

Capitolo I

Introduzione

Sommario: 1. La nozione di criminalità economica. – 2. I contenuti del diritto penale della criminalità economica. – 3. Il diritto penale commerciale: una possibile partizione della materia. – 4. Alcune generali caratteristiche del diritto penale commerciale. – 5. L'evoluzione degli assetti sanzionatori. – 6. Criminalità economica e funzione della pena. – 6.1. Sanzioni detentive e sanzioni pecuniarie. – 6.2. Sanzioni inabilitative e interdittive. – 7. La confisca. – 7.1. Le varie ipotesi di confisca: confisca facoltativa e obbligatoria. – 7.2. La confisca per equivalente. – 7.3. Il profitto. – 7.4. “Il delitto non paga”.

1. La nozione di criminalità economica.

L'espressione *White-Collar Crime* (letteralmente “reato del colletto bianco”, in contrapposizione ai crimini c.d. da strada commessi dai *Blue-Collar Workers* – operai e contadini –, che erano soliti portare camicie colorate) risale, in ambito criminologico, allo statunitense Edwin H. Sutherland, il quale la utilizzò per designare, «approssimativamente, il reato commesso da una persona rispettabile e di elevata condizione sociale nel corso della sua occupazione»¹.

Tale definizione, negli intenti dell'Autore, perseguiva due scopi. Il primo consisteva nel dimostrare che «né le patologie sociali né le patologie individuali rappresentano un'adeguata spiegazione del comportamento criminale», in quanto «il fattore causale dei reati non è la povertà, intesa come condizione di bisogno economico, ma i rapporti sociali e interpersonali che talvolta si accompagnano alla povertà, talvolta alla

¹ SUTHERLAND, *White Collar Crime*, nella trad. it. di Forti, 1987, 8. Da notare come l'opera fu pubblicata nel 1949 con una serie di tagli imposti dalla casa editrice, Dryden Press, per timore di azioni giudiziarie da parte delle società commerciali menzionate nel libro; solo nel 1983, a cura di Geis e Goff, per i tipi della Yale University Press venne riprodotta la versione originale. Una ricostruzione della vicenda è in FORTI, *L'immane concretezza*, 2000, 311 ss.

ricchezza e talvolta a entrambe queste condizioni»². Attraverso la teoria dell'associazione differenziale, fondata su fattori sociali e culturali, venivano così contestate le correnti socio-criminologiche allora dominanti, che legavano la devianza criminale esclusivamente a fattori psico-fisici e biologici.

Il secondo obiettivo, strettamente correlato al precedente, era quello di evidenziare che le condotte illecite di tipo funzionale poste in essere da persone di elevata condizione economica godevano, al tempo in cui scriveva Sutherland, di un trattamento privilegiato non solo per l'indifferenza manifestata in sede scientifica, ma anche a causa delle modalità di implementazione delle leggi: «la sanzione penale, sebbene sia sempre prevista, è confinata sullo sfondo per essere impiegata come ultima risorsa. Le persone accusate per *white collar crimes* raramente sono arrestate, sottoposte al rilievo delle impronte digitali, portate dinanzi al giudice penale o mandate in prigione»³.

La polemica così innescata, innervata da un forte sentimento di giustizia, ebbe un impatto devastante sugli studi sociologici e criminologici. È tuttavia da rilevare che, nel pensiero ora riferito, si annidava una potenziale ambiguità: se da un lato Sutherland concentrava la propria attenzione su reati tipici di impresa (violazioni in tema di concorrenza, brevetti, marchi e diritti d'autore, pubblicità menzognera, illeciti in materia di lavoro, frodi, abusi di fiducia e false comunicazioni al pubblico, reati in periodo bellico), dall'altro la nozione di *White-collar crime* non aveva precise finalità classificatorie, designando fatti congiuntamente caratterizzati dalla posizione sociale dell'autore e dal loro contesto lavorativo. Si trattava dunque di una **nozione assai generica** sul piano oggett-

² SUTHERLAND, *White Collar Crime*, cit., 6 s. Prima di tale monografia, l'Autore aveva già enunciato i contenuti essenziali della sua teorica, per la prima volta in forma di una prolusione ai lavori congressuali della Società americana di sociologia: v. ID., in *Amer. Sociol. Rev.*, 1940 (5), 1 ss.; nonché ID., in *Annals of Amer. Acad. of Pol. and Soc. Science*, 1941 (217), 112 ss.; ID., in *Amer. Sociol. Rev.*, 1945 (10), 132 ss.

³ SUTHERLAND, *The White Collar Criminal*, in *Encyclopedia of Criminology*, a cura di Branham-Kutash, 1949, 512, il quale alla pagina successiva osserva come le procedure di tipo giurisdizionale e amministrativo adottate in favore degli uomini d'affari sono autorizzate dal legislatore «in parte a causa del timore di ritorsioni ad opera dei potenti gruppi commerciali, ma soprattutto per l'ammirazione e la fiducia nei confronti degli uomini d'affari. I legislatori hanno creduto che tali violazioni siano destinate a cessare non appena portate all'attenzione di queste rispettabili persone, le quali non si conformano al 'tipo criminale' e non andrebbero trattate come criminali. L'esperienza ha dimostrato che questa fiducia si è rivelata ingiustificata, avendo i *white collar criminals* un tasso di recidiva molto più elevato degli altri criminali, intesi unitariamente». V. anche ID., in *Amer. Sociol. Rev.*, 1945 (10), 137.

tivo ed evanescente su quello soggettivo, riferito a imprenditori, amministratori di società, politici e professionisti, con esclusione ad es. dei «ricchi esponenti della malavita, visto che costoro non possono considerarsi persone rispettabili né di elevata condizione sociale»⁴. In sostanza, come precisato dallo stesso Sutherland, il concetto di *white collar crime* «non pretende di essere definitivo, ma mira soltanto a richiamare l'attenzione su reati che ordinariamente non rientrano nell'ambito della criminologia»⁵.

Il problema è che, con il suo ingresso nell'uso comune, quella nozione era inevitabilmente destinata a palesare il carico della sua equivocità tra una **caratterizzazione in senso soggettivo** (*criminal-* oppure *offender-based*), legata allo *status* sociale dell'agente, e una **in senso oggettivo** (*crime-* ovvero *offense-based*), riferita alla natura del reato commesso. Nell'attuale fase degli studi socio-criminologici, questa alternativa sembra essersi risolta nel senso di una prevalenza della definizione ***crime-based***, ulteriormente specificata in favore di un *occupational crime* e poi di un *operational crime*, al cui interno talvolta si distingue un *organizational crime*⁶. Le trattazioni in materia si soffermano così sui reati costruiti sugli archetipi della frode, del furto, della manipolazione e della corruzione, cui non di rado si affiancano ulteriori tipologie afferenti i reati informatici, contro l'ambiente, in tema di lavoro e anche in ambito professionale.

Ora, se è vero che una nozione di *White-collar crime* vincolata esclusivamente alla rispettabilità e alla condizione sociale dell'autore appare oggi improponibile a causa della vaghezza dei suoi parametri, occorre

⁴ SUTHERLAND, *White Collar Crime*, cit., 8. V. pure ID., in *Amer. Sociol. Rev.*, 1940 (5), 1, ove l'Autore riferisce la *white-collar class* a «rispettabili o almeno rispettati uomini d'affari e professionisti».

