

SEZIONE I

RILIEVI PRELIMINARI

SOMMARIO: 1. Delimitazione della materia. – 2. Il dibattito sul bene giuridico offeso dai reati societari: dalle concezioni patrimoniali alle c.d. istituzioni societarie. – 3. L'accentuazione della dimensione patrimoniale dei reati societari alla luce del d. leg. 61/2002. – 4. La tecnica di tipizzazione dei nuovi reati societari. – 5. I soggetti attivi. – 5.1. Le c.d. figure di fatto. – 5.2. La responsabilità dei soggetti controllori per omesso impedimento del reato realizzato dai soggetti controllati. – 5.2.1. La responsabilità dei sindaci. – 5.2.2. La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza. – 6. Il nuovo trattamento sanzionatorio. – 6.1. La mitezza delle sanzioni. – 6.2. La circostanza attenuante dell'offesa di particolare tenuità. – 6.3. La confisca obbligatoria. – 6.4. Le innovazioni che attengono alla "punibilità". – 6.4.1. L'efficacia estintiva delle condotte riparatorie. – 6.4.2. Il potenziamento della procedibilità a querela. – 6.5. La sopravvivenza della pena accessoria prevista dall'art. 32 bis c.p. – 7. La riforma dei reati societari e la disciplina intertemporale. – 8. La (parziale) riforma della riforma: la legge 262/2005 sulla «tutela del risparmio». – 9. Ulteriori indicazioni bibliografiche.

1. *Delimitazione della materia*

La disciplina penale delle società commerciali costituisce, assieme a quella del fallimento, il nucleo intorno al quale si è storicamente sviluppato il diritto penale dell'economia, quale settore del diritto penale speciale. Non a caso i primi corsi universitari di diritto penale c.d. commerciale vertevano essenzialmente, quando non esclusivamente, sulle due branche del diritto penale societario e fallimentare.

Va detto subito, però, che tanto la disciplina penale societaria, quanto quella fallimentare costituiscono i settori del diritto penale dell'economia dove, secondo l'impostazione tradizionale, la tutela penale avrebbe ad oggetto interessi di natura più patrimoniale che economica. Di conseguenza, mentre sotto il profilo del bene giuridico tali settori risulterebbero più vicini al sistema dei delitti contro il patrimonio che a quello dei delitti contro l'economia pubblica, la loro riconduzione al diritto penale economico potrebbe giustificarsi, tutt'al più, dal punto di vista criminologico, nel senso che, se si guarda alla loro fenomenologia, sia i reati societari, sia quelli fal-

limentari, risultano strettamente connessi allo scenario dell'attività di impresa. Ebbene, com'è stato osservato, in tale prospettiva l'economia è oggetto non tanto di tutela penale, quanto di mera disciplina [C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale* (1985), ora in A. ALESSANDRI, *Diritto penale dell'impresa*, p. 103].

Già da questi rilievi si comprende, dunque, l'importanza del dibattito sull'identità del bene giuridico nel diritto penale commerciale; una tematica, questa, che di recente si è ulteriormente vivacizzata a seguito della riforma dei reati societari, operata – in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 – dal D. Leg. 11 aprile 2002, n. 61 e dell'intervento novellistico operato dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262 («Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari»). Sul punto si tornerà più avanti. Al momento, preme concentrare l'attenzione su alcune caratteristiche per così dire estrinseche dei reati societari, quali risultano dal Titolo XI, Libro V, del codice civile, intitolato «Disposizioni penali in materia di società e consorzi». Va osservato in via preliminare che, non diversamente da quanto accadeva nel disegno originario del codice civile, anche a seguito della riforma le fattispecie contemplate nel Titolo XI del Libro V risultano aggregate in base a criteri tra loro eterogenei e comunque inespressivi dei disvalori propri dei singoli illeciti. Invero, il Capo I, intitolato «Delle falsità», se, da un lato, fa leva su una caratteristica della condotta tipica che non riflette in modo compiuto il disvalore delle fattispecie di false comunicazioni ivi raggruppate, dall'altro lato, comprende un illecito amministrativo consistente in condotte di impedito controllo, come tali non riconducibili al *genus* delle falsità. D'altro canto, il Capo II, intitolato «Degli illeciti commessi dagli amministratori», raggruppa solo alcune delle fattispecie che possono essere realizzate da soggetti che hanno detta qualifica. Quanto al Capo III, esso comprende due illeciti amministrativi, la cui nota comune è di consistere entrambi in un'omissione. Il Capo IV, infine, copre un ambito di disciplina residuale e disomogeneo, come conferma la sua intitolazione: «Degli altri illeciti, delle circostanze attenuanti e delle misure di sicurezza patrimoniali».

Ebbene, ai fini di una lettura sistematica delle materie, queste partizioni non sono molto di aiuto, dato che esse, limitandosi a cogliere solo aspetti parziali dei fatti sanzionati, non esprimono la prospettiva di tutela offerta dal nuovo sistema di incriminazioni. Ne consegue che, non diversamente da quanto accadeva sotto la vecchia normativa, anche di fronte al vigente assetto normativo l'interprete rimane libero di prescindere dalle scelte sistematiche effettuate dal legislatore e di optare per lo schema che meglio riflette i reali contenuti della disciplina positiva.

