

Dicembre 2012

Derivati del Comune di Milano: il Tribunale condanna per truffa i funzionari e le banche che hanno proposto le operazioni finanziarie

Avv. Marco Grotto, Assegnista di ricerca in Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Trento

Con la sentenza resa il 19 dicembre 2012 il Tribunale penale di Milano ha condannato alcuni *manager* bancari nonché i rispettivi istituti di credito per una truffa ai danni del Comune meneghino, consistita nell'aver prospettato come vantaggiose alcune operazioni finanziarie (la più importante consistente in un'emissione obbligazionaria "bullet"¹ a 30 anni), dalle quali sarebbe conseguito un sensibile aggravamento dell'esposizione debitoria dell'ente anziché la sua riduzione, promessa nella misura di circa € 57 milioni.

In attesa del deposito delle motivazioni – che avverrà fra novanta giorni – la lettura del capo d'imputazione e del dispositivo della sentenza offre lo spunto per alcune prime riflessioni.

I soggetti coinvolti.

Il processo si è celebrato a carico sia di persone fisiche che di persone giuridiche.

Tra le prime figurano da un lato i "funzionari" dei quattro istituti di credito c.d. "arranger", ovvero selezionati dal Comune di Milano per condurre un'emissione obbligazionaria in vista della ristrutturazione del debito, e dall'altro il Direttore Generale *pro tempore* dell'ente ed un esperto esterno, componente della commissione tecnica comunale preposta alla valutazione delle condizioni finali del prestito obbligazionario. Secondo la Procura della Repubblica i diversi operatori bancari ed i soggetti intranei all'ente poi risultato danneggiato avrebbero agito «in concorso e previo accordo tra loro».

Quanto alle persone giuridiche, l'azione *ex D. Lgs. n. 231/2001* è stata esercitata nei confronti di quattro banche, tutte straniere: Deutsche Bank AG, UBS Limited, JP Morgan Chase Bank N.A. e Depfa Bank Plc.

Tutti gli imputati (persone fisiche e giuridiche) sono stati giudicati in un *simultaneus*

¹ L'obbligazione "bullet" è un'obbligazione con scadenza fissa, con rimborso in soluzione unica alla scadenza, non rimborsabile anticipatamente e della quale il sottoscrittore non può chiedere il rimborso anticipato (definizione proposta da www.borsaitaliana.it).

processus, così come peraltro previsto e richiesto dall'art. 38 del D. Lgs. n. 231/2001.

I profili di responsabilità delle persone fisiche.

Le persone fisiche sono state tutte accusate di concorso nel reato di truffa aggravata. Le norme di riferimento vanno dunque rinvenute nell'art. 640, comma 1 (condotta base) e comma 2, n. 1 (circostanza aggravante) del codice penale.

Gli elementi costitutivi del reato di truffa vengono solitamente rintracciati nella condotta di artificiosa rappresentazione della realtà (gli “artifici” ed i “raggiri”), nell'induzione in errore della vittima del raggiri (evento intermedio), nell'atto di disposizione patrimoniale da quest'ultimo posto in essere (elemento implicito) e nella verifica del duplice evento di profitto per il truffatore e danno per il truffato.

La circostanza aggravante di cui al numero 1 del comma 2 prevede, poi, una pena maggiormente afflittiva nel caso in cui la condotta delittuosa venga perpetrata ai danni dello Stato o di un ente pubblico.

Dalla lettura del capo di imputazione si apprende che gli “artifici” ed i “raggiri”, posti in essere dagli imputati, sarebbero consistiti nelle seguenti condotte.

Quanto alle banche, queste avrebbero innanzi tutto certificato falsamente la sussistenza delle condizioni di maggior convenienza economica per l'ente territoriale con riferimento ad un'emissione obbligazionaria per la ristrutturazione del debito comunale in luogo della rinegoziazione dei mutui in essere.

