

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Il reato di nocumento al risparmio: prime riflessioni critiche

Andrea R. Castaldo

Febbraio 2004

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Il disegno di legge di riforma del sistema di tutela del risparmio, approvato dal consiglio dei ministri il 03.02.2004, contiene alcune disposizioni penali, il cui contenuto merita un'attenzione critica, soprattutto in vista delle possibili ed auspicabili modifiche da parte del Parlamento in sede di approvazione.

Il contributo in esame si concentra pressoché esclusivamente sulla nuova fattispecie di reato introdotta dall'articolo 44 ddl ("nocumento al risparmio"), per l'indubbio carattere di centralità che la norma riveste nell'impianto complessivo del provvedimento.

Ai fini di una più efficace comprensione, e naturalmente nell'impossibilità di un'approfondita esegesi stante il carattere di assoluta novità del provvedimento, si indicano i profili di seguito trattati:

- a) mutamenti intervenuti;
- b) inquadramento sistematico all'interno del codice penale;
- c) aggancio costituzionale;
- d) fatto tipico;
- e) offesa e colpevolezza
- f) politica sanzionatoria.

a) MUTAMENTI INTERVENUTI

E' interessante anzitutto segnalare le modifiche che il Consiglio dei ministri ha apportato all'articolo definitivamente licenziato rispetto alla bozza in precedenza presentata.

Il vecchio testo rubricava il reato come "nocumento al risparmio nazionale" (aggettivo quest'ultimo sparito), estendeva alla commissione dei reati societari gli illeciti commissivi di base, richiamava espressamente l'articolo 47 co. 1 Cost. per la tutela del risparmio, tutelava infine la fiducia del risparmiatore e del mercato.

Di contro, il testo attuale si arricchisce del requisito dell'intenzionalità per la commissione del fatto illecito di base, nonché della definizione apparentemente puntuale e completa di "grave nocumento".

Il raffronto tra le due versioni, lungi dal rappresentare un mero esercizio di stile, si rivela istruttivo quanto agli umori politici ed alle contingenze emergenziali sociali che hanno originato e compulsato la riforma.

L'impressione complessiva suggerita da una lettura *prima facie* dell'articolo 44 è infatti quella di una norma dalla forte carica simbolica, nella quale, se chiari sono gli scopi (rigore e deterrenza), non altrettanto lo sono le modalità attraverso le quali gli stessi dovrebbero perseguirsi.

b) INQUADRAMENTO SISTEMATICO ALL'INTERNO DEL CODICE PENALE

Il ddl, attraverso l'articolo 44 inserisce dunque, dopo l'articolo 499 c.p., l'articolo 499 *bis* - documento al risparmio - tra i delitti contro l'economia pubblica.

Si tratta di una scelta estremamente precisa, che sembra esprimere l'intento di colpire quelle condotte economiche contrassegnate da un così elevato livello di disvalore da coinvolgere l'economia pubblica nel suo complesso.

Se in linea di principio una tale opzione metodologica può ritenersi congruente con la finalità della riforma, non di meno insorgono perplessità con riferimento a due profili specifici, e cioè: 1) i presupposti ideologici; 2) la reale effettività.

1) I presupposti ideologici

Quanto al primo aspetto non si può tacere la circostanza che i compilatori del codice Rocco, allorché crearono il capo in questione ("dei delitti contro l'economia pubblica"), inserendovi una serie di reati, lo giustificarono nel quadro delle concezioni ideologiche di uno Stato autoritario, quale mezzo di tutela "degli istituti e dei presupposti fondamentali dello Stato corporativo quale fu creato e si viene organizzando sulla scorta dei principi fissati nella Carta del lavoro"¹. Ed in un passaggio altrettanto significativo "l'affermazione e lo sviluppo della potenza nazionale"² sono espressamente enunciati come *ratio* di tutela.

¹ Relazione ministeriale sul progetto del codice penale (lavori preparatori, vol.V, II, § 542).

² Rel. Min., loc. cit.

In altre parole, la preoccupazione principale del legislatore dell'epoca, coerentemente con il modello statale ed economico-sociale, consisteva nel privilegiare il controllo pubblicistico e dirigistico dell'economia *versus* l'iniziativa imprenditoriale privata: l'interesse collettivo aveva il sopravvento su quello privato.

