

Reati bancari e prova penale: uno sguardo dal processo

Andrea Battistuzzi
Magistrato penale nel Tribunale di Venezia

Mancava solo la presentazione lusinghiera che mi ha introdotto per accrescere le mie difficoltà. Infatti già quando l'Avv. Ravagnan, dimostrandomi una stima assolutamente immeritata, mi ha chiesto di affrontare l'argomento della prova e delle connesse sue problematiche relativamente ai reati bancari attraverso uno sguardo dal processo, io immediatamente gli ho risposto: «Avvocato, cosa le posso dire?». Poi conoscete però le doti di persuasività dell'Avv. Ravagnan e adesso mi trovo qui.

Voi tutti tuttavia mi dovete capire e anche un po' compatire, nel senso che ciò che mi manca per svolgere in termini compiuti ed organici il tema assegnatomi è proprio il punto di osservazione: mi manca cioè il processo. È scontato dire che qui a Venezia - io opero dal 2013 all'interno della Sezione che si occupa tra l'altro di reati economici - non abbiamo mai affrontato, per quanto di mia conoscenza, un processo di questo tipo, inerente a cioè reati connessi a dissesti bancari. Ma vi assicuro che è difficilissimo trovare pronunciamenti che afferiscano ad ipotesi similari anche andando a cercare le varie banche dati giurisprudenziali.

Ciò che ho dunque cercato di fare, con l'obiettivo di fornire un contributo che avesse un minimo di significatività (nell'ottica del tema che mi era stato assegnato) è un tentativo di dare uno sguardo a quei procedimenti che sono in corso relativamente alle banche venete e al Monte dei Paschi di Siena. Al riguardo sono infatti fondamentalmente tre procedimenti i procedimenti in fase di svolgimento: l'uno in fase un po' più avanzata - quello relativo alle vicende del Monte dei Pa-



Edizioni
Ca Foscari

Open access

© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Battistuzzi, Andrea (2018). "Reati bancari e prova penale: uno sguardo dal processo". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 145-152.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/003

schi di Siena - ha già avuto il pronunciamento della Corte d'Appello; gli altri due, ad uno stadio decisamente più embrionale, considerato che quello inerente le complesse vicissitudini della Banca Popolare di Vicenza si trova in sede di udienza preliminare mentre quello afferente Veneto Banca, dopo lo spostamento di competenze, è ancora in sede di indagini preliminari. Proprio centrando l'attenzione su questi tre procedimenti ho cercato quindi di individuare degli spunti che, attraverso una prognosi per vero assai complicata, consentissero di ipotizzare quelli che potrebbero essere gli snodi più problematici da un punto di vista probatorio.

Ora, per quanto attiene alle banche venete e in particolare alla Popolare di Vicenza (rispetto alla quale abbiamo già visto ampiamente pubblicate le imputazioni inserite nelle richieste di rinvio a giudizio), abbiamo la contestazione dei delitti di agguataggio e di ostacolo alla vigilanza, quindi le fattispecie delittuose di cui agli artt. 2637 e 2638 c.c.

Per provare dunque ad anticipare le problematiche che possono riconnettersi a questo tipo di contestazioni, è necessario dare uno sguardo alle operazioni che sono al vaglio, naturalmente in maniera molto sintetica. Come ha già accennato il Prof. Urbani, vengono in particolare contestate delle operazioni simulate a degli artifici che sono individuati in particolare nella ripetuta concessione di finanziamenti a terzi soggetti per l'acquisto di azioni proprie sul mercato secondario oppure in sede di sottoscrizione di aumento di capitale; con contestuale impegno da parte dell'istituto bancario, per una parte di quelle azioni, di riacquistarle entro un determinato termine. Con questo stratagemma, secondo l'impostazione accusatoria, si sarebbe creata una falsa apparenza sulla liquidità dello strumento finanziario, che invece non era tale, e, nel contempo, si sarebbe evitata la riduzione contabile del controvalore delle azioni proprie. Inoltre si sarebbe omessa l'iscrizione al passivo del bilancio d'esercizio di una riserva indisponibile pari all'importo dei finanziamenti concessi per l'acquisto di azioni proprie; questo è già un concetto di economia aziendale più complicato, ma quel che ne deriva, sostanzialmente, è la diffusione di fatto di notizie false sulla reale entità del patrimonio dell'istituto bancario, nonché sulla effettiva crescita progressiva della compagine sociale (detto in altri termini: il numero dei soci sembrava aumentare, ma in realtà si trattava di soggetti finanziati per l'acquisto di azioni proprie, magari con l'impegno di riacquistarle da parte della banca) e quindi anche sul buon esito delle operazioni di aumento di capitale. In sostanza, a venire falsificato era il dato di consistenza patrimoniale (ossia gli ormai noti indici di consistenza patrimoniale indicati con abbreviazioni assai tecniche quali, ad esempio, *core tier 1*) dell'istituto di credito. Vi è poi il riferimento all'art. 2638 c.c., che peraltro, nell'ottica dell'imputazione, contempla sia l'occultamento con mezzi fraudolenti di tali opera-

