

APPROFONDIMENTI

Sistema Società — Numero OnLine

22.11.2018

Corruzione tra privati ex art. 2635 c.c. per il direttore della banca a causa di finanziamenti imprudenti

*di Avv. Cristiano Augusto Tofani***Tribunale di Ancona, sez., pen., 19 aprile 2018 n. 100**

La sentenza in esame, resa dal Tribunale di Ancona in composizione collegiale, rappresenta il primo arresto giudiziario di una complessa vicenda in tema di reati societari attribuiti al direttore generale pro tempore di un istituto bancario.

Tale fattispecie ha infatti trovato finora rara applicazione, tant'è che il primo caso affrontato dalla giurisprudenza si è avuto dopo ben dieci anni dalla sua introduzione (cfr. Trib. Udine, sent. n. 952 del 6/6/2013). La pronuncia presenta indubbi e plurimi profili di interesse, muovendo anzitutto dal delitto oggetto di dibattito, vale a dire dal reato previsto e punito dall'art. 2635 c.c., introdotto inizialmente nel 2002 con la riforma dei reati societari sotto forma di "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" e successivamente evolutosi in "corruzione tra privati" con la L. 190/2012.

La sentenza in commento delinea ogni singolo elemento della fattispecie, ossia la condotta tipica, il significato di nocumento (anche se oggi espunto dalla nuova formulazione del reato), l'elemento soggettivo, ecc., fornendo al contempo una interessante risposta alle criticità derivanti dal regime intertemporale del reato, recentemente oggetto di una ulteriore correzione da parte del legislatore, operata con il d.lgs. n. 37/2017.

IL CONTESTO NORMATIVO E LA STRUTTURA DELLA FATTISPECIE CRIMINOSA

Com'è noto, la corruzione tra privati è un reato introdotto con la legge n. 190 del 6/11/2012, pubblicata in G.U. il 13/11/2012, intitolata "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*" (c.d. legge "*Anticorruzione*"), in attuazione alle disposizioni contenute nella Convenzione di Strasburgo del 27/1/1999 (ratificata con la L. n. 110/2012).

Ad una prima analisi della novella si evince immediatamente come il legislatore abbia in realtà effettuato un *restyling* del già esistente reato di "*Infedeltà a seguito di dazio e o promessa di utilità*", prima previsto dal medesimo art. 2635 c.c..

Oltre al mutamento nel nome del delitto, il legislatore ha altresì introdotto una formula che subordina l'applicabilità della norma al fatto che la condotta non costituisca un più grave reato, evitando così la concorsualità con altre fattispecie criminose.

La condotta perpetrata dal soggetto agente non è più solo limitata alla violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio ma è stata estesa anche alla violazione degli obblighi di fedeltà. Inoltre, affinché il reato si realizzi, non è solo necessario che la dazione o promessa di denaro o di altra utilità sia diretta al soggetto agente ma è ora anche previsto che il beneficiario possa essere un soggetto terzo.

Ulteriori novità sono rappresentate:

(i) dall'estensione dell'applicazione della norma anche ai collaboratori dei soggetti "apicali", già considerati nel 1° comma, seppure per essi sia prevista una pena minore (fino all'anno e sei mesi di reclusione);

(ii) dall'introduzione dell'autonoma rilevanza del comportamento del soggetto che effettua la dazione del denaro o di altra utilità, il quale, quindi, sarà chiamato a rispondere del reato a prescindere da una eventuale condanna dei soggetti individuati al 1° e al 2° comma;

(iii) dalla procedibilità d'ufficio nelle ipotesi in cui dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. Tale previsione è volta quindi a garantire un comportamento etico sul mercato e sulla concorrenza in linea con le

previsioni della Convenzione di Strasburgo.

La fattispecie criminosa in esame trae origine dall'iniziale intento del Legislatore di esportare in campo privatistico-societario, con gli opportuni adattamenti, il tradizionale modello punitivo della corruzione (propria) di pubblico ufficiale; il citato intento promanava, tra le altre cose, dall'esigenza di adeguare il nostro ordinamento alle istanze sovranazionali provenienti, in particolare, dal diritto comunitario in materia di contrasto alla corruzione nel settore privato.