Quanto al raggio operativo dei nuovi illeciti, va osservato che, in costanza della disciplina previgente, un'importanza decisiva veniva svolta dalla rubrica del Capo I, intitolata «Disposizioni generali per le società soggette a registrazione». Stante l'univocità di tale indizio normativo, si riteneva pacificamente che i reati societari ivi previsti si riferissero alla vita delle società soggette all'obbligo della registrazione a norma dell'art. 2195 c.c.; categoria, questa, comprensiva sia degli enti pubblici che hanno ad oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale ai sensi dell'art. 2201 c.c., sia delle cooperative, per le quali l'obbligo della registrazione è espressamente previsto dall'art. 2200 c.c. Per converso, rimanevano escluse dalla disciplina penale in questione le società semplici, che – come noto – non hanno ad oggetto lo svolgimento di attività commerciale (art. 2249.1 c.c.).

Venuto meno il supporto offerto dalla rubrica del Capo I, l'individuazione dell'ambito applicativo dei nuovi illeciti societari può apparire meno agevole; ma ciò solo *prima facie*. Se si guarda infatti alla *ratio* delle sanzioni comminate in materia societaria, che è quella di assicurare i gangli vitali della struttura e dell'organizzazione societaria nell'interesse della società stessa, dei soci e dei creditori, ne esce accreditata la convinzione che, sul punto, poco o nulla sia cambiato rispetto all'assetto previgente [analogamente S. BOLOGNINI, *Le false comunicazioni sociali*, in *I reati di false comunicazioni sociali*, a cura di A. D'AVIRRO, Milano, 2002, p. 38]; nel senso che la società semplice rimane tuttora sottratta all'operatività delle nuove fattispecie, in quanto non svolge attività commerciale. A conferma di questa conclusione depone del resto la stessa intitolazione del D. Leg. 61/2002 («Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali»), il cui valore indiziante non va comunque enfatizzato. Deve tenersi presente infatti che, a seguito del recente intervento riformatore, sono state «trasferite» nel Titolo XI del Libro V c.c. le fattispecie incriminatrici concernenti la revisione contabile in precedenza previste nel T.U. in materia di intermediazione finanziaria, dal cui ambito applicativo – e solo in relazione ad esso – non v'è ragione di escludere la società semplice che svolge attività di revisione contabile ex art. 6.2 del D. Leg. 27 gennaio 1992, n. 88.

Tanto precisato, bisogna guardarsi, però, dal confondere la tendenziale operatività dei nuovi illeciti nei confronti di tutte le società commerciali con l'indistinta estensione ad esse di tutti gli illeciti punitivi oggi previsti nel Titolo XI del Libro V c.c. È chiaro infatti che questi ultimi opereranno solo se compatibili con la struttura delle singole società. Così, per fare un esempio, le fattispecie che incriminano le irregolari operazioni su azioni e

quote non saranno applicabili nei confronti delle società di persone, perché si tratta di società che, per l'appunto, difettano del capitale sociale. Per converso, il reato di false comunicazioni sociali è applicabile a tutte le società, comprese le cooperative, non fosse altro perché anch'esse sono gravate dall'obbligo di redigere il bilancio di esercizio.

Questo sintetico quadro del campo di materia indicato come diritto penale societario sarebbe gravemente lacunoso se non si accennasse all'intervento rappresentato dal già citato T.U. in materia di intermediazione finanziaria, che contiene, tra l'altro, alcune importanti fattispecie incriminatrici le quali, o per il bene giuridico tutelato o per la struttura dei fatti puniti ovvero ancora per i soggetti attivi e la condotta tipica, possono assimilarsi a quelle previste nel codice civile. È anche vero, però, che esse costituiscono un autentico statuto delle società quotate, ragion per cui la loro trattazione nel quadro della disciplina penale del mercato finanziario appare maggiormente indicata. Questa conclusione, già condivisa sotto la vigenza della disciplina codicistica abrogata, vale a maggior ragione a seguito del D. Leg. 61/2002, che ha spostato nel codice civile (art. 2624) le fattispecie incriminatrici di falsità nelle relazioni e nelle comunicazioni delle società di revisione, la cui originaria collocazione nel T.U. in materia di intermediazione finanziaria appariva effettivamente impropria, trattandosi di illeciti concernenti più la vita delle società (quotate), che l'attività di intermediazione finanziaria in sé considerata.

2. Il dibattito sul bene giuridico offeso dai reati societari: dalle concezioni patrimoniali alle c.d. istituzioni societarie

La corretta messa a fuoco dell'oggettività giuridica tutelata dalle fattispecie incriminatrici contenute nel Titolo XI del Libro V c.c. è da tempo oggetto di vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Le impostazioni emerse possono distinguersi in due grandi gruppi, a seconda che ad essere valorizzata sia la dimensione privata o quella superindividuale degli interessi protetti [per un quadro riassuntivo, v. da ultimo V. NAPOLEONI, *Genesi e lineamenti del nuovo diritto penale societario. I profili generali del sistema*, in V. NAPOLEONI, *Commentario romano*, p. 25 s.].

