Penale Sent. Sez. 6 Num. 10068 Anno 2021
Presidente: FIDELBO GIORGIO
Relatore: GIORDANO EMILIA ANNA
Data Udienza: 05/11/2020

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso proposto da
Feingold Tomer, nato il 9/5/1979 in Israele

avverso la sentenza del 16/7/2020 della Corte di appello di Roma

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Emilia Anna Giordano;
sentite le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Giuseppe Locatelli che conclude per il rigetto del ricorso;
uditi per il ricorrente i difensori, avvocato Franco Carlo Coppi e avvocato Gildo Ursini che insistono per l'accoglimento dei motivi di ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Roma, con la sentenza indicata in epigrafe, ha dichiarato sussistenti le condizioni per l'accoglimento della richiesta di estradizione avanzata dalla Corte degli Stati Uniti d'America, Distretto Meridionale di New York, nei confronti di Tomer Feingold, alias Tomer

Haim Feingold, per i delitti di associazione a delinquere finalizzata alla frode in titoli di borsa relativi ad un'offerta pubblica di acquisto; associazione a delinquere finalizzata alla frode elettronica ed alla frode in titoli ed altresì di associazione a delinquere finalizzata al riciclaggio di denaro a fine di occultamento, oltre alla frode nelle offerte pubbliche di acquisto ed al favoreggiamento di tale delitto, commessi tutti nel Distretto Meridionale di New York e altrove nel quinquennio dal 1 gennaio 2013 al 31 dicembre 2017. Il ricorrente si trova detenuto agli arresti domiciliari, con braccialetto elettronico, dal 30 aprile 2020, misura con la quale è stata sostituita quella della custodia cautelare in carcere applicatagli a seguito dell'arresto eseguito presso l'aeroporto internazionale di Fiumicino ove il Feingold giungeva il 18 febbraio 2020 in volo da Tel Aviv, sua città di residenza. Tomer Feingold è, inoltre, cittadino polacco.

2. Con i motivi di ricorso, di seguito sintetizzati ai sensi dell'art. 173 disp. att. cod. proc. pen. nei limiti strettamente indispensabili ai fini della motivazione il ricorrente chiede l'annullamento della sentenza impugnata per plurimi profili di nullità e, in particolare:

2.1. inosservanza ed erronea applicazione degli artt. 13 e 705 cod. proc. pen. in relazione all'art. 184 TUF nonché mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza del requisito della doppia incriminazione ed alla qualificazione giuridica dei fatti. La difesa contesta la prospettazione della sentenza impugnata secondo la quale i fatti posti a base della richiesta di estradizione possono essere ricondotti nella fattispecie di *insider trading*, punita dall'art. 184 TUF, come modificato per effetto della legge di riforma della materia risalente all'anno 2005, ovvero il delitto di abuso di informazioni privilegiate potendo le condotte ascritte al ricorrente essere sussunte in quelle del cd. *insider secondario* punito con sanzione amministrativa.

Ulteriore violazione di legge si ravvisa ove la condotta del Feingold volesse ricondursi a quella del *criminal insider*, di cui al comma 2 dell'art. 184 TUF che si riferisce solo a quelle ipotesi in cui l'attività delittuosa è "ex se" idonea a determinare l'alterazione delle quotazioni finanziarie, così che essa stessa e le sue conseguenze divengono l'informazione privilegiata.

A tale caratteristica non risponde la contestazione dei reati associativi che non sono di per sé idonei a determinare alcuna alterazione dei mercati finanziari e non costituiscono informazione privilegiata e strumentale alle condotte speculative di insider trading.

Fallace, infine, la lettura dei precedenti giurisprudenziali richiamati nella sentenza impugnata al pari del richiamo alla direttiva UE MAD2, la quale porterebbe a superare la distinzione tra *insider* primario e *insider* secondario e che, come precisa la stessa sentenza impugnata, non è stata recepita in tal senso nell'ordinamento italiano.

Premesso, poi, che le condotte fraudolente contestate non corrispondono al delitto di truffa dell'ordinamento italiano (non essendo individuabile un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da persone offese in conseguenza di artifici e raggiri), l'estradizione non può essere concessa neppure per i reati associativi dal momento che gli illeciti scopo non sono punibili con sanzioni penali; nè per la fattispecie associativa che rinvia al riciclaggio e che nel sistema

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

italiano, ai fini della configurabilità del reato di autoriciclaggio, presuppone, comunque, la provenienza da delitto non colposo

