta esecuzione degli obblighi assunti dai singoli Stati, eventualmente anche esercitando una pressione paritetica rispetto a quelli più gravemente inadempienti.

Nella citata Convenzione è possibile riscontrare una prima fondamentale definizione di «corruzione nel settore privato». Essa viene individuata – dal lato attivo – nel fatto di chi «promette, offre o concede, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad una persona che dirige o esercita una qualunque attività lavorativa per un'impresa privata, destinato alla stessa persona o ad un terzo, per il compimento o l'omissione di un atto in violazione dei suoi doveri» (art. 7).

Il secondo provvedimento, invece, è stato adottato in ambito comunitario ed è costituito dalla «Decisione quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato»[118]. Il provvedimento ha abrogato ed assorbito una pregressa azione comune[119] in materia e ha finalmente obbligato in via diretta gli Stati membri all'adozione di congrui presidi interni di penalizzazione. Anche qui riscontriamo una definizione di corruzione tra privati, identificata nel «promettere, offrire,

---

2012, comportando un'entrata in vigore nazionale differita al 1° ottobre 2013, ben quattordici anni dopo l'adozione dello strumento.

[117] L'acronimo fa invero riferimento alla lezione francese: «Groupe d'États contre la corruption».

[118] Decisione quadro n. 2003/568/GAI, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 22 luglio 2003.

[119] Azione comune «sulla corruzione nel settore privato», del 31 dicembre 1998. La differenza tra i due provvedimenti succedutisi è sostanziale. L'azione comune non ha efficacia giuridica vincolante per gli Stati membri, ma semplicemente manifesta una posizione dell'Unione su un certo ambito normativo: è assimilabile ad un atto di *soft law*. La decisione quadro, invece, vincola(va) gli Stati, ma solo quanto al risultato da ottenere, lasciandoli liberi di determinare modalità e contenuto dei provvedimenti interni di recepimento. Esse, in sostanza, mutuano la loro funzione da quella delle direttive, in opposizione ai regolamenti. Difatti, col Trattato di Lisbona (e la conseguente unificazione dei cc.dd. tre pilastri), i provvedimenti un tempo adottati sotto forma di "decisioni quadro" sono da considerarsi sotto la veste di direttive. Unica differenza fra i due strumenti rimane l'assoluta impossibilità per le decisioni quadro di esplicare efficacia diretta negli ordinamenti nazionali, nemmeno qualora la loro implementazione non sia avvenuta ovvero sia carente e si tratti di disposizioni sufficientemente precise e incondizionate. Il giudice, tuttavia, rimane obbligato – avendo cura di non incorrere in interpretazione *contra legem* – a dare un'interpretazione orientata del sistema normativo nazionale (secondo quanto stabilito da Corte di Giustizia in Caso C-105/03, del 16 giugno 2005, Pupino, §§ 33-4). Per ogni opportuno approfondimento sul punto, si rinvia ad ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2ª ed., Torino, 2017, 183 e 530 s.

concedere, direttamente o tramite intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stesso o per un terzo, che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere» (art. 2, par. 1).

Tratto comune alle due definizione riportate è una concezione estremamente lata del fenomeno corruttivo, certamente censurabile sul piano della tassatività. E, difatti, un'implementazione *sic et simpliciter* delle indicazioni contenute nei due strumenti si esporrebbe facilmente a fondate censure di indeterminatezza legale. «Entità del settore privato», «funzioni lavorative di qualsiasi tipo», «atto in violazione di un dovere» sono tutti sintagmi rispetto ai quali è impossibile restringere in modo congruo l'ambito applicativo. In sostanza, rimane compito del singolo Stato tipizzare fattispecie rispettose dei princìpi costituzionali. D'altronde, un qualche *deficit* di tassatività in tali strumenti non può che sussistere e di ciò non vi è motivo di preoccuparsi. Da un lato, essi non pretendono affatto di applicarsi direttamente all'interno dei singoli ordinamenti, ma solo di vincolare ciascuno di essi a coordinare la propria legislazione con gli altri Stati. Dall'altro, essi non possono che scontare la naturale presenza di innumerevoli e spesso insanabili divergenze normative da un ordinamento all'altro. Perciò, aspirando a risultare compatibili col maggior numero possibile di Stati, essi tendono ad evitare definizioni troppo particolareggiate, preferendo necessariamente concetti quanto più generali ed universalmente comprensibili.

17.2. La ratio *dell'incriminazione.*

Più che sulla vaghezza dei concetti, l'accento andrebbe posto sulla prospettiva nella quale agli ordinamenti viene richiesto di intervenire. Ebbene, gli strumenti citati sono stati pensati indubbiamente anche al fine di tutelare le società coinvolte nei fatti corruttivi. Tuttavia, sarebbe fin troppo riduttivo ritenere quale unico bene giuridico rilevante il patrimonio sociale. Ciò equivarrebbe a rimanere ancorati a quella concezione "privatistica" dell'intervento penale cui la riforma del 2002 ci ha in qualche modo abituati. Ad uno sguardo attento, infatti, la prospettiva sanzionatoria è arricchita da una considerazione preminente del principio della libera concorrenza di mercato.

Ancor più che danneggiare la società di appartenenza, infatti, il mercimonio della funzione gestionale ha un effetto destabilizzante sul naturale gioco dell'economia di mercato. Esso non può che alterare «i meccanismi di lecita competizione tra le imprese»[120] e, conseguentemente, comprimere la libertà di iniziativa economica privata sancita a chiare lettere dall'art. 41 Cost. La tutela della concorrenza, poi, si colora nel nostro ordinamento di nervature sovranazionali, dal momento che la sua tutela all'interno dell'Unione costituisce uno dei pilastri fondamentali per il mantenimento del mercato unico. Il che spiega le ripetute manifestazioni di interesse degli organi legislativi unionali negli ultimi decenni. D'altronde, i provvedimenti comunitari sono espliciti al riguardo. Basti far riferimento al considerando n. 9 della citata decisione quadro, a mente del quale «gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che [...] generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli il corretto sviluppo economico».

Ma l'impellenza di un intervento penale su questi punti si evidenzia anche su un diverso piano. Il momento in cui la dottrina inizia ad esercitare le maggiori pressioni si ha esattamente all'inizio degli anni '90, con l'avvio dei colossali processi di privatizzazione delle società pubbliche e il passaggio dalla concezione dello Stato-imprenditore a quella dello Stato-regolatore[121]. La conseguente inapplicabilità del vincolistico statuto penale della pubblica amministrazione[122] avrebbe reso sempre più evidente la necessità che anche ai privati, nell'esercizio della propria attività, venisse richiesto di agire in modo corretto e leale rispetto ai rispettivi *competitors*.

Ad ogni modo, come si vedrà, ben poco di queste suggestioni è riuscito a farsi strada nella consapevolezza del legislatore nazionale.

17.3. Le esperienze estere.

---

[120] SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 129.
[121] *Ibidem*.
[122] La quale, come visto al Cap. prec., aveva già foraggiato la torsione estensiva di metà anni '80 nell'applicazione della fattispecie di appropriazione indebita.

Prima di ripercorrere il travagliato *iter* normativo che ha portato all'attuale formulazione dell'art. 2635, si rende opportuna una breve panoramica in chiave comparatistica dei modelli normativi adottati da ordinamenti finitimi al nostro. Sono due le linee di tendenza generalmente seguite. Da un lato abbiamo l'approccio «lealistico», che situa il disvalore del fatto preferibilmente nella violazione degli obblighi di fedeltà che pur dovrebbero legare l'agente alla società. Questa prima prospettiva non si discosta molto dalla dogmatica delineata al primo Capitolo e conduce ad identificare nella società stessa il primo soggetto offeso dal reato. Dall'altra abbiamo l'approccio «pubblicistico»[123], il quale piuttosto vede nell'interesse al mantenimento di un efficiente sistema concorrenziale la *ratio* della penalizzazione. Interesse, questo, che è ad un tempo dei singoli operatori economici (*sub specie* di libertà d'iniziativa) e della collettività dei consumatori (interessati a godere di prezzi bassi e dei miglioramenti foraggiati dalla pressione competitiva). Certamente ambedue le componenti attingono al cuore della fattispecie in commento; nondimeno esse si manifestamento con graduazioni differenziate nei diversi ordinamenti.

Segue il modello «lealistico» la Francia. Qui, ad essere represso è un comportamento contrario agli obblighi che vincolano il lavoratore al suo datore di lavoro *lato sensu*. In particolare, l'art. L 152-6 del codice del lavoro punisce tanto il direttore quanto, con formula amplissima, «il lavoratore dipendente che sollecita o accetta, direttamente o indirettamente, all'insaputa e senza l'autorizzazione del proprio datore di lavoro, offerte o promesse di doni, regali, sconti o premi per compiere o astenersi dal compiere un atto connesso alla propria funzione o facilitato dalla propria funzione». Degno di nota è soprattutto l'inciso centrale del disposto, in cui si fa espresso riferimento al vincolo di fedeltà che dovrebbe guidare l'esecuzione del rapporto di lavoro entro cui si consuma il reato. E d'altronde il carattere "giuslavoristico"[124] della fattispecie emerge già dalla *sedes materiæ*, costituita dalla legge organica di disciplina dei rapporti di lavoro.

Un'impostazione di fatto coincidente è data riscontrare in altri ordinamenti vicini a quello francese, tra cui in particolare quello britannico (ancorché afferente

---

[123] I termini «lealistico» e «pubblicistico» sono ripresi da SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 130.
[124] L'espressione è ripresa da da BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 252.

alla tradizione di *common law*) e quello olandese. Il primo attraverso il «*Prevention of Corruption Act*» (provvedimento addirittura risalente al 1906) e il secondo attraverso l'art. 328-*ter* del proprio codice penale, entrambi tipizzano un'area sostanzialmente equivalente.

Il diverso modello pubblicistico è invece fatto proprio in area germanica. Esempio tipico ne è il reato di «*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*», previsto dall'art. 299 StGB. Esso – più che far riferimento a rapporti laburistici – focalizza l'offensività della condotta nell'avere l'impiegato o il collaboratore di un'impresa commerciale «favorito in modo sleale taluno nell'acquisto di beni o in prestazioni professionali in regime di concorrenza». La diversa oggettività giuridica tutelata dalla norma emerge chiaramente anche qui dalla *sedes materiæ*, consistente nella ventiseiesima sezione della parte speciale dello StGB, rubricata per l'appunto «Reati contro la concorrenza». Come se non bastasse, essa è resa altresì evidente dal frequente ricorrere di concetti quali «concorrenza» e «relazioni commerciali». È palese, dunque, il fondamentale spostamento da una concezione fiduciaria ad una istituzionale dell'offesa. Lo stesso modello, peraltro, è seguito dal finitimo ordinamento svizzero, in particolare *ex* art. 13 della legge federale 30 settembre 1943 (non a caso intitolata alla concorrenza sleale).

L'Italia, invece, ha sperimentato un vastissimo ventaglio di tipizzazioni alternative, nel prolungato ed affannoso tentativo di ottemperare agli obblighi internazionali. In via di prima approssimazione, è possibile affermare che il modello prescelto dal nostro ordinamento sia tendenzialmente quello francese. Come al solito, però, ad aver contraddistinto e per lungo tempo relegato la fattispecie a un ambito di ardua applicabilità pratica è stata proprio un'esagerata concezione patrimonialistica dell'intervento penale.

17.4. La disposizione.

È ora il momento di ripercorrere il travagliato percorso normativo della fattispecie. Già prima della riforma, almeno due iniziative si erano affacciate all'esame parlamentare. La prima proposta di legge fu presentata dai senatori

Pellegrino e Scopelliti[125]. Essa aveva addirittura l'ambizione di inserire un reato comune contro il patrimonio, tale da colpire «l'infedeltà del titolare di un potere rappresentativo», il quale accetti un indebito compenso dalla sua controparte. Si trattava, insomma, di una "corruzione del mandatario", abbastanza ampia da ricomprendere anche i semplici rappresentanti commerciali dell'imprenditore individuale. La seconda, invece, recava la firma di Mammola ed altri[126] ed era ristretta al solo campo della gestione societaria. L'ambito di tipicità era infatti limitato al fatto del gerente che accettasse la dazione o la promessa di utilità personali al fine di «agire contro l'interesse della società o dei soci».

Proprio come per l'infedeltà patrimoniale, anche queste originarie proposte non ebbero seguito alcuno. Conviene quantomeno sottolineare, come anticipato, che fin da subito l'impostazione manifestata dall'Italia sia stata quella di reprimere non tanto le attività distorsive del gioco della concorrenza, quanto il vincolo di fedeltà che dovrebbe legare l'amministratore alla società amministrata. La dottrina, difatti, riteneva che funzione precipua del delitto in parola dovesse essere quella di anticipare la tutela fornita alla società rispetto a comportamenti infedeli dei gerenti, quantomeno per quelle infedeltà derivanti da *pactum sceleris* e dunque più subdolamente lesive del vincolo gestionale[127]. Proprio in questa direzione si muoveva la proposta elaborata dal progetto Mirone. L'art. 10, n. 3 dell'articolato definiva la corruzione societaria come il fatto dei gerenti che «a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiano od omettano atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, se ne deriva pericolo o nocumento per la società». L'ultimo inciso rivela la vera *ratio* della norma, intesa quale fattispecie prodromica rispetto alla definitiva lesione dell'integrità patrimoniale della società.

È indubbio, dunque, che la prospettiva del nostro ordinamento fin da subito non si sia rivelata conforme a quella internazionale, quantomeno rispetto

---

[125] Trattasi della proposta di legge 4 agosto 1994, n. 754 (recante "Nuove norme in materia di corruzione e di abuso di ufficio"), presentata nel corso della XII legislatura.

[126] Trattasi della proposta di legge n. 244-*quinquies* (recante "Disposizioni penali in materia di infedeltà del mandatario e dell'amministrazione"), a sua volta derivante da una originaria proposta del 9 maggio 1996, n. 244, entrambe presentate nel corso della XIII legislatura. La proposta in commento venne stralciata il 13 luglio 1999.

[127] Inquadrava in quest'ottica l'incriminazione della corruzione privata già un risalente lavoro dottrinario; cfr. MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, 93 ss.

all'ulteriore bene giuridico della libertà di concorrenza. Tuttavia, l'anticipazione della soglia di punibilità al mero pericolo di nocumento, fatta propria dal progetto Mirone, avrebbe potuto in qualche modo considerarsi un valido surrogato alla soluzione di area germanica. Il legislatore della riforma, ancora una volta, avrebbe disatteso *in toto* le aspettative.

Difatti, il reato introdotto nel 2002 all'art. 2635 risultava deludente già dalla rubrica[128]. Essa, intitolata non alla corruzione, bensì alla «infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità», pareva quasi suggerire la totale alterità del paradigma corruttivo rispetto all'attività privata. Ancora più deludente il contenuto. Alla classica restrizione dei soggetti attivi alle sole figure apicali, faceva da contrappunto la necessaria causazione di un danno, tale da eliminare ogni possibile anticipazione della soglia di punibilità. La dinamica corruttiva – risolta nel compimento ovvero nell'omissione di atti in violazione degli obblighi d'ufficio e a seguito della dazione o promessa di utilità – non pareva lasciare spazio alcuno al tema della concorrenza. La pena, poi, identica per corruttore e corrotto, veniva fissata nella irrisoria misura massima di tre anni di reclusione, con raddoppio nelle sole ipotesi di società quotate o con titoli diffusi in maniera rilevante presso il pubblico. Ma, a destare maggiori preoccupazioni, era ancora una volta il regime di procedibilità, limitato alla (improbabile) querela della persona offesa. Le premesse per l'ennesima fattispecie dalla dubbia utilità pratica sembravano esserci tutte[129].

Una prima occasione per la correzione della norma si presentò con la l. 116/2009, provvedimento di ratifica della citata Convenzione ONU di Mérida (adottata, come visto, nel 2003 e fino ad allora mai implementata nel nostro ordinamento). Nell'autorizzare il Presidente della Repubblica alla ratifica dello strumento, tuttavia, la legge non dettava alcun adeguamento strutturale di particolare momento. Senonché sulle iniziative legislative dei Paesi ratificanti

---

[128] Si esprime in questo senso BRICCHETTI, *La corruzione tra privati,* in CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società,* Padova, 2014, 508 s.: «il *nome juris* [...] completava l'opera, quasi a significare che non fosse proprio il caso di pensare che davvero tale norma intendesse incriminare la corruzione "privata" rifacendosi al modello "pubblicistico" conosciuto».

[129] BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, cit., 507 parla espressamente di una fattispecie «nata "male"». Sul punto è concorde GULLO, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 1, 446.

vigilava ormai da anni il GRECO, costituito, come visto, in seno al Consiglio d'Europa.

L'organo di controllo, nello stesso 2009[130], sollecitava una prima volta il nostro Paese all'adozione di misure di penalizzazione più congrue. Sollecitazioni che tre anni dopo, nel maggio del 2011, divenivano serrate critiche al legislatore nazionale. In sede di verifica di avanzamento degli adempimenti, questi veniva ancora tacciato di non aver compiuto «nessun passo concreto» al fine di «estendere efficacemente la responsabilità delle società a reati di corruzione attiva nel settore privato»[131].

Proprio sull'onda delle plurime pressioni internazionali, si interveniva finalmente con l. 190/2012. Il provvedimento realizzava un intervento di ampio respiro e sarebbe stato rapidamente ribattezzato «legge anticorruzione». Tra gli 83 commi dell'unico articolo effettivamente dispositivo[132], il settantaseiesimo interveniva proprio sull'art. 2635. Veniva modificato anzitutto il *nomen juris*, ridotto all'attuale, e più corretta, «corruzione tra privati». La novità più rilevante consisteva nell'estensione soggettiva dei possibili agenti, ora individuati – con differenziati livelli sanzionatori – anche nei «soggetti sottoposti alla vigilanza» di quelli originariamente tipizzati. La struttura, tuttavia, rimaneva essenzialmente immutata, con scarsa considerazione per la tutela della libertà di concorrenza e la pervicace previsione di un evento di danno. Ancora una volta, poi, il regime di procedibilità veniva sostanzialmente lasciato immutato: alla querela della persona offesa veniva sostituito, per le sole ipotesi di effetti distorsivi sulla concorrenza, la procedibilità ufficiosa.

La vera svolta normativa si ebbe solo nel 2017, col decreto di recepimento della citata (e ormai risalente) decisione quadro GAI del 2003 (d. lgs. 38/2017). Introdotto sotto la paventata minaccia di una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, esso ha innovato in radice la struttura della fattispecie, essenzialmente in due direzioni. Da una parte eliminando finalmente il riferimento alla causazione

---

[130] Si fa riferimento alla Raccomandazione XIX del Rapporto sull'Italia presentato nell'ottobre 2009.
[131] La citazione è ripresa dalla Relazione n. III/11/2012 della Corte di Cassazione, licenziata il 15 novembre 2012, proprio in merito alla c.d. legge anticorruzione.
[132] Il secondo articolo, difatti, si risolve in una mera clausola d'invarianza finanziaria. La struttura della legge riflette la necessità dell'esecutivo di addivenire in qualche modo all'approvazione del testo, mediando i fortissimi contrasti che hanno accompagnato l'iniziativa.

di un danno. Il reato, in sostanza, diviene fattispecie di mera condotta, insensibile alle offese in concreto arrecate al patrimonio societario. Dall'altra, il concreto compimento od omissione dell'atto da parte del corrotto rileva solo sul piano soggettivo quale contenuto del dolo specifico. Viceversa, per l'integrazione oggettiva del reato sono alternativamente sufficienti la promessa, l'accettazione o la sollecitazione. Infine, pur permanendo la tradizionale delimitazione dei soggetti attivi, vengono altresì coinvolti coloro che agiscano «per interposta persona». Da ultimo, la c.d. Legge Spazzacorrotti (l. 3/2019) è intervenuta al limitato fine di sopprimere il comma originariamente dedicato alla procedibilità a querela, rendendo la fattispecie sempre perseguibile *ex officio*.

All'esito di un *iter* tanto travagliato, può affermarsi che la fattispecie sia ad oggi tendenzialmente aderente alle direttive maturate in sede internazionale. Da una parte, il mancato riferimento espresso alla tutela della concorrenza viene in qualche modo bilanciato dalla rilevante anticipazione della soglia di punibilità. Dall'altro, la struttura si presenta sostanzialmente sovrapponibile a quella della corruzione "pubblicistica".

Prova di quanto appena riferito è il giudizio positivo formulato dal GRECO già nei mesi immediatamente successivi alla riforma del 2017. Il rapporto del giugno 20018, infatti, concludeva, al n. 28, che la pregressa raccomandazione inerente alla corruzione privata era «stata parzialmente attuata». Entusiasmo più moderato continua a manifestare invece la dottrina interna, la quale lamenta ancora oggi un «adempimento solo parziale» degli obblighi internazionali, «oltretutto inficiato da nuovi e significativi problemi dogmatici»[133].

Nei paragrafi successivi si procederà ad un esame necessariamente diacronico degli elementi costitutivi della fattispecie in commento. Verrà certamente dato adeguato peso alla disposizione attualmente vigente, ma non si potrà che procedere ad un costante confronto con le versioni precedenti[134].

---

[133] Così, SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 130.

[134] Cfr. il testo attualmente vigente dell'art. 2635 c.c.: «Co. 1: Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto

18. *(Segue)* I soggetti attivi.

Il reato, sin dall'originaria versione, si presenta come proprio, in ciò ponendosi esattamente nel solco degli altri delitti caratterizzati dalla presenza di un conflitto d'interessi. Nonostante la delimitazione dei soggetti attivi appaia in questa fattispecie più ampia rispetto alle altre, la scelta in sé di individuare un *numerus clausus* di individui già in qualche modo confligge con le indicazioni provenienti dal panorama internazionale. Il suggerimento era infatti quello di coinvolgere ogni «persona che a qualsiasi titolo dirige o lavora per un ente privato»[135].

