

N. 31638/07 R.G.N.R.
N. 12468/10 R.G.G.I.P. (stralcio dal N. 7707/07 R.G.G.I.P.)



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
-SEZIONE GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI-**

IL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI

Il Giudice per l'Udienza Preliminare, dr. Fabrizio D'Arcangelo, all'esito della udienza del 3.11.2010 ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nel procedimento penale indicato in epigrafe nei confronti di:

DELOITTE & TOUCHE S.p.A., con sede in Milano via Tortona n. 25, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata presso il difensore di fiducia Avv. Fabio Marzio Palazzo del Foro di Milano con studio in Milano Corso Venezia nr. 61.

Assistita e difesa di fiducia dall'Avv. Fabio Marzio Palazzo del Foro di Milano con studio in Milano Corso Venezia nr. 61.

I M P U T A T A

ai sensi dell'art. 5 lett. a), 25 ter lett. g) D.Lgs. n. 231/01 per il reato contestato al capo D)- da intendersi qui integralmente trascritto- reato commesso nell'interesse dell'ente da AZZALI Riccardo socio ed addetto alla revisione della società Banca Italease S.p.A. nella sua qualità di soggetto svolgente funzioni di rappresentanza, amministrazione e comunque dotato di autonomia organizzativa e/o funzionale.

in relazione al delitto presupposto contestato ad

AZZALI Riccardo

D) del delitto p. e p. dall'art. 174 bis T.U.F. commi 1 e 2 (oggi sostituito dall'art. 27 commi 1 e 2 e 4 D.Lgs. n. 39/2010) perché, in qualità di responsabile della revisione della società Banca Italease S.p.A., società quotata alla borsa di Milano, affidata alla Deloitte e Touche S.p.A. della quale l'AZZALI è socio, con la consapevolezza della loro falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari della comunicazione, al fine di conseguire per sé o per gli altri un

ingiusto profitto, attestava falsamente che il bilancio d'esercizio della Banca Italease al 31.12.2006 rappresentava in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria nonché il risultato economico della società revisionata;

in particolare omettendo di rilevare che la nota integrativa al bilancio d'esercizio e al bilancio consolidato al 31.12.2006 non forniva un quadro veritiero della operatività in derivati, laddove si riferiva che la società gestiva "nel proprio portafoglio di negoziazione solamente contratti derivati con i quali offre un servizio di copertura dal rischio di tasso alla propria clientela" senza l'assunzione di rischio di mercato, mentre si trattava in realtà di attività di negoziazione in conto proprio con assunzione per la maggior parte dei contratti di derivati di carattere speculativo privi di finalità di copertura (con assunzione diretta di rischi di controparte e legali) e che comunque il bilancio nel suo complesso non forniva le informazioni necessarie per la comprensione dei rischi collegati all'operatività in derivati (rischio quantificato già nella semestrale successiva in euro 847 milioni - solo in parte giustificato dal peggioramento dei mtm)

- ometteva di segnalare che nella nota integrativa denominata "Portafoglio di negoziazione di vigilanza", in cui venivano ripartiti i derivati per tipologia - vi erano contratti con opzioni di tipo "esotico" che invece caratterizzavano in misura del tutto prevalente l'attività in derivati della banca,

- ometteva di segnalare che nella parte contabile del bilancio non era stata effettuata una congrua valutazione del rischio di credito nella determinazione del valore dei contratti derivati non quotati OTC con "fair value" positivo stipulati con la clientela, indicati per un ammontare di €. 233,3 mln., in relazione ai quali era stato effettuato un accantonamento per svalutazione forfettaria del tutto inadeguato pari a €. 8,3 mln. a fronte di una perdita effettiva stimabile quantomeno, sulla base di evidenze all'epoca disponibili, nella misura di €. 62,4 mln (secondo le valutazioni compiute prudenzialmente dai cc.tt. del p.m.);

- ometteva di rilevare la scorrettezza delle contabilizzazioni nella voce 40 "commissioni attive" del conto economico ricavi per €. 185 mln. derivanti dall'incasso di cd. "up front" (ovvero indennizzi una tantum) corrisposti dalle banche cd. "prodotto" al momento della stipulazione di contratti derivati di valore negativo per la società, anche in sostituzione di contratti precedenti, così occultando la falsa rappresentazione di ricavi già realizzati derivanti da attività di intermediazione in conto terzi anziché di origine valutativa e comunque frutto di una negoziazione in conto proprio (quindi da appostarsi alla voce 80 "risultato netto dell'attività di negoziazione" del conto economico);

- ometteva di rilevare la falsità della dichiarazione contenuta nella relazione degli amministratori per la quale "attività e passività, costi e ricavi non erano stati compensati tra loro" (come stabilito dai principi contabili) mentre in realtà venivano effettuate nel conto commissioni attive compensazioni tra "up front" ricevuti e costi sostenuti per ristrutturazioni (cd. "unwinding") ed estinzione di derivati per l'importo complessivo di circa €.58 mln., in modo da occultare le relative perdite di negoziazione.

