

IL DELITTO DI INFEDELTÀ PATRIMONIALE (ART. 2634 C.C.) (*)

di Pietro Chiaraviglio

Il contributo si propone di analizzare la figura di reato dell'infedeltà patrimoniale dal punto di vista della sua oggettività giuridica e nei vari profili di tipicità oggettiva e soggettiva. Inoltre, particolare attenzione è dedicata all'analisi della natura e del perimetro di efficacia della clausola dei vantaggi compensativi ed ai profili di procedibilità.

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Il bene giuridico tutelato. – 3. I soggetti attivi. – 3.1. Il conflitto di interessi come presupposto della condotta. – 3.2. Le condotte tipiche. – 3.3. L'oggetto materiale: il bene sociale o il bene del terzo. – 3.4. L'evento di danno patrimoniale. – 4. L'elemento soggettivo. – 5. L'infedeltà patrimoniale nei gruppi societari. – 6. La procedibilità a querela di parte e le sanzioni.

1. Considerazioni preliminari.

Al momento della sua introduzione – ad opera del d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61¹ – il delitto di infedeltà patrimoniale si presentava come la figura di reato idonea a coprire un vuoto di tutela nella repressione dei reati contro il patrimonio sociale, in particolare quelli derivanti dagli abusi dell'organo gestorio².

Infatti, sebbene l'opportunità della criminalizzazione di condotte degli amministratori di società che utilizzano i beni sociali per scopi contrari all'interesse dell'ente fosse stata avvertita – nell'ordinamento italiano – sin dall'entrata in vigore del Codice Rocco³, il relativo presidio penalistico appariva estremamente frammentato, se

(*) Contributo destinato al volume collettaneo *Il diritto penale delle società*, in corso di pubblicazione per i tipi di Giuffrè Francis Lefebvre. Si ringraziano l'Editore ed i Curatori per aver acconsentito alla pubblicazione in questa *Rivista*.

¹ In attuazione della delega contenuta nella l. 3 ottobre 2001 n. 366.

² In senso critico, nel dibattito seguito alla delega di cui alla l. n. 366/2001, v. A. ALESSANDRI, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1550. In giurisprudenza, circa l'assenza di una norma *ad hoc* in tema di abusi degli amministratori v. Cass. sez. V, 8 ottobre 1992, Boyer, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2108 ss.

³ In questo senso, negli stessi anni in cui veniva alla luce il codice penale vigente, v. G. DELITALA, *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 183 ss. Successivamente la dottrina penalistica si è ripetutamente espressa a favore dell'introduzione di una fattispecie di infedeltà patrimoniale nel nostro ordinamento: cfr., *ex multis*, P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1941, *passim* (il cui fondamentale contributo è rivolto all'individuazione – fenomenologica e normativa – delle varie ipotesi di infedeltà patrimoniale, comprese quelle che prescindono dal contesto societario); C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

non addirittura disperso fra figure codicistiche e norme di stampo marcatamente formalistico presenti nella legislazione complementare⁴.

Da un lato, la fattispecie di reato invocata per la repressione delle condotte oggi inquadrabili nell'alveo dell'infedeltà patrimoniale è il delitto di appropriazione indebita. Tuttavia, la possibilità di punire le condotte di abuso dei beni sociali ai sensi dell'art. 646 c.p. appare, già in astratto, una soluzione solo parziale al problema della inefficace repressione del comportamento dell'amministratore infedele. Infatti, la struttura della menzionata norma incriminatrice mal si presta a ricomprendere l'intera gamma delle possibili condotte dell'amministratore infedele: a prescindere dal fatto che l'oggetto materiale del delitto in questione è limitato al denaro ed ai beni mobili, il contegno appropriativo costituisce solamente una delle possibili modalità di realizzazione dell'abuso, dato che per la tipicità dell'art. 646 c.p. è richiesto che l'amministratore disponga dei beni sociali con l'*animus* del proprietario⁵.

All'interno del codice civile, inoltre, vi erano una serie di figure delittuose specificamente dedicate alle società di capitali che avrebbero potuto inquadarsi nell'ambito dell'abuso dei beni sociali da parte dell'amministratore. Il riferimento è agli abrogati artt. 2622, 2624, 2630 comma 2 n. 1 c.c.⁶ e, specialmente, all'art. 2631 c.c.⁷. Le predette norme incriminatrici, di cui appare evidente – talvolta esplicito – il ruolo meramente sanzionatorio di precetti civilistici, scontavano notevoli problemi di effettività, non solo a causa della loro natura eccessivamente formalistica⁸. In particolare, il previgente art. 2631 c.c. – l'unica norma specificatamente destinata alla punizione dei comportamenti infedeli degli amministratori⁹ – ha patito notevoli difficoltà applicative¹⁰

1953, p. 529 ss. (ora in *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 543 ss.); G. MARINUCCI – M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 708 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 504 ss.; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1997, *passim*.

⁴ Per una efficace panoramica delle varie fattispecie di reato cui era affidata la repressione degli abusi degli amministratori sui beni societari prima del 2002, v. L. FOFFANI, *Art. 2634 cod. civ.*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO – C.E. PALIERO, II ed., Cedam, Padova, 2007, p. 2518.

⁵ Mentre, com'è noto, gli abusi dei beni sociali possono avvenire anche in casi in cui l'amministratore «riconosce e rispetta il dominio della società» sui cespiti patrimoniali dell'ente (cfr. C. PEDRAZZI, *Gli abusi*, cit., p. 546 ss., che riporta l'esempio dell'acquisto da parte dell'amministratore di un bene immobile della società ad un prezzo inferiore di quello di mercato). In questo senso, oltre all'Autore appena citato, v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, III ed., con la collaborazione di M.N. MASULLO, Giuffrè, Milano, 2007, p. 200 ss.;

⁶ Che punivano, rispettivamente, l'utilizzazione di notizie riservate (o la loro divulgazione); la contrazione di prestiti con la società amministrata o la prestazione di garanzie da parte di quest'ultima; la percezione di compensi o partecipazioni agli utili non stabiliti dall'atto costitutivo o dall'assemblea

⁷ Che puniva la mera partecipazione a deliberazioni del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo in conflitto di interessi.

⁸ Cfr., per tutti, C. PEDRAZZI, *Considerazioni generali sulle sanzioni penali nel progetto di riforma delle società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 779 ss.

⁹ In questo senso, v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 202.

¹⁰ Testimoniate dalla scarsità di pronunce giurisprudenziali reperibili in argomento; cfr. P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, in AA. VV., *I reati societari*, a cura di A. LANZI – A. CADOPPI, II ed., Cedam, Padova, 2007, p. 182, nota 11.

legate alla struttura dell'offesa scelta dal legislatore penale ed alla peculiarità del fatto tipico descritto nella norma incriminatrice¹¹.

L'assenza di una norma in tema di infedeltà patrimoniale, infine, non trovava corrispondenze nei principali ordinamenti di *civil law*. In Germania, infatti, è da lungo tempo vigente una figura di infedeltà patrimoniale (*Untreue*), tipizzata come reato comune contro il patrimonio ed inserita nel Codice penale (§ 266 *Strafgesetzbuch*), che – essenzialmente – reprime l'abuso di potere e la violazione del dovere di fedeltà di un soggetto cui è affidata la cura degli interessi patrimoniali altrui in forza di legge o a seguito di un negozio giuridico. Anche in Francia l'ordinamento penale ha previsto, sempre a partire dalla prima metà del '900, una serie di norme incriminatrici dedicate all'infedeltà patrimoniale (*Abus des biens, du crédit, des puvoirs et des voix*) che sono state definitivamente consacrate nel *Code de commerce* nel 2000; tuttavia, al contrario di quanto avvenuto in Germania, il legislatore francese ha ritenuto di limitare l'ambito di applicazione di siffatte incriminazioni al diritto penale societario¹², così come avviene attualmente nell'ordinamento spagnolo¹³.

Non stupisce, quindi, che – seppure in epoca relativamente recente – nel contesto italiano siano state avanzate diverse proposte legislative finalizzate ad apprestare una tutela effettiva del patrimonio sociale contro gli abusi cagionati dall'infedeltà dell'amministratore rispetto all'interesse dell'ente gestito.

Fra queste, la più importante è confluita nel c.d. Progetto Mirone – presentato alla Camera nel 2000 e mai tradotto in legge – che prevedeva una norma incriminatrice in tema di infedeltà patrimoniale, alla quale il vigente art. 2634 c.c. appare senz'altro ispirato¹⁴.

¹¹ In argomento, anche in relazione alle considerazioni che seguono nel corpo del testo, v. V. NAPOLEONI, *I reati societari*, vol. II, *Infedeltà ed abusi di potere*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 27 ss.

¹² L'art. L242-6 del *Code de commerce* dispone che sia punito con la reclusione di cinque anni e l'ammenda di 2.500.000 franchi il presidente, gli amministratori o i direttori generali che, in mala fede, hanno fatto dei beni e del credito della società un uso che essi sanno contrario all'interesse sociale, a fini personali o per favorire un'altra società o impresa nella quale hanno un interesse, diretto o indiretto (n. 3°) ovvero il presidente, gli amministratori o i direttori generali che, in mala fede, hanno fatto dei poteri e dei voti di cui dispongono in ragione della loro carica un uso che essi sanno contrario all'interesse sociale, a fini personali o per favorire un'altra società o impresa nella quale hanno un interesse, diretto o indiretto (n. 4°). Per i necessari approfondimenti v. S. GIAVAZZI, *I reati societari in Francia*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 491 ss. e, seppure con riferimento alla pregressa e parzialmente differente formulazione delle norme sopra citate contenuta nella legge 24 luglio 1966 n. 66-537 all'art. 437-3° e 4°, M. DELMAS-MARTY – G. GIUDICELLI-DELAUGE, *Droit pénal des affaires*, IV ed., Presses Universitaires de France, Parigi, 2000, p. 341 ss.

¹³ L'art. 295 della *Ley Orgánica* n. 10/1995, *Código penal* stabilisce che gli amministratori di fatto o di diritto o i soci di qualsiasi società costituita o in corso di costituzione che, a beneficio proprio o di un terzo, con abuso delle funzioni della propria carica dispongono fraudolentemente dei beni della società o contraggono obbligazioni a carico della stessa causando direttamente un pregiudizio economicamente quantificabile ai soci, depositari, associati o titolari di beni, valori o capitali amministrati, sono puniti con la reclusione da sei mesi a quattro anni o con la multa pari al triplo del beneficio ottenuto. In argomento v. M. MIEDICO, *I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 581 ss.

¹⁴ [Disegno di legge n. 7123 presentato alla Camera dei Deputati il 21 giugno 2000](#). La norma ivi prevista all'art. 10, comma 1 lett. a n. 12) è molto simile a quella che sarà prevista nella legge delega di riforma del diritto societario (v. nota successiva) dalla quale diverge, principalmente, per una diversa configurazione

È, quindi, solo nel 2001, con l'approvazione della legge delega per la riforma del diritto societario (l. 3 ottobre 2001 n. 366) che si profila come inevitabile l'ingresso nell'ordinamento italiano della fattispecie di infedeltà patrimoniale¹⁵.

2. Il bene giuridico tutelato.

La fattispecie di infedeltà patrimoniale prevista dall'art. 2634 c.c. è incentrata sulla tutela del patrimonio sociale¹⁶; questa connotazione è resa manifesta dall'esistenza di un danno patrimoniale quale evento della fattispecie e dalla procedibilità a querela della persona offesa¹⁷.

La norma di nuovo conio, dal punto di vista dell'offensività, rappresenta un'apprezzabile evoluzione del vecchio conflitto di interessi, nel senso che l'opzione politico criminale di privatizzazione degli interessi tutelati ha portato all'abbandono di un modello di incriminazione basato sulla mera violazione di doveri civilistici, la cui rilevanza eziologica sulla situazione patrimoniale della società amministrata avrebbe anche potuto essere nulla¹⁸. In altri termini, nel caso dell'art. 2634 c.c., il fuoco di tutela sul patrimonio sociale appare conforme all'inevitabile esigenza di rispetto del principio di offensività¹⁹.

Più problematico, invece, è l'altro 'indice' di privatizzazione presente nell'art. 2634 c.c. e cioè la procedibilità a querela di parte. In questo caso, la scelta legislativa desta notevoli perplessità poiché pone l'ente, quale persona offesa del reato, nella scomoda

del dolo specifico e per l'assenza di condizioni di procedibilità.

¹⁵ L'art. 11, comma 1 lett. a n. 12) della l. 3 ottobre 2001 n. 366, infatti, descrive la futura norma incriminatrice sull'infedeltà patrimoniale come «consistente nel fatto degli amministratori, direttori generali e liquidatori i quali, in una situazione di conflitto di interessi, compiendo o concorrendo a deliberare atti di disposizione di beni sociali al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, ovvero altro vantaggio, intenzionalmente cagionano un danno patrimoniale alla società». Il legislatore delegato, in aggiunta, dovrà «estendere la punibilità al caso in cui il fatto sia commesso in relazione a beni posseduti dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale» e «specificare che non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se, se esso è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo».

¹⁶ Sul punto la giurisprudenza è concorde; cfr., tra le altre, Cass., sez. V, 9 maggio 2012 n. 29036, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1602 (la sentenza integrale è disponibile in *Dejure*); Cass., sez. II, 25 febbraio 2009 n. 24824 in *Dejure*; Cass., sez. V, 5 marzo 2008 n. 13110, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1689 ss. In dottrina, in questi termini v., di recente, N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, Cedam, 2020, p. 146 ss.; F. CONSULICH, *Art. 2634 – Infedeltà patrimoniale*, in AA. VV., *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. PERINI, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 472; S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, II, I reati societari*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 108 ss.; E. M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'economia*, Bologna, Zanichelli, 2016, p. 210 ss.

¹⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1011 ss.

¹⁸ Cfr. V. NAPOLEONI, *I reati societari*, cit. p. 69 ss.

¹⁹ Cfr. A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, in A. D'AVIRRO – G. MAZZOTTA, *I reati "d'infedeltà" nelle società commerciali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 33 ss., in questo senso v. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 116 ss.

posizione di dover proporre querela contro il proprio amministratore (anche prescindendo dal problema dell'individuazione dell'organo societario cui questo compito può essere attribuito)²⁰.

Quanto alla concreta fisionomia che questo bene giuridico assume nell'ambito della fattispecie di infedeltà patrimoniale, è possibile rilevare come la condotta tipica consista in un atto di disposizione del bene sociale cui è legato eziologicamente l'evento di danno patrimoniale. Appare, perciò, necessario che l'oggetto materiale dell'atto di disposizione sia un bene che concorre a formare l'attivo patrimoniale dell'ente e che, quindi, possieda un obiettivo valore di scambio²¹; non potranno, invece, essere presi in considerazione sia i beni esclusivamente strumentali al soddisfacimento dei bisogni umani – che difficilmente possono trovare apprezzamento quali cespiti patrimoniali attivi di una persona giuridica – sia i beni che, essendo privi di un valore di scambio, non sono idonei a costituire il mezzo tramite il quale l'ente può svolgere la propria attività sociale²².

Quanto sopra detto si adatta particolarmente all'ipotesi d'infedeltà interna di cui al primo comma dell'art. 2634 c.c. per la quale, come già accennato, l'individuazione del patrimonio della società quale interesse tutelato dall'ipotesi è, sostanzialmente, pacifica in dottrina²³. Più precisamente, l'oggetto della tutela consiste nell'integrità patrimoniale dell'ente amministrato, che può essere lesa dal soggetto attivo del reato nel momento in cui egli agisce perseguendo scopi incompatibili con l'interesse alla salvaguardia ed all'incremento del patrimonio sociale.

L'atto infedele di disposizione di un bene sociale incide esclusivamente sulla consistenza patrimoniale dell'ente titolare di quel bene e, di conseguenza, anche del bene giuridico protetto; l'oggettività giuridica delineata dall'art. 2634 c.c., quindi, non sembra concedere margini di ingresso a posizioni patrimoniali differenti da quella della società amministrata dall'autore del reato e, in particolare, al patrimonio dei creditori e dei soci dell'ente, solo indirettamente tutelato dalla norma penalistica²⁴.

²⁰ V., *infra*, par. 6.

²¹ Nel senso del testo v. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 113.

²² Con ciò assumendo rilevanza la concezione economica di patrimonio; cfr. V. MILITELLO, voce *Patrimonio (Delitti contro il)*, in *Digesto disc. penalistiche*, vol. IX, Utet, Torino, 1995, p. 287 ss. Per una completa analisi della fisionomia che il bene giuridico protetto assume nel contesto del diritto penale dell'economia (non completamente coincidente con quello in cui le riflessioni sulla nozione di patrimonio sono state inizialmente elaborate), v. C. LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale. Profili sistematici e di politica criminale*, Esi, Napoli, 2013, p. 29 ss. e ID., *I reati predatori contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 904 ss.

²³ In questo senso, oltre gli Autori citati alla nota 16, v. A. L. MACCARI, *Art. 2634*, in AA. VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. GIUNTA, Giappichelli, Torino, 2002, p. 154; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 186; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 206. C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, in AA. VV., *La disciplina penale dell'economia*, vol. II, *Società, fallimento e finanza*, a cura di C. SANTORIELLO, Giappichelli, Torino, 2008, p. 175. In termini differenti, invece, si esprime V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in AA. VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA – S. SEMINARA, Cedam, Padova, 2002, p. 486, per il quale l'interesse protetto dall'infedeltà patrimoniale sarebbe anche «il dovere oggettivo di correttezza che non deve portare a strumentalizzare l'ufficio per fini privati ed estranei all'oggetto sociale».

²⁴ *Contra*, v. A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 36. Per ulteriori approfondimenti v., *infra*, par. 6.

Una diversa riflessione, invece, si impone per l'infedeltà esterna di cui al secondo comma dell'art. 2634 c.c., che estende la punibilità anche ai comportamenti infedeli che si estrinsecano sui beni posseduti o amministrati dalla società per conto terzi.

In questo caso, l'oggetto della tutela diventa il patrimonio dei terzi che hanno affidato alla società un proprio bene²⁵; tuttavia, la dottrina si è interrogata sulla possibilità che, unitamente al patrimonio del terzo, la fattispecie in esame sia comunque finalizzata alla tutela del patrimonio sociale.

Secondo una prima linea di pensiero, la soluzione affermativa si imporrebbe in quanto la fattispecie in esame è posta a salvaguardia della ricchezza disponibile alla società gestita dall'amministratore infedele²⁶ o, comunque, in ragione del fatto il pregiudizio per il bene del terzo si riverbererebbe necessariamente in un danno per il patrimonio della società, che rimarrebbe esposta all'azione di responsabilità *ex art.* 2395 c.c.²⁷.