I possibili agenti non vengono individuati unicamente negli amministratori, direttori generali e liquidatori già enumerati *sub* art. 2634. Ad essere attratti nell'ambito di tipicità del reato sono altresì i sindaci e i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari. Questo vasto novero è andato costituendosi per progressive stratificazioni, che non vale la pena in questa sede ripercorrere per intero. Basti qui menzionare la già citata legge a tutela del risparmio, la quale nel 2005 – istituendo l'ulteriore figura professionale del "dirigente preposto alla redazione dei documenti" – ha contestualmente esteso allo stesso la qualifica attiva.

Ad ogni modo, questa prima delimitazione dei possibili soggetti attivi va puntualizzata in almeno due direzioni. Anzitutto il reato in commento, quantomeno nella sua forma più compiuta, rappresenta una tipica fattispecie a consumazione necessariamente plurisoggettiva, proprio come l'omologo reato pubblicistico. Conseguentemente, esso richiede la presenza di almeno due soggetti: un *dans* ed un

---

è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.
Co. 2: Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.
Co. 3: Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.
Co. 4: Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.
Co. 5: [Abrogato]
Co. 6: Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte».

[135] *Ex* artt. 7 e 8 della Convenzione di Strasburgo del 1999. In termini sostanzialmente analoghi si esprime l'art. 2 della citata Decisione quadro GAI del 2003.

accipiens, i quali stringano tra loro il patto corruttivo. In secondo luogo, il legislatore ha previsto talune modalità estensive dell'ambito soggettivo.

Nello specifico, una prima, rilevante estensione si riferisce a quei soggetti che, «nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita[no] funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo». La clausola va indubbiamente letta nel senso di annettere giuridica rilevanza anche a funzioni, ancorché apicali, le quali rimangano per così dire "non tipizzate".

Una seconda estensione si ha invece al co. 2, che menziona «chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza» di uno dei soggetti sopra enumerati. La norma pare abbastanza ampia da ricomprendere tutti i lavoratori subordinati o parasubordinati, ma anche qualsiasi altro soggetto rispetto al quale l'apicale "di riferimento" sia vincolato da rapporti contrattuali che fondino una qualche relazione di subordinazione. In dottrina si fanno, in particolare, gli esempi degli agenti e dei concessionari di vendita[136]. Giammai, invece, potranno rientrare nel perimetro tracciato dalla disposizione i professionisti (essenzialmente in materie giuridiche ed economiche) che mantengano con la società un rapporto di autonomia sul piano funzionale.

Tanto impone la norma. Nondimeno, risulta evidente che l'esclusione dei soli lavoratori autonomi dall'ambito di tipicità del reato appaia totalmente illogica, oltre che in attrito con gli indirizzi maturati in ambito sovranazionale. Illogica, poi, anche l'ulteriore scelta (su cui si tornerà *infra*) di dimezzare la cornice edittale per questi soggetti. Rispetto ad essi, infatti, l'offensività della condotta non pare assolutamente limitata dal particolare ruolo rivestito nell'assetto organizzativo.

L'ultima estensione è quella, più volte menzionata, prevista all'art. 2639 c.c. e riferita sia ai cc.dd. amministratori di fatto sia ai soggetti che esercitino uffici analoghi a quelli espressamente menzionati, ancorché sotto un *nomen juris* istituzionalmente diverso.

A particolari problemi ermeneutici ha invece dato adito la delimitazione degli enti entro i quali il soggetto attivo può operare. Il legislatore, infatti, non fa unicamente riferimento alle società (commerciali), ma anche ad ogni altro «ente

[136] V. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 132.

privato». Quest'ultima menzione è di ardua interpretazione, essenzialmente per il suo forte atecnicismo. In dottrina si ritiene generalmente che essa faccia riferimento ad ogni altro ente giuridico, anche sprovvisto di personalità giuridica, quale potrebbe essere un'associazione non riconosciuta. Ad ogni modo, la tipizzazione degli agenti in termini di "amministratore" o "direttore generale" in qualche modo lascia pensare che l'ente, per quanto spersonificato, debba comunque strutturarsi al suo interno secondo canoni di una certa complessità[137].

19. *(Segue)* La struttura oggettiva.

19.1. La condotta. Il ruolo del conflitto d'interessi.

L'esame degli elementi oggettivi del reato non può che prendere le mosse dalla clausola espressa di sussidiarietà inserita in apertura dalla riforma del 2012: «[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato». La dottrina, tuttavia, pare essersi completamente disinteressata alla sua esegesi[138], dal momento che non paiono sussistere fattispecie potenzialmente in rapporto di sussidiarietà con quella in commento. Maggiore respiro ha avuto invece l'elaborazione sugli elementi propriamente costitutivi.

Come si è più volte avuto modo di accennare, la struttura oggettiva del reato è andata incontro ad un radicale stravolgimento con la riforma del 2017. La formulazione originaria, nella sua più volte criticata superfetazione, si presentava molto più complessa. Tre erano i momenti essenzialmente rilevanti: la promessa o dazione di utilità da parte del corruttore, l'atto o l'omissione del corrotto, nonché il danno sociale. I tre elementi dovevano naturalmente essere connessi eziologicamente l'uno all'altro, dimodoché il comportamento antidoveroso fosse conseguenza del patto corruttivo, mentre il danno conseguisse all'atto del gerente. Rimandando al prosieguo l'esame di questa seconda serie causale, conviene soffermarci ora sulla vicenda corruttiva propriamente detta.

---

[137] SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 131.

[138] Basti riportare l'unica menzione che si rinviene in merito in BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, cit., 510. Ivi, il commento su questo punto si limita ad una chiosa a margine del paragrafo introduttivo: «La clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato" introduce la nuova fattispecie». Esplicito sul punto, invece, SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 139. L'Autore, pur riconoscendo nella clausola in commento il tentativo del legislatore «di sottolineare la prevalenza della norma in esame sull'art. 2634», conclude causticamente che la disposizione è da considerarsi «semplicemente superflua».

Proprio rispetto ad essa, infatti, si registra il primo mutamento di rilievo. Ad assumere rilevanza sul piano oggettivo è ormai unicamente l'attività stipulativa del patto corruttivo; non assume giuridica rilevanza, invece, la sua concreta esecuzione.

Il patto corruttivo, nello specifico, si estrinseca nel c.d. mercimonio della funzione[139], ossia nella convenzione con cui l'*extraneus* ottiene dal gerente un comportamento a sé favorevole, ma in violazione del rapporto fiduciario che lo lega all'ente gestito; l'*intranues* un corrispettivo. In questa prospettiva si rende palese il rapporto tra questo e gli altri reati sin qui esaminati. Il disvalore della condotta si situa ancora una volta nel perseguimento di un interesse diverso – e confliggente – con quello che il gerente pur dovrebbe perseguire. A distinguere la fattispecie in commento dal reato di infedeltà patrimoniale, dunque, non è tanto il fatto che l'interesse verso cui viene indebitamente piegata l'amministrazione societaria appartenga ad un soggetto terzo, dal momento che anche l'art. 2634 prevede tale evenienza. A discriminare realmente le due ipotesi è invece l'eziologia di suddetta deviazione. Nel reato d'infedeltà patrimoniale, l'amministratore si autodetermina nel preferire l'interesse collidente; viceversa, nella fattispecie in commento interviene la mediazione di un *pactum sceleris*, stipulato "sottobanco" tra i due concorrenti necessari.

Ad ogni modo, due sono con tutta evidenza i comportamenti contestuali e convergenti delineati dalla disposizione. Dal lato attivo abbiamo la promessa ovvero la dazione di denaro o altra utilità; da quello passivo, invece, la sollecitazione ovvero la ricezione del danaro o dell'utilità stessi. I due comportamenti si integrano reciprocamente e sono dunque entrambi necessari per l'effettiva stipulazione del patto. Da ciò potrebbe dedursi che qualora all'offerta del corruttore non seguisse l'accettazione del corrotto ovvero se alla sollecitazione del(l'aspirante) corrotto non seguisse la dazione del corruttore, il reato non verrebbe ad integrarsi. Accresce questa parvenza la previsione di una finitima fattispecie di «istigazione alla corruzione tra privati», di cui si dirà ai paragrafi successivi. Qui

[139] Espressione largamente utilizzata dalla dottrina con riferimento alla corruzione pubblicistica. Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale – II*, 16ª ed., Milano, 2016, 422. Nel prosieguo, si farà frequente riferimento alla dogmatica elaborata dalla dottrina penalistica in merito a tali ben più risalenti e consolidate fattispecie.

conviene anticipare che la soluzione da ultimo prospettata non è corretta[140]. Difatti il legislatore richiede unicamente o che il corruttore offra o che il corrotto solleciti l'offerta, rendendo con ciò possibile la consumazione del reato anche in forma monosoggettiva, senza la necessità di ricorrere ad una configurazione tentata. Dunque, ferma restando la struttura del *pactum* così come appena delineata, integra corruzione tanto la sua effettiva stipulazione quanto l'attività unilaterale "propiziatoria" di uno solo degli stipulanti. D'altra parte, ciò implica che un tentativo di corruzione privata non potrà mai darsi – a meno che non si ammetta un reato che si configuri (incostituzionalmente) come di "pericolo del pericolo"[141].

Ad ogni modo, il "prezzo" della gestione infedele viene individuato alternativamente nel «denaro o altra utilità non dovuti». Completamente pleonastico il riferimento al denaro, il quale costituisce pacificamente una *species* delle varie utilità suscettibili di scambio. Pienamente sensato, invece, il requisito del carattere indebito della dazione o promessa. Viceversa, ad alcune incertezze ha dato adito il carattere necessariamente patrimoniale dell'«altra utilità». Fin dai primi commenti, tuttavia, è prevalsa l'opinione negativa, sulla scorta di un'interpretazione "funzionale" dell'utilità[142]. Il disvalore della condotta, infatti, non è dato tanto dal valore intrinseco del bene corrisposto dal corruttore, quanto dal fatto che l'interesse al conseguimento di un qualsiasi bene da parte del gerente sia stato preferito a quello sociale nel suo complesso. Non dovrebbero residuare dubbi, dunque, sul fatto che di utilità possa parlarsi anche nel caso in cui essa consista nel mero accrescimento reputazionale del corrotto in un dato contesto.

19.2. L'esecuzione del patto.

Il contenuto del patto può prevedere alternativamente il compimento di un atto ovvero la sua omissione da parte del gerente corrotto. Dunque, come si diceva, al gerente il corruttore richiede di esercitare in qualche modo il proprio potere di gestione sul patrimonio sociale, in forma commissiva od omissiva.

Nel dettaglio, il legislatore si premura di specificare che l'atto gestionale in questione deve essere giuridicamente illecito, nel senso che è richiesta, mediante il

---

[140] V. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 134 s.
[141] *Ibidem*.
[142] MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 243.

suo compimento, la «violazione degli obblighi inerenti al loro [dell'agente] ufficio o degli obblighi di fedeltà». Semplice appare l'esegesi della prima alternativa, la quale si risolve nell'inadempimento ad uno degli obblighi imposti da qualsiasi atto giuridico che disciplini il rapporto fra l'agente e la società. A solo titolo esemplificativo, potrà trattarsi della legge, dell'atto costitutivo, di particolari contratti intercorrenti tra le parti ed eventuali fonti integrative[143]. Naturalmente – qualora lasciata intonsa – una tale latitudine dell'ambito precettivo rilevante sarebbe censurabile. Sin da subito, dunque, si è suggerito di ridurla entro congrui limiti, con tecnica analoga a quella cui la giurisprudenza ha fatto progressivamente ricorso in tema di corruzione "pubblica". Essa, infatti, pare ormai consolidata nel senso che al sintagma «atto contrario ai doveri d'ufficio», di cui all'art. 319, non debba già riconnettersi qualsiasi violazione della disciplina dell'ufficio di riferimento, ma solo quelle che in concreto possano ledere il principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)[144]. Ciò vale a scongiurare che vengano ad assumere rilevanza penale anche patti inerenti alla violazione di obblighi gestionali, i quali siano del tutto inconferenti rispetto all'equilibrio e interno della società ed esterno delle condizioni concorrenziali del mercato.

La seconda alternativa, introdotta solo nel 2012, pone invece maggiori problemi, essenzialmente a causa della sua estrema vaghezza.

In dottrina si è ritenuto da alcuni che il riferimento alla fedeltà possa attivarsi unicamente nei confronti di quei soggetti che si trovino in posizione subordinata rispetto agli apicali e, specificamente, a quelli previsti al co. 2. Da ciò si è dedotto che il contenuto di tali obblighi possa ricavarsi dalla lettera dell'art. 2105 c.c., intitolato proprio agli «obblighi di fedeltà» del lavoratore subordinato. Senonché gli obblighi imposti dall'articolo da ultimo citato si limitano essenzialmente al divieto di concorrenza rispetto agli affari del datore di lavoro e alla divulgazione di notizie attinenti alla produzione. In ogni caso, poi, essi non risulterebbero applicabili al lavoratore parasubordinato. Difatti – a parere di chi scrive – la formula in esame andrebbe risolta in una mera ridondanza normativa. Stando all'elaborazione dogmatica riassunta al primo Capitolo, obblighi di fedeltà (c.d.

[143] MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 133.
[144] Suggeriva siffatta interpretazione già MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 241 s., il quale faceva naturalmente riferimento alla primissima formulazione della fattispecie.

personale) nascono ogniqualvolta un soggetto si trovi a gestire un patrimonio o a trattare un affare per conto di altri. Dunque, il compimento da parte del gerente di atti in contrasto con i doveri inerenti alla gestione non possono che risolversi sempre e comunque nella violazione di un obbligo di fedeltà.

Spostiamo ora l'attenzione sull'esecuzione del *pactum sceleris*. In questo ambito è data riscontrare una delle maggiori novità. Nell'attuale formulazione, non si rinviene né la necessità che il patto venga effettivamente eseguito (e dunque l'atto o l'omissione illecite si concretizzino); né, ulteriormente, che tale atto produca un danno alla società. Entrambi i requisiti sono caduti con la riforma del 2017. Il danno sociale è del tutto scomparso; l'esecuzione del patto corruttivo, invece, è stata traslata sul piano soggettivo e, come si vedrà più approfonditamente *infra*, funge da mero contenuto del dolo specifico. In definitiva, scompare del tutto quella complessa forma a doppia catena causale che si è descritta in apertura. Con ciò, la fattispecie è finalmente divenuta reato di mera condotta, con evidente semplificazione soprattutto sul piano probatorio[145].

19.3. Reato di pericolo.

Tanto premesso, conviene a questo punto aprire una parentesi sull'esatto momento in cui situare la carica offensiva del comportamento corruttivo. Di per sé, la sola stipulazione del patto in nulla danneggia la società, se non, eventualmente, sul piano della sua immagine all'interno del mercato. Ragionando secondo canoni di stretta aderenza al principio di offensività, sarebbe invece necessario – come effettivamente previsto in origine – che il patto, una volta stipulato, venisse attuato e producesse un danno all'ente. L'attuale impostazione, invece – in piena rispondenza agli indirizzi veicolati in sede sovranazionale – configura evidentemente un reato di mero pericolo, con forte anticipazione della tutela penale.

La nuova struttura, pur non recando alcun espresso riferimento al bene della concorrenza, appare dunque congegnata in modo tale da risultare comunque idonea alla sua tutela. Abbandonato definitivamente quell'esasperato carattere

[145] Che il requisito di un danno alla società (e, si potrebbe aggiungere, dell'effettiva esecuzione del disegno corruttivo) impedisse al reato di reprimere anche fattispecie di mero pericolo era stato lucidamente notato sin dai primissimi commenti alla riforma. Cfr., *ex plurimis*, FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 169.

patrimoniale che la riforma del 2002 aveva conferito ai reati societari, l'attuale configurazione della corruzione tra privati pare abbracciare ormai il modello lealistico, così come descritto in apertura e in piena sintonia con l'area di tipicità tracciata dagli artt. 318 ss. c.p.

20. *(Segue)* L'istigazione alla corruzione tra privati.

Prima di dilungarci sull'elemento soggettivo del reato, è bene sciogliere la riserva formulata al paragrafo precedente e verificare se e in quali termini il legislatore abbia autonomamente punito la fattispecie di «istigazione alla corruzione tra privati». La previsione in commento è contenuta all'art 2635-*bis* e dottrina concorde la ritiene frutto e di un grossolano fraintendimento del legislatore nazionale e di una tecnica legislativa carente.

Le fonti internazionali prevedono diffusamente che vengano puniti, insieme alla vera e propria corruzione, anche quei comportamenti che, pur integrati da soggetti terzi rispetto al patto corruttivo, siano qualificabili come «favoreggiamento»[146] ovvero come «partecipazione»[147]. Con tutta probabilità, le disposizioni citate avevano il limitato fine di impegnare gli Stati membri a criminalizzare altresì le fattispecie corruttive di tipo concorsuale[148]. Senonché tali condotte già di per sé assumono rilevanza penale nel nostro ordinamento in forza della clausola generale di cui all'art. 110 c.p. e dunque non avrebbero richiesto ulteriore attività normativa. Nondimeno, il legislatore – con singolare fraintendimento dei testi internazionali – ha introdotto l'ulteriore fattispecie di «istigazione», tipizzando un'area che strutturalmente già rientrerebbe nel perimetro tracciato dall'art. 2635.

Si è visto al paragrafo precedente come già di per sé l'offerta del corruttore o la sollecitazione dell'aspirante corrotto integrino il reato in commento, ancorché in forma monosoggettiva. L'art. 2635-*bis*, tuttavia, pare dimenticare questo dato e

---

[146] *Ex* art. 15 della Convenzione di Strasburgo del 1999.
[147] *Ex* art. 3 della Decisione quadro GAI.
[148] L'interpretazione è ampiamente attestata in dottrina. Cfr. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 135 s. L'Autore approda a tale conclusione confrontando la versione in lingua italiana della Decisione quadro con le altre. Dall'operazione emerge una curiosa divergenza fra i termini adoperati («partecipazione» per quella italiana; «*aiding*», «*complicité*», «*complicidad*» per le altre), onde il fraintendimento dogmatico in cui è caduto il legislatore nazionale.

ri-tipizza espressamente l'ipotesi in cui l'offerta o la sollecitazione «non sia[no] accettat[e]», qualificando tale ipotesi come istigazione.

In ciò si annidano due fondamentali problemi. Anzitutto la fattispecie di "istigazione" così individuata viene fatta oggetto di un notevole abbattimento sanzionatorio, con una cornice edittale ridotta di un terzo. Ma è sul piano logico-strutturale che si evidenziano i maggiori effetti distorsivi. È facile notare che, nonostante la mera offerta di utilità da parte del corruttore già integri la fattispecie *sub* art. 2635, essa, una volta intervenuta la mancata accettazione di controparte, si vedrebbe paradossalmente derubricata *ex post* a mera istigazione. Il quadro si fa ancora più illogico non appena si consideri che l'art. 2635-*bis* fa unicamente menzione ai soggetti apicali di cui al primo comma dell'articolo precedente. Di conseguenza, dovrebbe argomentarsi per la sussumibilità *sub* art. 2635 della mera offerta o sollecitazione del subordinato, con livello sanzionatorio irragionevolmente più elevato di un terzo rispetto all'apicale "graziato" dall'abbattimento *ex* art. 2625-*bis*[149].

L'unica via di uscita da tali aporie pare quella di ritenere, con diversa dottrina[150], che il legislatore abbia inteso penalizzare i fatti di offerta o sollecitazione non accettate, esclusivamente: a) a titolo di "istigazione"; b) per i soli apicali di cui al citato primo comma; c) con cornice edittale sensibilmente ridotta. Senonché, così argomentando, l'esegesi della disposizione si ripiegherebbe su di un perimetro necessariamente più ristretto, mostrando nuovamente insuperabili profili di frizione con le istanze internazionali. *Breviter*: come accennato in apertura, la disposizione in commento null'altro rappresenta se non il prodotto di una scarsa tecnica legislativa. E tale va considerata.

21. *(Segue)* L'elemento soggettivo.

Quello soggettivo è forse l'elemento costitutivo che ha evidenziato la maggiore stabilità lungo l'intera vicenda evolutiva della fattispecie, quantomeno fino alla recente riforma del 2017.

---

[149] SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 136.
[150] Il riferimento è a LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018, 19 ss.

Esclusa ovviamente la colpa, alcuna disposizione ha mai vincolato il dolo ad una particolare intensità o ad una specifica finalizzazione. Ad oggi rimane vero che il reato può integrarsi mediante dolo eventuale, il quale deve ovviamente estendersi ad ogni elemento, compresa la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio o agli obblighi di fedeltà. Tuttavia, dal momento che la concreta esecuzione del *pactum sceleris* non è più necessaria all'integrazione del reato, il compimento o l'omissione dell'atto antidoveroso si trovano ora traslate sul piano soggettivo, quali alternativi contenuti del dolo specifico.

Risulta dubbio, tuttavia, se il dolo specifico riguardi tanto il corrotto quanto il corruttore. L'incertezza, a ben vedere, concerne anche l'analogo delitto di carattere pubblicistico e viene risolto, da dottrina minoritaria, nel senso di richiedere la contemporanea finalizzazione dei due agenti all'esecuzione del patto corruttivo. Sono maggioranza, invece, quegli Autori che ritengono il dolo specifico unicamente richiesto rispetto al corruttore. Ciò in quanto la sua configurazione altresì in capo al corrotto implicherebbe che il reato non potrebbe integrarsi nei confronti del *dans* qualora l'*accipiens* abbia formulato una riserva mentale[151]. Conseguentemente, per l'intraneo dovrebbe ritenersi sufficiente, sul piano soggettivo, la «rappresentazione del finalismo della sollecitazione, dazione o promessa»[152].

