



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE PENALE

composta da

Antonio Esposito - Presidente

CC - 25/3/2014

Enzo Iannelli

Sent. n. sez. 660/2014

Adriano Iasillo

R.G. n. 42201/2013

Geppino Rago

Sergio Beltrani - Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto dal

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Siena

nei confronti di:

MUSSARI GIUSEPPE, nato a Catanzaro il 20 luglio 1962

VIGNI ANTONIO, nato a Castelnuovo Berardenga (SI) il 15
luglio 1953

BALDASSARRI GIAN LUCA, nato a Lugo il 21 agosto 1961

SAYEED SADEQ, nato in Pakistan in data 8 dicembre 1953

RICCI RAFFAELE, nato a Pisa in data 8 maggio 1967

indagati

nonché di:

NOMURA INTERNATIONAL PLC

soggetto civilmente obbligato al pagamento della pena pecuniaria

avverso l'ordinanza emessa in data 26 aprile 2013 dal Tribunale di Siena quale giudice del riesame.

Letti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Sergio Beltrani;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Gianluigi Pratola, che ha concluso chiedendo dichiararsi l'inammissibilità del ricorso;
udito per RAFFAELE RICCI l'avv. MARKUS WERNER WIGET, che ha concluso chiedendo dichiararsi l'inammissibilità del ricorso;
udito per SEDEQ SAYEED l'avv. GUGLIELMO GIORDANENGO, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;
udito per NOMURA INTERNATIONAL PLC l'avv. GUIDO CARLO ALLEVA, che ha concluso riportandosi alla memoria depositata e chiedendo dichiararsi l'inammissibilità del ricorso;
rilevata la regolarità degli avvisi di rito;

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale del riesame di Siena ha rigettato l'appello proposto dal P.M. c/o Tribunale di Siena contro il provvedimento con il quale in data 26 aprile 2013 il GIP dello stesso Tribunale non aveva convalidato il decreto di sequestro preventivo d'urgenza emesso dal P.M. precedente in data 15 aprile 2013, ed aveva rigettato la richiesta di emissione del decreto di sequestro preventivo depositata in data 17 aprile 2013.

1.1. Nell'atto di appello proposto ex art. 322-bis c.p.p., il P.M. territoriale aveva espressamente escluso dal *devolutum* i cespiti immobiliari e le liquidità degli indagati BALDASSARRI, MUSSARI e VIGNI (cfr. f. 12 dell'ordinanza impugnata).

L'appello cautelare del P.M. riguardava, pertanto, unicamente:

- le imputazioni di usura e truffa, che il P.M. aveva contestato agli indagati alternativamente;



- le sole utilità che NOMURA INTERNATIONAL PLC <<illegittimamente avrebbe ricavato (e continuerebbe a ricavare) dalla contrattazione, oltre che le fonti di produzione di tali sproporzionati vantaggi>>).

2. Contro tale provvedimento, il P.M. presso il Tribunale di Siena ha proposto ricorso per cassazione.

2.1. Premesso di voler richiamare integralmente il decreto di sequestro preventivo di urgenza emesso dal proprio ufficio in data 15 marzo 2013 e l'atto di appello cautelare reale, <<alle cui argomentazioni in fatto ed in diritto si fa integrale rinvio>>, nonché un riepilogo di decisioni giurisprudenziali inerenti al problema dei limiti del sindacato di legittimità in materia di misure cautelari reali, il P.M. ricorrente ha dedotto i seguenti motivi, enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173, comma 1, disp. att. c.p.p.:

I - (in ordine all'imputazione di truffa pluriaggravata in concorso, mediante induzione in errore) violazione di legge;

II/III/IV - (in ordine all'imputazione di usura ex art. 644, comma 3, ultima parte, c.p.) violazione e falsa applicazione degli artt. 321, 322-bis e 125, comma 3, c.p.p.; nullità ex art. 606, comma 1, c.p.p.; violazione e falsa applicazione degli artt. 644, comma 3, c.p. e 2 l. n. 108 del 1996.

Ha concluso chiedendo l'annullamento dell'ordinanza impugnata con ogni conseguente statuizione.

3. Sono state depositate memorie:

- in data 18 marzo 2014 per conto di NOMURA INTERNATIONAL PLC (premesse un riepilogo delle complesse vicende *de quibus*, è stata formulata richiesta di declaratoria di inammissibilità del ricorso del P.M., *in primis* evocando il limite del sindacato di legittimità in materia di cautele reali, ex art. 325 c.p.p., consentito unicamente per violazione di legge, non essendo sindacabile la motivazione del provvedimento impugnato, poiché essa non risulta né carente, né meramente apparente; è stata comunque dedotta la manifesta

infondatezza di tutti i motivi del ricorso del P.M., sia inerenti alla truffa che all'usura; a fondamento di entrambe le prospettazioni sono state poste copiose argomentazioni, elaborate in 53 pagine);

- in data 19 marzo 2014 per conto di RAFFAELE RICCI (anche questa memoria contiene una dettagliata esposizione di copiose argomentazioni, elaborate in 46 pagine, a sostegno della tesi della integrale inammissibilità del ricorso, per le plurime cause dettagliatamente indicate).

4. All'odierna udienza camerale, dopo il controllo della regolarità degli avvisi di rito, le parti presenti hanno concluso come da epigrafe, e questa Corte Suprema, riunita in camera di consiglio, ha deciso come da dispositivo in atti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato limitatamente all'imputazione di truffa, ed infondato quanto a quella di usura.

1. Deve premettersi che il ricorso per cassazione redatto interamente con la tecnica del rinvio *per relationem* ad uno o più atti distinti sarebbe inammissibile, in quanto privo del requisito della specificità.

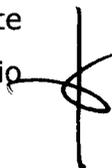
L'atto di ricorso deve, infatti, essere autosufficiente, e cioè contenere la precisa indicazione dei punti del provvedimento impugnato censurati, e delle questioni di fatto e di diritto da sottoporre al giudice del gravame, al fine di consentire l'autonoma individuazione delle questioni che si assumono irrisolte o mal risolte, e sulle quali si sollecita il sindacato di legittimità (Sez. V, sentenza n. 116 del 19 gennaio 1995, CED Cass. n. 200661; Sez. VI, sentenza n. 21858 del 19 dicembre 2006, dep. 5 giugno 2007, CED Cass. n. 236689; Sez. VI, sentenza n. 43207 del 12 novembre 2010, CED Cass. n. 248823; Sez. I, sentenza n. 32993 del 22 marzo 2013, CED Cass. n. 256996).

1.1. Deve, peraltro, rilevarsi che, nel caso di specie, il P.M. ricorrente, pur avendo inammissibilmente premesso di voler richiamare integralmente il decreto di sequestro preventivo di urgenza emesso dal proprio ufficio in data 15 marzo 2013 e l'atto di appello cautelare reale, *<<alle cui argomentazioni in fatto ed in diritto si fa integrale rinvio>>*, ha poi dettagliatamente indicato in ricorso i punti del provvedimento impugnato censurati, e le questioni di fatto e di diritto che intendeva sottoporre a questa Corte Suprema, in tal modo consentendo l'autonoma individuazione delle questioni che si assumevano irrisolte o mal risolte, e sulle quali si sollecitava il sindacato di legittimità.

2. Questa Corte Suprema ha, inoltre, già chiarito che, in tema di riesame delle misure cautelari reali, nella nozione di *<<violazione di legge>>* (per la quale soltanto può essere proposto ricorso per cassazione a norma dell'art. 325, comma 1, c.p.p.) rientrano la mancanza assoluta di motivazione o la presenza di motivazione meramente apparente, in quanto correlate all'inosservanza di precise norme processuali, non anche l'illogicità manifesta e la contraddittorietà, le quali possono denunciarsi nel giudizio di legittimità soltanto tramite lo specifico ed autonomo motivo di ricorso di cui all'art. 606, comma 1, lett. E), c.p.p. (così Sez. un., sentenza n. 5876 del 28 gennaio 2004, P.c. Ferazzi in proc. Bevilacqua, CED Cass. n. 226710 ss.; conforme, da ultimo, Sez. V, sentenza n. 35532 del 25 giugno 2010, CED Cass. n. 248129, per la quale, in tema di riesame delle misure cautelari, il ricorso per cassazione per violazione di legge, a norma dell'art. 325, comma 1, c.p.p. può essere proposto solo per mancanza fisica della motivazione o per la presenza di motivazione apparente, ma non per mero vizio logico della stessa).

I FATTI OGGETTO DI INDAGINE

3. Per un completo riepilogo delle vicende, estremamente complesse ed articolare, oggetto di indagine non può che farsi rinvio



ai diffusi capi di imputazione provvisori (ff. 2-9 del ricorso), che si dilungano in ben otto fitte pagine per descriverle.

