

# Capitolo I

## Nozioni generali

---

**Sommario:** 1. Gli interessi tutelati. – 2. Le tecniche di tipizzazione e la procedibilità a querela. – 3. Le cause estintive del reato. – 4. Il danno e l'art. 2640. – 5. La confisca. – 6. Le qualifiche soggettive. – 7. La prescrizione. – 8. L'ambito applicativo del titolo XI, libro V, c.c. e le sue partizioni interne. – 9. La responsabilità della persona giuridica per i reati societari.

### 1. Gli interessi tutelati.

«Il legislatore penale societario per lo più non interviene direttamente sui conflitti economico-sociali, ma su territori normativamente strutturati: ripercorre le direttrici della disciplina privatistica del fenomeno societario per rafforzarne le nervature ritenute essenziali (non sempre a dire il vero sulla scorta di motivazioni intelleggibili). È dunque una realtà normativamente filtrata che si riversa nelle fattispecie di reato»<sup>1</sup>.

Senza riprendere qui l'obsoleto dibattito sulla natura sanzionatoria degli illeciti penali (e amministrativi, lo si precisa una volta per tutte) in materia societaria (v. vol. I, cap. I, § 4), emerge così che essi si muovono lungo solchi prefissati dalla disciplina primaria di riferimento, dalla quale derivano **oggetti immediati di necessaria tutela normativa**, nei quali prende consistenza la regolamentazione delle istituzioni societarie: anzitutto, la veridicità e la completezza dell'informazione societaria; quindi l'integrità e l'effettività del capitale sociale; ancora, il patrimonio della società e la correttezza della gestione sociale pure in rapporto alle funzioni di controllo interno; infine, con un'apertura a interessi extrasocietari ovvero regolativi del mercato, l'efficienza della vigilanza delle autorità amministrative e il regolare andamento del mercato<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> PEDRAZZI (1997), 349; nello stesso senso ALESSANDRI, in ALESSANDRI (2002), 13.

<sup>2</sup> In questa prospettiva, tra gli altri, GIUNTA (2004), 145 ss.; GIUNTA-GUIDI, *Reati societari*, in *Enc. giur. it.*, XXIX, 2005, 3; PEDRAZZI (1997), 350; ROSSI (2012), 7.

Si è detto ‘oggetti immediati di tutela normativa’, ma potrebbe anche dirsi **oggetti normativi di tutela immediata**: se la loro esistenza deriva dalla disciplina delle società, questa in tanto può aspirare a porsi come un corpo di regole concretamente operanti nel sistema economico, in quanto sia presidiata da fattispecie sanzionatorie. Si comprende però che tale immediatezza attiene alla tipizzazione della condotta, che tuttavia – come già rilevato – mantiene un ruolo servente rispetto ai beni finali che il contesto di riferimento caratterizza in senso patrimoniale. A questo punto cominciano le difficoltà concettuali.

Il problema, ampiamente dibattuto, consiste nello stabilire se gli interessi prima elencati possano elevarsi al rango di altrettanti beni giuridici. Qui la riflessione investe la compatibilità della nozione di bene giuridico – intesa nella pienezza delle sue funzioni garantistiche – con oggetti che, a causa della loro natura strumentale ovvero istituzionale, manifestano difficoltà di “aggancio” costituzionale e, quel che più conta, non presentano un sufficiente grado di materialità cui riferire la lesività della condotta concreta.

Ora, appare innegabile che l’esigenza di un controllo penale in materia societaria, imposto dallo sviluppo vorticoso dell’economia e dalla sua sempre più articolata e complessa organizzazione, ha innescato una crisi della teoria del bene giuridico maturata sul diritto penale “classico” e sulle sue incriminazioni poste a tutela di beni individuali, favorendo la proliferazione di fattispecie di pericolo proiettate sulla tutela di **interessi sovraindividuali o istituzionali**. A questa crisi non può certo offrire una soluzione la vieta nozione di plurioffensività del reato – legata a un approccio meramente descrittivo dei possibili oggetti di tutela normativa –, incompatibile con la teoria del bene giuridico salvo ad ammettere la necessità, per la sussistenza dell’illecito, di una contestuale offesa di tutti gli interessi protetti<sup>3</sup>. Allo stesso modo, ben scarso aiuto può derivare dai proclami in favore di un diritto penale c.d. minimo, che per la purezza dei principi vorrebbero relegare in ambito civilistico e amministrativo gli illeciti posti a tutela di beni mediati o strumentali<sup>4</sup>, così sci-