⁵ SUTHERLAND, *White Collar Crime*, cit., 8. Nella dottrina italiana, approfondimenti sul pensiero di Sutherland sono in ALESSANDRI (2010), 57 ss.; FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 313 ss.

⁶ Particolarmente significativa, sul punto, SHAPIRO, in *Amer. Sociol. Rev.*, 1990 (55), 346 ss. Nella dottrina più recente, tra gli altri e con varietà di accenti, BENSON-SIMSON, *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, *Criminology and Justice Series*, 2009, 102; BERGER, *White-Collar Crime*, 2011, 9 s.; BRIGHTMAN, *Today's White Collar Crime*, 2009, 2 s.; GOTTSCHALK, *Policing White-Collar-Crime*, 2014, 2 ss.; PAYNE, *White-Collar Crime*, 2013, 34; ROSOFF-PONTELL-TILLMAN, *Profit without Honor. White-Collar Crime and the Looting of America*, VIII, 2004³. Nella dottrina italiana DI GENNARO, in *Criminalità economica e pubblica opinione*, a cura di Di Gennaro-Pedrazzi, 1982, 21 ss.; MARTUCCI, *La criminalità economica*, 2006, 3 ss.; PARADISO, *La criminalità negli affari*, 1983, 56 ss., 86 ss.; da ult. MUCCIARELLI, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, 2018, 1144 ss.

pure riconoscere che una nozione legata alla tipologia del reato o alla sua incidenza lesiva manifesta un ambito operativo pressoché illimitato nel numero delle fattispecie normative coinvolte, risultando priva di qualsiasi valenza euristica o classificatoria. Non per questo appare tuttavia dotata di maggiore fondamento una teoria congiuntamente legata a entrambi i criteri in esame, al cui interno le caratteristiche soggettive dell'agente vengano a svolgere un ruolo selettivo riferito al *modus operandi* o alla gravità dell'illecito⁷, poiché anche tale accezione – che in realtà, in una chiave aggiornata di tipo funzionale, segna un ritorno all'originaria elaborazione di Sutherland – ripropone i medesimi dubbi e le stesse incertezze sui contenuti della categoria, così definitivamente rimessa alla discrezionalità dello studioso.

In realtà, «il concetto di *white-collar crime* è simile a un *puzzle* cinese: in qualunque modo lo si giri, si incontrano nuove difficoltà ed enigmi»⁸. È quindi difficile andare al di là del riconoscimento che esso mira a designare una categoria non tipologica ma di “affinità familiare”, fondata sulle modalità dell'offesa e sul tipo di autore⁹.

2. I contenuti del diritto penale della criminalità economica.

Le difficoltà di delimitazione concettuale dell'espressione *White-collar crime* si riflettono sul piano penalistico al momento in cui voglia attribuirsi una natura “prescrittiva” ai concetti di diritto penale commerciale o dell'economia, degli affari o dell'impresa, alternativamente utilizzati per designare la relativa materia universitaria e i contenuti dei testi di studio. A questo proposito è interessante una ricognizione di diritto comparato.

Nella **dottrina francese** domina incontrastata la dizione *Droit pénal des affaires*, che – si afferma – dovrebbe distinguersi dal diritto penale commerciale in quanto comprende anche attività regolate dal diritto ci-

⁷Da ult. BENSON-SIMPSON, *Understanding White-Collar Crime*, 2015², 15 s.; FRIEDRICH, *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*, 2006³, 5 ss. Un'acuta sintesi del problema è in NELKEN, *White-Collar and Corporate Crime*, in *The Oxford Handbook of Criminology*, a cura di Maguire-Morgan-Reiner, 2007⁴, 736 ss. e, nella dottrina italiana, in BERTOLINO, in *Criminalità*, 2014, 18 ss.

⁸FRIEDRICH, *Trusted Criminals*, cit., 8. V. anche SHOVER-HOCHSTETLER, *Choosing White-Collar Crime*, 2006, 8: «Indipendentemente da come è descritto, non v'è carenza di *white-collar crime*. Per questa ragione, la controversia definitoria perde di importanza».

⁹Così GREEN, in *Buffalo Criminal Law Rev.*, 2004 (8), 28 s.; ID., *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, 2006, trad. it. a cura di Basile, *I criminali dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, 2008, 11 s.

vile e dal diritto “sociale” (cioè il diritto del lavoro, della sicurezza e della previdenza sociale) e ancor più dal diritto penale economico, cui risultano estranei i settori del diritto societario, finanziario e “sociale”¹⁰. Anche ammesso che questa delimitazione risponda a verità – e non piuttosto si fondi su un piano meramente convenzionale –, il problema è la mancanza di un accordo nell’individuazione dei contenuti della materia. Guardando alla manualistica, le trattazioni si compongono solitamente di due parti: la prima, di carattere generale, viene dedicata ai reati comuni previsti dal codice penale (furto, truffa, falso, abuso di fiducia, corruzione, traffico di influenze, presa illegale di interesse, favoritismo, ricettazione e riciclaggio) e la seconda è invece destinata all’approfondimento dei numerosi settori riconducibili agli “affari”. Il ricorrente abbinamento del criterio oggettivo degli affari a quello soggettivo dell’impresa non rende però chiaro se l’accento sia destinato a cadere solo sui reati esclusivi dell’impresa o anche su quelli comunque realizzati nell’impresa¹¹. Così, talune trattazioni hanno ad oggetto gli illeciti tipici dell’impresa in quanto rientranti nel diritto penale societario, tributario, fallimentare, della concorrenza, del credito e relativo alla vendita e alla prestazione di servizi¹²; altre invece, adottando un criterio selettivo più elastico e vagamente riferibile ai reati realizzati nell’impresa, approfondiscono il diritto penale societario, fallimentare, finanziario, della concorrenza, del consumo, del lavoro e dell’ambiente¹³; altre ancora, ricorrendo a criteri “esterni” come le fonti, le caratteristiche delle incriminazioni e delle sanzioni e la competenza per materia stabilita dall’art. 704 c.p.p., concentrano lo studio sul diritto penale societario, finanziario, fallimentare, della concorrenza e del consumo¹⁴. Di queste incertezze la

¹⁰ Così DELMAS-MARTY e GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 2000⁴, 8.

¹¹ Cfr. in particolare DELMAS-MARTY e GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., 13, ove il *droit pénal des affaires* è definito come «il settore del diritto penale che sanziona, da una parte, le offese all’ordine finanziario, economico, sociale ed ambientale; dall’altra parte, le offese alla proprietà, alla fiducia, all’integrità fisica delle persone, qualora l’autore abbia agito nel contesto dell’impresa, per conto di essa ovvero per conto proprio, se la dinamica del reato è legata all’esistenza di poteri decisionali essenziali alla vita dell’impresa».

¹² LARGUIER-CONTE, *Droit pénal des affaires*, 2004¹¹. Non dissimile è il metodo seguito da LEPAGE-MAISTRE DU CHAMBON-SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 2015⁴; un’impostazione restrittiva è adottata da VÉRON, *Droit pénal des affaires*, 2016¹¹, il quale esamina i reati societari, finanziari, fallimentari, relativi all’assegno e agli altri mezzi di pagamento e l’usura.

