

## **Il delitto di illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.)**

Cassazione penale, Sez. I, 29 marzo 2008 (c.c. 3 marzo 2009), n. 17854 – Pres. Silvestri – Ric. Di Pietro e altri

**L'art. 2636 c.c. mira a tutelare la trasparenza e la regolarità del processo formativo della volontà dell'assemblea e il delitto si perfeziona con la determinazione di una maggioranza assembleare non genuina in conseguenza di atti simulati e fraudolenti.**

**La condotta illecita non è ipotizzabile al cospetto di attività negoziali che, nell'ambito dell'autonomia riconosciuta ai privati dall'ordinamento, consentono di perseguire interessi meritevoli di tutela senza infrangere le prescrizioni poste dalla legge o dallo statuto.**

---

### **ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI**

---

<b>Conformi</b>	Cass., Sez. V, 20 febbraio 2004, Camerin e altro, rv 228080; Cass., Sez. V, 23 aprile 2004, Barella e altri, rv 227748
<b>Difformi</b>	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi

@ Il testo integrale della sentenza è disponibile su: [www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso](http://www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso)

### **Il commento** di Corinna Carrara

#### **Il caso**

Nella sentenza in esame la Suprema Corte, annullando l'ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che respingeva l'istanza di riesame di un sequestro di azioni societarie *ex art. 321 c.p.p.*, si è soffermata sugli elementi costitutivi del delitto di illecita influenza sull'assemblea. L'intervento è particolarmente significativo perché è uno dei pochi su un reato che, nonostante la scarsa applicazione giurisprudenziale<sup>1</sup>, ha suscitato sempre grande interesse per le numerose problematiche interpretative di cui è stato foriero dalla sua originaria formulazione, prevista per la

---

<sup>1</sup> Solo quattro sono le sentenze edite in riferimento all'originaria fattispecie *ex art. 2630*, comma 1, n. 3: Cass. Pen., Sez. III, 22 febbraio 1958, Mariucci ed altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 1179 ss.; Id., Sez. III, 5 aprile 1965, Cilenti, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1966, 239 ss.; Id., Sez. V, 18 marzo 1988, Pagano, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 215 ss.; Id., Sez. V, 18 marzo 1998, Ferri, in *Riv. pen.*, 1998, 890 ss. In seguito alla riforma del 2002 può segnalarsi Cass. Pen., Sez. V, 20 febbraio 2004, Camerin e altro, Rv. 228080 e Cass. Pen., Sez. V, 23 aprile 2004, Barella e altri, Rv. 227748.

prima volta nel codice civile del 1942 all'art. 2630, comma 1, n. 3, a quella attuale dell'art. 2636 c.c., frutto delle innovazioni introdotte con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

Questi, in breve, i fatti. A seguito dell'emissione di nuove azioni da parte della società A, il socio B, ottenuta la posizione di controllo mediante l'acquisto della totalità di dette azioni, aveva preso in assemblea importanti decisioni quali la nomina di un nuovo consiglio di amministrazione con l'estromissione dei soci fondatori, l'azzeramento del capitale sociale, il ripianamento delle perdite pregresse e il rifinanziamento del capitale medesimo. Tuttavia, l'acquisto effettuato dal socio B era stato finanziato dalla società C, con cui il primo aveva stipulato un accordo in forza del quale si obbligava a cedere il suo pacchetto azionario, trasferendo così anche il controllo della società A. Qualificata l'operazione come fraudolenta, in quanto essa aggirava la disciplina del diritto di opzione spettante ai soci, ignari dell'accordo di trasferimento del "pacchetto di maggioranza" a estranei, il G.I.P. aveva ritenuto integrato il delitto di cui all'art. 2636 c.c. procedendo al sequestro delle azioni e il Tribunale aveva rigettato l'istanza di riesame. La Corte di Cassazione, dopo opportune premesse sistematiche e teoriche, ha annullato l'ordinanza di sequestro e rinviato gli atti al giudice di merito per la valutazione circa la sussistenza in concreto della natura ingannatoria degli atti eziologicamente connessi alle delibere adottate.

Conviene osservare fin d'ora che la sussunzione del caso sotto l'art. 2636 c.c. suscita profonde perplessità. Anche indipendentemente dalla qualificazione dell'operazione come simulata o fraudolenta, gli atti consistenti nell'acquisto di nuove azioni, previo accordo di vendere ai terzi finanziatori il pacchetto di controllo, non paiono infatti integrare il delitto in esame, poiché non hanno determinato la formazione in assemblea di una maggioranza non genuina, cioè espressione di voti viziati, limitandosi ad una modificazione della compagine societaria - e dunque dell'assetto assembleare - poi espressasi con voti validi. La condotta realizzata è in sostanza da ascrivere ad una forma di scalata societaria che resta fuori dall'ambito di operatività della norma in esame: ricondurla all'art. 2636 c.c. vorrebbe dire effettuare una ingiustificata interpretazione estensiva, se non addirittura un'applicazione analogica della norma.