2.2. vizio di violazione di legge, in relazione all'art. 705 cod. proc. pen. e art. X della Convenzione Italia USA e vizio di motivazione. La sentenza impugnata ha valorizzato, al fine di ritenere integrata la conoscenza dei gravi indizi di colpevolezza, la *summary*, ovvero la relazione che si accompagna alla richiesta di estradizione, e l'atto di accusa richiamando, quale *mezzo di prova*, l' *affidavit* sottoscritto dall'agente speciale Daniel M. Tracer e lo stesso atto di accusa che, tuttavia, non consentono di verificare la sussistenza di una *base ragionevole* per ritenere che l'estradando abbia commesso i reati per i quali si procede ad estradizione. La relazione e così l'atto di accusa riportano una ricostruzione disancorata da qualsiasi evidenza probatoria che viene evocata in maniera estremamente generica, essendosi riservata l'accusa la produzione delle prove fisiche al processo, e da pari genericità è contrassegnato la dichiarazione giurata dell'agente federale. A supporto delle accuse non vengono forniti elementi di prova in merito al contributo del ricorrente, ai dettagli dell'accordo illecito, alle modalità di trasmissione delle informazioni ed ai tempi e accordi sottostanti. I fatti specifici, invece, evidenziano la esistenza di accordi con Demane, che era già in possesso delle informazioni privilegiate, con riferimento ad operazioni eseguite attraverso due società di comodo, costituite nelle Isole Vergini, ma tale ricostruzione è smentita dalla stessa circostanza, evincibile dalla descrizione contenuta nell'*affidavit*, che le società del ricorrente erano costituite fin dall'anno 2011 e, dunque, non erano società di comodo costituite per programmare ed eseguire le operazioni illecite contestate. Nella memoria difensiva erano state, inoltre, analizzate le operazioni economiche – che suppostamene avevano generato utili milionari per il Feingold- ma tale analisi è stata del tutto ignorata nella sentenza impugnata;

2.3. erronea applicazione della legge penale in relazione alla violazione del principio fondamentale del *ne bis in idem* e del principio di proporzionalità della pena. La difesa ha dimostrato che Toner Feingold è raggiunto, negli Stati Uniti d'America, da un procedimento amministrativo dinanzi alla SEC, un organo equiparabile alla CONSOB. La Corte di merito ha disatteso il contenuto delle numerose pronunce prodotte dalla difesa con la finalità non già di evocarne l'applicazione alla vicenda in esame ma perché rilevanti ai fini della corretta esegesi della normativa italiana in tema di divieto di *bis in idem* dal momento che certamente l'estradando si troverebbe esposto, negli USA, oltre che al procedimento penale a quello amministrativo, quindi ad una pena sproporzionata anche solo limitata alla sanzione pecuniaria prevista per la sanzione amministrativa (sino a quattro volte il profitto ricavato, oltre all'interdizione dall'attività di compravendita dei titoli) sanzioni che si sommerebbero a quelle che potrebbero essere inflitte in sede penale.

CONSIDERATO IN DIRITO

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

1. Ritiene il Collegio che sia fondato il primo motivo di ricorso, in relazione alla sussistenza del requisito della doppia incriminabilità e, pertanto, la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio con conseguente immediata liberazione di Tomer Feingold, se non detenuto per altro titolo.

Come noto, i principi che regolano l'estradizione verso gli Stati Uniti d'America, contenuti nel Trattato bilaterale di estradizione tra il Governo degli Stati Uniti d'America e il Governo della Repubblica italiana (firmato a Roma il 13 ottobre 1983 e ratificato con legge 26 maggio 1984, n. 225) oltre che nel codice di rito, prevedono, secondo l'art. II, par. 2, del Trattato che un reato, comunque denominato, dà luogo ad estradizione solamente se è punibile secondo le leggi di entrambe le Parti Contraenti con una pena restrittiva della libertà per un periodo superiore a un anno o con una pena più severa. Ulteriori precisazioni riguardano sia la fattispecie del tentativo di commettere un reato e quella del concorso di persone nel reato e consentono, altresì, la estradizione in relazione ad ogni forma di associazione per commettere reati di cui al paragrafo 1 dell'articolo II così come previsto dalle leggi Italiane, nonché alla fattispecie di *conspiracy* per commettere un reato di cui al paragrafo 1 dell'articolo II. In tal caso, il Trattato, secondo la pacifica interpretazione datane da questa Corte, consente l'estradizione per i reati associativi previsti dalle rispettive legislazioni nazionali (associazione per delinquere nell'ordinamento italiano e *conspiracy* in quello statunitense) indipendentemente dal requisito della previsione bilaterale del fatto, purché tale ultima condizione sia soddisfatta per i reati che costituiscono il fine dell'associazione criminosa (Sez. 6, n. 5760 del 04/02/2011, Anokhin, Rv. 249454)

2. Tomer Feingold è raggiunto da mandato di arresto internazionale spiccato dal Procuratore di New York per quindici capi di imputazione che sono contenuti nell'atto di rinvio a giudizio sostitutivo emesso in data 26 febbraio 2020 dal Grand Giurì Federale. In allegato alla richiesta di estradizione sono pervenuti all'autorità giudiziaria italiana i capi di imputazione, la dichiarazione giurata (*affidavit*) resa dall'agente speciale dell'FBI Robert Hupcher sull'origine dell'indagine, sulle varie fasi dell'inchiesta e sulle prove che hanno condotto all'individuazione di Feingold come responsabile dei reati a lui contestati.