Come si è anticipato, sotto la vigenza dell'originaria disciplina codicistica, non pochi consensi aveva ottenuto la prima impostazione, secondo la quale i reati societari offenderebbero interessi di natura essenzialmente patrimoniale. Ad essa, infatti, si riconosceva il merito di cogliere, con sempli-

cità e immediatezza, un indubbio profilo di verità, posto che dietro ogni reato societario è agevole individuare il coinvolgimento di interessi patrimoniali facenti capo a singole persone fisiche o giuridiche. Nondimeno, è difficile negare che i portatori di tali interessi costituiscano una categoria di soggetti passivi eterogenea e «aperta», ossia caratterizzata da un continuo ricambio dei titolari degli interessi pregiudicati. Ciò induceva i sostenitori di questa impostazione a precisare ulteriormente che i reati societari offenderebbero non soltanto interessi interni alla società, come quelli dei soci, ma anche interessi ad essa esterni, come quelli dei creditori sociali. Non solo: nell'ambito dei soggetti pregiudicati dal reato – si soggiungeva – devono farsi rientrare, assieme ai soci e ai creditori attuali, anche quelli futuri. Ebbene, com'è fin troppo evidente, così opinando si è finito per attenuare sensibilmente la concretezza del bene giuridico e la sua stessa identità concettuale, dato che la categoria dei soci e creditori potenziali è portatrice non di autentici interessi patrimoniali, ma piuttosto di pure aspettative di correttezza gestionale non interamente predeterminabili. Non solo: posto che, di solito, gli interessi patrimoniali dei soci e dei creditori attuali fanno capo a una pluralità di soggetti, ne consegue, specie nelle società quotate, la frequente polverizzazione della titolarità di tali interessi, cui corrisponde il venir meno di una delle principali caratteristiche dei reati autenticamente offensivi di beni giuridici patrimoniali, ossia l'operatività del consenso scriminante, non a caso esclusa dai sostenitori dell'impostazione in esame.

È dunque per ovviare alle insufficienze di questa tesi che, sempre sotto la vigenza della disciplina abrogata dal recente D. Leg. 61/2002, un'altra parte della dottrina ha teorizzato la plurioffensività dei reati societari: questi ultimi – si è osservato – incidono su un fascio di interessi che fanno capo a una pluralità indeterminata di soggetti interni ed esterni alla società, attualmente o potenzialmente interessati alle sorti della società medesima. La particolarità di questa impostazione va ravvisata nel riconoscimento che il carattere diffuso degli interessi coinvolti attenua la loro dimensione originariamente patrimoniale, fino a disperderla. Da qui, un diverso apprezzamento del complesso degli interessi pregiudicati dai reati societari: la loro lesione, infatti, assume a fattore di turbamento della compagine economica nazionale. Non meraviglia, dunque, che tali interessi finiscano per confluire nel più generale concetto di economia pubblica [F. ANTOLISEI, *Leggi complementari* (1), I, p. 42]. Ora, il punto di forza di questa teoria consisteva nell'aver intuito come la messa in pericolo su larga scala di interessi patrimoniali costituisca un fattore di rischio per il sistema economico; alla base di questo fenomeno vi è, infatti, la già segnalata tendenza del pre-

giudizio patrimoniale privato ad assumere i connotati dell'offesa economica superindividuale. Nondimeno, sul piano teorico, la tesi della plurioffensività mostrava un limite evidente. Più precisamente, il concetto di plurioffensività cui si faceva riferimento risultava poco utile: esso, infatti, non veniva inteso nel suo significato comune, ossia come caratteristica della fattispecie incriminatrice, ma come dato empirico eventuale, ovvero come espressivo del rilievo che in concreto i reati societari possono offendere, anche alternativamente, interessi di varia natura. Questo rilievo, però, non aiutava nell'individuazione del bene giuridico, dato che esso – si sosteneva – può variare in concreto. Conseguentemente, pur nell'intento di offrire una spiegazione articolata dell'oggetto giuridico dei reati societari, l'impostazione in esame non perveniva a risultati sicuri, restando anzi incerta, da tale angolazione, finanche la natura pubblica o privata dell'offesa.