In questa sede appare sufficiente, in estrema sintesi, ricordare, ripercorrendo i tratti salienti della ricostruzione "storica" operata dal Tribunale nel provvedimento impugnato (cui è legittimo fare riferimento, in difetto - *in parte qua* - di apprezzabili contestazioni e/o documentati travisamenti), che:

A) - nel 2005 il MONTE DEI PASCHI DI SIENA aveva acquistato da NOMURA INTERNATIONAL PLC le cc.dd. *notes* ALEXANDRIA, strumento finanziario derivato, complesso, altamente aleatorio e speculativo, che nel corso del tempo si era drasticamente deprezzato, producendo perdite approssimativamente stimabili in circa 220 milioni di euro;

B) - nel 2009, i due istituti avevano portato a compimento una ancor più complessa negoziazione, avente ad oggetto BTP in scadenza nel 2034, realizzata <<*mediante un groviglio di operazioni e strumenti derivati, tra loro collegati*>> (f. 2), ricostruita in dettaglio a f. 3 ss., e considerata dal Tribunale <<*talmente complicata e di estesa esecuzione, da richiedere una serie di garanzie e controgaranzie*>> (f. 6), anche questa volta altamente aleatoria e speculativa, ed anche questa volta rivelatasi - come si vedrà, quantomeno allo stato - particolarmente onerosa (immotivatamente e rovinosamente svantaggiosa, a parere del pubblico ministero) per il MONTE DEI PASCHI DI SIENA;

C) - il rinvenimento, in data 10 ottobre 2012, nei locali del MONTE DEI PASCHI DI SIENA di un *mandate agreement* datato 31 luglio 2009 (non esibito agli ispettori della BANCA D'ITALIA responsabili degli accertamenti condotti sul comparto finanza di MPS nel 2010 e nel 2011: cfr. comunicazione n. 0059210/13 del 18 gennaio 2013), intercorso tra i vertici dei due istituti, rivelava il collegamento tra la complessiva costruzione negoziale avviata nello stesso anno con oggetto BTP a scadenza 2034 e la ristrutturazione delle *notes* emesse attraverso il veicolo ALEXANDRIA, legittimando l'ipotesi che l'operazione avente ad oggetto i BTP 2034 fosse finalizzata <<*a spalmare nel tempo le passività di ALEXANDRIA, e a*

camuffare tali perdite nelle pieghe di bilancio>> del MONTE DEI PASCHI DI SIENA (f. 1).

3.1. Secondo l'ipotesi accusatoria, lo scopo perseguito dagli odierni indagati attraverso l'operazione posta in essere nel 2009 sarebbe stato, quindi, quello di "nascondere" le perdite riportate per effetto del negativo andamento delle *notes* ALEXANDRIA, compensando NOMURA INTERNATIONAL PLC (che accettava di farsi carico della resa negativa delle predette *notes*, pari, come anticipato, a circa 220 milioni di euro) attraverso la stipula - nell'ambito del nuovo strumento derivato - di clausole aleatorie nettamente ed ingiustificatamente sbilanciate in suo favore.

La stipula del complesso strumento derivato avente ad oggetto i BTP 2034, collegata all'esigenza di ristrutturazione delle *notes* ALEXANDRIA, sarebbe stata quindi ispirata <<*dall'intento di operare una cosmesi bilancistica, che eviti l'evidenza di una grave perdita gestionale, comunque dilazionata nel tempo, assicurando ai vertici MPS il mantenimento dei vantaggi e delle posizioni di privilegio fino ad allora godute*>>.

Il Tribunale ricorda, in proposito, che (f. 10 s.) <<*nell'aprile 2009 MUSSARI fu rieletto Presidente per un ulteriore triennio*>>, ed inoltre, che occorreva <<*rappresentare bilanci in salute per distribuire dividendi agli azionisti, pagare cedole agli obbligazionisti, in particolare quelli del fresh (emessi ai fini dell'aumento di capitale nel quadro dell'acquisto di ANTONVENETA), fra i quali figurava la FONDAZIONE MPS, azionista storico di controllo, per garantirsi bonus e preservare la posizione di potere e prestigio in seno a MPS*>>, concludendo che <<*evidentemente l'emersione di perdite sulle notes ALEXANDRIA avrebbe posto MUSSARI e VIGNI in posizione problematica*>>, e che (f. 11) si sarebbe dovuto <<*rilevare a bilancio una perdita netta di 220 milioni correlata alla svalutazione di ALEXANDRIA, che avrebbe portato a modificare in modo radicale il risultato di esercizio, il quale, al lordo degli effetti economici prodotti dall'operazione, sarebbe stato negativo di 103 milioni sull'individuale e di 48 milioni sul consolidato*>>.

3.2. Il P.M. risulta, invero, procedere (cfr. provvedimento di non convalida e di rigetto della richiesta di sequestro preventivo emesso dal G.I.P. del Tribunale di Siena in data 26 aprile 2013) anche nei confronti dei soli BALDASSARRI, MUSSARI e VIGNI:

- per il reato di concorso in ostacolo aggravato all'esercizio delle funzioni delle pubbliche autorità di vigilanza (capo B - artt. 110 c.p. - 61 n. 2 c.p. - 2638, commi 1 e 3, c.c.);

- per il reato di concorso in infedeltà patrimoniale aggravata (capo C - artt. 110 c.p. - 81, comma 2, c.p. - 61 n. 2 c.p. - 2634, comma 1, c.c.);

- per il reato di concorso in false comunicazioni sociali aggravate (capo D - artt. 110 c.p. - 81, comma 2, c.p. - 61 n. 2 c.p. - 2622, commi 1 e 3, c.c.).

Ed è appena il caso di ricordare che integra il reato di false comunicazioni sociali ex art. 2622 c.c. l'omessa registrazione contabile di operazioni finanziarie ad oggetto la stipulazione di contratti derivati ad alto rischio che si rifletta sulla veridicità del bilancio di una società quotata, determinando un deprezzamento delle azioni dei soci al momento in cui la relativa notizia venga divulgata a seguito degli accertamenti compiuti in proposito dalle autorità di controllo (Sez. V, sentenza n. 14759 del 2 dicembre 2011, dep. 17 aprile 2012, CED Cass. n. 252301).

La richiesta cautelare reale in esame non riguarda, peraltro, tali fattispecie, né coinvolge attualmente il patrimonio personale dei tre indagati intranei ad MPS, avendo il P.M., nell'atto di appello proposto ex art. 322-bis c.p.p., espressamente escluso dal *devolutum* i cespiti immobiliari e le liquidità degli indagati BALDASSARRI, MUSSARI e VIGNI (cfr. f. 12 dell'ordinanza impugnata), con opzione naturalmente in questa sede insindacabile.

L'USURA

4. Ciò premesso, osserva il collegio che il ricorso, per quanto riguarda l'imputazione alternativa di usura ex artt. 644, commi 1 - 3, secondo periodo - 5, n. 1 c.p., è infondato.

5. Con riguardo a detta imputazione, il P.M. ricorrente lamenta in primo luogo che il Tribunale del riesame non si sarebbe limitato ad una mera valutazione del *fumus commissi delicti*, avendo operato un sindacato valutativo ben più approfondito, sulla base di parametri propri del giudizio dibattimentale più che del subprocedimento cautelare, pervenendo ad un conclusivo giudizio sulla infondatezza dell'addebito di usura senz'altro esorbitante rispetto alla più ristretta valutazione che si imponeva *ad cautelam*.

5.1. La doglianza è manifestamente infondata.

5.2. La dedotta violazione di legge evoca una sorta di "eccesso di potere" in cui i giudici del riesame sarebbero incorsi nel determinare i confini del loro sindacato sul decreto di sequestro preventivo, fuoriuscendo dall'alveo di un mero riscontro circa la sussistenza del *fumus*, per giungere, invece, ad un giudizio "di merito" che avrebbe finito per snaturare il controllo del riesame.

L'assunto, fondato su una serie di massime giurisprudenziali tralattivamente riportate, non appare pertinente al caso di specie - nel quale, come si vedrà, i giudici *a quibus* hanno fatto buon governo dei poteri di sindacato loro devoluti -, e risulta inoltre palesemente incongruo, giacché confonde il presupposto "minimo", che deve integrare la base fattuale necessaria e sufficiente per poter disporre la misura cautelare reale, rispetto al reale ambito del controllo giurisdizionale devoluto in sede di gravame all'organo giurisdizionale.

La "sufficienza" del requisito del mero *fumus commissi delicti* <<si raccorda, concettualmente, al fatto che l'adozione della misura può presentarsi - e di regola, anzi, si presenta - allo stesso esordio della indagine, allorché tutti gli accertamenti ancora devono essere compiuti: e quindi, la base fattuale su cui la misura stessa deve

sostenersi, ben può essere rappresentata dalla configurabilità di un reato di cui ancora possono risultare nebulose tutte le interferenze in ordine alle varie responsabilità soggettive. Da qui, dunque, la certa non riferibilità al tema delle cautele reali del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza, che, invece, caratterizza (per evidenti esigenze di garanzia, postulate come indispensabili dal nuovo codice, a differenza di quanto prevedeva il codice Rocco) le misure cautelari personali>>.