Per meglio illustrare il fondamento di queste affermazioni è opportuno soffermarci dapprima sull'evoluzione normativa del delitto in esame e poi sull'analisi della vigente fattispecie, confrontando il caso oggetto della decisione in commento con quelli tradizionalmente ricondotti all'art. 2636 c.c.

## La precedente formulazione del delitto di illecita influenza sull'assemblea

Nella sua originaria formulazione<sup>2</sup>, il delitto di illecita influenza sull'assemblea aveva suscitato numerose problematiche interpretative e taluni dubbi in merito all'opportunità delle scelte politico-criminali effettuate dal legislatore.

Per quanto attiene alle questioni esegetiche, si discuteva in primo luogo sull'individuazione del bene giuridico tutelato.

Una prima opinione identificava l'interesse protetto con la correttezza dell'attività degli amministratori, conformemente ai poteri loro istituzionalmente conferiti<sup>3</sup>. Tale posizione era però rimasta isolata perché focalizzava l'attenzione sulla legittimità dell'operato dei soggetti attivi più che sugli effetti che questa comportava e, inoltre, si fondava sull'interpretazione del delitto come reato di mera condotta.

Una seconda posizione poneva in rilievo l'integrità patrimoniale, muovendo da una sorta di presunzione circa la realizzazione del danno correlato all'intrinseco scopo lucrativo perseguito dall'autore delle condotte di influenza sulla maggioranza assembleare<sup>4</sup>. Tale interpretazione, però, non trovava conferme nella formulazione normativa, essendo completamente assenti nella fattispecie elementi riconducibili al patrimonio quale oggetto di tutela.

Altra dottrina ravvisava il bene tutelato nell'interesse dei soci, considerati *uti singuli*<sup>5</sup> ovvero come minoranza<sup>6</sup>, ad esprimere liberamente il proprio consenso all'interno dell'assemblea, senza alterazioni nel procedimento deliberativo contrarie alla legge o allo statuto, mentre altri ancora ritenevano che il reato salvaguardasse gli interessi non soltanto di soggetti interni alla società, ma anche di soggetti estranei, in particolare i creditori presenti e futuri potenzialmente pregiudicabili dalle condotte illecite<sup>7</sup>. La principale critica mossa a queste impostazioni aveva ad oggetto la natura solo indiretta di tali interessi, che non assurgevano a beni immediatamente tutelati dalla fattispecie, restando meramente sullo sfondo<sup>8</sup>; inoltre, si sottolineava come la loro protezione fosse già offerta

---

<sup>2</sup> L'art. 2630, comma 1, n. 3, sotto la generica rubrica di "Violazione degli obblighi incumbenti agli amministratori", puniva "con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire quattrocentomila a due milioni, gli amministratori che influiscono sulla formazione della maggioranza della assemblea, valendosi di azioni o di quote non collocate o facendo esercitare sotto altro nome il diritto di voto spettante alle proprie azioni o quote ovvero usando altri mezzi illeciti".

<sup>3</sup> M. La Monica, *Reati societari*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 1008 ss.

<sup>4</sup> P. Mirto, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954, 303.

<sup>5</sup> È questa la tesi ancora oggi sostenuta da E. Musco, *I nuovi reati societari*, Milano, 2004, 254 s.

<sup>6</sup> P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 366.

<sup>7</sup> F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I reati ed illeciti depenalizzati fallimentari, societari, bancari e tributari*, Milano, 1987, 408.

<sup>8</sup> M. Zanchetti, *Illecita influenza sull'assemblea*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, 409.

dal diritto civile, attraverso l'annullamento delle delibere viziate e la generale normativa sul credito<sup>9</sup>.

Infine, altri identificavano l'oggetto di tutela con il corretto funzionamento dell'assemblea, in cui si forma la volontà sociale espressa secondo il principio di maggioranza<sup>10</sup>. Quest'ultima impostazione pareva la più coerente con la strutturazione della fattispecie incentrata sull'organo societario, la cui regolare attività rappresentava l'interesse diretto.