¹³ DELMAS-MARTY e GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit. Sulle difficoltà definitorie della criminalità degli affari DELMAS-MARTY, in *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.*, 1974, 45 ss.

¹⁴ STASIAK, *Droit pénal des affaires*, 2009², 4 ss. Ai medesimi risultati, per altra via,

dottrina francese è comunque consapevole, definendo il diritto penale degli affari come una «chimera»¹⁵, poiché «il termine “affare” è talmente vago e ampio che vi si possono sempre comprendere tutti i reati che si vuole esaminare»¹⁶, o come una «costruzione artificiale, il cui ambito applicativo poggia su criteri male identificati»¹⁷, essendovi «indubbiamente tante definizioni del *droit pénal des affaires* quante sono le opere a esso dedicate»¹⁸.

La situazione appare non diversa, negli esiti, all'interno della **dottrina tedesca**, ove invece è adottata la denominazione di *Wirtschaftsstrafrecht* (= diritto penale dell'economia). Ai fini della delimitazione della materia, sul piano strettamente penalistico è ancora prevalente l'impostazione di Tiedemann, il quale vi include da un lato il diritto amministrativo dell'economia, riguardante l'intervento e l'attività regolativa dello Stato nella materia economica, dall'altro lato le violazioni di beni giuridici sovraindividuali o sociali nella vita economica¹⁹. È però evidente come l'utilizzo della nozione di bene giuridico sovraindividuale conduca a un'incontenibile dilatazione della materia. Invero, a guardare la ma-

giunge BONFILS, *Droit pénal des affaires*, 2016², 9 s. Un criterio di tipo trasversale, fondato sull'interesse tutelato da ciascuna incriminazione, è invece adottato da JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 2005, 79, il quale concentra lo studio sul diritto penale finanziario ed economico, relativamente alle fattispecie incentrate sulla creazione, guadagno e ritenzione del denaro, sull'economia, sui gruppi, sulla concorrenza e sul consumo; in una prospettiva analoga, ma più ristretta, LUCAS DE LEYSSAC-MIHMAN, *Droit pénal des affaires*, 2009, 1.

¹⁵ STASIAK, *Droit pénal des affaires*, cit., 1, il quale specifica che come «chimera» è da intendere un organismo composto da tipi geneticamente diversi.

¹⁶ VÉRON, *Droit pénal des affaires*, cit., 16.

¹⁷ LEPAGE-MAISTRE DU CHAMBON-SALOMON, *Droit pénal des affaires*, cit., 2.

¹⁸ BONFILS, *Droit pénal des affaires*, cit., 4.

¹⁹ Così già TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. 1. Allgemeiner Teil e 2. Besonderer Teil*, 1976, risp. 50 s. (ove sono peraltro menzionate anche condotte consistenti in nuove forme di aggressione cui corrispondono nuovi beni giuridici) e 222 s.; ID., *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017⁵, 31 s. Diff. KUDLICH-OĞLAKCIOĞLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2014², 5, che pongono l'accento sulla rilevanza economica della condotta, l'esercizio di una professione e lo sfruttamento o l'abuso della fiducia nel traffico economico; v. pure ACHENBACH, *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht – Gedanken zu einer terminologischen Bereinigung*, in *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen*, 2006, 185, il quale – enunciando sette differenti e complementari accezioni di *Wirtschaftsstrafrecht* – osserva che «“il” diritto penale dell'economia è una chimera che, considerata da differenti angolazioni, si manifesta ogni volta in forma diversa». Il § 74 c), comma 1, della *Gerichtsverfassungsgesetz* stabilisce la competenza del giudice specializzato per una serie di reati economici espressamente indicati, ma in dottrina non si dubita della valenza solo processuale di tale catalogo (per tutti DANNECKER-BÜLTE, *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, a cura di Wabnitz-Janovsky, 2014⁴, 17).

nualistica e i commentari sembra che il concetto di *Wirtschaftsstrafrecht* sia divenuto un'etichetta priva di funzione caratterizzante, al cui interno confluiscono, oltre i consueti settori della parte speciale del diritto penale e del diritto penale societario, finanziario, bancario e fallimentare, anche il diritto penale della concorrenza, della pubblicità, dei mezzi di pagamento, dei consumatori, dei prezzi, ambientale, doganale, tributario, del lavoro, dell'informatica e del diritto d'autore²⁰. In una siffatta ottica allargata, la nozione di diritto penale dell'economia tende a comprendere il diritto penale *dell'impresa* e *nell'impresa*, registrando l'inclusione delle tipologie di illecito più disparate, fino a giungere ai reati legati al mondo della sanità e della salute e al commercio di ordigni bellici e armi chimiche.

La medesima impostazione, infine, è accolta dalla **dottrina spagnola**, che nella locuzione *Derecho penal económico* ravvisa un'accezione in senso restrittivo e una in senso ampio. La prima concerne le norme penali a tutela dell'ordine economico inteso come disciplina giuridica dell'intervento statale nell'economia, così comprendendo i reati che attentano alla determinazione o formazione dei prezzi, i reati valutari, doganali, tributari e il riciclaggio; la seconda – connotata da uno spostamento del baricentro di tutela verso interessi patrimoniali individuali, dietro i quali però emergono interessi sovraindividuali – riguarda invece le norme penali che proteggono l'ordine economico inteso come disciplina giuridica della produzione, distribuzione e consumo di beni o servizi, così estendendosi ai reati societari, di insolvenza, illecita concorrenza, usura, truffa, frodi alimentari, ricettazione, malversazione, falsità pubbliche nonché ai reati in tema di lavoro e proprietà industriale²¹. Risulta

²⁰ Solo a titolo esemplificativo, pur nella loro non precisa corrispondenza di contenuti dovuta anche agli scopi dell'opera, si segnalano *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, cit.; *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di Achenbach-Ransiek-Rönnau, 2015⁴; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit.; *Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di Müller-Gugenberger, 2015⁶.

²¹ Così BAJO FERNÁNDEZ, *Concepto de derecho penal económico*, in *Diccionario de derecho penal económico*, a cura di Boix Reig-Lloria García, 2008, 170 s.; BAJO FERNÁNDEZ-BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2010², 12 ss. Analogamente DE LA CUESTA ARZAMENDI-BLANCO CORDERO, *Delincuencia económica*, in *Diccionario de derecho penal económico*, cit., 317; FEIJOO SÁNCHEZ, *Bien jurídico y delitos socio-económicos*, *ivi*, 143 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2016³, 99 ss. In favore di un'autonomizzazione del diritto penale economico, inteso come "sottosistema", QUINTERO OLIVARES, in *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, a cura di Serrano-Piedecasas e Demetrio Crespo, 2010, 118 ss. Una riflessione critica sull'ordine economico come bene giuridico, che si conclude con l'adozione di una concezione fenomenologica o criminologica, fondata sulle caratteristiche del fatto e del suo autore in rapporto

dunque confermata la caratterizzazione del diritto penale economico alla luce della natura collettiva o diffusa dei beni tutelati, mentre risulta oscuro – come già nella dottrina tedesca – il confine che separa il diritto penale economico dal diritto penale dell’impresa, soprattutto in riferimento agli illeciti, ad es. in tema ambientale o di turbata libertà degli incanti, solitamente connessi all’esercizio di un’attività imprenditoriale²².