Peraltro, <<la "base" probatoria su cui si sostanzia il provvedimento di sequestro è "flessibile" in ragione dei diversi stadi di accertamento dei fatti: se a legittimare la misura è "sufficiente" il *fumus*, ciò non toglie che la relativa sussistenza può formare oggetto di scrutini "contenutisticamente" differenziati a seconda del materiale che il pubblico ministero ritiene di devolvere al giudice chiamato ad adottare la misura e, poi, a scrutinare la legittimità del provvedimento in sede di impugnazione>> (Sez. II, sentenza n. 47421 del 16 dicembre 2011).

Nel caso in cui gli elementi prodotti dal pubblico ministero documentino la "sussistenza" del reato in termini congrui, potrà dirsi raggiunto il (necessario e sufficiente) *fumus* e, quindi, integrato il presupposto "minimo" per l'adozione della misura cautelare reale; tuttavia, nei casi in cui - come accaduto nel caso di specie - il materiale di indagine permetta al giudice di rilevare l'insussistenza di uno o più degli elementi essenziali per configurare la fattispecie di reato configurata *ad cautelam*, non può certo pretendersi che il giudice, cui il tema sia stato devoluto, sia obbligato a "degradare" il proprio potere di sindacato, limitandosi ad un accertamento "più superficiale", sul rilievo che, altrimenti, il controllo proprio del subprocedimento cautelare risulterebbe snaturato.

In presenza di compiute indagini che abbiano consentito - come nella specie - l'acquisizione di articolate risultanze, dalle quali possa *prima facie* emergere il *fumus* di un determinato reato, ma anche, all'esito di una più penetrante disamina, la sua non configurabilità, sarebbe abnorme il comportamento del giudice che limiti la propria disamina all'apparente configurabilità del *fumus*, rinunciando ad

operare il più penetrante sindacato che pure gli elementi acquisiti gli consentirebbero, poiché l'esercizio della giurisdizione cautelare è sempre finalizzato all'anticipazione degli effetti del futuro giudizio di merito, che in questo caso risulterebbero in contrasto rispetto agli effetti della misura cautelare in ipotesi disposta.

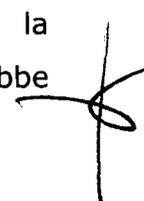
Va, in proposito, affermato il seguente principio di diritto:

<<Ai fini dell'adozione di un provvedimento di sequestro preventivo è sufficiente il mero "fumus commissi delicti", perché l'adozione della misura può intervenire nella fase iniziale dell'indagine preliminare, allorché tutti gli accertamenti ancora devono essere compiuti. Tuttavia, in ragione della flessibilità della base probatoria su cui si sostanzia il provvedimento di sequestro in relazione ai diversi stadi di accertamento dei fatti, la sussistenza del "fumus" può formare oggetto di scrutini contenutisticamente differenziati, a seconda del materiale posto dal P.M. a sostegno della richiesta di emissione della misura, non potendo pretendersi che - in siffatta evenienza - il giudice sia obbligato a degradare il proprio potere di sindacato, limitandosi ad un accertamento più superficiale, sul rilievo che, altrimenti, il controllo proprio del subprocedimento cautelare risulterebbe snaturato>>.

5.3. Nulla di tutto ciò è avvenuto con riguardo alla vicenda in esame, posto che il provvedimento impugnato, in termini assolutamente immuni da censure, ha evidenziato le ragioni per le quali, in relazione alla stipula dei contratti su derivati oggetto di contestazione, non è configurabile - come si vedrà - l'ipotizzata fattispecie di usura, limitandosi a valorizzare, per intero, il cospicuo materiale istruttorio prodotto dal P.M., puntualmente (come inevitabile) analizzato.

6. Con riguardo alla medesima imputazione, il P.M. ricorrente lamenta, inoltre, quanto segue:

- il Tribunale del riesame avrebbe ammesso (f. 22) che la fattispecie di cui all'art. 644, comma 3, ultima parte, c.p. potrebbe



astrattamente attagliarsi ad ipotesi di esecuzione di complessi meccanismi finanziari anche tra banche, ma ciononostante non avrebbe poi indicato compiutamente le ragioni per le quali ha conclusivamente ritenuto mancante il *fumus* della predetta fattispecie di reato;

- l'ipotizzata fattispecie di usura sarebbe configurabile anche in presenza di un contratto civilisticamente lecito, e non potrebbe, pertanto, assumere alcun rilievo il fatto che le pattuizioni intercorse tra il MONTE DEI PASCHI DI SIENA e NOMURA INTERNATIONAL PLC consistessero in meccanismi finanziari di per sé legittimi e diffusi nella prassi bancaria: la verifica della legittimità civilistica del sinallagma e degli strumenti negoziali accessori impiegati sarebbe, pertanto, penalmente irrilevante

- non sarebbe condivisibile la ritenuta non configurabilità del reato in difetto di un valido *tertium comparationis* (f. 33 del ricorso), che ha, al contrario, decisamente condizionato il conclusivo giudizio espresso dal Tribunale quanto alla non configurabilità dell'ipotizzata usura in concreto;

- analoghe censure andrebbero mosse alla valutazione inerente al requisito della <<sproporzione>> tra le reciproche obbligazioni.

In conclusione, a parere del P.M., potrebbe <<tranquillamente affermarsi che l'impugnata ordinanza merita di essere cassata per violazione dell'art. 644 comma 3 c.p. nella parte in cui non valuta, al fine di verificare la sproporzione tra le prestazioni corrispettive, tutte le componenti negoziali della complessa operazione economica posta in essere tra BMPS e NOMURA. Il dettato normativo, indipendentemente dalla complessità degli schemi negoziali adottati dai contraenti, invero esige che il giudice prima di emettere un giudizio di usurarietà (e in sede di procedimento cautelare reale una prognosi sul *fumus commissi delicti*) debba considerare tutte le prestazioni e le controprestazioni in giuoco, compresi gli altri vantaggi o compensi, e solo successivamente, dopo averne analizzate le ricadute economico-patrimoniali, potrà valutare se sia



stato consumato il delitto, ovvero nell'ipotesi in discorso se ve ne sia il fumus>>).

6.1. Tali doglianze, che possono essere esaminate congiuntamente, attenendo tutte alla configurabilità della materialità del reato di cui all'art. 644, commi 1 - 3, secondo periodo - 5, n. 1 - c.p. (**usura in concreto**), risultano, nel complesso, infondate.

6.2. L'art. 644 c.p. (usura) costituisce norma a più fattispecie, incriminando le seguenti distinte condotte:

- <<farsi dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di denaro [**c.d. usura pecuniaria**] o di altra utilità [**c.d. usura reale**], interessi o altri vantaggi usurari>> (art. 644, comma 1: **c.d. prestazione usuraria**);

- <<procurare a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario>> (art. 644, comma 2: **c.d. mediazione usuraria**).

Il delitto di usura inteso in senso lato (ovvero comprensivo di entrambe le predette fattispecie), si configura come reato a schema duplice, poiché integrato da distinte condotte (destinate strutturalmente l'una - dazione - ad assorbire l'altra - promessa -, con l'esecuzione della pattuizione usuraria), aventi in comune l'induzione del soggetto passivo alla pattuizione di interessi od altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, delle quali l'una è caratterizzata dal conseguimento del profitto illecito e l'altra dalla sola accettazione del sinallagma ad esso preordinato.

Con riguardo alla c.d. prestazione usuraria (art. 644, comma 1, c.p.), il limite oltre il quale gli interessi sono sempre considerati usurari è stabilito dalla legge (art. 644, comma 3, prima parte, c.p.), ed è pari al tasso medio relativo alla categoria di operazioni in cui il credito di volta in volta accordato è ricompreso, aumentato della



metà (c.d. tasso-soglia: l'art. 2 della legge n. 108 del 1996 indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi - soglia, affidando al Ministro del Tesoro solo il limitato ruolo di <<fotografare>>, secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari).

Il legislatore ha precisato che, per la determinazione del tasso di interesse usurario, *<<si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito>>* (art. 644, comma 4, c.p.).

6.3. La fattispecie di usura sin qui descritta è la **c.d. usura presunta**: per la sua integrazione è sufficiente la pattuizione di un tasso di interessi che ecceda il limite consentito, ovvero il tasso-soglia, anche in difetto della prova che il soggetto attivo abbia approfittato di uno stato di difficoltà della vittima (la dottrina ha bene osservato, in relazione a tale fattispecie, che *<<si può anche ritenere che il legislatore presuma in maniera assoluta che il soggetto attivo profitti della condizione di bisogno e di difficoltà della vittima>>*).