Muovendo da tali premesse, nel progetto iniziale la "rubrica" del reato di cui conteneva proprio la parola "corruzione", che – non a caso – evocava le fattispecie corruttive contenute nel codice penale (artt. 318 ss c.p.). Successivamente, la legge delega n. 366/2011, per creare un collegamento con la fattispecie di infedeltà patrimoniale (di cui all'art. 2634 c.c.), ha sostituito il termine "corruzione" con la locuzione "comportamento infedele"; locuzione che, con la stesura del Decreto Delegato (D.Lgs. n. 61/2002), è stata nuovamente modificata nell'attuale "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", poiché meglio si armonizza con il contenuto della fattispecie e meglio segnala la distinzione dalla mera infedeltà patrimoniale.

All'esito di tale percorso evolutivo, l'art. 2635 c.c., nella sua formulazione finale, mira a reprimere la violazione di un dovere di fedeltà, imposto a determinati soggetti (quali amministratori, direttori generali, ecc.), nonché a tutelare la società e, in particolare, il suo patrimonio. Tale impostazione pone in risalto la matrice "privatistica" (in luogo di quella iniziale "internazionalistica") della tutela accordata in materia dal Legislatore, attribuendo scarso rilievo al fatto che la società operi e si sviluppi in un determinato contesto di mercato.

Ciò non di meno, nel testo dell'articolo, è ancora oggi ravvisabile la citata matrice internazionalistica essendo connotato non solo dalla sua oggettività giuridica, che è orientata alla tutela del patrimonio della società commerciale, ma anche dal modello anti-corruttivo europeo. Ne consegue che la sua formulazione non risulta sempre razionale e coerente, così come spesso è stato sottolineato dalla migliore dottrina. Quanto all'interesse tutelato dalla norma, gli osservatori del diritto si sono animatamente divisi sul punto. Difatti, se per la maggioranza degli autori l'interesse tutelato deve essere ravvisato - unicamente - nel patrimonio sociale, altri ritengono che la fattispecie sia - più genericamente - improntata alla tutela del buon

andamento societario, che deriva dal rispetto dei doveri d'ufficio da parte dei soggetti preposti alla cura degli interessi sociali.

La causa del contrasto sembra essere il concetto di "nocumento", cui viene data una lettura orientata in senso maggiormente "patrimoniale" dai fautori del primo indirizzo, mentre per i sostenitori del secondo orientamento sarebbe decisiva l'assenza di qualsiasi riferimento espresso, nel reato de quo, al requisito della "patrimonialità". In ogni caso, si reputa poco plausibile che la fattispecie in esame possa essere evocata per tutelare anche interessi extrasocietari, come, ad esempio, la libera concorrenza, il che appalesa la scarsa coerenza tra le ragioni ispiratrici della norma (di matrice internazionale e finalizzate alla repressione della corruzione tra privati) e la sua concreta formulazione.

Com'è noto, l'art. 2635 c.c. è un reato plurisoggettivo (o a "concorso necessario") proprio. Soggetti attivi della fattispecie sono gli "amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione" (il riferimento ai revisori è venuto meno con il D.Lgs. n. 39/2010 con cui sono state introdotte anche nell'ordinamento italiano importanti novità in materia di controllo dei conti, introducendo all'art. 28 una norma specifica per la corruzione di questi ultimi con inasprimento della pena se la revisione riguardi enti di interesse pubblico e procedibilità d'ufficio).

A seguito delle modifiche introdotte dalla Legge sul Risparmio (L. n. 262/2005), anche i "dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari" rientrano nel novero dei soggetti attivi della fattispecie in considerazione delle attribuzioni tipiche loro conferite dalla legge, che li espone a possibili, indebite, collusioni con soggetti esterni alla compagine societaria.