Dall'analisi svolta nella sentenza impugnata in merito alle contestazioni ascritte al ricorrente si rileva che le indagini, originate dalla denuncia della SEC di operazioni sospette, hanno consentito di accertare che esisteva una rete internazionale, molto estesa, di associati a delinquere, alcuni dei quali operavano all'interno di banche d'investimento e che per tale ragione avevano accesso ad informazioni riservate concernenti le società quotate in borsa che si erano rivolte a tali banche per consulenze. Costoro, anziché mantenere il riserbo sulle informazioni, le offrivano in vendita ad altri complici che, a loro volta, ne facevano uso direttamente a proprio vantaggio, negoziando essi medesimi i titoli, ovvero, al fine di non esporsi troppo, condividevano dette informazioni con altri intermediari che le trasmettevano ai negoziatori finali dei titoli, in cambio di compenso a percentuale.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Le dichiarazioni che hanno consentito la ricostruzione del traffico sono pervenute da John Dodeland che aveva ottenuto informazioni privilegiate (tra gli altri) da una coppia di suoi conoscenti e, in particolare, da Darina Windsor che lavorava presso la Banca di investimento Centerwiew Partners. John Dodeland aveva fornito tali notizie a Marc Demane Debith che, avviata la collaborazione con gli inquirenti statunitensi, confemrava la ricostruzione del Dodelnad e riferiva di avere avuto anche altri canali informativi tra i quali Gorios Nikas, amico del figlio di un consigliere di amministrazione della Ariad Pharmaceuticals e da tale Cohen Bryan, dipendente della Goldman Sachs, che, sempre attraverso la mediazione di Gorios Nikas, parimenti, aveva fornito notizie riservate.

Mark Demane Debith ha fornito dichiarazioni in merito ai rapporti con Tomer Feingold e può affermarsi che tali dichiarazioni, riscontrate dalle analisi documentali, costituiscono la vera chiave di accusa nei confronti dell'odierno ricorrente che Debith aveva conosciuto in Svizzera avviando con questi e con il socio Dov Malnik una proficua collaborazione poiché i due avevano accettato di condividere le sue informazioni e che, effettivamente, avevano compiuto operazioni speculative *on line* anche per suo conto, sia direttamente che attraverso le società Bravo Investments e Kuray Investments. Tali operazioni avevano riguardato sia i titoli della società Ariad Pharmaceuticals - operazioni queste collocabili ai mesi di novembre e dicembre 2013, grazie a notizie riservate che Demane aveva avuto da Lavidas Telemaque, attraverso Gorios Nikas, e, successivamente, nei mesi di febbraio e marzo 2015 azioni della società Pharmacyclis, secondo le notizie che il Debith aveva appreso, attraverso la Windsor. Marc Demane Debith ha riferito che nel corso dell'incontro con Feingold – per quel che qui rileva – gli aveva detto di essere in possesso di informazioni privilegiate che gli erano pervenute da varie fonti e che era disposto a condividerle con Feingold.

Tali condotte integrano, secondo la legge federale statunitense, due reati ovvero lo "scheme to defraud " e la frode elettronica.

Secondo la ricostruzione sviluppata nella sentenza impugnata, la *frode in titoli* è stata realizzata mediante operazioni di trasferimento di titoli eseguite nel momento più favorevole in base alle informazioni privilegiate che erano sta ottenute, in violazione di un obbligo di fiducia e di altri doveri, notizie che erano state fornite direttamente o indirettamente a Feingold in cambio di contanti e altri benefici (si tratta delle operazioni indicate nei capi di accusa dal 3) al 9).

Le condotte di *frode in operazioni pubbliche di acquisto* (di cui ai capi dal 10) al 12) sono contestate in relazione alle correlative operazioni finanziarie poste in essere dall'estradando che, essendo in possesso di informazioni materiali, relative alle offerte, e che sapeva pervenire direttamente o indirettamente dall'emittente, attraverso diverse entità off-shore eseguiva proficue transazioni di titoli nel momento più favorevole.

Al capo 13) è contestata al Feingold la *frode elettronica* cioè il concorso nella truffa alle società (come ad esempio la Banca di investimento Centerwiew Partners) attraverso la sottrazione di informazioni riservate e preziose e convertendole a proprio uso e a favore di altri, in violazione dell'obbligo di fiducia e di altri.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Al capo 14) è contestata *la frode in titoli* poiché l'estradando aveva eseguito proficue transazioni finanziarie di titoli nel momento più favorevole in base a informazioni materiali privilegiate in danno delle società Ariad, Interimune, Avnir Hyperion, Pharmacyclis, Omnica e Receptor.

Tomer Feingold, inoltre, è accusato di *tre reati associativi*: al capo 1), l'associazione volta a commettere frode di titoli e frode connessa ad un'operazione pubblica di acquisto; al capo 2), l'associazione a delinquere volta a commettere frode elettronica e frode in titoli; e, al capo 15), l'associazione a delinquere volta a riciclaggio di denaro a fini di occultamento. Infatti, per poter pagare Marc Demane Debith, dopo che per un periodo egli e il socio avevano eseguito pagamenti in contanti e poi tramite bonifici, era stato costretto a servirsi, a seguito dei rilievi delle banche svizzere utilizzate per i pagamenti, di false fatture di consulenza, in realtà mai effettuate da Marc Demane Debith, a favore delle loro società così facendo figurare pagamenti di corrispettivi per operazioni inesistenti.

3.Il tema posto dal presente ricorso consiste non nella difficoltà di individuare le condotte di acquisto in capo all'estradando - che possono desumersi con sufficiente precisione dai capi di imputazione statunitensi - ma in quella della qualificazione giuridica della condotta poiché nel nostro sistema sono diversamente punite, con sanzione penale, la condotta dell'*insider primario*, ovvero il soggetto interno alla società che pone in essere le condotte materiali, in forza delle informazioni privilegiate di cui dispone avendole apprese a cagione del ruolo rivestito nella società emittente o, comunque, della qualifica professionale rivestita, e la condotta – in ipotesi materialmente la stessa - riferibile all'*insider secondario* ovvero al soggetto – privo delle qualifiche soggettive - che, avendo ricevuto le notizie, le utilizza per compiere le operazioni, condotta che, nel nostro sistema penale, è punita con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-*bis*, comma 4, TUF.