Un'altra problematica, che traeva origine dal dubbio significato del termine "influire", riguardava la struttura del delitto: si discuteva se si trattasse di un reato di condotta ovvero di evento. Un orientamento, rimasto minoritario, riteneva che con questa formulazione il legislatore avesse voluto incriminare qualsiasi turbativa della formazione della maggioranza, a prescindere dall'incisività sulla deliberazione finale dei voti illegittimi: anche in presenza di una maggioranza genuina, dunque, la mera condotta di alterazione del processo deliberativo integrava il reato<sup>11</sup>. Occorre riconoscere che tale posizione, oltre ad essere sostenibile sul piano letterale, pareva conforme sia all'impostazione seguita dal legislatore italiano su altre tematiche, quali ad esempio il fenomeno del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione (disciplinato allora dall'art. 2631 c.c.) in cui si prevedeva una fattispecie di pericolo, sia con le scelte seguite dai legislatori di altri Paesi<sup>12</sup>.

Tuttavia, in dottrina era prevalsa una differente impostazione, che aveva trovato accoglimento anche in giurisprudenza<sup>13</sup>, per cui il verbo "influire" veniva assimilato a "causare". Richiedendosi dunque che la condotta dovesse essere eziologicamente connessa alla formazione della maggioranza non genuina, alla stregua di una *condicio sine qua non*, il delitto di illecita influenza sull'assemblea veniva ad essere interpretato come un reato di evento, in cui la formazione della maggioranza assembleare rappresentava la conseguenza della condotta incriminata. Ciò pareva coerente con la *ratio* dell'incriminazione, consistente, secondo i sostenitori di questo assunto, non tanto nella repressione di un mero abuso da parte degli amministratori, bensì nell'alterazione del rapporto tra maggioranza e minoranza, potenzialmente capace di pregiudicare l'esercizio della attività d'impresa<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> A. Mangione, *Illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda - S. Seminara, Padova, 2002, 507 s.

<sup>10</sup> L. Foffani, *Violazioni di obblighi concernenti le funzioni di amministrazione attiva nella società di capitali e cooperative*, in *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*, a cura di N. Mazzacuva, Torino, 1990, 445.

<sup>11</sup> Vd. ad esempio E. Gallo, *Forma dei reati e funzione del danno in talune norme penali societarie*, in *Ind. pen.*, 1971, 423 ss.

<sup>12</sup> Vd. L. Foffani, *op. cit.*, 440 ss., cui si rinvia anche per l'analisi comparatistica.

<sup>13</sup> Vd. Cass. 22 febbraio 1958, *cit.*, 1179 ss.

<sup>14</sup> Tra i sostenitori della posizione maggioritaria, C. Pedrazzi, *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 404 ss.

Ulteriori incertezze interpretative discendevano dalla formula di chiusura “altri mezzi illeciti”<sup>15</sup>, che rappresentava una terza ed alternativa condotta tipica (dopo l’impiego di azioni o di quote non collocate e l’esercizio sotto altro nome del diritto di voto spettante alle proprie azioni o quote) la cui individuazione coincideva sostanzialmente con una violazione della legge o dello statuto. Le ipotesi riconducibili alla fattispecie risultavano potenzialmente sconfinare, essendo l’illiceità dei mezzi relativa all’ordinamento sia civile che penale, e ciò spiega perché la maggior parte degli interpreti ravvisasse un palese vizio di indeterminatezza. Merita, tuttavia, di essere segnalato – per l’influenza sulla successiva formulazione normativa, anche se ampiamente criticato nel fondamento teorico dalla dottrina del tempo<sup>16</sup> - un tentativo della Corte di Cassazione di circoscrivere le condotte tipiche a quelle aventi contenuto simulatorio o fraudolento, in quanto si riteneva che essi fossero i caratteri propri delle due modalità specificamente indicate dalla norma<sup>17</sup>. In ogni caso, al di là del difetto di tassatività, residuava una significativa lacuna: difficilmente potevano essere inclusi tra i mezzi illeciti quegli strumenti di per sé leciti e tuttavia strumentalizzati in modo da eludere obblighi e aggirare divieti.

Un’ultima questione controversa atteneva all’ambito dell’elemento soggettivo: mentre la giurisprudenza di legittimità qualificava il dolo come specifico, inteso quale scopo di influire sulla formazione della maggioranza<sup>18</sup>, la prevalente dottrina era ferma nel ritenere il delitto in esame a dolo generico, consistente nel legame soggettivo tra l’agente e l’evento<sup>19</sup>.

Spostando l’attenzione sui profili di politica-criminale, il più significativo atteneva ai soggetti attivi del reato. Per alcuni, il circoscrivere la punibilità ai soli amministratori della società comportava un vuoto di tutela, poiché essi non erano gli unici in grado di influire sulle dinamiche assembleari: anche i soci, i sindaci, i revisori, i direttori generali e persino soggetti terzi alla struttura societaria (si pensi ad esempio ai mezzi illeciti utilizzati dai soci o dagli amministratori di una società estranea per condizionare una delibera di fusione) potevano alterare il processo deliberativo dell’organo<sup>20</sup>.