A seguito della riformulazione dell'art. 135 del D.Lgs. n. 385/1993 (c.d. T.U.B.), la disposizione in esame si applica altresì a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria. L'art. 2635 c.c., poi, essendo sostanzialmente ricalcato sulla struttura tipica della corruzione (di cui agli artt. 319 ss c.p.), prevede l'estensione della responsabilità anche al corruttore (ossia il soggetto che "dà o promette l'utilità", che, in concreto, può essere chiunque) con applicazione della medesima pena prevista per il corrotto ("reclusione sino a tre anni").

L'elemento soggettivo che caratterizza la fattispecie in esame è il dolo generico: non è, difatti, richiesta né la presenza del dolo specifico né la presenza del dolo intenzionale (che invece è necessario per l'integrazione dell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 2634 c.c. in tema di infedeltà patrimoniale). In altri termini, in capo al corrotto sarà sufficiente ravvisare coscienza e volontà di ricevere l'utilità o di accettarne la promessa per il compimento, ovvero per l'omissione, di un atto in violazione degli obblighi inerenti al suo ufficio; in capo al corruttore, invece, dovrà sussistere la consapevolezza di dare o promettere utilità in vista della commissione o della omissione di un atto in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio da parte dell'*intransiens*. In entrambi i soggetti, inoltre, dovranno essere presenti la chiara rappresentazione della qualifica soggettiva reciprocamente rivestita, oltreché la previsione e la volontà di cagionare un nocumento alla società. Allorché il nocumento sia stato accettato come rischio della condotta illecita, il delitto sarà punibile anche nella forma del dolo eventuale.

Il reato è punibile a querela della persona offesa; in relazione al bene giuridico protetto, soggetto legittimato a proporre la querela risulta essere, quindi, la società, la quale può esercitare tale diritto per mezzo dell'assemblea (qualora sia ravvisabile un'offesa "interna") o tramite gli amministratori (qualora l'offesa provenga dall'"esterno"). Da tale regime di procedibilità si evince la volontà del Legislatore di realizzare una totale privatizzazione della tutela, la quale viene rimessa, appunto, al potere discrezionale del soggetto leso, in contrasto, quindi, con l'originario modello della corruzione di stampo pubblicistico.

I singoli soci, invece, sono da considerare (non già come persone offese ma) soltanto quali danneggiati dal reato e, pertanto, ex artt. 74 ss. c.p.p., sono legittimati ad esercitare la sola azione civile in sede penale. Trattandosi di un reato a concorso necessario, la querela presentata nei confronti dei soggetti qualificati si estende ipso iure ai corruttori, ex art. 123 c.p..

Altro elemento, introdotto con il D.Lgs. n. 202/2016, è l'ultimo comma dell'art. 2635 c.c. con cui – nel richiamare il contenuto dell'art. 2641 c.c. (1) – è stata prevista la misura della confisca per equivalente, quantomeno, nella misura del prezzo e dell'utilità pagata o promessa.

Inoltre, per questo reato - allorché la pena detentiva sia di almeno 4 anni - è

stata anche prevista la misura della confisca allargata consistente nella confisca obbligatoria di denaro, beni o altre utilità di cui il condannato recidivo non possa giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo, in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica e vi sia quindi motivo di ritenere che tali beni derivino da condotte criminose. Qualora non sia possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni sopra indicati, la confisca potrà avere ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente. Inserendosi nella scia dei recenti provvedimenti che hanno interessato il codice penale (ad esempio, l'art. 322 ter c.p. e l'art. 644 c.p.), la confisca assume anche per il reato in esame una funzione preventivo-deterrente ancorata alla sua efficacia ablativa, che induce a condividere la assimilazione della misura ad una sanzione penale in senso proprio, piuttosto che ad una misura di sicurezza.

Il 3° comma dell'articolo in commento, introdotto dall'art. 39 della L. n. 262/2005, prevede invece, quale aggravante, l'ipotesi in cui il fatto venga commesso nell'ambito di una società che ricorre a capitali di rischio ai sensi dell'art. 116 del T.U.F..