6.4. Tuttavia sono espressamente considerati usurari anche *<<gli interessi, anche se inferiori a tale limite [ovvero al c.d. tasso-soglia], e gli altri vantaggi o compensi che avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria>>* (art. 644, comma 3, secondo periodo, c.p.).

Mosso dalla evidente finalità di *<<colmare possibili vuoti di tutela>>* (in relazione a casi nei quali la vittima, in stato di difficoltà, sia stata costretta ad accettare prestiti a tasso di interesse di poco inferiore a quello che per legge è usurario) il legislatore ha, pertanto, previsto, accanto alla usura presunta, una (distinta ed autonoma) fattispecie di **c.d. usura in concreto**, collegata a quella presunta da

un implicito nesso di sussidiarietà (essendo la c.d. usura in concreto configurabile solo ove non sia configurabile quella presunta).

6.5. Perché sia integrata la **c.d. usura in concreto** (ipotizzata dal P.M. territoriale ricorrente, alternativamente alla truffa, nell'ambito del presente procedimento, e relativamente alla quale non risultano decisioni edite di questa Corte Suprema, che, pertanto, sembrerebbe chiamata ad occuparsene per la prima volta), occorre che:

- il soggetto passivo versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria;

- gli interessi pattuiti (pur se inferiori al tasso-soglia usurario *ex lege*) ed i vantaggi e i compensi risultino, avuto riguardo alle *<<concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari>>*, comunque *<<sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione>>*.

Trattasi di elementi il cui accertamento in concreto (diversamente dai casi di usura c.d. presunta) è rimesso alla discrezionalità del giudice.

6.5.1. La condizione di *<<difficoltà economica>>* si distingue da quella di *<<difficoltà finanziaria>>* in quanto:

- la prima consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana;

- la seconda investe, più in generale, l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni.

6.5.2. Pur essendo innegabile che le *<<difficoltà economiche o finanziarie>>* costituiscano concetto affine allo *<<stato di bisogno>>* (art. 644, comma 5, n. 3 c.p.), nondimeno è evidente l'intenzione del legislatore di attribuire ad essi significati differenti: a ciò induce già il dato letterale, ovvero la diversa terminologia

adoperata nel medesimo contesto (le distinte nozioni sono, infatti, evocate dalla stessa norma, l'art. 644 c.p.), che rivela, a parere del collegio, la trasparente intenzione del Legislatore di fare riferimento a situazioni diverse, poiché, in caso contrario, sarebbe davvero incomprensibile l'impiego, in una stessa norma, di distinti termini per indicare il medesimo concetto.

Alle medesime conclusioni induce la considerazione della diversa natura giuridica a ciascuno riconosciuta (le <<difficoltà economiche o finanziarie>> contribuiscono a integrare la materialità della c.d. usura in concreto; lo <<stato di bisogno>> costituisce oggi mera circostanza aggravante).

La dicotomia era già esistente in passato, vigenti il vecchio testo dell'art. 644 c.p. (che richiedeva la sussistenza dello stato di bisogno della vittima ai fini dell'integrazione dell'elemento materiale del reato di usura) e l'abrogato art. 644-*bis* c.p. (c.d. usura impropria, che richiedeva, quale elemento costitutivo, l'approfittamento delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria della vittima)

In questa sede, appare sufficiente precisare unicamente che la condizione di difficoltà economica o finanziaria consiste in una situazione meno grave (tale da privare la vittima di una piena libertà contrattuale, ma in astratto reversibile) del vero e proprio stato di bisogno (al contrario, consistente in uno stato di necessità tendenzialmente irreversibile, non tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma che comunque, comportando un impellente assillo, compromette fortemente la libertà contrattuale del soggetto, inducendolo a ricorrere al credito a condizioni sfavorevoli).

6.5.3. Deve, inoltre, ritenersi che la situazione di <<difficoltà economica o finanziaria>> vada valutata in senso (non meramente soggettivo, ovvero sulla base delle valutazioni personali della vittima, opinabili e di difficile accertamento *ex post*, bensì) oggettivo, ovvero valorizzando parametri desunti dal mercato.

A ciò induce la necessità, sempre cogente per l'interprete, di ridurre i già ampi margini di indeterminatezza della fattispecie.



6.6. Per quanto riguarda l'elemento psicologico, l'usura è un delitto a dolo generico, nel cui "fuoco" rientrano la coscienza e volontà di concludere un contratto sinallagmatico con interessi, vantaggi o compensi usurari.

Con specifico riferimento alla c.d. usura in concreto, il dolo include anche la consapevolezza della condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo e la sproporzione degli interessi, vantaggi o compensi pattuiti rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione.

6.7. Vanno, conclusivamente sul punto, affermati i seguenti principi di diritto:

<<Ai fini dell'integrazione dell'elemento materiale della c.d. usura in concreto (art. 644, commi 1 e 3, seconda parte, c.p.) occorre che il soggetto passivo versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria e che gli interessi (pur inferiori al tasso-soglia usurario ex lege) ed i vantaggi e i compensi pattuiti, risultino, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili, sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione>>.

<<In tema di c.d. usura in concreto (art. 644, commi 1 e 3, seconda parte, c.p.) la "condizione di difficoltà economica" della vittima consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana; la "condizione di difficoltà finanziaria" investe, invece, più in generale l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni>>.

<<In tema di c.d. usura in concreto (art. 644, commi 1 e 3, seconda parte, c.p.) le "condizioni di difficoltà economica o finanziaria" della vittima (che integrano la materialità del reato) si distinguono dallo "stato di bisogno" (che integra la circostanza

aggravante di cui all'art. 644, comma 5, n. 3 c.p.) perché le prime consistono in una situazione meno grave (tale da privare la vittima di una piena libertà contrattuale, ma in astratto reversibile) del secondo (al contrario, consistente in uno stato di necessità tendenzialmente irreversibile, non tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma che comunque, comportando un impellente assillo, compromette fortemente la libertà contrattuale del soggetto, inducendolo a ricorrere al credito a condizioni sfavorevoli)>>.

<<In tema di c.d. usura in concreto (art. 644, commi 1 e 3, seconda parte, c.p.) le "condizioni di difficoltà economica o finanziaria" della vittima (che integrano la materialità del reato) vanno valutate in senso oggettivo, ovvero valorizzando parametri desunti dal mercato, e non meramente soggettivo, ovvero sulla base delle valutazioni personali della vittima, opinabili e di difficile accertamento ex post>>.

<<In tema di c.d. usura in concreto (art. 644, commi 1 e 3, seconda parte, c.p.) il dolo generico, oltre alla coscienza e volontà di concludere un contratto sinallagmatico con interessi, vantaggi o compensi usurari, include anche la consapevolezza della condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo e la sproporzione degli interessi, vantaggi o compensi pattuiti rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione>>.

7. Ciò premesso in diritto, ed evidenziata (come dedotto anche dalle difese nelle memorie in atti) la parziale intrinseca contraddittorietà delle doglianze del P.M., che lamenta, ad un tempo, un eccesso ed una carenza motivazionale, deve rilevarsi che risultano del tutto insussistenti le dedotte violazioni di legge, poiché il Tribunale del riesame ha correttamente identificato – in difetto di una previa elaborazione giurisprudenziale - gli elementi costitutivi del

reato *de quo*, determinandosi di conseguenza nella concreta valutazione delle acquisite risultanze istruttorie.

A ben vedere, lo stesso P.M., più che vere e proprie violazioni di legge (neanche compiutamente indicate, ma più che altro enunciate), lamenta vizi della motivazione che, tuttavia, richiamati i rilievi di cui al § 2 di queste Considerazioni in diritto, appare *in parte qua* certamente non mancante né meramente apparente.

7.1. Il Tribunale (con motivazione esauriente, nel complesso incensurabile in questa sede) ha, infatti, escluso la configurabilità dell'ipotizzata usura in concreto, ritenendo (f. 2 ss.) che non sussistesse l'oggettiva evidenza di una sproporzione delle prestazioni corrispettive delle parti, né avendo riguardo alle concrete modalità delle intercorse pattuizioni, né avendo riguardo al tasso medio praticato con riferimento ad operazioni similari.

7.1.1. Quanto al difetto dell'oggettiva evidenza di una sproporzione delle prestazioni corrispettive delle parti, avuto riguardo alle concrete modalità delle intercorse pattuizioni, è stata valorizzata la circostanza fattuale certa che, nell'ambito della successiva operazione di ristrutturazione delle *notes* culminata nell'acquisto dei BTP 2034, <<*realizzato mediante un groviglio di operazioni e strumenti derivati, tra loro collegati*>>, sia stata ammortizzata dal MONTE DEI PASCHI DI SIENA (la presunta vittima) la perdita - stimata più o meno in 220 milioni di euro - correlata al cattivo rendimento delle ALEXANDRIA *notes*, il che ha certamente prodotto un rilevante vantaggio in favore della presunta vittima della configurata usura, e, dal punto di vista contrattuale, doveva necessariamente avere un costo, più o meno ingente, atteso che la controparte aveva accettato di assumere il relativo onere.