A tal fine assume rilievo l'art. 41, comma 2 della L. n. 488/2001 (Legge Finanziaria 2002), il quale ammette che gli enti pubblici territoriali possano provvedere alla conversione dei mutui contratti successivamente al 31 dicembre 1996 anche mediante il collocamento di titoli obbligazionari di nuova emissione ovvero mediante rinegoziazioni dei mutui anche con altri istituti, purché si sia «in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico degli enti stessi».

In particolare, le banche avrebbero dolosamente ommesso di prendere in considerazione, ai fini del calcolo della riduzione del valore finanziario delle passività totali di cui all'art. 41, comma 2 citato, l'esistenza di un contratto derivato, stipulato dal Comune in data 5 marzo 2002, connesso a mutui in essere ed estinto in un momento successivo con un'autonoma operazione, a seguito della quale l'ente si vedeva gravato di una passività effettiva per la chiusura pari ad € 96.328.000,00. Per regolare tale passività il Comune di Milano era costretto a combinare un pagamento “cash” con la rinegoziazione di un'importante frazione dell'importo, così andando incontro ad ulteriori gravosi costi di rifinanziamento.

Gli istituti di credito avrebbero poi dolosamente ommesso di considerare, ai fini del calcolo della riduzione del valore finanziario delle passività totali, anche la somma di

€ 52.689.907,00, costituente il profitto complessivamente realizzato dalle controparti bancarie nell'operazione finanziaria.

Altri profili di illiceità dell'operato delle banche vengono individuati nel fatto di aver "spogliato dolosamente" il Comune di Milano, nella stipulazione del contratto regolato dalla normativa inglese², della tutela dovutagli in forza della qualificazione di "intermediate customer" ad esso spettante. In particolare le banche non avrebbero assicurato le protezioni previste per clienti così classificati, protezioni espressamente indicate dalle norme del "Conduct of Business Sourcebook", nonché dai "Principles" stabiliti nel "Financial Services Authority Handbook"³ e segnatamente consistenti nel tenere in dovuta considerazione gli interessi dei clienti; nel dovere di informare il cliente in modo chiaro, corretto e non fuorviante; nella corretta gestione delle situazioni di conflitto di interessi ed, in generale, nella necessità di «fornire pareri congrui e decisioni discrezionali ad ogni cliente avente il diritto di fare affidamento sul giudizio [del proponente l'operazione finanziaria]».

In aperta violazione delle norme del "Conduct of Business Sourcebook", le banche avrebbero omesso di comunicare per iscritto al Comune di Milano che stava per essere da loro considerato, con riferimento all'operazione finanziaria, come una "paritetica controparte professionale" e che, di conseguenza, avrebbe perso le protezioni sopra descritte e dovutegli ai sensi della normativa inglese in materia; comunicazione che, per la sua efficacia, avrebbe dovuto ottenere l'espressa accettazione del Comune, così come specificamente previsto dalla vigente disciplina anglosassone.

Approfittando di una sì nebulosa rappresentazione della realtà, le banche avrebbero proposto al Comune di Milano una complessa operazione finanziaria⁴, affermando

² I contratti intervenuti tra il Comune di Milano ed i quattro istituti di credito risultavano regolati dalle norme inglesi, il che introduce ulteriori fattori di complessità nella vicenda e rischia(va) di frapporre evidenti ostacoli all'esercizio di un'eventuale pretesa civilistica.

³ Poiché la cornice giuridica che definisce i termini contrattuali è quella prevista dall'ordinamento inglese, le modalità di azione delle banche con riferimento a negozi come quelli in concreto da esse stipulati con il Comune di Milano risultano normate dall'Autorità specificamente preposta alla regolazione dei mercati finanziari, la Financial Services Authority. L'FSA, disciplinata dal *Financial Services and Markets Act 2000*, ha emanato una normativa regolatoria complessiva dei mercati finanziari articolata in "Principi", ed implementata a mezzo di specificazioni contenute in ulteriori snodi normativi, tra i quali il manuale "Conduct of Business" (o "COB"), che regola in dettaglio la materia sia per il tramite di "rules" che di linee guida ("guidance").