Il caso esaminato dalla sentenza in commento costituisce un "*reato di danno*" (vigente la normativa anteriore alle riforme del 2012 e del 2017) atteso che il momento consumativo si identifica con la perpetrazione di un nocumento alla società. Tale locuzione costituisce elemento distintivo tra l'art. 2635 c.c. e (tutti) gli altri reati che presentano un profilo di lesività patrimoniale (ad esempio, l'art. 2634 c.c., nel quale è espressamente richiesto un "*danno patrimoniale*").

Al riguardo, si precisa che se, da una parte, l'adempimento della promessa formulata da parte del corruttore è irrilevante, dall'altra parte, il compimento o l'omissione dell'atto a cui si riferiva l'illecito accordo deve, in ogni caso, essere effettivo; qualora ciò non avvenga, ovvero nel caso in cui non derivi alcun pregiudizio per la società, potrà configurarsi un delitto tentato, sempre che gli atti posti in essere appaiano oggettivamente e soggettivamente orientati verso la consumazione del reato.

Il fatto poi, che la fattispecie operi soltanto se il nocumento sia sofferto dalla società (e non ad esempio, dai terzi), evidenzia ancora una volta la distanza che separa la norma in esame la prospettiva politico criminale internazionale dalla quale trae origine.

La condotta tipica della fattispecie in esame è certamente duplice: da un lato, deve sussistere - e preesistere - una dazione o promessa di utilità che un terzo rivolge ad uno dei soggetti endosocietari (*rectius*, anche solo legati alla società), mentre dall'altro è necessario - proprio in conseguenza di tale dazione o promessa - il compimento o l'omissione, da parte del soggetto qualificato, di atti in violazione dei doveri inerenti il suo ufficio. La fattispecie - come già evidenziato - presenta quindi analogie - con il delitto di corruzione propria (per atto contrario ai doveri d'ufficio) antecedente. A differenza del dettato di cui all'art. 319 c.p., tuttavia, non si richiede che l'atto posto in essere, ovvero omesso, sia contrario ai doveri d'ufficio, essendo sufficiente che esso sia stato realizzato in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio. Si ritiene peraltro irrilevante sia la sussistenza di una condotta esplicita sia che l'iniziativa provenga dall'*extraneus*, dato che il requisito fondamentale deve essere rinvenuto nella funzione motivante (anche in modo non esclusivo) dell'accordo corruttivo, la quale instaura, rispetto al compimento dell'atto antidoveroso, un evidente nesso di causalità psicologica.

Per "dazione" si intende una materiale *traditio*, anche se, in tale locuzione, può rientrare altresì una ritenzione, configurabile, ad esempio, nel caso in cui venga trattenuto un oggetto in precedenza consegnato in visione o in prova.

Nella nozione di "utilità", invece, - oltre naturalmente al denaro - rientra qualsiasi vantaggio, sia esso suscettibile di valutazione economica (ad esempio, delle azioni) o meno (ad esempio, una carica onorifica). La genericità delle nozioni di documento e di utilità rende particolarmente elastico il tessuto connettivo su cui si impernia il delitto ed ha suscitato, in dottrina, perplessità in termini di osservanza del principio di tassatività-determinatezza della fattispecie.

Quanto agli obblighi inerenti all'ufficio, gli stessi sono quelli rilevabili da precetti civilistici che regolano e disciplinano i singoli doveri dei soggetti qualificati. Pare pertanto condivisibile la posizione di chi vi ricomprende anche gli obblighi di portata ampia e generica (come, ad esempio, il dovere di impedire fatti pregiudizievoli *ex art. 2392, 2° comma c.c.*), purché trovino concretizzazione in una fonte scritta. Per alcuni autori, inoltre, gli obblighi sopra menzionati possono trovare la loro fonte, oltreché nella legge e nei regolamenti, anche in negozi giuridici ed in atti formali (ad esempio, nello statuto sociale, nelle deliberazioni dell'assemblea), assumendo rilevanza, quindi, la violazione di qualunque obbligo

finalizzato ad assicurare la tutela degli interessi patrimoniali della società. Si sottolinea, peraltro, che secondo la dottrina maggioritaria, la scelta tecnica ritenuta più efficace a cagionare il nocumento alla società è lasciata all'intraneus, essendo sufficiente che l'accordo verta su una generale disponibilità di agire contra ius, finalizzato a cagionare un pregiudizio alla società.