22. *(Segue)* Gli elementi funzionali.

22.1. Procedibilità.

Tutt'altra evoluzione ha invece interessato le componenti funzionali della fattispecie, ad iniziare dalla procedibilità. Come si è visto, la disposizione originaria era allineata, sul punto, a quella inerente all'infedeltà patrimoniale e richiedeva sempre la querela della persona offesa (da identificarsi con la società stessa). Su tale scelta, si considerino richiamate tutte le critiche a loro tempo formulate sul punto riguardo all'art. 2634. Ad ogni modo, una prima modifica ebbe luogo già con la legge anticorruzione. Il testo originariamente licenziato dalle Camere aveva coraggiosamente optato per la procedibilità ufficiosa. La scelta, tuttavia, provocò

[151] In questo senso, v. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 135.
[152] SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 135.

vivaci contestazioni (soprattutto dal mondo imprenditoriale) e forzò l'esecutivo ad elaborare una soluzione di compromesso alquanto insoddisfacente.

Come accennato in apertura, la procedibilità a querela veniva lasciata quale ipotesi generale, mentre l'ufficiosità dell'azione penale veniva implementata solo limitatamente alle ipotesi in cui «dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o di servizi». La formula impiegata, indubbiamente ripresa dall'impostazione di area germanica, aveva il (limitato) pregio di introdurre quantomeno un riferimento a quel bene giuridico ulteriore (e sistematicamente negletto dal legislatore nazionale) costituito appunto dalla concorrenza nel mercato.

La disposizione, peraltro, presentava diversi problemi. Anzitutto sul piano logico, in quanto – in considerazione dell'allora perdurante requisito dell'evento di danno – finiva col subordinare al danno privato (patrimoniale) quello pubblico (alla concorrenza nel mercato), ogniqualvolta la distorsione competitiva si fosse prodotta, ma senza un'effettiva lesione del patrimonio sociale[153]. In secondo luogo, la disposizione in sé si mostrava di ardua interpretazione. Secondo una prima tesi, la distorsione in parola doveva considerarsi alla stregua di un ulteriore evento, connesso sul piano eziologico al danno arrecato alla società[154]. Prevalse, tuttavia, la tesi che identificava nell'effetto distorsivo non già un accadimento verificabile *in rerum natura*, bensì un mero pericolo di modificazione della potenziale accessibilità al mercato[155]. Così argomentando, le condizioni per la procedibilità ufficiosa venivano in qualche modo alleggerite.

Ad ogni modo, le complicate questioni sollevate dalla modifica del 2017 sono state recise di netto dalla c.d. Legge Spazzacorrotti del 2019, abrogante l'intero comma quinto. La procedibilità *ex officio* che ne è conseguita costituisce certamente un'importante acquisizione, col fondamentale pregio di innalzare di molto lo *standard* di tutela offerto. Peraltro, dal confronto con la perdurante procedibilità a querela dei finitimi reati di infedeltà già esaminati, risulta accresciuta l'impressione dell'ulteriore rilevanza, nel reato in commento, di un bene giuridico

---

[153] SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 137.
[154] BRICCHETTI, *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in *Guida dir.*, 2012, 48, ins. 13, XXXIV ss.
[155] È lo stesso Autore citato alla nota precedente ad aver sostenuto, «*re melius perpensa*», questa seconda tesi; cfr. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, cit., 518.

più elevato e di sicuro carattere sopraindividuale, quale appunto la libertà di concorrenza.

22.2. La cornice sanzionatoria. La fattispecie circostanziata.

Piuttosto stabile, invece, l'assetto sanzionatorio. In principio la pena detentiva era individuata, tanto per il corruttore quanto per il corrotto, nella reclusione sino a tre anni. Alla mancata previsione di un minimo edittale sopperiva, ovviamente, la regola residuale di cui all'art. 23, co. 1 c.p., che lo fissa in 15 giorni. La legge anticorruzione ha poi leggermente innalzato il minimo, portandolo ad un anno. Dunque, il livello era ed è sostanzialmente comparabile a quello dell'infedeltà patrimoniale (quest'ultima connotata oggi da un minimo leggermente più basso, pari a sei mesi). Ridotte di un terzo le pene inerenti alle fattispecie *sub* art. 2635-*bis*; autonoma, invece, la cornice edittale per i soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza degli apicali. In quest'ultima ipotesi, in particolare, si riscontra una significativa riduzione fino ad un anno e sei mesi di pena detentiva. Proprio quest'ultima riduzione ha suscitato alcune critiche in dottrina, essenzialmente incentrate sul fatto che le due previsioni, a ben vedere, «non evocano categorie talmente differenti da giustificare un così netto» dislivello sanzionatorio[156].

Quelle sin qui esposte sono le cornici edittali inerenti a titoli autonomi di reato. Il legislatore, tuttavia, ha previsto anche una circostanza aggravante per il caso in cui «si tratt[i] di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi» del t.u.f.

La circostanza è ad effetto speciale, in quanto comporta un aggravamento del doppio[157]. Essa, nello specifico, condivide un'*eadem ratio* con la delimitazione dei soggetti attivi suscettibili di responsabilità per omessa comunicazione del conflitto d'interessi *ex* art. 2629-*bis*. In sostanza, il legislatore ha inteso ritagliare uno spazio di maggiore responsabilità per il gerente di società direttamente esposte sul mercato dei capitali, nell'ottica di una più spiccata tutela dei risparmiatori. Non

[156] BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, cit., 519.
[157] SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, cit., 139.

sorprenderà, dunque, se la relativa disposizione è stata introdotta proprio dalla più volte citata legge a tutela del risparmio.

A completare il quadro sanzionatorio per le persone fisiche intervengono due ulteriori disposizioni. Da una parte, l'art. 2635-*ter* commina la pena accessoria dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese *ex* art. 32-*bis* c.p., per quei soggetti già condannati per corruzione passiva o per l'analogo reato d'istigazione e i quali abbiano attualmente riportato un'ulteriore condanna per corruzione passiva. Dall'altra parte, il sesto ed ultimo comma dell'art. 2635 impone che la confisca comminata accessoriamente alla condanna per corruzione tra privati *ex* art. 2641 non possa «essere inferiore alle utilità offerte, date o promesse». La comune *ratio* delle norme è evidentemente quella di inasprire il trattamento sanzionatorio.

Va infine considerato anche l'inserimento, nel 2012, della fattispecie *de qua* fra i reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente attraverso l'aggiunta di un'apposita lettera s-*bis* all'art. 25-*ter* del citato decreto n. 231[158]. Il riferimento, tuttavia, è soltanto ai casi di corruzione attiva (rispettivamente *ex* artt. 2635, co. 2 e 2635-*bis*, co. 1). La *ratio* dell'esclusione delle fattispecie passive è da rinvenirsi nell'originaria previsione di un evento di danno, chiaramente incompatibile con la necessità che esse vengano commesse «nell'interesse o a vantaggio» della società stessa. Il ragionamento non può andare oggi esente da critiche, essendo stato espunto ogni riferimento alla lesività in concreto del patto corruttivo. Ad ogni modo, la parziale estensione alla fattispecie in commento della responsabilità da reato costituisce un ulteriore adeguamento della normativa interna agli standard internazionali e va pertanto salutata con estremo favore.

Ancora con riferimento alla responsabilità amministrativa dell'ente, si noti che, a differenza di ogni altro reato societario, per quello in commento il legislatore non si è fermato alle sole pene pecuniarie (e precisamente, da quattrocento a seicento quote per il reato base; da duecento a quattrocento nel caso di istigazione). Vengono comminate, infatti, anche sanzioni di natura interdittiva, attraverso il diretto richiamo all'art. 9, co. 2 del decreto n. 231.

---

[158] A suo tempo, aveva criticato l'esclusione del reato dalla lista di quelli presupposto GULLO, *Spunti critici*, cit., 446.

CAPITOLO V

IL CONFLITTO DI INTERESSI NEL GRUPPO DI IMPRESE

1. La dimensione giuridica e la rilevanza penale del gruppo di imprese.

Il fenomeno dei gruppi di imprese è senz'altro uno dei più rilevanti sullo scenario economico-giuridico dell'ultimo mezzo secolo. Si è detto, anzi, che esso, insieme a quello della globalizzazione, «orient[a] lo scenario economico attuale»[1]. In altre parole, è dato ormai acquisito, nelle più avanzate economie, che l'impresa di grandi o grandissime dimensioni si configuri tipicamente nella forma c.d. conglomerata.

La dinamica del gruppo acquisisce specifica pregnanza proprio con riferimento al tema del conflitto d'interessi. La presenza di più imprese – tutte formalmente autonome sul piano soggettivo, ma funzionalmente coordinate ad un più vasto disegno "di gruppo" – non può che tradursi nella sistematica e fisiologica contrapposizione tra l'interesse di quest'ultimo e quello, individuale, della singola componente. Va da sé che un'applicazione acritica delle disposizioni sin qui esaminate condurrebbe alla sicura paralisi delle dinamiche infragruppo, con conseguente inservibilità dell'istituto. È improcrastinabile, dunque, un inquadramento innovativo ed integrato del fenomeno, il quale consenta di operare congrui temperamenti degli interessi in gioco, soprattutto in sede penale[2].

1.1. Configurazione giuridica.

Prima di inoltrarci nella disamina delle disposizioni propriamente penalistiche, conviene premettere alcuni cenni sulla configurazione giuridica del gruppo d'imprese. Si tenterà una prima definizione, sia pure approssimata, delle sue interne dinamiche, tanto sul piano funzionale quanto su quello strutturale.

Per comprendere a fondo la funzione economico-giuridica dell'impresa conglomerata, bisogna considerare il gruppo nel contesto dei vari modelli di esercizio dell'attività di impresa offerti dall'ordinamento. Essi si dispongono lungo

---

[1] ASTROLOGO, *I gruppi di società*, in CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società,* Padova, 2014, 1031.
[2] *Ex plurimis*, v. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 222. Sul punto, v. più diffusamente *infra*, § 2.1.

una retta ideale in cui al decrescere della responsabilità patrimoniale della persona fisica per le obbligazioni imprenditoriali cresce l'inderogabilità e il vincolismo della disciplina dell'attività esercitata. Nel più semplice modello dell'impresa individuale, la persona fisica spende direttamente il proprio nome e conseguentemente espone a rischio il suo intero patrimonio. Nella società di persone, invece, si riscontra la costituzione di un'entità soggettivamente distinta dalle persone fisiche partecipanti; permane tuttavia un (in)diretto coinvolgimento patrimoniale dei soci. Essi se da un lato non spendono il proprio nome bensì quello sociale, dall'altro rimangono in linea di principio[3] illimitatamente responsabili – ancorché in via sussidiaria – per i debiti sociali. Il fatto che la persona fisica in qualche modo risponda con la propria garanzia patrimoniale generica dell'attività d'impresa giustifica l'assenza di una disciplina strettamente vincolistica in questi due primi modelli.

Tutt'altro discorso per le società di capitali, in cui si riscontra un radicale cambio di paradigma. Ivi, l'ordinamento eleva non solo a *soggetto*, ma anche a *persona* giuridica completamente autonoma l'organizzazione societaria[4], con ciò separando le sorti patrimoniali della prima da quelle dei singoli soci, i quali infatti godono del c.d. beneficio della responsabilità limitata. La "limitazione" consiste precisamente nel fatto che i soci si spogliano irreversibilmente soltanto del capitale investito (il quale si imputerà alla società), per il resto rimanendo del tutto insensibili ai debiti e all'eventuale dissesto sociali. Ciò certamente favorisce la

---

[3] "In linea di principio", poiché non è escluso che anche in una società di persone si verifichi una limitazione della responsabilità patrimoniale. È il caso dei soci accomandanti di società in accomandita semplice. L'eccezione, tuttavia, conferma la regola. Infatti, in questo caso la responsabilità limitata viene bilanciata da un rigido divieto di immistione nell'amministrazione sociale, opportunamente sanzionato e dalla gravosa estensione della responsabilità sussidiaria verso i terzi e dalla escludibilità dalla compagine sociale dell'accomandante ingerente (cfr. art. 2320). Questa disciplina prova una volta di più che deresponsabilizzazione patrimoniale dell'imprenditore e suo coinvolgimento diretto nell'esercizio dell'attività sono inversamente proporzionali tra loro: la personale responsabilità per i debiti d'impresa "giustifica" un'ingerenza diretta nella stessa.

[4] La dottrina civilistica ha da tempo distinto i concetti di soggettività e personalità. La prima è concetto più esteso della seconda e indica la mera idoneità alla titolarità di situazioni giuridiche soggettive. La personalità, invece, attiene alla responsabilità patrimoniale del soggetto: soltanto le persone giuridiche dispongono di una completa autonomia patrimoniale, nel senso che rispondono unicamente in proprio delle loro obbligazioni, i.e. senza il coinvolgimento – eventualmente anche in mera via sussidiaria – di altri soggetti (soci o associati). Esempi di enti personificati sono le associazioni riconosciute, gli enti pubblici e, appunto, le società di capitali; esempi di enti non personificati sono le associazioni non riconosciute, i comitati e, appunto, le società di persone. Su questi rilievi e per un ampio inquadramento della tematica anche in chiave storica, v. BIANCA, *Diritto Civile. La norma giuridica. I soggetti*, 2ª ed., Milano, 2002, 315 s. e 379 ss.

fluidità dell'investimento societario, ma richiede anche una disciplina interna estremamente più vincolistica, a tutela dei terzi che entrino in contatto con l'ente[5].

Orbene, la costituzione del gruppo va letta come logica prosecuzione ed estremo potenziamento di tale paradigma. Il processo di segregazione patrimoniale viene infatti portato alla massima potenza dall'autonomia privata, nel momento in cui essa non si limita a creare un diaframma fra società e socio, ma fra gli stessi settori operativi in cui si articola l'unica impresa. A tal fine è sufficiente preporre ad ogni singolo settore una specifica società, a ciascuna delle quali corrisponderanno patrimoni sociali formalmente separati e reciprocamente insensibili. Può facilmente comprendersi allora la sintetica definizione, secondo la quale nel gruppo «ad un'unica impresa sotto il profilo economico corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico: tante quante le società facenti parte del gruppo»[6].

Sul piano *funzionale*, perciò, il fenomeno è da inquadrare nella secolare «aspirazione del ceto imprenditoriale alla responsabilità limitata»[7]. Non casualmente, le incipienti rivoluzioni commerciali nell'Europa centro-occidentale coincisero con la costituzione di quelle celebri "Compagnie delle Indie" che, tra XVII e XVIII secolo, per la prima volta godettero del beneficio della responsabilità limitata. Da questi primi, sparuti esempi di segregazione patrimoniale – concessi per graziosa volontà regia – la classe imprenditoriale esercitò una pressione crescente, ottenendo dapprima una codificazione generalizzata dell'istituto, per poi conseguire, nel corso del XX secolo, l'abbattimento progressivo dei limiti e delle condizioni per il suo conseguimento[8]. La riforma del 2003 ha portato alle estreme conseguenze questo processo. Essa non solo ha permesso la costituzione di società unipersonali (un tempo colpite da nullità, per assenza del requisito del consenso nel

---

[5] Non a caso, nelle società di capitali (e massimamente nella società azionaria quotata in borsa), la redazione del bilancio è oggetto di un cospicuo novero di disposizioni. Più in generale, poi, in tali società si registra una netta prevalenza del principio corporativo su quello personalistico. Esso implica che alla diretta gestione dell'attività d'impresa non sia chiamato il singolo socio, bensì specifici organi costituiti in seno all'ente, ciascuno con poteri attribuiti dalla legge e in via subordinata dall'atto costitutivo. Sul punto, cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., *passim*.

[6] CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 283.

[7] GALGANO, SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società: art. 2497-2497 septies*, in SCIALOJA, BRANCA, GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile e Codici collegati*, Bologna, 2014, 5.

[8] L'esempio della S.r.l. è emblematico in questo. Con la riforma del 2003, si è aperto alla possibilità di costituire tali società anche con un capitale sociale di un solo euro (cfr. art. 2463).

contratto costitutivo), ma addirittura – seppur con talune accortezze – l'istituzione di cc.dd. patrimoni destinati in seno all'unico patrimonio sociale. Dove però il legislatore non è intervenuto, è giunta da sola l'autonomia privata[9], che con la sua forza creativa ha aggiunto un ulteriore tassello al processo segregativo della responsabilità patrimoniale.

Sul piano *strutturale*, invece, il gruppo gravita attorno alla «configurazione della partecipazione sociale come valore di scambio»[10]. Una volta oggettivizzata e in certo senso mobilizzata la partecipazione[11], essa può liberamente circolare alla stregua di un qualsiasi bene mobile. Di essa, dunque, potrà assumere la titolarità non solo una persona fisica, ma anche un'ulteriore società. E proprio attraverso l'acquisizione di partecipazioni e l'esercizio dei relativi diritti sociali, è possibile operare un'influenza sulle scelte gestionali dell'ente partecipato, in modo da asservirlo ad un comune disegno economico e realizzare quel connubio tra unità imprenditoriale e dissociazione soggettiva che caratterizza l'intero fenomeno.

Questa la dinamica basilare del gruppo, il quale dunque si struttura attorno ad una società madre o capogruppo – detentrice delle partecipazioni rilevanti – con le varie società figlie da essa dipendenti, tenute a seguire, nella loro attività economica, l'indirizzo generale della prima. Va da sé che sul piano economico il fascino del gruppo risiede nel mero effetto moltiplicativo della separazione patrimoniale, mentre su quello giuridico l'accento si sposta su una ben più profonda ambivalenza di fondo. Sotto un certo punto di vista, parrebbe sussistere una sola impresa esercitata da più soggetti collettivamente; per altro verso, sembra invece che ad unico super-soggetto siano imputabili più imprese contemporaneamente. In

---

[9] Chiara sul punto GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 5. L'Autrice mette in rilievo come il gruppo «non può considerarsi una creazione legislativa, come furono creazioni legislative la società per azioni e la società a responsabilità limitata, trattandosi, al contrario, di un fenomeno già consolidato, che prende vita dalla generale categoria dell'autonomia contrattuale».

[10] GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2002, 2 ss.

[11] Torna anche in questa sede il richiamo ai fondamentali processi economici del mondo moderno: mobilizzazione e finanziarizzazione della ricchezza. La partecipazione sociale, a ben vedere, altro non è che un rapporto contrattuale, sintesi di un fascio di diritti e doveri che il socio intrattiene con la società. Nondimeno, annettendo valore intrinseco al vincolo contrattuale, esso viene elevato ad autonomo bene giuridico ai sensi dell'art. 810 c.c., divenendo suscettibile di «costituire oggetto di diritti». E difatti, la partecipazione non solo può essere oggetto di compravendita, ma su di essa possono insistere pegno, usufrutto e sequestro (per le azioni, cfr. art. 2352).

dottrina non si è esitato ad accostare questo paradosso ai «misteri teosofici, come il mistero della trinità»[12].

Ad ogni modo, nella prassi economica i gruppi d'imprese possono articolarsi in base a forme estremamente varie, dando vita a geometrie ciascuna rispondente agli specifici bisogni del caso concreto. È possibile, ad esempio, che le controllate si dispongano a raggiera, tutte individualmente dipendenti dalla *holder* e senz'alcuna interconnessione reciproca. Viceversa, è possibile che le partecipate si dispongano secondo scale gerarchiche, adottando lo schema del controllo a catena. Ma ad essere decisamente più comune è l'ibridazione delle due modalità, la quale si ottiene attraverso la costituzione di *sub-holding* (dipendenti a raggiera dalla madre), dalle quali si dipartono ramificazioni collaterali (dipendenti invece a catena dalle seconde)[13]. Quella da ultimo descritta, peraltro, è la struttura tipica dell'impresa c.d. multinazionale, in cui a ciascun Paese in cui l'impresa opera fa riscontro una particolare società controllata, dalla quale dipendono tutte le società operanti in quel dato contesto nazionale. In quest'ipotesi la complicazione si fa massima: all'intreccio partecipativo e gestionale si sovrappone quello dei disparati diritti nazionali applicabili a ciascuna società[14].

1.2. Interesse di gruppo e interessi sociali.

Per lungo tempo il legislatore nazionale si è disinteressato al problema costituito dai gruppi, scegliendo di non apprestare specifica disciplina ad un fenomeno col tempo divenuto dilagante. Il primo intervento generale si è registrato proprio con la riforma del 2003, che ha introdotto un cospicuo plesso di norme al riguardo. Si tratta nello specifico di un intero Capo (il IX del Titolo V del Libro sul lavoro), intitolato alla «direzione e coordinamento di società».

Una novità di primo rilievo è anzitutto il riconoscimento *sine glossa* della legittimità dell'attività di gruppo[15]. A dire il vero, già prima della riforma si era

---

[12] GALGANO, *I gruppi di società*, cit., 8. Si veda *infra*, § 2.2 per un inquadramento più preciso in termini giuridici del fenomeno.
[13] CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 282.
[14] *Ibidem*.
[15] Per un ampio inquadramento delle esitazioni dottrinarie che hanno preceduto la Riforma in punto di legittimità dell'attività direttiva, v. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in DI CATALDO, MELI, PENNISI (a cura di) *Impresa e mercato – Studi dedicati a Mario Libertini. Tomo I: Impresa e società*, Milano, 2015, 38 s.

determinato un certo consenso sull'ammissibilità *in astratto* della struttura di gruppo: in fondo, il coordinamento di più imprese legittimamente esercitate non poteva che considerarsi esso stesso una legittima impresa. Ad impegnare e ad agitare il dibattito dottrinario, invece, era il dogma dell'incomprimibilità dell'interesse sociale: si dubitava, cioè, che l'attività della madre potesse considerarsi legittima anche qualora avesse intaccato gli interessi di una delle figlie. Secondo le ricostruzioni più esigenti, il gruppo poteva sussistere solo entro i ristretti confini della perfetta convergenza d'interessi tra *holder* e controllate: emergendo un conflitto, a prevalere sarebbe stato necessariamente l'interesse delle seconde. Il più rilevante effetto collaterale di questa prudente impostazione consisteva nel ritenere la piena applicabilità alle controllate della disciplina sul conflitto d'interessi, con conseguente obbligo, in capo ai relativi amministratori, di astenersi rispetto alle operazioni ispirate dalla madre.