⁴ Si legge nel capo di imputazione che si è trattato di «una proposta di ristrutturazione del debito per la quale il Comune si impegnava a versare alle Banche contraenti quote annue di capitale per l'ammortamento del prestito obbligazionario, che le Banche avrebbero poi rimborsato, in unica soluzione, alla scadenza concordata del 29 giugno 2035, secondo la formula "bullet", oltre che a versare alle banche stesse un importo variabile indicizzato al tasso Euribor a 12 mesi rilevato "in advance", oscillante, a mezzo di una struttura "collar", tra un minimo del 3,48% ed un massimo del 6,19% e ricevendone un tasso fisso del 4,019%, flussi percentuali calcolati su un importo nozionale di € 421.336.750,00 di importo capitale per ciascuna Banca». In sostanza, effettuato il collocamento sul mercato dell'emissione obbligazionaria, il Comune avrebbe dovuto versare alle banche *arranger*, con cadenza annuale, quote di capitale per l'ammortamento del prestito, che esse avrebbero dovuto poi direttamente rimborsare ai

falsamente che la stessa avrebbe consentito una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico dell'ente nella misura di € 57.326.070,00, così prospettando tale proposta come conveniente per gli scopi di economia e riduzione dei costi che l'ente intendeva raggiungere.

Quanto al Direttore Generale *pro tempore* del Comune ed all'esperto esterno della commissione tecnica preposta alla valutazione delle condizioni del prestito obbligazionario, la loro responsabilità – sempre secondo la Procura – sarebbe da ravvisarsi nell'aver il primo organizzato, controllato e coordinato l'operazione finanziaria e nell'aver il secondo confermato le indicazioni provenienti dalle banche “*arranger*” circa la convenienza economica di tale operazione.

Queste articolate e complesse condotte, rafforzate dalle comunicazioni scritte con le quali i diversi istituti di credito, *in limite* alla deliberazione dell'operazione, ebbero a confermarne la convenienza economica per l'ente pubblico, avrebbero indotto in errore il Consiglio e la Giunta del Comune di Milano, che così nel giugno 2005 decidevano di procedere all'emissione obbligazionaria nei termini proposti dalle banche. Da tale atto di disposizione patrimoniale sarebbe conseguito per le banche un illecito profitto di € 52.689.907,00⁵ con pari decremento patrimoniale in danno del Comune di Milano.

Sempre in tesi d'accusa, gli istituti di credito avrebbero successivamente proposto al Direttore Centrale Finanza, Patrimonio e Bilancio del Comune di Milano altre cinque operazioni finanziarie, inducendolo nuovamente in errore tra settembre 2005 e ottobre 2006 e così procurandosi ulteriori profitti illeciti di € 12.591.526,00⁶, € 7.538.218,00⁷, € 8.799.932,00⁸, € 8.959.550,00⁹ e di € 10.547.854,00¹⁰, rispettivamente per ogni operazione di rifinanziamento; il tutto con pari decremento patrimoniale in danno del Comune di Milano.

sottoscrittori alla scadenza nel 2035, secondo la formula denominata “*bullet*”. Il relativo *swap* di ammortamento, previsto dalla Legge, era strutturato nel senso che ciascuna delle banche avrebbe versato al Comune un tasso fisso del 4,019% su un nominale di riferimento di € 421.336.750,00, mentre il Comune avrebbe versato alle banche un importo variabile indicizzato al tasso Euribor a 12 mesi, contenuto in una fascia di oscillazione (c.d. “*collar*”) compresa tra un tasso minimo di 3,48% (c.d. “*floor*”) ed un tasso massimo di 6,19% (c.d. “*cap*”).

⁵ In particolare l'operazione avrebbe avvantaggiato UBS Ltd per € 3.972.606,00, Deutsche Bank AG per € 10.379.893,00, JP Morgan Chase Bank N.A. per € 31.144.808,00 e Depfa Bank Plc per € 7.192.601,00.

⁶ Di cui € 9.434.481,00 costituenti il profitto pariteticamente conseguito, nella misura di € 3.144.827,00 ciascuna, rispettivamente da Deutsche Bank AG, da JP Morgan Chase Bank N.A. e da Depfa Bank Plc, ed € 3.157.045,00 da UBS.