La Corte di appello di Roma, ha ritenuto che i fatti ascritti a Tomer Feingold, nella loro articolata e descritta componente materiale, sono sussumibili nel reato di cui all'art. 184 TFU (abuso di informazioni privilegiate cd. *insider trading*), come modificato per effetto dell'art. 9 della legge 18 aprile 2005 n. 62, o, in subordine, nella fattispecie, del cd. *criminal insider* di cui all'art. 184, comma 2, TUF e non, come sostenuto dalla difesa, al più, nella fattispecie, punita dall'art. 187-*bis*, comma 4, TUF con sanzione amministrativa: la natura amministrativa dell'illecito non consente, secondo i richiamati principi del Trattato, l'estradizione né con riguardo agli illeciti cd. fine né con riguardo ai reati associativi ed a quelli di *conspiracy* che presuppongono la natura penale dell'illecito a monte.

La sentenza impugnata, ai fini della qualificazione, ha richiamato un precedente di questa Corte (Sez. 6, Sentenza n. 15199 del 16/03/2006, Labella, Rv. 234508) a tenore del quale si deve ritenere che l'elemento differenziale tra la fattispecie penale e quella amministrativa risiede nel fatto che quest'ultima realizza una *tutela anticipata* apprestando copertura sanzionatoria a condotte che, pur non avendo alterato i mercati, sono, tuttavia, in astratto idonee a creare

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

quantomeno un disturbo nell'andamento del mercato. Osserva la Corte di appello che l'art. 187-*bis, comma 4,* TUF – come da ultimo modificato dal d.lgs. n. 107 del 2018 - inserisce una clausola di riserva *(salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato...)* punendo, con sanzione amministrativa, chiunque viola il divieto di abuso di informazioni privilegiate e di comunicazione illecita di informazioni privilegiate di cui all'art. 14 del Regolamento UE n. 596 del 2014..... Il precedente di questa Corte ha, dunque, individuato il criterio discretivo della sussistenza della fattispecie penale, in luogo di quella amministrativa, nel dato qualitativo e, soprattutto, nella concreta idoneità della condotta all'alterazione del normale andamento di mercato. Peraltro, in favore della prevalenza della fattispecie penale su quella amministrativa, nel presente caso, militano ulteriori osservazioni ovvero, da un lato, la punibilità, ai sensi dell'art. 184, comma 2, TUF delle condotte delittuose indicate dall'art. 184, comma 1, commesse da chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose, dall'altro l' elevata intensità del dolo del Feingold che, concorreva con Marc Demane Debith anche nel reato associativo, servendosi delle società di comodo create dall'odierno estradando per effettuare le operazioni richiestegli dall'informatore. Conclusivamente, osserva la Corte di merito, la previsione di cui all'art. 184, comma 2, TUF non è riferibile esclusivamente a coloro che ottengono informazioni privilegiate su società quotate in borsa grazie ad attività di tipo organizzato di matrice terroristica e, quindi, la condotta dell'imputato rientra pienamente nella fattispecie incriminatrice non potendo discutersi che egli sia entrato in possesso delle informazioni privilegiate "all'interno di un'attività criminale" a lui ben nota come tale viste le cautele impiegate per non essere scoperto.

La difesa, pur condividendo sul piano dell'analisi della norma di cui all'art. 184 TUF la qualificazione giuridica di reato di pericolo e di mera condotta della fattispecie incriminatrice, ha contestato la riconducibilità dei fatti ascritti al ricorrente a detta fattispecie osservando che le condotte accertate devono essere, invece, inquadrate nella fattispecie di cui all'art. 187-bis, comma 4, TUF.

4. Premesso che sono assorbiti il secondo e terzo motivo di ricorso, il Collegio ritiene che sono manifestamente infondati i rilievi della difesa che sulla ricostruzione in fatto che investono la conoscenza, da parte dell'estradando, della natura privilegiata delle informazioni ricevute e della loro provenienza.

A questo riguardo la ricostruzione e la motivazione della sentenza impugnata non si prestano a censure di illogicità della motivazione e di incompletezza della ricostruzione in fatto, per quanto in questa sede rileva, sulla scorta del compendio documentale, neppure al confronto con la contestazione che gli viene formalmente elevata, negli Stati Uniti d'America, dal SEC che, secondo l'allegazione difensiva, al Feingold contesta una condotta negligente e non la consapevolezza della natura privilegiata delle informazioni ricevute in violazione del dovere di riservatezza.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