È opportuno evidenziare subito come la maggior parte di queste problematiche abbia trovato soddisfacente soluzione con le innovazioni apportate dal d.lgs. n. 61/2002 (conformi a quanto previsto nel cd. progetto Mirone<sup>21</sup>), che ha riscritto all’art. 2636 c.c. il delitto di illecita influenza sull’assemblea. Tuttavia, come si vedrà meglio in seguito, residuano perplessità su alcune scelte

---

<sup>15</sup> Sul tema L. Foffani, *op. cit.*, 457 ss.

<sup>16</sup> Vd. L. Foffani, *op. cit.*, 461 ss.

<sup>17</sup> Cass. 18 marzo 1988, *cit.*, 215 ss.

<sup>18</sup> Così, Cass. 22 febbraio 1958, *cit.*, 1179 ss.

<sup>19</sup> Tra i tanti, C. Pedrazzi, *Società commerciali*, *cit.*, 405; E. Musco, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 263 s.

<sup>20</sup> Per l’analisi di questo aspetto, G.P. Del Sasso, *Art. 2636 c.c. – Illecita influenza in assemblea*, in *I reati societari*, a cura di A. Lanzi - A. Cadoppi, Padova, 2007, 235.

<sup>21</sup> Nel cd. progetto Mirone, all’art. 10 n. 14, si individuava il delitto di indebita influenza sull’assemblea nella condotta di chi, “con atti simulati o con frode, determina la maggioranza in assemblea, allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto: con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni”.

politico-criminali del legislatore riformista e su alcune conseguenze derivanti dalla nuova formulazione.

### **L'art. 2636 c.c.: le innovazioni della riforma del 2002**

Per quanto attiene al bene giuridico, la dominante dottrina oggi individua l'interesse tutelato nella formazione di una delibera genuina, cioè ottenuta tramite l'esercizio di voti validi e basata sul rispetto del principio di maggioranza<sup>22</sup>.

Tale impostazione - peraltro coerente con quanto seppur genericamente indicato nella *Relazione Governativa* al d.lgs. n. 61/2002, in cui si parla di "regolare funzionamento degli organi sociali"<sup>23</sup> - ha trovato accoglimento anche nella recente giurisprudenza. La stessa sentenza in commento individua infatti il bene giuridico "nel corretto funzionamento dell'organo assembleare, assicurato dal rispetto del principio maggioritario, attraverso cui si esprime la volontà assembleare e si attua l'interesse sociale: in sostanza, la disposizione in esame mira a tutelare la trasparenza e la regolarità del processo formativo della volontà in assemblea".

Con riferimento ai soggetti attivi, le perplessità evidenziate rispetto alla norma previgente sono state superate attraverso la previsione di un reato comune. Benché i soggetti in grado di realizzare la condotta incriminata siano per lo più gli amministratori e i soci<sup>24</sup>, ora risultano dunque punibili anche soggetti terzi che abbiano condizionato il processo formativo della volontà assembleare; ciò risulta tanto più fondato se si considera che la condotta ingannatoria non deve essere realizzata necessariamente nel preciso momento spazio-temporale dell'adunanza, ma può avvenire anche in un contesto precedente<sup>25</sup>.

Tale scelta del legislatore pare ancor più opportuna se si considera la recente tendenza all'ampliamento degli strumenti di partecipazione indiretta dei soci alle assemblee, che consentono a soggetti estranei di introdursi nel contesto assembleare e che riducono notevolmente il controllo sulla legittimazione al voto.

In primo luogo, va qui ricordato l'istituto della delega, con il quale un socio dà mandato ad un terzo per esprimere in sua vece il voto in assemblea. Tale strumento, originariamente caratterizzato da

---

<sup>22</sup> P. Ardia, *La tutela penale dell'assemblea*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 380; A. Mangione, *op. cit.*, 511-517; G. Martiello, *Illecita influenza sull'assemblea*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002, 184.

<sup>23</sup> Vd. il punto 1.5 della Relazione, reperibile nel sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>24</sup> A. Mangione, *op. cit.*, 518; E. Musco, *I nuovi reati societari*, *cit.*, 255; M. Zanchetti, *op. cit.*, 407.

<sup>25</sup> Vd. P. Ardia, *op. cit.*, 381, il quale esclude che la dizione "determina la maggioranza in assemblea" sia da ritenersi limitativa del momento in cui debbono essere realizzate le manovre illecite.

incisivi limiti data la sua attitudine a dare adito ad abusi<sup>26</sup>, è stato reso maggiormente flessibile ad opera della normativa dettata per le società quotate. In particolare, gli artt. 136 ss. d.lgs. n. 58/1998 hanno comportato un considerevole superamento dei precedenti divieti, disciplinando anche istituti volti ad incentivare – seppur in modo controllato – l’impiego di tale strumento, quali la sollecitazione e la raccolta di deleghe. La *ratio* di tale impostazione risiede in una nuova considerazione della funzione della delega, prima intesa come mero strumento di partecipazione indiretta e oggi interpretata come più opportuna modalità di gestione delle azioni da parte degli investitori non professionali che rimettono a soggetti qualificati le decisioni loro spettanti<sup>27</sup>. Anche con la riforma del diritto societario del 2003, che ha novellato l’art. 2372 c.c., l’istituto della delega di voto è stato ampliato<sup>28</sup>.