Quest'ultimo nodo problematico è stato risolto in modo netto da una terza impostazione, la quale, condividendo l'idea che i reati societari incidano per loro natura su un fascio di interessi, concludeva nel senso di attrarre tali interessi nell'ambito di un'oggettività giuridica di tipo superindividuale variamente indicata ora come ordine economico [G. ZUCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, p. 113 s.], ora più semplicemente come economia pubblica [A. PAGLIARO, *Problemi generali dell'impresa*, in *Indice pen.*, 1985, p. 18]. Ebbene, anche a questa impostazione va riconosciuto il merito di cogliere un aspetto di verità: a differenza dei delitti contro il patrimonio, i reati societari, anche quando pregiudicano interessi patrimoniali privati, determinano un'offesa che travalica la sfera privata e finisce per riguardare il corretto svolgimento delle attività economiche. Senonché, nello sviluppare questa intuizione, la tesi in esame si è fatta condizionare troppo dal concetto di economia pubblica che, come si è visto, già nell'ambito dei delitti contenuti nel Titolo VIII c.p. non costituisce un concetto unitario e indifferenziato. Ne consegue che, una volta modellato sulle caratteristiche dei reati societari, il bene dell'economia pubblica finisce per risolversi in un mero contenitore sistematico che, da un lato, non giova all'«afferrabilità» della dimensione offensiva dei fatti assoggettati a pena e, dall'altro, non aiuta nell'interpretazione delle fattispecie, sia perché ne dilata l'ambito operativo, sia perché accentua la loro tendenza verso un modello di tutela formalizzata. In effetti, affermando (con riferimento all'assetto codicistico del 1942) che di volta in volta «possono essere tutelati i creditori, i soci, i lavoratori, la valuta nazionale, il fisco, il mercato (sotto il duplice aspetto dei clienti e della altre imprese), l'intervento pubblico» [così A. PAGLIARO, *Problemi generali*, cit., p. 18], si finiva per postulare una presunzione legislativa di pericolo insita nei fatti tipizza-

ti; si trattava di una presunzione che risultava in realtà insuperabile, impedendo al bene giuridico di svolgere la sua funzione di selezione dei comportamenti meritevoli di pena.

Per superare gli opposti inconvenienti delle tesi sopra riferite, un'auto-revole voce della dottrina ha preso atto dei limiti che nel campo dei reati societari, come in altri settori del diritto penale economico, mostra la tradizionale nozione di bene giuridico [cfr. per tutti C. PEDRAZZI, *Società commerciali*, p. 349, nonché, da ultimo, V. NAPOLEONI, *Genesi e lineamenti*, cit., p. 33 s.]. In effetti – si è rilevato – la tutela penale si concentra, non già su beni giuridici finali, ma su interessi ad essi prodromici, che possono essere assunti come oggettività giuridiche c.d. intermedie o strumentali. Calando questo rilievo nel contesto dei reati societari, tali beni giuridici sono stati identificati nelle c.d. istituzioni societarie, ossia in quegli istituti, già compiutamente disciplinati sotto il profilo extrapenale, il cui funzionamento è coesenziale al corretto funzionamento delle società, in quanto strumenti di composizione dei molteplici interessi in gioco. Per dare maggiore concretezza al discorso, si pensi, ad esempio, ai beni della trasparenza societaria, del capitale sociale e del patrimonio sociale. Ma, come si vedrà meglio tra breve [v. infra par. 3], l'elencazione si presta a comprendere il regolare funzionamento degli organi sociali, la funzione di controllo e l'andamento del mercato.

Com'è evidente, non si tratta di entità naturalistiche, ma piuttosto di beni «preformati» dalla legge extrapenale, aventi una rilevanza superindividuale e finalizzati a loro volta alla piena tutela di interessi finali che non affiorano a livello della tipicità. In altre parole: per questa tesi il diritto penale societario, non potendo tutelare la varietà degli interessi finali, interverrebbe nel punto in cui il fascio di interessi eterogenei si interseca e viene disciplinato dagli altri rami dell'ordinamento, primo tra tutti dal diritto commerciale.

3. L'accentuazione della dimensione patrimoniale dei reati societari alla luce del D. Leg. 61/2002

L'impostazione da ultimo ricordata era quella che, in costanza della disciplina originaria contenuta nel Titolo XI del Libro V c.c., registrava maggiori consensi, non fosse altro perché essa aderiva alla struttura delle previgenti fattispecie incriminatrici societarie, che risultavano incentrate per lo più su astratte valutazioni di pericolo. Inoltre, la teoria delle istitu-

zioni societarie consentiva di cogliere gli indubbi nessi che esistono tra la tutela penale e la disciplina extrapenale del fenomeno societario, valorizzando la scelta del legislatore del 1942 di dar vita a un sistema di tutela penale strettamente coordinato con la disciplina civile e amministrativa delle società commerciali.

Senonché, il dibattito sull'oggettività giuridica dei reati societari ha subito un'ulteriore e significativa evoluzione a seguito dell'entrata in vigore del citato D. Leg. 61/2002. Prima di entrare nel merito delle innovazioni che al riguardo sono state introdotte dalla riforma, è opportuno ricordare che, nonostante gli sforzi profusi dalla dottrina per dare corpo e consistenza ai beni giuridici tutelati dal diritto penale societario, gli esiti interpretativi sono rimasti in larga misura incerti, proprio in ragione delle anzidette caratteristiche dell'assetto normativo previgente. In effetti, anche l'impostazione che faceva leva sulle istituzioni societarie non risultava immune da un limite caratteristico delle teorie che proiettavano il bene giuridico dei reati societari in una dimensione pubblicistica: essa favoriva una tendenziale dilatazione dell'ambito operativo dei reati societari fino a comprendere interessi di natura statutale, come ad esempio quello alla corretta esazione fiscale.