zioni (al fine di ostacolare l'attività degli organi di vigilanza), sia l'omissione di comunicazioni che avrebbe creato un effettivo ostacolo alle stesse attività di vigilanza. C'è quindi una sorta di crasi dei due commi, viene contestato sia il reato di pericolo che il reato di danno.

Orbene, la lettura di questi capi di imputazione, pur nell'assoluta provvisorietà delle considerazioni che si possono trarre (anche perché, come ovvio, non sono in grado di conoscere le strategie difensive e le ragioni che comunque le difese porteranno nell'udienza preliminare e nell'eventuale dibattimento che dovesse successivamente aprirsi), mi porta però a pensare che il nucleo fondamentale delle questioni che verranno affrontate, in ordine al merito dell'imputazione, riguardi l'elemento soggettivo del reato; posso cioè ipotizzare che l'esistenza e la struttura delle operazioni finanziarie emerga da evidenze documentali (e non credo possa essere facilmente contestata), così come l'eventuale non comunicazione delle medesime, o la comunicazione di dati non rispondenti al vero. Potrebbe forse discutersi sugli effetti delle singole operazioni, cioè sull'effettiva incidenza e/o sulla misura dell'incidenza nel *core tier 1* e quindi potrebbero anche rendersi necessari degli approfondimenti di carattere peritale su quel punto; ma non sono in grado di dire se abbia una effettiva rilevanza comprendere l'esatta dimensione dell'incidenza sull'indice di stabilità quando la prova di un'incidenza c'è comunque nella documentazione.

Credo invece che assai più problematiche possono essere le questioni che attengono al profilo soggettivo; questioni che sono potenzialmente molto ampie, perché discendono evidentemente sia dalla natura delle operazioni che possono essere contestate (io ovviamente ho citato solo quelle che sono presenti negli attuali capi di imputazione, ma l'Avv. Ravagnan vi parlerà tra breve di altri reati che lui vede ravvisabili in varie operazioni che sono andate sotto la luce dei riflettori in questi anni e comunque è verosimile pensare che vi possano anche essere da parte delle Procure ulteriori iniziative), sia nondimeno della diversità dei ruoli svolti dai diversi soggetti coinvolti. Deve infatti sottolinearsi come vengano in rilievo le posizioni di soggetti che, nell'ambito della gerarchia dell'istituto bancario, rivestono posizioni più o meno apicali; con la conseguenza che i profili che potranno porsi sono sia quelli riguardanti addirittura la stessa consapevolezza dell'operazione esercitata, sia comunque quelli attinenti alla precisa struttura delle operazioni; nonché le problematiche inerenti la sussistenza del dolo specifico, con particolare riferimento soprattutto alla prima parte dell'art. 2638 c.c. Sto pensando, in quest'ultimo caso, alla prova in ordine alla finalità di ostacolare la vigilanza da parte di alcuni dei soggetti che hanno strutturato queste operazioni, perché, come diceva prima il Prof. Urbani, ciò che poteva spingere all'attuazione dell'operazione era magari la pressante necessità di ricapitalizzare la banca (con la conseguente tendenza alla strutturazione dell'operazione in termini tali da garantire il buon

fine l'aumento di capitale).

È poi evidente che cosa diversa è la successiva omissione della comunicazione rispetto alla rappresentazione non veritiera di quell'operazione, trattandosi di profili che devono essere tenuti necessariamente distinti. Il fatto che l'elemento soggettivo sia probabilmente il nucleo centrale del processo in relazione quanto meno a queste due imputazioni trova un'eco e una conferma, se vogliamo, nel processo relativo al Monte dei Paschi di Siena, perché in quel caso, come avrete letto o sentito, abbiamo avuto in primo grado una condanna dei vertici dell'istituto per il reato di cui all'art. 2638 c.c.; pronuncia che in secondo grado è stata ribaltata da un'assoluzione. Pur non avendo potuto leggerne le motivazioni nella loro integralità, da alcuni stralci tratti da pubblicazioni giornalistiche sembra emergere come, nonostante la formula assolutoria «per non aver commesso il fatto», l'affermato difetto di prova abbia riguardato proprio la volontà da parte dell'istituto di ostacolare l'attività di vigilanza. Quindi - pur con tutte le precauzioni legate alla mancata pubblicazione integrale delle motivazioni - pare di fatto un riferimento più all'elemento soggettivo che all'oggettività del fatto.