Nella medesima prospettiva, va menzionata la generale semplificazione della disciplina dell’intervento in assemblea (art. 2370 c.c.), attuata anch’essa con la riforma del 2003, con cui si è introdotta la possibilità di esprimere il voto per corrispondenza con controlli meno rigorosi sull’effettiva legittimazione dei soggetti ad intervenire (non essendo più necessario il preventivo deposito delle azioni presso la sede della società o presso banche)<sup>29</sup>.

L’attuale formulazione del delitto, nell’incriminare la condotta di chi determina la maggioranza in assemblea, non lascia poi spazio a dubbi sulla sua struttura: con il termine “determinare” si evidenzia che la condotta consiste in un contributo causale alla formazione della maggioranza, escludendo che si possa trattare di una mera influenza; la locuzione “la maggioranza in assemblea” mette infatti in luce che l’evento del reato è costituito dalla costituzione di una maggioranza non genuina espressa attraverso una votazione<sup>30</sup>. La decisione dell’assemblea deve dunque essere conseguenza della condotta ingannatoria e, per accertare questa efficienza causale, è opinione condivisa che si debba procedere alla cd. prova di resistenza: i voti invalidi devono essere mentalmente eliminati per verificare se anche in assenza di questi la maggioranza si sarebbe comunque raggiunta. In caso negativo, può dirsi che gli atti simulati o fraudolenti abbiano determinato la maggioranza<sup>31</sup>.

Le modalità della condotta sono individuate dall’art. 2636 c.c. con maggiore determinatezza rispetto al passato, attraverso la specificazione che la condotta tipica deve essere realizzata con atti simulati

---

<sup>26</sup> Così l’art. 2372 c.c. del 1942 ed ancor più restrittiva la riforma della stessa norma attuata con l. n. 216/1974: vd. G. Grippo, *La delega di voto, ramo d’oro del potere. Profili di corporate governance*, in *Giur. it.*, 2000, 2429.

<sup>27</sup> Più approfonditamente, G. Grippo, *op. cit.*, 2429 ss.

<sup>28</sup> Per le distinzioni tra società che fanno ricorso al mercato di rischio e quelle che non vi fanno ricorso, recentemente S. Luoni, *Osservazioni in tema di delega a partecipare all’assemblea di società di capitali*, in *Giur. it.*, 2008, 2745 ss.

<sup>29</sup> G.F. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2007, 237 s.

<sup>30</sup> M. Zanchetti, *op. cit.*, 416.

<sup>31</sup> P. Ardia, *op. cit.*, 383; A. Mangione, *op. cit.*, 522; E. Musco, *I nuovi reati societari, cit.*, 256; M. Zanchetti, *op. cit.*, 410.

o fraudolenti. Inoltre, si è colmato il vuoto di tutela in caso di comportamenti cd. elusivi, eliminando l'espesso requisito della illiceità dei mezzi.

Nessuna perplessità, inoltre, può oggi essere sollevata con riferimento all'elemento soggettivo, in quanto il legislatore ha espressamente optato per la costruzione di una fattispecie a dolo specifico, consistente nel fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. Resta tuttavia aperta la spinosa - e più generale - questione della compatibilità del dolo eventuale con il dolo specifico. Sul punto si rilevano opinioni contrastanti<sup>32</sup>.

Le innovazioni introdotte nel 2002 paiono dunque per la più parte condivisibili; tuttavia residuano alcuni profili dubbi, come l'ingiustificata esclusione di alcune ipotesi dall'ambito di operatività dell'art. 2636 c.c. Oltre a tale aspetto, che verrà trattato nel paragrafo successivo, emergono quanto meno altri due punti problematici.

Il primo attiene al trattamento sanzionatorio, ritenuto non coerente con la più generale attenuazione delle sanzioni che ha caratterizzato la riforma dei reati societari e con l'erosione del ruolo dell'assemblea all'interno dell'organizzazione societaria in favore degli organi di amministrazione attuata con la riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6/2003)<sup>33</sup>.