Osserva, in proposito, il Tribunale, che <<*il superamento delle passività determinate dalle notes ALEXANDRIA, attraverso la sostituzione con derivati più sicuri, si è risolto in un beneficio per la banca. La stessa colossale operazione del BTP 2034 non è altro che un sistema per sostituire a tale perdita un onere, certamente*

maggiore in termini quantitativi (proprio perché occorre pagare un costo), ma con il vantaggio della dilazione del tempo>> (f. 6).

Inoltre, richiamato (f. 19 s.) il contenuto della Relazione redatta dalla Banca d'Italia a seguito della disposta ispezione dell'Ispettorato di Vigilanza, si è concluso sul punto che, nel caso di specie, *<<l'apprezzamento di uno squilibrio tra le prestazioni è difficilmente ancorabile a dati certi ed oggettivi, e qualunque valutazione sia prospettata, essa presenti notevoli margini di opinabilità>>.*

7.1.2. Né il requisito della <<sporporzione>> emergeva avendo riguardo al tasso medio praticato con riferimento ad operazioni similari.

La sua insussistenza è stata motivatamente argomentata (f. 22 ss.), evidenziando che l'anomalo obbligo di *overcollateralization* (15%, rispetto ad una prassi che può arrivare tra il 5 e l'8%) trovava *<<un'astratta giustificazione nella circostanza che il rischio sulla garanzia si sommava al "rischio controparte", in quanto è largamente ipotizzabile che in caso di default del sistema Italia sarebbero venute meno anche le garanzie offerte da una controparte banca italiana>>*, e valorizzando la necessità di non analizzare l'operazione riguardante i BTP 2034 nei suoi singoli aspetti (rendimento, per MPS, dei BTP 2034, nettamente inferiore alla cedola nominale; individuazione di commissioni occulte), ma tenendo anche conto del vantaggio conseguito per effetto della ristrutturazione delle *notes* ALEXANDRIA, in virtù dell'inscindibile collegamento esistente tra le due operazioni negoziali.

Il Tribunale ha, inoltre, riproposto la considerazione del G.I.P. che, in assenza di elementi obiettivi per ritenere come indebiti e sproporzionati i vantaggi economici conseguiti da NOMURA INTERNATIONAL PLC per effetto della complessiva negoziazione conclusa con MPS, aveva evocato le trattative intercorse con una diversa banca di affari (JP MORGAN), con la quale si era prospettata una trattativa più o meno analoga a quella in esame (*<<identico era il costo di ristrutturazione; uguale sarebbe stato lo strumento utilizzato (Repo a 30 anni) con riconoscimento di un margine di*

profitto per il finanziatore JPM; l'affare non andò in porto non già per le inadeguate condizioni negoziali della transazione, ma perché la banca americana richiese che i termini dell'accordo venissero riportati in bilancio, quantomeno in una nota integrativa e sottoposti al controllo del revisore. Ma ciò, come già sottolineato, non rispondeva ai veri intenti dei vertici MPS, di occultare le perdite maturate sul veicolo ALEXANDRIA>>: f. 24).

Ha, infine, rilevato (f. 24 s.) che *<<nel documento depositato dalla Procura, tratto dal proc. collegato n. 845/12, trasmesso da BIGI DANIELE a BUONOCORE CARMINE il 17.11.2009, di apparente provenienza Area Bilancio, Area ARM, Area Finanza, si attesta altresì l'offerta di altra controparte, la NATIXIS, di finanziamento su titoli italiani a scadenza più breve ad uno spread "ben peggiore del finanziamento ottenuto per 25 anni allo spread di EURIBOR + 59 bps">>.*

Ed ha concluso (f. 25) che *<<l'unico parametro concreto che gli atti processuali offrono è quello delle condizioni (analoghe) offerte da altra banca, con l'unica differenza della trasparenza di bilancio, che però, a parte il fatto di confermare l'intento degli indagati MPS, poco ha a che fare con l'usura>>.*

7.2. Tali considerazioni (f. 21) sono state dal Tribunale motivatamente considerate assorbenti.

7.3. In verità, il G.I.P. (i cui rilievi sono riportati a f. 13 dell'impugnata ordinanza) aveva anche rilevato *<<la non apprezzabilità di uno stato di difficoltà finanziaria dell'Istituto vittima della pretesa usura>>.*

7.3.1. Il Tribunale, pur in difetto di un sistematico riferimento al requisito (avendo, come anticipato, ritenuto assorbenti i rilievi inerenti al ritenuto difetto dell'oggettiva evidenza di una sproporzione delle prestazioni corrispettive delle parti, ed all'impossibilità di operare positivamente, ai fini *de quibus*, la verifica del requisito della *<<sproporzione>>* con riferimento ad operazioni similari), in più

punti della motivazione ha, a sua volta, implicitamente mostrato di ritenere insussistente, o comunque privo di rilievo ai fini *de quibus*, l'eventuale stato di difficoltà economico-finanziaria del MONTE DEI PASCHI DI SIENA (in dipendenza della ingente perdita prodotta dalla passata stipula delle *notes* ALEXANDRIA), valorizzando piuttosto, quale "motore" della complessa operazione finanziaria a lungo termine posta in essere, non l'esigenza dei vertici di MPS di ovviare ad un tale stato di difficoltà, bensì quella di alcuni tra gli indagati di nascondere la predetta perdita (e con essa la propria avventatezza nella stipula del derivato che detta perdita aveva originato), nell'imminenza del rinnovo delle cariche sociali.

7.4. Ne consegue che non potrebbe dirsi accertato, pur allo stadio del necessario *fumus*, che la complessa operazione avente ad oggetto i BTP 2034 abbia visto, <<*sulla base di parametri desunti dal mercato*>>, uno dei contraenti (ovvero, naturalmente, il MONTE DEI PASCHI DI SIENA) agire in <<*carezza, anche solo momentanea, di liquidità*>>, ovvero <<*in complessiva carezza di risorse e di beni*>>, né <<*privato di una piena libertà contrattuale*>> (cfr. principi di diritto riepilogati nel § 6.7. di queste Considerazioni in diritto).

7.4.1. In considerazione dell'insieme delle ragioni sin qui riepilogate, correttamente il Tribunale ha ritenuto non configurabile il *fumus* della ipotizzata usura reale in concreto.

7.4.2. Il ricorso del P.M. è, pertanto, *in parte qua*, infondato.

LA TRUFFA

8. Diversamente, con riguardo all'imputazione alternativa di concorso in truffa pluriaggravata mediante induzione in errore, il ricorso è fondato.

9. Il Tribunale del riesame ha escluso la configurabilità del *fumus* del predetto reato essenzialmente per due ragioni, ovvero:



- in difetto della emergenza *ex actis* delle ipotizzate condotte di induzione in errore e, comunque, della loro efficacia causale in ordine al danno lamentato;

- in difetto di un danno per MPS.

9.1. In sintesi, il P.M. lamenta che, sul punto, la motivazione del Tribunale del riesame sia <<*talmente povera da risultare apparente se non del tutto carente*>>, ripercorrendola e censurandone la congruità sotto più profili, in particolare lamentando l'omessa considerazione delle dichiarazioni rese dal teste MARCO MORELLI e la solo parziale valutazione delle dichiarazioni del teste GIOVANNI CONTI (f. 16 del ricorso: trattasi di due alti funzionari del MPS).

E conclude che gli organi interni del MONTE DEI PASCHI DI SIENA non conoscevano la reale portata dell'operazione, come confermato anche dal conclusivo documento redatto dalla BANCA D'ITALIA, in particolare con riguardo al collegamento tra le *notes* ALEXANDRIA e l'operazione avente ad oggetto i BTP 2034.

10. La fattispecie tratta al vaglio di questa Corte Suprema integra una ipotesi di c.d. **truffa contrattuale**.

10.1. Questa Corte Suprema ha già chiarito - per quanto in questa sede rileva - che la c.d. truffa contrattuale ricorre in tutti i casi nei quali l'agente abbia posto in essere artifici e raggiri al momento della conclusione del negozio giuridico, traendo in inganno il soggetto passivo, indotto a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe prestato (così, per prima, Sez. II, sentenza n. 441 del 16 marzo 1966, CED Cass. n. 102034; in senso conforme, più recentemente, *ex multis*, Sez. II, sentenza n. 3538 del 7 novembre 1980, dep. 17 aprile 1981, CED Cass. n. 148455, e Sez. II, sentenza n. 47623 del 29 ottobre 2008, CED Cass. n. 242296).