Da ultimo, con il D.Lgs. n. 38/2017 (in attuazione alla delega prevista dall'art. 19, L. 12.8.2016, n. 170, recependo la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio dell'Unione Europea relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato che danneggia l'economia ed altera la concorrenza) è stato inasprito il trattamento sanzionatorio in ordine alla responsabilità degli enti ed attribuita rilevanza penale all'istigazione alla corruzione tra privati. Si tratta di attività complementare al contrasto della cd. "corruzione pubblica", sostenuta dalla irrobustita coscienza che il fenomeno corruttivo, anche quando realizzato da soggetti privati, danneggia l'economia ed altera la concorrenza.

La principale – e assai rilevante – novità della riforma è indubbiamente l'eliminazione della relazione causale tra la condotta di trasgressione degli obblighi di ufficio e di fedeltà ed il nocumento alla società. Ai fini della configurabilità del reato - che diventa di “pericolo” e non più di “danno” – non è pertanto più necessario che sussista l'elemento oggettivo del danno subito dalla società, che viene radicalmente espunto dalla struttura delle fattispecie.

L'eliminazione del nocumento dalla struttura del delitto previsto dall'art. 2635 c.p. segna un punto di svolta nell'evoluzione della fattispecie, atteso che in precedenza non veniva attribuita rilevanza penale alla semplice accettazione dell'offerta corruttiva, richiedendosi il compimento effettivo dell'atto antidoveroso e la causazione del nocumento (in linea con la configurazione del delitto come reato di evento). In altre parole, l'incriminazione non assisteva l'infedeltà in sé ma solo quella pregiudizievole.

Questa situazione era stata in parte corretta dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., V, n. 5843/2013; Id. n. 14765/2013) pronunciata a favore di una nozione non esclusivamente patrimoniale del nocumento conseguente all'atto di infedeltà ex art 2635 c.c., tale da ricomprendere pregiudizi differenti dal danno patrimoniale (relativi a beni suscettibili di valutazione economica sia pure non immediata (quali il

danno all'immagine della società od al corretto svolgimento delle attività organizzative e di controllo).

Sorretta da tale impostazione la Corte regolatrice aveva riconosciuto nel reato previsto dall'art. 2635 c.c. una prima forma di tutela penale lealistica del patrimonio sociale, già presente in altri ordinamenti europei (come nel caso dell'art. L. 152-6 del Code du travail francese, che sanziona la violazione del rapporto di fiducia tra corrotto ed ente). Ora, dopo la riforma del d.lgs. n. 38/20017, la questione sembra risolta alla radice, assurgendo ad oggetto esclusivo della tutela penale l'accordo corruttivo diretto alla qualificata condotta infedele. Entrambe le condotte corruttive (sia quella attiva che quella passiva), infatti, sono connotate dalla finalità del compimento o dell'omissione di un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà posti a carico dell'intraneo.

Con riguardo, poi, ai soggetti autori del reato vengono ora inclusi, non solo coloro che rivestono posizioni anche non apicali di amministrazione e di controllo ma anche coloro che svolgono attività lavorativa mediante l'esercizio di funzioni direttive presso società o enti privati. Rilevante è anche l'estensione della fattispecie agli enti privati non societari tra i quali si possono annoverare non solo gli enti no-profit ma anche le fondazioni (si pensi, ad esempio, a quelle bancarie), i partiti politici ed i sindacati. Inoltre, sia nell'ambito della corruzione attiva sia in quella passiva, viene ora espressamente tipizzata la modalità della condotta "per interposta persona", con ulteriore fattispecie di responsabilità per l'intermediario, dell'intraneo o dell'estraneo.

LA PRONUNCIA DEL TRIBUNALE DI ANCONA (N. 100/2018)

Con la pronuncia in esame, il Tribunale di Ancona ha affrontato il tema della corruzione tra privati in ambito bancario.