L'impostazione preferibile, invece, ritiene che l'oggettività giuridica dell'ipotesi di infedeltà esterna non possa riguardare interessi afferenti alla società, ma solo quelli del terzo²⁸. Questo orientamento restrittivo è motivato dalla considerazione che la condotta infedele attinge esclusivamente il bene del terzo e che il patrimonio sociale subisce solo un pericolo di apprensione da parte del terzo danneggiato, che può esperire i rimedi previsti dall'ordinamento contro l'ente (oltre che contro l'amministratore infedele). Inoltre, i beni del terzo non rappresentano un cespite patrimoniale disponibile per la società che li possiede o li amministra che, se non essendone proprietaria, è tenuta al rispetto di uno schema contrattuale vincolante quanto alla loro modalità di utilizzo.

3. I soggetti attivi.

L'art. 2634 c.c. è un reato proprio: la norma incriminatrice seleziona come soggetti attivi del reato gli amministratori, i direttori generali ed i liquidatori.

Il reato proprio, come è noto, costituisce una specifica categoria di illecito penale la cui ragion d'essere risiede in un particolare rapporto fra bene giuridico tutelato e soggetto attivo²⁹. Tuttavia, la sussistenza di un simile rapporto non rileva esclusivamente

²⁵ L'ipotesi tipica riguarda le società di intermediazione mobiliare, in ambito bancario o finanziario, che ricevono in gestione o in custodia dei beni appartenenti al patrimonio dei loro clienti. Per l'analisi dell'ambito di operatività del secondo comma dell'art. 2634 c.c. v., *infra.*, par. 3.2.

²⁶ Cfr. G.G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, a cura di S. AMBROSINI, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, p. 493 e, in senso conforme, A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, *I reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*, XIII ed., a cura di C.F. GROSSO, Giuffrè, Milano, 2007, p. 417.

²⁷ F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, vol. I, *Delitti contro l'economia pubblica e reati societari*, II ed., Giappichelli, Torino, 2004, p. 291.

²⁸ Cfr. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 120; alla stessa conclusione sembra pervenire anche L. FOFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356.

²⁹ In proposito, nell'ambito del diritto penale dell'impresa, v. per tutti, A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Utet, Torino, 1992, p. 200 ss.

di per sé, ma, anche, in quanto il comportamento del soggetto qualificato costituisce la violazione di un dovere attinente a quel rapporto – un dovere di correttezza – che contribuisce a incrementare il disvalore di condotta della specifica fattispecie rispetto ad analoghi fatti commessi da soggetti non qualificati³⁰.

Nel caso dell'infedeltà patrimoniale, la scelta delle qualifiche soggettive si basa sull'identificazione della relazione che intercorre fra coloro che detengono il potere di porre in essere atti di gestione che impegnano la società ed il patrimonio sociale; simile rapporto, poi, è – normativamente – qualificato da una serie di doveri di lealtà e di cura degli interessi societari³¹.

Questa caratteristica strutturale del delitto in esame si concilia perfettamente con la scelta legislativa di escludere dall'elenco dei soggetti attivi i sindaci. Infatti, i sindaci sono estranei alla relazione che si instaura fra i soggetti qualificati dall'art. 2634 c.c. – che agiscono nell'ambito dei processi decisionali dell'ente – ed il patrimonio sociale, in quanto all'organo sindacale spetta esclusivamente un ruolo di controllo di scelte di gestione operate dagli organi preposti³². La condotta del sindaco che consente il verificarsi di un evento pregiudizievole per il patrimonio sociale non si presta, quindi, a determinare direttamente quel maggiore grado di disvalore tipico dei reati propri che, invece, compete al fatto di gestione dell'amministratore che produce il medesimo risultato.

Tuttavia, com'è noto, la qualifica di reato proprio non impedisce l'applicazione dell'istituto del concorso di persone nel reato. Questa ipotesi potrà riguardare, in via prioritaria, i sindaci, tramite il combinato disposto degli artt. 110 e 40 comma 2 c.p.³³. Similmente, potranno rispondere a titolo di concorso commissivo i soggetti che gravitano intorno alla struttura societaria quali, ad es., il socio che si intromette

³⁰ Cfr. E. VENAFFRO, voce *Reato proprio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Utet, Torino, 1996, p. 342. Ciò vale, in particolar modo per quelle ipotesi di infedeltà patrimoniale che possono ricadere nell'ambito di operatività dell'art. 646 c.p. per le quali l'art. 2634 c.c. configura un reato proprio non esclusivo. Curiosamente, tuttavia, per effetto della rimodulazione della cornice edittale dell'appropriazione indebita operata dalla l. n. 3/2019 (reclusione da due a cinque anni), l'infedeltà patrimoniale – carica di un maggior disvalore derivante dalla qualifica soggettiva – è punita in modo più blando.

³¹ Che possono essere riassunti nel dovere di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e nel perseguimento dell'interesse sociale. In argomento v. A. ROSSI, *Art. 2392 c.c.*, in AA. V.V., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, vol. I, Cedam, Padova, 2005, p. 790 ss.; G. DAL SASSO, *Art. 2497 c.c.*, in AA. V.V., *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. III, Cedam, Padova, 2005, p. 2337 ss.; G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 471 ss.

³² In senso conforme al testo, con accento sull'assenza di poteri di gestione da parte dei sindaci, v. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 126; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 186; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 209; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in AA. V.V., *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Utet, Torino, p. 403; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 351.

³³ Cfr. L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 351. Ovviamente, dovranno essere sussistenti tutti i requisiti derivanti dall'esatta valutazione della portata degli obblighi di controllo e, soprattutto, dei poteri impeditivi che l'ordinamento stabilisce per questi soggetti; in proposito, dopo la riforma del diritto societario, v., fra gli altri, L.D. CERQUA, *La responsabilità dei sindaci nelle società per azioni*, in *Giur. merito*, 2003, p. 1914 ss. e, più in generale, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, p. 185 ss.

(sporadicamente) nella gestione sociale³⁴, il professionista della società³⁵ e, in ultimo, anche terzo percettore del profitto generato dalla condotta infedele³⁶.

Qualora, poi, il contributo causale del terzo *extraneus* si configurasse quale esercizio continuativo dei poteri tipici della carica di amministratore, si configurerebbe la seconda ipotesi di ampliamento dell'ambito di soggettiva applicabilità dell'art. 2634 c.c.: l'estensione delle qualifiche soggettive prevista dall'art. 2639 c.c.³⁷. Tramite questa norma, infatti, il legislatore ha provveduto – fra l'altro – a dotare di dignità positiva la figura dell'amministratore di fatto, precedentemente individuato come soggetto che risponde direttamente del reato societario, a prescindere dall'assunzione formale della carica e dalla sussistenza degli estremi del concorso nel reato dell'amministratore di diritto³⁸.

Non vi sono particolari problemi interpretativi circa la nozione di amministratore, quantomeno nel caso di società che adotta il sistema 'tradizionale' di amministrazione e controllo.

Per ciò che concerne l'attribuzione della qualifica di amministratore, ai sensi dell'art. 2364 comma 1 n. 2 c.c. potrà essere soggetto attivo del reato di infedeltà patrimoniale il soggetto nominato dall'assemblea dei soci ovvero, ai sensi dell'art. 2328 comma 2 n. 11 c.c., chi è indicato come primo amministratore nell'atto costitutivo.

L'art. 2634 c.c. appare modellato sul sistema tradizionale di gestione e controllo e non sembra contemplare i membri del consiglio di gestione³⁹. Ovviamente, l'incriminabilità dei consiglieri di gestione non può derivare da un procedimento analogico – tramite l'assimilazione di questa figura a quella del consigliere di amministrazione –, ma sarà necessario individuare una norma che, espressamente, produca un simile risultato. A questo proposito è stato invocato⁴⁰ l'art. 2380 comma 3

³⁴ Una tesi giurisprudenziale (G.I.P. Forlì, ord.10 maggio 2004, in *Guida dir.*, 2004, n. 92, p. 95 ss.) ritiene, invece, che il socio debba essere direttamente qualificato come soggetto attivo del reato di infedeltà patrimoniale. La Corte costituzionale, che si esprime sul punto, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione (Ord. 6 dicembre 2006 – 19 dicembre 2006 n. 437) senza entrare nel merito delle argomentazioni proposte (rilevando difetto di motivazione del remittente e l'impossibilità di pervenire ad una pronuncia additiva in *malam partem*). Tuttavia, sembra agevole replicare che i soci che concorrono a deliberare l'atto di gestione in ragione del potere correlato alla quota di capitale posseduta risponderanno a titolo di concorso nel reato dell'amministratore, senza necessità di modificare l'art. 2634 c.c.

³⁵ In tema v., di recente, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 55 ss.

³⁶ Pur richiedendosi, in relazione a soggetti completamente estranei all'organizzazione societaria, la prova rigorosa della valenza causale del comportamento dell'*extraneus* (la previa intesa ovvero un comportamento di persuasione o sollecito) rispetto all'intraneo (Cass. sez. V, 21 aprile 2017 n. 35767 in *Dejure*; in termini molto meno puntuali sui requisiti del contributo causale del percettore del vantaggio patrimoniale v. Cass., sez. V, 18 novembre 2015 n. 22495, in *Dejure*).

³⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 37 ss.

³⁸ In questo senso v. L. CONTI, *I soggetti*, in AA. VV., *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. D'AMATO, Cedam, Padova, 1990, p. 235.

³⁹ Non si pongono problemi, invece, nel caso in cui la società abbia adottato il sistema 'monistico' in quanto in questo caso i componenti dell'organo collegiale di gestione sono denominati amministratori (art. 2409-*septiesdecies* c.c.).

⁴⁰ V. N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio: casi e problemi*, II ed., Cedam, Padova, 2004, p. 49.

c.c., in base al quale «salvo che sia diversamente stabilito, le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori si applicano a seconda dei casi al consiglio di amministrazione e al consiglio di gestione». Per contro, è stato correttamente notato come la disposizione appena menzionata renda applicabile la disciplina prevista individualmente per gli amministratori (nel sistema tradizionale) all'intero consiglio di amministrazione (organo necessariamente collegiale del sistema monistico) o al consiglio di gestione (organo necessariamente collegiale del sistema dualistico); di conseguenza, l'attribuzione della responsabilità penale ex artt. 2634 c.c. al singolo componente dell'organo collegiale (consigliere di amministrazione del dualistico o consigliere di gestione nel monistico) richiederebbe un'ulteriore ed esplicita specificazione normativa rispetto all'art. 2380 comma 3 c.c.⁴¹. Vi è, tuttavia, un'altra norma che consente di pervenire al medesimo risultato ed è contenuta nell'art. 223-septies delle disposizioni di attuazione al Codice civile, come modificato in occasione della riforma del diritto societario del 2003⁴². Il richiamo normativo ai singoli componenti dell'organo collegiale previsto in quella sede rende direttamente applicabile l'incriminazione individuale al singolo amministratore, senza possibili dubbi di applicazione analogica della norma⁴³.

La *ratio* dell'inclusione dei direttori generali nell'area di punibilità dell'art. 2634 c.c. risiede nel ruolo apicale ed autonomo svolto da questi soggetti all'interno dell'organizzazione societaria⁴⁴. Infatti, il direttore generale, pur essendo dipendente della società, si colloca immediatamente al di sotto dell'organo di gestione e ne attua le decisioni conservando una certa autonomia e, talvolta, un esclusivo potere di disposizione patrimoniale attribuito per statuto⁴⁵ che giustifica l'estensione della disciplina della responsabilità dell'amministratore alla figura in esame⁴⁶.

⁴¹ Cfr. M.M. SCOLETTA, *Le false comunicazioni sociali. Bilanci e prospettive*, Monbosco, Pavia, 2012, p. 40.

⁴² Più precisamente, dall'art. 9 comma 2 lett. a) d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, che così recita: «Se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico. Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi»

⁴³ In questo senso v., nuovamente, M.M. SCOLETTA, *Le false comunicazioni sociali*, cit. loc. cit. Tuttavia, la norma in esame concerne le sole norme sugli amministratori contenute nel codice civile, con espressa esclusione di quelle previste nella normativa complementare.

⁴⁴ Sulla figura del direttore generale v., per tutti, A. BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975, *passim* (ma, con particolare riferimento al loro statuto penale, p. 36 ss.) e P. ABBADESSA, *Il direttore generale*, in AA. VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – B. PORTALE, vol. IV, Utet, Torino, 1991, p. 463 ss.

⁴⁵ Sulla valutazione del grado di autonomia dei direttori generali nei confronti dell'organo amministrativo v. S. PACCHIAROTTI, *Art. 2369*, in AA. VV., *Codice commentato delle nuove società*, a cura di G. BONFANTE – D. CORAPI – G. MARZIALE – R. RORDORF – V. SALAFIA, Assago, Ipsoa, 2004, p. 489 ss.

⁴⁶ In questo senso, anche se in relazione ai reati fallimentari, v. C. PEDRAZZI, *Art. 223* in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1995, p. 270, ora in *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 419 ss.

Anche la scelta di inclusione dei liquidatori nel novero dei soggetti attivi del delitto di infedeltà patrimoniale appare coerente con la *ratio* dell'incriminazione. I liquidatori sono i soggetti preposti alla gestione patrimoniale della società in relazione alla quale sono intervenute delle cause di scioglimento del contratto sociale. L'attuale disciplina di questa figura è prevista dagli artt. 2276 e ss. c.c. che, in estrema sintesi, conferiscono al liquidatore il potere di gestione esclusiva del patrimonio sociale finalizzato alla sua trasformazione in denaro al fine distribuire il ricavato fra creditori e soci.

Ne consegue che, limitatamente alla fase della liquidazione, questo soggetto attivo è paragonabile all'amministratore della società operativa, quanto a estensione dei poteri di gestione. In questo senso, anche il divieto di compiere operazioni nuove (art. 2279 c.c.) costituisce una particolare forma di responsabilità del liquidatore, ma non ne limita i poteri di gestione⁴⁷. Si comprende, quindi, come a parità di poteri di gestione corrisponda l'assoggettabilità dei liquidatori alle medesime fattispecie di reato previste per gli amministratori⁴⁸.

In ultimo, l'individuazione dei soggetti attivi effettuata dall'art. 2634 c.c. dispiega i propri effetti anche in relazione a enti che svolgono attività creditizia sebbene non costituiti in forma societaria (art. 135 d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385, c.d. Testo Unico Bancario e, secondo la Cassazione, anche alle società cooperative⁴⁹).

3.1. *Il conflitto di interessi come presupposto della condotta.*

Come per il previgente art. 2631 c.c., nella fattispecie di infedeltà patrimoniale il conflitto di interessi di cui si rende portatore il soggetto attivo del reato costituisce la chiave di volta della struttura dell'incriminazione⁵⁰.

In primissima approssimazione, il conflitto di interessi dell'amministratore (o di un altro soggetto attivo) consiste nel perseguimento di un interesse proprio (o altrui) che sia antagonista rispetto all'interesse sociale⁵¹.

Appare inevitabile, in questa sede, premettere alcuni cenni cursori alle principali concezioni della nozione di interesse sociale.

Tradizionalmente, fra gli studiosi del diritto societario⁵², si suole distinguere fra le teorie istituzionalistiche e teorie contrattualistiche dell'interesse sociale. La

⁴⁷ Nel senso del testo v. G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in AA. VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – B. PORTALE, vol. VII***, Utet, Torino, 1997, p. 587 ss.

⁴⁸ V., nuovamente, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 275.

⁴⁹ Cass. sez. V, 30 novembre 2012 n. 6189 in *Dejure*.

⁵⁰ In senso concorde v., fra gli altri, F. CONSULICH, *Art. 2634*, cit., p. 473 secondo cui simile elemento, pur essendo presupposto del fatto, è in grado di illuminare di disvalore le altre componenti dell'elemento oggettivo del reato che, altrimenti, non ne dimostrebbero uno autonomo.

⁵¹ In questi termini, ad es., A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 158.

⁵² Su questo argomento, senza pretese di completezza, v. T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune*, in *Studi in tema di società*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 164 ss.; L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434 ss.; A. MIGNOLI,

fondamentale differenza fra le due impostazioni risiede nel fatto che, secondo le teorie istituzionalistiche, l'interesse sociale riguarda l'impresa sociale – considerata come autonomo soggetto – e si caratterizza per essere indipendente e superiore sia all'interesse dei singoli soci sia alla somma degli interessi dei soci; diversamente, le teorie contrattualistiche spostano l'accento sull'identificazione di un interesse oggettivo e identificano l'interesse sociale con l'interesse dei soli soci, proiettato sul raggiungimento dell'oggetto sociale⁵³.

Le teorie istituzionalistiche sono state oggetto di critica, in particolare, perché rendono estremamente complessa l'individuazione del contenuto dell'interesse sociale, specificamente del *quid pluris* di interesse che non è riferibile ai soci (anche nella loro dimensione collettiva), ma solo alla società-istituzione⁵⁴. Al contrario, secondo le teorie contrattualistiche l'identificazione del contenuto dell'interesse sociale è incentrata, principalmente, sul valore complessivo delle azioni (o quote) della società⁵⁵.

Nell'ambito del diritto penale societario, sembra di potersi affermare che la nozione di interesse sociale recepita dalla dottrina sia quella contrattualistica. Infatti, l'opinione prevalente – già in relazione all'art. 2631 c.c. nella precedente formulazione⁵⁶ – evidenziava come l'unica accezione mutuabile di interesse sociale fosse quella incardinata sull'interesse dei singoli soci, valutato obbiettivamente come ciò che «rappresenti l'optimum per gli interessi particolari qualitativamente uguali dei soci stessi»⁵⁷, prescindendo da altri elementi extrasociali. Simile nozione penalistica di interesse sociale ha trovato una conferma con la riforma del 2002, nella quale il legislatore, come

L'interesse sociale, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964, *passim*; A. GAMBINO, Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni, Giuffrè, Milano, 1987, p. 204 ss.; L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi di amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 189 ss. e, dopo la riforma del 2003, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma della società*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 145 ss.; P. MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 243 ss.

⁵³ In realtà anche nell'ambito di ciascuna delle due 'macroteorie', istituzionalistica e contrattualistica si registrano posizioni talmente diverse da rendere incerto un loro inquadramento; su questi aspetti v., con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in AA. VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – B. PORTALE, vol. III**, Utet, Torino, 1993, p. 8 ss.

⁵⁴ Cfr., nuovamente, D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 8 ss.

⁵⁵ Cfr. P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 804 ss. Secondo l'Autore, comunque siffatto valore (*shareholder value*) risulta dipendente dal valore dell'impresa societaria (p. 812) e, quindi, sensibile alla diminuzione del patrimonio sociale.