Ora, il caso Monte dei Paschi era completamente diverso rispetto a quello delle banche venete, perché nella prima vicenda avevamo la stipulazione di due contratti con una banca giapponese, uno dei quali avente ad oggetto derivati (che aveva provocato una grossa perdita patrimoniale della banca), mentre un successivo contratto era finalizzato - sempre in ipotesi accusatoria - ad occultare la perdita creatasi per poter così proseguire nell'attività e consentire ai vertici di mantenere intatti i loro poteri e le loro prebende. In questo caso i vertici sono stati assolti perché all'esito della prova assunta in dibattimento si è osservato come quel documento che consacrava il contratto fosse stato sì chiuso in una cassaforte, ma fosse stato anche conservato in forma digitale nel computer di una segretaria; inoltre quando il soggetto che rivestiva la posizione apicale aveva dimesso la propria carica non se l'era portato via come avrebbe (secondo logica) dovuto fare se avesse voluto occultarlo, ma l'aveva tranquillamente lasciato nella cassaforte. Sono stati questi gli argomenti utilizzati dalla Corte d'Appello (per quel che, ripeto, sono gli echi che sono arrivati sugli organi di stampa) per ritenere insussistente l'elemento soggettivo in quei termini. Svolgo questo richiamo fattuale solo per dimostrare l'importanza che sembra avere la tematica dell'elemento soggettivo in relazione a questo tipo di processi.

Ciò detto, non mi voglio addentrare nelle tematiche che saranno affrontate dai successivi relatori in ordine alla ravvisabilità delle altre fattispecie di reato (so che verranno introdotti temi riguardanti possibili reati quali il riciclaggio, l'autoriciclaggio, l'infedeltà patrimoniale). Qualche spunto di interesse mi sembra invece provenire dalla pronuncia della Corte di Cassazione (l'unica che ho reperito), che si

è occupata della confisca in relazione ad un provvedimento ablatorio attuato nei confronti dei vertici dell'istituto trevigiano e di un familiare. In quel caso la pronuncia ha degli aspetti interessanti perché affronta il problema della qualificazione dello stesso istituto bancario quale persona estranea al reato e lo risolve in termini positivi. Qui tuttavia dobbiamo essere molto chiari: la Cassazione si limita a ritenere la motivazione del Tribunale del riesame non illogica, senza addentrarsi nel merito della vicenda, sicché sarà necessario verificare in sede di giudizio se le prospettazioni che vengono presentate all'interno della motivazione reggeranno alle acquisizioni probatorie. Ciò che però emerge con chiarezza è il fatto che la Suprema Corte accoglie il provvedimento del Tribunale del riesame laddove lo stesso qualifica come persona estranea al reato l'istituto di credito a prescindere dalla formale iscrizione nel registro dell'art. 335 c.p.p. per illecito dipendente da reato. Secondo la Corte di Cassazione, la banca non può certamente ritenersi soggetto che abbia ottenuto un profitto, un vantaggio da queste operazioni, perché, benché abbia potuto continuare ad operare anche grazie a queste operazioni e forse abbia anche incrementato la propria operatività, ciò nonostante quelle operazioni l'hanno portata sull'orlo di una crisi irreversibile (frutto di una politica espansionistica finalizzata alla tutela di interessi privati da parte del direttore o comunque dei vertici dell'istituto di credito).

Questa pronuncia è interessante e secondo me sarà oggetto di ampie discussioni laddove introduce nell'ambito del processo un concetto di danno che non si ricollega immediatamente alla singola operazione. Quando ho visto la singola operazione, mi sono chiesto: nel caso di specie, siamo in grado di individuare un danno all'ente dalla singola operazione, inteso come pregiudizio economico? Qui, per l'appunto, si individua un danno che in sostanza viene identificato nelle conseguenze che derivano dalle scelte gestionali del *management*. La differenza mi pare piuttosto evidente: se guardiamo alla vicenda del Monte dei Paschi, abbiamo una operazione finanziaria - acquisto di derivati - che comporta una perdita patrimoniale secca; lo strumento finanziario ha un crollo, con conseguente perdita patrimoniale ingentissima per l'istituto. Nel caso di Veneto Banca abbiamo invece una serie di operazioni che sostanzialmente avrebbero consentito, attraverso una attività simulatoria, di non fare emergere la situazione di criticità dell'ente e quindi di continuare ad operare. Il danno allora è forse derivato forse dal negativo andamento dell'attività caratteristica dell'istituto, che si è aggravato proprio perché, attraverso quelle operazioni simulatorie, si è consentito alla banca di operare? Questa potrebbe essere, ad esempio, una prospettazione, un'ipotesi di allegazione che dovrà essere poi oggetto di prova; forse gli economisti o gli aziendalisti sapranno anche individuare poi un danno specifico nella singola operazione, ma credo che anche da questo punto di vista vi sarà la necessità di allegazioni che dovranno