Con l'aggravante dell'aver cagionato un danno ai destinatari della comunicazione (risparmiatori mercato mobiliare regolamentato ed in concorso con gli amministratori della società revisionata), quotata alla borsa di Milano.

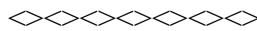
In Milano il 30.3.2007.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In data 16.3.2010 il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Milano chiedeva al Giudice dell'Udienza Preliminare emettersi decreto dispositivo del giudizio, tra l'altro, nei confronti di Massimo Faenza, in qualità di amministratore delegato dal 2004 al giugno del 2008 di Banca

Italease S.p.A. e di Antonio Ferraris, in qualità di direttore generale nonché responsabile dell'Area Finanza della medesima banca dal novembre del 2005 fino al giugno del 2008, per i delitti di manipolazione del mercato, di ostacolo alle funzioni di vigilanza e di false comunicazioni sociali. Al contempo la Pubblica Accusa chiedeva il rinvio a giudizio di Riccardo Azzali, responsabile della revisione di Banca Italease S.p.A. e socio di Deloitte & Touche S.p.A., per il delitto di falsità nelle relazioni dei responsabili della revisione legale e contestava alla Deloitte & Touche S.p.A. la responsabilità *ex crimine* ai sensi dell'art. 25 *ter* lett. g) D.Lgs. n. 231/01, ritenendo sussistente l'interesse della stessa nella commissione del predetto delitto.

Alla udienza del 20.5.2010, esauriti gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, le parti procedevano alla discussione. Alla udienza del 3.11.2010, dopo aver assunto le repliche, il Giudice dava lettura del dispositivo della presente sentenza.



I) Il Pubblico Ministero, nell'esercitare l'azione penale nei confronti di Riccardo Azzali, responsabile della revisione di Banca Italease S.p.A. e socio di Deloitte & Touche S.p.A., per il delitto di falsità nella revisione legale, contesta alla Deloitte & Touche S.p.A. la responsabilità *ex crimine* ai sensi dell'art. 25 *ter* lett. g) D.Lgs. n. 231/01, ritenendo sussistente l'interesse della stessa nella commissione del predetto delitto.

La difesa di Deloitte & Touche S.p.A. ha, tuttavia, invocato la declaratoria di non luogo a procedere, in quanto il delitto di falsità nelle relazioni dei responsabili della revisione legale cui all'art. 27 del D.Lgs. 27.1.2010 n.39 contestato all'Azzali non contempla la responsabilità amministrativa da reato dell'ente.

La responsabilità da reato dell'ente è, infatti, prevista dall'art. 25 *ter* lett. g) D.Lgs. n. 231/01 *“per il delitto di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, previsto dall'articolo 2624, secondo comma, del codice civile”*, ma tale ultima fattispecie incriminatrice è stata abrogata dal comma 34 dell'art. 37 D.Lgs. 27.1.2010 n.39.

La Pubblica Accusa ha, tuttavia, sostenuto che, atteso che tra il delitto di cui all'art. 2624 c.c. e quello enunciato dall'art. 27 del D.Lgs. 27.1.2010 n.39 vi è continuità normativa, la fattispecie di responsabilità dell'ente prevista dall'art. 25 *ter* lett. g) D.Lgs. 231/01 sarebbe pur sempre applicabile in relazione al delitto di falsità nelle relazioni contabili recentemente riformulato.

La domanda di giudizio formulata dalla Pubblica Accusa deve essere disattesa in quanto infondata.

Il delitto di cui all'art. 27 del D.Lgs. 27.1.2010 n.39 contestato all'Azzali, in qualità di socio della Deloitte & Touche S.p.A., non fonda alcuna ipotesi di illecito amministrativo dipendente da reato, in quanto il legislatore nel riformare la disciplina penale della revisione legale non ha integrato il catalogo dei delitti presupposto enunciato dal D.Lgs. 231/01 nella sezione III del capo I.

D'altra parte secondo una consolidata ermeneusi, dalla quale non vi è ragione per discostarsi, l'elencazione dei delitti presupposto, ai sensi dell'art. 2 D.Lgs. 231/01, è tassativa e, pertanto, non è suscettiva di integrazione a mezzo della contestazione di delitti equipollenti o della artificiosa frammentazione di elementi costitutivi del delitto composto (Cass. 29.9.2009, n.41488, *Rimoldi ed altri*, Rv.245001).

Nel caso di specie, peraltro, la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2624 c.c. è stata

abrogata e, pertanto, la ipotesi di illecito amministrativo dipendente da reato di cui all'art. 25 *ter* lett. g) D.Lgs. 231/01, che a tale delitto fa riferimento, pur formalmente vigente, è attualmente inapplicabile in ragione dello *ius superveniens*.

L'illecito dell'ente è, infatti, strutturato su una fattispecie complessa costituita sul piano oggettivo da due elementi essenziali: la realizzazione di un reato presupposto ("*espressamente*" previsto nel catalogo delineato nella sezione III del capo I del D.Lgs. 231/01) da parte di un soggetto che abbia un rapporto qualificato con la persona giuridica e la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. A questi elementi si aggiunge l'elemento "soggettivo" della colpa di organizzazione diversamente connotato a seconda che il delitto presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale o sottoposto all'altrui vigilanza e direzione.