E' sufficiente, a riguardo, rilevare che il ricorrente è chiamato in causa direttamente dal Marc Debit Demane il quale gli aveva riferito di essere in possesso di informazioni privilegiate – che gli erano pervenute da varie fonti- e che era disposto a condividerle con Feingold (ed il suo socio) se costoro avessero acquistato e venduto azioni nel suo interesse trasferendogli i correlativi profitti. Il dichiarante ha precisato che quando si era reso necessario retribuire le sue fonti egli aveva chiesto al Feingold di girargli i proventi monetari delle operazioni compiute per suo conto. E' stato, inoltre accertato che Feingold aveva coinvolto nelle operazioni di triangolazione anche le sue società ricorrendo a fatture per operazioni inesistenti per giustificare i flussi di denaro verso Marc Deman Debith: non è, dunque, seriamente tacciabile di illogicità la sentenza impugnata nella parte in cui perviene alla conclusione che Tomer Feingold fosse consapevole della natura privilegiata della informazioni ricevute da Marc Demon Debith, notizie che erano sufficientemente precise onde consentirgli di intraprendere le operazioni economiche (che si sono poi concluse con successo economico) tanto è vero che egli provvedeva, poi, a richiesta di Marc Demon Debith a rimborsargli i costi che questi aveva sostenuto con i suoi informatori: si tratta, inoltre, di condotte seriamente evocative di una condotta illecita commessa in concorso con Marc Demon Debith perché si risolve in un contributo prestato in vista della realizzazione degli investimenti in titoli e azioni e nella ripartizione dei profitti che ne erano derivati con Marc Demane Debith..

Coglie, però, nel segno la ricostruzione difensiva nella parte in cui evidenzia, con precisi riferimenti all'atto di accusa, che a Feingold non sono ascrivibili contatti diretti con gli *insider* perché questi riceveva informazioni privilegiate da un soggetto che, a sua volta, le aveva ottenute "indirettamente da *insider* in società quotate in borsa e banche di investimento che offrivano servizi di consulenza alle società e che avevano l'obbligo di mantenere il segreto" ovvero da Marck Demane Debith che, a propria volta, aveva ricevuto le informazioni da altri soggetti che fungevano da mediatori con le persone che detenevano la carica o svolgevano una funzione che consentiva loro l'accesso alle informazioni privilegiate (John Dodelane e Gorios Nikas).

5. Venendo, così, alla qualificazione giuridica del fatto sono erronee le conclusioni alle quali la Corte di merito è pervenuta in merito alla sussumibilità della condotta illecita ascritta a Tomer Feingold nel delitto di cui all'art. 184 TUF – nella vigente versione, anche all'esito delle modifiche apportate dal d. lgs. 107 del 10 agosto 2018 che ha dato attuazione alla direttiva 2014/57/UE cd. MAD 2 in tema di *market abuse*, per quel che qui rileva- che incrimina varie condotte di abuso di informazioni privilegiate e, precisamente, al comma 1, lett. a) l'acquisto, la vendita o altre operazioni, su strumenti finanziari (*insider trading*) e, al comma 1, lett. b) la comunicazione di tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione della funzione o dell'ufficio (*tipping*). L'art. 184, comma 1, lett. c), sanziona, infine, chi raccomanda o induce altri, sulla base delle informazioni privilegiate, al compimento delle operazioni indicate nella lett. a).

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Al di là della formulazione letterale (*chiunque*) l'incriminazione delle condotte presuppone una "precisa qualità soggettiva" dell'agente che non è limitata allo specifico ruolo rivestito nell'ambito della società emittente (membro di organi di amministrazione, direzione, controllo , della partecipazione al capitale) dal momento che la norma *generalizza* il riferimento al possesso delle informazioni privilegiate in ragione dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione, o di una funzione, anche pubblica o di un ufficio che metta l'agente in condizione di venire a conoscenza delle informazioni riservate. Si tratta, secondo i canoni interpretativi della struttura della fattispecie incriminatrice, di un *reato proprio* in cui l'agente è selezionato in funzione di coloro che, "in ragione" delle specifico ruolo, possono acquisire e detenere informazioni privilegiate.

In sostanza l'*insider* è un soggetto che, per il ruolo ricoperto e le funzioni che svolge, è a conoscenza di informazioni privilegiate (l'art. 181 TUF descrive i connotati di precisione e riservatezza delle notizie perché specifiche ovvero attinenti ad un fatto avvenuto o destinato ad avvenire tanto da permettere di trarre conclusioni sul possibile evento pronosticato sui prezzi; *riservate,* ovvero non a disposizione del pubblico ma tali, se diffuse, da essere idonee a influenzare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari cui si riferiscono), informazioni privilegiate che l'agente utilizza nella compravendita o altre operazioni sugli strumenti finanziari, così ottenendo un profitto. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che in tema di abuso di informazioni privilegiate, il possesso dell'informazione è un presupposto della condotta, con riferimento al quale l'agente deve essere consapevole della sua connotazione privilegiata e della sua potenzialità modificativa, in termini sensibili, del prezzo dello strumento finanziario (Sez. 5, Sentenza n. 8588 del 20/01/2010, Banca Profilo, Rv. 246243).

L'art. 184, comma 1, lett. b), TUF sanziona la comunicazione delle informazioni privilegiate ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione della funzione o dell'ufficio, con una previsione strutturalmente diversa dalla precedente disposizione che incriminava qualunque comunicazione a terzi di informazioni privilegiate, salvo quelle effettuate per giustificato motivo. Si è osservato che la norma identifica l'area del fatto tipico nel senso che la comunicazione di notizie riservate non è raggiunta da un generale divieto, ma solo *al di fuori del normale esercizio*. Solo in parte, poi, la formula ricalca, con riferimento alle fonti di provenienza della informazione privilegiata generatrice delle inibizioni operative quella di cui al comma 1 dell'art. 184 TUF con la conseguenza che si è ritenuto integrare il fatto tipico, sul piano oggettivo, solo le comunicazioni che "fluiscano" verso soggetti esterni all'ambito lavorativo impegnato.