Ed è idoneo ad integrare il delitto di truffa contrattuale anche l'artificio o raggio avente ad oggetto aspetti negoziali collaterali, accessori o esecutivi del contratto principale, se la conoscenza degli stessi avrebbe indotto la persona offesa a non concludere l'affare

(Sez. II, sentenza n. 34908 del 7 maggio 2013, CED Cass. n. 257103).

La truffa contrattuale è configurabile indipendentemente dallo squilibrio oggettivo nelle rispettive controprestazioni, poiché l'ingiusto profitto del *deceptor* ed il correlativo danno del *deceptus* consistono essenzialmente nel fatto costituito dalla stipulazione del contratto (Sez. II, sentenza n. 6557 del 13 dicembre 1982, dep. 14 luglio 1983, CED Cass. n. 159923; Sez. II, sentenza n. 51760 del 3 settembre 2013, CED Cass. n. 258068): a nulla rileva, quindi, che venga in ipotesi pagato dal *deceptus* un giusto corrispettivo in cambio della prestazione truffaldinamente conseguita, posto che il reato si realizza per il solo fatto che la parte sia addivenuta alla stipulazione del contratto, che altrimenti non avrebbe stipulato, in ragione degli artifici e dei raggiri posti in essere dall'agente (Sez. II, sentenza n. 12027 del 23 settembre 1997, CED Cass. n. 210456).

10.2. Va, in proposito, ribadito il seguente principio di diritto:

<<La c.d. truffa contrattuale - che ricorre in tutti i casi nei quali l'agente abbia posto in essere artifici e raggiri (aventi ad oggetto anche aspetti negoziali collaterali, accessori od esecutivi del contratto principale, risultati rilevanti ai fini della prestazione del consenso) al momento della conclusione del negozio giuridico, traendo in inganno il soggetto passivo, indotto a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe prestato - è configurabile indipendentemente dallo squilibrio oggettivo delle rispettive controprestazioni, poiché l'ingiusto profitto del deceptor ed il correlativo danno del deceptus consistono essenzialmente nel fatto costituito dalla stipulazione del contratto>>.

11. A parere del Tribunale, *<<l'interrogativo fondamentale che sta alla base delle valutazioni necessarie circa il fumus che deve rinvenirsi nell'ipotesi cautelare è se il prezzo pagato da MPS [ove si*



ipotizzi] *la truffa, rappresenti (...) un danno>>* (così, inequivocabilmente, a f. 7).

A tale interrogativo ha risposto in senso negativo.

11.1. A sostegno di tale affermazione, il Tribunale ha, in primo luogo, posto il rilievo della asserita non valutabilità – allo stato – della eventuale sussistenza di profili di danno per il MONTE DEI PASCHI DI SIENA, in considerazione delle connotazioni strutturali intrinseche del derivato avente ad oggetto i BTP 2034.

Sono stati, in proposito, adesivamente richiamati i principi affermati da Sez. II, sentenza n. 47421 del 16 dicembre 2011 (*<<qualora l'oggetto materiale del reato sia costituito da titoli di credito, il momento della sua consumazione è quello della acquisizione da parte dell'autore del reato, della relativa valuta, attraverso la loro riscossione o utilizzazione, poiché solo per mezzo di queste si concreta il vantaggio patrimoniale dell'agente e nel contempo diviene definitiva la potenziale lesione del patrimonio della persona offesa>>*; per poter stabilire se il derivato ha prodotto effetti a vantaggio oppure in danno dei singoli contraenti, *<<occorre procedere ad una disamina a posteriori, allorché, cioè, il contratto abbia raggiunto la sua normale scadenza, visto che, tra l'altro, prima di tale evento sono previsti meccanismi di aggiustamento destinati proprio ad operare un bilanciamento fra le posizioni dei contraenti, e non cadere entro meccanismi o clausole vessatorie>>*).

E si è, sul punto, concluso che l'esito della complessa operazione sui BTP 2034, avente natura di strumento derivato altamente aleatorio, potrà essere valutato soltanto alla scadenza, sottolineando esemplificativamente (f. 15) che già successivamente all'emissione del decreto di sequestro di urgenza da parte del P.M. la situazione, per effetto dell'andamento dei mercati internazionali, era parzialmente mutata in favore di MPS.

11.2. Il Tribunale ha, inoltre, più in generale osservato che nella fattispecie concreta risulterebbero non configurabili veri e propri profili di danno oggettivamente rilevabile per MPS, dovendo tenersi

conto - per valutare la proficuità o meno dell'intera operazione - anche degli effetti favorevoli immediatamente conseguiti, attraverso la neutralizzazione di una grave perdita gestionale, con dilazione della - pur gravosissima - controprestazione nel tempo, in 25 anni.

11.2.1. I rilievi separatamente dedicati alle possibili intenzioni degli indagati intranei ad MPS potrebbero, peraltro, evocare l'ulteriore illecito, ma pur sempre soggettivamente rilevante, vantaggio di riuscire a nascondere - proprio in virtù della predetta dilazione - nelle pieghe del bilancio le nefaste conseguenze della cattiva gestione delle *notes* ALEXANDRIA, altrimenti *prima facie* rilevabile, e proprio nell'imminenza del rinnovo delle cariche societarie.

Ma tutto ciò si risolverebbe a vantaggio dei soli BALDASSARRI, MUSSARI e VIGNI, non certo del MONTE DEI PASCHI DI SIENA.

11.3. Il Tribunale ha, inoltre, considerato <<assodato>> (f. 17) che <<*in ambiente MPS fosse noto ed accettato che l'operazione avrebbe avuto un costo, la cui quantificazione era stata oggetto di ripetuti scambi di opinioni*>>, aggiungendo (f. 25 s.) che <<*se anche qualcuno dei funzionari tecnici abbia nutrito qualche dubbio sulla economicità e correttezza dell'operazione, le eventuali rimostranze non ebbero, e non potevano avere, alcun peso nelle decisioni assunte*>>.

Ha richiamato, peraltro, le sole dichiarazioni di BIGI (<<*secondo cui [pur avendo] MORELLI MARCO, capo dell'Area Amministrazione e Bilancio di MPS, assunto un atteggiamento fermo, rappresentando che a suo parere l'operazione "non doveva essere assolutamente fatta", il Direttore Generale VIGNI, come in altre occasioni, non rispose alle obiezioni tecniche argomentando la sua convinzione circa la bontà dell'operazione la quale doveva essere realizzata per il "bene della Banca"*>>) e di GIOVANNI CONTI (capo della Risk Control Unit di MPS), alle cui perplessità lo stesso VIGNI avrebbe risposto che <<*lui non poteva perdere tempo ad implementare le formule*

matematiche del sistema perché il mercato "scappa" e le occasioni vanno colte al volo>>.

Ed ha conclusivamente (f. 26) espresso <<forti dubbi sul profilo della induzione in errore, necessaria ai fini della configurabilità della fattispecie di truffa>>, affermando che quanto posto a fondamento dell'impostazione dell'accusa (secondo la quale <<almeno tre alti funzionari, MORELLI, BIGI e CONTI, non sapevano che l'operazione ALEXANDRIA del 2005 e poi l'operazione NOMURA erano collegate, cioè "leggendole" insieme acquisivano un significato ben diverso e quindi proprio per impedire questa lettura sinottica il Mandate agreement del 31.7.2009 era stati tenuto nascosto>>) non sarebbe esatto, perché <<a BIGI era stato inviato da BALDASSARRI con una mail del 26.6.2009 il testo della conference call nel quale si faceva espresso riferimento al Mandate agreement. CONTI a sua volta sapeva tanto da dichiarare a s.i.t. di essere stato contrario alla ristrutturazione di ALEXANDRIA proprio perché aumentava l'esposizione in BTP per un arco temporale di 30 anni>>.

12. *Può convenirsi, in diritto, con il Tribunale che <<ricorrono gli estremi della truffa contrattuale quando uno dei contraenti tace o dissimula circostanze (...) che, ove conosciute, avrebbero indotto l'altro contraente ad astenersi dal concludere il contratto>> (così testualmente in motivazione - con affermazione di principio in parte non coincidente con la citazione del Tribunale - Sez. II, sentenza n. 47623 del 29 ottobre 2008, non massimata sul punto).*

La stessa decisione prosegue, peraltro, aggiungendo, sempre in motivazione, che <<Sussistono gli elementi dell'ingiusto profitto e del danno anche in assenza di squilibrio tra i valori delle controprestazioni, in quanto ingiusto profitto e danno sono costituiti dal vantaggio e dal pregiudizio rispettivamente derivanti alle parti dalla stipula del contratto (Cass. 2^a 14.7.83 n. 6557, ud. 13.12.82, Gava). Sussiste il reato di truffa "contrattuale" anche se si sia pagato il giusto corrispettivo della controprestazione effettivamente fornitagli (nella fattispecie non vi sono stati indennizzi di sinistri), realizzandosi l'illecito per il solo fatto che si sia addivenuti alla stipulazione di un



contratto che, senza gli artifici e raggiri posti in essere dall'agente, non sarebbe stato stipulato (Cass. 2^a 23.9.97 n. 12027, depositata il 23.12.97, rv. 210456)>>.