3. Il diritto penale commerciale: una possibile partizione della materia.

L’indagine comparata ora svolta rivela un dato indubbiamente singolare: l’esistenza in Europa e nel mondo di una branca scientifica e di un insegnamento accademico – nonché di una correlativa e vastissima bibliografia – avente contenuti assai vaghi e indeterminati. Tale esito non può sorprendere poiché, una volta entrati nel terreno dell’economia, appare pressoché inevitabile una dilatazione dello studio alle **fenomenologie criminose più disparate**, legate insieme dall’esile filo comune della natura sovraindividuale degli interessi direttamente o indirettamente tutelati o dell’impresa come contesto giuridico o spaziale di commissione dell’illecito. In una siffatta prospettiva, ove il reato compiuto all’interno di un’organizzazione imprenditoriale giunge ad accostarsi ai reati ascrivibili alla criminalità organizzata²³, le nozioni di diritto penale degli affari o dell’economia o dell’impresa smarriscono ogni valenza classificatoria.

Preso atto della natura meramente convenzionale di ogni possibile denominazione e della sostanziale discrezionalità connessa alla determi-

al diritto positivo, è in FERNÁNDEZ TERUELO, *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, 2013, 15 ss.

²² Per una rigorosa caratterizzazione della nozione di diritto penale economico rispetto al diritto penale dell’impresa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit., 126 e 133 s.; per l’utilizzo dell’espressione “diritto penale dell’impresa”, riferita ai reati connessi all’esercizio di un’attività imprenditoriale indipendentemente dalla natura dei beni offesi, CORCOY BIDASOLO, in *Derecho Penal de la Empresa*, a cura di Corcoy Bidasolo, 2002, 28 s. Ma v. anche, sulla dissoluzione delle frontiere tra criminalità economica e criminalità organizzata, DEMETRIO CRESPO, in *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, a cura di Demetrio Crespo-Maroto Calatayud, 2014, 8. Da notare che, nel codice penale spagnolo, il titolo XIII del libro II è dedicato ai delitti contro il patrimonio e contro l’ordine socioeconomico, così accogliendo una nozione dilatata del reato economico, che consente la sua estensione a ulteriori illeciti (si pensi solo ai reati contro le risorse naturali, l’ambiente, il patrimonio storico e l’ordine del territorio) non propriamente definibili come economici (v. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit., 143).

²³ Fra le prime tematizzazioni sul punto RUGGIERO, *Organized and Corporate Crime in Europe: Offers that Can't be Refused*, 1996, 127 ss.

nazione dei contenuti, l'autonomia della materia in esame rispetto all'insegnamento del diritto penale deve congiungersi all'obiettivo di un approfondimento delle tematiche trattate compatibile con il sistema didattico universitario. A questo scopo, almeno in riferimento alla tradizione italiana²⁴ la nozione di **diritto penale commerciale** (in senso stretto) appare la più idonea, in quanto legata al **diritto penale societario e fallimentare**, cioè «ai due complessi normativi che formano il nucleo storico del diritto penale dell'impresa, della quale intendono salvaguardare la sopravvivenza e il regolare funzionamento»²⁵. Va da sé che, tra le disposizioni del codice civile relative alle società commerciali e quelle della legge fallimentare, trova posto la **disciplina penale del mercato mobiliare**, che delle prime costituisce la naturale prosecuzione.

Assunta questa partizione dell'opera, si comprende perché siano state evitate le denominazioni di diritto penale dell'impresa o dell'economia, entrambe evocative di più vaste tematiche: si pensi solo al diritto bancario e tributario, ma anche al diritto penale industriale, del lavoro, dell'ambiente ecc. Va comunque ribadito, anche alla luce dell'esperienza straniera, che nella materia in esame il titolo dell'opera presenta un valore essenzialmente convenzionale.

4. Alcune generali caratteristiche del diritto penale commerciale.

Una volta delimitata la materia nel senso appena specificato, è opportuno anticipare alcune osservazioni generali sulle fattispecie oggetto del nostro studio.

a) Anzitutto è da rilevare come le norme che verranno al nostro esa-

²⁴ Cronologicamente, il primo libro di testo universitario dedicato alla nostra materia è stato quello di ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I reati fallimentari e societari*, 1959. Nell'*Avvertenza* l'Autore rilevava che, «fra le numerose norme penali che esistono *extra codicem* e che costituiscono il c.d. diritto penale complementare, non è dubbio che le più importanti, non solo per il loro raggio di azione, ma anche per la complessità della materia, sono quelle contenute nella legge fallimentare del 16 marzo 1942, n. 267 e quelle del codice civile relative alle società di commercio (titolo XI del libro V). Questi due gruppi di norme, il cui studio forma oggetto del presente volume, offrono un particolare interesse, anche perché per lungo tempo sono stati trascurati dai cultori del diritto penale, i quali soltanto in questi ultimi anni hanno dedicato ad essi la loro attenzione, pur non essendo mancato in precedenza qualche lavoro assai significativo».

²⁵ Così la *Presentazione* del volume di PEDRAZZI *etc.*, VI. V. anche ALESSANDRI (2010), 251 ss.; CONTI, nella *Prefazione a Diritto penale commerciale*, 1965, I.

me siano tutte **collocate all'esterno del codice penale**, il quale invece negli artt. 499-512 contempla una serie di delitti «contro l'economia pubblica».

Sarebbe però errato pensare di contrapporre un'economia pubblica tutelata all'interno del codice penale e una "privata" rientrante nel diritto penale commerciale: da un lato, l'economia "privata" è anche pubblica nella misura in cui i fatti ivi rientranti possono avere effetti nocivi per il funzionamento non solo delle società commerciali, ma pure del mercato finanziario nel suo complesso; dall'altro lato, l'economia pubblica del codice penale si riduce a un insieme di norme prive di un effettivo comune denominatore diverso dal generico riferimento a interessi dotati di rilievo economico e in gran parte destinate, nella visione del legislatore del 1930, a trovare composizione nell'ordinamento corporativo²⁶.

Piuttosto, anche guardando all'esperienza straniera, insorge il quesito se *de jure condendo* sia auspicabile la **collocazione dei reati societari, finanziari e fallimentari all'interno del codice penale**.

Le ragioni a fondamento della soluzione codicistica, come pure di quella contraria, sono state da tempo individuate. In favore dell'inserimento nel codice penale depone la più agevole conoscibilità dei precetti, cui dovrebbe conseguire una più incisiva capacità di orientamento culturale e quindi una maggiore efficacia sul piano della prevenzione generale; neppure va trascurato che tale opzione potrebbe ostacolare derive ermeneutiche legate a una supposta specialità e autonomia dei reati in esame²⁷. In senso opposto induce invece l'elevato tecnicismo delle disposizioni, che non possono essere sradicate dal contesto normativo di riferimento alla luce dei loro legami con le regole e i concetti ivi stabiliti nonché con la disciplina amministrativa sanzionatoria posta a complemento e integrazione delle stesse fattispecie penali.

²⁶ ALESSANDRI (2010), 49 s.; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, 1994, 9 ss.; GIUNTA (2004), 65 ss.; SEMINARA, in PEDRAZZI *etc.*, 666 ss.