Sul piano della formulazione della fattispecie incriminatrice siamo in presenza di fattispecie tassative che indicano gli elementi costitutivi del fatto tipico incriminato sia con riferimento alla condotta (acquista, vende, o compie altre operazioni; comunica...) che ai requisiti del soggetto attivo del reato, ovvero ad un reato cd. proprio attesa la necessità che l'autore del comportamento vietato appartenga alla categoria dei soggetti sopra menzionati.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Il reato è strutturato come reato di pericolo e di mera condotta e si riferisce al soggetto che compie speculazioni essendo entrato in possesso immediatamente e direttamente delle informazioni privilegiate in ragione del proprio ruolo, funzione o ufficio.

Per completezza occorre fin d'ora evidenziare che in termini diversi, ai fini della individuazione del soggetto attivo del reato, si esprime l'art. 8 del Regolamento UE n. 596 del 2014 (cd. M.A.R.) richiamato nella sentenza impugnata con una definizione che, tuttavia, non è stata tal quale recepita nell'ordinamento, e che, dopo avere enucleato le condotte incriminabili, ne prevede l'applicazione "*a qualsiasi persona che possieda informazioni privilegiate per circostanze diverse da quelle di cui al primo comma dell'art. 4 (ovvero delle classiche forme di provenienza: partecipazione ad organi amministrativi, di direzione o controllo, partecipazione al capitale, attività lavorativa in senso ampio), quando detta persona sa o dovrebbe sapere che si tratta di informazioni privilegiate*", espressione, questa che delinea la figura del cd. *insider* secondario.

L'art. 187-*bis*, comma 4, TUF, nella versione introdotta per effetto dell'art. 4, comma 9, del d.lgs 107 del 10 agosto 2018, ha ridefinito le condotte costitutive dell'illecito amministrativo di abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate previste dall'originario art. 187-bis comma 4 riferibili al *cd. insider* secondario. La norma (intitolata *abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate*) prevede che "*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da venticinquemila euro a cinque milioni di euro chiunque viola il divieto di abuso di informazioni privilegiate e di comunicazione illecita di informazioni privilegiate di cui all'art. 14 del Regolamento n. 596/2014*". Questo vieta di: a) abusare o tentare di abusare di informazioni privilegiate; b) raccomandare ad altri di abusare di informazioni privilegiate o indurre altri ad abusare di informazioni privilegiate; c) comunicare in modo illecito informazioni privilegiate.

Le condotte sono individuate, quindi, nelle condotte materiali di *trading* - ovvero le operazioni di acquisto, vendita, compimento di altre operazioni – o di comunicazione (*tipping*) o raccomandazione e induzione (*tuyautage*) compiute mediante abuso delle informazioni privilegiate da parte dei soggetti che abbiano il possesso della notizia ma per ragioni diverse dalla speciale situazione nella quale si trova l'*insider* primario che ne è venuto in possesso "in ragione" del ruolo o carica rivestita e che, per questo, è soggetto ad una sanzione penale in ragione della gravità della condotta. L'art. 2, comma 4, legge n. 157 del 1991 e l'art. 180, comma 2, TUF (ante riforma) apprestavano divieti operativi anche per il cd. *insider* secondario la inosservanza dei quali era assoggettata a sanzione penale. Tali divieti, avuto riguardo alla descritta struttura della fattispecie penale di cui all'art. 184 TUF non trovano, però, corrispondenza nelle attuali previsioni recate dalla norma incriminatrice e sono, invece, presidiate dall'apposita figura di illecito amministrativo di cui all'art. 187-*bis*, comma 4, TUF che inibisce le condotte vietate dal comma 1 dell'art. 187-*bis* che sono, a loro volta, identiche a quelle indicate dal comma 1 dell'art. 184 TUF.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Le condotte dell'*insider* secondario ed il loro presupposto sono ben analizzate nella giurisprudenza civile di questa Corte (cfr. Sez. 2, 04/12/2013, n. 27225) secondo la quale la previsione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis comma 4 TUF dà esclusivo rilievo al fatto che l'agente fosse "in possesso di informazioni privilegiate", e facesse perciò uso delle stesse - conoscendo o potendone conoscere, in base ad ordinaria diligenza, il carattere privilegiato - per compiere taluna delle azioni descritte nel primo comma, senza postulare l'acquisizione dolosa della notizia privilegiata. Consegue che, ai fini della configurabilità dell'illecito di *insider trading* secondario, non assumono alcuna decisività le modalità attraverso cui l'informazione privilegiata sia stata acquisita *dall'accipiens,* né occorre provare la consapevole comunicazione dell'informazione da chi originariamente l'abbia detenuta (cfr. anche (Sez. 5, Sentenza n. 8588 del 20/01/2010, Capotosti, Rv. 246242). La sanzione amministrativa stabilita per la condotta di *trading* del cosiddetto *insider* secondario è incentrata, piuttosto, sulla conoscenza (o, meglio, conoscibilità) della natura privilegiata dell'informazione stessa in possesso dell'agente.