Un secondo orientamento partiva dall'opposto rilievo che a prevalere dovesse essere in ogni caso l'interesse del gruppo, qualitativamente preponderante su quelli delle singole controllate. Si argomentava – e non senza ragione – dalla sostanziale inutilità di un gruppo che, pur potendo legittimamente costituirsi, non potesse far prevalere i propri interessi su quelli (eventualmente confliggenti) delle sue singole componenti. Dunque, piena disapplicazione dello statuto degli interessi degli amministratori, i quali avrebbero dovuto piegarsi in ogni caso alle direttive sovraordinate della *holder*.

A mediare tra le estreme posizioni appena richiamate, si faceva strada, nei decenni immediatamente precedenti alla riforma, un diverso orientamento. La teoria dei vantaggi compensativi – poi effettivamente accolta dal legislatore – poneva piuttosto l'accento sulla necessità di bilanciare le opposte istanze derivanti dalla costituzione del gruppo, tutte giuridicamente legittime ma bisognose di un ragionevole contemperamento[16]. In parole povere, si richiedeva non già un esame «atomistico» degli interessi in gioco (*alternativamente* solo quello della controllata

[16] La tripartizione appena esposta è ripresa da BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 137 s.

ovvero quello del gruppo), bensì «molecolare» (*congiuntamente* di tutti i centri d'interesse coinvolti)[17].

1.3. Una prima definizione: controllo, direzione, coordinamento.

Prima di proseguire nell'esame, conviene focalizzare l'attenzione sull'ambito definitorio entro cui il legislatore della riforma si è mosso. L'art. 2359, in particolare, traccia alcune coordinate nozionistiche di grande importanza, introducendo una fondamentale distinzione tra i concetti di «controllo» e «collegamento» da una parte e di «direzione e coordinamento» dall'altra.

Per controllo, in particolare, s'intende la situazione in cui un ente[18] può esercitare una «influenza dominante» su di una società. Il sintagma appena citato rende bene l'idea di controllo, quale rapporto di vero e proprio dominio sulle linee gestionali di una società. Lo stesso legislatore, poi, declina il concetto lungo tre possibili modalità esecutive. L'influenza dominante può estrinsecarsi alternativamente: a) nella detenzione della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea (controllo azionario); b) nella detenzione di un numero di voti inferiore, ma comunque idoneo a determinarne l'influenza dominante (controllo di fatto); c)

---

[17] Grande impulso alla teoria mediana ebbe MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi. Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 98 s, cui si rinvia.

[18] È stato ampiamente dibattuto se a rivestire la qualità di *holder* possa essere una persona fisica anziché un ente. Sul piano strettamente logico, nulla osta ad una tale configurazione del gruppo d'imprese, la quale è infatti pacificamente ammessa da giurisprudenza ormai consolidata (*ex plurimis*, Cass. civ., Sez. un., 29 novembre 2006, n. 25275). A dire il vero, però, il legislatore pare essersi originariamente schierato decisamente per la soluzione negativa. Anzitutto l'art. 2497 evita appositamente di menzionare la persona fisica, limitandosi a richiamare le società ed ogni altro ente che eserciti attività di gruppo. Ma vi è di più: appena sei anni dopo la riforma, una norma d'interpretazione autentica (contenuta all'art. 19, co. 6, d. l. 78/2009) è intervenuta sul punto precisando espressamente che per "ente" non possa assolutamente intendersi anche una persona fisica. Anche una parte della dottrina si è schierata per la tesi restrittiva, ritenendo – non senza ragione – che il legislatore abbia coscientemente scelto di consentire la costituzione di una figura tanto complessa e camaleontica come il gruppo solo qualora il gerente sia sottoposto ad una congrua disciplina vincolistica, soprattutto in materia contabile: ciò che ovviamente non avviene per le persone fisiche (cfr. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., 187 ss.). Tali rilievi sono certamente ragionevoli, ma non tolgono che l'attività di gruppo potrebbe *de facto* essere esercitata anche da una persona fisica: in una tale evenienza – per quanto non voluta dal legislatore – darebbe adito a gravi scompensi non estendere i livelli di tutela garantiti dalla disciplina dei gruppi. L'impostazione giurisprudenziale è dunque da ritenere corretta, se non addirittura necessaria al fine di scongiurare possibili profili di illegittimità costituzionale. Nel seguito della trattazione, perciò, il termine "*holder*" potrà riferirsi anche a persona fisica.

anche a prescindere dai voti esercitabili, qualora l'influenza sussista comunque «in virtù di particolari vincoli contrattuali»[19] (controllo contrattuale) (co. 1).

Il collegamento, invece, manifesta un vincolo meno stretto, che il legislatore compendia nel concetto, alquanto sfumato, di «influenza notevole». In questa seconda ipotesi, dunque, l'influenza non è tale da determinare un totale assoggettamento della subordinata, ma consente comunque di influire sulle sue linee gestionali. In tali casi, indice presuntivo del collegamento è dato dalla possibilità di esercitare un numero almeno pari ad un quinto dei voti utili in assemblea ovvero ad un decimo, nel caso di società con azioni quotate in mercati regolamentati.

Nel quadro tracciato dal legislatore, il concetto di controllo ha una funzione meramente *statica*. Esso denota che "in potenza" la situazione di dominio sulle società subordinate può estrinsecarsi nell'amministrazione di un gruppo. Tuttavia, l'accertamento circa la sussistenza di quest'ultimo dev'essere condotto in via autonoma. Difatti, a definire il gruppo non è il controllo *per se*, ma la specifica attività che la capogruppo esercita sulle figlie, definita all'uopo come attività di «direzione e coordinamento». Quest'ultimo concetto – a differenza di quello di controllo – ha dunque valenza *dinamica*, richiedendo il compimento di più atti tra loro coordinati. In sostanza, l'attività della *holder* non può risolversi nella detenzione statica delle partecipazioni di controllo. Piuttosto, essa deve estrinsecarsi nell'esercizio, per mezzo di tali partecipazioni, di una vera e propria attività d'impresa[20], ulteriore e ben distinta da quella delle singole controllate e

---

[19] Per «particolari vincoli contrattuali» s'intende la sussistenza di rapporti negoziali fra le società, tali da attribuire *de facto* un ruolo preponderante ad una di esse. La situazione si realizza tipicamente nelle ipotesi di subfornitura, in cui un'impresa dipende da un'altra per la propria attività economica (situazione oggi disciplinata dalla l. 192/1998). Nell'ipotesi in commento non rientrano invece i casi in cui una società si obblighi contrattualmente a seguire le direttive di un'altra, a prescindere dalla sussistenza di una situazione di controllo (c.d. clausola di dominio). Tale figura – pur pacificamente ammessa, con taluni accorgimenti, in altri ordinamenti quale quello tedesco – è fortemente controversia nella dottrina italiana. Per la tesi negativa, motivata dalla contrarietà del patto di dominio alla disciplina del conflitto d'interessi di soci ed amministratori, cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 287.

[20] Che debba trattarsi di attività autonoma ed ulteriore a quella c.d. operativa esercitata dalla controllata è dato ormai acquisito. Piuttosto, si è discusso in passato se l'attività c.d. pura di direzione e coordinamento potesse qualificarsi propriamente come imprenditoriale, secondo i crismi dell'art. 2082. La risposta affermativa è oggi accolta in modo pressoché corale; prova ne è la pacifica fallibilità della *holder*, anche quando essa si configuri come mera persona fisica. Cfr. sul punto la celebre sentenza *Caltagirone*, Cass. civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439.

volta alla «direzione e coordinamento» di queste. Cosa però debba intendersi con tale formula non viene specificato dal legislatore, il quale ha preferito lasciare all'interprete l'arduo compito di attribuire ad essa un significato concreto[21]. È chiaro, ad ogni modo, che tale attività non può esaurirsi nell'esercizio ordinario dei diritti patrimoniali e partecipativi derivanti dalle partecipazioni di controllo, ma deve consistere in una vera e propria attività "dispositiva" della controllata, quale componente del più ampio organismo conglomerato. Dovendo azzardare una prima, parziale definizione dell'attività di direzione e coordinamento, si può affermare che essa deve consistere nella programmazione di un disegno economico trascendente quello delle singole controllate, entro il quale le specifiche attività di queste vengano ad integrarsi e ad interferire reciprocamente[22].

Volendo invece tracciare un rapporto tra le due dimensioni – statica e dinamica – del fenomeno, va detto che il controllo rappresenta il mezzo di costituzione del gruppo, mentre l'attività direttiva manifesta l'esercizio in concreto dello stesso. Il legislatore sintetizza bene questa relazione, tracciando tra le stesse un rapporto presuntivo *juris tantum*. L'art. 2497-*sexies* afferma infatti che la situazione di controllo di cui all'art. 2359 (ovvero il dovere legale di coinvolgere una società nel proprio bilancio consolidato) costituisce indice presuntivo «salvo prova contraria» della sussistenza del gruppo. Come ogni presunzione, anche questa rileva solo in sede processuale, col fine di facilitare quella fra le parti che abbia interesse all'accertamento della costituzione di un gruppo; essendo relativa, essa ammette peraltro prova contraria.

Ad ogni modo, dalla tecnica normativa si desume abbastanza chiaramente una certa reticenza definitoria del legislatore. Questi pare infatti essersi limitato ad intervenire sui gruppi solo «per correggerne taluni effetti distorsivi attraverso norme protettive degli interessi che possono esserne pregiudicati», senza però giungere ad «istituzionalizzare il gruppo di società»[23]. Su tale scelta hanno

---

[21] Definizioni normative più puntuali, ma purtroppo relegate ad ambiti settoriali, sono contenute nella legislazione speciale. Cfr., *ex plurimis*, l'art. 60 d. lgs. 385/1993 in merito al gruppo bancario e l'art. 11 d. lgs. 58/1998 in merito al gruppo di società autorizzate all'intermediazione finanziaria.
[22] Che siano questi i tratti caratteristici dell'impresa di *holding* è confermato anche nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza d'impresa (d. lgs. 14/2019), che all'art. 288, co. 1 subordina l'ammissibilità di una domanda di concordato preventivo unica per le società del gruppo alla circostanza che i piani presentati siano «reciprocamente collegati e interferenti».
[23] GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., 5.

indubbiamente inciso le difficoltà insite nella definizione unitaria di un fenomeno tanto complesso e variegato quale quello dei gruppi. Si è notato come la dottrina italiana, pur non sapendo «dire cosa sia un gruppo come fenomeno, ha sempre saputo – e sa – quali problemi la realtà del gruppo genera»[24], scegliendo così di concentrarsi unicamente sulla soluzione pratica di questi ultimi. Da ciò si è dedotto, giustamente, che cifra distintiva del gruppo è quella della fattualità. Un tale assunto trova conferma nell'assenza di qualsivoglia iscrizione con efficacia costitutiva e nella completa libertà della prova riguardo la sussistenza del conglomerato. Dunque, sul piano positivo il gruppo non integra né un soggetto giuridico nuovo né costituisce nuove posizioni soggettive. Piuttosto, si è ritenuto di identificarlo in una situazione giuridica di creazione privata, da cui l'ordinamento si limita a trarre «conseguenze in punto di responsabilità, trasparenza e più in generale per l'esigenze di tutela che ne derivano»[25]. Una tale conclusione può certamente essere condivisa in linea di massima; essa, tuttavia, non può esonerare il giurista dal ricercare una definizione più puntuale del fenomeno[26].

2. La disciplina civilistica.

Premessi questi cenni, conviene dunque avviare l'esame della disciplina introdotta dalla riforma, soprattutto sotto il profilo dell'endemico conflitto d'interessi insito nel fenomeno. Preliminarmente verranno individuati gli interessi giuridici cui il legislatore ha inteso dare tutela in seno alla dinamica di gruppo (§ 2.1): in altre parole si procederà ad identificare il sostrato economico-sociale preso ad oggetto di normazione. Successivamente verranno esaminate le specifiche disposizioni volte ad attuare una ragionevole composizione di tali interessi, dapprima sul piano civilistico (§ 2.2-4); poi, e più diffusamente, su quello penalistico (§§ 3-4).

---

[24] MONTALENTI, *Conflitto di interessi*, cit., 82 s.

[25] ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche*, cit., 43. Giurisprudenza e dottrina sono unanimi nel sottolineare il carattere "fattuale" e decisamente non formale del fenomeno del gruppo. Sul punto, cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24943.

[26] Si avrà modo di definire più precisamente il fenomeno dei gruppi al § 2.3, ossia al termine della panoramica generale sulla disciplina civilistica di cui al prossimo paragrafo. La definizione così ricavata sarà fondamentale per inquadrare correttamente il fenomeno in ambito penale, che qui maggiormente interessa.

2.1. Gli interessi meritevoli di tutela: pro e contro della dinamica di gruppo.

Nell'individuare gli interessi in gioco, occorre anzitutto ribadire l'intimo carattere ambivalente del fenomeno dei gruppi. Da una parte, come visto, esso si presenta come fondamentale ingrediente di qualsiasi tessuto economico moderno e competitivo, il quale sia capace di rimanere al passo con una concorrenza frattanto divenuta globale. La separazione dell'unica impresa in più centri favorisce il più razionale assetto del sistema produttivo e dunque propizia una certa dinamicità del tessuto imprenditoriale. Senza contare che il gruppo è la forma ordinaria entro cui viene esercitata e si espande l'impresa multinazionale. Dall'altra parte, bisogna considerare che esso costituisce un ambiente eccezionale per la commissione di attività illecite. Ciò, per almeno due ragioni.

In primo luogo, va ricordato che qualsiasi schermo societario consente di per sé un certo nascondimento della responsabilità individuale dietro l'anonimato della struttura organizzativa. Facile dedurne come il gruppo, nascondendo il centro decisionale della *holder* nientemeno che dietro l'attività periferica di più controllate, moltiplica esponenzialmente tale rischio[27]. Questo primo problema viene per lo più risolto nel contesto della responsabilità amministrativa da reato *ex* d. lgs. 231/2001.

In secondo luogo, l'attività della *holder* può risultare gravemente lesiva degli interessi delle singole controllate, ed è proprio questo il tema che maggiormente interessa in questa sede.

È del tutto legittimo che le società figlie si allineino alle determinazioni della capogruppo e dunque perseguano un interesse che potrebbe non coincidere col proprio, ma questo ovviamente non può spingersi sino al loro annichilimento. In altre parole, le società controllate – se possono essere indirettamente gestite dalla *holder* – non possono essere considerate alla stregua di un qualsiasi altro *asset* aziendale, come un semplice macchinario o un immobile. La società, in quanto soggetto autonomo e non mero bene strumentale, si pone nel traffico giuridico quale centro relazionale: la sua stessa esistenza richiede che i soggetti che vengano ad interagire con essa siano in qualche misura garantiti. Se la *holder* potesse disporre

[27] Sul punto, v. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 2, 368. L'Autore parla suggestivamente dei gruppi come del possibile «ambiente di coltura per una molteplicità indefinita di comportamenti illeciti».

a suo piacimento della controllata sino ad annullarla, sarebbero impunemente pregiudicati tanto i creditori sociali (i quali, in forza della segregazione patrimoniale, alcuna pretesa possono vantare sul patrimonio della madre) quanto gli eventuali soci di minoranza della figlia (sostanzialmente estromessi dall'amministrazione societaria).

Risulta chiara allora la geometria degli interessi giuridicamente rilevanti, sui quali la riforma è intervenuta. I centri d'interesse sono tre: quello del *gruppo* all'efficiente e agile coordinamento delle controllate; quello dei *soci di minoranza* di queste ultime alla remuneratività del proprio investimento; quello dei *creditori sociali* alla garanzia patrimoniale generica delle stesse. La contestuale legittimità dei tre interessi esige un bilanciamento legislativo.

Ebbene, soci di minoranza e creditori sociali sono largamente garantiti rispettivamente dai reati d'infedeltà patrimoniale sul piano penale e dall'azione di responsabilità su quello civile. Lasciati a sé, tuttavia, tali presidii avrebbero effetti nefasti sugli interessi di gruppo. L'endemicità del conflitto d'interessi interno al conglomerato richiede in altre parole un temperamento delle disposizioni finora esaminate, in modo da consentire alla *holder* quel margine di manovra necessario per il coordinamento imprenditoriale.

In sostanza, il problema centrale dell'impresa conglomerata è che l'interesse di soci e terzi si trova in perenne frizione con quello del gruppo. Se nella singola società di capitali il conflitto può definirsi "occasionale", nel gruppo esso assume carattere "istituzionale" ed ineliminabile[28], complicando di non poco la sua conveniente composizione. Peraltro, se è vero che il diritto altro non è che una tecnica sociale di composizione dei conflitti d'interessi tra i consociati, il tema che ci apprestiamo ad esaminare non può che esercitare un fascino tutto particolare sul giurista.

2.2. La disciplina.

[28] Il punto è pacifico. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 33 afferma a chiare lettere che «già il fatto che la società controllante disponga del potere di nomina degli amministratori della controllata rende pressoché endemica una qualche forma di interessamento, diretta o indiretta, di questi ultimi nelle vicende della controllata».

Come anticipato, si muoverà anzitutto da una panoramica della disciplina civilistica. Si è più volte notato come alcuna disposizione venga dedicata alla originaria costituzione del gruppo, il quale viene colto dal legislatore come entità già formata. La maggior parte delle disposizioni mira invece a limitare i possibili danni che questo potrebbe arrecare a soci di minoranza, creditori e terzi. Queste ultime due categorie vengono tutelate essenzialmente attraverso un insieme di obblighi latamente informativi, imposti tanto alla controllata quanto alla *holder*. Questa, in particolare, deve redigere non solo il proprio bilancio, ma anche quello di gruppo, definito come "bilancio consolidato" e volto a rappresentare la situazione contabile complessiva del conglomerato. La stessa deve inoltre provvedere all'iscrizione del gruppo da essa diretto in un'apposita sezione speciale del registro delle imprese (come anticipato, priva di efficacia costitutiva). La controllata, dal canto suo, deve dichiarare nella corrispondenza e nei documenti sociali la propria appartenenza al gruppo di riferimento e risponde dei danni cagionati ai terzi da eventuali omissioni. I suoi amministratori, poi, hanno un obbligo motivazionale rinforzato in merito alle decisioni influenzate dalla madre (le quali vanno «analiticamente motivate», con «puntuale indicazione delle motivazioni e degli interessi» sui quali sono fondate, *ex* art. 2497-*ter*).

I soci di minoranza, invece, vengono tutelati anzitutto con una peculiare tecnica di coinvolgimento nelle fasi nevralgiche del gruppo, segnatamente nel momento genetico e in quello terminale. Infatti «all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento», ciascun socio può recedere dalla società (art. 2497-*quater*, co. 1, lett. c)). Il recesso è indubbiamente il modo più radicale di manifestare il proprio dissenso in merito ad un'operazione, ma è altresì una garanzia per il socio, il quale – seppur indirettamente – viene coinvolto nella decisione sull'ingresso o la fuoriuscita dal gruppo. Va precisato, ad ogni modo, che il diritto di recesso viene concesso solo qualora non sussista una valida alternativa. Dunque, tanto nel caso in cui la società sia quotata in mercati regolamentati, tanto nel caso in cui l'operazione produca sì un'alterazione delle condizioni di rischio ma al tempo stesso sia stata lanciata un'offerta pubblica d'acquisto, la disposizione – avendo il socio già la possibilità di disinvestire agilmente la propria partecipazione – non troverà applicazione.

L'ambito normativo più rilevante, tuttavia, è quello della responsabilità della *holder*, posta contemporaneamente a tutela di creditori e soci di minoranza. Questi, infatti, possono certamente esperire azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore della controllata, secondo la disciplina ordinaria. Tuttavia, prima della riforma del 2003, alcuna pretesa era azionabile nei confronti della *holder*, a causa ovviamente dello schermo societario da questa frapposto tra sé e la controllata. La riforma ha rimediato a questa *impasse*, che in passato consentiva alla madre di rilevare società anche con mera "finalità predatoria" (i.e. col limitato scopo, una volta acquisite, di effettuare un travaso di ricchezza verso il gruppo). Non si tratta ovviamente di una generalizzata estensione della responsabilità patrimoniale della *holder* alle obbligazioni della figlia, il che svilirebbe *in toto* la funzionalità del gruppo. Il legislatore ha invece concesso l'azione di responsabilità a soci e creditori limitatamente a due ipotesi. Elemento minimo comune ad entrambe è che la capogruppo sia venuta meno, nel proprio agire, agli obblighi di diligenza richiesti dall'attività direzionale esercitata e dunque si evidenzino profili di colpevolezza. Le due ipotesi divergono invece nell'esito lesivo: esso deve infatti estrinsecarsi in un danno alternativamente cagionato alla redditività della partecipazione del socio della controllata ovvero all'integrità patrimoniale posta a garanzia dei creditori sociali (art. 2497). Le due categorie di "controinteressati" all'attività direttiva vengono dunque specularmente tutelate.

