

**Febbraio 2013**

## **Dossier Montepaschi – I profili di rilevanza penale della vicenda MPS**

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

In queste giornate particolarmente concitate per la vicenda Monte dei Paschi di Siena, cominciano a filtrare alcune notizie in ordine ai reati contestati a carico dei vertici dell'istituto di credito. Le vicende sotto esame sono l'acquisizione di Antonveneta, l'“*affaire* Lutfin” e le operazioni in derivati denominate “Alexandria” e “Santorini”.

Relativamente ad Antonveneta, sono stati ipotizzati i reati di aggio, manipolazione di mercato ed ostacolo all'attività di vigilanza.

L'aggio è attualmente disciplinato dall'art. 2637 c.c. mentre la manipolazione del mercato è un reato previsto dall'art. 185 del D. Lgs. n. 58/1998 (Testo Unico delle disposizioni in materia finanziaria). La disposizione contenuta nel codice civile, nella formulazione novellata dalla L. n. 62/2005, sanziona con la reclusione da uno a cinque anni chiunque diffonda notizie false, ovvero ponga in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari (c.d. aggio bancario). L'art. 185 TUB contempla un fatto tipico pressoché analogo, ma una pena molto più severa (da due a dodici anni di reclusione e da 20 mila euro a cinque milioni di euro di multa) nel caso in cui l'oggetto materiale della condotta siano strumenti finanziari quotati. La norma prevede poi un'aggravante speciale che permette al giudice di aumentare la multa fino al triplo o fino a dieci volte il valore del prodotto o del profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto o per le qualità personali del colpevole, essa appaia inadeguata anche se applicata nel massimo.

Tali illeciti sono stati contestati anche nel caso Parmalat (v. Corte d'Appello di Milano, sent. n. 1728/2010 del 26 maggio 2010-14 luglio 2010) e nelle vicende giudiziarie che sono seguite alle scalate ad Antonveneta e BNL tentate nel 2005 rispettivamente dalla Banca Popolare di Lodi (v. Corte d'Appello di Milano, sent. n. 227/2012 del 13 marzo 2012-11 giugno 2012) e da Unipol (v. Cass. pen., Sez. V, sent. n. 49362/2012 del 7 dicembre 2012-19 dicembre 2012). La giurisprudenza recente ha quindi avuto modo di interrogarsi sulla struttura delle due fattispecie, sul momento consumativo del reato,

sulla competenza territoriale nonché sulla responsabilità degli enti, considerato che i reati di aggio e manipolazione del mercato sono contemplati dagli artt. 25 *ter*, comma 1, lett. r) e 25 *sexies*, comma 1 del D. Lgs. n. 231/2001 e che una speciale forma di responsabilità sussidiaria dell'ente è prevista anche dall'art. 187 *quinquies* del TUF.

Con riguardo alla “questione Lutfin”, si tratta di una società svizzera che sarebbe stata utilizzata quale veicolo per effettuare pagamenti riservati nei confronti di alti dirigenti del Monte dei Paschi di Siena in cambio dell'acquisto di un pacchetto titoli all'interno dei quali ve ne erano alcuni (cosiddetti derivati) che presentavano forti perdite per Dresdner Bank. In sostanza MPS avrebbe acquistato da Dresdner Bank titoli in sofferenza e le avrebbe poi rivenduto titoli “in salute”. In questo modo Dresdner Bank avrebbe neutralizzato le perdite, mentre MPS se ne sarebbe fatta carico. In tesi d'accusa i promotori dell'operazione sarebbero stati i veri beneficiari del compenso corrisposto da MPS a Lutfin (600 mila euro) a titolo di provvigioni. La vicenda ha acquistato immediata notorietà in ragione della pubblicazione, ad opera di alcuni siti, di una nota della Guardia di Finanza – Nucleo di Polizia Tributaria di Milano, relativa ad un altro filone d'indagine già in fase avanzata. In relazione a tale “affare” non è dato sapere quali siano i reati ipotizzati. Tale condotta pare comunque riconducibile, tra l'altro, all'art. 2635 c.c., recentemente novellato dalla L. n. 190/2012 in materia di corruzione, che ne ha anche modificato la rubrica da “Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità” a “Corruzione tra privati”.

Relativamente ai derivati, infine, è emerso che non sarebbero state iscritte a bilancio perdite potenziali per 500 milioni di euro. Il che potrebbe configurare il reato di false comunicazioni sociali. Tuttavia, come noto, la repressione di tale illecito societario è ostacolata dalla formulazione delle due norme che lo prevedono. L'art. 2621 del codice civile, infatti, contempla un reato di condotta perseguibile d'ufficio, ma fa «salvo quanto previsto dall'articolo 2622». Tale seconda disposizione sanziona le false comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori, ma subordina la punibilità alla presentazione della querela di parte. Cosicché se – come pare essere nel caso di MPS – l'“esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni”, ovvero l'“omissione di informazioni la cui comunicazione sia imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene” sia tale da “cagionare un danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori”, il reato sarà punibile solo nel caso in cui sia presentata apposita querela di parte.

A contorno di tutta questa complessa vicenda, è stato ipotizzato il reato di ostacolo alle attività di vigilanza (nella fattispecie: Bankitalia e Consob), anche questo previsto sia dall'art. 2638 del codice civile che, in forma sussidiaria, dall'art. 170 *bis* del D. Lgs. n. 58/1998. Tali disposizioni, poste a tutela della c.d. trasparenza societaria esterna, sanzionano coloro i quali, nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dell'ente ovvero occultano con altri mezzi fraudolenti fatti

che avrebbero dovuto comunicare.

La problematicità di tale fattispecie è essenzialmente legata alla carenza di offensività della previsione di cui al secondo comma dell'art. 2638 c.c., in virtù del quale rispondono del medesimo reato coloro che, "in qualsiasi forma" consapevolmente ostacolano le attività pubbliche di vigilanza.

Fino a questo momento, invece, non si ha notizia di indagini a carico delle società di revisione, anche se è legittimo attendersi un loro coinvolgimento diretto (i reati dei revisori sono oggi previsti agli artt. 27 e segg. del D. Lgs. n. 39/2010) o quanto meno concorsuale (sindaci e revisori possono, infatti, essere chiamati a rispondere del mancato impedimento dei reati da parte degli amministratori ai sensi dell'art. 40, comma 2 del codice penale).

In breve, anche la vicenda MPS, come altre di questi ultimi anni, appare di particolare interesse per i profili inerenti il diritto penale economico e merita, quindi, di essere seguita con estrema attenzione.