⁵⁶ M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi*, cit., p. 60 ss.; F. STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi*, cit., p. 948 ss.; V. NAPOLEONI, *I reati societari*, cit. p. 37 ss. Diversamente, la giurisprudenza che ha sostenuto l'impostazione formalistica del previgente art. 2631 c.c. (v. *infra* nel corpo del testo) – ritenendo sussistente il reato in assenza di un danno patrimoniale alla società e, di conseguenza, al valore della partecipazione dei soci – legittimava l'applicazione della sanzione penale per il solo fatto degli amministratori che non adempivano ad obblighi di astensione a tutela di un interesse sociale di tipo istituzionale.

⁵⁷ L. CONTI, *Artt. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. GALGANO, III ed., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 270.

già illustrato, ha posto l'accento sul danno patrimoniale per i soci e sulla procedibilità a querela per numerosi reati societari⁵⁸.

Se, da un lato, la nozione di interesse sociale mantiene notevoli margini di incertezza, la definizione di conflitto di interesse, quantomeno in astratto, non presenta specifici problemi interpretativi, dovendosi ritenere sussistente il conflitto ogniqualvolta vi sia inconciliabilità fra l'interesse sociale e l'interesse perseguito dall'*intra-neus* che, comunque, si orienta verso il raggiungimento di un fine extrasociale⁵⁹.

Il problema, semmai, risiede nell'individuazione dei criteri per la valutazione del conflitto di interessi rilevante per l'integrazione del fatto tipico.

A ben vedere, analogo dibattito era già sorto in relazione previgente art. 2631 c.c.; non appare inutile illustrarne sinteticamente gli aspetti essenziali dato che, come si vedrà, essi permangono nel loro nucleo essenziale in relazione al vigente art. 2634 c.c.

Vi erano due posizioni contrapposte circa la valutazione della sussistenza di un conflitto fra l'interesse sociale e l'interesse dell'amministratore (o di un altro soggetto attivo del reato).

Il primo orientamento, c.d. formalistico, si fondava sul dato letterale del previgente art. 2631 c.c. e riteneva che ogni deliberazione assunta dall'amministratore in presenza di un interesse divergente da quello sociale integrasse un conflitto di interessi che, pertanto, doveva essere valutato in astratto.

Questa tesi – prevalente in giurisprudenza – traeva spunto dalla lettera dell'abrogato reato di conflitto di interessi che non richiedeva la presenza di un danno derivante dalla condotta di mancata astensione, essendo questa eventualità disciplinata come mera circostanza aggravante dal secondo comma del previgente art. 2631 c.c.⁶⁰; inoltre, a conferma di questa impostazione, vi era la corrispondente disciplina civilistica che prevedeva l'annullabilità della deliberazione consiliare anche solo in caso di pericolo di danno per la società⁶¹.

Il secondo orientamento, c.d. sostanzialistico⁶², riteneva invece indispensabile una valutazione in concreto della situazione di contrasto fra interesse perseguito dal

⁵⁸ In questo senso v. L. CONTI, *Artt. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. GALGANO, IV ed., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 2004, p. 194. Secondo la terminologia proposta da parte della dottrina, si tratterebbe di un conflitto dinamico inteso in senso sostanziale (Cfr. R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743 ss.).

⁵⁹ V., per tutti, M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi*, cit., p. 59 ss.

⁶⁰ Cfr. C. PEDRAZZI, *Gli abusi*, cit., p. 580 ss.; F. STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi*, cit., p. 941 ss.; G. ZUCCALÀ, *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 165 ss. In giurisprudenza v. Cass. sez. V, 4 luglio 1989, Grieco, in *Cass. pen.*, 1991, p. 307 ss.; Cass. sez. V, 11 dicembre 2000, n. 6899, in *Cass. pen.*, 2002, p. 354 ss.

⁶¹ Cfr. L. CONTI, *Artt. 2621-2642*, cit., 1988, p. 243 ss.

⁶² Cfr. M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi*, cit., p. 150 ss.; L. FOFFANI, *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. La problematica penalistica*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 95 ss.; G.P. ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1044 ss.; V. NAPOLEONI, *I reati societari*, cit., p. 69 ss.; E. MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in AA. VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – B. PORTALE, vol. XI, Utet, Torino, 1993, p. 375 ss. Aderiscono a questa tesi, in giurisprudenza, Cass. Sez. III, 25 febbraio 1959, Sansonetti e Torraca, cit.;

soggetto attivo e interesse sociale. A questo scopo, gli indici elaborati dalla dottrina inerivano l'effettività, l'attualità, l'oggettività del conflitto⁶³. Secondo questa impostazione, quindi, non ogni conflitto di interesse dell'amministratore che prende parte alla delibera assembleare poteva ritenersi rilevante, ma solo quello che avesse presentato, al momento della partecipazione all'atto collegiale, un obbiettivo grado di divergenza con l'interesse sociale il cui sacrificio avrebbe potuto condurre ad esiti pericolosi per l'integrità patrimoniale della società⁶⁴.

Le ragioni che confortavano questo orientamento muovevano dal carattere sanzionatorio dell'art. 2631 c.c. rispetto alla disciplina civilistica contenuta nell'art. 2391 c.c. (entrambi nelle versioni previgenti) e si basavano sulla necessità che la norma penale sanzionatoria non fosse applicata in situazioni estranee all'ambito di tutela civilistico⁶⁵ quale, ad esempio, l'ipotesi in cui il voto dell'amministratore in conflitto non fosse risultato determinante per l'adozione della delibera⁶⁶.

Ciò premesso in relazione alle discussioni relative alla precedente incriminazione del conflitto di interessi rilevante ai fini dell'art. 2631 c.c. previgente, risulta più agevole delinearne i tratti tipici nell'ambito dell'attuale art. 2634 c.c.

La fattispecie di infedeltà patrimoniale, infatti, è indiscutibilmente caratterizzata da un evento di danno patrimoniale⁶⁷. Questa considerazione appare decisiva per ritenere, come avvenuto per l'opzione sostanzialistica nel già previsto art. 2631 c.c., che il conflitto di interessi debba avere un carattere patrimoniale e, pertanto, richieda una valutazione oggettiva⁶⁸.

La struttura di reato d'evento della vigente fattispecie di infedeltà patrimoniale impone che, oltre all'oggettiva valutabilità, siano anche rispettati i canoni dell'effettività e dell'attualità del conflitto di interessi, già elaborati dalle teorie sostanzialistiche sull'art. 2631 c.c. previgente⁶⁹.

G.I.P. Roma, sent. 22 dicembre 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2186.

⁶³ Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi*, cit., p. 72 ss.

⁶⁴ Nel senso del testo v. V. NAPOLEONI, *I reati societari*, cit., p. 41 ss.

⁶⁵ Cfr. M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi*, cit., p. 154 ss.

⁶⁶ Cfr. nuovamente, M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi*, cit., p. 115 ss. e, nello stesso senso fra gli studiosi del diritto societario, L. MENGONI, *Appunti per una revisione*, cit., p. 449 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 213.

⁶⁷ V., *infra*, par. 3.4.

⁶⁸ Sul requisito dell'oggettività del conflitto la dottrina appare unanime; cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 212 ss.; C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 176 ss.; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 407; E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 512; A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 158; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 287; A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, cit., p. 422; F. CONSULICH, *Art. 2634*, cit., p. 476 ss. e N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 146 ss. In giurisprudenza v. Cass., sez. II, 6 maggio 2011 n. 20062 in *Cass. pen.*, 2012, p. 2585 ss. e Cass., sez. II, 27 marzo 2008 n. 15879, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1237 ss. (la sentenza integrale è reperibile in *Dejure*).

⁶⁹ In questo senso v. A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, cit., p. 421. Per una recente e vigorosa riaffermazione della necessaria effettività, attualità ed oggettiva valutabilità del conflitto di interessi v. Cass., sez. V, 4 giugno 2019 n. 40446, in *Dejure* e Cass., sez. V, 30 ottobre 2018 n. 55412, in *Dejure*.

Il requisito dell'effettività⁷⁰, impedisce che la valutazione dell'incompatibilità fra interesse sociale e interesse dell'amministratore sia eseguita in astratto, secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*⁷¹.

Il conflitto di interessi, inoltre, deve sussistere al momento del compimento della condotta tipica. È questo il requisito dell'attualità⁷², che impone di escludere dall'area di applicazione dell'infedeltà patrimoniale il conflitto preesistente – che si è già consumato in un danno patrimoniale al momento di effettuazione dell'atto di disposizione – e, soprattutto, il conflitto futuro, che non si è ancora concretizzato al momento dell'azione tipica.

Il requisito dell'attualità dell'interesse, tuttavia, non deve essere interpretato nel senso di escludere tutti i conflitti di interessi che sono sorti prima dell'atto di disposizione del bene sociale. Al contrario, il conflitto di interessi deve essere preesistente all'atto di disposizione⁷³, sebbene ancora sussistente in quel momento, ovvero sia non ancora tradotto in danno. La necessaria preesistenza del conflitto di interesse, quindi, implica che la condotta tipica sia la concretizzazione – dannosa – della situazione di antagonismo fra interesse sociale ed interesse del soggetto attivo, costituendo un *prius* logico – anche se non necessariamente eziologico⁷⁴ – rispetto all'atto di disposizione infedele del bene sociale. Da queste considerazioni discende l'importante precisazione che l'interesse extrasociale che si pone in conflitto con quello

⁷⁰ Sulla necessità di un conflitto di interessi effettivo v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 212 ss.; E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, cit., p. 512; A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 158; C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 176 ss.; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 407; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 287; in giurisprudenza v. Cass., sez. II, 16 novembre 2012 n. 3397, in *Dejure*; Cass., sez. V, 18 novembre 2004 n. 10688, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3781 ss.; Cass., sez. V, 24 aprile 2003 n. 23241, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 750 ss. (il testo integrale della sentenza è disponibile in *Dejure*) In senso difforme si pone P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 190 ss. per il quale la l'effettività del conflitto di interessi qualifica la fattispecie di infedeltà in generale ma non il presupposto della condotta singolarmente considerato in quanto, secondo l'Autore, sono il dolo specifico di ingiusto profitto ed il dolo intenzionale di danno ad assicurare che l'interesse perseguito dall'amministratore sia effettivamente pregiudizievole per l'interesse sociale.

⁷¹ In questo senso, anche se in relazione al previgente art. 2631 c.c., v. L. FOFFANI, *Reati societari*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 366.

⁷² Sul necessario carattere di attualità del conflitto di interessi v. A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 158 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 213; C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 176 ss.; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 407; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 287; in giurisprudenza v. Cass., sez. II, 6 maggio 2011 n. 20062, cit., in *Cass. pen.*, 2012, p. 2585 ss. e Cass., sez. II, 27 marzo 2008 n. 15879, cit., in *Cass. pen.*, 2009, p. 1237 ss. Anche in questo caso un'opinione parzialmente dissenziente è espressa da P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 191, che ritiene l'elemento soggettivo del reato sia in grado di selezionare le ipotesi di presenza in concreto di un interesse difforme da quello societario mentre, valorizzando il requisito dell'attualità, si correrebbe il rischio di escludere situazioni anteriori, focalizzando l'attenzione sulle modalità concrete di (cattiva) gestione degli interessi sociali.

⁷³ Sulla necessaria anteriorità del conflitto di interessi rispetto all'atto di disposizione del bene sociale v. G.G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 497; A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 157; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 213; in giurisprudenza v. Cass., sez. II, 16 novembre 2012 n. 3397, cit.; Cass., sez., II, 26 ottobre 2005 n. 40921, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006, p. 1066 ss.

⁷⁴ Secondo G.G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 498, si tratta di un collegamento pertinenziale.

sociale deve essere astrattamente lecito⁷⁵; diversamente, se l'interesse che anima le condotte del soggetto attivo si configurasse come intrinsecamente illecito, il momento genetico del conflitto coinciderebbe con il momento di realizzazione della condotta tipica con ciò snaturandosi la *ratio* dell'incriminazione in esame⁷⁶.

La fisionomia reato di infedeltà patrimoniale appare, oggi, maggiormente modellata sugli obblighi che colpiscono gli amministratori che si rendono portatori di interessi diversi da quello sociale. Secondo il vigente art. 2391 c.c.⁷⁷ gli amministratori che abbiano un qualsiasi interesse in una determinata operazione debbono informare il consiglio di amministrazione ed il collegio sindacale (ovvero l'assemblea nel caso di amministratore unico) e, se si tratta di amministratori esecutivi, debbono anche astenersi dal compiere l'operazione in questione. In quest'ultimo caso, l'organo gestorio collegiale può deliberare l'esecuzione dell'operazione in relazione alla quale è intervenuta l'estensione dell'amministratore delegato, ma deve motivarne specificamente la convenienza per la società. Dal punto di vista dei rimedi, l'art. 2391 c.c. terzo comma prevede che, in mancanza di *disclosure* dell'amministratore circa i propri interessi, la delibera del consiglio o del comitato esecutivo possa essere impugnata se il voto dell'amministratore interessato è stato determinante per l'adozione dell'atto e se dall'esecuzione della delibera possa derivare un pregiudizio per la società. Appare immediatamente evidente come la disciplina civilista degli interessi degli amministratori abbia abbandonato il terreno d'elezione rappresentato dal *conflitto*, regolamentando qualsiasi ipotesi in cui l'amministratore, perseguendo un interesse extrasociale nello svolgimento del proprio mandato, possa causare un danno alla società. Alla luce di questa nuova 'filosofia di fondo'⁷⁸, alcuni Autori hanno posto in evidenza come l'attuale fattispecie incriminatrice di infedeltà patrimoniale abbia recuperato l'inalienabile ruolo di *extrema ratio* della sanzione penale⁷⁹, in quanto la figura di reato in discussione risulta mirata a reprimere interessi incompatibili con l'interesse sociale, ma

⁷⁵ In questi termini v. Cass., sez. V, 26 novembre 2019 n. 50795, in *Dejure*, Trib. Milano, 16 gennaio 2017, in *Dejure* e Cass., sez. V, 23 maggio 2016 n. 3306, in *Dejure*.

⁷⁶ Ovviamente, qualora l'interesse perseguito si manifestasse come intrinsecamente illecito vi sarà ampio spazio per l'integrazione di altri reati: ad es., nel caso della più recente sentenza di legittimità citata alla nota precedente, la condotta dell'amministratore della società concessionaria della riscossione che versa a sé stesso gli importi dei tributi invece agli enti impositori è stato considerato peculato per distrazione invece che infedeltà patrimoniale.

⁷⁷ Sugli interessi degli amministratori, v., *ex multis*, D. MAGNO, *Art. 2391*, in AA. VV., *Codice commentato delle nuove società*, cit., p. 435 ss.; P. MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 248 ss.; L. ENRIQUES – A. POMELLI, *Art. 2391*, in AA. V.V., *Il nuovo diritto delle società*, vol. I, cit., p. 758 ss.; M. VENTORUZZO, *Art. 2391 – Interessi degli amministratori*, in AA. V.V., *Amministratori*, a cura di FEDERICO GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Egea-Giuffrè, Milano, 2005, p. 440 ss.; N. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 49 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma della società*, cit., p. 147 ss.

⁷⁸ Di cui è testimone anche la [Relazione ministeriale allo schema del d.lgs. n. 6/2003](#): «Il maggior rigore [della nuova] disciplina vuole sottolineare non solo che qualsiasi amministratore, essendo un gestore di un patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguire diretti o indiretti vantaggi, ma, soprattutto, il valore della trasparenza nella gestione delle società» (Relazione, n. 6.III.3).

⁷⁹ Cfr. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 196 ss. ed E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 214 ss.

solo a condizione che il perseguimento dei primi provochi effettivamente un pregiudizio patrimoniale alla società⁸⁰.

La ricostruzione giudiziale dell'esistenza di un conflitto di interessi rilevante per la tipicità del reato di infedeltà patrimoniale è un passaggio estremamente importante nel procedimento di attribuzione della responsabilità per questo reato.

Il conflitto di interessi è l'elemento del reato cui, conformemente all'oggettività giuridica della norma incriminatrice, spetta il ruolo di espellere dall'area del penalmente rilevante tutte quelle ipotesi che non rappresentano un pericolo concreto per il patrimonio sociale e ciò anche nelle ipotesi in cui, comunque, l'atto di gestione effettivamente assunto abbia provocato un danno patrimoniale all'ente⁸¹.

Infatti, la sola verifica di un danno patrimoniale causato da un atto di disposizione di beni sociali non esaurisce la dimensione del danno al bene giuridico protetto, posto che nello svolgimento dell'attività societaria il rischio d'impresa rende fisiologica l'esistenza atti di disposizione dei beni sociali che possono provocare – come talvolta avviene – un danno patrimoniale all'ente.

Vi sono, quindi, alcune cautele che riguardano strettamente i profili di accertamento dei requisiti del conflitto di interessi, come sopra individuati.

In primo luogo, circa la patrimonialità degli interessi, sarà necessario fornire prova in giudizio del fatto che l'interesse confliggente fosse 'a priori' obiettivamente percepibile come idoneo a cagionare una lesione patrimoniale alla società, nella quale si sostanzia l'evento del reato.

Non potranno rilevare, quindi, ipotesi in cui il materiale probatorio disponibile indichi solamente l'esistenza di una generica incompatibilità fra interesse dell'amministratore ed interesse sociale, che rimanga confinata nell'ambito delle mere valutazioni soggettive dell'amministratore in conflitto, slegate da qualsiasi attribuzione patrimoniale⁸².

Tuttavia, quanto appena rilevato non comporta che l'interesse extrasociale favorito debba avere sempre carattere patrimoniale. Infatti, come è stato correttamente notato⁸³, il dolo specifico⁸⁴ che contraddistingue l'art. 2634 c.c. è riferito al perseguimento, oltre che di un ingiusto profitto, anche di un «*altro vantaggio*». Questa formula normativa, volutamente più estesa rispetto al mero profitto, consente di ritenere tipica anche l'ipotesi in cui l'amministratore miri alla soddisfazione di un interesse i cui contorni sfuggono ad una valutazione patrimoniale, rimanendo comunque

⁸⁰ La considerazione appena esposta trova conforto anche alla luce della più recente fattispecie dell'art. 2629-bis c.c. che, seppure incentrata sulla violazione di obblighi formali di comunicazione di qualsiasi interesse, mantiene come requisito di tipicità il danno (anche se non necessariamente patrimoniale); cfr. F. CONSULICH, *Art. 2629-bis – Omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in in AA. VV., *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. PERINI, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 338 ss.

⁸¹ Cfr. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 407.

⁸² Nel senso del testo v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 213 e A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 158.