---

<sup>3</sup> Sul c.d. dogma della plurioffensività, per tutti, NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 29 ss., cui si rinvia pure per la ricostruzione delle teorie elaborate sotto il previgente sistema dei reati societari.

<sup>4</sup> Nell’ampio dibattito internazionale, per la dottrina tedesca HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, 118 ss.; LÜDERSSEN, in *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, 1975, 274; v. anche HASSEMER, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, 85 ss.; ID., in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, 383 s.; ID., in *Festschrift für Günter Bemmman*, 1997, 175 ss. Nella dottrina spagnola, per tutti, GRACIA MARTÍN, in *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, a cura di Deme-

volando verso un piano nominalistico ove il rilievo penale delle condotte è stabilito sulla base della natura formale dell'interesse.

All'interrogativo se la veridicità dell'informazione societaria, l'integrità e l'effettività del capitale sociale ecc. siano qualificabili come beni giuridici penalmente tutelabili potrebbe risponderci che questi interessi istituzionali sono null'altro che semplici articolazioni dei beni finali, cui essi rinviano e ai quali sono concettualmente riconducibili; ma per evitare ogni elusione del problema, con tutte le sue implicazioni in tema di tecnica normativa, è preferibile dare a quell'interrogativo una soluzione ancora più nettamente positiva. Che voglia sottolinearsi la significatività a livello costituzionale del bene della trasparenza societaria alla luce della sua immedesimazione con il valore dell'autonomia dell'impresa e della libertà di iniziativa economica<sup>5</sup> o si miri più in generale ad affermare la meritevolezza di tutela dei beni giuridici strumentali come fenomeno caratteristico del diritto penale societario, teso ad «assicurare, in via preventiva, “condizioni favorevoli” alla tutela degli interessi “finali” dei singoli»<sup>6</sup>, è decisivo il rilievo che, nel settore in esame, gli interessi istituzionali amalgamano posizioni di vantaggio o bisogno individuale, sicché la loro offesa si rivela capace di incidere direttamente su una pluralità di posizioni individuali<sup>7</sup>: ciò che appunto si verifica rispetto alla veridicità e completezza dell'informazione societaria, all'integrità ed effettività del capitale sociale ecc., a causa della loro proiezione sulle sfere economiche dei soci, dei creditori e di quanti assumano tali qualifiche in conseguenza della commissione dell'illecito.

D'altra parte, il grado di prossimità fra l'aggressione a questi beni strumentali o istituzionali e l'offesa degli interessi finali è dimostrato già

---

trio Crespo-Maroto Calatayud, 2014, 346 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2011<sup>3</sup>, 171 ss. Nella dottrina italiana, da ult. LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, 2013, 163 ss.; v. anche RAMPIONI, in RAMPIONI, 7 ss. e, per un'efficace descrizione del problema, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, 2005, 95 ss.; per una vigorosa critica DOLCINI, in *Riv. it.*, 1999, 17 s.; MARINUCCI-DOLCINI, *ibid.*, 808 ss.; PALIERO, *ivi*, 1994, 1249 s.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, 2004, 616 ss.; v. pure FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, 2014, 54 ss.; PULITANO, in *Riv. it.*, 2003, 132 ss.

<sup>5</sup> Così BRICOLA, in *ID.*, *Scritti di diritto penale*, II t. II, 1997, 3315; v. anche FLORA, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, 2006, 2312 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 170 ss.