E' fin troppo ovvio ricordare che questo modello è entrato in crisi negli ultimi decenni e che il ritirarsi dell'intervento statale, unitamente a politiche di *deregulation*, ha costituito l'impalcatura ideologica per la crescita del mercato. Con l'ulteriore conseguenza di un arretramento dello strumentario penale. Del resto, l'equazione vale anche al contrario: l'incremento della penalità è direttamente proporzionale alla crescita dei poteri pubblicistici di controllo.

2) La reale effettività

Il legislatore della riforma dovrebbe tra l'altro tener conto della reale portata effettiva, al livello empirico, della norma. La costruzione del tipo penale sembra infatti, per le ragioni che si diranno, di difficile verificabilità e dunque destinata ad avere una valenza più simbolica che reale, specie se si pensa che analoghe condotte criminose imperniate sulla formula identica del "grave nocumento alla produzione nazionale" (articolo 499 c.p.: "distruzione di materie prime o di prodotti agricoli o industriali ovvero di mezzi di produzione") sono rimaste lettera morta nelle aule di tribunale.

In definitiva sarebbe forse il caso di rimeditare l'allocazione della nuova figura di reato tra i delitti contro l'economia pubblica, anche in considerazione – come già osservato – della soppressione del richiamo al carattere nazionale del risparmio, costruendo la fattispecie sulla falsariga "dei delitti contro il patrimonio mediante frode" (es. la truffa, articolo 640 c.p.).

c) AGGANCIAMENTO COSTITUZIONALE

L'articolo in questione tutela senza dubbio il risparmio considerato nella sua macro-dimensionalità. In una tale ottica, e in adesione al consolidato orientamento che vede nella tutela del bene giuridico di rilevanza costituzionale il fondamento per il ricorso allo strumento penale, la tutela del risparmio di cui all'articolo 47 Cost. giustifica per l'appunto la previsione di reato.

In particolare, il comma secondo³, laddove attribuisce allo Stato il compito di favorire l'accesso del risparmio popolare al diretto o indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi, si attaglia alla ipotesi in esame e alla struttura complessiva del reato.

Tuttavia, come è altrettanto ben noto, la presenza del bene giuridico a livello costituzionale è condizione necessaria ma non sufficiente dell'intervento penale, occorrendo al contempo l'impossibilità di ricorrere a forme alternative di tutela, stante anche il carattere di concreta offensività della condotta (principio di sussidiarietà). Ebbene, proprio la struttura del fatto tipico non autorizza a conclusioni di tal genere, in quanto, da una parte la possibilità di ricorrere ai più incisivi strumenti di deterrenza civilistica, e dall'altra, l'esangue contenuto offensivo della condotta, non determinano l'automatica necessità dello strumento penale.

d) FATTO TIPICO

I dubbi più seri, persino di legittimità costituzionale, si addensano tuttavia sulla condotta costitutiva del reato. In sé considerata, essa appare particolarmente semplice: è punito infatti chiunque commette dolosamente gli illeciti amministrativi previsti dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, dal Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, dalla legge di Riforma sulla vigilanza delle assicurazioni e dal decreto legislativo di Disciplina delle forme pensionistiche complementari, così cagionando un grave nocumento ai risparmiatori.

In sostanza, la preoccupazione assorbente del legislatore si incentra esclusivamente sulla fiducia dei risparmiatori, la cui lesione comporta automaticamente il duro rigore sanzionatorio, quando essa sia stata compromessa da una pluralità di illeciti di base.

Sennonché, troppe appaiono le incongruenze, forse giustificate dalla fretta con cui si è deciso l'intervento⁴.

Senza pretesa di completezza si segnalano le principali.

³ Art. 47, co. II, Cost. la Repubblica "favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese".

1. L'evento del danno grave ai risparmiatori è conseguenza – nell'attuale configurazione del reato – della commissione di illeciti amministrativi desunti *per relationem* da settori disparati (mondo bancario-credizio, intermediazione finanziaria, assicurazioni, pensioni integrative).

Ne deriva una congerie di condotte del tutto disomogenee fra loro, e oltretutto di difficile individuazione da parte dell'interprete.