no passare al vaglio dei tribunali.

C'è poi un altro aspetto particolarmente interessante affrontato dalla sentenza precedentemente citata, che riguarda il problema della c.d. buona fede della persona estranea al reato (ai fini naturalmente della confisca dei beni intestati al familiare). Al riguardo la Corte richiama un orientamento tutto sommato consolidato, laddove evidenzia la differenza del concetto di buona fede penalistica rispetto a quello civilistico di cui all'art. 1147 c.c., evidenziando in sostanza come per l'affermazione della mala fede nella prima accezione ai fini della confisca - mala fede che esclude l'estraneità della persona al reato e quindi consente l'assoggettabilità alla confisca dei beni - sia sufficiente una contestazione di carattere colposo, cioè una mancata diligenza richiesta dalla situazione concreta nella percezione del rapporto tra la propria posizione soggettiva e quella del condannato. Sennonché, nel concretizzare i profili di negligenza che si ritengono imputabili al terzo, la Corte, dando per presupposta l'evidente sproporzione tra i redditi dell'intestatario dei beni ed il valore dei beni che gli sono risultati intestati, dà rilievo al fatto che tale intestazione, tale trasferimento di ricchezza sia avvenuta proprio nel periodo in cui la crisi della banca si faceva più grave e più evidente, con il conseguente crescere dell'attenzione degli organi di vigilanza, del pubblico e dei risparmiatori. Ora, il penalista che vede questi dati comincia a dubitare di trovarsi sul famoso crinale di distinzione tra la colpa e il dolo eventuale: laddove cioè ci si trovi di fronte a una serie di elementi di questo tipo, ossia qualora ad un soggetto vengano intestati beni di valore elevatissimo da parte di un organo apicale della banca - che è un familiare - in un contesto in cui la banca sta versando in una crisi terribile e in cui vengono alla luce operazioni sospette, si potrebbe anche ipotizzare che quel soggetto abbia accettato il rischio della derivazione illecita di quei beni. Naturalmente anche qui vanno chiaramente tenute in considerazione le problematiche di allegazione e di prova in ordine alla consapevolezza, in capo a quel soggetto, dello stato di decozione dell'istituto e dell'esistenza di operazioni abnormi, giacché è chiaro che l'intestazione potrebbe avere auto finalità di qualsiasi altro tipo (anche di natura fiscale) e non essere necessariamente legate al tentativo di sottrarre i beni ai creditori. È tuttavia evidente che un problema di questo tipo probabilmente ben si può porre anche nell'ottica - che so essere propugnata dall'Avv. Ravagnan - di un'ipotesi del riciclaggio (laddove sappiamo che nel riciclaggio è ammessa la possibilità del dolo eventuale in relazione alla consapevolezza della provenienza illecita dei beni).

Un altro aspetto che mi pare meritevole di attenzione riguarda una assoluta novità che si presenta nelle ordinanze sia del GUP di Roma che di quello di Vicenza: l'ammissibilità della costituzione a parte civile delle persone offese del reato - intese come risparmiatori - con riferimento all'art. 2638 c.c..

Il Prof. Perini ha detto benissimo prima che il bene giuridico tutelato dall'art. 2638 c.c. in via diretta è, in tutta evidenza, il corretto andamento della funzione di vigilanza, nell'ottica del corretto funzionamento del mercato; poi indirettamente c'è, sempre all'evidenza, l'interesse dei risparmiatori. Come ancora diceva il Prof. Perini, si tratta di un reato che garantisce un'anticipazione di tutela, rispetto ai danneggiati, i quali è palese subiscano il danno per effetto dell'attività che il soggetto vigilato svolge nei confronti del mercato, non per effetto diretto della condotta tenuta dal soggetto vigilato nei confronti dell'autorità di vigilanza: ecco perché in dottrina si era spesso ritenuto che quelli derivanti, a carico del risparmiatore (che può poi essere socio o obbligazionista), dalla violazione dell'art. 2638 c.c. fossero danni *indiretti*.