²⁷ Per tali argomentazioni, tra gli altri, FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica*, cit., 217; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, 1992, 266 ss.; RAMPIONI, in RAMPIONI, 5 ss.; ROMANO, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, 2003, III, 1895; ID., in *Comportamenti economici e legislazione penale*, 1977, 190 ss. La soluzione in esame, rispetto alle norme oggetto del nostro studio, è tendenzialmente accolta dal titolo XIII del libro II del codice penale spagnolo del 1995 e una sua raffinata rappresentazione era già rinvenibile nell'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, a cura di Lampe-Lenckner-Stree-Tiedemann-Weber, 1977 e, rispetto all'Italia, negli artt. 108-120 del titolo VII, "Dei reati contro l'economia", del Progetto Pagliaro del 1991. Il codice penale tedesco del 1974 prevede solo i reati fallimentari (§ 283 ss.), mentre l'ordinamento francese privilegia l'adozione di testi unici che raccolgono le discipline di settore.

Ai fini dell'alternativa ora rappresentata, può essere certamente scartata la proposta di ricondurre all'interno del codice penale, nella loro interezza, gli interi apparati penalistici in tema societario, finanziario e fallimentare: l'idea di un codice penale esaustivamente destinato a raccogliere tutto il diritto penale, nella sua pratica irrealizzabilità, si presenta come l'anacronistica riproposizione di pensieri risalenti all'illuminismo settecentesco²⁸. Realisticamente, il dilemma si pone tra la collocazione nel codice penale di un insieme di reati economici più significativi, con la distribuzione delle restanti disposizioni in discipline di settore, e la costruzione di testi unici destinati a regolamentare organicamente e sistematicamente specifiche materie tecniche.

La prima soluzione, pur non suscitando decisive opposizioni di principio²⁹, risulta indebolita dall'arbitrarietà insita nell'individuazione dei reati più significativi, meritevoli di figurare nel codice penale; inoltre, se davvero una siffatta scelta topografica perseguisse finalità di orientamento culturale, dovrebbe inevitabilmente conseguirne la "svalutazione" dei residui reati compresi nella legislazione complementare.

Invero, rispetto a vantaggi solo teorici legati alla visione del codice come carta dei valori fondamentali della collettività, la necessità di un raccordo tra norme penali codicistiche ed extracodicistiche e tra esse e la disciplina primaria di riferimento e quella amministrativa-sanzionatoria di complemento induce a ritenere più convincente la soluzione di leggi organiche di settore, da intendersi come "microsistemi integrati"³⁰.

Da ultimo, sul problema appena esaminato si sono registrati interventi legislativi non ispirati da una rigorosa coerenza. L'art. 1 comma 85, lett. q), l. 23 giugno 2017, n. 103, prevedeva l'emanazione di decreti legislativi tendenti all'«attuazione, sia pure tendenziale, del principio della **riserva di codice nella materia penale**, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, (...) attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale»; da sottolineare come, all'interno di tali beni, fosse espressa-

²⁸ Per tutti FIANDACA, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di Donini, 2003, 2; PALIERO, in *Riv. it.*, 2004, 1014 ss. Sulle difficoltà di una codificazione dei reati in materia economica PALIERO, in *Riv. it.*, 2000, 476 ss.; PELISSERO, in *La riforma della parte speciale del diritto penale*, a cura di Papa, 2005, 208 ss.

²⁹ In favore di questa soluzione FOFFANI, in *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik*, 2001, 351; ID., in *Modelli ed esperienze*, cit., 303. V. pure DONINI, *ivi*, XXV s.

³⁰ Ampiamente DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, 2003, 106 ss., 166 ss., 219 ss.

mente menzionata la «correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato» che, pur nella sua vaghezza, si prestava a comprendere per intero il diritto penale commerciale. Il risultato di questa delega è costituito dall'**art. 3 bis c.p.**, introdotto dal d.lg. 1° marzo 2018, n. 21, che nonostante l'ambiziosa rubrica – «Principio della riserva di codice» – si limita a stabilire che «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia»: deve dedursi che per il diritto penale commerciale nulla è destinato a cambiare.

b) Il diritto penale commerciale, nonostante l'attributo "penale", comprende non solo delitti e contravvenzioni, ma anche **illeciti amministrativi**.

Tale affermazione può apparire sorprendente poiché, se già nette sono le differenze tra delitti e contravvenzioni, ancora più marcate risultano le diversità tra illeciti penali e illeciti amministrativi sul piano dei criteri di imputazione e delle regole di diritto sostanziale e processuale.

È noto, sotto questo profilo, che la distinzione tra delitti e contravvenzioni, nonostante in passato avesse trovato espressione in concrete e razionali direttrici di politica criminale³¹, da tempo risulta appannata talvolta a causa di precise – ancorché discutibili – scelte politico-criminali del legislatore, altre volte come conseguenza dei vincoli imposti ai decreti legislativi di recepimento delle direttive e di altri atti dell'Unione europea attraverso le c.d. leggi di delegazione europea³². Ancora più oscura è però divenuta la differenziazione tra reati e illeciti amministrativi.

³¹ Si veda la circolare 5 febbraio 1986 della Presidenza del Consiglio dei Ministri (in *Cass. pen.*, 1986, 624). In argomento, per tutti, DOLCINI, in *Riv. it.*, 1987, 777 ss.; DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, 1993, 313 ss.; PADOVANI, in *Riv. it.*, 1984, 952 ss.; PALAZZO, in *Ind. pen.*, 1986, 35 ss.

³² Le leggi di delegazione europea richiamano in esordio i criteri di cui agli artt. 31 e 32 l. 24 dicembre 2012, n. 2341. In particolare, l'art. 32 stabilisce al comma 1 lett. d) che nuove sanzioni penali sono ammesse solo nella forma delle contravvenzioni e «solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti», mentre le sanzioni amministrative sono riferibili a «infrazioni che ledono o espongono a pericolo interessi diversi da quelli indicati dalla presente lettera». Alla stregua di questa ripartizione, sembrerebbe che la categoria dell'illecito amministrativo si caratterizzi alla luce di una lesività nei confronti di beni non tutelati né riconosciuti dalla Costituzione: ciò che potrebbe indurre a dubitare della sua stessa legittimità, in ragione del vuoto di fini che programmaticamente la caratterizza nell'opinione dello stesso legislatore. È vero, tuttavia, che il prosieguo dell'art. 32, nel dettare i parametri per la determinazione della pena e della sanzione amministrativa, nonché per l'applicazione della confisca e delle pene e sanzioni interdittive, evoca elementi caratterizzanti il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto, che sul piano dei contenuti avvicinano l'illecito amministrativo al reato.

tivi, che nel settore societario appare ispirata da imperscrutabili criteri, mentre nel settore finanziario sembra dominata dalla scelta di attribuire il potere punitivo alle autorità di vigilanza.

Non resta dunque che prendere atto della compresenza, nel diritto penale commerciale, di illeciti penali e illeciti amministrativi, questi ultimi spesso talmente integrati ai primi da rendere impossibile una qualsiasi demarcazione³³.