Ma soprattutto, considerando che le aree richiamate prevedono anche reati, si arriva alla palese incongruenza di comportamenti di base aventi natura di reato (ad esempio l'abusivismo bancario), come tali di disvalore maggiore, che – qualora producano il grave nocumento ai risparmiatori – non saranno puniti secondo l'articolo 499 *bis* c.p. , stante il disposto normativo limitato agli illeciti amministrativi di base.

L'illogicità e contraddittorietà dell'opzione politico-criminale, che tra l'altro potrebbe non passare il vaglio della Corte Costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della manifesta irragionevolezza, sembrerebbe essere il frutto di una scelta studiata quanto inspiegabile, se si considera che la bozza antecedente conteneva anche il richiamo ai reati societari come illecito-presupposto, in seguito cancellato.

E' evidente pertanto che in sede di lavori parlamentari occorrerà ovviare all'errore; la strada preferibile – se si vuole restare fedeli ad un'impostazione comunque censurabile per le ragioni che si evidenzieranno – dovrebbe essere comunque quella di selezionare come comportamenti di base quei reati o alcuni specifici illeciti amministrativi, individuati attraverso il comune denominatore della loro potenzialità lesiva diretta della fiducia del pubblico e del risparmio in sé.

⁴ *Per incidens*, i valori classici ed indefettibili della genesi della norma, astrattezza e generalità, perdono sempre più terreno a scapito dei loro opposti: l'input legislativo è offerto quasi sempre da emergenze mediatico-giudiziarie legate a specifiche realtà individuali.

Abbandonando così il richiamo indifferenziato a tutto il catalogo delle violazioni, e procedendo viceversa ad un'elencazione tassativa.

2. L'evento del reato (il grave nocumento) è solo apparentemente definito in maniera chiara.

Intanto, l'individuazione della soglia di gravità attraverso il parametro alternativo della popolazione o del PIL porta a insidiosi meccanismi probatori e a contenziosi su cifre in astratto precise, ma nella realtà legate a oscillazioni naturali nonché alla difficoltà in partenza di individuare l'esatta dimensione del buco finanziario, come l'esperienza insegna.

C'è il rischio inoltre che la norma si concentri su situazioni di difficile verificabilità, prendendo di mira grossi scandali finanziari che rappresentano per fortuna contingenze isolate, per i quali la repressione penale non costituisce un efficace deterrente, e comunque va gestita di concerto con interventi di ammortizzazione sociale.

Allora il legislatore dovrebbe chiedersi quale è davvero la finalità che si vuole raggiungere con l'introduzione del reato: se tutelare più efficacemente il risparmio, ebbene non serve né una soglia così elevata (ed un'altrettanta spropositata sanzione), né un reato di danno.

Ma se peraltro la gravità è definita, incertezze interpretative si addensano anche in relazione al concetto di nocumento: atteso infatti che la gravità è ancorata al mero dato statistico, il nocumento (= il danno?) come potrà mai provarsi per un numero così grande di risparmiatori?

La conseguenza è intuitiva: nella prassi (se mai una prassi ci sarà) sarà sufficiente la sussistenza del numero per inferirne il danno.

Come a dire, che il danno consisterà nella mera propagazione degli effetti del crac a una molteplicità di persone o al buco finanziario.

3. L'elemento psicologico del reato consiste nel dolo generico di cagionare il grave nocumento, attraverso la intenzionale realizzazione di condotte di base tipizzate.

La formulazione della norma è però alquanto equivoca, perché sembra addossare all'autore dell'illecito amministrativo (quest'ultimo sì dolosamente realizzato secondo l'efficace avverbio "intenzionalmente" adoperato) l'evento come mero effetto del nesso causale.

Un'interpretazione del genere sarebbe ovviamente incostituzionale, introducendo surrettiziamente una forma di responsabilità oggettiva, per cui occorre leggere la norma quantomeno nella previsione implicita di un dolo di offesa ai risparmiatori.

Senonché, è certo che tale dolo potrà investire la rappresentazione del nocumento, ma difficilmente la sua gravità, specie con riferimento al PIL, non potendo conoscere l'autore dell'operazione finanziaria il credito che essa incontrerà tra il pubblico, così come gli effetti dannosi producibili.

e) OFFESA E COLPEVOLEZZA

Che però il legislatore della riforma non solo "pensi" a meccanismi di responsabilità senza colpevolezza, ma lo "dichiari" addirittura, è confermato dal secondo comma dell'art. 499 *bis* c.p.⁵, non presente nel testo originario, norma davvero singolare.