⁸³ V. P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 189 ss.; in senso conforme C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 181.

⁸⁴ V., *infra*, par. 4.

indispensabile che sia fornita prova del fatto che, nel momento in cui questo interesse personalissimo del soggetto attivo si pone in rapporto di antagonismo rispetto all'interesse sociale, il relativo conflitto fosse oggettivamente apprezzabile in termini patrimoniali.

In secondo luogo, quanto al requisito dell'effettività, occorre precisare che la valutazione di un reale conflitto fra gli interessi in gioco dovrà essere condotta, in termini di pericolosità per l'interesse sociale sacrificato dall'amministratore infedele, sul singolo caso, in particolare sull'effetto del contenuto dell'atto di disposizione generato dall'amministratore in conflitto.

Il giudice, pertanto, non potrà accontentarsi di rilevare di un indice astratto di conflitto⁸⁵, ma sarà chiamato ad analizzare le concrete ricadute che quello specifico conflitto era idoneo a generare al momento dell'assunzione dell'atto di disposizione di beni sociali.

In terzo luogo, per ciò che riguarda il requisito dell'attualità, appare utile evidenziare come l'accertamento di questo non possa che essere effettuato tramite un criterio di prognosi postuma: il giudice, riportandosi idealmente al momento della condotta tipica dovrà valutare se vi era un pericolo per l'interesse sociale derivante dall'interesse extrasociale perseguito dall'amministratore infedele.

È opportuno precisare il momento rilevante sarà differente a seconda che si tratti di una condotta di diretta disposizione di beni sociali ovvero di concorso nella deliberazione di atti di disposizione dei predetti beni⁸⁶. Nel primo caso il giudice dovrà valutare se vi era un conflitto attuale al momento dell'esecuzione dell'atto di disposizione mentre nel secondo caso il giudice si deve porre idealmente nel momento dell'assunzione della delibera che, come noto, può essere anche di molto precedente la sua effettiva esecuzione.

In ultimo, circa il requisito della preesistenza, il giudice dovrà valutare l'effettiva sussistenza di un conflitto antecedente il momento attuativo della condotta tipica, non potendo risultare rilevante la prova dell'esistenza di un conflitto meramente concomitante all'atto di disposizione dei beni sociali ovvero all'assunzione della relativa delibera.

Difatti, non sembrano rientrare nell'ambito di tipicità dell'art. 2634 c.c. quelle situazioni in cui è lo stesso atto di disposizione sociale a cagionare il conflitto di interessi dell'amministratore, ciò in quanto, secondo il paradigma di reato di evento scelto dal legislatore, la rilevanza penale dell'atto di disposizione è doppiamente qualificata (in senso oggettivo): 'a monte' dalla situazione di conflitto di interessi e 'a valle' dal danno patrimoniale.

Tuttavia, è bene specificare che, in alcune ipotesi, il requisito della preesistenza potrebbe correttamente essere ritenuto sussistente anche qualora si sia raggiunta la prova dell'esistenza di un conflitto di interessi esclusivamente coevo all'atto di disposizione. Questa possibilità, tuttavia, deve essere delimitata a quelle eventualità,

⁸⁵ Come nell'ipotesi dell'amministratore che è controparte contrattuale della società.

⁸⁶ Sulla differente fisionomia delle due condotte v. il successivo par. 3.2.

probabilmente molto rare nella pratica, in cui il conflitto di interessi sorga al momento del compimento dell'atto di disposizione, ma trovi la sua ragione d'essere in elementi del tutto estranei alla condotta incriminata⁸⁷.

L'oggetto del conflitto di interessi come presupposto della condotta tipica di infedeltà patrimoniale è mutevole a seconda che l'atto di disposizione patrimoniale riguardi beni della società oppure beni gestiti o posseduti in conto terzi. Nel caso di cui al primo comma, come già evidenziato, il rapporto di incompatibilità reciproca rimane interno alla società, riguardando l'interesse sociale e l'interesse perseguito dall'amministratore; al contrario, nell'ipotesi del secondo comma dell'art. 2634 c.c., il conflitto di interessi che costituisce il presupposto della condotta fuoriesce dal perimetro societario e riguarda l'inconciliabilità fra l'interesse sociale perseguito dall'amministratore e gli interessi dei terzi proprietari dei beni affidati alla società⁸⁸.

3.2. Le condotte tipiche.

L'art. 2634 c.c. precisa, al primo comma, che la condotta infedele deve presentarsi come atto di disposizione di un bene sociale, direttamente effettuato dall'autore del reato ovvero deliberato dal consiglio di amministrazione con il voto favorevole del soggetto qualificato in conflitto di interessi.

Il dato di partenza dell'analisi delle modalità di realizzazione della condotta è rappresentato dall'innegabile constatazione che il legislatore ha descritto un fatto che, di per sé, è completamente privo di disvalore e, addirittura, costituisce un accadimento fisiologico nello svolgimento dell'attività dell'impresa sociale. Su questo punto, la scelta degli autori della riforma del 2002 si è notevolmente discostata dalle indicazioni provenienti da autorevoli proposte legislative⁸⁹ o da altri ordinamenti⁹⁰, ove l'accento viene posto sull'abusività della condotta infedele o sulla violazione di obblighi inerenti la carica ricoperta dal soggetto attivo⁹¹. Non sorprendentemente, quindi, il legislatore italiano ha dedicato particolare attenzione agli altri elementi fondamentali del fatto

⁸⁷ In questo senso v. A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, cit., p. 422 ss.

⁸⁸ Nel senso del testo v. L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 356 ed E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 217 ss. In senso contrario v. C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 179, il quale ritiene che il conflitto rilevante sia quello fra interesse personale dell'amministratore ed interesse del terzo. Tuttavia, l'ipotesi in cui l'amministratore compie un atto di disposizione patrimoniale di un bene affidato alla società perseguendo un proprio interesse – non coincidente con l'interesse sociale – e sacrificando l'interesse del proprietario del bene meglio si adatta al tipo dell'appropriazione indebita.

⁸⁹ Come, ad esempio, il c.d. Progetto Pagliaro che qualificava la condotta di infedeltà patrimoniale come posta in essere con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa.

⁹⁰ Come, ad esempio, è previsto in Germania per l'ipotesi di *Untreue* o in Spagna con l'art. 295 del *Codice penal* (v., *supra*, par. 1).

⁹¹ Per una efficace illustrazione delle problematiche che, invece, si sarebbero potute presentare se il legislatore avesse adottato un modello di incriminazione basato sulla violazione degli obblighi dell'ufficio o degli obblighi di fedeltà (come attualmente accade per l'art. 2635 c.c.) v. A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento*, cit., p. 504 ss.

(l'evento di danno patrimoniale) e – specialmente – all'elemento soggettivo, al fine di colorare di un sufficiente disvalore complessivo la fattispecie in esame.

Eppure, anche se non espressiva di uno specifico disvalore, la nozione di «compimento di un atto di disposizione» presenta comunque delle peculiarità che debbono essere esaminate al fine di delinearne i contorni di tipicità.

In termini generali, il compimento di un atto di disposizione di beni sociali consiste in un impiego di un bene sociale idoneo a mutare la funzione economica della cosa⁹². Pertanto, rileveranno tutti gli atti, sia di trasferimento che di consumazione, aventi ad oggetto cespiti patrimoniali appartenenti alla società.

Nell'applicazione pratica, tuttavia, la condotta in esame genera complessi interrogativi in relazione a situazioni che, non di rado, si possono verificare nello svolgimento dell'attività dell'impresa sociale.

In primo luogo, per quanto riguarda i comportamenti positivi, si pone il problema della tipicità degli atti meramente organizzativi, cioè di quegli atti che riguardano la struttura societaria come, ad es. fusioni, scissioni, sottoscrizioni di capitale e simili. In dottrina, a questo proposito, si registrano tre posizioni⁹³.

La prima, restrittiva, nega che simili operazioni possano risolversi in atti dispositivi di beni sociali, in quanto strutturalmente inidonee ad incidere sul patrimonio dell'ente⁹⁴. La seconda tesi, ampia, ritiene che anche atti di organizzazione che non comportano l'immediata disposizione di beni sociali, potendo essere sintomatici del perseguimento di un interesse extrasociale a discapito di quello sociale, siano inquadrabili nell'ambito di operatività dell'art. 2634 c.c.⁹⁵. Infine, vi è una tesi mediana che ritiene che gli atti organizzativi possano rientrare nella tipicità dell'infedeltà patrimoniale, ma solo nel momento in cui l'esecuzione dell'operazione comporta comunque una disposizione del patrimonio sociale dannosa per la società⁹⁶.

A ben vedere, quindi, la rilevanza degli atti organizzativi non sembra potersi affermare od escludere a priori: la condotta sarà tipica qualora possa essere effettivamente individuato nell'operazione di organizzazione un atto di disposizione del bene sociale scindibile dall'evento dannoso⁹⁷.

In secondo luogo, sempre con riferimento alla condotta attiva del soggetto agente, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sulla reale estensione dell'atto

⁹² Sul punto v. P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., p. 39.

⁹³ Non risulta che questa specifica problematica sia mai stata sottoposta al vaglio giurisprudenziale.

⁹⁴ Cfr. P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 194; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 413 ss.; A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, cit., p. 430; E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, cit., p. 513 ss.; N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 151 ss.

⁹⁵ Cfr. R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 171 ss. e L. FOFFANI, *Art. 2634 cod. civ.*, cit., p. 2521.

⁹⁶ Cfr. V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 483 ss.; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 215 e A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 89.

⁹⁷ V. MILITELLO e C. BENUSSI, citati alla nota precedente, riportano come esempio di operazione rilevante ex art. 2634 c.c. l'effettuazione di un aumento di capitale tramite ricorso al mercato dei capitali osservando che simile impegno di somme costituisce atto di disposizione idoneo a provocare un danno patrimoniale alla società.

di disposizione e, in particolare, sulla possibilità di inquadrare come atto di disposizione di un bene sociale l'assunzione di obbligazioni da parte del soggetto attivo del reato.

Secondo una corrente di pensiero, attualmente prevalente in dottrina⁹⁸ e sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁹, nella nozione di atti di disposizione di beni sociali è da ricomprendersi l'assunzione di obbligazioni a carico del patrimonio sociale: «*poiché quest'ultimo deve sopportare il relativo costo, tali obbligazioni, sia pure indirettamente, si traducono pur sempre in una disposizione dei beni sociali*»¹⁰⁰. Diversamente, altra parte della dottrina non ritiene che quest'opinione possa essere condivisa per due ordini di ragioni: una prima ragione formale, legata al dato letterale dell'art. 2634 c.c. che menziona solamente l'atto di disposizione¹⁰¹, ed una ragione più sostanziale, dovuta alla constatazione che l'assunzione dell'obbligazione sociale determina solamente una potenziale fuoriuscita del bene dal patrimonio sociale¹⁰².

La teoria che riscuote maggiori consensi è forse meno aderente al dato positivo, ma raccoglie la condivisibile preoccupazione di evitare un pericoloso vuoto di tutela causato dal fatto che, espungendo l'assunzione di obbligazioni dal perimetro di tipicità del reato di infedeltà patrimoniale, si escluderebbe a priori l'effetto deterrente della sanzione penale nella maggioranza degli atti in cui si estrinseca l'attività gestoria dei soggetti qualificati dall'art. 2634 c.c.

Tuttavia, la necessità di colmare siffatta lacuna normativa¹⁰³ non autorizza l'interprete a superare il limite dell'interpretazione analogica in *malam partem*¹⁰⁴.

⁹⁸ A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 88; A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 156; E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, cit., p. 512 ss.; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 210 ss.; E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 208; G. LUNGHINI, *Art. 2634*, in AA. VV., *Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA – V. MARICONDA, II ed., Ipsoa, Assago, 2009, p. 3223; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 289; L. TROYER, *Abusi del patrimonio sociale e tutela delle minoranze (parte I)*, in *Riv. dott. comm.*, 2007, p. 724; F. CONSULICH, *Art. 2634*, cit., p. 483.

⁹⁹ Cfr. Cass., sez. V, 22 febbraio 2007 n. 11019, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3021 ss. secondo la quale l'inciso «*atto di disposizione dei beni sociali*» allude ad ogni atto di restrizione della sfera patrimoniale e, pertanto, qualsiasi atto negoziale foriero di pregiudizio, anche se privo di immediati effetti.

¹⁰⁰ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 483.

¹⁰¹ Cfr. L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 352 ss. il quale, per ovviare al problema di formulazione della norma, propone di sostituire la formula «*atti di disposizioni di beni sociali*» con «*operazioni sociali*» (dello stesso Autore v. anche *Art. 2634 cod. civ.*, cit., p. 2521).

¹⁰² V. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 413 ss. e A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, cit., p. 430 i quali precisano che la mera assunzione dell'obbligazione può integrare la figura di infedeltà patrimoniale nella forma tentata.

¹⁰³ In alcuni degli ordinamenti in cui è prevista la fattispecie di infedeltà patrimoniale è esplicitamente disciplinata l'assunzione di obbligazioni come condotta tipica. Si vedano le considerazioni svolte *supra* nel par. 1 sulle norme incriminatrici dell'infedeltà patrimoniale in Germania e Spagna. In Francia, invece, l'assunzione delle obbligazioni non è prevista come condotta tipica.

¹⁰⁴ In questo senso v. P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 193 (in nota). *Contra* v. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 213 il quale ritiene che l'estensione della tipicità dell'infedeltà patrimoniale alle condotte di assunzione di obbligazione rientri nel limite del significato letterale dell'art. 2634 c.c. Secondo F. CONSULICH, *Art. 2634*, cit., p. 483, inoltre, l'atto dispositivo deve essere inteso nell'accezione giuridica, individuabile in ogni negozio espressivo della volontà dell'ente e suscettibile di generare un indebito decremento patrimoniale. Questa ricostruzione, che ha il merito di selezionare a priori le obbligazioni astrattamente inadeguate a generare un atto di disposizione (v., *infra* nel corpo del testo), non sembra

Innanzitutto vi sono delle ipotesi in cui l'obbligazione è strutturalmente inidonea a provocare la fuoriuscita di un bene dal patrimonio sociale (ad es. la stipulazione di un patto di prelazione, di un patto di non concorrenza, la compromissione in arbitri, ecc.); in questi frangenti la fisiologica mancanza di un atto di disposizione dovrebbe imporre all'interprete di ritenere insussistente il reato di infedeltà patrimoniale, anche nell'eventualità in cui l'obbligazione fosse contratta in conflitto di interessi e cagionasse alla società un danno patrimoniale¹⁰⁵.

In secondo luogo, sebbene l'obbligazione a carattere patrimoniale nella normalità dei casi determini la fuoriuscita di un bene compreso nel patrimonio dell'obbligato, essa non si traduce sempre e comunque in un atto di disposizione patrimoniale.

L'ipotesi più rilevante è la stipulazione di impegni di garanzia, posto che al garante potrebbe non essere richiesto di adempiere alla propria obbligazione¹⁰⁶.

In astratto, inoltre, l'adempimento – e quindi la disposizione di un bene sociale – non è l'esclusiva modalità di estinzione delle obbligazioni, che possono venir meno, ad esempio, per impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore.

Pertanto, sembra preferibile adottare una via intermedia, escludendo la tipicità dell'infedeltà patrimoniale fintantoché la condotta dell'amministratore infedele si sostanzia nella mera assunzione di obbligazioni a carico della società; tuttavia, la condotta tipica potrà comunque integrarsi nel momento in cui l'obbligazione precedentemente assunta si traduca effettivamente in un atto di disposizione patrimoniale dannoso¹⁰⁷; quest'ultimo incarna la condotta tipica e, trovando la sua esclusiva ragione causale nel comportamento dell'amministratore infedele, si presenta – naturalisticamente – come una sorta di accadimento intermedio tra l'assunzione dell'obbligazione – penalmente atipica – ed il danno patrimoniale.

Una differente problematica attiene, invece, alla possibilità di ricondurre alla nozione di «atti di disposizione di beni sociali» i comportamenti omissivi degli amministratori (o degli altri soggetti qualificati). L'ipotesi è quella in cui il soggetto attivo, motivato dal perseguimento di un interesse extrasociale, non ponga in essere un atto vantaggioso per la società procurando intenzionalmente un danno patrimoniale all'ente ed un vantaggio a sé ovvero ad altri.

Anche in questo caso la dottrina¹⁰⁸ non è unanime.

completamente condivisibile in quanto, anche adottando una prospettiva normativa e non naturalistica, l'atto di disposizione è la conseguenza (eventuale) del negozio giuridico, ma con esso non è identificabile.

¹⁰⁵ Ad esempio, nel caso – scolastico, per la verità – dei costi sostenuti per informare il potenziale acquirente della possibilità di esercitare il diritto di prelazione concesso dall'amministratore in conflitto di interessi.

¹⁰⁶ In ogni modo, l'adempimento da parte del garante – che comporterebbe la disposizione di un bene sociale – sarebbe dovuto al comportamento del terzo garantito che non onora la propria obbligazione; in questo frangente si dovrebbe ancora superare il problema dell'inquadrabilità del comportamento del terzo come causa sopravvenuta sufficiente che si inserisce nel nesso eziologico fra l'assunzione dell'obbligazione – intesa come atto di disposizione del bene sociale – ed il danno patrimoniale.

¹⁰⁷ Nel senso del teso sembra esprimersi G.G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 500.

¹⁰⁸ Non risulta che neppure su questo tema la giurisprudenza abbia avuto occasione di esprimersi.

L'orientamento contrario¹⁰⁹ all'integrazione della condotta in forma omissiva si basa, nuovamente, sul solido dato letterale della norma, in particolare sulla formula scelta dal legislatore che ha tipizzato il «compimento» di atti di disposizione.

In quest'ottica si ritiene che le accezioni del termine «compiere» siano tutte esclusivamente indicative di un *facere* del soggetto attivo, non residuando alcuno spazio per un compimento commesso in forma omissiva.

Del pari, la condotta di concorso alla deliberazione di atti di disposizione rimanderebbe ad un comportamento attivo del soggetto infedele. Inoltre, dal punto di vista sistematico, si è rilevato come le due ipotesi contigue di cui agli artt. 2634 e 2635 c.c. si differenziano proprio perché nella fattispecie di corruzione tra privati vi è un esplicito richiamo oltre che al «compimento» anche all'«omissione» di atti.

In ultimo, questa tesi è sostenuta anche tramite un riferimento alla volontà del legislatore storico, desumibile dalla relazione al c.d. Progetto Mirone¹¹⁰, ove si da conto della consapevole scelta di escludere la rilevanza penale dei comportamenti omissivi nell'art. 2634 c.c.¹¹¹.