È da aggiungere, al fine di dimostrare la complessità della materia, che comunque la distinzione tra reati e illeciti amministrativi trova nuovi contenuti – come si vedrà nel settore del diritto penale del mercato mobiliare, ancora non del tutto esplorati – alla luce della giurisprudenza della **Corte EDU** che, a partire dalla celebre sentenza Engel contro Paesi Bassi dell'8 giugno 1976, afferma la valenza penale anche di sanzioni amministrative, indipendentemente dalla loro qualifica nell'ordinamento interno, sulla base della natura dell'illecito o della natura e del grado di severità della sanzione.

Particolarmente significativo è l'accento posto sulla gravità della sanzione, che nel t.u.f. attinge livelli estremamente elevati (ad es., l'art. 190 prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da 30.000 fino a 5 milioni di euro ovvero fino al 10% del fatturato se di importo superiore a 5 milioni) e quindi connotati da un'afflittività tale da caratterizzare i relativi illeciti, in conformità alla giurisprudenza in materia di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in senso penale. Ma ancor più si impone questa valutazione alla luce della disciplina dell'illecito amministrativo in rapporto all'illecito penale.

Qui basti dire che la storia del diritto penale degli ultimi due secoli si è svolta all'insegna di un'**umanizzazione della pena** che ha condotto, agli inizi del '900, alla previsione del beneficio della sospensione condizionale e poi, una volta acquisita consapevolezza degli effetti desocializzanti connessi alle pene detentive brevi, alle sanzioni sostitutive e a varie misure alternative alla detenzione. È accaduto così che, mentre la funzione rieducativa della pena induceva a restringerne sempre più gli ambiti applicativi, rigogliosamente è cresciuto nel frattempo l'illecito amministrativo, senza che l'entità delle sanzioni da esso comminate suscitate preoccupazioni di ordine costituzionale.

Sul piano esecutivo, la sanzione amministrativa pecuniaria non conosce la possibilità di una sospensione condizionale e inoltre per essa trova

³³ Analogamente la dottrina tedesca esclude che la nozione di *Wirtschaftsstrafrecht* abbia ad oggetto il diritto penale in senso stretto, comprendendo anche le *Ordnungswidrigkeiten* (per tutti ACHENBACH, *Wirtschaftskriminalität*, cit., 185; MÜLLER-GUGENBERGER, in *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 6 s.).

applicazione il regime civilistico della prescrizione *ex art. 2943 c.c.*, che attraverso l'istituto dell'interruzione può rivelarsi assai più rigoroso della prescrizione penale di cui all'art. 157 c.p. In confronto a una prassi giudiziaria caratterizzata da un elevatissimo tasso di prescrizione per i reati, ovvero da un'usuale concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena detentiva (e delle correlative pene accessorie) per le condanne non superiori a due anni, l'**illecito amministrativo**, nei casi di sanzioni pecuniarie particolarmente elevate, ancor più se congiunte a sanzioni accessorie di tipo interdittivo, è in realtà **assai più temibile** delle contravvenzioni e, non di rado, di delitti puniti con pene di modesta entità.

c) Il diritto penale commerciale – si è per lungo tempo affermato – è “ontologicamente” accessorio alla disciplina di riferimento. In tempi ormai risalenti, questa **accessorietà** veniva risolta nella natura meramente sanzionatoria del diritto penale commerciale, la cui funzione si esauriva dunque nel punire le violazioni della normativa primaria.

Sul piano storico, una siffatta concezione trovava conferma in taluni reati societari del codice civile, formulati in base a un'exasperata tecnica casistica consistente nella previsione di una penalità per le trasgressioni delle disposizioni ivi richiamate (v. in particolare gli abrogati artt. 2623, 2630 e 2632); attualmente, questa tecnica casistica costituisce una caratteristica ricorrente negli illeciti amministrativi previsti nel t.u.f.

La concezione sanzionatoria non trova oggi più alcun credito a causa delle peculiarità del diritto penale, i cui fini impongono regole proprie nella ricostruzione del fatto e nell'accertamento della responsabilità. L'accessorietà del diritto penale commerciale si risolve dunque, più semplicemente, in un **vincolo interpretativo** relativamente agli elementi normativi che trovano esplicazione nelle disposizioni civilistiche di riferimento. V'è però un ulteriore profilo di tale accessorietà meritevole di essere evidenziato.

Una volta stabilito che il diritto penale societario, mobiliare e fallimentare è per sua natura accessorio alla generale disciplina del contesto nel quale viene chiamato a operare, risulta inammissibile che una condotta lecita in base a quest'ultima sia dichiarata penalmente illecita: per ragioni garantistiche oltre che logiche, il **principio di non contraddizione** (ma anche di coerenza e di unità) dell'ordinamento giuridico impone di considerare lecito un comportamento che, pur essendo riconducibile al 'tipo' di un reato, è al tempo stesso espressamente facoltizzato da una diversa norma³⁴.

³⁴ Per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., 2017⁶, 270 ss.

Occorre però fare attenzione, in quanto il fondamento appena riferito viene comunemente posto a base della scriminante dell'art. 51 c.p., relativa all'esercizio di un diritto: il difetto di anti giuridicità risulta cioè subordinato alla condizione che, ovunque all'interno della legislazione, sia rinvenibile una norma attributiva della facoltà legittima di commettere un fatto. Il riconoscimento di un diritto ad agire o ad omettere non va dunque assimilato alle situazioni in cui la disciplina extrapenale si limita ad ammettere spazi di irrilevanza, la cui giustificazione risulti rinvenibile sul piano dell'opportunità o della certezza giuridica ma non su quello dei valori. Così, ad es., l'**art. 2343 comma 4 c.c.** sancisce che la società deve proporzionalmente ridurre il capitale sociale se il valore dei beni o dei crediti conferiti risulta inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento: l'insussistenza di tale obbligo qualora i conferimenti risultino difforni dal valore effettivo in misura inferiore a un quinto non implica però un corrispondente diritto di sopravvalutazione all'interno del limite indicato e consente dunque la configurabilità del reato di cui all'art. 2632 c.c. anche in ipotesi di inoperatività della prescrizione di cui all'art. 2343 c.c.³⁵.

d) Una peculiare caratteristica degli illeciti rientranti nel diritto penale commerciale – soprattutto nei reati societari e fallimentari – va ravvisata nella loro natura di **reati propri**, legati a una particolare qualifica dell'agente: amministratore, direttore generale, sindaco, componente del consiglio di gestione o del comitato di sorveglianza, liquidatore, imprenditore ecc.

Tra i più rilevanti problemi derivanti da tale conformazione delle fattispecie incriminatrici v'è quello inerente alla responsabilità – fuori dai meccanismi dell'imputazione concorsuale – di chi, senza rivestire la qualifica richiesta, abbia esercitato in concreto le relative funzioni. A questo proposito vengono in rilievo le situazioni più eterogenee, potendosi trattare dell'imprenditore o dell'amministratore occulto, che per sfuggire alla sanzione penale si cela dietro un prestanome formalmente investito delle funzioni come pure di colui che esercita poteri che invece non gli spettano a causa di un difetto (nullità, revoca, rinuncia o decadenza) dell'atto di nomina. Ma non solo: un concreto svolgimento di attività corrispondenti alle funzioni previste dalla legge, in ambito societario, trova frequente realizzazione negli enti a base familiare o caratterizzati da una ristretta compagine sociale, ove non di rado il socio di maggioranza

³⁵ Conf. PEDRAZZI (1997), 365; conf. Cass., sez. V, 2 marzo 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 434. Anche alla luce di questo rilievo può condividersi l'idea di un «equivoco dell'accessorietà»: cfr. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, 2009, 51.

agisce come amministratore di fatto, nonché all'interno di società di medie e grandi dimensioni – rispetto ai soci di controllo e a quanti si ingrediscono incisivamente nella gestione avvalendosi di vincoli contrattuali o della propria forza finanziaria – e dei gruppi di società in riferimento agli amministratori della *holding*.