Il secondo riguarda l'inserimento dell'art. 2636 c.c. tra i reati per i quali è prevista la responsabilità dell'ente (art. 25-ter d.lgs. n. 231/2001), qualora il delitto sia commesso nel suo interesse: difficilmente, infatti, il reato potrà essere realizzato nell'interesse della società, dato che ad essere pregiudicata è proprio l'attività dell'organo che, per definizione, è il depositario principale dell'interesse sociale<sup>34</sup>.

### **Le modalità della condotta: gli atti simulati e fraudolenti.**

Come si è già rilevato, le modalità di realizzazione della condotta tipica sono state meglio specificate con la riforma del 2002.

Si ricorda che nella vecchia norma erano previste due ipotesi specifiche, consistenti nell'impiego di azioni o quote non collocate e nell'esercizio sotto altro nome del diritto di voto, e una modalità generica, relativa all'utilizzo di mezzi illeciti. Con riferimento a quest'ultima, criticata per il *deficit* di determinatezza, si erano sviluppate due letture: una estensiva, che considerava la formulazione "altri mezzi illeciti" come terza modalità di condotta potenzialmente sconfinata; l'altra restrittiva, che riteneva necessaria la natura ingannatoria dei mezzi illeciti, essendo questo l'elemento caratterizzante le due ipotesi specifiche.

---

<sup>32</sup> Per una soluzione negativa, A. Mangione, *op. cit.*, 536; per la tesi favorevole, G. Martiello, *op. cit.*, 188.

<sup>33</sup> Vd. P. Ardia, *op. cit.*, 378; M. Zanchetti, *op. cit.*, 414.

<sup>34</sup> P. Ardia, *op. cit.*, 378 s.; G. Martiello, *op. cit.*, 189 ss.; M. Zanchetti, *op. cit.*, 415.



Con la nuova formulazione dell'art. 2636 c.c. il legislatore ha accolto quest'ultima impostazione, richiedendo che la condotta di determinazione della maggioranza sia realizzata con atti simulati o fraudolenti. Benché la riforma abbia indiscutibilmente reso la fattispecie maggiormente conforme al principio di determinatezza<sup>35</sup>, le modalità di realizzazione rappresentano però tuttora l'aspetto più delicato. La definizione di atti simulati e di atti fraudolenti non è, infatti, così scontata.

I concetti di simulazione e di frode alla legge evocano istituti civilistici, individuabili rispettivamente nel meccanismo di cui agli artt. 1414 ss. c.c. e nello schema negoziale *ex art.* 1344 c.c. Tuttavia, l'opinione prevalente è nel senso di ritenere che a tali termini debba essere attribuito un significato più ampio rispetto alla disciplina privatistica<sup>36</sup> e nello stesso senso si esprime anche la sentenza in commento.

Alla stregua di questa impostazione "autonomista", per quanto attiene agli atti fraudolenti, il discrimine si apprezza sul piano del contenuto ingannatorio della condotta: mentre la frode civilistica prescinde dalla *immutatio veri*, consistendo nella violazione ed elusione di norme, la tutela penale richiede un'alterazione della realtà che comporta una falsa rappresentazione dei fatti<sup>37</sup>. Con riferimento agli atti simulati, che anche nel diritto civile determinano uno scollamento tra quanto manifestato dalle parti e quanto effettivamente voluto, la differenza si evidenzia soprattutto nel fine perseguito, assegnando al dolo specifico un ruolo tipizzante<sup>38</sup>: l'ingiustizia del profitto perseguito si riflette sulla condotta materiale, plasmando l'intero fatto.

In ragione di tali differenze, un negozio astrattamente lecito per il diritto civile potrebbe integrare le modalità tipiche di realizzazione della condotta incriminata. Se sotto la vigenza della precedente formulazione ciò era da escludersi a causa dell'espressa previsione della illiceità dei mezzi adottati per condizionare la maggioranza, ora, invece, con l'eliminazione del carattere illecito degli atti e con l'affermazione dell'autonomia definitoria rispetto al diritto civile, anche un atto civilmente lecito potrebbe essere punibile ai sensi dell'art. 2636 c.c.

L'aspetto determinante risulta dunque essere, a differenza del passato, non tanto la conformità o meno alla legge, quanto piuttosto il carattere ingannatorio: un atto illecito sarà punibile *ex art.* 2636 c.c. solo se caratterizzato da un contenuto ingannatorio, così come un atto astrattamente lecito ma strumentalizzato per aggirare un divieto o eludere un obbligo (cd. comportamenti elusivi) potrà integrare le modalità tipiche di realizzazione della condotta.

---

<sup>35</sup> P. Ardia, *op. cit.*, 386; A. Mangione, *op. cit.*, 526; E. Musco, *I nuovi reati societari, cit.*, 256; M. Zanchetti, *op. cit.*, 412.

<sup>36</sup> Vd. A. Mangione, *op. cit.*, 531 ss.