Conseguentemente, solo entro queste precise condizioni lo schermo societario oltre il quale la capogruppo si trova ad operare può "aprirsi" e l'ordinamento concede azione contro di essa. Va sottolineato che l'azione in parola non ha natura sussidiaria e dunque non può considerarsi alla stregua di una chiamata in garanzia della società madre. Essa ha bensì natura diretta e comporta la responsabilità in via autonoma della *holder* per l'attività direttiva da essa esercitata, a prescindere da eventuali profili di responsabilità degli amministratori della controllata[29]. Ovviamente, socio e creditori danneggiati non hanno azione contro la

[29] Sul punto, chiarissima un'ordinanza della Sezione specializzata in materia di impresa del Trib. Milano, emessa il 20 dicembre 2013 e consultabile presso il sito: https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/20131220_RG42294-20131.pdf. L'ordinanza prende posizione su diversi aspetti della disciplina delineata dall'art. 2497 e in particolare anche sulla natura dell'azione ivi prevista. Alle pagine 7 ed 8 si legge che «poiché quell'attività [abusiva di direzione e

capogruppo se il patrimonio della controllata risulti attualmente capiente (co. 3): la circostanza che la società possa ancora soddisfare le loro pretese non giustifica alcuna deroga al regime di segregazione patrimoniale di cui gode la *holder*. Nondimeno, questa ovvia regola non individua alcun obbligo di preventiva escussione della controllata danneggiata, dovendosi ritenere sufficiente la sua attuale incapienza patrimoniale, in qualsiasi modo provata.

Va precisato infine che il secondo comma dell'articolo in commento estende il titolo di responsabilità non solo ai concorrenti nel fatto lesivo della *holder*, ma anche a coloro che ne abbiano «consapevolmente tratto beneficio». Questa seconda ipotesi può ritenersi, ad esempio, nel caso in cui l'attività lesiva della *sub-holding* abbia prodotto un vantaggio per la società di vertice, da cui le scelte della prima siano dipese.

2.3. Il gruppo come fattispecie socialmente tipica di collegamento negoziale.

Alla luce della disciplina appena esposta, conviene sciogliere la riserva formulata al termine del paragrafo precedente[30] e tentare d'inquadrare il gruppo d'imprese in termini giuridicamente più precisi. Non si tratta di un mero esercizio dogmatico, ma di una puntualizzazione gravida di risvolti pratici, anche sotto il profilo che qui maggiormente interessa, ossia quello penale.

Si è già evidenziato il carattere eminentemente fattuale ed informale del fenomeno del gruppo[31]. Allo stesso tempo, tuttavia, si è anche anticipata l'insufficienza di un tale assunto. Difatti non sarebbe corretto, secondo quanto appena esposto, risolvere il gruppo in un mero fatto giuridico, alla stregua di eventi naturali quali la nascita di un essere umano o il cambiamento del corso di un fiume.

---

coordinamento] determina danno diretto al patrimonio della società controllata ma solo indiretto a quello dei soci o dei creditori, la *tecnica di tutela è consistita nell'istituire una responsabilità diretta dell'ente controllante nei confronti dei soggetti indirettamente danneggiati*. Costoro, infatti, proprio in quanto danneggiati solo indirettamente, non potevano agire a tale titolo verso l'ente controllante *ex* artt. 1218 e 1223 c.c. o 2043 c.c. La nuova norma, in deroga al fondamentale principio di risarcibilità soltanto del danno diretto, ha istituito la nuova fattispecie di responsabilità, proprio per rendere effettiva la tutela di quei soggetti, oltre che per rendere effettiva l'affermazione della responsabilità per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, fatalmente destinata a rimanere pressoché solo sulla carta se affidata soltanto all'iniziativa della società controllata». Il corsivo è già presente nel testo dell'ordinanza.

[30] V. *supra* § 1.3, in particolare la nota n. 26 di questo capitolo.

[31] Sul punto v. *supra*, §1.2.

Secondo una dottrina, a nostro avviso condivisibile[32], la fattispecie andrebbe più propriamente inquadrata in una complessa vicenda di natura negoziale. Infatti, non va dimenticato che col termine "società" non si intende unicamente un soggetto giuridico, ma anche il contratto (i.e. il negozio giuridico) volto alla sua costituzione. Ebbene, nella dinamica di gruppo si è sinora posto l'accento unicamente sulla prima accezione, individuando nell'accumulo di partecipazioni di controllo il momento centrale del fenomeno. Spostando invece l'attenzione sui singoli contratti sociali, è possibile illuminare di nuova luce l'intera dinamica, individuando la giusta via per un contemperamento effettivo tra interesse sociale ed interesse di gruppo.

Il fatto che un ente si serva delle sue partecipazioni sociali non per fini gestori ordinari ma per l'esercizio di un'attività ulteriore e più vasta non può non avere un effetto modificativo sulla natura dei rispettivi contratti di società. Questi vengono infatti legati l'uno all'altro in un vincolo teleologico, secondo lo schema del c.d. collegamento negoziale. Con tale sintagma ci si riferisce all'istituto in forza del quale le parti stipulano due o più contratti i quali, pur essendo formalmente distinti, si inseriscono in un disegno economico unitario[33]. L'ammissibilità di questa figura si fa generalmente discendere in via estensiva dal disposto dell'art. 1322, il quale sussume sotto il legittimo esercizio dell'«autonomia contrattuale» anche la predisposizione di contratti non previsti legalmente, «purché diretti a soddisfare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Più precisamente, il fenomeno del gruppo si estrinsecherebbe nella sopravvenuta imposizione di un collegamento negoziale tra i contratti di società costituenti le controllate.

Che la costituzione di un conglomerato comporti una modificazione oggettiva[34] dell'originario assetto contrattuale delle società figlie si deduce da numerosi indici normativi.

---

[32] Quanto esposto nel presente sottoparagrafo è ripreso dall'ampia indagine condotta da GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., nello specifico al Capitolo I, significativamente intitolato al «collegamento negoziale».

[33] Per un sintetico ma sistematico esame dell'istituto, si rinvia a BIANCA, *Diritto Civile. Il contratto*, cit., 437 ss.

[34] E, conviene specificare, non solo soggettiva (dal momento che la circolazione delle partecipazioni sociali modifica in ogni caso, quantomeno dal lato soggettivo, il contratto sociale; in altri termini, altera la c.d. compagine sociale).

Il primo è dato dall'art. 2361, il quale consente alla società l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, salvo che «per la *misura* e per l'oggetto della partecipazione ne risult[i] sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo». La disposizione viene interpretata dalla dottrina maggioritaria come la riprova *ante litteram* dell'ammissibilità della *holding* pura nel nostro ordinamento. Stando alla sua lettera, l'oggetto della società detentrice può modificarsi tanto a causa dell'«oggetto» delle partecipazioni acquisite (in quanto essa potrebbe trovarsi ad esercitare un'impresa diversa da quella originariamente prevista), quanto – e qui risiede l'elemento d'interesse – per la «misura» delle stesse, poiché potrebbe avviarsi in tal modo l'esercizio di una nuova attività, appunto quella di direzione e coordinamento. Ciò che però più interessa è il chiaro rilievo per cui la costituzione di una catena di controllo attraverso semplici acquisti di partecipazioni può addirittura modificare, surrettiziamente, l'oggetto sociale dell'acquirente[35]. All'inverso, non è dunque da escludersi che ciò possa avvenire anche per la controllata, quando questa venga introdotta nel gruppo.

Il secondo indice normativo è dato dalla già indicata disciplina del recesso. Se il socio della controllata ha un diritto di *exit* sia all'ingresso sia alla fuoriuscita dal gruppo, allora implicitamente si sta affermando che tale operazione modifica l'essenza stessa della società, rispetto alla quale il socio potrebbe non avere più interesse a partecipare. Precisamente, la modificazione di cui trattasi riguarda la costituzione di un collegamento negoziale, quale ponte contrattuale fra la singola controllata e le altre. Il diritto di recesso, così, assicura un coinvolgimento, per quanto indiretto, di tutti i soci, anche di minoranza. Se essi esercitano il recesso, non vengono coinvolti nella modificazione; altrimenti danno il proprio tacito assenso acché essa avvenga[36].

---

[35] GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., 8 s.

[36] GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., 37 s. L'Autrice, nelle pagine immediatamente precedenti, puntualizza peraltro che un coinvolgimento diretto e non solo mediato dei soci di minoranza nella costituzione del gruppo non è nemmeno da ritenersi necessario. A tale conclusione si perviene considerando che nelle società di capitali – quantomeno nel momento esecutivo – ad operare è piuttosto il principio maggioritario e non quello dell'unanimità, anche nel contesto di modificazioni radicali dell'atto costitutivo. Si consideri poi che – soprattutto nelle società azionarie – il socio, anche di maggioranza, è formalmente estromesso dall'amministrazione diretta, attribuita *in toto* all'organo amministrativo. L'Autrice conclude, dunque, che non deve stupire se ad una modifica causale del contratto non faccia riscontro una nuova dazione di consenso dei singoli soci.

Possiamo dunque dare per provata l'ipotesi del collegamento negoziale. Ora, dottrina unanime individua proprio nel collegamento una delle poche ipotesi di deroga al principio della relatività del contratto, secondo il quale *res inter alios acta tertiis neque nocet neque prodest*. Difatti, se le parti hanno voluto costituire un vincolo teleologico tra i diversi contratti, allora è ovvio che, al fine di assicurarlo, le vicende di un contratto debbano ridondare su quelle di un altro, anche se le parti di uno siano in concreto diverse da quelle di un altro. Così, ad esempio, nel verificare se sia possibile addivenire allo scioglimento di uno dei contratti per inadempimento, non dovrà solo aversi riguardo al contenuto del contratto interessato dall'azione, ma alla complessiva economia negoziale del collegamento. In altre parole, sull'assetto di interessi divisato in un contratto influisce l'assetto d'interessi palesato dall'operazione nel suo insieme.

Specificando queste considerazioni con riferimento al gruppo d'imprese, l'inserimento della società nel gruppo comporta precisamente che l'interesse della controllata possa (ancorché non debba) soccombere qualora lo richieda l'interesse del gruppo. In altre parole, cade l'assunto tradizionale secondo cui l'amministratore debba realizzare solo e soltanto l'interesse della propria società, consistente nel conseguimento di un utile attraverso la realizzazione dell'oggetto sociale (arg. *ex* art. 2247)[37]. Il collegamento negoziale giustifica l'attività gestoria volta a realizzare il diverso (ed eventualmente confliggente) interesse di gruppo. Può anzi affermarsi che in questi casi il conflitto d'interessi non sussiste affatto, in quanto legittimo interesse della controllata è (anche) quello più ampio del conglomerato, entro cui essa s'inserisce in forza del collegamento negoziale[38].

Dalla prospettiva degli amministratori, ciò significa che i loro poteri gestionali subiscono «un'integrazione del proprio contenuto, che trova fondamento giuridico nel principio generale di integrazione del contratto stabilito dall'art. 1376

---

[37] GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., 38 ss.

[38] A queste conclusioni era già pervenuto D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in AA.VV. *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, organizzato dalla Riv. soc., Venezia 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996, 1085 ss. L'Autore, ben prima della riforma, notava come «se si legittima il perseguimento [...] di interessi extrasociali [...] si distorce la causa del contratto quale definita dalle legge e si trasforma la società in qualcosa di *causalmente* altro». Da tale «novazione causale» del contratto, si deduceva altresì l'opportunità che «i soci che subissero loro malgrado una vicenda del genere venissero messi in grado di lasciare la società» – suggerimento che, come visto, il legislatore della riforma ha puntualmente accolto, con ciò avvalorando la tesi del collegamento negoziale. Il corsivo è dell'Autore.

c.c.»[39]. Essi, in forza del collegamento negoziale-costituzione del gruppo, non devono solo amministrare la propria società, compiendo «le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380-*bis*), ma anche collaborare con la capogruppo, in forza della propria «soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento» (art. 2497-*bis*).

A riprova di ciò, vale la pena richiamare due emblematici indici normativi. Anzitutto, la responsabilità civile *ex* art. 2497 non discende unicamente dall'avere la *holder* imposto un interesse (di gruppo) astrattamente in conflitto con quello della singola controllata, bensì dall'aver esercitato la propria attività direttiva «in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale». Dunque, fintantoché siano rispettati i principi di correttezza, il conflitto d'interessi tra capogruppo e controllata semplicemente non sussiste.

In secondo luogo, il più volte citato art. 2497-*ter* richiede non già l'astensione degli amministratori che siano espressione della capogruppo, ma una motivazione particolarmente rinforzata qualora le loro scelte ne vengano influenzate. Ciò dimostra una volta di più che nelle dinamiche infragruppo il tema del conflitto d'interessi tra madre e figlie è in linea di massima superato e, conseguentemente, la disciplina *ex* art. 2391 non troverà generalmente applicazione. Fermo restando, ovviamente, che qualora un amministratore della controllata si faccia latore di un interesse non già del gruppo bensì suo proprio, il disposto dell'art. 2391 tornerà ad esplicare piena efficacia.

2.4. Le clausole esimenti. In particolare: la teoria dei vantaggi compensativi.

Alla luce di quanto precede, è possibile finalmente affrontare l'elemento più rilevante ed emblematico di tutta la disciplina dei gruppi e attorno al quale ruota il presente Capitolo: le cc.dd. clausole esimenti.

Si è detto che il collegamento negoziale rende in linea di principio non antigiuridico il perseguimento da parte della controllata di un interesse diverso da quello proprio. Tuttavia, anche qualora si evidenzino – a norma dell'art. 2497 – profili di responsabilità per l'attività direttiva esercitata, il legislatore tenta di recuperare un qualche ambito di legittimità all'operato della *holding*. Le fattispecie

[39] GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., 53 e, con ulteriore motivazione, 63 s.

in esame, dunque, sono quelle in cui un conflitto di interessi tra madre e figlia sussista ed esso abbia effettivamente cagionato un danno ai soci di minoranza ovvero ai creditori sociali della seconda. In tali ipotesi, l'ultima frase del primo comma del citato art. 2497 introduce due esimenti da responsabilità, le quali tentano un'ulteriore mediazione tra le ragioni della controllata e quelle del gruppo. L'esenzione, nello specifico, trova applicazione nei casi in cui il danno risulti rispettivamente «mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento» ovvero «integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette».

Di facile interpretazione risulta la seconda clausola. È chiaro che qui il legislatore ha riguardo a specifiche operazioni suscettibili di riequilibrare sul piano patrimoniale l'andamento economico della controllata. Così, ad esempio, gli svantaggi dovuti alla stipulazione di un contratto sottocosto imposto dalla capogruppo si diranno eliminati da un ulteriore contratto procurato dalla stessa a condizioni più vantaggiose di quelle di mercato ovvero anche da una semplice dazione *ad hoc* diretta a ripianare le perdite[40]. In sostanza, l'antigiuridicità è esclusa in questi casi dall'invarianza patrimoniale determinata dalla mera somma algebrica delle operazioni ispirate dalla capogruppo. A ben vedere, l'ipotesi è assimilabile al meccanismo della *compensatio lucri cum damno*[41], tradizionalmente dedotto dall'art. 1223.

Più complicata l'esegesi della prima clausola, con la quale il legislatore della riforma ha inteso codificare la c.d. teoria dei vantaggi compensativi. Ad essere richiesta in questo caso è una verifica globale dei vantaggi a qualsiasi titolo derivanti alla controllata dall'inserimento nel gruppo di appartenenza. Gli svantaggi del contratto sottocosto potrebbero essere compensati, in questo caso, non da specifiche operazioni a ciò dirette, ma semplicemente dalle maggiori opportunità contrattuali cui la controllata abbia avuto accesso in virtù del "buon nome" connesso all'appartenenza al gruppo, oppure dalla possibilità di fare affidamento

[40] L'esempio è tratto da GALGANO, SBISÀ, *Direzione e coordinamento*, cit., 149.
[41] Per questa tesi, v. ancora GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., 165 ss. La stessa Autrice, peraltro, giunge a sussumere sotto il medesimo meccanismo anche la prima clausola, quella inerente ai vantaggi compensativi, sulla quale v. *infra*.

sulla solidità finanziaria della propria capogruppo per l'ottenimento di un prestito che altrimenti non le sarebbe stato concesso.

Indubbiamente l'accertamento si fa in questi casi più sfumato e controvertibile, ma dottrina corale ritiene la formula necessaria per un equo contemperamento degli interessi in gioco. D'altro canto, la giurisprudenza si era autonomamente mossa in questa direzione da svariato tempo, talvolta anticipando i risultati legislativi. Le corti di merito *in primis*[42] e quella di legittimità poco dopo[43] hanno elaborato nel decennio precedente la riforma le categorie giuridiche su cui poggiano le attuali disposizioni. In ciò, com'è ovvio, i giudici hanno potuto fare affidamento anche sulle spinte frattanto maturate in sede sovranazionale. Si segnalano in particolare gli esiti del *Forum Europaeum* sul diritto dei gruppi di società, nel contesto del quale maturò nientemeno che la proposta di una direttiva comunitaria volta a disciplinare la corretta gestione del gruppo. Proprio gli esiti del *forum*[44] avrebbero veicolato in modo determinante il concetto di compensabilità dei vantaggi economici.

Sono essenzialmente tre gli elementi costitutivi dell'esimente in commento. Anzitutto la stabilità e razionalità dell'attività direttiva afferente alla capogruppo, la quale deve cioè essere idonea a raggiungere un certo equilibrio economico interno. In secondo luogo, il vantaggio compensativo – ancorché non diretto – deve pur sempre refluire sulla stessa società danneggiata, non potendo considerarsi compensativo un vantaggio di cui in realtà benefici la *sub-holding* di riferimento. Infine, si richiede l'effettività del vantaggio, il quale né può risultare troppo tardivo, né può dedursi da fatti del tutto inconferenti, come la mera partecipazione della società al gruppo[45]. Ad ogni modo, appare chiaro che l'effetto compensativo debba

---

[42] L'ufficio più attivo in materia è indubbiamente stato il Tribunale di Milano, che, pur in assenza di riferimenti positivi, ha posto le basi giurisprudenziali per l'attuale normativa. Si segnala per chiarezza espositiva la sentenza Trib. Milano, 22 gennaio 2001, rinvenibile in *Fallimento*, 2001, 1152 ss., nella quale si legge che «la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse di gruppo deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti».

[43] *Ex plurimis*, Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 1996, n. 2001; Cass. civ., Sez. I, 5 dicembre1998, n. 12325; Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 1999, n. 521.

[44] Il *Forum* si tenne nel 1998 e i relativi risultati furono pubblicati col titolo *Corporate Group Law for Europe*, Stoccolma, 2000.

[45] In merito a quest'ultimo requisito, cfr. Cass. civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707.

essere valutato *ex post*, ossia solo una volta che il vantaggio si sia concretamente verificato. La disposizione, infatti, si riferisce non al singolo atto pregiudizievole, ma al «risultato complessivo» dell'attività della *holder*[46] e dunque – a differenza di quanto si dirà al paragrafo successivo – la compensazione non può né presumersi né ritenersi sussistente per la mera probabilità che essa avvenga in un imprecisato momento futuro. In conclusione, è necessario l'accertamento in concreto del nesso di causalità tra il vantaggio compensativo e l'appartenenza della società originariamente danneggiata al gruppo di riferimento.

A prescindere da questi rilievi, si è a lungo discusso in dottrina sulla necessaria proporzionalità tra danno patito e vantaggio compensativo. La soluzione all'interrogativo ha difatti rappresentato la chiave di volta per l'interpretazione dell'intera disposizione.

Una prima impostazione si caratterizzava per un approccio decisamente rigido, adottando una visuale quantitativo-ragionieristica. Secondo questa parte della dottrina, era da ritenersi necessaria la stretta corrispondenza quantitativa tra danno e vantaggio compensativo. Conseguentemente, la prima clausola esimente in nulla si sarebbe distinta dalla seconda se non per la derivazione del compenso: in entrambi i casi necessariamente integrale, ma solo nel primo derivante da un'operazione *ad hoc*. La teoria ha trovato notevole consenso ed è stata inizialmente accolta anche dalla giurisprudenza. Questa, anzi, pare essersi inserita in un alveo di estremo rigore, giungendo addirittura a richiedere che il vantaggio compensativo provenisse dalla stessa operazione lesiva[47].

Inutile puntualizzare come siffatta interpretazione depotenzi oltremodo il disposto e lo renda sostanzialmente inservibile. È certamente da riconoscere un certo aggancio alla *littera legis*, la quale, nel richiede che «il danno risult[i] mancante» ovvero «integralmente eliminato», parrebbe effettivamente imporre una totale elisione dello stesso. Il sintagma va tuttavia letto nel complessivo contesto letterale della disposizione, la quale infatti prosegue specificando che il vantaggio compensativo deve evidenziarsi «alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento». In ciò, il legislatore pare al contrario suggerire la

[46] Sul punto, GALGANO, SBISÀ, *Direzione e coordinamento*, cit., 157.
[47] Si fa riferimento a Cass. civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707.

necessità che si prendano in considerazione non poste contabili attive e passive individualmente determinate, ma l'andamento di lungo corso dell'attività[48]. Conseguentemente, deve ritenersi non necessaria la prova della perfetta identità quantitativa tra danno e vantaggio, purché si rimanga nel quadro di un tendenziale equilibrio economico[49].