La conclusione che si deve trarre dall' esame fin qui compiuto è quella che il sistema positivo delinea due distinte tipologie di illecito descritte a centri concentrici e, quindi tra loro concorrenti: l'illecito penale, oggetto della previsione di cui all'art. 184 TUF – in presenza di requisiti soggettivi e della condotta materiale ivi descritta - e un illecito amministrativo che copre, anche, condotte distinte sul piano oggettivo. Tale coincidenza non indica sovrapponibilità materiale ma solo la doppia punibilità, sul piano penale e della sanzione amministrativa, delle condotte dell'*insider* primario.

5.1.Deve escludersi che Tomer Feingold, secondo la compiuta ricostruzione in fatto, possieda i requisiti soggettivi che consentono di ritenerlo destinatario – nell'ordinamento giuridico italiano – dei divieti recati dall'art. 184, comma 1, TUF, requisiti soggettivi che costituiscono imprescindibile condizione ai fini dell'applicazione della sanzione penale e deve altresì escludersi che tali requisiti possieda il suo diretto referente, Marc Demane Debith, con il quale Tomer Feingold ha concorso.

5.2.Non trascura il Collegio che la descritta dicotomia insider primario/insider secondario non esaurisce il novero delle figure soggettive rilevanti ai fini dell'applicazione delle norme: la generale funzione incriminatrice dell'art. 110 cod. pen. consente, infatti di arricchire la piattaforma dei soggetti punibili ai sensi dell'art. 184 TUF estendendolo a coloro che abbiano concorso nel reato offrendo un contributo morale o materiale alla commissione del reato, diverso dalla utilizzazione della notizia ricevuta.

La documentazione pervenuta non consente, tuttavia, di individuare tale contributo, ma neppure di ricostruire – sia pure nell'ambito di una ragionevole base fattuale necessaria ai fini della decisione sulla richiesta di estradizione – un rapporto, con i connotati del concorso di persone nel reato, tra Marc Demane Debith e gli informatori primari. Era, infatti, secondo la ricostruzione dell'agente speciale Hupcher, John Dodelande la persona che intratteneva i rapporti con i dipendenti e consulenti infedeli interni – in particolare Darina Windsor, dipendente della

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

banca di investimenti Centerwiew Partners. Marc Demane Debith – ritenuto informatore attendibile - ha confermato di avere ricevuto le notizie dal Dodelande ovvero – con riferimento alle notizie relative alla Ariad Pharmaceuticals- da Nikas Gorios, amico del figlio di un membro del consiglio di amministrazione della società e, sempre attraverso Nikas Gorios, da un dipendente della società Goldman Sacks.

In tale contesto appare davvero difficile configurare un previo concerto ovvero un'attività di istigazione in capo a Marc Demane Debith rispetto all'*insider* primario e ricondurre il pagamento delle tangenti in favore dell'*insider* primario ad un contributo rilevante dell'odierno ricorrente che a Marc Demane Debith "girava" il corrispettivo delle operazioni svolte per suo conto.

La sentenza impugnata risolve il problema richiamando i connotati delle operazioni in materia di sostanze stupefacenti e l'esempio del grossista di sostanze stupefacenti che risponde del reato associativo anche se non conosce l'identità dell'importatore ma trascurando che la configurabilità del reato si pone, nell'esempio riportato, con riferimento al soggetto a valle delle operazioni e non certo, come nel caso in esame, con riferimento al soggetto a monte che forniva a Marc Demane Debith le informazioni riservate necessarie.

5.3. Il richiamo della sentenza impugnata ai precedenti di questa Corte per avallare la propria ricostruzione sulla portata della norma incriminatrice di cui all'art. 184 TUF non è pertinente.

Con riferimento alla sentenza Labella (Sez. 6, Sentenza n. 15199 cit.) erroneo è il presupposto che regge l'analisi della Corte distrettuale. La sentenza affrontava una questione del tutto diversa, ovvero quella del rapporto tra l'art. 185 TUF e l'art. 187-*ter* TUF, questione diversa perché l'art. 185 TUF non prevede un reato cd. proprio, figura alla quale la dottrina, ma anche la giurisprudenza, ha ricondotto, come si è detto, la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 184 TUF e, dunque, la questione della perfetta sovrapponibilità tra l'incriminazione penale e la configurabilità dell'illecito amministrativo nelle condotte che questa Corte aveva esaminato, situazione che, per dirla in chiaro, potrebbe verificarsi nel caso in esame ma solo nell'ipotesi in cui fosse ravvisabile, ma così non è, in capo al Feingold il ruolo di *insider primario*.

Né sono pertinenti i riferimenti alle sentenze Capotosti (Sez. 5, Sentenza n. 8588 del 20/01/2010, Rv. 246242) e Consorte (Sez. 5, Sentenza n. 7769 del 21/01/2009, Rv. 242967) che affrontavano la questione della ricostruzione materiale della condotta sul presupposto, in capo agli imputati, delle descritte qualifiche soggettive di cui all'art. 184 TUF . Come osservato nel ricorso, al di fuori del possesso della qualifica soggettiva - ed a meno di poter configurare il concorso di persone nel reato di cui all'art. 184 TUF – la fattispecie di *insider trading* non è estensibile ai soggetti che non siano in possesso dei requisiti soggettivi operandosi, in tal caso, una non consentita interpretazione estensiva del precetto penale.