<sup>37</sup> Per la rilevanza del mezzo utilizzato nella distinzione tra illecito civile e penale, C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 178 ss.

<sup>38</sup> Per una trattazione più approfondita, L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 501 ss.

Analogamente a quanto avveniva prima della riforma, è possibile ipotizzare che le modalità di realizzazione della condotta tipica siano costituite da atti illeciti fraudolenti quali, ad esempio, l'impiego di azioni o quote non collocate, l'esercizio sotto altro nome del diritto di voto, l'occultamento della mora nei versamenti che precluderebbe il diritto di voto, il rilascio di dichiarazioni mendaci o reticenti sulla portata o convenienza di una delibera, la falsificazione della documentazione relativa all'assemblea dei soci<sup>39</sup>.

Attualmente devono però essere esclusi dalla formulazione dell'art. 2636 c.c. quegli atti illeciti sprovvisti del requisito dell'inganno, come il cd. mercato di voto, che consiste in una forma di corruzione per assicurarsi voti altrui, e la violenza e minaccia esercitate per influenzare la votazione<sup>40</sup>. Anche con riferimento alla maliziosa convocazione di un'assemblea (in tempi o luoghi tali da precludere un'effettiva partecipazione dei soci) e in relazione ad abusi funzionali da parte della presidenza dell'assemblea (tali da determinare l'ammissione di soggetti non legittimati ovvero l'esclusione di soggetti legittimati), prima considerati punibili, si potrebbe dubitare della sussistenza del requisito ingannatorio e dunque della loro rilevanza penale. Se tuttavia in quest'ultima ipotesi la tutela data dal diritto civile può essere efficace, nel caso di mercato di voto e soprattutto di violenza o minaccia emerge un profondo ed irragionevole *vulnus* di tutela.

Se in passato si dubitava della loro rilevanza penale *ex art.* 2636 c.c., oggi anche i comportamenti leciti ma elusivi possono integrare la fattispecie in esame. Tra questi si possono menzionare, perché si prestano a celare un contenuto simulatorio o fraudolento, il contratto di riporto, il negozio fiduciario, l'incetta di deleghe e i patti parasociali.

Con il contratto di riporto, disciplinato dagli artt. 1549 ss. c.c., si può effettuare un trasferimento temporaneo della proprietà delle azioni, ottenendo che il diritto di voto in assemblea spetti al nuovo acquirente. Risulta evidente che questo negozio si presta ad essere uno strumento per aggirare eventuali divieti di voto gravanti sul soggetto alienante, potendo questi sfruttare la momentanea titolarità del diritto di voto in capo all'acquirente per superare una personale preclusione. Qualora si provasse la natura ingannatoria, dunque, il contratto potrebbe costituire una modalità della condotta penalmente rilevante a norma dell'art. 2636 c.c.<sup>41</sup>.

Discorso analogo può farsi per il cd. contratto fiduciario, che rappresenta un contratto atipico ritenuto lecito e meritevole *ex art.* 1322 c.c., con cui si può attribuire la proprietà di azioni imponendo di farne uso secondo le prescrizioni e di ritrasferirle su richiesta o entro una certa data<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> A. Mangione, *op. cit.*, 526 ss.

<sup>40</sup> Vd. A. Mangione, *op. cit.*, 527-534; E. Musco, *I nuovi reati societari, cit.*, 258; *contra*, in tema di mercato di voto, G.P. Del Sasso, *op. cit.*, 239 s.

<sup>41</sup> P. Ardia, *op. cit.*, 386 s.; A. Mangione, *op. cit.*, 528 s. Sotto la vecchia formulazione era invece considerato penalmente lecito: vd. L. Foffani, *op. cit.*, 457.

<sup>42</sup> A. Mangione, *op. cit.*, 529 s.

Anche in tal caso, infatti, il fiduciante può superare limitazioni al diritto di voto con l'esercizio di esso da parte del fiduciario nel rispetto delle indicazioni impartite, ottenendo un risultato non approvato dall'ordinamento e, dunque, realizzando il delitto di illecita influenza sull'assemblea. Data la somiglianza di struttura, le stesse considerazioni possono essere estese anche all'istituto del *trust*, di origine anglosassone, che nei tempi più recenti ha trovato accesso anche nell'ordinamento italiano, con il quale si trasferisce la proprietà di un bene apponendo però vincoli di destinazione.

Un'altra ipotesi di atto elusivo è l'incetta di deleghe, che costituisce la "raccolta" dei mandati di esercizio del diritto di voto da parte di più soci. Questo comportamento, entro i limiti sanciti dall'art. 2372 c.c. e dagli artt. 136 d.lgs. n. 58/1998, è da ritenersi pacificamente lecito, sebbene possa ricadere sotto la previsione degli atti fraudolenti, qualora il mandato sia ottenuto con inganno<sup>43</sup>.