<sup>6</sup> FLICK, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, II, 2002, 1319. Conf., tra gli altri, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001<sup>3</sup>, 541 ss.; v. pure FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, 1994, 131 ss.

<sup>7</sup> In questo senso PALAZZO, in *Riv. it.*, 1992, 473. V. pure ALESSANDRI, in ALESSANDRI (2002), 26 ss.; NAPOLEONI, in BONFANTE *etc.*, 2419; GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, 2018, 32 s.

dall'origine storica dei reati societari, nati dal ceppo dei delitti di truffa e appropriazione indebita allo scopo di apprestare, al patrimonio degli investitori e dei creditori, una tutela rafforzata anche in quanto anticipata: «**dire diritto penale societario è dire, in sintesi, anticipazione della tutela, mediante la creazione di una rosa di oggettività intermedie e strumentali, in posizione servente rispetto ai valori patrimoniali di fondo**»<sup>8</sup>. Considerando che l'intervento penale in ambito societario trova ulteriore giustificazione nella disciplina giuridica degli enti commerciali, nella loro autonomia patrimoniale per le società di capitali, nel distacco tra gestione e proprietà, nelle difficoltà e nei limiti di un controllo sull'amministrazione da parte di soci e creditori, la tesi che nega natura di beni giuridici agli interessi in questione incorre in una contraddizione logica, disconoscendo rilevanza penale a fatti che, per la loro incidenza cumulativa o per la loro insidiosità, possono rivelarsi maggiormente pericolosi di aggressioni dirette verso sfere economiche individuali<sup>9</sup>. Allargando il campo della riflessione, non può poi trascurarsi che sullo sfondo delle incriminazioni in esame sta anche l'interesse a un efficiente andamento del sistema economico, nella sua funzione di allocazione e produzione di ricchezza e, dunque, di benessere collettivo: qui, come si vede, il bene del patrimonio, da un'accezione statica e individuale tipica di una società "protocapitalistica", assume una connotazione dinamica e diffusa.

Si impone così la conclusione che informazione societaria, capitale sociale ecc. costituiscono beni meritevoli di tutela penale. Una **precisa-**  
**zione** si rende tuttavia opportuna.

La protezione dell'integrità e dell'effettività del capitale, del patrimonio sociale e della correttezza della gestione societaria costituiscono oggetto in sé di protezione normativa, alla luce della loro funzione di salvaguardia del funzionamento delle strutture istituzionali su cui si regge la disciplina delle società commerciali; al contrario, la veridicità e la completezza delle comunicazioni societarie – e altrettanto può dirsi per l'efficienza della vigilanza delle autorità amministrative – rinviano a una trasparenza della società che, a sua volta, assume natura servente rispetto al duplice scopo di prevenire illeciti gestionali da parte degli amministratori e di consentire non solo ai soci, ma anche ai creditori e ai terzi in genere di operare scelte di investimento consapevoli in quanto informate.

---

<sup>8</sup> PEDRAZZI, in ALESSANDRI (2002), XX. Conf., per tutti, PULITANÒ, in *Riv. it.*, 2002, 937 s.

<sup>9</sup> Tra gli altri FLICK, in *Governo dell'impresa*, cit., 1320 s.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 32; PADOVANI, in *Riv. it.*, 1995, 644 s.; ID., *Diritto penale*, 2017<sup>11</sup>, 107 s.; v. anche DE FRANCESCO, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, I, 953 ss.

In altre parole, mentre le offese al capitale e al patrimonio sociale sono immediatamente in grado di riflettersi sulle sfere patrimoniali dei soggetti interessati, la correttezza dell'informazione societaria presenta un collegamento mediato con gli interessi patrimoniali che pur stanno sullo sfondo. La conseguenza della distinzione appena operata è intuibile: le lesioni del capitale e del patrimonio sociale sono caratterizzate da una dimensione materiale che giustifica la loro incriminazione, mentre le violazioni in tema di false comunicazioni al pubblico o all'autorità di vigilanza devono ricercare il fondamento della punibilità nella concretezza di un pericolo per gli interessi tutelati.