⁷ Profitto pariteticamente conseguito nella misura di € 3.769.109,00 ciascuna da JP Morgan Chase Bank N.A. e da Depfa Bank Plc.

⁸ Profitto conseguito da Deutsche Bank AG.

⁹ Profitto pariteticamente conseguito nella misura di € 4.479.775,00 ciascuna da JP Morgan Chase Bank N. A. e da Depfa Bank Plc.

¹⁰ Profitto rispettivamente conseguito nella misura di € 2.859.036,00 ciascuna da UBS Limited e Deutsche Bank AG, e di € 2.414.891,00 ciascuna da JP Morgan Chase Bank N.A. e Depfa Bank Plc.

I profili di responsabilità delle persone giuridiche.

La commissione, da parte dei funzionari delle banche, del reato di cui all'art. 640, comma 2, n. 1 cp ha reso possibile la contestazione alle banche stesse dell'illecito amministrativo dipendente da reato di cui al D. Lgs. n. 231/2001.

Come noto, ai sensi del citato decreto l'ente risponde qualora, nel suo interesse o vantaggio, persone che rivestano funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione (c.d. apicali) ovvero persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi (c.d. sottoposti) commettano uno dei reati c.d. presupposto elencati agli artt. 24 e segg. del decreto.

Nel caso di specie i funzionari dei quattro istituti di credito avrebbero agito quali soggetti in posizione apicale, commettendo il reato di truffa aggravata previsto dall'art. 24, comma 1 del D. Lgs. n. 231/2001 e facendo così conseguire a ciascun ente di rispettiva appartenenza un profitto di rilevante entità.

Le banche, in particolare, sono state chiamate a rispondere dell'illecito amministrativo per non avere, prima della commissione dei fatti contestati alle persone fisiche, adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatisi.

Sul punto si deve peraltro ricordare che mentre per i reati commessi dai soggetti c.d. sottoposti l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza e tale inosservanza è esclusa se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo (art. 7 del D. Lgs. n. 231/2001), con riferimento invece ai reati dei c.d. apicali l'ente non risponde se prova che il modello di organizzazione, pure adottato ed efficacemente attuato, è stato anche "fraudolentemente eluso" (art. 6). In tale secondo caso grava quindi sull'ente l'onere di una prova liberatoria che è molto più difficile raggiungere.

La decisione assunta dal Tribunale di Milano.

Il Tribunale di Milano, accogliendo in parte le richieste della Procura della Repubblica, per la prima delle condotte contestate ha ritenuto sussistente la responsabilità di tutti i funzionari degli istituti di credito tranne uno. Costoro sono stati perciò condannati a pene detentive che variano dai 6 mesi agli 8 mesi e 15 giorni di reclusione, a pene pecuniarie tra € 50,00 ed € 90,00, nonché alla pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione per un anno. Agli imputati sono stati concessi i doppi benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna.

Con riferimento, invece, alle operazioni finanziarie successive alla prima (ovvero quelle realizzate tra settembre 2005 ed ottobre 2006), il Tribunale di Milano, accanto a numerose condanne (per le operazioni di settembre-ottobre 2005 tutti gli imputati,

tranne il Direttore Generale del Comune, sono stati condannati), ha pronunciato anche alcune assoluzioni “per non aver commesso il fatto”; il che significa che il Giudice ha ritenuto in astratto sussistente una condotta penalmente rilevante, ma ha giudicato che la stessa non possa essere ascritta agli imputati.

Circa i soggetti intranei al Comune di Milano, sia il Direttore Generale *pro tempore* che l’esperto esterno della Commissione tecnica comunale sono stati assolti “perché il fatto non costituisce reato per carenza dell’elemento soggettivo”. Dal che si desume che il giudice meneghino ha ritenuto che questi soggetti hanno dato un contributo materiale ed effettivo alla realizzazione della complessa operazione finanziaria, ma che tale loro condotta fu inconsapevole e quindi non punibile. Di qui l’assoluzione per carenza di dolo.

Più interessanti le statuizioni relative agli enti.