La lettura proposta dalla Corte di appello è ben diversa da quella sviluppata in una recente sentenza di questa Corte (Sez. 5, Sentenza n. 39999 del 15/04/2019, Respigo, Rv. 276963) nella quale il ruolo dell'agente – ai fini della ricostruzione della sua posizione soggettiva, quale soggetto tenuto al divieto di operazioni – è stata ricostruita sulla scorta dell'attività lavorativa

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

svolta presso la società infiltrata e che, per tale ragione, disponeva di un accesso facilitato agli elementi informativi attinenti agli incarichi conferiti e, dunque, in ragione del suo ruolo primario interno e della sua peculiare attività che gli avevano consentito di carpire subdolamente ed in modo occulto l'informazione privilegiata.

6.Restano da esaminare due aspetti ulteriori.

6.1. La Corte di appello ha, infatti, ritenuto che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 184 TUF sia estensibile al ricorrente in quanto, l'art. 184, comma 2, TUF punisce con la stessa pena di cui al comma 1 *"chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1"*. Non v'è dubbio, prosegue la Corte, che Tomer Feingold venne a conoscenza delle informazioni privilegiate perché, anziché studiare attentamente i mercati, come avrebbe dovuto fare, atteso l'oggetto sociale dell'impresa gestita in Svizzera con il socio Malnik, preferiva pagare un informatore, ben sapendo che si trattava di informazioni non pubbliche, non avendo, altrimenti, motivo alcuno di versare i compensi.

La lettura della norma si appalesa erronea.

A prescindere dalle considerazioni sulla *ratio* della sua introduzione (la norma è stata ispirata e introdotta a livello comunitario in ragione della conoscenza anticipata degli attentati terroristici da parte degli attentatori e della loro incidenza sull'andamento del mercato), il tenore letterale della norma - che estende i divieti di cui al comma 1- presuppone che l'agente sia in possesso delle notizie privilegiate *a motivo* della preparazione o esecuzione di attività delittuose diverse dal possesso delle informazioni stesse, ovvero in quanto "produce" l'informazione privilegiata sicché, fermo il canone che non si può essere *insider* di se stessi, senza tale incriminazione l'eventuale compimento di operazioni su strumenti finanziari da parte del terrorista medesimo, utilizzando quella notizia, sarebbe rimasto fuori dallo spettro della norma incriminatrice di cui all'art. 184, comma 1, TUF. L'esempio ricorrente, nella dottrina che si è occupata del tema, è quello del soggetto che si appresti ad esempio al compimento (o alla preparazione) di un reato di manipolazione del mercato o di una falsa comunicazione sociale e che versa senz'altro nella situazione di cui all'art. 184, comma 2, TUF – pacifico essendo che sta preparando o ha eseguito un'attività delittuosa- e che ben può, utilizzando la notizia privilegiata (consistente nella sua conoscenza della non rispondenza al vero della notizia comunicata al mercato), decidere di compiere operazioni avvantaggiandosi della posizione di privilegio informativo che deriva dalla conoscenza dello scarto tra situazione effettiva e situazione comunicata. Ma si tratta, a tutta evidenza, di una situazione ben diversa da quella dell'insider primario che si induca, forte della conoscenza privilegiata, al compimento delle operazioni vietate.

6.2.La natura amministrativa dell'illecito ascrivibile – nei limiti che la presente decisione involge- all'estradando osta a ritenere sussistente il requisito della doppia punibilità riferito alle singole condotte ma anche ai reati associativi ed a quello di *conspiracy*: come anticipato il Trattato di estradizione ha inteso fare riferimento ai reati fine delle ipotesi associative per

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

verificare se l'attività delle associazioni possa configurare un reato nei diversi ordinamenti del Paese richiedente e del Paese richiesto dell'estradizione con la conseguenza che la irrilevanza penale dei fatti oggetto della richiesta di estradizione a titolo dei reati fine comporta la irrilevanza delle pretese ipotesi associative.

La non rilevanza penale dell'illecito presupposto osta anche alla configurabilità nei fatti, nell'ordinamento italiano, del reato di favoreggiamento (art. 378 cod. pen.), che presuppone, a monte, la realizzazione di un fatto costituente reato, ovvero del delitto di autoriciclaggio (art. 648.*ter*.1 cod. pen.) che è punibile solo ove le utilità impiegate provengano da delitto non colposo: ipotesi non configurabili in relazione alle condotte di *insider* ascritte al ricorrente ed al suo diretto dante causa, Marc Demane Debith.

Nei fatti non è ravvisabile altro illecito penale: la struttura del reato di truffa o di quello di frode – che rispetto al primo presuppone un *quid pluris* – non è configurabile nell'ordinamento italiano per la carenza di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere dalle persone indotte in errore in conseguenza degli artifici o raggiri posti in essere.

7. La cancelleria darà esecuzione alla sentenza ai sensi degli artt. artt. 626 cod. proc. pen. e 203 disp. att. cod. proc. pen..

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata non sussistendo i presupposti per l'estradizione richiesta e dispone l'immediata liberazione di Feingold Tomer se non detenuto per altra causa. Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui agli artt. 626 cod. proc. pen. e 203 disp. att. cod. pro. pen..

Cosi deciso il 5 novembre 2020

Corte di Cassazione - copia non ufficiale