Vari altri indizi inducono a propendere per tale inquadramento estensivo. Sul piano dogmatico, anzitutto, può osservarsi come l'attività direttiva della *holder*, qualificandosi come imprenditoriale, è necessariamente soggetta ad oscillazioni, le quali potrebbero fisiologicamente cagionare momentanei periodi di squilibrio patrimoniale in alcuna delle controllate. Si noti poi come il legislatore abbia imposto agli amministratori della controllata che adottino una decisione ispirata dalla capogruppo non già l'indicazione della specifica contropartita attiva che bilanci l'operazione, ma più semplicemente «delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla valutazione» (art. 2497-*ter*). *Ad abundantiam*, la Relazione ministeriale adotta esattamente questa impostazione, affermando che «solo la conoscenza delle ragioni economiche ed imprenditoriali di un'operazione può consentire [...] di valutare se l'apparente diseconomicità di un atto, *isolatamente considerato*, trova giustificazione *nel quadro generale* dei costi e benefici derivanti dall'integrazione di un gruppo»[50]. Si può notare, infine, che richiedere una ragionieristica compensazione del danno implicherebbe ritenere l'attività della *holder* legittima solo fintantoché essa non sacrifichi anche minimamente l'interesse della controllata. Ma ciò equivale a negare categoricamente che l'interesse del gruppo si sia integrato a quella delle singole società nell'ottica di un collegamento negoziale.

---

[48] SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in ID (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 197.

[49] ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 143. L'Autore riassume perfettamente il concetto, rilevando come non sia il caso di «confrontare singole operazioni pregiudizievoli con altre vantaggiose, quanto di valutare complessivamente ed unitariamente le implicazioni che per la società sono derivate dalla sottoposizione all'attività di direzione e coordinamento: non una sorta di analitica compensazione tra partite attive e passive, bensì una valutazione globale, quindi sintetica, della complessiva attività». Conformemente, MONTALENTI, *Conflitto di interessi*, cit., 140 s., secondo il quale ad essere richiesto è un «procedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo reso».

[50] GIOVANNINI, *La responsabilità per attività*, cit., 162 ss. Il corsivo è nostro.

3. I vantaggi compensativi nel reato d'infedeltà patrimoniale

Esaurita l'esposizione della disciplina civilistica, è giunto il momento di trattare in maniera più diffusa quella penalistica. La riforma ha infatti introdotto anche una norma penale nel contesto della disciplina dei gruppi, precisamente all'2634, co. 3. Si tratta nello specifico di una clausola analoga – ancorché non identica – a quella appena esaminata sui vantaggi compensativi. Il tema dei vantaggi, dunque, si conferma il perno attorno al quale ruota l'intera disciplina dell'impresa conglomerata, rappresentando il punto d'intersezione e di necessario contemperamento degli interessi del gruppo con quelli delle singole componenti societarie.

A dire il vero, in forza dell'insolita anticipazione della riforma penale rispetto a quella civile, ad aprire la strada è stata proprio la clausola di cui all'art. 2634, co. 3. Ne consegue, per inciso, che essa abbia originariamente fatto riferimento ad un fenomeno – quello dei gruppi – senza che nell'ordinamento ne fosse rinvenibile una qualche definizione civilistica.

La disposizione ad ogni modo si conforma sostanzialmente a quanto proposto in origine dal progetto Mirone[51]. Nello specifico, essa fa riferimento diretto al solo reato d'infedeltà patrimoniale e si risolve nella statuizione per cui «in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo». Il legislatore penale si è evidentemente focalizzato soltanto sull'ipotesi dei vantaggi compensativi, ossia sulla seconda tra quelle contemplate dall'art. 2497 in sede civilistica. Nondimeno è da ritenere, a maggior ragione, che l'integrale eliminazione del danno «anche a seguito di operazioni a ciò dirette» escluda ugualmente la consumazione del reato *de qua*.

---

[51] Invero, il testo attualmente vigente si discosta in minima parte dal progetto Mirone, il quale consentiva che i vantaggi compensativi fossero anche «soltanto *ragionevolmente* prevedibili». Non pare tuttavia che l'utilizzo del diverso avverbio «fondatamente» abbia spostato in modo apprezzabile il senso della disposizione. Ad ogni modo, come già accennato *supra* al Cap. III, lo stesso progetto Mirone riprendeva il precedente orientamento manifestato dal progetto di riforma Pagliaro, segnatamente all'art. 112, n. 2, ove si escludeva l'ingiustizia del profitto qualora fosse «compensato dai *riflessi favorevoli* per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto». Sul punto, v. LIONETTI, *Analisi critica*, cit., 244. Il corsivo in citazione è nostro.

3.1. Elementi costitutivi. Confronto con la clausola civilistica.

Anche la dottrina penalistica ha notato come la clausola dei vantaggi compensativi «testimonia la volontà del legislatore di tenere conto della complessa realtà dei gruppi discostandosi così da una visione meramente atomistica della società commerciale»[52]. Invero, è possibile richiamare in questa sede gran parte di ciò che è stato diffusamente esposto nel paragrafo precedente sul piano civilistico, soprattutto in ordine alla ricostruzione dogmatica dell'interesse di gruppo e alla legittimità della sua prevalenza su quello della controllata. Assume grande importanza, invece, soffermarsi a questo punto sugli elementi differenziali della disciplina penalistica, i quali sono molteplici e tutti di primo rilievo[53].

Anzitutto, il vantaggio compensativo non inerisce in questo caso all'elemento oggettivo, bensì a quello soggettivo. Ad essere esclusa, infatti, è non già la causazione del danno, ma l'ingiustizia del profitto e dunque la sussistenza del dolo specifico («in ogni caso, il profitto non è ingiusto se […]»).

La scelta del legislatore è stata criticata, essenzialmente poiché sembrerebbe soggettivizzare quello che in realtà dovrebbe essere un accertamento rigoroso e materiale dell'equilibrio contabile della controllata lesa dalla *holder*. È stato notato, precisamente, che l'effetto compensativo viene descritto dalla disposizione «in modo obliquo»[54]. Nondimeno, va qui richiamato quanto detto *supra* in merito al rilievo del tutto peculiare che il dolo specifico riveste nella fattispecie *de qua*[55]. La finalizzazione della condotta ad un profitto ingiusto vale infatti ad attivare il conflitto d'interessi e a rendere effettivamente antigiuridico «l'atto dispositivo di beni sociali», il quale altrimenti rimarrebbe del tutto neutro in punto di offensività. Se ne deduce la consequenzialità della scelta adottata dal legislatore, il quale ha coerentemente riferito all'"attivatore" del dolo specifico il "disinnesco" costituito dai vantaggi compensativi[56].

---

[52] AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 419.
[53] Per un loro confronto in termini sintetici, v. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 224.
[54] CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 481.
[55] V. diffusamente *supra* Cap. IV, § 7.1.
[56] Contrariamente a quanto parrebbe suggerire BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 145, secondo il quale il rilievo dato all'ingiustizia del profitto rispetto al danno sarebbe dovuto più che ad una scelta volontaria e consapevole del legislatore ad un difetto di coordinazione, causato dalla più volte ricordata anticipazione della riforma penale su quella civile.

È dubbio, invece, a cosa debbano essere rapportati i vantaggi. Sul piano letterale, essi paiono dover compensare il profitto lucrato dal gruppo (il profitto non è ingiusto «se compensato da vantaggi»). L'opinione potrebbe poggiare sull'idea per cui il profitto coincide inevitabilmente col danno cagionato alla controllata. Tuttavia, com'è ovvio, tale corrispondenza può anche non sussistere nella dinamica dell'infedeltà patrimoniale, dal momento che non sempre l'attività infedele si estrinseca in un mero travaso di ricchezza dall'una all'altra società. Anche sul piano logico, poi, appare paradossale richiedere che due partite positive quali vantaggio e profitto possano "compensarsi". È invalsa, pertanto, una diversa interpretazione, più conforme alla *ratio* complessiva dell'istituto[57]. L'accento posto sull'elemento soggettivo non toglie infatti che l'effetto compensativo debba comunque riferirsi al danno cagionato alla controllata: è quest'ultimo e non il profitto ad essere compensato[58]. Del profitto è semplicemente riconosciuta la giustizia e dunque l'irrilevanza in termini di dolo specifico, qualora ad esso non corrisponda un danno effettivo, in forza degli interventi compensativi.

Il secondo e il terzo elemento di rilevante differenziazione afferiscono entrambi alla maggiore estensione dell'esenzione in ambito penalistico. Ciò lungo due direttrici: da una parte assumono rilevanza non solo i vincoli di controllo ma anche quelli di mero collegamento con la società danneggiata; dall'altra il vantaggio compensativo può esplicare efficacia esimente anche se solo «fondatamente prevedibile». Conviene preliminarmente osservare come la maggior area di liceità rispetto all'ambito civilistico sia da imputare al più volte citato principio di sussidiarietà – il quale richiede alla sanzione penale di intervenire solo ove realmente necessario e perciò unicamente quale *extrema ratio* – più che ad un difetto di coordinamento.

Il legislatore ha evidentemente accolto una concezione di gruppo molto più lata di quella civilistica, con evidente ampliamento dei margini di applicabilità: la

---

[57] Per questa lettura, v. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 223.

[58] Sul punto, nota FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., 361 s. come, qualora venisse accolta l'opposta prospettiva, 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 da perseguire, né si riveli capace di produrre, alcun profitto». In tal caso, infatti, l'assenza di un profitto di gruppo scriminerebbe qualsiasi danno alla controllata.

compensazione può provenire anche da una società cui la danneggiata sia solo collegata (ossia, in linea di principio, partecipata per almeno un quinto).

Di maggiore momento, tuttavia, è l'altro elemento differenziale, ossia l'alternatività del conseguimento effettivo del vantaggio rispetto alla sua mera "fondata previsione". Tale seconda opzione amplia in modo assai rilevante le maglie dell'impunità e la sua peculiare struttura richiede un esame più approfondito. Vantaggi "conseguiti" e vantaggi "fondatamente previsti" identificano infatti criteri di accertamento radicalmente opposti. Nel primo caso è necessario verificare se contestualmente o comunque prima del compimento dell'operazione lesiva, il danno della controllata sia stato concretamente ripianato dal vantaggio compensativo. L'accertamento – del tutto analogo a quello previsto dalla clausola civilistica – si pone "a valle" del danno e può dunque giovarsi di tutta la documentazione contabile frattanto prodotta. Nel secondo caso, invece, il giudizio si complica, dovendo esso basarsi non su rilievi storici, ma su apprezzamenti in qualche misura necessariamente speculativi[59]. L'interprete deve infatti porsi *ex ante*, al momento del compimento dell'operazione ed ivi verificare che la *holder* abbia deliberato l'atto causativo del danno basandosi su elementi fattuali e relativamente sicuri, tali da far presumere l'effettivo conseguimento futuro del vantaggio. In sostanza, a mutare è tanto la struttura della compensazione quanto la modalità di accertamento che il giudice è chiamato ad adoperare. La struttura, in quanto nel secondo caso i vantaggi non si sono affatto verificati, ma sono rimasti relegati al programma imprenditoriale di lungo periodo della *holder*. L'accertamento, in quanto il giudizio da causale in concreto diviene causale ipotetico.

La giurisprudenza immediatamente successiva alla riforma, peraltro, ha mostrato di interpretare in senso alquanto restrittivo l'ipotesi "previsionale". Essa ha richiesto, in particolare, che la previsione dei vantaggi si basi «su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una specifica aspettativa:

[59] In dottrina il sintagma «fondatamente prevedibili» è stato tacciato di carente tassatività, «attesa la sua allusione a fattori di natura soggettiva inevitabilmente variabili». Cfr. sul punto LIONETTI, *Analisi critica*, cit., 245.

deve trattarsi, quindi, di una previsione in sostanza certa»[60]. Altrimenti, si è affermato, si legittimerebbero comportamenti rischiosi se non addirittura fraudolenti della *holder*, coperti dalla mera parvenza di una futura compensazione del danno arrecato alla figlia. Dottrina corale è tuttavia concorde nel richiedere maggiore flessibilità. Si è notato, infatti, che l'interpretazione restrittiva della Cassazione «minaccia di estromettere dalla sfera di utile valutazione, in contrasto col pur trasparente intento dei *conditores*, tutte le operazioni caratterizzate dal rischio d'impresa»[61].

Il fatto che il vantaggio compensativo possa anche non essersi prodotto *in rerum natura*, rimanendo solo quale progetto imprenditoriale della *holder*, ben si accorda peraltro alla scelta del legislatore di legare all'elemento soggettivo più che a quello materiale la clausola esimente. La "fondata previsione" della compensazione doveva infatti comunque considerarsi idonea ad escludere il dolo specifico di ingiusto profitto in capo alla madre. Ciò in quanto essa manifesta la sicura volontà della *holder* di considerare e tutelare le ragioni della propria controllata[62]. Si evidenzia ancora una volta come l'avere posto l'accento sul dolo specifico anziché sull'elemento oggettivo, in opposizione alla disciplina civilistica, sia stata una scelta consapevole del legislatore e tutto sommato ben congegnata. Viceversa, sarebbe stato impossibile argomentare in tal senso muovendo dall'elemento materiale: il danno certamente non può ritenersi escluso dalla sussistenza di una previsione, per quanto fondata, di futura compensazione.

Residuano due ulteriori questioni da esaminare. Anzitutto occorre chiedersi quale debba essere l'ampiezza della compensazione. Un'impostazione restrittiva richiederebbe che il danno della controllata venga integralmente ripianato. In dottrina, tuttavia, prevale pacificamente l'ipotesi estensiva. Oltre alle ragioni esposte *supra* per l'analogo problema in sede civile, tale ipotesi viene corroborata da molteplici indizi – in primo luogo da quanto appena esposto circa il rilievo assunto dal dolo specifico nel reato in parola. Ancorché il danno non sia

---

[60] Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110, Sama, consultabile in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 656 e 885. In senso conforme si è espressa anche Cass. pen., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 10688, Giammarino.
[61] MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 491.
[62] Accede a questa tesi, in particolare, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 141.

completamente ripianato, il dolo può infatti essere pacificamente escluso qualora la sua parziale compensazione manifesti la ferma volontà della controllante di tutelare in qualche modo la controllata. D'altro canto, non avrebbe alcun senso ritenere che una compensazione effettiva, per quanto parziale, non scrimini il fatto, mentre possa farlo una semplice previsione di futura compensazione, ancorché mai verificatasi. Viene poi in soccorso anche il dato letterale: a differenza dell'art. 2497, che richiede che «il danno risult[i] mancante» ovvero «integralmente eliminato», l'art. 2634 si riferisce più genericamente ad una "compensazione". Ancora, si fa notare che una compensazione necessariamente integrale, più che ridondare sull'elemento soggettivo, escluderebbe in radice l'elemento materiale del danno.

Ora, per non appiattire l'ipotesi dei vantaggi conseguiti su quella del danno radicalmente mancante, si rende necessaria una lettura estensiva della clausola. A riprova di ciò, si consideri il sintagma di apertura del terzo comma: «in ogni caso». Esso denota evidentemente l'intenzione del legislatore di subordinare l'applicazione della clausola in parola all'inapplicabilità di una formula di assoluzione più ampia, ossia quella dell'insussistenza del fatto per carenza dell'evento di danno[63].

Da ultimo, altrettanto incerto è se il vantaggio debba esclusivamente avere natura patrimoniale. Si ritiene generalmente che la soluzione affermativa trovi fondamento nel carattere necessariamente patrimoniale dell'evento di danno verificatosi in capo alla controllata. In dottrina, tuttavia, taluno ritiene auspicabile l'estensione analogica *in bonam partem* della disposizione ai casi in cui il termine compensativo sia un «altro vantaggio»[64].

3.2. Natura della clausola compensativa.

---

[63] Si esprime in questi termini AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 422.

[64] Chiaro in tal senso CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 482. L'Autore, peraltro, riconosce subito dopo che ad ostacolare tale interpretazione estensiva potrebbe essere lo stesso carattere eccezionale della clausola di limitazione di responsabilità penale. Per una diversa opinione, v. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 140 s., il quale tuttavia richiede comunque che il vantaggio non patrimoniale (come, ad esempio, un vantaggio reputazionale ottenuto sul mercato) sia economicamente valutabile.

Ad ogni modo, gli elementi di differenziazione della clausola penalistica sono tanti e tali da richiedere una separata riflessione in merito alla sua natura giuridica.

Sin dall'inizio dell'esposizione si è fatto riferimento alla tesi assolutamente prevalente in dottrina, la quale qualifica il vantaggio compensativo come afferente al dolo specifico di profitto. L'assunto, tuttavia, non è del tutto pacifico e sono individuabili almeno due ulteriori orientamenti dottrinali. Risulta interessante un loro esame in chiave critica.

Un primo orientamento, assolutamente minoritario, qualifica la compensazione quale mera causa di esclusione della punibilità. L'ipotesi va senz'altro rigettata, stante il chiaro riferimento della legge al «profitto», elemento sicuramente centrale nell'economia del reato[65].

Una seconda tesi qualifica invece la compensazione come scriminante, ossia quale elemento idoneo ad escludere l'antigiuridicità del fatto, ancorché tipico. Chi abbraccia questa teoria argomenta dalla centralità che l'attributo dell'ingiustizia riveste nell'economia della clausola. Se il fulcro del reato risiede nell'ingiustizia del profitto verso il quale viene piegato l'esercizio dei poteri gestori, allora la liceità del profitto esclude altresì la complessiva illiceità del fatto. Tuttavia, anche questa seconda ipotesi è generalmente rigettata, precisamente per due motivi.

Anzitutto non è rinvenibile nell'ordinamento alcuna norma che, sulla scorta dell'art. 51 c.p., attribuisca un diritto ovvero un dovere alla capogruppo di sacrificare in nome del conglomerato l'interesse della controllata. Al contrario, l'intera disciplina esaminata mostra come l'ordinamento miri piuttosto ad un contemperamento tra i due centri d'interesse.

Si è poi notato che se la clausola in parola avesse davvero efficacia scriminante, essa dovrebbe valere in ogni settore dell'ordinamento. Tale assunto è però smentito da quanto si è detto circa l'ipotesi dei vantaggi fondatamente prevedibili. Essi delimitano un arretramento dell'ambito penale d'illiceità, pur lasciando attivi i presidi civilistici, nell'ottica del principio dell'*extrema ratio*.

---

[65] Sul punto è possibile citare MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 226, ripreso da CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 485, alla nota n. 202.

Conseguentemente, un'intera componente – e quella, per inciso, più rilevante – della clausola scriminante non potrebbe in realtà dirsi tale.

Come anticipato, consensi maggiori ha riscosso la tesi che vede nel vantaggio compensativo un "requisito negativo" della fattispecie (i.e. la cui sussistenza esclude la tipicità del fatto)[66]. L'ambito operativo della clausola sarebbe dunque quello più ampio: ad essere esclusa non sarebbe né la punibilità, né l'antigiuridicità, bensì la tipicità stessa della fattispecie concreta. Il giudice, perciò, ritenendone gli estremi, dovrà assolvere l'imputato con formula pena, riconoscendo che "il fatto non sussiste".

Precisamente, la tipicità sarebbe esclusa con riferimento all'elemento psicologico, ossia alla sussistenza del dolo specifico di profitto. Tuttavia, una più recente dottrina ha revocato in dubbio che l'elemento costitutivo attinto dalla compensazione sia proprio quello soggettivo. È stato notato, infatti, che il terzo comma dell'art. 2634 dà per scontato che il profitto di gruppo si sia verificato a scapito della controllata; viceversa il primo comma, collocando il profitto a livello di dolo specifico, parrebbe non richiede necessariamente il suo conseguimento, ma soltanto il perseguimento[67]. Se si ammettesse, *a contrariis*, che la fattispecie incrimini anche le ipotesi in cui la capogruppo abbia soltanto perseguito ma non conseguito il profitto si perverrebbe ad esiti paradossali, dovendo ritenere scriminabile un'infedeltà di gruppo nel caso di locupletazione ma non nel caso di infruttuosità dell'operazione gestoria.

Da tali considerazioni si è dedotto che la struttura oggettiva del reato si articoli in modo diverso all'interno del gruppo rispetto a società non dipendenti da alcuna *holder*. In particolare, nel primo caso esso richiederebbe altresì l'effettivo ottenimento del profitto di gruppo quale ulteriore evento, accanto al danno intenzionale. Nella fattispecie in commento, dunque, non sarebbe riscontrabile

---

[66] Sul punto, v. concordemente MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 218, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 139 e LIONETTI, *Analisi critica*, cit., 246 s.

[67] La teoria è stata originariamente sostenuta da BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o esegetico?*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, Vol. III, Milano, 2006, 2206 s. L'Autore, come traspare chiaramente dal titolo stesso del contributo citato, definisce il limite tracciato dalla clausola come «esegetico» anziché «scriminante». Con ciò si vuole sottolineare quanto appena espresso circa l'incidenza della clausola non già rispetto all'antigiuridicità della fattispecie, ma alla tipicità stessa del fatto.

alcun dolo specifico, ma unicamente quello generico[68]. Ne consegue che la presenza di vantaggi compensativi esclude la tipicità agendo direttamente su un elemento materiale della fattispecie, ovverosia l'evento-profitto ingiusto. Questa impostazione, peraltro, ha il pregio di inquadrare la compensazione dei vantaggi quale elemento denotativo della carenza di offensività in concreto e dunque appare anche più consona ad un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Ad oggi, la giurisprudenza non ha ancora adottato una posizione chiarificatrice sul punto. Conseguentemente, nel prosieguo della trattazione verranno mantenute entrambe le soluzioni come alternativamente valide.

4. Il problema della esportabilità della clausola.

Strettamente connesso a quello della natura giuridica è il problema dell'estensibilità della clausola compensativa ad altre fattispecie afferenti alla criminalità economica. La questione è sorta sin da subito in sede applicativa ed ha impegnato per lungo tempo giurisprudenza e dottrina.

Volendo riassumere in breve i termini della questione, ci si chiede se il nostro ordinamento riconosca nei vantaggi compensativi una clausola di portata generale. Una clausola capace cioè di scriminare anche reati diversi da quello *sub* art. 2634, ma pur sempre caratterizzati da una gestione patrimoniale infedele da parte dell'agente.