Con la locuzione "patti parasociali", detti anche "sindacati di voto", ci si riferisce a quegli accordi stipulati tra soci con cui essi vincolano l'esercizio del loro voto. Se in passato si è discusso sulla loro legittimità, oggi tali patti trovano la loro disciplina nel codice civile (artt. 2341 *bis* ss.). Rispetto alle ipotesi precedenti, qui vi è più incertezza nell'affermare la configurabilità dell'art. 2636 c.c.: alcuni, infatti, ritengono che i patti siano penalmente leciti perché tipizzati dal legislatore civile proprio in modo da condizionare e determinare la votazione in assemblea<sup>44</sup>, mentre altri sostengono che potrebbero comunque avere natura ingannatoria, ad esempio se tenuti segreti<sup>45</sup>.

### **I rilievi critici sul caso concreto**

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione può essere ricondotto ad un comportamento cd. elusivo: benché l'esercizio del diritto di opzione costituisca un atto conforme alla legge, esso potrebbe essere stato strumentalizzato per ottenere un risultato non voluto dall'ordinamento. Tuttavia, a tale proposito, non si può non notare come il caso sia differente rispetto a quelli tradizionalmente ricondotti all'art. 2636 c.c. e peraltro menzionati nella stessa pronuncia.

In queste ipotesi, ciò che viene alterato dalla condotta ingannatoria è la genuina espressione del voto in assemblea: in alcuni casi, i voti sono illegittimamente rilasciati (si pensi all'esercizio del diritto di voto sotto altro nome o all'occultamento della mora nei versamenti che precluderebbe il voto); in altre ipotesi, i voti non rappresentano l'effettiva volontà dei soci votanti perché determinati da una

---

<sup>43</sup> P. Ardia, *op. cit.*, 387. Per l'estraneità di tale ipotesi alla norma previgente, C. Pedrazzi, *Società commerciali, cit.*, 599.

<sup>44</sup> A. Mangione, *op. cit.*, 527 s.

<sup>45</sup> P. Ardia, *op. cit.*, 387.

falsa rappresentazione della realtà (si pensi al rilascio di dichiarazioni mendaci o reticenti prima o durante all'assemblea); in altri casi ancora, è lo stesso risultato della delibera, inizialmente espressione della concreta volontà dei soci, ad essere oggetto di illecite modificazioni (si pensi alla falsificazione della documentazione relativa all'adunanza).

La vicenda concreta sulla quale è intervenuta la Corte è sostanzialmente diversa. L'acquisto delle nuove azioni esercitando il diritto di opzione ha permesso al socio di mutare le forze assembleari costituendo una maggioranza numerica tale da assicurargli il potere decisionale, mentre la cessione delle azioni ad una società terza ha consentito a questa di ottenere il controllo all'interno della assemblea. Ciò che si è verificato a seguito di tali condotte è stata l'alterazione dell'assetto assembleare, secondo uno schema che viene nella prassi definito "scalata sociale".

Le decisioni prese dal socio, dopo aver conseguito la maggioranza, non sono state espressione di voti non genuini, invalidi o basati su una falsa rappresentazione della realtà, bensì hanno rappresentato la sua concreta volontà, effetto di un accordo con soggetti estranei alla società.

Se il bene giuridico tutelato dall'art. 2636 c.c. è "*la trasparenza e la regolarità del processo formativo della volontà in assemblea*" e l'evento cagionato dalla condotta ingannatoria è la delibera non genuina, non si comprende come il caso in esame possa essere sussunto sotto la fattispecie di illecita influenza sull'assemblea: qui, infatti, gli atti realizzati, anche ammettendo che si possano qualificare come simulati o fraudolenti, non hanno cagionato una votazione viziata, ma hanno determinato una modificazione della compagine societaria che poi, in assemblea, si è liberamente espressa.

Estendere l'applicazione del delitto di illecita influenza in assemblea anche al caso di scalata societaria, allo scopo di tutelare i soci estromessi dalle decisioni prese dal soggetto che ha ottenuto il controllo, costituisce una violazione del principio di legalità, poiché esso non rientra nell'ambito di operatività della fattispecie.

Ma anche a ritenere che il caso in esame possa essere invece ricompreso nella formula "determina la maggioranza in assemblea", tale operazione ermeneutica dovrebbe essere giudicata non condivisibile, giacché frutto di un'interpretazione estensiva non coerente con l'individuazione del bene giuridico, con la strutturazione del delitto come reato di evento ed anche di senso contrario rispetto alle tendenze di riforma dell'art. 2636 c.c., volte a circoscrivere le ipotesi punibili.