Non va trascurato, poi, che la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza della normativa abrogata precorreva linee interpretative ispirate alla dilatazione abnorme dell'ambito applicativo dei reati societari. Basti pensare alla fattispecie di false comunicazioni sociali (falso in bilancio, secondo la vulgata giornalistica), che, attraverso manipolazioni del bene giuridico largamente criticate dalla dottrina, è stata chiamata a svolgere funzioni di tutela molto diverse e finanche un'opera di moralizzazione del mondo economico, per il vero estranea ai compiti del diritto penale. Per converso, interpretazioni eccessivamente formalistiche avevano esasperato i difetti strutturali di talune fattispecie incriminatrici. È il caso, per esempio, della fattispecie di conflitto di interessi, di cui al previgente art. 2631 c.c.: parte della giurisprudenza, in nome di un'accezione letterale della legalità del tutto priva di una reale funzione di tutela, aveva ritenuto che, stante la sua natura di reato di pericolo presunto, la disposizione citata assoggettasse a pena la mera violazione, da parte dell'amministratore, del dovere di astensione dal partecipare alla deliberazione collegiale, in presenza di un conflitto di interessi. Si considerava, pertanto, del tutto irrilevante come l'amministratore avesse votato: il reato veniva ravvisato anche ove, facendo prevalere il dovere di fedeltà nei confronti della società, l'agente si fosse espresso contro il proprio interesse [Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2000, Nardo, in *Guida dir.*, 2001, n. 15, p. 90]. Non a caso, in reazione a siffatti epiloghi

applicativi, l'abrogata fattispecie di conflitto di interessi veniva indicata come un possibile settore di intervento del principio di sussidiarietà in chiave interpretativa. Premesso che il disposto dell'art. 2391.3 c.c. subordina all'eventualità di un danno per la società l'impugnazione della deliberazione del consiglio presa con il voto decisivo dell'amministratore che avrebbe dovuto astenersi [*amplius* L. SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore della società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Milano, 1999, p. 171 s.], si riteneva che il citato art. 2391 c.c. potesse contribuire a delimitare il reato previsto dall'abrogato art. 2631 c.c., escludendo la responsabilità penale dell'amministratore in conflitto di interessi quando dal suo comportamento non è derivato alcun pregiudizio per la società stessa.

Ma i tentativi di arginare in via interpretativa l'eccessiva ampiezza delle fattispecie incriminatrici previgenti non sono stati coronati da successo. Soprattutto da ultimo, in concomitanza con la stagione di «Mani pulite», prevalsero invece orientamenti giurisprudenziali assai agguerriti, che accentuarono i guasti del sistema. In particolare, i fattori di tensione tra giurisdizione e politica che si erano venuti a creare, unitamente alla vetustà dell'impianto normativo e alla sua inadeguatezza a regolare i nuovi fenomeni societari (si pensi, per esemplificare, alla tematica dei gruppi di società, del tutto trascurata dal previgente diritto penale societario), indussero le forze politiche a mettere all'ordine del giorno, con comprensibile priorità, la riforma dell'intera disciplina societaria.

A tale scopo, già nella XIII Legislatura venne costituita un'apposita Commissione ministeriale (d'ora in avanti Commissione Mirone, dal nome del suo presidente), che aveva posto mano a un progetto di riforma di impronta sistematica, inteso a chiudere la lunga stagione dei rimaneggiamenti settoriali. Il testo elaborato dalla Commissione Mirone, che estendeva l'attenzione anche al versante delle sanzioni penali, non vide mai la luce. Esso, però, venne recuperato in due proposte di legge delega presentate nella XIV legislatura: l'una governativa (progetto n. 1137), l'altra dell'opposizione (progetto n. 969, firmatari Fassino, Agostini, Folena e Visco).

Limitando l'attenzione alle innovazioni proposte sul versante della disciplina penale societaria, va detto subito che il progetto Mirone perseguiva il duplice obiettivo dell'ammodernamento del sistema (si pensi alla proposta di introdurre la fattispecie di infedeltà patrimoniale, la cui assenza costituiva una grave lacuna) e del *restyling* normativo. Segnatamente per quel che concerne il raggio applicativo dei reati societari, il progetto Mirone provava a contenere le tracimazioni giurisprudenziali più discutibili e discusse, mantenendo una linea di continuità con l'assetto codicistico ori-

ginario per quel che concerne le scelte di fondo della tutela penale. Da qui, il carattere decisamente compromissorio del progetto Mirone [con riferimento alla fisionomia del «falso in bilancio», così L. FOFFANI, in A. GIARDA, S. SEMINARA, *I nuovi reati societari*, p. 238].

Diversamente deve dirsi in relazione alla riforma realizzata dal D. Leg. 61/2002, che ha apportato all'impianto originario del progetto Mirone diverse e significative innovazioni, tali da modificare la fisionomia complessiva dell'intervento normativo, che si caratterizza oggi per una drastica riduzione dell'ambito operativo dei reati societari. Si pensi alla fattispecie «regina» delle false comunicazioni sociali, in relazione alla quale non è mancato chi ha assimilato la riforma a un intervento di depenalizzazione [A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1359; C. PEDRAZZI, *In memoria del «falso in bilancio»* (2001), ora in A. ALESSANDRI, *Diritto penale dell'impresa*, p. 530; G. MARINUCCI, «*Depenalizzazione» del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 137].