Invero, secondo la disposizione in oggetto, le pene previste nel primo comma (detenzione sino a 12 anni!) sia applicano ai responsabili del controllo contabile o

⁵ Articolo 499 *bis* c.p., co. II: "La stessa pena si applica quando uno dei fatti previsti dagli articoli 2624 e 2625, 2635 e 2637, limitatamente alle condotte poste in essere dai responsabili del controllo contabile o della revisione, e 2638 del codice civile deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, un grave nocumento ai risparmiatori, così come definito nel comma 1

della revisione, qualora la commissione dei fatti previsti agli artt. 2624, 2625, 2635, 2637, 2638 c.c. produca il grave nocumento ai risparmiatori “quale conseguenza non voluta”.

Se si pensa che l'art. 2625 co. 1 c.c.⁶ prevede addirittura un illecito amministrativo, l'impedito controllo commesso dal sindaco della società, che per avventura determinasse, senza che fosse voluto dall'agente, il danno grave, verrebbe punito con la severissima di cui al primo comma! La violazione del principio di colpevolezza ex art. 27 Cost. è talmente evidente da non dovere insistere sul punto.

f) POLITICA SANZIONATORIA

La severità della risposta sanzionatoria è eccessiva.

In assoluto, essendo il tetto massimo dei dodici anni di detenzione congiuntamente alla pena pecuniaria sproporzionato in eccesso, ma anche in relativo, considerando che si tratta pur sempre della tutela di interessi diffusi e che negli ultimi tempi il legislatore ha insistito per forme di depenalizzazione o di alleggerimento del carico sanzionatorio nell'area economica, sicché lo squilibrio è ancora più acuto.

Del resto, una lettura a tutto campo stimola riflessioni supplementari

- 1.** Al reato base è affiancata un'aggravante⁷ per la posizione ricoperta dall'autore che fa ulteriormente lievitare di un terzo la sanzione.
- 2.** Alla condanna consegue come pena accessoria la pubblicazione della sentenza, che se nell'intenzione legislativa assolve forse ad un compito informativo, riveste pur sempre contenuto afflittivo.
- 3.** Neppure va dimenticato che il reato *de quo*⁷ concorre – per esplicita disposizione – con le sanzioni amministrative previste per gli illeciti di base (nulla si dice invece

⁶ Articolo 2625 c.c. “Impedito controllo”: Gli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono o comunque ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo o di revisione legalmente attribuite ai soci, ad altri organi sociali o alle società di revisione, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.329 euro. Se la condotta ha cagionato un danno ai soci, si applica la reclusione fino ad un anno e si procede a querela della persona offesa.

⁷ Articolo 499 *bis* co. 3 c.p.: “le pene sono aumentate se i fatti sono commessi da chi esercita funzioni di amministrazione direzione o controllo ovvero attività di lavoro dipendente presso società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del decreto legislativo 25 febbraio 1998, n. 58.

nel caso del comma secondo, dove quindi il reato-presupposto potrebbe finire assorbito nell'ipotesi più grave per il principio di specialità).

4. E' prevista la parallela responsabilità amministrativa delle società ex art. 9 d.lgs. 231/2001, che rappresenta peraltro una costante degli ultimi interventi legislativi.
5. L'art. 46 ddl⁸ prescrive un raddoppio delle pene *tout court* per illeciti amministrativi e penali come ivi specificato, in un'ansia di tranquillizzare l'opinione pubblica notoriamente sensibile alla semplicistica equazione del decremento di reati con l'incremento delle pene.
6. L'articolo 47 ddl⁹ delega il Governo ad adottare nuove sanzioni accessorie di forte contenuto preventivo e repressivo, dalla sospensione o decadenza dalle

⁸ Art. 46 ddl "Aumento delle sanzioni penali e amministrative":

Le pene previste dal decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e dal decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 sono raddoppiate.