L'orientamento favorevole¹¹² prende, invece, le mosse dalla constatazione che eliminando i comportamenti omissivi degli amministratori si sottrae all'ambito dell'incriminazione una serie di ipotesi rilevanti nell'ottica della tutela del bene protetto, come, ad es., nel caso in cui l'amministratore ometta di coltivare la riscossione di un credito vantato dalla società nei confronti di un soggetto allo stesso legato da rapporti familiari. Al fine di sostenere la tesi della tipicità dell'omissione vengono utilizzate diverse argomentazioni.

Da un lato, viene posto l'accento sul fatto che altrove nel settore penale il concetto di atto di disposizione includa un contegno omissivo¹¹³, e, dall'altro, si constata come la condotta descritta debba essere intesa in senso normativo, come idonea a produrre effetti economicamente rilevanti insiti nell'evento di danno patrimoniale¹¹⁴.

¹⁰⁹ Cfr. C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 178; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 194; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 217; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 413; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 352; E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 226; A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, cit., p. 429; S. SEMINARA, *I reati societari*, cit., p. 110 e ID., *Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari*, cit., p. 205.

¹¹⁰ Che, come si è visto *supra* par. 1, costituisce l'antecedente dell'attuale art. 2634 c.c.

¹¹¹ V. la Relazione al d.d.l. 20 giugno 2000 n. 7123, in *Riv. soc.*, 2000, p. 25 ss.: «Alcuni membri della Commissione hanno proposto di estendere l'ipotesi criminosa alle condotte omissive, sottolineando come una infedeltà lesiva del patrimonio sociale possa realizzarsi anche attraverso queste ultime [...] La maggioranza della Commissione è stata tuttavia dell'avviso che una simile soluzione avrebbe esteso oltre misura la nuova figura di reato, rendendo del tutto incerti i limiti di operatività della norma incriminatrice, considerata la natura meramente normativa dell'omissione e l'estrema varietà e genericità degli obblighi di condotta gravanti sui destinatari del precetto» (p. 79).

¹¹² Cfr. F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 288 ss.; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, II ed. Giuffrè, Milano, 2008, p. 282; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 215 ss.; A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 401.

¹¹³ Sul punto, in relazione al delitto di truffa, v., per tutti, C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 67 ora in ora in *Diritto penale*, vol. II, *Scritti di parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 3 ss.

¹¹⁴ V. D. FALCINELLI, *La fattispecie con condotta tipizzata dal soggetto. Osservando il delitto di infedeltà patrimoniale*,

In quest'ultimo senso, l'atto dispositivo idoneo a produrre effetti patrimoniali pregiudizievoli sarebbe sempre attivo, anche quando consista nel mancato esercizio di un diritto.

Inoltre, viene ridimensionato l'argomento contrario basato sulla volontà del legislatore storico che, com'è noto, non coincide necessariamente con la volontà della legge.

Anche in questo caso pare preferibile la tesi più aderente al dato letterale dell'art. 2634 c.c. che, oltre ad essere prevalente in dottrina, non comporta il rischio di sconfinamento nell'ambito dell'interpretazione analogica cui, invece, è soggetta l'opposta tesi, nel dichiarato scopo di salvaguardare le esigenze di tutela. D'altronde pare innegabile che il legislatore dell'infedeltà patrimoniale abbia inteso tipizzare specifiche modalità di condotta (oltre che il loro presupposto e l'evento dannoso), con la conseguenza che pare dubbia la stessa necessità per l'interprete di ricercare esegesi che allarghino il campo della tipicità penale della norma in questione (ovviamente rimanendo impregiudicata l'opportunità di segnalare la ritenuta lacuna in ottica *de lege ferenda*)¹¹⁵.

In ogni caso, qualunque sia l'opzione adottata, è necessario puntualizzare che le condotte omissive eventualmente rilevanti possono essere solo quelle che cagionano un danno patrimoniale inteso come *deminutio patrimonii*, dovendo essere scartate a priori quelle che producono come evento il mancato accrescimento dell'attivo patrimoniale sociale¹¹⁶.

Meno problematica, invece, si presenta la ricostruzione della seconda modalità di condotta, il concorso nella deliberazione dell'atto di disposizione¹¹⁷.

In questo caso la condotta tipica consisterà nell'apporto di un contributo causale all'assunzione della delibera il cui risultato sia l'adozione dell'atto di disposizione dannoso. Per questa ragione, in prima approssimazione, rileverà non la mera partecipazione alla decisione collegiale, ma una partecipazione qualificata dal voto favorevole all'atto dannoso.

Tuttavia, secondo parte della dottrina¹¹⁸, in ragione dei normali canoni elaborati in tema di contributo causale in ipotesi di fattispecie plurisoggettive, non sarà necessario che il voto favorevole dell'amministratore infedele risulti determinante per l'adozione della delibera dannosa¹¹⁹.

È poi possibile immaginare situazioni in cui l'amministratore infedele si astiene dal partecipare alla decisione collegiale (o esprime voto contrario) pur attivandosi

in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, p. 148.

¹¹⁵ In questo senso v. F. CONSULICH, *Art. 2634*, cit., p. 483, il quale pone in evidenza come l'assenza della tipicità omissiva è l'elemento che differenzia maggiormente la fattispecie di infedeltà patrimoniale dal modello del reato d'obbligo, cui grossomodo appartiene l'art. 2634 c.c. (ID., p. 478 ss.).

¹¹⁶ Concorde sul punto C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 219. In argomento v., *infra*, par. 3.4.

¹¹⁷ In argomento v. A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 155 e C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 206 ss.

¹¹⁸ V. P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 194.

¹¹⁹ Nell'ipotesi in cui il voto non fosse determinante e gli altri amministratori fossero ignari del conflitto di interessi in capo ad uno di essi, si porrebbe un problema di continuità del nesso causale con l'evento di danno patrimoniale. Sul punto v., *infra*, par. 3.4.

altrimenti per ottenere presso gli altri membri del consiglio un voto coerente con il proprio interesse extrasociale; in questi casi sembra che la scelta normativa di incriminare il concorso nella deliberazione consenta all'interprete, facendo nuovamente leva sull'efficacia causale del comportamento del soggetto attivo, di ritenere integrata la figura di infedeltà patrimoniale¹²⁰.

3.3. L'oggetto materiale: il bene sociale o il bene del terzo.

L'atto di disposizione o la delibera infedele debbono avere ad oggetto, *in primis*, un bene sociale. L'interpretazione del termine bene sociale, come sarà meglio specificato, risulta essere necessariamente ampia¹²¹ e riguarda indistintamente i cespiti patrimoniali attivi della società che siano suscettibili di una valutazione economica.

Sono, quindi, senz'altro ricomprese nella nozione in esame le cose, mobili o immobili, che appartengono alla società. Inoltre, oggetto materiale del reato di infedeltà patrimoniale possono essere anche beni immateriali; questa conclusione si impone in ragione della terminologia adottata dal legislatore che, sul punto, si discosta notevolmente dalle scelte codicistiche effettuate nell'ambito dei reati contro il patrimonio.

Infatti, in quella sede il riferimento alla cosa (mobile) altrui (artt. 624 e 646 c.p.) ha reso estremamente complessa la repressione di condotte non ancorate ad un substrato materiale¹²². Al contrario, nel reato in esame la scelta legislativa consente all'interprete di prescindere dal dato meramente empirico e di inserire nel catalogo dell'oggettività materiale del reato in esame, oltre ai diritti di credito, beni immateriali di natura eterogenea. Saranno pertanto rilevanti sia i diritti di privativa industriale (marchi, brevetti, ecc.), sia i beni immateriali derivanti dal consolidamento della pregressa attività produttiva, qual è l'avviamento¹²³.

Ciò che rimane escluso dalla sfera di applicabilità dell'art. 2634 c.c. sono le mere aspettative e, correlativamente, le semplici perdite di *chance*.

Anche questa conclusione si impone in ragione dell'analisi della patrimonialità dei predetti elementi: ove non sia possibile attribuire un valore di scambio ad un elemento attivo, lo stesso non potrà essere considerato quale bene sociale oggetto dell'atto di disposizione infedele.

¹²⁰ In questo senso v. C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 178; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 194 ss.

¹²¹ Cfr. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 414.

¹²² È nota la vicenda relativa ai problemi di tipicità del furto di energia elettrica, risolta dal legislatore con la l. 25 giugno 1999 n. 205.

¹²³ Sull'idoneità dell'avviamento ad essere ricompreso nella nozione di bene sociale caratterizzato da un valore di scambio v., volendo, P. CHIARAVIGLIO, *Oggetto giuridico o oggetto materiale del delitto di bancarotta patrimoniale: il «problema» dell'avviamento*, nota a Cass. sez. V, 8 marzo 2006 n. 9813, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, p. 947 ss.

Come è stato osservato¹²⁴, un indice prezioso nella ricostruzione dell'oggettività materiale del reato di infedeltà patrimoniale è fornito dalla normativa codicistica in tema di composizione delle voci attive dello stato patrimoniale della società (art. 2424 c.c.).

In questa prospettiva, appare corretto includere fra i beni sociali oggetto di atto di disposizione infedele le immobilizzazioni immateriali (diritti di brevetto industriale e diritti di utilizzazione delle opere di ingegno, licenze, concessioni, marchi, avviamento); le immobilizzazioni materiali (terreni, fabbricati, impianti, macchinari ed attrezzature industriali); le immobilizzazioni finanziarie (partecipazioni ed altri titoli); le rimanenze (materie prime, lavori in corso su ordinazione e magazzino) ed infine i crediti e le disponibilità liquide (cassa e depositi bancari).

Non è tuttavia necessario che i suddetti beni sociali siano di piena proprietà dell'ente; è sufficiente che la società vanti su di essi un qualsiasi diritto che sia suscettibile di essere compresso, cagionando un danno patrimoniale (ad es. la cessione del diritto di licenza su di un marchio o la sua limitazione ad una specifica area geografica)¹²⁵.

Come oggetto materiale del reato di infedeltà patrimoniale rilevano anche i beni futuri, purché la loro acquisizione sia certa e siano già suscettibili di una valutazione economica al momento dell'effettuazione dell'atto di disposizione.

Passando all'analisi della fattispecie di infedeltà patrimoniale di cui al secondo comma dell'art. 2634 c.c., si rileva che, rimanendo immutate le considerazioni sopra svolte in tema sulla nozione di bene, sembra necessario solamente precisare che il bene del terzo deve essere detenuto dalla società in forza di un rapporto contrattuale¹²⁶; ove ciò avvenisse in ragione di una semplice situazione di fatto, l'eventuale disposizione del bene integrerà il delitto di appropriazione indebita.

3.4. *L'evento di danno patrimoniale.*

L'infedeltà patrimoniale è un reato di evento: l'art. 2634 c.c. precisa che l'atto di disposizione del bene sociale deve cagionare alla società oppure al terzo un danno patrimoniale.

La delimitazione delle condotte rilevanti a quelle veramente offensive del patrimonio sociale consente di selezionare solo le condotte infedeli effettivamente indicative di un rischio di impresa non consentito, derivante da scelte gestionali inaccettabili per l'ordinamento e di evitare una criminalizzazione generalizzata dell'attività imprenditoriale svolta attraverso l'assunzione di rischi d'impresa utili o, comunque, leciti; in altri termini, la concreta lesione di un interesse patrimoniale costituisce una forma di verifica *ex post* dell'effettiva infedeltà dell'atto gestorio¹²⁷.

¹²⁴ C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 220.

¹²⁵ In senso concorde A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, cit., p. 430 ss.

¹²⁶ Conforme, sul punto, G.G. SANDRELLI, *Art. 2634*, in AA. VV., *Codice commentato delle nuove società*, cit., p. 1828.

¹²⁷ Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 219.

Risultano, quindi, estranei all'area di rilevanza penale tutti gli atti di gestione che, per quanto scorretti e possibile fonte di responsabilità civile per l'amministratore, non producano una conseguenza patrimoniale per la società (ad es. nel caso in cui l'amministratore delegato, in violazione della disciplina dell'art. 2391 c.c., proceda comunque all'acquisto in nome o per conto della società di un proprio bene, a prezzo di mercato)¹²⁸.

L'art. 2634 c.c. specifica che la condotta tipica deve cagionare un danno patrimoniale alla società; di conseguenza l'eventuale risultato della condotta lesiva il cui effetto è esclusivamente quello di provocare un danno ai soci (ad esempio per perdita di valore del loro investimento) non risulta pertinente ai fini dell'integrazione del reato in esame¹²⁹.

Ovviamente, la natura di reato di evento dell'infedeltà patrimoniale implica la necessità della ricostruzione giudiziale del nesso causale fra la condotta infedele ed il pregiudizio subito dal patrimonio sociale. Saranno pertanto applicabili tutte le regole previste dagli art. 40 ss. c.p., compresa quella sulla causa sopravvenuta sufficiente¹³⁰. A questo proposito, è stato evidenziato come, nell'ambito della condotta di concorso nella deliberazione dell'atto di disposizione del bene sociale, se il voto del soggetto in conflitto di interessi non è determinante in quanto non ha influito sugli altri consiglieri, ignari del perseguimento da parte del collega di un interesse extrasociale, non sarebbe rinvenibile un nesso causale fra condotta ed evento di danno, in quanto – eliminando mentalmente la condotta di manifestazione di voto da parte del soggetto attivo – l'evento si sarebbe verificato comunque¹³¹. Questa osservazione appare corretta in linea di principio ma, ai fini del processo di eliminazione mentale della condotta del soggetto agente, deve essere considerata qualsiasi efficacia causale dispiegata dal voto dell'amministratore infedele rispetto al voto degli altri consiglieri, anche se ignari (ad es. il voto di un amministratore infedele che gode di ampio prestigio nell'ambito del consiglio potrebbe comunque determinare gli altri consiglieri a votare in modo analogo).

Nell'ambito della nozione di danno patrimoniale il problema più rilevante riguarda la necessità di limitare il pregiudizio societario al danno emergente, oppure la possibilità di ricomprendere nella sfera della lesione anche il lucro cessante.

Larga parte della dottrina appare orientata sulla seconda opzione¹³². Le motivazioni che sottendono questa scelta sono legate essenzialmente all'opportunità di restringere le zone di inapplicabilità della norma che, indubbiamente, si farebbero più vaste ove si considerasse il danno patrimoniale come mero danno emergente. In sintesi,

¹²⁸ Nel senso del testo v. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 225.

¹²⁹ Cfr. G.G. SANDRELLI, *Art. 2634*, cit., p. 1828 che correttamente rileva come la mera lesione del valore della partecipazione nel capitale sociale potrebbe costituire ipotesi di danno patrimoniale per la società nel caso quest'ultima possieda azioni proprie. Sulla titolarità del diritto di querela v., *infra*, par. 6.

¹³⁰ Cfr. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 415 ss.

¹³¹ Cfr. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 228 e G. LUNGHINI, *Art. 2634*, cit., p. 3224.

¹³² In questo senso v. L. FOFFANI, *Art. 2634 cod. civ.*, cit., p. 2518 ss.; A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, cit., p. 431; G. G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 503; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Giuffrè – Luiss University Press, Milano-Roma, 2006, p. 126; C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 179.

si ritiene che la nozione di danno sia calibrata su di un deterioramento del rapporto fra attivo e passivo patrimoniale raggiunto tramite la diminuzione del complesso dei valori che costituiscono il patrimonio, anche futuro.

Al contrario, la tesi restrittiva¹³³ si basa sulla esplicita aggettivazione di patrimonialità del danno all'ente.

In primo luogo, sebbene superato dall'evoluzione legislativa, un forte indizio è rappresentato dall'argomento sistematico a sostegno della lettura ora in esame fornito dal confronto fra l'art. 2634 c.c. ed il successivo 2635, nella formulazione coeva all'introduzione del reato di infedeltà patrimoniale. In quest'ultima norma incriminatrice l'evento era descritto in termini di nocumento, il cui significato – sicuramente più ampio del mero danno patrimoniale – avrebbe ricompreso anche il lucro cessante. Di conseguenza, l'attribuzione anche all'ipotesi di infedeltà patrimoniale del danno inteso come lucro cessante avrebbe reso poco chiara la distinzione terminologica esplicitamente effettuata dal legislatore.

In secondo luogo – e soprattutto – si pone l'accento sul fatto che la nozione di lucro cessante attiene le varie componenti del danno risarcibile che è concetto ben dissimile dal danno patrimoniale. Infatti, il danno patrimoniale – evento naturalistico del reato – attiene l'immediata perdita delle voci attive del patrimonio, reintegrabile con un ripristino della situazione antecedente all'evento dannoso; il danno risarcibile è, invece, un diverso concetto normativo ricavabile dal combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 c.c. e riguarda le componenti che devono essere considerate per il ristoro conseguente al fatto illecito.

Appare preferibile in questo caso, aderire alla tesi maggiormente restrittiva in quanto individuando l'evento del reato come lucro cessante si finirebbe per estendere la nozione di bene sociale anche ai beni non ancora facenti parte del patrimonio della società sui quali, al massimo, vi è solo una aspettativa di ingresso fra i cespiti patrimoniali dell'ente. Questa soluzione sembra confortata anche dal raffronto terminologico fra il previgente art. 2631 c.c. – ove, al secondo comma, si evidenziava come evento dannoso un *pregiudizio* (nell'ambito del quale sarebbe rientrato sicuramente il lucro cessante¹³⁴ – e l'attuale norma incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale, per la quale il legislatore ha espressamente scartato i termini *pregiudizio* e *nocumento* e – scegliendo il danno patrimoniale – ha sottolineato un cambio di paradigma anche dal punto di vista dell'individuazione degli effetti della condotta.

In ultimo, l'evento delineato al secondo comma dell'art. 2634 c.c. riguarda il patrimonio dei terzi.

In questa ipotesi non vi sono ragioni per discostarsi dalle conclusioni raggiunte circa il danno patrimoniale inflitto all'ente: dovrà trattarsi di una *deminutio patrimonii* che

¹³³ Aderiscono a questa tesi E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 415; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Jovene, Napoli, 2006, p. 127; A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 157; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 227; E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 226 e S. SEMINARA, *I reati societari*, cit., p. 112.

¹³⁴ Cfr. V. NAPOLEONI, *I reati societari*, cit. p. 82 ss.

si incide sui cespiti attivi presenti al momento della condotta nel patrimonio del terzo che ha affidato, per diverse ragioni, parte dei propri beni alla società.

4. L'elemento soggettivo.

L'art. 2634 comma 1 c.c. richiede che il soggetto agente abbia posto in essere la condotta tipica allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto o un altro vantaggio, cagionando intenzionalmente un danno patrimoniale alla società.