Il problema dell'individuazione dei beni giuridici si converte così in un problema di tecnica legislativa: è compito del legislatore descrivere il fatto, all'interno delle varie fattispecie, in conformità al requisito della precisione anche nella caratterizzazione della sua lesività, così da assicurare l'osservanza dei principi di sussidiarietà, frammentarietà, ragionevolezza propri di un diritto penale democratico e liberale<sup>10</sup>.

In conseguenza di questo passaggio dal piano dei beni giuridici alla tipizzazione dell'offensività del fatto, l'attenzione si sposta sul diritto positivo, ove – come emergerà soprattutto a proposito della tutela del capitale sociale – gli interessi in esame vengono filtrati da una così spinta connotazione patrimoniale che finisce con il ridurre fortemente la portata ovvero con il trasformarne l'essenza. Una siffatta «propensione del legislatore per un paradigma non evoluto di giustizia distributiva, come tale più incline a identificare i soggetti economici come passivi fruitori di beni che attivi e informati creatori e gestori degli stessi»<sup>11</sup> ha così determinato una generalizzata sostituzione dei beni giuridici strumentali o istituzionali con beni giuridici individuali a contenuto economico. Da qui un **vistoso scarto** tra le formulazioni normative e gli interessi che le disposizioni in esame dovrebbero tutelare, in conformità alla loro funzione servente nei confronti della disciplina primaria.

## 2. Le tecniche di tipizzazione e la procedibilità a querela.

Il d.lg. n. 61 del 2002 ha ripulato i reati societari sotto due fondamentali profili.

---

<sup>10</sup> Cfr. ALESSANDRI (2010), 267 s.; FLICK, in *Governo dell'impresa*, cit., 1333 s.; ROMANO, in *Riv. soc.*, 2010, 552 ss.; v. pure DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, 106 s.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 209 ss.; MANNA, in MANNA, 26 s.

<sup>11</sup> FORTI, in *Riv. it.*, 2009, 1630.

Il primo concerne il generale **abbattimento dei livelli sanzionatori** sia nel limite minimo (che negli artt. 2625 cpv., 2626, 2627, 2628 e 2632 coincide con il minimo legale stabilito dagli artt. 23 e 25 c.p. per i delitti e le contravvenzioni) sia nel limite massimo, accompagnato dalla trasformazione di taluni delitti in **contravvenzioni** (art. 2627) e **illeciti amministrativi** (artt. 2625 comma 1, 2630 e 2631): questo declassamento della risposta punitiva implica precise conseguenze anche in tema di prescrizione rispetto alle contravvenzioni e di irrilevanza della condanna ai fini della “onorabilità” richiesta per talune funzioni in ambito finanziario<sup>12</sup>.

Il secondo profilo investe le scelte di **patrimonializzazione e privatizzazione** che hanno ispirato la riforma dei reati societari, trovando manifestazione nella previsione di reati di evento dannoso (artt. 2625 cpv., 2629, 2629 *bis*, 2633, 2634), di reati procedibili a querela (artt. 2621 *bis* comma 2, 2625 cpv., 2629, 2633, 2634, 2635 e 2635 *bis*) e di meccanismi estintivi della punibilità legati alla successiva neutralizzazione del danno (artt. 2627, 2628, 2629 e 2633). Alla base di tali soluzioni, come è ovvio, stanno precise scelte di politica legislativa e politica criminale.

Sul piano della **politica legislativa**, la previsione di un evento di danno vale a focalizzare il disvalore del fatto sul pregiudizio arrecato dalla condotta. Ne deriva un mutamento della fisionomia dei reati societari, poiché gli obblighi di non ostacolare l'attività di controllo dei soci o degli organi sociali, di non ledere l'integrità del capitale sociale ecc. traggono fondamento dall'esigenza di prevenire lesioni di interessi individuali, anticipando la soglia della punibilità alla violazione di precetti comportamentali intesi ad assicurare la correttezza e la trasparenza della gestione societaria: l'esigenza di dimostrare la verifica di un danno, direttamente connesso alla trasgressione di tali precetti, tradisce quindi la loro funzione e la loro stessa ragion d'essere<sup>13</sup>. Né si trascuri che, rispetto all'idea che nel danno si concentri per intero la carica lesiva dei fatti tipizzati, in realtà solo al prezzo di uno stravolgimento concettuale