A tale ultimo principio, che il collegio condivide e ribadisce, il Tribunale, come si vedrà, non si è correttamente conformato.

12.1. Il Tribunale cita, inoltre, Sez. II, sentenza n. 1539 del 15 dicembre 2005 (dep. 16 gennaio 2006) nei seguenti termini: *<<in tema di truffa dell'amministratore unico di una società per azioni, l'induzione in errore degli organi societari di controllo deve essere tale da avere impedito il loro intervento, che altrimenti potrebbe sostanziarsi nella revoca dell'amministratore e dell'atto di disposizione patrimoniale>> (f. 26).*

La citata decisione è stata così massimata (CED Cass. n. 232861): *<<Integra il delitto di truffa, fuori dall'ipotesi dell'amministratore unico di una società per azioni che ne sia anche unico azionista, il compimento da parte dell'amministratore di una S.p.A., in accordo col soggetto estraneo alla società, di un atto di disposizione patrimoniale in danno della società, seguito dall'induzione in errore degli organi societari di controllo (consiglio di amministrazione, collegio sindacale, collegio dei revisori e assemblea dei soci), impediti dagli artifici e raggiri nel loro intervento, che altrimenti potrebbe sostanziarsi nella revoca dell'amministratore e dell'atto di disposizione patrimoniale. (Fattispecie in cui l'amministratore delegato di una società di leasing finanziario, in complicità con il soggetto contraente, ha erogato somme di denaro per l'acquisto di beni da concedere in leasing, e poi ha indotto in errore gli organi societari con gli artifici e raggiri consistiti nel simulare l'esistenza dei beni oggetto del contratto di leasing, causando alla società il danno patrimoniale dell'erogazione di una somma di denaro per l'acquisto di beni appunto inesistenti)>>.*

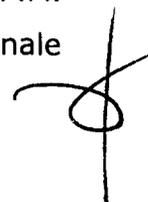
In motivazione (la sola che in realtà rileva ai fini del riepilogo di un orientamento giurisprudenziale, assolvendo la massima, anche quella ufficiale, a funzioni meramente strumentali), la citata decisione osservava quanto segue:



<<correttamente il Giudice d'appello ha rilevato che la sentenza di questa Corte, Sez. 2^, n. 13241 del 07/05/1976 dep. 11/12/1976 rv 134922 riguarda solo l'ipotesi in cui l'amministratore unico sia anche l'unico socio: "l'amministratore unico di una società per azioni che ne sia anche unico azionista non può rendersi responsabile del reato di truffa in danno della società, in quanto, pur potendo egli disporre solo delle azioni, non avendo la titolarità del patrimonio sociale, che spettano pur sempre solo alla società, quale soggetto dotato di personalità giuridica propria e distinta da quella del socio; manca, però la possibilità stessa dell'induzione in errore degli organi sociali, data la identificazione di questi nella persona dell'agente". Fuori da tale ipotesi, quand'anche l'atto di disposizione patrimoniale sia posto in essere dall'amministratore di una società che sia anche complice del reato, è configurabile il delitto di truffa in quanto sono ingannati gli organi della società. Infatti per conseguire il suo effetto e quindi compiutamente integrare il danno alla società, l'atto di disposizione patrimoniale soggiace al controllo degli organi societari (consiglio di amministrazione, collegio sindacale, collegio dei revisori e assemblea dei soci). In assenza di artifici o raggiri gli organi societari potrebbero intervenire, revocando l'amministratore e l'atto di disposizione patrimoniale>>.

12.1.1. Il principio, che va, a sua volta, condiviso e ribadito, imponeva, pertanto, di verificare (pur alle stregua del mero *fumus*, ma tenendo necessariamente conto delle cospicue risultanze istruttorie sin qui acquisite e poste dal P.M. a fondamento delle richieste di sequestro in esame) se effettivamente gli indagati avessero mantenuto il silenzio sul collegamento esistente tra le due vicende negoziali sin qui più volte richiamate, in tal modo condizionando la stipula del derivato sui BTP 2034 alle già richiamate condizioni, non favorevoli per MPS.

12.2. Ciò premesso, deve rilevarsi che le censure mosse dal P.M. all'adeguatezza *in parte qua* dell'impianto motivazionale dell'impugnata ordinanza colgono nel segno.



12.2.1. Invero, ai fini della valutazione inerente al verificarsi o meno della contestata truffa contrattuale, perpetrata attraverso induzione in errore, il Tribunale:

A) ha focalizzato le propria attenzione sul momento genetico dell'accordo (in tal senso va interpretato il rilievo che *<<eventuali rimostranze non ebbero, e non potevano avere, alcun peso nelle decisioni assunte>>*), senza *<<tener conto di quello che in concreto gli organi interni avrebbero potuto fare e/o esprimere (e non hanno fatto e/o espresso) se avessero conosciuto la reale portata dell'operazione e, ragionando in via ipotetica, quali effetti e conseguenze la compiuta informazione ed adozione dei poteri propri di ciascuna funzione interna della banca avrebbe determinato rispetto all'evento del reato in parola>>*, poiché *<<l'attivazione puntuale dei poteri di ciascuna funzione ingannata avrebbe posto nel nulla ogni possibilità di riuscita dell'operazione, vanificandola>>* (f. 13 s. del ricorso);

B) non ha attribuito alcun rilievo al fallimento delle trattative in origine intrattenute con JP MORGAN, dovuto al rifiuto di quest'ultimo istituto *<<di far passare il complessivo accordo senza una sua corretta appostazione in bilancio>>* (f. 15 del ricorso), ed al fatto che di esso, ed in particolare delle sue ragioni, non fosse stata data notizia agli organi interni della Banca, deve necessariamente ritenersi per meglio nascondere l'intenzione di "inquinare" i futuri bilanci di MPS onde occultare le perdite riportate per effetto delle *notes* ALEXANDRIA, intenzione poi attuata, a dire del P.M., come sembrano testimoniare le separate vicende oggetto di imputazione ai capi B.C.D., e come sembra in più punti ammettere lo stesso Tribunale, pur non attribuendovi il dovuto rilievo ai fini *de quibus*: se la scelta della controparte con cui concludere l'operazione del 2009 (opportuna per neutralizzare le perdite conseguite con ALEXANDRIA) era decisamente condizionata dalla soggettiva intenzione di BALDASSARRI, MUSSARI e VIGNI di "nascondere" in bilancio il

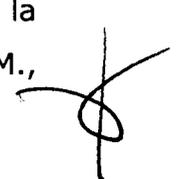
cattivo esito delle *notes* ALEXANDRIA (come visto, JP MORGAN aveva chiesto in proposito precise garanzie di regolarità: per tale ragione la trattativa instaurata *inter partes* non aveva avuto buon esito), sarebbe stato fondamentale per gli organi di vigilanza poter essere al corrente di tutti i dettagli dell'operazione (ed *in primis* del suo collegamento con le *notes* ALEXANDRIA), per esercitare i poteri-doveri previste dalle leggi, attivando tutti gli strumenti utili a tutela della regolarità dei bilanci di MPS;

C) ha male interpretato le dichiarazioni rese dal BIGI, che, come documenta il P.M. (f. 17 ss. del ricorso), attraverso la *mail* erroneamente valorizzata dal Tribunale era stato portato solo a conoscenza di trattative con NOMURA, ma non del loro specifico contenuto (cfr. f. 18 in nota 24)

[il BIGI aveva dichiarato, tra l'altro, quanto segue: <<Tra i punti di questa mail preparatoria uno in particolare sollevò in me alcuni dubbi perché faceva riferimento "ad operazioni fuori mercato", cioè non a prezzi di mercato. Per me, fino a quel momento, l'unica operazione fuori mercato era il costo della ristrutturazione che NOMURA si accollava su ALEXANDRIA, sgravando MPS. Mi venne il dubbio che le "altre operazioni" potessero nascondere effetti negativi per la banca senese. Non ero in grado di andare oltre nei miei ragionamenti in quanto la mail non conteneva numeri, ma solo indicazioni operative generiche. Esposi le mie perplessità a MORELLI. Mi sembra che lo stesso giorno della conference call inviai una mail a MORELLI, ricordandogli che dovevo andare alla conference. MORELLI mi rispose di andarci tranquillamente, invitandomi, con una eloquente espressione, a "darci dentro">>]

ed aveva ricevuto da BALDASSARRI (il quale aveva inteso addirittura minimizzare la situazione negativa derivante da ALEXANDRIA, cui continuava ad attribuire un valore ben maggiore rispetto al suo *fair value* del momento) una presentazione ben diversa dell'operazione;