In particolare, com'è stato rilevato già dai primi commentatori della legge delega, alla base della nuova disciplina dei reati societari è agevole rinvenire oggi un'istanza di «patrimonializzazione» e di «privatizzazione» della tutela che, seppure in misura diversa, affiora ad un quadruplice livello [sul punto, concordemente, C. SANTORIELLO, *Appunti*, p. 7 s. e V. NAPOLEONI, *Genesi e lineamenti*, cit., p. 34 s.].

In primo luogo, è di tutta evidenza l'influenza esercitata dai delitti contro il patrimonio sulla tecnica di costruzione delle vigenti fattispecie societarie, nel cui contesto assumono rilevanza, talvolta anche congiuntamente, il danno patrimoniale (sia come evento del reato, che come evento aggravatore), l'idoneità ingannatoria della condotta (esemplificativo è il caso delle false comunicazioni sociali) e il fine di profitto (quale dolo specifico dei reati previsti dagli artt. 2621, 2622 e 2624 c.c.). Ciò ha comportato un allontanamento dall'assetto normativo preesistente, che – come si è detto – vedeva nel reato di pericolo astratto offensivo di interessi superindividuali il principale, se non l'unico, modello di reato societario. Il nuovo tessuto normativo si caratterizza, infatti, per l'assoluta prevalenza di reati di danno e di pericolo concreto [per tutti, v. A. MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 115].

In secondo luogo, la riforma dei reati societari ha potenziato la perseguibilità a querela (si vedano in particolare i reati di operazioni in pregiudizio dei creditori, indebita ripartizione di beni sociali e infedeltà patrimoniale, di cui agli artt. 2629, 2633, 2634 e 2635 c.c.), estendendola anche a una figura di reato – il riferimento è al delitto di false comunicazioni sociali

con danno a soci o creditori (art. 2622 c.c.) – tradizionalmente perseguibile d'ufficio [v. infra par. 6.4 e 6.4.2].

In terzo luogo, per alcuni reati, il cui baricentro di offensività è polarizzato sulla tutela del capitale sociale o di interessi patrimoniali, si è prevista l'estinzione del reato a seguito di risarcimento o condotte riparatorie (artt. 2627, 2628, 2629 e 2633 c.c.); una scelta, questa, che conferisce al reo una disponibilità della sanzione speculare alla disponibilità dello *ius puniendi* che la querela attribuisce al soggetto passivo [v. infra par. 6.4 e 6.4.1].

In quarto luogo, assai discussa è l'introduzione, nella riformulata fattispecie di false comunicazioni sociali, di talune soglie di punibilità. In effetti, a livello comparatistico, le soglie di punibilità costituiscono una tecnica legislativa caratteristica (seppure non in modo esclusivo) dei delitti contro il patrimonio, nel cui contesto essa viene utilizzata come strumento di «ri-taglio verso il basso» della tipicità penale [C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor», Milano, 1985, p. 439 s.; di recente, A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, p. 158 s.]. Il rilievo, però, non è decisivo, posto che, nella recente esperienza legislativa italiana, il ricorso alle soglie di punibilità è avvenuto nell'ambito di reati non offensivi di interessi patrimoniali (come nel caso dei reati tributari e del delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, di cui all'art. 316 ter c.p.). Quanto all'uso di tali soglie nell'ambito delle false comunicazioni sociali, esso sembra spiegarsi soprattutto con l'esigenza di attenuare gli effetti di indeterminatezza della pregressa normativa, circoscrivendo la risposta sanzionatoria ai casi in cui la falsità delle stime contenute nelle comunicazioni sociali e soprattutto nel bilancio (notoriamente affette da inevitabili margini di apprezzamento soggettivo) non può più essere opinabile.

Alla luce di queste innovazioni parte della dottrina ha ravvisato, nel testo di legge licenziato dal riformatore, una radicale trasformazione del sistema penale societario già sotto il profilo dei beni giuridici tutelati. E certamente, questa conclusione contiene una parte di verità, posto che, tra i nuovi reati societari, talune importanti fattispecie incriminatrici risultano poste, oggi, a tutela di interessi di natura patrimoniale. Non può negarsi, però, che in molte altre ipotesi la tutela penale continua a presidiare, non diversamente da quanto avveniva in passato, quei beni intermedi in cui si sostanziano le c.d. istituzioni societarie nel senso che si è già avuto modo di chiarire [v. retro par. 2; per questa conclusione, v. anche D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 945]. Detto altrimenti, in non poche fattispecie incriminatrici l'inserimento di elementi costitutivi tipici dei delitti contro il patrimonio non avviene a scopo di fondazione della illicei-

tà, bensì di delimitazione dell'intervento punitivo, nel senso che gli anzidetti elementi di patrimonialità mirano ad accentuare la funzione selettiva della tipicità, senza determinare una trasfigurazione dei beni tutelati. Va tenuto presente, infatti, che la riforma intende presentarsi, in certa misura pretestuosamente, come una reazione legislativa agli indubbi abusi perpetrati dalla giurisprudenza, agevolati dalle carenze dell'assetto normativo previgente proprio sotto il profilo della caratterizzazione dei fatti tipizzati.