---

<sup>12</sup> Ai fini del decorso dei termini di cui all'art. 157 c.p. si consideri pure la riserva di collegialità del giudice stabilita per i reati societari dall'art. 33 *bis* comma 1, lett. d), c.p.p., introdotto dal d.lg. n. 61 del 2002 (per tutti CERESA GASTALDO, in ALESSANDRI (2002), 125 ss.; GARBAGNATI, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 5 ss.; VARRASO, in GIARDA-SEMINARA, 699 ss.).

<sup>13</sup> Tra gli altri ALESSANDRI, in ALESSANDRI (2002), 21 ss.; GIUNTA (2004), 152 s.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 36; PULITANÒ, in *Riv. it.*, 2002, 941; ROSSI, in ANTOLISEI, 7. V. anche FORTI, in *Dir. pen. cont.*, 11 novembre 2014, 3, il quale osserva come il diritto penale societario abbia perduto, «con ricadute diffusive anche su altri piani di regolazione, la propria bussola cognitiva e assiologica».

quei reati possono tollerare la loro trasformazione in aggressioni patrimoniali di interessi resi così tutti e indiscriminatamente disponibili, negando ogni rilievo al disvalore di condotta espresso dalla particolare intensità del dolo e dall'abuso dei poteri<sup>14</sup>.

Sul piano della **politica criminale**, la patrimonializzazione di cui si discute ha avuto come effetto una rarefazione dei reati societari nelle casistiche giurisprudenziali. Scorrendo i repertori, si nota infatti come essi conoscano ormai solo sporadiche applicazioni e, se non fosse per il loro recupero attraverso l'art. 223 l.fall., addirittura potrebbe dubitarsi della utilità di non poche delle fattispecie in esame.

La patrimonializzazione è stata arricchita da una marcata privatizzazione dei reati societari, espressa dalla previsione della procedibilità a querela (artt. 2621 *bis* comma 2, 2629, 2633, 2634, 2635 e 2635 *bis*)<sup>15</sup>.

L'istituto della **querela**, come è noto, salvo casi eccezionali interviene rispetto a lesioni di interessi privati e disponibili e in situazioni di basso contenuto offensivo: alla persona offesa è rimessa la decisione in ordine alla perseguibilità del reato, mentre all'imputato è consentito di estinguere il reato stesso mediante la riparazione integrale del danno (art. 162 *ter* c.p.). Rispetto agli illeciti in esame, l'introduzione della procedibilità a querela vale dunque a segnare il passaggio da una dimensione istituzionale dell'interesse tutelato a una individualistica e patrimoniale, come tale rimessa alla disponibilità delle parti.

La scelta della procedibilità a querela incontra però il duplice limite della ragionevolezza e dell'armonia del sistema.

Sul piano della **ragionevolezza**, la relazione al d.lg. n. 61 del 2002 fa perno su esigenze deflattive: argomento, questo, insuscettibile di dimostrazione empirica e comunque di modesta valenza laddove non sia correlato alla significatività degli interessi tutelati. In ogni caso, l'obiettivo della deflazione è stato perseguito attraverso una talvolta drastica (e, come vedremo, arbitraria) selezione delle persone offese, che comprime la tutela apprestata dalle relative fattispecie e, in buona sostanza, mortifica gli interessi che esse dovrebbero proteggere. Neppure si trascuri, a questo proposito, che per quasi tutti i reati in esame è prevista la responsabilità della società (§ 9): con la conseguenza che la decisione del socio in ordine alla proposizione della querela si dibatte tra l'incertezza sull'esito dell'azione penale (quantomeno a causa dell'incombenza della

---

<sup>14</sup>Criticamente, per tutti, PALIERO, in *Guida dir.*, 2002, 16, 38 ss.; ROMANO, in *La società per azioni oggi*, a cura di Balzarini-Carcano-Ventoruzzo, 2007, 281 ss.