4.1. Il problema in generale.

La giurisprudenza ha tradizionalmente fatto proprio un orientamento restrittivo[69]. Argomento fondamentale in tal senso è stato dedotto dalla localizzazione stessa della clausola in parola, la quale si rinviene all'art. 2634 e dunque parrebbe riferirsi unicamente al reato d'infedeltà patrimoniale. Se il legislatore avesse voluto introdurre una "clausola generale", avrebbe ben potuto inserirla in una separata disposizione, tanto più che con la riforma del 2003 ci si era proposti proprio di normare in modo organico il fenomeno dei gruppi.

---

[68] Esprime questa tesi CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 490 s.
[69] MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 226.

Sempre sul piano della *littera legis*, si è notato altresì che la clausola esclude la tipicità del fatto agendo unicamente sul dolo specifico di ingiusto profitto. Ciò che alcuni ritengono sufficiente ad escludere dalla sua portata applicativa quantomeno tutti quei reati retti unicamente da dolo generico, rispetto ai quali l'insussistenza di un ingiusto profitto non avrebbe alcun valore scriminante. A nulla varrebbe opporre la diversa dottrina – esposta in chiusura al paragrafo precedente – secondo la quale nell'infedeltà di gruppo l'ingiusto profitto risiederebbe non già a livello di dolo specifico ma integrerebbe un vero e proprio evento. Invero, ciò non farebbe che spostare la questione dall'elemento soggettivo a quello oggettivo: i reati che non richiedessero il conseguimento di un ingiusto profitto verrebbero ugualmente esclusi dall'ambito applicativo della clausola.

A tali rilievi si è risposto opponendo tre fondamentali argomenti. Sul piano letterale si è rilevato che, ancorché la *sedes materiæ* sia quella dell'infedeltà patrimoniale, nondimeno la clausola è preceduta dal sintagma «in ogni caso», che parrebbe richiamare una valenza generale del principio.

In secondo luogo, l'argomento da ultimo esposto circa l'espresso riferimento all'ingiusto profitto può essere superato rinunciando ad un'estensione diretta della norma e optando per una analogica. Nulla si opporrebbe ad una tale operazione ermeneutica, dal momento che – come visto – la natura di mera esimente (e perciò di norma eccezionale) è coralmente esclusa dalla dottrina e conseguentemente non trova applicazione l'art. 14 prel., a mente del quale «le leggi [...] che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi [...] in esse considerati».

Un ultimo argomento fa invece perno sui fondamentali principi di offensività e dell'*extrema ratio*. Appare assurdo, infatti, che reati finitimi a quello dell'infedeltà patrimoniale non possano ritenersi scriminati in presenza di vantaggi compensativi, rischiando così di costruire un ordinamento penale squilibrato nella risposta punitiva. Il riconoscimento del carattere generale della clausola eviterebbe questo pericolo, omogeneizzando la soglia dell'intervento penale in tutte le fattispecie che presentino caratteri di assonanza col tema dell'infedeltà patrimoniale.

Esaurita la sintetica trattazione degli argomenti favorevoli e contrari alla tesi estensiva, occorre calare l'esame nella concretezza dei reati interessati dalla dinamica di gruppo. L'attenzione verrà concentrata su tre fondamentali fattispecie: le false comunicazioni sociali, l'appropriazione indebita e – con un successivo approfondimento – la bancarotta fraudolenta.

4.2. (Segue). Nelle false comunicazioni e nell'appropriazione indebita.

Il delitto di false comunicazioni sociali (artt. 2621 ss.) è sovente associato a quelli propriamente afferenti all'infedeltà patrimoniale. È proprio attraverso «l'esposizione di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero», soprattutto in materia contabile, che si è tradizionalmente proceduto alla costituzione di quelle riserve occulte fatte oggetto, da parte degli amministratori, di appropriazione indebita, se non addirittura di distrazione a fini corruttivi[70]. Il nesso con l'infedeltà patrimoniale appare dunque abbastanza stretto. Se si considera poi che l'attuale formulazione della norma[71] prevede fra i suoi elementi costitutivi proprio il dolo specifico di profitto, potrebbe facilmente ritenersi estensibile ad essa la clausola di esenzione di cui all'art. 2634. Dottrina corale, tuttavia, esclude tale possibilità. Osta ad un tale procedimento ermeneutico il rilievo per cui nelle false comunicazioni sociali alcuna operazione economica viene effettivamente realizzata. Il falso si risolve in una rappresentazione documentale, inidonea ad integrare quella serie coordinata di atti gestionali che invece fonda la teoria dei vantaggi compensativi. Inoltre, la fattispecie in esame si configura come reato di mera condotta, non prevedendo la necessaria causazione di un danno alla società gestita[72]. Ancor prima

[70] Sul punto si è già avuto modo di riferire diffusamente *supra* Cap. III, § 2.

[71] Non è questa la sede per ripercorrere il cammino normativo della fattispecie. Si consideri comunque che essa ha subito un radicale – e criticatissimo – rimodellamento proprio ad opera della riforma del 2002, per poi essere rimaneggiata in più occasioni, da ultimo con l. 69/2015.

[72] Argomento analogo si rinviene in BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 149 s. L'Autore, a dir il vero, si confrontava con la versione del reato *sub* art. 2622 antecedente alla modifica del 2015, a mente del quale un evento di danno era invece richiesto per l'integrazione del fatto. Tuttavia, notava l'Autore che – in forza di una modifica intervenuta a seguito della c.d. legge a tutela del risparmio – il danno poteva alternativamente attingere alla società ovvero ai creditori o ai soci della stessa. Ora, giacché né i creditori né i soci di minoranza possono considerarsi parte del gruppo della società lesa, sarebbe stato assurdo ritenere estensibile ai loro rispettivi danni la clausola dei vantaggi compensativi. L'argomento non appare tuttavia risolutivo, dal momento che quantomeno l'ipotesi di danni arrecati alla sola società avrebbe potuto reclamare un'estensione in *bonam partem* della clausola. Ad ogni modo, il problema non sussiste in base all'attuale formulazione.

che scorretta sul piano esegetico, l'estensione della clausola al reato *de quo* costituirebbe un paradosso logico: si prenderebbero in considerazione vantaggi compensativi in assenza di un qualsivoglia danno da compensare.

Antitetica, invece, la posizione della dottrina in merito all'appropriazione indebita. E, a pensarci bene, non potrebbe essere altrimenti: si è visto infatti quanto stretto sia il rapporto tra le due fattispecie e quanto travagliata si sia rivelata l'elaborazione giuridica in merito ad una loro conveniente differenziazione. La dottrina maggioritaria, perciò, ritiene la clausola estensibile in via diretta.

Due sono gli indici normativi addotti. Anzitutto l'identità delle due fattispecie sotto il profilo del dolo: in entrambe le ipotesi è richiesto il perseguimento di un ingiusto profitto e perciò il meccanismo della clausola può operare in modo del tutto identico[73]. In secondo luogo, si osserva come la mancata estensione dell'esimente comporterebbe squilibri notevoli, soprattutto ove si accogliesse la tesi che individua nell'infedeltà patrimoniale una *species* di appropriazione indebita. Si sarebbe costretti a ritenere «la finalità di profitto "giusta" se posta in essere dall'amministratore in una posizione di conflitto di interessi e che agisca, nell'ambito del gruppo, con l'intenzione di danneggiare la società e considerarla, invece, comunque "ingiusta", in assenza di una analoga disposizione all'art. 646 c.p., nei casi in cui lo stesso amministratore agisca solo con dolo eventuale di danno»[74]. In sostanza, è il principio di offensività se non quello di ragionevolezza a suggerire l'estensione della clausola al delitto di appropriazione indebita.

Preme precisare, ad ogni modo, che non per qualsiasi appropriazione indebita può ammettersi il ricorso all'esimente dei vantaggi compensativi. È evidente che solo le appropriazioni operate nel contesto di una politica di gruppo potranno essere coinvolte nel giudizio, come nel caso in cui si proceda a trasferire in capo alla *holder* i ricavi derivanti dalla gestione di una controllata. Se invece l'amministratore della figlia annetta in autonomia e a proprio esclusivo vantaggio il patrimonio gestito, in alcun caso questi potrà beneficiare della clausola in parola.

---

[73] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 150.
[74] Sono parole di MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 225.

4.3. (Segue). Nella bancarotta.

L'ambito nel quale sono stati riscontrati i maggiori contrasti è quello della bancarotta[75]. Il dibattito ermeneutico ha visto dottrina e giurisprudenza inizialmente insistere in opinioni diametralmente opposte, con la prima schierata su posizioni nettamente più permissive. L'elaborazione successiva ha tuttavia portato ad un progressivo allentamento della tradizionale rigidità manifestata dalla giurisprudenza.

Com'è noto, "bancarotta" è termine di sintesi per un notevole plesso di fattispecie criminali realizzate dall'imprenditore nell'esercizio della propria attività e in danno ai creditori. A prescindere dalle specificità delle singole fattispecie, i vari reati sono tutti accomunati dal determinarsi del dissesto dell'impresa esercitata, con conseguente gravissimo pregiudizio per la realizzabilità dei crediti contratti presso il pubblico. Invero, in un ordinamento tendenzialmente liberale, il legislatore è piuttosto portato ad astenersi dal disciplinare le attività economiche esercitate sul mercato. Nondimeno, questi non può esimersi dall'intervenire (in modo alquanto pervasivo) qualora consti non già il mero inadempimento, bensì la radicale insolvenza del debitore-imprenditore.

Il bene giuridico tutelato viene tendenzialmente individuato nel patrimonio dei creditori, il quale in genere subisce una falcidia se non proprio un annullamento *de facto* delle proprie attività rispetto all'imprenditore. Non è tuttavia da escludersi, secondo una diversa impostazione, che possa ritenersi bene leso anche l'ordinata vita economica nel suo complesso[76]: è noto come i dissesti possano propagarsi da un'impresa all'altra e spesso coinvolgere interi comparti economici.

---

[75] Il «codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» (introdotto con d. lgs. 14/2019, attuativo della delega contenuta nella l. 155/2017; di seguito abbreviato in «c.c.i.») ha riformato integralmente e in modo organico la materia, abrogando la vecchia legge fallimentare (r. d. 267/1942; di seguito abbreviata in «l. fall.»). In linea generale, la riforma ha mirato a spostare l'attenzione dell'ordinamento dal momento esiziale e ormai irreparabile del dissesto a quello di una rilevazione precoce della crisi, nell'ottica piuttosto di un recupero dell'impresa in squilibrio anziché punitiva rispetto all'imprenditore non più *in bonis*. Emblematiche sul punto sono l'istituzione degli Organismi di composizione della crisi d'impresa o OCRI e la previsione di strumenti di allerta per l'attivazione di procedure anticipate. Sul piano penale, alcuna modifica di rilievo è da segnalare, se si tralascia quella, meramente nominalistica, della sostituzione del termine «fallimento» (e derivati semantici) col sintagma, meno stigmatizzante, di «liquidazione giudiziale». In sostanza, dunque, tutta la dottrina sin qui maturata può essere integralmente richiamata e impiegata per la seguente esposizione.

[76] CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, in CENDON (a cura di), *Trattati*, Milano, 2013, 2 ss. L'Autore, ad ogni modo, confuta la tesi che si tratti di plurioffensività in senso stretto.

Sono innumerevoli le forme in cui può manifestarsi la bancarotta; ad ogni modo, ai fini della presente trattazione, rileva un novero alquanto circoscritto di fattispecie. Sono quattro gli elementi che permettono di limitare l'attenzione dell'interprete nel contesto della dinamica dei gruppi. Anzitutto la fattispecie dev'essere integrata all'interno di una società. Ciò appare ovvio quando si consideri che le entità sulle quali insiste la condotta devono pur sempre appartenere ad un gruppo. In secondo luogo, deve trattarsi di bancarotta c.d. impropria, ossia commessa da un soggetto che rivesta un ufficio latamente gestionale nel contesto della società, pur non essendone socio illimitatamente responsabile e dunque non passibile di estensione della formale qualifica di imprenditore in liquidazione giudiziale. Deve trattarsi poi di bancarotta c.d. patrimoniale, ossia compiuta sui beni dell'imprenditore: nelle configurazioni meramente documentali non sarebbe ravvisabile alcuna attività strettamente gestionale su patrimonio altrui (ciò che appunto caratterizza i reati d'infedeltà in senso ampio). Infine, è necessaria la forma fraudolenta, sorretta cioè da dolo. Altrimenti perderebbe di senso il riferimento alla corresponsione di vantaggi compensativi, i quali postulano necessariamente la consapevolezza del danno arrecato e la volontà di porvi rimedio.

Sovrapponendo i quattro criteri selettivi, si ottiene una restrizione del perimetro di rilevanza a tre sole fattispecie, tipizzate dall'art. 329 c.c.i. (art. 223 l. fall.)[77]. Sono tutte, com'è ovvio, forme di bancarotta societaria fraudolenta impropria patrimoniale. Nello specifico, il primo comma richiama i fatti enumerati all'art. 322 e annette ad essi rilevanza penale per il caso in cui vengano commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società in liquidazione giudiziale. La disposizione richiamata (i.e. l'art. 322) – dalla tralatizia rubrica di «bancarotta fraudolenta» – punisce un vastissimo ventaglio di condotte, tutte accomunate da un'intenzione dissipativa rispetto al patrimonio sociale, nell'ottica

[77] Si riporta il testo della disposizione, la quale occorre tenere a mente per il prosieguo:
«Co. 1: Si applicano le pene stabilite nell'articolo 322 agli amministratori, ai creditori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società in liquidazione giudiziale, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo.
Co. 2: Si applicano alle persone suddette la pena prevista dall'articolo 322, comma 1, se:
a) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 del codice civile;
b) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto della società.
Co. 3: Si applica in ogni caso la disposizione dell'articolo 322, comma 4».

di sottrarre l'imprenditore alla propria responsabilità patrimoniale in danno ai creditori. Tra le varie condotte, l'unica qui rilevante consiste nell'opera di «distrazione» dei beni della società-imprenditrice. Tale termine richiama alla memoria le tipiche forme di appropriazione indebita degli amministratori, consistenti nel modificare in modo incompatibile coi poteri inerenti al proprio ufficio la destinazione dei beni sociali.

Il secondo comma si articola invece in due lettere, accomunate dalla natura di reato d'evento delle fattispecie ivi contenute: in entrambi i casi l'agente deve aver causato il dissesto della società[78]. La prima lettera si caratterizza per taluni elementi alternativamente specificanti: essa richiede che il dissesto sia stato causato dalla commissione di almeno uno dei reati societari ivi tassativamente richiamati. Naturalmente, ai nostri fini rileva unicamente l'ipotesi che il reato presupposto – fra i vari elencati – sia proprio quello d'infedeltà patrimoniale.

La seconda lettera, invece, si apre ad ogni altro possibile nesso causale col dissesto e dunque a qualsiasi condotta latamente afferente al paradigma dell'infedeltà, pur non formalmente sussumibile *sub* art. 2634 o addirittura non penalmente rilevante (l'importante è che si tratti di «operazioni dolose»).

Conviene partire dal secondo comma e, in particolare, dalla prima delle ipotesi ivi enumerate, la quale si presta a una soluzione semplice e più largamente accettata in dottrina.

Nel reato si riscontano due componenti strutturali. Da una parte la commissione di uno dei reati societari richiamati (la lunga elencazione contiene, per l'appunto, anche l'infedeltà patrimoniale), con tutti gli elementi costitutivi e i presupposti suoi propri; dall'altra un evento ulteriore (il dissesto della società), connesso al primo reato sul piano eziologico. Stando a tale configurazione, il

[78] Dottrina risalente insegna che, viceversa, nella basilare forma di bancarotta fraudolenta (quella originariamente *sub* art. 216 l. fall. e attualmente *sub* art. 322 c.c.i.) la dichiarazione di insolvenza non è evento del reato, bensì mera condizione obiettiva di punibilità. Conseguentemente, la prima delle ipotesi enumerate costituirebbe reato di mera condotta (nonché di pericolo), mentre le altre due sarebbero d'evento. Per questa impostazione, v., in dottrina, CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., 60 s.; per la giurisprudenza, *inter alia*, Cass. pen., Sez. I, 1° ottobre 2009, n. 40172, Simonte e Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11633, Lombardi Stronati. L'opposta opinione – quella cioè che attrae in ogni caso l'insolvenza dell'imprenditore nell'orbita della componente materiale, quale evento del reato – è stata accolta per la prima volta da Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta e altri: pur essendo attualmente minoritaria, essa riscuote crescenti consensi.

dissesto – per quanto negativa possa rivelarsi la sua valutazione sul piano economico-giuridico – non assume penale rilevanza fintantoché esso non si manifesti come conseguenza di una condotta già di per sé penalmente illecita. In conseguenza di ciò, si è giustamente argomentato che la carenza di anche uno solo dei requisiti del reato presupposto (*in casu*: dell'infedeltà) fa venire meno la consumazione dell'intero reato. Ora, giacché l'elemento del profitto è escluso dalla sussistenza di vantaggi compensativi *ex* art. 2634, co. 3, va da sé che questi ultimi risultano altresì incompatibili col reato di bancarotta da infedeltà nella sua interezza.

Una certa giurisprudenza contesta tuttavia questa soluzione, sulla scorta di una lettura alternativa del termine «fatti» col quale vengono denotate le fattispecie presupposte. Si è notato che l'utilizzo di tale sostantivo anziché quello di «reati», «indica che le violazioni delle citate disposizioni civili sono normativamente considerate come fatti integranti il precetto di un'autonoma fattispecie criminosa e non come reati più gravemente sanzionati per la sopravvenienza della procedura concorsuale»[79]. Da ciò si è dedotto che l'infedeltà patrimoniale venga acclusa nella bancarotta fraudolenta spoglia delle sue componenti soggettive peculiari (dolo intenzionale di danno e, appunto, dolo specifico di profitto), rilevando solo nelle sue componenti oggettive, ovviamente sorrette da un pur sempre necessario dolo generico. L'interpretazione maggioritaria è tuttavia coerente con l'impostazione sostenuta in apertura, ritenendo al contrario che «i reati societari rientr[ino] nella tipologia della bancarotta conservando la propria fattispecie sia materiale che psicologica»[80].

Ad ogni modo, se si accoglie (come si deve) la tesi affermativa rispetto alla bancarotta per infedeltà, non può che estendersi la stessa soluzione anche alla finitima ipotesi di bancarotta da operazioni dolose. Si è infatti osservato come quest'ultima identifichi un'ipotesi residuale rispetto alla prima. *Melius*: può affermarsi che la prima si risolva nella seconda, potendo i reati richiamati alla lett. a) essere pacificamente sussunti sotto il *genus* di «operazioni dolose» di cui alla lett. b). Ora, se la rilevanza penale del dissesto seguito ad infedeltà è esclusa dai

[79] Cass. pen., Sez. V, 10 novembre 2000, n. 11452.
[80] In questi termini, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 153 ss., il quale richiama altresì giurisprudenza conforme (in particolare, Cass. pen., Sez. V, 26 aprile 1990, n. 11491, Einaudi).

conseguenti vantaggi compensativi, non si vede per quale motivo l'ambito di tipicità debba essere nuovamente – e surrettiziamente – ampliato facendo ricorso ad un *titulus delicti* solo nominalisticamente diverso. Solo estendendo la soluzione positiva alla seconda ipotesi quanto detto rispetto alla prima può conservare un senso compiuto.

Ad abundantiam, si noti come dottrina e giurisprudenza consolidate interpretino il sintagma «operazioni dolose» come formula equivalente ad "esercizio infedele di poteri gestori". Difatti, in base alla ricostruzione più diffusa, a rilevare sono unicamente quelle operazioni con cui gli amministratori manifestino la volontà di sviare i propri poteri verso il perseguimento di vantaggi indebiti[81]. Stando così le cose, il paradigma dell'infedeltà patrimoniale – e dunque tutto il suo portato normativo – sarebbe perfettamente sovrapponibile all'evenienza di «operazioni dolose», con ciò rilevando l'efficacia scriminante della corresponsione di vantaggi compensativi.

Più ampie riflessioni merita la bancarotta per distrazione. Se per l'ipotesi precedente l'estensione è stata giustificata sulla scorta di evidenti motivi letterali, quella attuale richiede un approfondimento maggiore. In assenza di dati normativi espliciti, occorre infatti rivolgersi a diversi criteri ermeneutici e interrogarsi sulla natura stessa della clausola dei vantaggi compensativi: assurge essa al ruolo di principio generale dell'ordinamento in materia di gruppi d'imprese?

Un originario orientamento giurisprudenziale ne escludeva l'estensibilità, facendo perno sulla diversità dei beni giuridici tutelati dalla due norme in questione. Mentre l'infedeltà patrimoniale è intesa a tutelare il patrimonio della società stessa dagli abusi degli amministratori, la bancarotta è tutta sbilanciata verso gli interessi dei soli creditori, ossia di soggetti del tutto esterni alle dinamiche endosocietarie. Rispetto a questi, l'ordinamento appresta un presidio penale a tutela della garanzia patrimoniale generica impegnata dal debitore nell'esercizio dell'attività d'impresa. Da ciò discende che i soggetti offesi dalla bancarotta non coincidono con quello sul

[81] V., *inter alia*, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, 10ª ed., Milano, 2001. Anche la giurisprudenza è pacifica sul punto: v. in particolare Cass. pen., Sez. I, 25 aprile 1990, n. 7136, De Sena, ove si legge che «l'amministratore ha [...] un obbligo di fedeltà ed ogni violazione di questo obbligo integra, qualora ne sussistano le altre condizioni, una "operazione dolosa"».

quale il comportamento criminale si è consumato. Il che, ovviamente, non garantisce in alcun modo che la corresponsione di vantaggi compensativi (o addirittura la loro mera "fondata previsione") privi di concreta offensività la condotta incriminata. Il dissesto, in sostanza, potrebbe prodursi nonostante la corresponsione di vantaggi, i quali siano sì compensativi, ma non tali da scongiurare una ormai incipiente crisi d'impresa. Al contrario, i creditori si vedrebbero sguarniti di un presidio penale senza che a tale *deminutio* di tutela corrispondano comportamenti meno offensivi. In sostanza, «poiché il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dell'autonomia soggettiva di ciascuna società facente parte del gruppo», deve dedursi che la bancarotta per distrazione «prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario, unitariamente considerato: una volta intervenuto il fallimento viene in evidenza la tutela dei creditori»[82].