In particolare, al direttore generale di un istituto bancario (B.) sono stati addebitati due diversi fatti di corruzione privata ex art. 2635 c.c..

Inoltre, trattandosi di reato a concorso necessario, sono stati tratti in giudizio anche due imprenditori (C. e D.), che rivestivano il ruolo di asseriti corruttori e assumevano dunque la qualità di extraneus nell'ambito della fattispecie. In ambedue i capi di imputazione sono state altresì contestate le circostanze aggravanti sia a carattere speciale dell'art. 2635, co. 3 c.c. (in quanto i fatti sono

avvenuti nell'ambito dell'attività di una società emittente strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in maniera rilevante, ai sensi dell'art. 116 T.U.F.), sia a carattere generale per essere stato cagionato un danno patrimoniale di rilevante entità ex art. 61, n. 7 c.p..

La struttura accusatoria del primo capo di imputazione ha come perno la concessione in breve tempo di linee di credito senza le necessarie condizioni (nella specie, concessione di anticipazioni su crediti IVA in assenza della prevista "attestazione di certezza e liquidità del credito IVA"), a fronte di una complessa operazione immobiliare fra una società riferibile ai familiari del direttore generale della Banca e più società riferibili all'imprenditore finanziato. L'esito dei numerosi e correlati negozi giuridici sarebbe consistito – secondo l'ipotesi accusatoria – nella dazione di una indebita utilità pari a circa 308.000,00 euro per l'intraneus, a fronte di un danno per l'istituto di credito di oltre 4 milioni e mezzo di euro, commisurato al valore delle linee di credito concesse a varie società facenti parte della galassia dell'imprenditore C. ed effetto della violazione degli obblighi inerenti l'ufficio di direttore generale ricoperto da B.

La struttura del secondo capo di imputazione è in linea con il primo: secondo l'accusa, il direttore B. si sarebbe adoperato per far approvare – in violazione degli obblighi inerenti il proprio ufficio, in quanto il bilancio della società beneficiaria presentava importanti perdite – ingenti aperture di credito a favore dell'imprenditore D., pari ad oltre 14 milioni di euro. In particolare si riteneva che, a seguito di complesse operazioni bancarie di trasferimento fondi, effettuate da società riconducibili all'imprenditore D., fossero confluite – dopo essere transitate su una società schermo – sui conti correnti della moglie e della figlia del direttore B. somme pari ad oltre 3 milioni e mezzo di euro, con contestuale grave nocumento per la Banca che si quantificava in circa 10 milioni di euro; tale somma rappresentava l'importo dei finanziamenti concessi alla società di D. senza il rispetto delle condizioni cautelative per l'erogazione del credito, dei quali non si otteneva il rientro.

L'ampia motivazione si snoda in più sezioni, rese necessarie dalla moltitudine dei profili analizzati dal collegio. Presentano spunti di sicuro interesse già alcune questioni preliminari, inerenti, in particolare: i) l'individuazione della disposizione da applicare nell'ambito della successione di leggi penali che hanno riguardato l'art.

2635 c.c.; ii) la determinazione del dies a quo, con riferimento al calcolo dei termini per la proposizione di querela nell'ambito della corruzione tra privati.

Per quanto riguarda i profili di diritto intertemporale, il collegio ha evidenziato che, in virtù della normativa vigente all'epoca dei fatti (2010 e inizio 2012) e del principio della *lex favor rei*, dovesse applicarsi la fattispecie di "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", dunque della norma ante c.d. "*riforma Severino*" del 2012, ove non risulta previsto un minimo edittale di pena mentre nelle due successive novelle – a parità di limite massimo a tre anni di reclusione – si prevede un minimo di un anno. A tale considerazione, ha evidenziato il collegio anconetano, si deve "aggiungere anche il fatto che, nella formulazione vigente (introdotta dal d.lgs. 37/2017, ndr), dalla fattispecie di reato viene eliminato l'evento quale elemento della tipicità del reato (nocumento) ed arretrata la consumazione alla mera condotta. Viene, quindi, ampliata ed anticipata l'area della rilevanza penale del fatto, in sicuro sfavore del reo".