<sup>15</sup>Non si menziona in questa sede l'art. 2625 comma 2, al cui interno la querela segna il passaggio a un contesto di maggiore punibilità per fatti comunque procedibili di ufficio nella fattispecie base.

prescrizione) e i costi conseguenti alla condanna per la società di cui egli fa parte.

In riferimento all'**armonia del sistema** va invece osservato che, tra i reati contro il patrimonio, la truffa è perseguibile di ufficio se dal fatto è derivato un danno patrimoniale di rilevante gravità (artt. 640 e 61 n. 7 c.p.): appare fortemente distonico che i reati societari – il cui contesto di verifica rende frequente la significatività della lesione economica, con un disvalore ulteriormente accentuato dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri – risultino invece sempre perseguibili a querela.

Ma v'è di più. L'istituto della querela implica che la persona offesa si addossi fin dall'inizio i costi del procedimento penale. Il risultato è intuibile: la platea dei piccoli soci e risparmiatori difficilmente può fare uso di questo strumento, sia perché spesso neppure viene a conoscenza dell'illecito commesso in suo danno, sia perché l'entità del pregiudizio patito raramente giustifica le spese connesse a un'azione individuale (diversamente vale in presenza di azioni collettive, patrociniate da associazioni rappresentative) dai contenuti necessariamente incerti. La conseguenza è che la querela diviene un'arma nelle mani di pochi soggetti informati, nei cui confronti gli autori del reato possono procedere a occulti mercanteggiamenti in evidente violazione del principio di eguaglianza<sup>16</sup>.

In relazione alla querela vanno accennati due ulteriori aspetti, rispettivamente concernenti il termine di tre mesi per la sua proposizione e la titolarità del suo esercizio.

Quanto al primo punto, l'art. 124 c.p. lega il momento iniziale del decorso del **termine di tre mesi** al «giorno della notizia del fatto che costituisce il reato». Tale notizia – si specifica in giurisprudenza – deve risultare sufficientemente precisa rispetto a tutti gli elementi costitutivi del reato, così da consentire al soggetto interessato una ponderata valutazione sull'opportunità dell'esercizio dell'azione penale; in caso di valutazioni tecniche complesse, l'esigenza che la persona offesa abbia compiuta contezza del fatto generatore di pregiudizio nei suoi confronti e degli elementi costitutivi del danno patito implica dunque la tempestività della querela presentata solo al termine degli accertamenti demandati a un professionista di fiducia<sup>17</sup>. Da tale assunto deriva che, rispetto a un

---

<sup>16</sup> Criticamente, tra gli altri, ALESSANDRI (2010), 321; CERESA GASTALDO, in ALESSANDRI (2002), 129 ss.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 42 ss.; ZANNOTTI, 124 ss.

<sup>17</sup> Cass., sez. V, 4 febbraio 2016, n. 29172; Id., sez. V, 18 gennaio 2012, n. 11639; Id., sez. V, 18 ottobre 2011, n. 7787. Nel senso di riferire il *dies a quo* al momento in cui l'amministratore è in grado di impartire le disposizioni per la concreta individuazione del querelando, e non al precedente momento in cui la notizia del fatto è pervenuta a

medesimo reato, possano decorrere termini diversi per la presentazione della querela, in base al momento in cui l'assemblea, i soci o i creditori pervengono (formalmente, nel caso dell'assemblea) a conoscenza dell'illecito pregiudizio subito.