In effetti non constano precedenti relativi all'ammissione delle persone offese quali parti civili nell'ambito dei procedimenti per il reato di cui al 2638 c.c.; anzi si riscontrano precedenti in senso contrario, quali le ordinanze rese dal Tribunale di Milano e da quello di Siena relativamente alla vicenda del Monte dei Paschi di Siena. Il GUP di Vicenza ha ritenuto che gli imputati del reato *ex art.* 2638 c.c., ostacolano l'organo di vigilanza e impedendo quindi l'esercizio delle sue prerogative, quale diretta conseguenza del loro operato boicottarono l'adozione delle misure necessarie ad evitare il verificarsi dei fatti dannosi di cui parliamo; il Giudice ha individuato quindi una forma di responsabilità diretta, seppure attraverso un'argomentazione indubbiamente piuttosto complessa. Attenzione, però, perché il GUP di Vicenza è stato molto attento nell'indicare chiaramente i limiti della sua decisione relativamente ai profili di ammissibilità, facendo riferimento a quella giurisprudenza in ossequio alla quale il giudicante, nella fase preliminare, si limita a verificare l'identità tra chi chiede tutela giudiziaria e colui che, sulla base di quella prospettazione, sarebbe legittimato a essere il titolare della pretesa; non scende invece nel merito della sussistenza effettiva del danno, precisando che questo sarà oggetto di prova solo più avanti e rimandando quindi alla fase successiva l'accertamento in ordine alla sussistenza effettiva di un danno che derivi dalla condotta contestata (danno che, a differenza dell'agiotaggio, può non essere neppure immediatamente percepibile da parte del risparmiatore o dell'investitore ed, anzi, si traduce in un fatto che è destinato a essere conosciuto solo dall'autorità di vigilanza). Il GUP di Roma ha fatto invece un ragionamento un po' diverso, pur essendo giunto anch'egli alle stesse conclusioni, nel senso di aver ipotizzato la risarcibilità anche dei danni indiretti o mediati.

Siamo di fronte, a mio avviso, ad una questione di grande importanza, solo se si pensa alla circostanza che dalle notizie che giungono da Vicenza sembrerebbero esservi più di cinquemila persone offese, forse quasi diecimila: ora, mi pare evidente la difficoltà che

può nascere a fronte della necessità di “governare” un processo penale con diecimila persone offese (anche con riferimento alla difficoltà nello scrutinare per ciascuna di queste l’esistenza del danno ai fini pur soltanto di una condanna generica). È pertanto lecito ipotizzare che la valutazione che il Tribunale potrà limitarsi ad effettuare, almeno in una prima fase, sarà per così dire di carattere categoriale, provando cioè ad individuare alcune specifiche categorie di danneggiati (distinguendo, ad esempio, soci da obbligazionisti, o forse ripartendo i risparmiatori per importi sì da rendere più inverosimile una scelta di investimento consapevole). In ogni caso si tratta, come dicevo, di un’attività di notevole rilevanza, dal momento che discriminare le persone offese in ragione dell’effettiva sussistenza delle pretese vantate non significa solo escludere il risarcimento di una persona offesa, ma altresì poter riconoscere un risarcimento a quelle persone offese che veramente sono state danneggiate (o lo sono state più di altre), tenuto conto che ci si troverà presumibilmente di fronte a risorse limitate (come si sa, il processo penale interviene quando i buoi sono già in gran parte scappati e non siamo più in grado di riprenderli).

Questa attività di discriminazione delle diverse posizioni soggettive sarà a mio modo di vedere fondamentale, perché – e con questo concludo – nonostante qui ci si riferisca ad azioni non quotate, ciò nonostante gli investitori restano molto diversi l’uno dall’altro.

È notizia di oggi che una primaria società di costruzioni ha chiesto l’ammissione al concordato, con conseguente perdita della quotazione di borsa di circa il 30%. Ma per ogni venditore, c’è qualcuno che acquista: chi è l’acquirente? Certamente non il piccolo risparmiatore che vi investe tutta la sua liquidazione; probabilmente c’è invece qualche *trader* aggressivo che cerca di fare uno *scalping intraday*. Quest’ultimo forse non meriterebbe tutela, essendo a perfetta conoscenza della situazione.

Anche in questo caso siamo dunque presumibilmente di fronte a situazioni soggettive degli investitori molto diverse l’una dall’altra, che come tali dovrebbe essere distinte, proprio come con riguardo alle vicende bancarie di cui stiamo discorrendo. Credo non sarà facilissimo.