Sul versante del regime di procedibilità, è opportuno ricordare come la necessità della querela di parte ha da sempre rappresentato uno dei principali *vulnus* applicativi dell'art. 2635 c.c., in virtù delle strette tempistiche per la proposizione della stessa – anche in considerazione delle tempistiche necessarie per una deliberazione di questo tipo da parte di un organo sociale collegiale – nonché per la generale preferenza, da parte delle società, di non divulgare fatti di cattiva gestione avvenuti al proprio interno, privilegiandosi sovente soluzioni transattive di carattere civilistico. A tal proposito il collegio – rigettando un'eccezione di tardività – individua quale dies a quo per la proposizione della querela non tanto il momento in cui emergevano, da fonti di stampa, presunte irregolarità da parte del direttore generale B., quanto il (successivo) momento in cui la società ha avuto una conoscenza seria, dettagliata e certa del fatto, ossia, nel caso di specie, il momento del deposito della relazione da parte dell'internal audit derivante dall'attività di ispezione interna effettuata dall'istituto di credito.

Dopo un analitico resoconto delle risultanze processuali, comprensivo di schemi grafici per una miglior delineazione delle complesse operazioni finanziarie oggetto di procedimento, la motivazione prende le mosse dalla sussunzione dei fatti di cui al primo capo di imputazione (capo A) nell'alveo dell'art. 2635 c.c.; si premette, sin da subito, che la risposta del collegio sul punto è negativa, ritenendo che "la mancanza

di elementi di sicura prova, secondo lo standard rafforzato del processo penale, in ordine all'atto precisamente collegato all'accordo corruttivo, tanto più a fronte di una contestazione di fatto precisamente incentrata solo sui cinque finanziamenti indicati al capo A) dell'imputazione, impone una pronuncia di assoluzione ex art. 530 comma 2 c.p.p.”.

Il collegio ha infatti evidenziato che, a fronte di una specifica contestazione della violazione dei doveri d'ufficio, consistente nell'aver l'intraneus favorito la concessione cinque linee di anticipazione crediti IVA in mancanza della relativa attestazione da parte dell'Agenzia delle Entrate, dalle risultanze istruttorie emergeva invece come la natura dei finanziamenti sia stata diversa (apertura di credito provvisoria in conto corrente).

Il collegio dunque, mutuando alcuni principi affermati dalla giurisprudenza nella omogenea e affine materia della corruzione pubblicistica, sottolinea che, “al fine di ottenere prova della corruzione, se non è necessaria la individuazione del singolo atto per il quale sono state corrisposte le utilità non dovute è, comunque, indispensabile almeno la individuazione del “genus” degli atti oggetto dell'accordo stesso, venendo altrimenti a mancare la possibilità di accertare se l'accordo sia antecedente o susseguente all'atto” (cfr. anche Cass., sez. VI, 9516/1998 ivi citata). Alla luce di tale considerazione, il collegio ha ritenuto come non emergesse, con sufficiente certezza, il “nesso di finalizzazione dell'accordo corruttivo”, in quanto i finanziamenti contestati non erano coevi alla presunta dazione – che avveniva circa otto mesi prima – e, per di più, tale “leggerezza” nell'iter di approvazione delle linee di credito si riscontrava diffusamente in tutti i finanziamenti concessi alle società facenti riferimento all'imprenditore C..

Di segno opposto è invece la decisione con riferimento alla seconda operazione oggetto di procedimento (capo imputazione B), per la quale il collegio ha disposto – ritenute, nel giudizio di bilanciamento, equivalenti le circostanze attenuanti generiche alle aggravanti di cui all'art. 2635, co. 3 c.c. e all'art. 61 n. 7 c.p. – la condanna a tre anni di reclusione (ossia il massimo edittale) per il direttore generale pro tempore e due anni per l'imprenditore D.

Nel percorso argomentativo a supporto della condanna, il collegio ha analizzato gli elementi della fattispecie di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità,

muovendo anzitutto dalla condotta, che non deve necessariamente essere attiva (a differenza di quanto avviene nella fattispecie similare di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., in cui si puniscono solo atti dispositivi del patrimonio sociale).