Tuttavia, proprio dal principio di offensività si è partiti per confutare un'impostazione tanto formalistica. È certamente vero che la costituzione del gruppo non intacca l'autonomia patrimoniale della singola società, tant'è vero che l'insolvenza di una società non può avere alcuna automatica ripercussione sulle altre. Nondimeno, in seguito alla riforma del 2003, lo schermo societario della *holder* non può più dirsi invalicabile: esso, al contrario, può essere superato da soci e creditori delle controllate, qualora la madre eserciti il gruppo in modo non conforme ai principi di correttezza imprenditoriale. Orbene, nulla osta all'attivazione della disciplina *sub* art. 2497 anche nel caso dell'insolvenza di una delle figlie. Ma se ciò è vero, allora cade anche l'assunto di una necessaria e persistente offensività – sul piano penale – delle attività illecite della *holder* che cagionino l'insolvenza di una controllata.

Il legislatore pare aver disciplinato questa evenienza sul piano civilistico in modo tale da consentire a soci e creditori di chiamare in responsabilità direttamente la madre e riversare integralmente su di essa gli esiti esiziali della propria attività direttiva. In conseguenza di ciò, sarebbe auspicabile, «in osservanza del principio di sussidiarietà dell'intervento penale [e] siccome le ragioni dei creditori della

[82] Così in Cass. pen., Sez. V, 24 aprile 2003, n. 23241, Tavecchia.

società controllata sono sufficientemente garantite attraverso la disciplina civilistica», un corrispondente arretramento dell'ambito di tipicità penale[83].

Che la soluzione risieda proprio nella nuova disciplina civilistica a tutela di soci e creditori della controllata appare chiaro anche in una giurisprudenza di poco successiva a quella richiamata *supra*[84]. Nel 2004, infatti, pur ripetendo che «il vantaggio compensativo non può, in ogni caso, andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale», la Cassazione ha nondimeno riconosciuto che «l'art. 2497 c.c. configura una vera e propria responsabilità dell'impresa-*holding* [...] nei confronti dei soci e dei creditori sociali delle società controllate», con ciò la clausola dei vantaggi compensativi costituendo, in sede penale, «una sorta di anticipazione del concetto unitario di gruppo». A partire da tale pronuncia[85], la Corte ha progressivamente modificato il proprio risalente orientamento, accogliendo integralmente le istanze dottrinali più progredite.

La prima sentenza ad ammettere chiaramente l'applicabilità diretta della clausola risale al 2006[86]. I giudici di legittimità non hanno ritenuto di applicare il disposto al caso concreto; nondimeno essi hanno riconosciuto *apertis vrbis* che una tale applicazione sia «da ritenere in astratto possibile».

Il cuore dell'argomentazione sta in una lettura innovativa della clausola esimente: non più eccezione alla regola della responsabilità, ma positivizzazione di «principi già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività della condotta tanto gravemente sanzionata dalle norme fallimentari». Avendo il legislatore riconosciuto la legittimità dell'attività di gruppo e avendo opportunamente disciplinato sul piano civilistico i rapporti tra madre, figlie e creditori di queste, l'ambito del penalmente rilevante non può che arretrare. E – ciò che più rileva – tale arretramento si imporrebbe all'interprete anche in assenza di una esplicita disposizione quale quella *ex* art. 2634, co. 3. Così come al procurato dissesto di una società non necessariamente consegue il sorgere di

---

[83] La citazione è ripresa da BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 159 s. Anche TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, in PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 177 ss. argomenta sulla scorta del principio di sussidiarietà, muovendo dall'ampia valenza che i vantaggi compensativi rivestono in ambito civilistico.

[84] La pronuncia in questione è Cass. pen. 18 novembre 2004, cit., cui le citazioni che seguono nel testo si intendono riferite.

[85] Sottolinea il forte valore innovativo di tale pronuncia TRIPODI, *La rilevanza penale*, cit., 180 s.

[86] Si fa riferimento a Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, Bevilacqua e altri.

responsabilità penale in capo all'amministratore (dato che l'attività d'impresa contiene in sé un'ineliminabile componente di rischio), così andrà inteso anche il dissesto di singole componenti di un gruppo. La responsabilità non sorgerà automaticamente, ma solo ove si accerti che la *holder* abbia violato i «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» e, dunque, se le attività qualificabili come distrattive *rispetto alla singola controllata* non abbiano trovato riscontro in un disegno economico potenzialmente equilibrato *rispetto all'intero gruppo*.

Al di là di episodici ripensamenti[87], questa linea di fondo si è poi mantenuta costante e può ritenersi ormai consolidata nel panorama giurisprudenziale. A suggellare definitivamente il percorso ermeneutico è intervenuta una sentenza del 2013[88]. L'intelaiatura argomentativa è ripresa integralmente dalla pronuncia del 2006 testé citata e vengono ribaditi in modo inequivoco tutti i punti fermi appena esposti. Gli ermellini concludono lapidariamente che i principi sottesi alla clausola dei vantaggi compensativi «sono senz'altro applicabili alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari e, segnatamente, a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi».

Tirando le fila del discorso, può dunque affermarsi – con la dottrina più consolidata e la giurisprudenza più recente – che alla clausola dei vantaggi compensativi vada effettivamente riconosciuto un valore scriminante generalizzato nel contesto dei gruppi d'imprese[89].

L'estensione è diretta e non analogica: essa si giustifica, come visto, essenzialmente sulla scorta di un'*eadem ratio* tra le varie fattispecie esaminate e in base al fondamentale principio di ragionevolezza. In sostanza, la clausola dei vantaggi compensativi – che nel diritto civile ha un aggancio "oggettivo" al danno cagionato dalla madre – in ambito penale assume una dimensione del tutto peculiare. Se i reati d'infedeltà in senso lato (infedeltà patrimoniale, appropriazione indebita, le tre fattispecie di bancarotta richiamate) si estrinsecano nel gruppo quali

---

[87] V., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 4 dicembre 2007, n. 4410, Spedicati, ove si legge che «il trasferimento di risorse infragruppo, ovvero tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, specialmente quando venga effettuato a vantaggio di una società già in difficoltà economiche, non è consentito e deve essere qualificato come vera e propria distrazione».
[88] Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2013, n. 49787, Bellemans.
[89] BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., 169, secondo il quale «sembra plausibile ammettere il riconoscimento sul piano interpretativo di una portata generale della clausola».

consapevoli abusi della posizione di dominio su una società, la presenza di vantaggi compensativi opera esattamente escludendo tale volontario intento criminoso, rendendo così non necessaria per l'ordinamento l'attivazione del presidio penale. Ancora una volta, è proprio la tanto criticata scelta del legislatore per un ancoraggio "soggettivo" della clausola a renderne estensibile il portato.

Ovviamente si tratta pur sempre di un'estensione interpretativa e perciò suscettibile di delicati soggettivismi in sede applicativa. Non v'è chi non avverta, perciò, la convenienza di un intervento legislativo *ad hoc* che individui in modo preciso l'ambito di estensibilità della disposizione[90].

[90] *Ibidem*.

CONCLUSIONI

Nel "conflitto d'interessi" – lo si è detto più volte – risiede l'essenza stessa del diritto. Interessi contrastanti e bisognosi di una equilibrata composizione costituiscono il dato sociale di partenza, sul quale si innesta la necessità di normare le fattispecie rilevanti in un dato contesto storico.

Nello specifico campo del diritto societario – si è detto anche questo – il conflitto d'interessi acquista una consistenza tutta particolare. Esso individua quell'inevitabile momento di frizione tra titolarità del capitale e gestione dell'impresa collettiva cui le moderne economie non possono sottrarsi. Non a caso il fenomeno è stato felicemente sintetizzato nella "scissione della gestione dalla titolarità proprietaria". Ed è proprio in seno a questo profondo problema dogmatico che trova collocazione la disamina sin qui condotta: come assicurarsi che il gestore non usi a propri fini il potere concessogli su patrimonio altrui e come reprimere tali condotte di ab-uso?

Tanto sul piano civile quanto su quello penale la disciplina esaminata si caratterizza per una disarmante problematicità. Il lavoro del legislatore pare sempre provvisorio ed ogni modifica insoddisfacente. Dal canto loro, le posizioni dottrinarie addivengono spesso a contrasti irriducibili, mentre i *revirements* giurisprudenziali si susseguono. In ciò, se non altro, risiede la prova dell'estrema delicatezza del tema trattato.

Come se non bastasse, all'originario paradigma dell'infedeltà patrimoniale, l'esperienza recente ha sovrapposto questioni sempre nuove e al contempo inestricabilmente connesse al tema del conflitto d'interessi. Il dilagare di fenomeni corruttivi anche in ambito privato e la richiesta sempre più pressante di una tutela effettiva del piccolo risparmio sono solo due degli esempi più eclatanti.

Le oggettive difficoltà insite nella materia non possono tuttavia esimere dal tracciare un quadro conclusivo della disciplina, che renda evidenti pregi e mancanze dell'attuale sistema normativo.

Il quadro complessivo non può che essere di segno negativo. Una generale aurea di inefficienza circonda lo statuto penale dell'impresa e la riforma del 2002 pare aver solo peggiorato la situazione.

La fattispecie di infedeltà patrimoniale – vero fulcro del dibattito dottrinario – non ha dato i frutti sperati. Da una parte è certamente vero che l'inserimento di tale fattispecie, in confronto alla precedente assenza di qualsiasi riferimento positivo nel codice, ha migliorato la situazione, quantomeno in astratto.

Tre sono in particolare gli ambiti in cui la riforma ha maggiormente avuto successo. Anzitutto ha felicemente ricalibrato l'ambito di tipicità penale intorno all'evento di danno, con ciò garantendo il rispetto del principio di offensività. In secondo luogo, ha perfettamente conseguito il suo obiettivo primigenio, ossia quello di riposizionare negli opportuni limiti di tipicità la contigua fattispecie di appropriazione indebita. A tale risultato, come visto, si perviene sulla scorta di una ricostruzione congrua dei dati normativi, la quale individui nella presenza di un *previo* conflitto d'interessi (opposto ad un *generico* interesse all'arricchimento personale) l'elemento discretivo tra le due figure. In terzo luogo, ha tenuto in debito conto la realtà del gruppo d'imprese, opportunamente ritagliando – tra le operazioni intrasocietarie – un ambito materiale di irrilevanza penale.

Dall'altra parte, sono innumerevoli i profili critici. Anzitutto la costante superfetazione normativa. Di essa, basti citare due soli esempi, alquanto lampanti. *In primis*, il fatto che assurgano a penale rilevanza unicamente condotte dispositive. *In secundis*, la contestuale richiesta di un dolo specifico di profitto ed uno intenzionale di danno. Criticatissimi anche i profili sanzionatori: sia in punto di procedibilità (i.e. a querela della persona offesa), sia rispetto alla cornice edittale. Quest'ultima, in particolare, si presenta enormemente più bassa della media europea, la quale si attesta invece intorno ai cinque anni massimi di pena detentiva.

De jure condendo, dunque, è facile individuare gli elementi su cui intervenire. Procedibilità ufficiosa, cornice edittale innalzata e "normalizzazione" del dolo di danno sono gli elementi su cui sarebbe opportuno un intervento correttivo. Come già evidenziato[1], poi, sarebbe bene ampliare la condotta rilevante in modo da introdurvi anche contegni puramente omissivi. La lezione «operazioni sociali» invece che l'attuale «atti dispositivi di beni sociali» costituirebbe un notevole miglioramento.

[1] Si fa riferimento al Cap. IV, § 5.3.

La figura di omessa comunicazione del conflitto d'interessi non pare godere di salute migliore. La disposizione è evidentemente il frutto di un *iter* legislativo affrettato, dettato – come più volte riferito – più dalla necessità di provvedere in qualche modo all'emergenza finanziaria che da ragioni di sistematicità.

La prolissa enumerazione dei soggetti attivi occupa due terzi dell'intero disposto, in ciò frustrando ogni possibile intelligibilità della norma da parte degli operatori economici interessati. Da apprezzare anche qui il ricorso all'evento di danno; la struttura oggettiva, tuttavia, pare ancora troppo ancorata al modello formalistico-sanzionatorio – manifestato dall'esplicito richiamo a disposizioni civilistiche. Appare evidente, poi, una certa sovrapposizione dell'ambito applicativo rispetto alla contigua fattispecie di infedeltà patrimoniale. Come si è visto, in punto di offensività le due norme sono state concepite per apprestare tutela a beni lievemente diversi (il patrimonio sociale *per se*, nel primo caso; il risparmio altrui reinvestito in società, nel secondo). Ciò non è sufficiente, tuttavia, per eliminare ogni incertezza applicativa. In particolare, il comune riferimento alla sussistenza di un conflitto d'interessi rende le due norme di difficile coesistenza e il quadro generale di ardua interpretazione.

De jure condendo, la fattispecie da una parte andrebbe snellita per quanto concerne i soggetti attivi; dall'altra andrebbe disancorata da un troppo ravvicinato richiamo a specifiche disposizioni civilistiche. Il secondo punto, in particolare, richiederebbe a sua volta un migliore coordinamento con la finitima fattispecie di infedeltà patrimoniale. Non sarebbe assurdo immaginare – con notevole semplificazione normativa – di allineare l'omessa comunicazione alla struttura dell'infedeltà patrimoniale "esterna" e di rendere la prima una mera fattispecie circostanziale della seconda, aggravata dal coinvolgimento del pubblico dei risparmiatori.

Una menzione positiva va invece riservata alla corruzione tra privati. I termini ampi in cui la fattispecie è tipizzata, l'assenza di procedibilità condizionata e la cornice edittale risentono della sua genesi sovranazionale. La sostanziale correttezza dell'impostazione seguita dal legislatore, peraltro, è stata confermata dallo stesso GRECO, come riferito *supra*.

Da quanto rapidamente riassunto emergono due punti fermi. Da una parte, la riforma del diritto penale societario non si è rivelata all'altezza delle aspettative. L'ambito di tipicità è stato solo in apparenza esteso, a fronte di fattispecie solo in minima parte adeguate alla sfida. Dall'altra, l'esempio della corruzione tra privati è illuminante. Il legislatore nazionale ha mostrato di essere recettivo quantomeno di fronte agli impulsi sovranazionali. Ciò non tanto con riferimento alla pressione paritetica esercitata nel contesto del GRECO, quanto piuttosto in seno all'Unione. La minaccia di una procedura d'infrazione è bastata a forzare il legislatore interno ad eseguire quanto pur esso aveva in precedenza concordato a livello inter- e sovranazionale. Se questo *modus operandi* getta giustamente qualche ombra sulla legalità del rocambolesco modo in cui l'Italia si è adattata agli obblighi unionali, esso al tempo stesso getta luce sulle prospettive future.

La costituzione del mercato comune negli ultimi settant'anni ha ravvicinato gli ordinamenti giuridici dei Paesi membri dell'UE in un modo insperato. Gli accordi di Schengen prima e il conseguente impegno al mantenimento di uno spazio comune di "libertà, sicurezza e giustizia"[2] sono andati esattamente nella direzione di una progressiva "europeizzazione" della produzione normativa.

Lo statuto penale dell'impresa non fa eccezione. Al pari di qualsiasi altro fattore economico, anche l'ambiente normativo – in massima parte quello penale – incide enormemente sulle capacità competitive e di crescita delle imprese. Un quadro intraunionale frammentario ed incoerente, soprattutto in materia di conflitto di interessi, non può che generare, nel lungo periodo, distorsioni intollerabili fra i Paesi membri. È ben possibile, dunque, che l'Unione decida di intervenire sul punto. A prescindere dai profili critici già prevedibili (*in primis*, violerebbe insanabilmente l'art. 25 Cost. un'applicazione diretta – i.e. non mediata da legge nazionale – di un regolamento di penalizzazione?), la strada pare tracciata. In fondo, *mutatis mutandis*, è esattamente quanto già accaduto per la corruzione tra privati.

Più che una riforma interna, dunque, sarebbe da attendersi un intervento sovranazionale da parte del legislatore unionale. L'unico capace di assicurare tanto una omogeneizzazione europea dello statuto penale, quanto la ferma esecuzione dell'obbligo di penalizzazione per mezzo della procedura d'infrazione.

---

[2] Come espressamente riferisce il Titolo V della Parte III del Trattato FUE.

BIBLIOGRAFIA

ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2ª ed., Torino, 2017.

ALDOVRANDI, *Art. 2634*, in LANZI, CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, 126.

ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.

AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005.

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.

ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in DI CATALDO, MELI, PENNISI (a cura di) *Impresa e mercato – Studi dedicati a Mario Libertini. Tomo I: Impresa e società*, Milano, 2015.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale – II*, 16ª ed., Milano, 2016.

ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441*, in *Riv. soc.*, 1956, 1, 93.

ASTROLOGO, *I gruppi di società*, in CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società,* Padova, 2014.

BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.

BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o esegetico?*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, Vol. III, Milano, 2006.

BERLE, MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966.

BIANCA, *Diritto Civile. Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019.

BIANCA, *Diritto Civile. La norma giuridica. I soggetti*, 2ª ed., Milano, 2002.

BLANDINI, *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in PERLINGIERI, CASUCCI (a cura di), *Riforme del diritto societario*, Napoli, 2004.

BRICCHETTI, *La corruzione tra privati,* in CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società,* Padova, 2014.

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, Vol. XIX, 3ª ed., Torino, 1973, 15.

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, 8ª ed., Milano, 2020.

CERQUA, PRICOLO, *L'omessa comunicazione del conflitto d'interessi,* in CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società,* Padova, 2014.

CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale,* in CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società,* Padova, 2014.

CIPOLLA, *I delitti di appropriazione indebita*, in CENDON (a cura di), *Nuova enciclopedia*, Padova, 2005.

D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in AA.VV. *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, organizzato dalla Riv. soc., Venezia 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996.

DENOZZA, *Verso il tramonto dell'interesse sociale?*, in PACIELLO (a cura di) *La dialettica degli interessi nella società per azioni*, Napoli, 2011.

DE ANGELIS, *Il conflitto di interessi quale presupposto del reato di infedeltà patrimoniale (at. 2634), alla luce del principio di colpevolezza nel contesto, anche comparatistico, della evoluzione del diritto penale societario*, in *Cass. Pen.*, 2020, 7/8, 2918.

DI GIUSEPPE, *Omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Roma, 2017.

FERRO-LUIZZI, *Le linee portanti della riforma*, in PERLINGIERI, CASUCCI (a cura di), *Riforme del diritto societario*, Napoli, 2004.

FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in MARINUCCI, DOLCINI, (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.

FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale - I delitti contro il patrimonio*, Vol. II, Bologna, 2015.

FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione dell'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997.

FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario,* in *Dir. pen. proc.*, 2001, 10, 1193.

FOFFANI, *Le infedeltà*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002.

FOFFANI, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale italiano*, in RONCO, HELFER (a cura di), *I criteri di imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia*, Roma, 2017.

FORTI, *Diritto penale delle società. Introduzione al Tomo Primo*, in *Dir. pen. cont.*, 11 novembre 2014.

GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2002.

GALGANO, SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società: art. 2497-2497 septies*, in SCIALOJA, BRANCA, GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile e Codici collegati*, Bologna, 2014.

GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007.

GULLO, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 1, 446.

IANELLO, *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, Roma, 2003.

JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964.

KLIP, *European Criminal Law: an integrative approach*, 4ª ed., in S. GRUNDMANN (a cura di), *Ius Communitatis*, Vol. 2, Cambridge, 2021.

LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018.

LIONETTI, *Analisi critica del delitto di infedeltà patrimoniale*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Roma, 2017.

LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale: profili sistematici e di politica criminale*, Napoli, 2013.

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Padova, 2011.

MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020.

MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971.

MELI, *La disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, 155.

MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 2, 367.

MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 4, 905.

MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in GIARDA, SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo,* Padova, 2002.

MONTALENTI, *Conflitto di interesi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi. Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999.

MONTALENTI, *Interesse sociale e amministratori*, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders. *In ricordo di P. G. Jaeger*, Milano, 2010.

MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milano, 2007.

NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.

PARSI, *Il dolo contrattuale*, in STANZIONE (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Vol. I, Padova, 2012.

PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 1, 1.

ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, 3ª ed., Milano, 2004.

SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Schleinger*, Milano, 2004.

SALVI, BUSNELLI, *Il contenuto del diritto di proprietà: Artt. 832-833*, 2ª ed., in BUSNELLI (diretto da), *Codice Civile. Commentario*, Milano, 2019.

SANTOSUOSSO, *La nuova disciplina del conflitto di interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in PERLINGIERI, CASUCCI (a cura di), *Riforme del diritto societario*, Napoli, 2004.

SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in ID (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003.

SEMINARA, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Le Società*, 2004.

SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, Vol. II, Torino, 2018.

SGUBBI, voce *Reati contro il patrimonio*, in Enc. dir., Vol. XXXII, Milano, 1982, 331.

SPAGNA, BUSNELLI, *Dei beni in generale: Artt. 810-821*, in BUSNELLI (diretto da), *Codice Civile - Commentario*, Milano, 2015.

SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version*, FORTI (trad. a cura di), *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987.

TOMBARI, *Potere e interessi nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019.

VISENTINI, voce *Credito e risparmio*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, 1.

ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1958.