Diversamente, il successivo secondo comma non prevede né una particolare finalità dell'agente né l'intenzione di cagionare un danno patrimoniale al terzo.

La fattispecie di infedeltà patrimoniale interna, quindi, richiede un doppio dolo: un dolo specifico e un dolo intenzionale.

Quanto al dolo specifico, la norma prevede che la condotta dell'agente sia proiettata verso il raggiungimento di un profitto ingiusto ovvero di un altro vantaggio, per sé o per altri.

Non vi sono particolari dubbi interpretativi circa l'identificazione del profitto, che non potrà essere equiparato alla percezione da parte del soggetto agente di una qualsiasi utilità, anche solo morale¹³⁵.

La struttura complessiva della fattispecie suggerisce, infatti, che il profitto debba assumere una connotazione 'simmetrica' rispetto all'offesa; dato che quest'ultima che si concretizza in un evento di danno patrimoniale la nozione di profitto dovrà essere contenuta nell'ambito della soddisfazione di interesse di pari natura in capo al soggetto attivo¹³⁶.

Circa il carattere dell'ingiustizia del profitto è stato rilevato come questa connotazione – tradizionalmente orientata a definire il raggiungimento di una pretesa non tutelata dall'ordinamento¹³⁷ – nell'ambito dell'infedeltà patrimoniale abbia la funzione di qualificare la condotta come contrastante con la *ratio* dei poteri di gestione del patrimonio conferiti all'amministratore.

Tuttavia, agli effetti pratici, sembra che la necessità di una rigorosa proiezione soggettiva del conflitto di interessi dannoso sia notevolmente temperata dalla previsione legislativa che pone come oggetto del dolo specifico anche un mero vantaggio.

Il riferimento al solo vantaggio comporta indefettibilmente una prima conseguenza: saranno rilevanti, se attese dall'autore come risultato del proprio comportamento, anche altre utilità assolutamente slegate da una possibile connotazione di tipo patrimoniale, come ad es. ragioni di prestigio personale o di convenienza politica¹³⁸.

¹³⁵ Come avviene tradizionalmente nell'ambito dei reati contro il patrimonio; in argomento v., fra le ultime, Cass., sez. II, 12 giugno 2013 n. 28410 in *Dejure* (in tema di ricettazione) ed i precedenti ivi riportati.

¹³⁶ In questo senso v. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 235.

¹³⁷ Sul punto v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 44 ss.

¹³⁸ In questo senso v. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 416.

Inoltre, appare palese come non sia esplicitamente richiesto dalla norma che anche il vantaggio sia qualificato dalla prerogativa dell'ingiustizia, in quanto il legislatore pone una chiara alternativa fra il profitto ingiusto o (congiunzione disgiuntiva) un *altro* vantaggio.

Il requisito dell'alterità, che il legislatore attribuisce al vantaggio, non può essere riferito alla contrapposizione profitto *vs.* vantaggio perché, dal punto di vista letterale, il vantaggio è già autonomamente altro rispetto al profitto, in quanto concetto dotato di un significato di maggior portata¹³⁹; pertanto pare che la connotazione di alterità debba essere più correttamente riferita alla qualificazione dell'ingiustizia che, in questo modo, risulta confinata al solo profitto.

Il dato letterale, quindi, sembra inevitabilmente suggerire che la ricerca di un qualsiasi vantaggio possa costituire un oggetto del dolo specifico, alternativo all'ingiusto profitto; di conseguenza, come già accennato, si deve constatare come le osservazioni sopra riportate circa la necessaria concretizzazione patrimoniale del conflitto di interessi nel dolo specifico che muove l'agente al momento dell'assunzione della condotta incriminata possano divenire estremamente evanescenti, proprio in ragione dell'introduzione dell'«*altro vantaggio*» come obiettivo finale della condotta illecita¹⁴⁰, che può prescindere da qualsiasi attinenza con la situazione di conflitto di interessi assunta dal soggetto attivo. Simile configurazione dell'elemento soggettivo dell'infedeltà patrimoniale appare, quindi, incoerente rispetto alla struttura fondante della fattispecie di reato.

L'art. 2634 c.c. richiede anche che il soggetto portatore del conflitto di interessi cagioni intenzionalmente l'evento del reato. Secondo la dottrina prevalente, confortata dalla giurisprudenza, simile formulazione della norma non può che indicare che sia richiesto il dolo intenzionale (oltre a quello specifico) per l'ascrizione soggettiva del fatto tipico, con la conseguente esclusione di forme di dolo meno intense quali il dolo diretto e, soprattutto, il dolo eventuale, di cui è ben noto il ruolo di protagonista nell'ambito del diritto penale dell'economia¹⁴¹. Non può tacersi, tuttavia, che il prezzo della scelta legislativa di selezione del solo dolo intenzionale come elemento soggettivo che sorregge l'evento di danno è rappresentato da un notevole restringimento delle possibilità applicative della fattispecie di reato posto che «*dolo eventuale e dolo diretto (...) sono allora le ipotesi paradigmatiche di elemento soggettivo che sorregge la commissione del fatto di cui all'art. 2634 cod. civ.*»¹⁴².

¹³⁹ Dovendosi ritenere che la nozione di vantaggio sia generale rispetto a quella di profitto.

¹⁴⁰ Nel c.d. Progetto Mirone, invece, il dolo specifico era riferito esclusivamente all'ingiusto profitto. V., *supra*, par. 1.

¹⁴¹ Cfr. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 416.; C. MARINI, *L'infedeltà patrimoniale ed il conflitto di interessi* (artt. 2629-bis, 2634 c.c., 646 c.p.) in AA. VV., *Reati in materia economica*, a cura di A. ALESSANDRI, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO – C.E. PALIERO, vol. VIII, Giappichelli, Torino, 2012, p. 142. In senso contrario v. P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 197 ss. il quale ritiene compatibile la formula normativa con il dolo diretto in base ad una lettura estensiva del concetto di «intenzione» che abbracci anche le ipotesi in cui l'offesa è inscindibilmente connessa alla condotta e sia oggetto di rappresentazione in termini di certezza o di alta probabilità.

¹⁴² F. CONSULICH, *Art. 2634*, cit., p. 486 ss. Nel medesimo senso v., ad es., E. M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M.

Appare evidente l'asimmetria con quanto richiesto dal legislatore per l'integrazione soggettiva dell'infedeltà esterna di cui al secondo comma dell'art. 2634 c.c.

In quest'ultimo caso vi è un mero dolo generico che, in assenza di indicazioni normative, può assumere tutte le ipotizzabili sfumature di intensità.

Alcune voci hanno sottolineato l'irragionevolezza di tale scelta normativa¹⁴³, essendo arduo rintracciare ragioni plausibili per differenziare in modo così marcato i criteri di ascrizione soggettiva dell'infedeltà commessa a danno della società dall'infedeltà commessa a danno dei terzi.

Ciononostante, il testo della norma appare incontrovertibile sul punto e, di conseguenza, si profila l'ipotesi di una repressione penale molto più rigorosa dell'infedeltà esterna – ove è sufficiente che il soggetto agente realizzi la condotta per fini diversi dal profitto ingiusto o dal vantaggio, anche solo accettando il rischio di danneggiare i terzi – rispetto all'infedeltà interna per la quale è richiesto un fine specifico e un danno intenzionalmente cagionato.

La presenza del dolo intenzionale richiede, per l'infedeltà interna, particolari cautele in sede di accertamento giudiziale.

Infatti, sarà onere dell'accusa dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, non solo che l'atto di disposizione è realizzato per perseguire un ingiusto profitto o un altro vantaggio, ma anche che con quel comportamento l'agente intendeva provocare proprio l'evento di danno patrimoniale alla società.

A questo scopo, non si potrà prescindere dall'esistenza, nel caso concreto, di circostanze tali da consentire al giudice di inferire l'esistenza della rappresentazione e della volizione dell'evento di *deminutio patrimonii*, facendo eventualmente ricorso alle indicazioni scaturenti dalla condotta *ante* e *post delictum*¹⁴⁴.

Una simile scelta legislativa si espone, però, a rilevanti critiche, perlopiù focalizzate sulle evidenti difficoltà probatorie che si potrebbero verificare nel sostenere l'accusa in sede processuale¹⁴⁵.

Infatti, sembra quasi che il legislatore nel perseguire l'obiettivo di escludere facili semplificazioni processuali – che tendenzialmente transitano attraverso lo strumento del dolo eventuale – abbia però ecceduto nel senso opposto, caricando oltremodo l'onere probatorio gravante sull'accusa¹⁴⁶.

Probabilmente in ragione di simile ipertrofia dell'elemento soggettivo, una parte della dottrina ha proposto una lettura differente della formula normativa relativa alla produzione intenzionale del danno patrimoniale a seguito del compimento di un atto di disposizione di un bene sociale.

RONCO, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 213

¹⁴³ V., ad es. A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 162 e C. SANTORIELLO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 181.

¹⁴⁴ Sul tema dell'accertamento del dolo v., per tutti, G. P. DEMURO, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. p. 149 ss.

¹⁴⁵ Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 220 e L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 354.

¹⁴⁶ In termini critici rispetto all'opzione del dolo intenzionale nei reati di evento v. F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 292.

Secondo questa opinione¹⁴⁷ la norma incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale sarebbe incentrata sulla condotta di disposizione del bene sociale, mentre l'evento di danno rimarrebbe sullo sfondo, quale conseguenza accessoria dell'azione criminosa.

In questo modo il legislatore avrebbe generato un'antinomia di significato, attribuendo una forte componente volitiva alla realizzazione dell'evento mentre la condotta, posta a baricentro dell'incriminazione, rimarrebbe integrabile con dolo eventuale. In sostanza, secondo questa tesi, si avrebbe un dolo intenzionale per l'evento di danno, mentre la condotta dispositiva potrebbe essere retta dal mero dolo eventuale.

Pare, tuttavia, difficilmente ipotizzabile una situazione in cui l'agente si rappresenti e voglia come specifico esito causale della condotta un danno patrimoniale per l'ente e, contestualmente, si rappresenti come meramente possibile che il proprio comportamento sfocerà in un atto di disposizione patrimoniale, accettandone il rischio di verifica¹⁴⁸. In conclusione, l'elemento soggettivo dell'infedeltà patrimoniale di cui al primo comma dell'art. 2634 c.c. si presenta come particolarmente articolato e, stante l'impossibilità di ridurre la complessità in via interpretativa, si conferma come fattore che potrebbe limitare l'effettività della norma in esame, valorizzandone – in misura probabilmente eccessiva – i contenuti garantistici.

5. L'infedeltà patrimoniale nei gruppi societari.

Il terzo comma dell'art. 2634 c.c. contiene una disposizione estremamente innovativa per il diritto penale delle società: si prevede che non possa essere considerato come ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se compensato da vantaggi, anche solo fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

La disposizione sopra richiamata costituisce il veicolo tramite il quale è stata recepita dall'ordinamento penale la teoria dei vantaggi compensativi che, in prima approssimazione, evidenzia la necessità di tenere conto degli effetti economici derivanti dall'appartenenza al gruppo societario nella valutazione della dannosità di un atto di gestione adottato nell'ambito di una specifica società eterodiretta, in ragione dell'interesse di gruppo o dell'interesse di una collegata¹⁴⁹.

¹⁴⁷ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 487.

¹⁴⁸ In questo senso, v. A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 104.

¹⁴⁹ In argomento rimane fondamentale il dibattito che si è svolto nell'ambito della dottrina civilistica; cfr., senza alcuna pretesa di completezza, A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*, 1986, 729 ss.; A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, p. 841 ss.; F. GALGANO, *L'oggetto della holding è quindi l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 401 ss.; P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 733 ss. e, in senso critico, FL. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 48 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza civilistica sul punto v. E.M. GIARDA – F.M. GIARDA, *I gruppi di società*, in AA. VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, cit., p. 147 ss.

Come è noto, nell'ambito dei gruppi societari, l'amministratore della controllata potrebbe essere costretto a scegliere, nell'esecuzione di un'operazione, se privilegiare l'interesse della propria società a discapito di quello del gruppo (o di altra società del gruppo) ovvero, al contrario, perseguire l'interesse del gruppo o di una consociata, danneggiando la propria società¹⁵⁰.

In questi frangenti, si pone il problema di verificare se, al di là della contrapposizione formale fra interesse del gruppo ed interesse della singola società, debba essere verificato in concreto che all'eventuale sacrificio dell'interesse della società corrisponda un danno effettivo, non controbilanciato da utilità di cui l'ente beneficia in ragione dell'appartenenza al gruppo stesso¹⁵¹.

Le sollecitazioni dottrinali¹⁵² dirette a tenere in considerazione gli effetti mitigatori derivanti dal rapporto di gruppo avevano trovato terreno fertile nel c.d. Progetto Mirone, al quale l'attuale art. 2634 terzo comma c.c. è improntato.

Nel Progetto Mirone, era specificato che non si sarebbe potuto considerare ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se esso fosse stato compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo¹⁵³.

Come si è visto, il terzo comma dell'art. 2634 c.c., proseguendo nella strada già tracciata dalle menzionate proposte, qualifica il vantaggio compensativo come situazione in cui – per effetto dei vantaggi, anche solo fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo – risulti compensato il profitto della società collegata o del gruppo che, per tale ragione, cessa di essere qualificato come ingiusto.

Tuttavia, il fatto che la clausola in esame costituisca la riproposizione di schemi già elaborati nelle menzionate proposte legislative, non garantisce che la formula individuata dal legislatore sia scevra di problemi interpretativi¹⁵⁴.

In primo luogo, l'effetto compensativo del pregiudizio subito dalla controllata è descritto in modo obliquo dalla norma in esame, che preferisce individuare il profitto del gruppo o della collegata come oggetto di compensazione dei vantaggi ricevuti dalla controllata¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Cfr. B. QUATRARO – L.G. PICONE, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 178.

¹⁵¹ Cfr., prima della riforma del 2002, C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Utet, Torino, 1997, p. 391 e P. MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1014.

¹⁵² Provenienti soprattutto dagli studiosi del diritto societario, v. la precedente nota 149.

¹⁵³ Per i riferimenti circa l'articolato del c.d. Progetto Mirone v., *supra*, par. 1.

¹⁵⁴ In tema v. L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 359 ss.; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 630 ss.; V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 490 ss.

¹⁵⁵ L'esperienza comune suggerisce che due valori del medesimo segno non si compensano, ma si sommano. In senso critico v., *ex multis*, L. FOFFANI, *Art. 2634 cod. civ.*, cit., p. 2525 ss.; R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 183; V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e «vantaggi compensativi»)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3796 ss.

I sostenitori di questa scelta legislativa pongono l'accento sul fatto che il riferimento alla compensazione del profitto – che ne esclude l'ingiustizia – sia utile strumento per segnalare all'interprete la necessità di valutare la società danneggiata nel più ampio contesto del gruppo; al contrario uno stretto calcolo costi/benefici potrebbe indurre a perdere di vista la dimensione collettiva ed i vantaggi che ne possono derivare¹⁵⁶.

Ma, si potrebbe replicare, la necessaria attenzione al contesto di gruppo è assicurata dal chiaro ambito di applicazione della norma che si riferisce a questo specifico fenomeno organizzativo¹⁵⁷ anche nel precisare da quale entità devono provenire i vantaggi compensativi.

Occorre quindi un'interpretazione correttiva della formula legislativa che deve necessariamente prendere le mosse dalla fisiologia del vantaggio compensativo: l'operazione posta in essere nell'interesse del gruppo, considerata in uno con i vantaggi conseguiti in ragione dell'appartenenza al gruppo – o fondatamente prevedibili – potrebbe non rivelarsi effettivamente dannosa per la singola società eterodiretta ancorché la stessa patisca in via immediata un danno patrimoniale¹⁵⁸.

Data questa premessa risulta possibile spiegare il riferimento normativo al profitto del gruppo o della collegata; infatti, se l'operazione viene posta in essere nella consapevolezza – o nella ragionevole certezza – che la società amministrata percepisce – o percepirà – una utilità derivante dal gruppo, il fine dell'atto infedele di procurare un profitto al gruppo o alla consociata perde il carattere di ingiustizia perché, a fronte di un immediato profitto per società terze e di un immediato danno per la società interessata, vi è un vantaggio compensativo che elide sia il profitto del gruppo che il danno della società eterodiretta¹⁵⁹.

Inoltre, l'aver stabilito che i vantaggi compensativi annullano l'ingiustizia del profitto, pone un problema di applicabilità della clausola nel caso l'atto infedele abbia procurato solamente un «altro vantaggio», come previsto dal primo comma dell'art. 2634 c.c.

¹⁵⁶ V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 491.

¹⁵⁷ Sul fatto che il gruppo di società costituisca un'evoluzione della forma di organizzazione dell'attività imprenditoriale raggiunta tramite l'impresa societaria v., per tutti, F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma 2005, *passim*.

¹⁵⁸ Sul punto v., per tutti, P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 722 ss. In senso concorde, in giurisprudenza, v. Cass. sez. V, 5 giugno 2003, n. 36629, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359 ss. per la quale «più che il profitto della società nei confronti della quale vi è stato l'atto di disposizione, logicamente è il danno intenzionalmente cagionato alla società che compie l'atto di disposizione che deve essere compensato da vantaggi (...) derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo» (p. 1363).

¹⁵⁹ In questo senso v. C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI – C.E. PALIERO, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2199 ss.; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 293 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 223.

A rigor di lettera, gli altri vantaggi non potrebbero mai trovare un riequilibrio che escluda l'applicabilità della fattispecie incriminatrice: i vantaggi compensativi sono previsti solo in relazione al loro effetto sulla connotazione del profitto¹⁶⁰.

Tuttavia, dati i notevoli profili di similitudine delle situazioni concrete, parte della dottrina ha proposto di ampliare in via analogica l'ambito di applicazione della clausola fino a ricomprendere come oggetto di compensazione gli altri vantaggi, soluzione confortata dalla constatazione che si tratterebbe di ipotesi di analogia *in bonam partem*¹⁶¹.

In secondo luogo, manca nel terzo comma dell'art. 2634 c.c. un'esplicita individuazione dell'ente destinatario dei vantaggi che escludono l'ingiustizia del profitto.

Non vi sono dubbi nel ritenere che il beneficiario della compensazione possa essere l'ente che subisce il pregiudizio a causa dell'atto di disposizione patrimoniale infedele; maggiormente problematica è l'eventualità che il vantaggio si riversi su altra società del gruppo o sulla collettività delle società che ne fanno parte.

Benché la lettera della legge sembri consentire questa eventualità¹⁶², appare preferibile escludere che il beneficio derivante dall'appartenenza al gruppo possa avvantaggiare enti diversi da quello immediatamente interessato dall'atto di disposizione infedele¹⁶³, pena lo snaturamento della *ratio* del vantaggio compensativo e la legittimazione di qualsiasi spogliazione della controllata a favore della controllante o delle consociate.