Mentre in materia fallimentare la nozione di imprenditore di fatto non ha suscitato obiezioni fin da tempi risalenti, al contrario nel diritto penale societario si registrava un contrasto tra la giurisprudenza, che accoglieva la c.d. teoria funzionale fondata sull'esercizio concreto delle funzioni, e una parte della dottrina, che respingeva un'estensione delle qualifiche societarie in base al divieto di analogia (*infra*, cap. II, § 10). Rispetto al settore societario, la questione è stata risolta dall'introduzione dell'art. 2639 (vol. II, cap. I, § 6).

e) Restando sul piano della **struttura delle fattispecie**, conviene avvertire che la maggioranza delle fattispecie oggetto di studio si atteggia come **reati di pericolo**. Questa caratteristica è meno evidente negli illeciti societari, ove la tutela del capitale sociale è affidata a numerosi reati di evento, mentre costituisce un dato pressoché costante nel diritto penale fallimentare e del mercato mobiliare. A sua volta, il pericolo viene talvolta declinato nella forma concreta (ad es., artt. 2621 e 2622 c.c., art. 185 t.u.f.) e più spesso nella forma astratta.

La differenza tra pericolo astratto e concreto ha però, nella nostra materia, solo limitate implicazioni. Se infatti essa consente di escludere la punibilità ogni volta che, nella situazione data, sia possibile escludere l'insorgenza del pericolo, il parametro di accertamento del pericolo concreto, in assenza di leggi scientifiche di copertura, è affidato alle reazioni di un ipotetico destinatario del bilancio o di un "medio" investitore, con una conseguente astrazione del termine di riferimento³⁶.

La tendenziale conversione del pericolo concreto in pericolo astratto, a ben vedere, si lega all'**immaterialità dei beni tutelati**: se ancora nel diritto penale fallimentare è possibile porre in primo piano l'interesse patrimoniale dei creditori, nel diritto penale societario e del mercato mobiliare vengono in rilievo la trasparenza degli enti, il capitale sociale, il regolare andamento della gestione, lo svolgimento dei compiti di vigilanza delle Autorità, l'ordinato funzionamento del mercato e la fiducia degli investitori, cioè interessi la cui lesione è desumibile assai più dalla violazione di regole di condotta poste a carico dei destinatari dei vari precetti che da un danno effettivo e oggettivamente misurabile. Come si

³⁶ Sulla tematica dei reati di pericolo è sufficiente un rinvio a D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, 2012, 143 ss.

vedrà nella successiva analisi, numerose perplessità insorgono rispetto all'inquadramento di questi interessi, strumentali o istituzionali, come beni giuridici, a causa della loro incapacità di svolgere una funzione critica verso l'esercizio del potere punitivo.

E non basta, perché dalla conformazione delle fattispecie in esame come reati di pericolo deriva una **normativizzazione del dolo**, che registra uno svuotamento delle proprie componenti psicologiche. Escludendo le disposizioni, presenti soprattutto nel diritto penale societario, che richiedono un dolo intenzionale e quelle altre in cui l'avverbio "consapevolmente" adempie alla funzione di negare rilievo al dolo eventuale, il profilo rappresentativo e il momento volontaristico, riferiti a reati di condotta, si riducono infatti alla mera coscienza del fatto posto in essere, in un contesto formalizzato che da un lato non concede spazi operativi all'inevitabilità dell'errore o dell'ignoranza *ex art. 5 c.p.*, dall'altro estende i propri confini a situazioni sostanzialmente colpose ma attratte nella sfera del dolo eventuale³⁷.

In altre parole, la responsabilità si fonda sull'inosservanza di regole di condotta ancorate alla qualifica del soggetto attivo e assai modesto risulta il ruolo della colpevolezza.

f) Un ultimo profilo meritevole di attenzione, in questa esposizione di talune generali caratteristiche del diritto penale commerciale, risiede nella sua internazionalizzazione ovvero nella sua regionalizzazione.

La tendenza verso una **internazionalizzazione** delle normative è agevolmente comprensibile alla luce della natura transnazionale di molte fenomenologie criminose e del carattere multinazionale delle grandi società commerciali: è qui sufficiente citare, a scopo esemplificativo, il reato di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.), oggetto di numerose convenzioni tese a rafforzare la sua repressione mediante un'armonizzazione delle fattispecie penali, alla quale si collegano strumenti di cooperazione processuale³⁸. Alla medesima prospettiva dell'internazionalizzazione contri-

³⁷ In argomento DE MURO, *Il dolo*, 2010, II, 355 ss.; DONINI, in *Riv. trim.*, 1999, 1 ss.; ID., *Il delitto contravvenzionale*, cit., 288 ss.; EUSEBI, in *Riv. it.*, 2000, 1098 ss.; LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale*, 2004, 277 ss.; PEDRAZZI, in *Riv. it.*, 2000, 1265 ss.

³⁸ In materia di corruzione si segnalano la Convenzione OCSE del 21 novembre 1997, la Convenzione del Consiglio di Europa del 27 gennaio 1999 e le Convenzioni ONU di Palermo, 15 novembre 2000 e di Merida del 31 ottobre 2003; rispetto al riciclaggio possono citarsi le 40 raccomandazioni del Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI), le Convenzioni del Consiglio di Europa dell'8 novembre 1990 e del 16 maggio 2015 e la Convenzione ONU di Vienna, 19 dicembre 1988, nonché quelle già menzionate di Palermo e di Merida. La corruzione e il riciclaggio di capitali sono men-

buiscono l'ONU, l'OCSE e altre organizzazioni internazionali, impegnate a promuovere la volontaria adesione a codici di condotta o di comportamento³⁹.

Rispetto ai settori oggetto del nostro studio assume rilievo ancora maggiore il processo di **regionalizzazione** all'interno dell'Unione europea, i cui effetti si sono manifestati con particolare evidenza nel diritto penale del mercato mobiliare e, in particolare, nelle incriminazioni dell'abuso di informazioni privilegiate e della manipolazione del mercato⁴⁰; neppure però possono trascurarsi le influenze esplicate nel diritto penale societario, come conseguenza delle direttive sulla tutela del capitale sociale e dei conti annuali e consolidati⁴¹. Nessuna evidenza è invece rinvenibile rispetto al diritto penale fallimentare.

La situazione si presenta dunque nei seguenti termini. Attualmente, all'interno dell'Unione europea il diritto societario ha conseguito un elevato grado di omogeneizzazione, non riscontrabile invece in riferimento alle correlative incriminazioni e alle sanzioni. Nondimeno, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede all'art. 83 comma 2 che, «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive».