Sulla scorta di queste precisazioni, si può convenire dunque che tanto sotto il profilo interpretativo, quanto sotto quello didattico, sia ancora da preferirsi l'aggregazione dei reati societari intorno a talune fondamentali istituzioni societarie che, rispetto a quanto prima della riforma, risultano oggi più numerose e frastagliate. E precisamente, vengono in rilievo:

- a) la c.d. trasparenza societaria, ossia la veridicità e la completezza dell'informazione societaria;
- b) il capitale sociale;
- c) il patrimonio sociale;
- d) la correttezza della vita sociale, *sub specie* di regolare funzionamento dell'assemblea ed effettività del dovere di pubblicità;
- e) il potere di controllo e la funzione di vigilanza, siano essi interni o esterni alla società;
- f) il corretto andamento del mercato.

Come si vedrà, se si fa eccezione per il patrimonio sociale (in quanto già di per sé bene omologo a quello tutelato dalle fattispecie previste nel Titolo VIII c.p.), le altre istituzioni societarie vedono oggi grandemente attenuata l'originaria connotazione superindividuale. La loro tutela, infatti, quando non risulta subordinata alla verifica di una *deminutio patrimonii*, opera comunque come protezione anticipata degli interessi patrimoniali che acquistano costante e chiara visibilità sullo sfondo dell'intervento penale. Ne è una conferma il frequente rincaro della risposta sanzionatoria allorché l'aggressione dell'istituzione societaria evolve nel pregiudizio di specifici interessi di natura patrimoniale.

Per converso, deve rilevarsi che le istituzioni societarie non esauriscono, oggi, l'orizzonte degli interessi tutelati dal nuovo diritto penale societario. Accanto a fattispecie che, come si è detto, tipizzano la progressione dell'offesa dal bene strumentale a quello patrimoniale finale, vi sono previsioni che tutelano esclusivamente interessi patrimoniali, segnatamente di quelli che fanno capo ai creditori. Ad ogni modo, la loro differenza rispetto ai delitti contro il patrimonio, di cui al Titolo XIII c.p., risiede nel tipo di condotta: nei reati in parola, infatti, la modalità di aggressione del patri-

monio consiste nella violazione di precisi doveri imposti al soggetto attivo dal diritto societario. Ma sul punto si avrà modo di tornare [v. *infra* par. 35].

4. La tecnica di tipizzazione dei nuovi reati societari

Un carattere oltremodo criticato del previgente diritto penale societario era quello di tipizzare le fattispecie incriminatrici attraverso il frequente rinvio alla normativa societaria extrapenale. A favore di questa scelta militava, come si è detto, la stretta connessione che nella *subiecta materia* intercorre tra la tutela penale e la disciplina extrapenale del fenomeno societario.

Sennonché, nell'assetto codicistico previgente, l'anzidetta accessorietà andava oltre il fisiologico rapporto di coordinamento della sanzione penale con la disciplina commerciale. La norma penale veniva chiamata a un'opera di mero suggello della disciplina civilistica, che sanciva il ruolo ancillare della prima rispetto alla seconda. In effetti, la tecnica normativa utilizzata prescindeva per lo più da una valutazione del bene giuridico tutelato. Ne derivavano, pertanto, figure di reato societario dall'incerta fisionomia, che non di rado risultavano refrattarie al correttivo di una loro interpretazione teleologica. L'uso improprio della tecnica del rinvio a fonti non penali produceva poi non pochi inconvenienti applicativi, tra i quali quello di ostacolare la stessa comprensione del precetto. Un esempio, per il vero eclatante, ma non isolato, può aiutare a comprendere. Nell'assoggettare a pena la violazione di una serie eterogenea di obblighi incombenti agli amministratori, il previgente art. 2630.1, n. 2, c.c. usava la seguente formula legislativa: «Sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 206 a euro 1.032, gli amministratori che (...) violano le disposizioni degli articoli 2357, primo comma, 2358, 2359 bis, primo comma, 2360, o quelle degli articoli 2483 e 2522». Ebbene, come si vede, l'abuso della tecnica del rinvio rendeva difficile già l'immediata comprensione delle condotte penalmente sanzionate.

Ebbene, la riforma introdotta dal D. Leg. 61/2002 ha ritenuto di ovviare a questi inconvenienti rinunciando alla tecnica del rinvio e, come si è detto, restringendo l'orizzonte tipologico dei beni finali che sono stati riformulati in chiave patrimoniale. In tal modo si è sperato di incrementare lo standard di determinatezza delle singole fattispecie incriminatrici e l'afferrabilità dell'oggetto della tutela, con conseguente accentuazione della funzione selettiva del dolo. Gli ingredienti – si è metaforicamente rilevato

– c'erano tutti, ma il cuoco non è stato all'altezza della ricetta [T. PADOVANI, *Una riforma difficile*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 545].