Proseguendo nell'esame della struttura dei vantaggi compensativi prevista nell'art. 2634 c.c., la clausola di esclusione dispiega la sua efficacia sia quando il vantaggio compensativo è effettivamente conseguito, sia quando lo stesso risulti solamente «fondatamente prevedibile».

La dottrina prevalente ritiene che il vantaggio conseguito non debba essere valutato in termini quantitativi o proporzionali, essendo sufficiente che il beneficio percepito dalla società eterodiretta sia idoneo ad elidere il danno a seguito di una stima non aritmetica delle varie voci di costo e di profitto¹⁶⁴.

Questa conclusione, sostenuta anche nell'ambito civilistico, dovrebbe essere preferita in ragione del fatto che il vantaggio compensativo non costituisce un pieno indennizzo per la società immediatamente danneggiata dall'atto infedele, bensì un

¹⁶⁰ Cfr. V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 491; A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 130 ss.

¹⁶¹ In questo senso v. C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 266 ss.; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società*, cit., p. 2197 ss. Tuttavia, sembra che il maggiore ostacolo a siffatta applicazione analogica sia costituito non tanto dal risultato dell'interpretazione quanto dal fatto che la clausola dei vantaggi compensativi così com'è strutturata in relazione alla sola 'compensazione' del profitto possa costituire una norma eccezionale che, com'è noto, non è suscettibile di regolare casi diversi da quelli esplicitamente previsti.

¹⁶² Cfr., sebbene in termini estremamente critici della scelta legislativa, L. FOFANI, *Le infedeltà*, cit. p. 360 ss.

¹⁶³ In questo senso v. C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 265; A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 128; G.G. SANDRELLI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 510.

¹⁶⁴ V., ad es., C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 260 e F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 633 ss.

qualcosa di meno, che si configura come «insieme di criteri di valutazione della non extrasocialità di una decisione nel quadro della politica di gruppo», valutabili alla luce della «coerenza di una singola scelta, ancorchè pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo periodo»¹⁶⁵.

Maggiori problemi sorgono, invece, sui canoni di individuazione della fondata prevedibilità del vantaggio¹⁶⁶.

Come si è accennato, il legislatore penale ha ammesso l'operatività della clausola di esclusione della responsabilità anche nell'ipotesi in cui il vantaggio compensativo, all'esito dell'operazione, non si configuri del tutto; pur essendo la società definitivamente danneggiata dall'atto infedele, il reato non sussiste se il conseguimento del vantaggio doveva ritenersi fondatamente prevedibile al momento del compimento dell'operazione.

Le incertezze, in questo caso, investono la delimitazione dei confini di applicabilità della clausola: è una questione ermeneutica, circa la corretta interpretazione dell'espressione «fondatamente prevedibili».

La dottrina, a riguardo, si schiera su posizioni rigorose¹⁶⁷.

È infatti generalmente richiesto che la fondata prevedibilità sia valutata mediante un giudizio obiettivo di prognosi postuma, imperniato su indici di natura economica e relativo agli elementi conosciuti o conoscibili¹⁶⁸ dall'agente, il cui risultato vada oltre una semplice probabilità e si attesti sulla quasi certezza che vi saranno dei benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo tali da equilibrare la situazione della controllata¹⁶⁹.

Diversamente, se fosse sufficiente una mera probabilità di ottenere in futuro una compensazione per il danno provocato dall'operazione infragruppo, sarebbero incentivati i comportamenti della *holding* tesi al proprio esclusivo tornaconto, sulla base

¹⁶⁵ P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 731. In senso critico, tuttavia, v. R. SACCHI, *Conclusioni*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, cit., p. 631 ss. Sull'analisi della dinamica compensativa sottesa all'art. 2497 c.c. v. M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 363 ss.

¹⁶⁶ Da segnalare che, rispetto alla legge delega (v. *supra*, par. 1) che prevedeva una formulazione più generica (*ragionevolmente prevedibili*), il legislatore delegato ha scelto di imporre dei vincoli più stringenti all'operatività della clausola in esame.

¹⁶⁷ In argomento, v. F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 634 ss.; E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, cit., p. 517 ss.; G. BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Fisco*, 39, 2004 (disponibile sul sito home.ilmfisco.it, p. 4 ss. della versione stampabile); E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione «virtuale» alla compensazione «reale»): alcune riflessioni alla luce del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 607; M. MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 905 ss.; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società*, cit., p. 2194 ss. Fra i cultori del diritto societario v., M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi futuri*, cit., p. 385 ss.

¹⁶⁸ Tuttavia, vi è una voce che ritiene che la valutazione sulla fondata prevedibilità debba essere effettuata in relazione a tutte le circostanze esistenti al momento del compimento dell'operazione, anche se sconosciute dall'agente (E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, cit., loc. cit.).

¹⁶⁹ V. S. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, cit., p. 615; E. MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 237 ss.; M. MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, cit., p. 906; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 423.

della considerazione che sarebbe agevole per gli amministratori della controllata allegare la probabilità di un futuro ristoro per il pregiudizio patito¹⁷⁰.

Nei medesimi termini si pone la Corte di Cassazione che, sin dall'introduzione del novellato art. 2634 c.c., ha affermato che la fattispecie di esonero della responsabilità «trova applicazione in presenza di concreti vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, non essendo sufficiente la mera speranza, ma che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta, siano "conseguiti" o "prevedibili" fondatamente e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa; deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza»¹⁷¹.

Rimane impregiudicato il problema del metro di giudizio della fondata prevedibilità. A questo scopo una voce dottrinale¹⁷² ha individuato nell'amministratore ragionevole il modello tramite il quale valutare l'aspettativa di un vantaggio compensativo. Simile figura, contraddistinta il requisito della prudente gestione, deve essere usata dal giudice in un giudizio a base parziale per verificare se, al momento dell'atto dispositivo, il vantaggio futuro era ipotizzabile in ragione della presenza di indizi oggettivi della sua successiva manifestazione¹⁷³.

Una volta illustrata la fisionomia della clausola di cui all'art. 2634 comma 3 c.c., appare necessario affrontare la questione del corretto inquadramento dogmatico dei vantaggi compensativi nell'ambito della struttura della figura astratta di infedeltà patrimoniale, ovverosia – in altri termini – dall'esatta individuazione dell'elemento del reato la cui operatività è paralizzata in caso di sussistenza di un vantaggio compensativo.

A questo proposito, già da una prima lettura dell'art. 2634 c.c. nel suo complesso, si delinea una contrapposizione: i vantaggi possono essere qualificati come elementi che escludono l'illiceità della condotta, quindi come cause di giustificazione, oppure possono essere ritenuti elementi che contribuiscono alla definizione del tipo del reato, prefigurando cause di esclusione della tipicità.

La prima tesi, che trova il conforto di autorevole dottrina¹⁷⁴, si basa sulla lettura dell'ingiustizia del profitto come elemento in cui si concentra l'antigiuridicità del fatto

¹⁷⁰ Cfr. C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società*, cit., p. 2195.

¹⁷¹ Cass. sez. V, 23 giugno 2003 n. 38110, in *Cass. pen.*, 2005, p. 458. Negli stessi termini v. Cass., sez. V, 18 novembre 2004 n. 10688, cit.; Cass. sez., V, 24 novembre 2010 n. 2784, in *Cass. pen.*, 2012, p. 673 ss.; Cass. sez. V, 10 giugno 2019 n. 47216, in *Dejure*. Cass. sez. V, 27 febbraio 2020 n. 13284, in *Dejure*.

¹⁷² F. CONSULICH, *Art. 2634*, cit., p. 490 ss.

¹⁷³ In questo modo, secondo l'A. citato alla nota precedente, si può individuare una via mediana fra astratta possibilità (impostazione errata per eccesso) e quasi certezza (impostazione giurisprudenziale errata per difetto), del vantaggio. L'opinione appena riportata ha il sicuro merito di fornire un criterio di personalizzazione del metro di giudizio sulla fondata prevedibilità; rimane, tuttavia, aperto il problema dell'identificazione del contenuto concreto della prudente gestione (se non altro in termini di *magnitudo*) che risulta indispensabile per identificare alcuni accadimenti come effettivamente prodromici alla percezione di un vantaggio compensativo *in fieri*.

¹⁷⁴ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, cit., p. 631, il quale afferma che «la previsione del 3° comma dell'art. 2634 c.c. (...) stabilisce che non è ingiusto e dunque non *contra ius*, il profitto (qualunque profitto) che abbia le caratteristiche propriamente indicate dal medesimo 3° comma: e pare difficile negare ad un siffatto estremo di fattispecie,

tipico; in questo contesto la clausola dei vantaggi compensativi è causa di giustificazione perché, rendendo lecito il profitto, annulla l'illiceità del fatto.

Assumendo come corretta la tesi illustrata, si dovrebbe ammettere un effetto scriminante per quegli atti distrattivi infragruppo che presentano caratteristiche analoghe alla condotta di infedeltà¹⁷⁵, data la riconosciuta possibilità di applicazione analogica delle cause di giustificazione¹⁷⁶.

La tesi del vantaggio compensativo come scriminante, che ha il merito di sganciarsi dalla visione dell'ingiustizia del profitto come mera componente volitiva di dolo specifico, risulta, tuttavia, criticabile sotto alcuni aspetti.

In primo luogo, essa si basa su di un'operazione ermeneutica che è stata ritenuta contraria alla lettera dell'art. 2634 c.c. che prevede un unico fatto di reato: la traslazione del piano soggettivo dell'ingiusto profitto, elemento del dolo specifico nel primo comma, che diventa oggettivo e scriminante in relazione al terzo comma¹⁷⁷.

In secondo luogo, più significativamente, se la clausola in questione rappresentasse una causa di giustificazione la stessa dovrebbe valere in tutto l'ordinamento¹⁷⁸, ma non sembra che questo sia il caso dei vantaggi compensativi previsti dall'art. 2634 comma 3 c.c.¹⁷⁹. La ragione risiede nell'impossibilità di riscontrare una nozione unitaria di vantaggio compensativo nel diritto societario: alcuni comportamenti, precisamente gli atti infedeli che sono compiuti in vista di un vantaggio fondatamente prevedibile che non si verifica, pur dovendo essere ritenuti irrilevanti per il diritto penale, costituiscono fonte di responsabilità civile *ex art. 2497 c.c.*¹⁸⁰. Pertanto,

che qualifica «non contra ius» una determinata situazione, lo statuto di scriminante, e dunque di circostanza che elide l'antigiuridicità del fatto tipico». Per un'analoga opinione v. G. BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, cit., p. 4 ss e, più di recente, F. CONSULICH, *Art. 2634*, cit., p. 494.

¹⁷⁵ Come, ad esempio, ipotesi di distrazioni fallimentari. A questo risultato giunge oggi la giurisprudenza (superando un iniziale orientamento di segno opposto), però qualificando espressamente i vantaggi compensativi come cause che comportano un difetto di tipicità della condotta; v., da ultimo, Cass. sez. V, 27 febbraio 2020 n. 13284, cit.

¹⁷⁶ In questo senso v., per tutti, G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 169 ss.

¹⁷⁷ In questo senso, v. A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 129 ss. Tuttavia, non sembra che questa critica possa essere condivisibile (v. *infra* nel corpo del testo).

¹⁷⁸ Sulla valenza universale delle scriminanti v., per tutti, G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 132. Per un'analisi problematica della caratteristica dell'universalità delle cause di giustificazione proprio in relazione ai vantaggi compensativi, v. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 115 ss. (spec. p. 118 ss.).

¹⁷⁹ Nel senso del testo, v. R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 183; p. 188 ss.; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società*, cit., p. 2205 ss.

¹⁸⁰ L'art. 2497 comma 1 c.c. stabilisce che il danno causato dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento può risultare mancante in ragione del risultato complessivo di detta attività, oppure integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. In argomento v., senza pretese di completezza, S. PATTI, «*Direzione e coordinamento di società*»: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 357 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765 ss.; G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 591; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del*

sembra inevitabile concludere che alla configurazione della clausola dei vantaggi compensativi come causa di giustificazione ostino insuperabili ragioni strutturali.

La tesi maggiormente seguita in dottrina attribuisce alla clausola in esame la funzione di escludere il dolo specifico dell'ingiusto profitto e, quindi, l'effetto di far venire meno la tipicità del fatto di reato¹⁸¹.

Questa conclusione deriva dato testuale dell'art. 2634 c.c. che, al primo comma, individua il dolo specifico nell'ingiusto profitto verso il quale si rivolge attivo.

Ne consegue che la clausola dei vantaggi compensativi di cui al terzo comma del medesimo articolo, escludendo l'ingiustizia del profitto, si inquadra «*come causa di esclusione del dolo specifico e, quindi, quale limite negativo della tipicità, secondo la diffusa ricostruzione del dolo specifico quale criterio di tipizzazione del fatto*»¹⁸².

Sebbene questa tesi abbia il pregio di indirizzare l'attenzione dell'interprete nell'ambito della tipicità – distogliendola dall'infruttuoso ambito dell'antigiuridicità – non sembra che la stessa sia completamente condivisibile.

A questo proposito, come è stato efficacemente sottolineato, nell'ambito dei gruppi l'ingiusto profitto perda la sua connotazione psicologica di accadimento – eventuale – in vista del quale l'agente si determina nella condotta criminosa e acquisti il rango di elemento necessario del fatto¹⁸³, vero e proprio evento.

Si osservi: nel primo comma dell'art. 2634 c.c. il profitto – indipendentemente dalla sua ingiustizia – può non verificarsi in concreto, essendo sufficiente che sia voluto e che sia perseguito in quanto ingiusto.

In questa ipotesi il profitto giace al di fuori del fatto di reato.

La clausola dei vantaggi compensativi, invece, stabilisce che il profitto non è ingiusto a determinate condizioni; la norma prevede una precisa sequenza logica: è indispensabile che il profitto si sia verificato e ne va accertata l'ingiustizia secondo parametri – i vantaggi compensativi – che trascendono la situazione psicologica dell'agente.

diritto societario: prime riflessioni, in *Rass. giur. en. elett.*, 2003, p. 161 ss.; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Soc.*, 2004, p. 538 ss.; F. SALINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 256 ss. *Contra*, nel senso che anche l'art. 2497 c.c. può trovare applicazione in caso di vantaggi futuri v. M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi futuri*, cit., p. 385 ss.

¹⁸¹ In questo senso v. P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 200; F. GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza (Seconda parte)*, in *Studium juris*, 2002, p. 837; A. L. MACCARI, *Art. 2634*, cit., p. 165 ss.; L. FOFFANI, *Art. 2634 cod. civ.*, cit., p. 2525; C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 265; G. SCIUMBATA, *La riforma del diritto penale societario: infedeltà patrimoniale e bancarotta societaria*, in *Nuovo dir.*, 2003, p. 237; A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 130; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 226; E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 425 ss.; N. LIONETTI, *Analisi critica del delitto di infedeltà patrimoniale*, in *AA. VV., Diritto penale dell'economia*, diretto da A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, Utet, Torino, 2017, I, p. 246 ss. e, sostanzialmente, R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 292. In ottica solo parzialmente conforme v. E. M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'economia*, 214 ss. ove i vantaggi compensativi vengono qualificati come elemento negativo del dolo specifico.

¹⁸² E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 425.

¹⁸³ C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società*, cit., p. 2206 ss.

Se non vi fosse alcun profitto, la clausola sarebbe monca e inapplicabile perché mancherebbe un termine di paragone per valutare l'effetto compensativo dei vantaggi derivanti dal gruppo.

In caso di infedeltà nei gruppi, quindi, il profitto ingiusto rientra a pieno titolo nel fatto; di conseguenza la verifica dell'evento che concretizza il sorgere del profitto ingiusto deve essere prevista e voluta dall'agente. Il che vuol dire che si è in presenza di dolo intenzionale e che il dolo specifico è estraneo alla fattispecie¹⁸⁴.

In base a questa ricostruzione si avrebbe una differente operatività dei vantaggi compensativi rispetto a quanto ritenuto dalla dottrina dominante: la clausola dei vantaggi compensativi non agirebbe sulla configurabilità del dolo, bensì sulla sussistenza e sulla rilevanza dell'evento nel quale si concretizza la peculiare offesa al bene protetto che informa la condotta incriminata¹⁸⁵.

In quest'ottica, quindi, il ruolo della clausola dei vantaggi compensativi è di filtro per le condotte infedeli veramente offensive nell'ambito del gruppo.

Sviluppando questa tesi si potrebbe affermare che la lettura della clausola deve partire dalla considerazione che al profitto ingiusto del gruppo corrisponde necessariamente un danno patrimoniale per la singola società, atteso che quest'ultimo è elemento richiesto dalla norma incriminatrice per la sussistenza del fatto tipico.

In questo contesto opera il vantaggio compensativo il quale rende esplicita una limitazione intrinseca alle potenzialità offensive degli atti di disposizione dei beni sociali nei confronti del patrimonio sociale.

Dal punto di vista della costruzione della norma incriminatrice, l'art. 2634 comma 3 c.c. stabilisce che vi può essere un fatto lesivo del patrimonio sociale penalmente rilevante in presenza di un atto disposizione di beni sociali infragruppo che cagiona un profitto ingiusto; tuttavia, la stessa norma chiarisce che il profitto del gruppo non è ingiusto se vi sono dei vantaggi compensativi.

Se ne deduce che il legislatore considera incompatibile il vantaggio compensativo con il profitto ingiusto che è elemento essenziale della fattispecie; questa situazione di incompatibilità esclude che vi possa essere una condotta realmente offensiva del bene giuridico.

Infatti, se vi sono vantaggi tali per la società da non ritenere che il profitto del gruppo sia ingiusto, significa che, a priori, è del pari assente ogni profilo di dannosità per il patrimonio della controllata.

Da queste premesse si dovrebbe correttamente dedurre che i vantaggi compensativi operano come causa di esclusione della tipicità perché ritagliano via dal

¹⁸⁴ Trattandosi di c.d. dolo specifico apparente; in argomento v., per tutti, L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 544 ss.

¹⁸⁵ Si esprimono in termini di carenza predefinita di offensività della condotta in caso di vantaggi compensativi: E. VENAFRO, *Commento all'art. 2634 c.c.*, cit., p. 517; C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società*, cit., p. 2207 il quale individua nella clausola dei vantaggi compensativi un 'limite esegetico', ovvero sia un limite interno della norma che, esplicitamente, seleziona solamente quei fatti ritenuti idonei a offendere il bene giuridico tutelato (sulla nozione di limite esegetico v., per tutti, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, Padova, 1972, p. 46 ss.).

fatto tipico le condotte che non sono realmente offensive¹⁸⁶. Di conseguenza, appare inevitabile concludere che, nel caso di infedeltà patrimoniale nel gruppo societario, i vantaggi compensativi sono un elemento costitutivo negativo del fatto tipico¹⁸⁷.