Ciascuna delle quattro banche coinvolte è stata condannata ad una pena complessiva di € 1 milione, pari a mille quote aventi ciascuna un valore di € 1.000,00.

Tale somma è stata calcolata attraverso la doppia commisurazione disciplinata dall’art. 11 del D. Lgs. n. 231/2001. Secondo tale disposizione, il giudice deve prima determinare il numero delle quote scegliendo tra il massimo ed il minimo edittale¹¹ in ragione della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell’ente nonché dell’attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze dell’illecito e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti, e poi stabilire l’importo di ciascuna quota¹² sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell’ente stesso ed allo scopo di assicurare l’efficacia della sanzione.

Alle banche coinvolte non sono state, invece, applicate le sanzioni interdittive, pure previste dall’art. 24, comma 3 del D. Lgs. n. 231/2001 per i casi di truffa aggravata.

L’art. 13 del decreto dispone che le sanzioni interdittive vadano applicate, oltre che nel caso di reiterazione degli illeciti, anche quando «l’ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e ... la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative». Stante l’importo del profitto conseguito (di sicura “rilevante

¹¹ L’art. 24 del D. Lgs. n. 231/2001 prevede una pena pecuniaria da cento (v. art. 10, comma 2) «fino a cinquecento quote», che può diventare «da duecento a seicento quote» nel caso l’ente abbia conseguito un profitto di rilevante entità o alla vittima del reato sia derivato un danno di particolare gravità. Tuttavia, considerato che nel caso di specie è stata ritenuta equa una pena di mille quote (pari al massimo consentito *ex* art. 10, comma 2), è verosimile che il Giudice abbia fatto applicazione del disposto dell’art. 21 del decreto, secondo il quale quando l’ente è responsabile in relazione ad una pluralità di reati commessi con un’unica azione od omissione ovvero commessi nello svolgimento di una medesima attività e prima che per uno di essi sia stata pronunciata sentenza anche non definitiva, si applica la sanzione pecuniaria prevista per l’illecito più grave aumentata fino al triplo (purché non superiore alla somma delle sanzioni applicabili per ciascun illecito).

¹² Ai sensi dell’art. 10, comma 3 del D. Lgs. n. 231/2001 «l’importo di una quota va da un minimo di € 258,00 ad un massimo di € 1.549,00».

entità”), è legittimo attendersi che il Giudice possa aver motivato in punto di carenze organizzative e con riferimento a tale specifico aspetto sarà interessante leggere le motivazioni non appena queste verranno depositate.

A carico degli enti è stata, inoltre, disposta la confisca del profitto del reato, così come previsto dagli artt. 6, comma 5 e 19 del D. Lgs. n. 231/2001.

Sebbene gli importi definitivamente confiscati risultino inferiori rispetto a quelli oggetto del sequestro preventivo disposto il 23 aprile 2009¹³, si tratta comunque di somme che, complessivamente considerate, ammontano alla ragguardevole cifra di circa € 90 milioni¹⁴ e che rappresentano dunque la vera “pena” a carico degli istituti di credito.

Circa, infine, le statuizioni civili esse riguardano esclusivamente l’ADUSBEF¹⁵. Lascia però qualche perplessità che il risarcimento del danno sia stato posto a carico di «*tutti* gli imputati persone fisiche in solido tra loro» e non dei soli soggetti condannati.

Nessuna pronuncia riguarda invece la parte maggiormente danneggiata, ovvero il Comune di Milano. A quanto reso noto dalla stampa, infatti, l’ente e le quattro banche coinvolte nelle operazioni finanziarie hanno regolato la questione prima della sentenza ed a mezzo di un accordo transattivo.

Alcune brevi considerazioni conclusive.

In attesa di leggere le motivazioni della sentenza – in assenza delle quali ogni riflessione non può che considerarsi provvisoria ed abbozzata – è comunque possibile individuare alcune tematiche meritevoli di riflessione.