In effetti, il recupero della necessaria determinatezza delle fattispecie societarie, giustamente considerato dallo stesso riformatore uno degli obiettivi primari da perseguire, non può dirsi conseguito appieno, a meno che non si voglia intendere la determinatezza nella sua accezione riduttiva di mera delimitazione applicativa delle fattispecie incriminatici. La differenza tra i due concetti balza subito all'occhio, se si considera che, mentre la determinatezza sottintende la previa individuazione di una precisa tipologia di aggressione, l'istanza di delimitazione applicativa passa attraverso l'introduzione nel fuoco della tipicità di elementi costitutivi, scelti più in ragione della loro capacità selettiva dei fatti da assoggettare a pena, che per la loro congruenza con la fenomenologia criminosa presa in considerazione. Si pensi all'uso che il riformatore ha fatto delle forme del dolo specifico e intenzionale: nell'un caso, la previsione del «fine di profitto per sé o per altri» introduce una connotazione patrimoniale sovente estranea alle caratteristiche del fenomeno che si intende contrastare; nell'altro caso, l'esclusione del dolo eventuale, comprensibile nei reati formali, si giustifica meno là dove la tipicità del fatto venga ancorata a un evento agevolmente accertabile, qual è il danno patrimoniale (è quanto accade, per esempio, nell'ambito dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.). In breve: mentre il canone della determinatezza è il riflesso linguistico di scelte politico-criminali necessariamente razionali, la delimitazione della fattispecie, che si ispira alla mera istanza di precisione linguistica, risulta disfunzionale ogni qual volta essa sia perseguita attraverso elementi costitutivi del fatto tipico tra di loro incoerenti o contraddittori, come tali capaci di distortere o addirittura disperdere l'essenza tipologica del fatto elevato a reato. È questo l'inconveniente di alcune nuove fattispecie societarie, pur descritte con precisione. Ma non solo: quando nel perseguire l'anzidetta delimitazione dalla tipicità, il legislatore sovraccarica la fattispecie di elementi antinomici (si pensi agli artt. 2621 e 2622 c.c. i quali, come si vedrà, dopo aver precisato che oggetto delle false esposizioni sono i fatti materiali, disciplinano le valutazioni estimative che fatti materiali non sono), il prodotto normativo che ne deriva finisce per realizzare l'obiettivo opposto, conferendo al giudice un'ampia libertà di scelta circa l'elemento antinomico da svalutare in via interpretativa.

Quanto al principio di offensività, è ben vero che esso stenta a penetrare nel diritto penale dell'economia. Nondimeno la sua valorizzazione, perseguita dalla riforma attraverso l'attrazione dei nuovi reati societari nell'orbita dei delitti contro il patrimonio, rischia di contrarre eccessivamente il diametro dell'intervento penale. Non si può trascurare infatti che nel cam-

po economico esistono interessi irriducibilmente superindividuali, meritevoli di protezione in via anticipata. Di ciò non ha tenuto conto il riformatore del 2002: come si avrà modo di specificare, vi sono fattispecie societarie il cui attuale spettro di tutela differisce troppo poco da quella apprestata dai delitti contro il patrimonio, quando non rischia addirittura di appiattirsi su di essa. E ancora: la stessa scelta di assumere i delitti contro il patrimonio come modello di tutela penale cui ispirare la disciplina dei reati societari, non tiene conto che, a differenza di quanto avveniva nelle legislazioni ottocentesche, dove l'unica tutela penale offerta alla ricchezza era quella per così dire statica, costituita per l'appunto dai delitti contro il patrimonio, oggi il quadro legislativo internazionale sta radicalmente mutando. Invero, mentre l'intervento della sanzione penale viene ritenuto necessario ai fini di una sana economia di mercato, ossia ai fini della tutela della ricchezza nella sua dimensione dinamica, è la tutela penale del patrimonio che tende ad arretrare, come conferma anche nel nostro ordinamento la recente devoluzione al giudice di pace (D. Leg. 28 agosto 2000, n. 274) di un primo campione di delitti contro il patrimonio. Va tenuto presente, infatti, che una caratteristica della giurisdizione di pace risiede nella funzione conciliativa affidata al giudice pacificatore, il quale, a norma dell'art. 35 del D. Leg. 274/2002, può dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta riparazione del danno, ove ritenga che le attività risarcitorie e riparatorie siano idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione.

5. I soggetti attivi

La gran parte delle nuove fattispecie societarie è costituita da reati propri, richiedendosi per la sussistenza del fatto punito che esso venga realizzato da soggetti dotati di una determinata qualifica, come, ad esempio, quella di amministratore, direttore generale, sindaco, liquidatore, responsabile della revisione e socio conferente. Dalla qualificazione del fatto come reato proprio discendono importanti effetti di disciplina, soprattutto in relazione al dolo ed al concorso di persone nel reato.

5.1. Le c.d. figure di fatto

Un'importante novità, introdotta al riguardo dal D. Leg. 61/2002, risie-