D) non ha adeguatamente considerato le possibili implicazioni della telefonata intercorsa in *call conference* (f. 18 s. del ricorso), la cui trascrizione risulta acquisita agli atti, che, a parere del P.M.,



rivelerebbe l'intervenuto preventivo accordo tra i vertici dei due gruppi, solo in apparenza portatori di interessi distinti, ma in realtà uniti in danno di MPS;

E) non ha considerato che MORELLI, edotto soltanto da BIGI di quel poco che quest'ultimo sapeva, era stato a sua volta tenuto all'oscuro del contenuto della complessa operazione *in fieri*, e non si era opposto alla conclusione di essa avendone compreso struttura e modalità, ma unicamente, e genericamente, perché non chiara (f. 19 s. del ricorso del P.M.), e non ha considerato il contenuto delle dichiarazioni dallo stesso rese (f. 20 in nota 29)

[il MORELLI aveva dichiarato, tra l'altro, quanto segue: <<Da come BALDASSARRI aveva illustrato al sottoscritto, a BIGI, a SALVISCHIANI e a CONTI l'operatività con NOMURA, all'epoca compresi che si stavano portando avanti con la banca giapponese due operazioni contestuali, ma autonome>>].

E' appena il caso di ricordare che l'esistenza di un collegamento inscindibile tra la ristrutturazione delle *notes* ALEXANDRIA e la stipula del derivato avente ad oggetto i BTP del 2034 era emersa documentalmente soltanto attraverso il rinvenimento nei locali del MONTE DEI PASCHI DI SIENA del *Mandate agreement* datato 31 luglio 2009 (che non era stato esibito agli ispettori della BANCA D'ITALIA responsabili degli accertamenti condotti sul comparto finanza di MPS nel 2010 e nel 2011: cfr. comunicazione n. 0059210/13 del 18 gennaio 2013);

F) ha male interpretato le dichiarazioni rese da GIOVANNI CONTI (f. 20 s. del ricorso), il quale aveva unicamente dichiarato <<che per lui ALEXANDRIA era solo una delle operazioni estremamente complesse e rischiose per la banca da lui sottoposte a vaglio critico>>, <<di non aver mai avuto conoscenza dell'esistenza di un mandate agreement se non in epoca recente>>, e di <<aver solo immaginato che le operazioni concluse nel 2009 con NOMURA fossero in qualche modo legate e che il costo della ristrutturazione venisse scaricato sui Repo>>, ma di non averlo saputo con certezza;



G) non ha attribuito il giusto rilievo al fatto che la stessa BANCA D'ITALIA, come documentalmente emergente *ex actis*, <<nel corso dell'ispezione 2011/2012 - pur avendo approfondito la transazione con NOMURA individuando una contestualità tra l'operazione di Repo e la ristrutturazione della nota "ALEXANDRIA", parimenti realizzata con NOMURA, non aveva ritenuto nel contesto di aver acquisito elementi chiari che comprovassero il collegamento negoziale tra le due operazioni. In particolare, sottolinea l'OdV, che l'indisponibilità degli elementi poi emersi con il noto mandate agreement non aveva consentito alla Vigilanza di individuare con certezza la finalità complessiva delle diverse componenti dell'operazione>> (f. 23 del ricorso).

12.2.2. La notevole serie di elementi fattuali non considerati e/o, più radicalmente, travisati, inficia irrimediabilmente la complessiva tenuta dell'impianto argomentativo dell'ordinanza impugnata, evidenziando certamente il ricorrere di quella speciale situazione di carenza di motivazione che sola può integrare gli estremi della violazione di legge deducibile ex art. 325 c.p.p. in sede di legittimità.

12.3. Inoltre, alla luce del principio ribadito nel § 10.2. di queste Considerazioni in diritto, le osservazioni del Tribunale quanto alla non rilevanza di profili di danno attuale per MPS derivanti dalla stipula del derivato sui BTP 2034 si pongono all'evidenza in violazione dell'art. 640 c.p., poiché, come sin qui più volte illustrato, ai fini dell'integrazione della c.d. truffa contrattuale, non occorre valutare se sussista o meno uno squilibrio oggettivo delle rispettive controprestazioni, in quanto l'ingiusto profitto del *deceptor* ed il correlativo danno del *deceptus* consistono essenzialmente nel fatto costituito, in ipotesi, dalla stipulazione del contratto (in forza del quale MPS - pur neutralizzando nell'immediato le perdite prodotte dalle *notes* ALEXANDRIA, assumeva una ulteriore, svantaggiosa alea, a condizioni non favorevoli secondo l'andamento al momento della stipula dei mercati finanziari, oltre che l'onere di ingenti provvigioni),

alla quale in ipotesi non si sarebbe addivenuti, disponendo di tutte le informazioni del caso.

Pertanto, ove si accerti il *fumus* della ipotizzata condotta di induzione (perpetrata essenzialmente attraverso il silenzio tenuto dagli indagati - o da alcuni soltanto di essi - sul collegamento esistente tra la ristrutturazione delle *notes* ALEXANDRIA ed il derivato sui BTP del 2034) e della sua rilevanza ai fini della conclusione del contratto *de quo*, privi di rilievo risulterebbero, ai fini della configurabilità della contestata truffa contrattuale aggravata, i benefici tratti dalla dilazione del conseguimento delle perdite di ALEXANDRIA (f. 7) e la dedotta mancanza di definitività dei pretesi effetti sfavorevoli del derivato sui BTP del 2034 (sulla quale il Tribunale si dilunga a f. 15).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

13. In conclusione, l'ordinanza impugnata va annullata limitatamente al delitto di truffa, con rinvio al Tribunale di Siena per nuovo esame sul punto, che sarà condotto - previa rivalutazione delle risultanze istruttorie (cfr. §§ 12.2 ss. di queste Considerazioni in diritto) - conformandosi al principio di diritto affermato nel § 10.2 di queste Considerazioni in diritto (cfr. § 12.3 di queste Considerazioni in diritto), valutando, in sintesi, se il collegamento tra la ristrutturazione delle *notes* ALEXANDRIA e la stipula del complesso derivato sui BTP 2034 (che, pur dispensando MPS dal conseguimento della perdita provocata dal cattivo andamento delle *notes* ALEXANDRIA, lo aveva al tempo stesso gravato di una ulteriore e rovinosa alea) fosse stato limpidamente comunicato, come doveroso, a tutti i soggetti chiamati a pronunciarsi sull'opportunità o meno della seconda operazione, ed in caso negativo se l'eventuale silenzio abbia decisamente condizionato la stipula del derivato sui BTP 2034 (alla quale - in caso contrario - non si sarebbe in ipotesi addivenuti, onde evitare l'assunzione di un'ulteriore alea con condizioni di partenza sicuramente svantaggiose).

Sarà anche necessario considerare quanto il silenzio eventualmente serbato dagli indagati intranei ad MPS sul

collegamento sussistente tra le operazioni *de quibus* - prescindendo dall'interesse di MPS - sia stato funzionale alla soggettiva esigenza di favorire, in prossimità del rinnovo delle cariche sociali, l'occultamento del cattivo esito della gestione delle *notes* ALEXANDRIA nei futuri bilanci, e se, disponendo delle dovute informazioni, i funzionari in ipotesi illecitamente tenuti all'oscuro del collegamento *de quo* avrebbero potuto attivarsi impedendo la stipula del derivato sui BTP 2034, anche per neutralizzare l'inquinamento dei futuri bilanci (ed evitare un rilevante pregiudizio per MPS, ed al tempo stesso necessariamente per gli azionisti, i risparmiatori ed, in ultima istanza, le Istituzioni che, in caso di crisi, sarebbero state inevitabilmente chiamate ad operare interventi straordinari, gravando, pur indirettamente, sulla collettività).

L'esito di tale valutazione potrà rendere necessario valutare ulteriormente se la truffa contrattuale ipotizzata dal P.M. (ove ne risulti configurabile il relativo *fumus*) sia ascrivibile in concorso a tutti gli indagati (sul presupposto della coscienza e volontà della condotta comune anche ai vertici di NOMURA INTERNATIONAL PLC) ovvero ai soli indagati intranei a MPS.

13.1. Il complesso delle considerazioni sin qui svolte evidenzia le ragioni per le quali non possono essere accolte la contrarie, e pur pregevoli, deduzioni contenute nelle memorie depositate, che non appare necessario confutare analiticamente.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata limitatamente al delitto di truffa e rinvia al Tribunale di Siena per nuovo esame sul punto.

Rigetta nel resto il ricorso del P.M.

Così deciso in Roma, udienza camerale 25 marzo 2014

Il Consigliere estensore

Sergio Beltrani



Il Presidente

Antonio Esposito