Difatti, nell'ipotesi di cui all'art. 2635 c.c. rileva qualsiasi atto dell'*intraneus*, anche se meramente omissivo. Il Collegio, quindi, ha ritenuto che "atto" possa essere anche un parere depositato in sede di istruttoria di una pratica per un finanziamento, l'espressione di voto manifestata ai fini della formazione di una delibera collegiale oppure – come nel caso di specie – l'attribuzione ad una specifica pratica di un "canale privilegiato" e di una classificazione di "prefattibilità che la filiera non osava contrastare".

Ritenuto integrato l'evento del reato, ossia il nocumento alla società, nozione classificata più generica rispetto a quella di danno (prevista invece dalla fattispecie ex art. 2634 c.c.), in quanto da intendersi nel senso di qualsiasi pregiudizio giuridicamente rilevante, il collegio ha poi ritenuto pienamente integrata anche la violazione dei doveri d'ufficio. Sul punto, incentrando il disvalore della fattispecie proprio sulla violazione del rapporto fiduciario che lega l'*intraneus* con la società in cui egli è organicamente inserito, il collegio, dopo aver dato atto che le pratiche avevano avuto un iter formale non manifestamente irregolare, ha evidenziato come la violazione dei doveri inerenti l'ufficio sia stata "grave quanto immanente ed "ambientale" rispetto all'intero sistema di istruttoria delle pratiche sopra accertato se letto a fronte dei paralleli, sistematici e fitti rapporti di affari intrattenuti da B. con le società finanziate".

Ritenendo provato, a differenza del primo capo di imputazione, un forte nesso di connessione tra le erogazioni di credito alla società di D. ed il trasferimento di somme di denaro confluite nei conti correnti della moglie e della figlia di B., alla luce della loro stretta e univoca connessione temporale e funzionale, il collegio ha così ritenuto integrato anche l'elemento soggettivo della fattispecie, la quale, prevedendo il semplice dolo generico, si ritiene declinabile anche nella forma del dolo eventuale ("non vi è dubbio che sussista la rappresentazione e volontà di tale nocumento quantomeno sotto forma del dolo eventuale consistente nell'aver accettato il concreto rischio di produrre grave nocumento alla banca mediante operazioni quantomeno incaute, conseguenti all'accordo di infedeltà alla banca poste in essere ad ogni costo anche quello concreto di danno per la Banca").

Il Collegio ha dunque concluso ritenendo *“manifesta la violazione da parte di B. del principio di lealtà, immanente al ruolo di Direttore Generale in senso alla banca. Egli, in evidente abuso dei poteri esercitati, informati e sviati al primario interesse personale, in chiaro conflitto con quello della banca, poneva in essere una condotta gravemente infedele avallando e privilegiando pratiche di finanziamento totalmente imprudenti per la banca e accettando così il rischio del grave nocumento della medesima, pur di raggiungere il profitto personale dall’operazione parallela intentata con gli stessi clienti”*.

Il tribunale anconetano, infine, in applicazione della legge *ratione temporis* applicabile poiché più favorevole al reo, in ossequio ai principi ispiratori della riforma, ha ritenuto nella specie evidente il gravissimo pregiudizio per la concorrenza nel mercato (oltrechè per l’istituto di credito).

In conclusione - e fermo quanto precede - considerata la valenza della nuova portata della norma incriminatrice, si ribadisce che per i reati commessi sotto la vigenza del riformulato articolo 2635 c.c. ex D.lgs. 38/2017 (pur permanendo il disfunzionale regime di procedibilità a querela, della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi) viene meno la necessarietà dell’elemento del nocumento subito dalla banca e/o società, assumendo rilievo (ed incentrandosi la fattispecie) esclusivamente sulla circostanza tipica dell’accordo corruttivo posto in essere.

(1) L’art. 2641 estende anche alla fattispecie in esame la confisca obbligatoria del prodotto o del profitto del reato, nonché dei beni utilizzati per commetterlo.