Il principio di legalità dell'illecito amministrativo dipendente da reato opera, pertanto, sotto un doppio profilo, investendo sia la fattispecie ascrittiva della responsabilità dell'ente (nei suoi profili oggettivi e soggettivi), sia il reato che ne costituisce il substrato.

In tale contesto ne deriva che ogni *deficit* della fattispecie del reato presupposto si ripercuote inevitabilmente sulla integrazione della fattispecie di responsabilità dell'ente, precludendone il perfezionamento.

Pertanto, ove il legislatore avesse inteso mantenere tra i reati che fondano la responsabilità dell'ente la fattispecie di falsità nella revisione contabile avrebbe dovuto novellare l'art. 25 *ter* lett. g) D.Lgs. 231/01 o, comunque, integrare il catalogo dei reati presupposto, facendo riferimento espresso al delitto di cui all'art. 27 del D.Lgs. 27.1.2010 n.39.

Parimenti nessun rilievo, al fine di coonestare la perdurante applicabilità della fattispecie di illecito amministrativo previsto dall'art. 25 *ter* lett. g) D.Lgs. 231/01, può assumere la dedotta continuità del tipo di illecito tra il delitto di cui all'art. 27 del D.Lgs. 27.1.2010 n.39 ed il delitto di cui all'art. 2624 c.c. (del quale l'art. 174-*bis* del D.Lgs. 24.2.1998 n. 58 costituirebbe secondo la Pubblica Accusa esclusivamente una circostanza aggravante).

L'art. 3 del D.Lgs. 231/01, infatti, stabilisce che "***L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto che secondo una legge posteriore non costituisce più reato o in relazione al quale non è più prevista la responsabilità amministrativa dell'ente...***".

In altri termini il principio di irretroattività è declinato dal legislatore nel diritto punitivo degli enti secondo una duplice articolazione, che riguarda i distinti fenomeni della successione di leggi penali regolative del reato presupposto e della successione di leggi che disciplinano la responsabilità *ex crimine* degli enti.

Il primo comma dell'art. 3 del D.Lgs. 231/01, tuttavia, equipara, in ragione del venir meno del giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento, la ipotesi di *abolitio criminis* del delitto presupposto a quella di abrogazione della disposizione che ricollega ad un reato la responsabilità dell'ente.

In tale ultima ipotesi, infatti, la norma che contempla il reato presupposto permane (anche nella forma della continuità nel tipo di illecito ai sensi dell'art. 2, comma terzo, c.p.) ma l'ente non è più tenuto a rispondere dell'illecito amministrativo che accedeva alla pregressa fattispecie incriminatrice, in quanto il legislatore non ricollega più alla fattispecie criminosa alcuna responsabilità da reato per l'ente.

Alla stregua di tali rilievi l'opzione interpretativa avanzata dalla Pubblica Accusa non può essere accolta; la dedotta continuità normativa tra il delitto di cui all'art. 2624 c.c. e quello delineato dall'art. 27 del D.Lgs. 27.1.2010 n.39 non consente, infatti, di riferire l'illecito amministrativo previsto dall'art. 25 *ter* lett. g) D.Lgs. 231/01 a tale ultimo delitto.

Se, infatti, nel caso di specie vi è continuità normativa tra i delitti di cui all'art. 2624 c.c. e di cui all'art. 27 del D.Lgs. 27.1.2010 n.39, vi è invece una radicale discontinuità sotto il profilo delle fattispecie ascrittive della responsabilità da reato dell'ente, in quanto l'art. 27 del D.Lgs. 27.1.2010 n.39 (al pari del previgente art. 174-*bis* del D.Lgs. 24.2.1998 n. 58) non contempla alcuna forma di responsabilità per l'ente per la falsità nella revisione contabile.

Del resto, l'art. 3 del D.Lgs. 231/01 stabilisce con nitore che nelle ipotesi di successione di leggi che disciplinano la responsabilità *ex crimine* degli enti, nel conflitto tra la nuova e la pregressa disciplina, si applica la prima e che non è ammesso alcun fenomeno di ultrattività della norma successivamente abrogata (tanto più ove sfavorevole all'ente).

Pertanto, ancora una volta non può che ribadirsi la infondatezza di opzioni ermeneutiche intese ad arricchire il catalogo dei delitti presupposto in assenza di un espresso intervento del legislatore.

Alla stregua dei rilievi che precedono la domanda di giudizio formulata dalla Pubblica Accusa deve essere disattesa, non essendo più prevista la responsabilità amministrativa da reato degli enti in relazione a condotte di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale.

P.Q.M.

Letti gli artt. 61 D.Lgs. 231/01, 425 c.p.p.

DICHIARA

non doversi procedere nei confronti di **DELOITTE & TOUCHE S.p.A.** non essendo prevista la responsabilità amministrativa in relazione al reato contestato.

Così deciso in Milano, il 3.11.2010.

IL GIUDICE

dott. Fabrizio D'Arcangelo