Il secondo punto riguarda l'**esercizio del diritto di querela** da parte della società. In tema di reati societari commessi all'interno di società di capitali, occorre distinguere tra offese interne ed esterne (a seconda cioè che esse provengano o no da soggetti dotati di poteri gestionali o di rappresentanza), attribuendo la titolarità del diritto di querela rispettivamente all'assemblea o, salvo riserve statutarie in favore della stessa assemblea, all'organo di amministrazione. In sostanza, il principio generale è che l'esercizio di tale diritto rientra fra le prerogative degli amministratori in quanto atto di gestione sociale (v. artt. 337 comma 3 c.p.p. e 75 comma 3 c.p.c.); qualora però la querela debba presentarsi contro amministratori, sindaci, componenti del consiglio di sorveglianza e di gestione, la competenza spetta all'assemblea allo stesso modo in cui a essa sono riservate le delibere in merito alla responsabilità civile degli amministratori (artt. 2364 n. 4 e 2393) e dei sindaci (art. 2407 comma 3)<sup>18</sup>. Nel caso di offese esterne contro società di capitali, la legittimazione alla proposizione della querela spetta dunque al consiglio di amministrazione, all'amministratore unico o al liquidatore, mentre per l'amministratore delegato la soluzione dipende dall'ampiezza della delega. Nelle società in nome collettivo, salvo che nell'atto costitutivo sia adottato il principio maggioritario, il diritto di querela spetta all'unanimità dei soci ovvero a ciascun socio, a seconda che sia adottata un'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva (art. 2257 s.); nelle s.a.s. vale un analogo principio rispetto ai soci accomandatari (art. 2318).

---

ramificazioni periferiche della società, Id., sez. V, 19 aprile 2010, Tipaldi, in *Cass. pen.*, 2011, 1523. Per tutti MANCUSO, in GIARDA-SEMINARA, 678 ss.

<sup>18</sup>Tra gli altri BERTOLINO, in *Trattato di diritto penale, pt. gen.*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, 2009, I, 263 ss.; CONTI, 203; MANCUSO, in GIARDA-SEMINARA, 673 ss.; ROMANO-GRASSO, Art. 120, in *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2012<sup>4</sup>, 301 s. Diff., non ammettendo deroghe al principio della competenza degli organi gestori (salvo la sussistenza di un obbligo di astensione: ciò che, nel caso di amministratore unico, evoca la necessità della nomina di un curatore speciale), PEDRAZZI (1997), 396 e, da ult., BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, 2009, 310 ss. Qualora l'autore del reato abbia per qualsiasi ragione perduto la titolarità della carica, riprende vigore la regola generale della competenza dell'organo gestorio (per tutti CORVI, in GIARDA-SEMINARA, 750; FOFFANI, 2528). Da notare che, mantenendo l'analogia con la disciplina civilistica (art. 2487), la querela contro i liquidatori richiede la maggioranza prevista per l'assemblea straordinaria.

### 3. Le cause estintive del reato.

Qualora il reo (amministratore o liquidatore) proceda alla neutralizzazione dell'offesa – riferita al capitale sociale dagli **artt. 2627 e 2628** e ai creditori sociali dagli **artt. 2629 e 2633** – prima dell'approvazione del bilancio o dell'inizio del dibattimento nel procedimento penale, il reato è estinto. Lo scopo di queste previsioni, ovviamente, consiste nell'incentivare la riparazione integrale del danno cagionato, con conseguente esonero da responsabilità per tutti i concorrenti nel fatto<sup>19</sup>: ancora una volta, dunque, le scelte normative sono guidate dai vessilli della privatizzazione e della patrimonializzazione.

L'introduzione nel sistema dell'**art. 162 ter c.p.** ha generalizzato, per tutti i reati procedibili a querela soggetta a remissione, l'effetto estintivo conseguente alla riparazione del danno, sicché il meccanismo previsto dagli artt. 2629 e 2633 – che tipizzano reati procedibili a querela – si accosta alla disciplina prevista nel codice penale. Qui è opportuno rilevare come la riparazione si riferisca all'**integralità del danno** cagionato a tutti i creditori, senza distinzione tra quanti abbiano o no proposto querela: l'art. 162 ter c.p. prescrive infatti che il giudice dichiara estinto il reato solo dopo avere sentito, oltre le parti, anche le persone offese, ovviamente allo scopo di accertare l'avvenuto risarcimento. Ne deriva una disciplina nel complesso scarsamente razionale, poiché è inverosimile che l'autore del reato proceda al soddisfacimento economico di tutti i danneggiati quando, decorso il termine per la proposizione della querela, può invece provvedere al soddisfacimento solo di coloro che si siano avvalsi di tale facoltà, al fine di ottenere una remissione della querela stessa (art. 152 c.p.).