Innanzitutto questa vicenda – come altre di cui si è avuta recente notizia¹⁶ – riaccendono il problema del rapporto tra il proponente l’investimento finanziario ed il soggetto finanziato. A quanto consta le diverse questioni connesse alla corretta qualificazione dell’investitore ed agli obblighi del proponente l’investimento sono state finora affrontate nei tribunali civili. La vicenda milanese, invece, dimostra come tali condotte possano assumere una significativa coloritura penalistica, dalla quale deriva tanto una responsabilità delle persone fisiche quanto – ed è l’aspetto che ha maggior potenzialità di futuro sviluppo – delle persone giuridiche.

¹³ Allora il GIP presso il Tribunale di Milano dispose il sequestro preventivo di beni (quali denaro, azioni, obbligazioni, mobili ed immobili, quote societarie o altri cespiti nella disponibilità degli indagati) per i seguenti importi: € 84.629.219,00 nei confronti di Deutsche Bank AG; € 75.829.287,00 nei confronti di UBS Limited; € 92.327.055,00 nei confronti di JP Morgan Chase Bank N.A. e Depfa Bank Plc.

¹⁴ € 23.960.433,00 a carico di Depfa Bank Plc; € 24.342.232,00 a carico di Deutsche Bank AG; € 24.785.301,00 a carico di JP Morgan Chase Bank N.A. ed € 16.584.669,00 a carico di UBS Limited.

¹⁵ Già con ordinanza del 9 giugno 2010 il Giudice aveva preso posizione sulla legittimazione attiva dei c.d. enti esponenziali a costituirsi parte civile, dichiarando l’inammissibilità della costituzione di ventuno associazioni e l’ammissibilità della costituzione della sola ADUSBEF onlus.

¹⁶ Su richiesta della Procura della Repubblica è stato disposto il rinvio a giudizio di un alto funzionario di UniCredit e della banca stessa per il reato di truffa aggravata nei confronti del Comune di Acqui Terme, relativa alla vendita, tra il 2004 e il 2006, di prodotti derivati. Il processo avrà inizio l’11 luglio 2013.

Con espresso riferimento alla responsabilità degli enti si (ri)propone poi il tema di quali siano gli (eventuali) limiti che la giurisdizione italiana incontra nel giudicare condotte che, pur poste in essere entro i confini nazionali, siano tuttavia ascrivibili a soggetti di diritto straniero. L'aspetto è particolarmente delicato in quanto mentre la regolamentazione finanziaria si muove verso un'armonizzazione quanto meno europea, l'ammessa *potestas iudicandi* dell'ordinamento nazionale riporta inevitabilmente la vicenda penale entro i più angusti limiti nazionali. A fronte cioè di regole di negoziazione degli strumenti finanziari che tendono ad avere fonte sovranazionale, le disposizioni sanzionatorie e le soluzioni per non incorrervi (*id est*, nel caso dell'ordinamento italiano, l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione) continuano ad avere una disciplina variabile da Stato a Stato. Il che rappresenta un'evidente distonia del sistema, se guardato nel suo insieme.

La vicenda in commento richiama poi l'attenzione sul problema del prudente discernimento tra la vittima del reato e l'eventuale corresponsabilità dei soggetti a questa legati. Sul punto il caso di specie è emblematico. Si è ritenuto, infatti, che il Direttore Generale ed il consulente tecnico del Comune di Milano vadano assolti per mero difetto di dolo, il che lascia sussistere un profilo oggettivo di compartecipazione materiale degli intranei nella condotta criminosa ascrivibile ai funzionari delle banche. Dalla formula assolutoria utilizzata pare cioè potersi dedurre che il Giudice abbia ritenuto che i tecnici al servizio del Comune di Milano vadano qualificati quali concorrenti nel reato di truffa (sebbene non punibili per difetto di dolo) anziché quali vittime della stessa.

Infine, il processo *de quo* ripropone una questione in verità mai definitivamente superata, ovvero quella della legittimazione delle associazioni rappresentative dei c.d. interessi diffusi alla costituzione di parte civile.

La sentenza pone quindi una nutrita serie di questioni, tutte suscettibili di maggior approfondimento una volta che le motivazioni saranno depositate.