Ora, non può dubitarsi che il diritto societario abbia costituito oggetto di misure di armonizzazione, tese a stabilire «condizioni giuridiche equivalenti minime nell'Unione quanto all'ampiezza delle informazioni finanziarie che dovrebbero essere fornite al pubblico da parte di imprese concorrenti» e ad «accrescere in tutta l'Unione la comparabilità e la fiducia del pubblico nei bilanci e nell'informativa di bilancio fornendo informazioni specifiche più ampie e coerenti» (così affermano i

zionati anche dall'art. 69 B, comma 1, del Trattato di Lisbona come materie devolute alla competenza del Parlamento europeo e del Consiglio, in quanto rientranti nelle «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su base comuni».

³⁹ Sul tema TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 4 s.

⁴⁰ Direttive 13 novembre 1989, n. 89/592/Cee, 28 gennaio 2003, n. 2003/6/Ce e 16 aprile 2014, n. 2014/57/Ue, alla quale si aggiunge il regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014. Ampi riferimenti sulla europeizzazione degli ordinamenti penali nazionali si rinvengono in *Europäisches Strafrecht*, a cura di Sieber, Satzger, Heintschel-Heinegg, 2014², 303 ss.

⁴¹ Direttive 13 dicembre 1976, n. 77/91/Cee, 25 luglio 1978, n. 78/660/Cee, 13 giugno 1983, n. 83/349/Cee, 17 maggio 2006, n. 2006/43/Ce e 26 giugno 2013, n. 2013/34/Ue.

considerando nn. 8 e 55 della direttiva n. 2013/34/UE). La necessità di un corrispondente intervento armonizzatore, per le fattispecie penali del diritto societario, appare dunque incontestabile⁴², allo stesso modo in cui lo è per le norme penali del mercato mobiliare estranee alla materia degli abusi di mercato. Ma per le medesime ragioni non può dubitarsi dell'esigenza di evitare disparità di trattamento, all'interno dell'Unione, anche rispetto al diritto penale fallimentare, poiché la diversità della disciplina sanzionatoria può innescare fenomeni distorsivi della concorrenza, favorendo la dislocazione delle imprese negli Stati che assicurano il regime più favorevole.

Tra le fonti del diritto penale commerciale, il diritto dell'Unione europea è quindi destinato a svolgere un ruolo di sempre maggiore rilievo. Di fronte agli sbandamenti del legislatore nazionale nel diritto penale societario, alle sue amnesie nel diritto penale del mercato mobiliare e alla sua inerzia nel diritto penale fallimentare, non si tratta certo di un male; è vero, tuttavia, che i più recenti atti eurounitari sul tema degli abusi di mercato rivelano una notevole approssimazione pure nell'attività del Parlamento europeo.

5. L'evoluzione degli assetti sanzionatori.

A titolo introduttivo rispetto alle problematiche che saranno appresso esaminate, è opportuno porre a confronto l'evoluzione storica del diritto penale fallimentare, societario e del mercato mobiliare.

a) Le incriminazioni più risalenti sono quelle **fallimentari**: già il nome di bancarotta che ancora oggi designa le fattispecie più gravemente sanzionate evoca il rito della rottura del banco sul quale svolgeva la propria attività il mercante divenuto insolvente, come suggello della sua espulsione dalla corporazione. In tale consuetudine, risalente agli statuti medievali, l'insolvenza era equiparata alla frode: *decoctor ergo fraudator*, affermava Baldo degli Ubaldi (1327-1400), e per il debitore erano previ-

⁴² Nel senso che la trasparenza e l'affidabilità dell'informazione societaria e dei mercati finanziari siano oggi «beni di interesse comune» di rilevanza eurounitaria, che richiedono una tutela uniforme da parte degli Stati membri, FOFFANI, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso-Picotti-Sicurella, 2011, 597 ss.; v. anche TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 42 ss. In specifico riferimento all'art. 83 comma 2 TFUE si rinvia a *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, a cura di Bernardi, 2015; BERNARDI, in *Dir. pen. cont.*, 2012, n. 1, 45 ss.; LUCHTMANN-VERVAELE, in *Riv. trim.*, 2014, 689 ss.

ste pene detentive assai severe, quando non anche la pena capitale⁴³. A conferma di questo giudizio di estremo disfavore nei confronti del fallito può aggiungersi che nel *Dei delitti e delle pene* Beccaria, pur sottolineando la necessità di distinguere «il fallito doloso dal fallito innocente» (§ XXXIV), solo nella V edizione, del 1766, rispetto al «fallito innocente» avrebbe negato l'esistenza di un «pretesto legittimo, come la sicurezza del commercio, come la sacra proprietà dei beni, che giustifichi una privazione di libertà inutile», laddove nelle precedenti stesure dell'opera si era invece ammesso che il debitore «dovrebbe esser custodito come pegno dei suoi debiti ovvero adoperato nelle opere sue in isconto»⁴⁴.

Mutate dalla legislazione francese nelle codificazioni italiane preunitarie, le fattispecie di bancarotta – ora legate non più semplicemente all'insolvenza o al fallimento, bensì a condotte di frode nei confronti dei creditori o di grave negligenza – sono trasmigrate negli artt. 856 ss. del codice di commercio del 1882, per poi infine trovare collocazione negli artt. 216 ss. r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare, abbreviata come l.fall.). Salvo talune variazioni nella tipizzazione delle condotte e dell'elemento psicologico, va evidenziato come gli archetipi della codificazione napoleonica abbiano resistito fino ad oggi, anche nella severità delle pene: il delitto di bancarotta fraudolenta è sanzionato con la reclusione da tre a dieci anni, quello di bancarotta semplice da sei mesi a due anni e per entrambi sono previste sanzioni interdittive. Merita altresì di essere sottolineato che, rispetto alle fattispecie penali, l'impianto originario del 1942 ha registrato ben poche modificazioni, che hanno lasciato pressoché inalterata la trama delle incriminazioni⁴⁵.

b) La differente storia dei **reati societari** non può sorprendere: se la bancarotta, in quanto violazione del vincolo fiduciario gravante sulle par-

⁴³ Per riferimenti storici cfr. ALESSANDRI (2010), 17 ss., 31 ss.

⁴⁴ Davvero struggente la nota apposta da Beccaria a illustrare il mutamento di opinione: «Il commercio, la proprietà dei beni, non sono un fine del patto sociale, ma possono esser un mezzo per ottenerlo. L'espone tutt'i membri della società ai mali per cui tante combinazioni vi sono per farli nascere, sarebbe un subordinare i fini ai mezzi, paralogismo di tutte le scienze, e massimamente della politica, nel quale son caduto nelle precedenti edizioni, ove dicea che il fallito innocente dovesse esser custodito come un pegno dei suoi debiti, o adoperato come schiavo al lavoro per i creditori. Ho vergogna di avere scritto così. Son stato accusato d'irreligione, e non lo meritava. Sono stato accusato di sedizione, e non lo meritava. Ho offeso i diritti della umanità, e nessuno me ne ha fatto rimprovero».

⁴⁵ Si segnalano qui le innovazioni apportate mediante gli artt. 217 *bis*, 218, 223 comma 2 l.fall. e la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (d.lg. 8 luglio 1999, n. 270).