Le pene previste dagli articoli 2624 e 2625, 2635 e 2637, limitatamente alle condotte poste in essere dai responsabili del controllo contabile o della revisione, e 2638 del Codice civile sono raddoppiate se si tratta di violazioni commesse in relazione a società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Le sanzioni amministrative pecuniarie applicate ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, della legge 12 agosto 1982, n. 576 e del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, indicate in misura fissa, anche se solo nel minimo e nel massimo sono aumentate di tre volte.

⁹ Art. 47 ddl "sanzioni accessorie": Il Governo, su proposta del ministro della Giustizia, di concerto con il ministro dell'Economia e finanze, è delegato ad adottare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per l'introduzione di sanzioni accessorie alle sanzioni pecuniarie applicate ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, della legge 12 agosto 1982, n. 576 e del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a) Applicazione delle sanzioni accessorie e fissazione della loro durata, comunque non superiore a tre anni, in ragione della gravità della violazione, valutata secondo i criteri indicati dall'art. 133 del Codice penale, o della sua ripetizione;
- b) Previsione della sanzione accessoria della sospensione o della decadenza dalle cariche ricoperte presso banche o altri soggetti operanti nel settore finanziario o dalle cariche societarie;
- c) Previsione della sanzione accessoria della interdizione dalle cariche presso banche e altri intermediari finanziari o dalle cariche societarie;
- d) Previsione della sanzione accessoria della pubblicità della sanzione pecuniaria e accessoria, a carico dell'autore della violazione, su quotidiani e altri mezzi di comunicazione a larga diffusione e nei locali aperti al pubblico delle banche e degli altri intermediari finanziari presso i quali l'autore della violazione ricopre cariche societarie o dei quali lo stesso è dipendente;

cariche alla pubblicità della sanzione, sino alla confisca del prodotto o del profitto, anche per equivalente.

7. Non da ultimo, con una norma passata del tutto inosservata in sede di commento, e *prima facie* slegata dal contesto della riforma, si è modificato il reato di riciclaggio, abolendo l'inciso "fuori dei casi di concorso nel reato"¹⁰.

In sostanza, mentre l'attuale testo esclude la sussistenza del riciclaggio quando l'autore di tale condotta concorra nel reato-presupposto, e cioè nel reato da cui ha avuto origine il profitto da "ripulire", l'abolizione prospettata nel disegno di legge consentirebbe il concorso tra i due reati.

Nel caso, dunque, del reato di nocumento al risparmio, l'amministratore di una società quotata che, concorrendo con altri componenti del CdA in illeciti amministrativi bancari, cagionasse il grave nocumento descritto dalla fattispecie, e si adoperasse per riciclare parte del profitto ottenuto, risponderebbe:

- dell'illecito amministrativo;
- del reato di nocumento al risparmio aggravato;
- di riciclaggio aggravato (art. 648 *bis* co. 2 c.p.).

Con una cornice edittale nel massimo di sedici anni per il reato-base aggravato, e di dodici anni per il riciclaggio, per altro non aggravato, tale da superare ogni credibilità.

CONCLUSIONI

-
- e) Previsione della sanzione accessoria della confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, ovvero di beni di valore equivalente.

¹⁰ Art. 49 ddl "reati di riciclaggio e impiego":

Nell'articolo 648 *bis* del Codice penale le parole "fuori dei casi di concorso nel reato" sono soppresse.

Nell'articolo 648 *ter* del Codice penale le parole "dei casi di concorso nel reato e" sono soppresse.

Nel corso dei lavori parlamentari è dunque auspicabile un incisivo intervento riformatore che sappia coniugare la necessità avvertita ed indiscutibile di una più attenta tutela del risparmio, e del mercato nel suo complesso, con l'impianto complessivo del sistema penale e dei principi-guida che lo governano.

In particolare, occorre dirigere la riforma, oltre che sulla dosimetria sanzionatoria (da rivedere in diminuzione), sulla struttura del fatto tipico.

In luogo dell'attuale reato di danno congegnato in termini macroeconomici, e sganciato da una autentica proiezione di colpevolezza, è opportuno privilegiare il cammino alternativo della creazione di un reato di pericolo. Anticipando così la soglia di tutela, come legittimo in presenza di interessi collettivi, ma al contempo irrobustendo il contenuto di offensività mediante la descrizione di poche e selezionate figure di frode potenzialmente idonee ad intaccare la fiducia dei risparmiatori, erodendone il relativo prodotto.