Le considerazioni sopra esposte sulla natura della clausola dei vantaggi compensativi rivestono importanza in relazione alla contigua tematica del loro accertamento giudiziale.

Il primo aspetto che viene in considerazione riguarda l'attribuzione dell'onere probatorio.

Sul punto la giurisprudenza penale è concorde nel ritenere che spetta all'imputato non solo l'onere di allegazione della sussistenza del vantaggio compensativo, ma anche il più gravoso compito di fornire prova della sua effettiva esistenza nel caso concreto¹⁸⁸.

L'attribuzione dell'onere della prova all'imputato è coerente con la qualificazione dei vantaggi compensativi in termini di causa di giustificazione: in queste ipotesi, l'imputato potrebbe correttamente essere chiamato a fornire prova dell'esistenza di una circostanza che rende lecito il fatto – che di per sé è tipico – o, quantomeno, di elementi di fatto tali da instillare un dubbio sull'esistenza della scriminante *ex art. 530 comma 3 c.p.p.*¹⁸⁹.

Tuttavia, come sopra esposto, i vantaggi compensativi concorrono a delineare la tipicità del reato di infedeltà patrimoniale qualora esso sia consumato nell'ambito di un gruppo di società. Di conseguenza essi riguardano un elemento del reato la cui dimostrazione giudiziale positiva grava esclusivamente sulla pubblica accusa¹⁹⁰.

Ne deriva che, soprattutto in caso di allegazione dell'imputato, al giudice non dovrebbe essere consentito pronunciare sentenza di condanna in assenza della prova

¹⁸⁶ In questi termini sembra esprimersi anche la più recente giurisprudenza di legittimità, sebbene in relazione all'applicazione della clausola dei vantaggi compensativi alla bancarotta fraudolenta patrimoniale: il dichiarato effetto di neutralizzazione della tipicità del fatto di distrazione è dovuto alla impossibilità dell'atto distrattivo compensato di «*incidere negativamente sulle ragioni dei creditori della società fallita*» (Cass. sez. V, 27 febbraio 2020 n. 13284, cit., punto 2.1 del Considerato in diritto).

¹⁸⁷ L'espressione, utilizzata in relazione ad un differente conteso normativo è di F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1475.

¹⁸⁸ In questo senso si è ripetutamente espressa la Cassazione che, da un lato ha individuato nei vantaggi compensativi una clausola di portata generale, valida anche in altri settori dell'ordinamento (ad es. il diritto penale dell'insolvenza) mentre, dall'altro, ha stabilito che l'esistenza di vantaggi compensativi deve essere provata dall'imputato, non essendo sufficiente l'appartenenza al gruppo oppure la mera corrispondenza fra sacrificio della controllata ed utilità per il gruppo o per la controllante, dovendosi, invece, richiedere che questa situazione sia destinata a tradursi (o si sia tradotta) in un vantaggio nella prospettiva dell'interesse di gruppo ovvero per la società immediatamente sacrificata; cfr. Cass. sez. V, 27 febbraio 2020 n. 13284, cit.; Cass. sez. V, 10 giugno 2019 n. 47261, in *Dejure*; Cass. sez. V, 2 marzo 2017 n. 16206, in *Dejure*; Cass. sez. V, 17 marzo 2015 n. 23997, in *Dejure*; Cass. sez. I, 26 ottobre 2012 n. 48327, in *Dejure*; Cass. sez. V, 6 ottobre 2011 n.48518, in *Dejure*.

¹⁸⁹ Cfr. Cass. SS.UU., 28 ottobre 2008 n. 40049, in *Dejure*; in senso conforme, in dottrina, v. ad es. P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Giuffrè Milano, 2012, p. 131.

¹⁹⁰ In conformità al principio costituzionale di non colpevolezza; cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 128 ss.

positiva del fatto che il sacrificio imposto alla società eterodiretta è rimasto privo di una compensazione derivante dall'appartenenza al gruppo.

Il secondo aspetto riguarda, invece, il momento nel quale i vantaggi compensativi debbono essere percepiti per dispiegare il loro effetto di esclusione della tipicità del reato di infedeltà patrimoniale. Si tratta, in altri termini, di individuare il momento del procedimento penale oltre il quale la percezione del vantaggio compensativo diviene irrilevante ai fini dell'affermazione di responsabilità per infedeltà patrimoniale.

Il punto di partenza di questa riflessione non può che essere la – scontata – constatazione della necessaria posterità del vantaggio compensativo rispetto alla condotta tipica; il legislatore, infatti, ha previsto una specifica sequenza contemplando prima la condotta e l'evento e poi, in ipotesi, la percezione del vantaggio compensativo che mette in luce la concreta inoffensività del fatto di reato.

Pertanto, potrebbe accadere, nella prassi, che il vantaggio compensativo venga effettivamente percepito dopo l'avvio delle indagini preliminari determinato dalla presentazione della querela prevista dall'art. 2634 comma 4 c.c.

Appare poco problematica l'ipotesi in cui il vantaggio compensativo sia incamerato dalla società danneggiata prima dell'esercizio dell'azione penale: in questo frangente il Pubblico Ministero che si riterrà convinto della reale presenza del vantaggio potrà richiedere l'archiviazione del procedimento *ex art. 408 c.p.p.*

Più incerto, invece, il caso in cui la percezione del vantaggio si concretizzi nella fase intercorrente fra l'esercizio dell'azione penale su impulso del Pubblico Ministero e la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. In questa ipotesi, tenendo presente che, da un lato, il vantaggio compensativo rende inoffensivo il fatto concreto e, dall'altro, la percezione del vantaggio non dipende da un comportamento dell'imputato, si dovrebbe ritenere che l'avvenuta elisione dei profili di offensività del fatto per il quale è pendente il processo possa essere oggetto di allegazione e di prova in giudizio, sia negativa che positiva.

Ancora più complessa, infine, è l'ipotesi in cui il vantaggio compensativo sia intervenuto dopo l'apertura del dibattimento di primo grado. In questo caso si scontrano due esigenze contrapposte: non solo garantire il corretto trattamento all'imputato di un reato per il quale la legge ha previsto una causa di esclusione della tipicità del reato – che si verifica fisiologicamente dopo il compimento della condotta e la realizzazione dell'evento – senza prevedere un termine finale, ma, anche, evitare che l'accertamento processuale abbia ad oggetto fatti di reato la cui rilevanza penale è sottoposta, per così dire, ad una condizione risolutiva incerta sia nell'*an* che nella determinazione temporale.

A ben vedere, però, siffatta tensione può essere notevolmente stemperata considerando che, ai fini dell'art. 2634 comma 3 c.c., sono rilevanti anche i vantaggi non ancora conseguiti, sebbene fondatamente prevedibili. Pertanto, l'effettiva percezione del vantaggio in un momento successivo alla dichiarazione di apertura del dibattimento può essere considerata, secondo l'*id quod plerumque accidit*, come sintomatica di quel grado di

sostanziale certezza richiesto dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁹¹ per l'applicazione dei vantaggi solo fondatamente prevedibili; con la conseguenza che il vantaggio compensativo dovrebbe ritenersi applicabile anche in questa ipotesi.

6. La procedibilità a querela di parte e le sanzioni.

L'ultimo comma dell'art. 2634 c.c. precisa che la procedibilità per il reato di infedeltà patrimoniale è subordinata alla querela della persona offesa.

Si è visto precedentemente che, per l'infedeltà interna, il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice in esame è il patrimonio della società nell'ambito della quale si è verificato l'atto di disposizione infedele. Da questa, incontrovertibile, premessa discende la constatazione del fatto che il diritto a presentare querela spetti alla società, in quanto titolare del bene giuridico protetto¹⁹².

La scelta di affidare all'espressa volontà della società la punibilità del reato, crea notevoli problemi applicativi.

Un primo problema, per la verità già presente prima dell'introduzione dell'art. 2634 c.c., riguarda l'individuazione dell'organo della società legittimato a proporre querela.

A tale proposito, tradizionalmente, la dottrina¹⁹³ distingue fra offese interne ed offese esterne. Le prime riguardano illeciti posti in essere da soggetti dotati di poteri di gestione e di rappresentanza in relazione ai quali il potere di proporre querela spetterebbe all'assemblea dei soci; al contrario, per le offese esterne – provenienti da soggetti estranei al perimetro societario come, ad es., consulenti o revisori – la legittimazione alla querela dovrebbe essere attribuita all'organo gestorio, cui compete deliberare sulla responsabilità degli amministratori *ex art. 2364 c.c.*

Nel caso di infedeltà patrimoniale, secondo la maggioranza delle opinioni, il diritto di querela spetterebbe all'assemblea dei soci. Accedendo a questa tesi la concreta punizione dei comportamenti infedeli sarebbe demandata alla maggioranza del capitale

¹⁹¹ V., *supra*, nel corpo del testo.

¹⁹² Sull'individuazione della persona offesa nel titolare del bene giuridico protetto (che può anche non coincidere con il danneggiato dal reato legittimato a costituirsi parte civile) v., *ex multis*, D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 51 ss.

¹⁹³ Cfr. M. ROMANO, *Art. 120*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed. Giuffrè, Milano, 2012, p. 301 ss.; M. PISANI, *Appunti in tema di accertamento dei reati societari*, in AA. VV., *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. NUVOLONE, Giuffrè, Milano, 1971, p. 297 ss.; C. BENUSSI, *Conflitto di interessi e legittimazione dalla presentazione della querela nel delitto di infedeltà patrimoniale e nei reati con "offese interne" alla società*, in *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, a cura di R. SACCHI, Giuffrè, Milano, 2000, p. 219 ss. Nel senso che il diritto di querela spetta al consiglio di amministrazione anche caso di offese interne (con l'obbligo di astensione dell'amministratore cui è attribuito il fatto illecito) v., tuttavia, C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, cit., p. 396 ss., il quale individua una competenza concorrente dell'assemblea. Sul tema, anche per approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali, v. C. MARINI, *L'infedeltà patrimoniale ed il conflitto di interessi (artt. 2629-bis, 2634 c.c., 646 c.p.)*, cit., p. 144 ss.

rappresentato in assemblea; la medesima maggioranza che, non infrequentemente, ha nominato l'amministratore infedele.

In questo panorama, la giurisprudenza si è dapprima orientata su posizioni rigorose, attribuendo solo alla società (o più correttamente, al suo legale rappresentate) il potere di querela derivante dalla posizione di persona offesa, contestualmente relegando i soci a meri danneggiati¹⁹⁴. In un secondo momento, tuttavia, la Suprema Corte, recependo le critiche dottrinali circa l'opportunità di un simile assetto normativo¹⁹⁵, ha mutato il proprio indirizzo stabilendo che il diritto di querela spetta al singolo socio che condivide il pregiudizio causato alla società dall'atto di disposizione in ragione della sua partecipazione capitale sociale¹⁹⁶.

La scelta dei giudici di legittimità, sicuramente apprezzabile sotto l'aspetto della garanzia di effettività della norma in esame, pare tuttavia criticabile in quanto opera una indebita commistione fra la nozione di danneggiato (il socio, in via mediata) e di persona offesa dal reato (la società)¹⁹⁷.

Ciononostante, questo orientamento può dirsi consolidato nella giurisprudenza di legittimità che, in alcune sentenze successive – anche molto recenti –, ha ribadito che il diritto di querela spetta disgiuntamente all'assemblea dei soci ed al singolo socio, anche quello receduto¹⁹⁸, ma non al creditore sociale¹⁹⁹.

Parte della dottrina²⁰⁰, al fine di superare simile *impasse* ha suggerito che il socio di minoranza potrebbe utilizzare il combinato disposto degli artt. 121 c.p. e 338 c.p.p.

¹⁹⁴ Cfr. Cass. sez. V, 17 gennaio 2003 n. 20267, in *Dejure*, Cass. sez. V, 7 maggio 2003, in *Il Fisco*, 2003, p. 4900 ss. e, più di recente, Cass. sez. V, 21 novembre 2006, in *Riv. Guardia di finanza*, 2007, p. 142 ss.

¹⁹⁵ V., *ex multis*, L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 363 ss.

¹⁹⁶ Orientamento inaugurato, per quel che consta, da Cass. sez. V, 16.6.06 n. 37033, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1038 ss. che ha deciso un caso in cui il socio querelante deteneva il 100% del capitale sociale.

¹⁹⁷ Nel senso del testo v. E. LA ROSA, *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1058; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 303; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, cit., p. 170; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 207; P. ALDROVANDI, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 206. In senso contrario, tuttavia, v. R. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 180 ss.; A. D'AVIRRO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 185; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 285 ss.

¹⁹⁸ Cass., sez. V, 20 febbraio 2007 n. 29268, cit.; Cass., sez. II, 25 febbraio 2009 n. 24824, cit.; Cass., sez. V, 7 maggio 2014 n. 35080, in *Dejure*; Cass., sez. V, 24 giugno 2015 n. 39506, in *Dejure*; Cass., sez. V, 7 novembre 2018 n. 57077, in *Dejure*. Coerentemente con il proprio orientamento consolidato (ma con scarso riguardo alle categorie teoriche della vittima e del danneggiato), la Suprema Corte ammette anche la querela del socio receduto, sulla base della considerazione che lo scioglimento del rapporto sociale determina la liquidazione della quota ad un valore minore di quello che si sarebbe avuto in assenza del danno provocato dall'atto infedele (v. Cass., sez. V, 14 giugno 2016 n. 35384, in *Dejure*). Inoltre, la Cassazione, in relazione ad una procedura di prevenzione, ha riconosciuto il potere di proporre querela anche al titolare dell'ufficio di amministrazione dell'azienda sequestrata (v. Cass., sez. V, 4 giugno 2019 n. 40446, cit.), figura, questa, non assimilabile né al singolo socio, né all'assemblea. Curiosamente, tuttavia, la Suprema Corte ha escluso la trasmissibilità del diritto di rimessione della querela all'aggiudicatario della quota sociale, facendo leva sul fatto che la titolarità del diritto di rimessione spetta alla persona offesa dal reato e non è trasmissibile per atto *inter vivos* quando viene alienato il diritto leso dalla condotta delittuosa (Cass., sez. V, 18 novembre 2015 n. 22495, cit.).

¹⁹⁹ V., nuovamente, Cass., sez. V, 18 novembre 2015 n. 22495, cit.

²⁰⁰ Cfr. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 312 ss. e, successivamente, ID., *Conflitto di interessi e*

per denunciare il fatto di infedeltà patrimoniale al Pubblico ministero, richiedendo che lo stesso si attivi presso il Giudice per le indagini preliminari affinché venga nominato un curatore speciale ai fini della proposizione della querela.

Questa possibilità, che rappresenta uno sviluppo di quanto già previsto nella prima stesura del d.lgs. n. 61/2002²⁰¹, appare però preclusa dalla lettera dell'art. 121 c.p. secondo cui la nomina di un curatore speciale è prevista – in determinate ipotesi – solo per il minore degli anni quattordici e per l'infermo di mente²⁰².

A siffatta obiezione si è replicato che «*se nelle ipotesi di persone giuridiche prive di rappresentanti o di "conflitto di interessi", ai fini della costituzione di parte civile della società danneggiata è espressamente prevista dall'art. 77 comma 2 c.p.p. la nomina di un curatore speciale, non si può non ritenere che anche per la proposizione della querela – propedeutica alla costituzione – sia necessario il ricorso a detta figura*»²⁰³.

Anche questa tesi, per quanto acutamente indirizzata verso la valorizzazione di un aspetto sistematico, non pare essere idonea a superare il dato letterale.

Infatti, la regola codicistica evocata può sicuramente riguardare la situazione in cui il rappresentante (l'amministratore infedele) dovrebbe costituirsi contro sé stesso in nome e per conto del rappresentato (la società danneggiata), ma pare dubbio che la stessa disposizione possa applicarsi al caso problematico del socio di minoranza. Il socio di minoranza non è il soggetto rappresentato evocato dall'art. 77 comma 2 c.p.p., in quanto il rapporto organico e di rappresentanza si instaura fra l'amministratore e l'ente e non fra l'amministratore ed i titolari di quote del capitale sociale.

Diversamente, per l'infedeltà esterna prevista dal secondo comma dell'art. 2634 c.c. l'individuazione della persona offesa risulta più semplice perché, come visto in precedenza²⁰⁴, in questa peculiare fattispecie di infedeltà patrimoniale il bene giuridico tutelato è solo il patrimonio del terzo e, pertanto, a costui spetterà il diritto di proporre querela in qualità di persona offesa²⁰⁵.

Circa il trattamento sanzionatorio, la legge – come generalmente previsto per tutti i reati societari – commina la sola pena della reclusione che si estende da sei mesi a tre anni. Com'è noto, inoltre, la fattispecie di infedeltà patrimoniale non è stata inserita nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. n. 231/2001, in

legittimazione dalla presentazione della querela nel delitto di infedeltà patrimoniale, cit., p. 223 ss. In senso conforme, in giurisprudenza, v. Trib. Milano, ufficio G.I.P., 9 febbraio 2006, in *Dejure*.

²⁰¹ Nello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 11 gennaio 2002 ed inviato alle Camere per il parere si prevedeva che il diritto di querela fosse esercitato da un curatore speciale, nominato dall'assemblea. Sul punto cfr. D. FONDAROLI, *Introduzione ai reati di infedeltà*, in AA. VV., *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, cit., p. 394.

²⁰² Difficile anche ipotizzarne l'applicazione analogica al caso in esame, essendo differente la *ratio legis* (cfr. N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nss. dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, p. 603 ss): l'art. 121 c.p. mira a proteggere soggetti passivi del reato – cui l'ordinamento non riconosce il potere di proporre autonomamente querela – dalle condotte dei loro rappresentanti assunte in conflitto di interessi; diversamente, il socio non è un soggetto passivo dell'infedeltà patrimoniale.

²⁰³ C. BENUSSI, *Conflitto di interessi e legittimazione dalla presentazione della querela nel delitto di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 224.

²⁰⁴ V., *supra*, par. 2.

²⁰⁵ In senso concorde v. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 428.

ragione dell'offensività diretta verso il patrimonio sociale che impedisce a priori che il fatto di reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente²⁰⁶.

²⁰⁶ Cfr. E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 432. In senso critico circa l'esclusione della responsabilità dell'ente per le ipotesi di infedeltà 'esterna', per le quali si configura un interesse o un vantaggio per l'ente, cfr. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, cit., p. 180 ss.