Quanto invece agli artt. 2627 e 2628, che prevedono reati perseguibili di ufficio e come tali sottratti all'operatività dell'art. 162 ter c.p., conviene osservare che, in linea generale, il risarcimento del danno, prima del giudizio, integra la circostanza attenuante *ex* art. 62 n. 6 c.p.: trascurando eccezioni relative a ipotesi connotate da una modesta gravità del fatto<sup>20</sup>, nessuna forma di riparazione successiva alla consumazione del reato è in grado di escludere la punibilità del reo. La soluzione adottata per i reati societari in esame si risolve così in una deroga difficilmente giustificabile.

---

<sup>19</sup> Sulla natura oggettiva della causa estintiva in esame, per tutti, BRICCHETTI, in GIARDA-SEMINARA, 768 ss.; PERINI-CERQUA, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 412 s. Sul tema, in generale, ROMANO, in *Riv. it.*, 1990, 68 s.

<sup>20</sup> Si pensi, tra gli altri, ai reati rientranti nella competenza del giudice di pace (artt. 4 e 35 d.l.g. 28 agosto 2000, n. 274) e nell'art. 37 l. 24 novembre 1981, n. 689.

In relazione agli artt. 2627, 2628, 2629 e 2633 insorge poi un ulteriore problema: posto che la causa di non punibilità consiste in un annullamento degli effetti della precedente lesione e risulta quindi inapplicabile al tentativo, ne deriva per il reato consumato un regime irrazionalmente più favorevole di quello riservato al **delitto tentato**. Tale disparità di trattamento non può certo essere superata arbitrariamente escludendo, rispetto alle fattispecie in esame, la configurabilità dell'art. 56 c.p.<sup>21</sup>; al più, osservando come la neutralizzazione dell'evento sia premiata con l'impunità, è possibile ritenere che a essa dovrebbe equipararsi l'impedimento volontario dell'evento stesso, così sottraendolo alla pena prevista dall'art. 56 comma 4 c.p.

Sul terreno della ragionevolezza, il problema più delicato è comunque costituito dalla compressione degli interessi tutelati all'interno di una dimensione patrimoniale, ove l'avvenuta restituzione o risarcimento annulla il precedente abuso gestionale dolosamente commesso. Anche senza indugiare sull'ampiezza del termine di operatività nelle ipotesi di cui agli artt. 2627 e 2628, la causa di non punibilità in esame si rivela dunque in grado di sovvertire il disvalore del fatto sanzionato<sup>22</sup>. Sul piano politico-criminale va inoltre notato che la soluzione in esame presenta gravi rischi per l'incentivo che ne deriva alla commissione delle manovre più spregiudicate, con la riserva mentale di poterne sanare gli effetti e così estinguere il reato: paradossalmente, un meccanismo escogitato allo scopo di favorire il risarcimento diviene stimolo all'offesa del bene.

#### 4. Il danno e l'art. 2640.

Per i suoi profili di carattere generale, conviene spendere ancora una parola sul danno, che in numerosi reati societari viene tipizzato come evento (artt. 2625, 2629, 2629 *bis*, 2633 e 2634), talvolta svolgendo an-

---

<sup>21</sup>In questo senso invece LUNGHINI, 1891, 1896 e 1917; conf. CASAROLI, 3331 e 3333. V. anche CONTI, 153, il quale rileva – ma si tratta di un assunto che ingenera perplessità – come l'estinzione del delitto tentato possa conseguire al risarcimento del danno non patrimoniale.

<sup>22</sup>La dottrina si è prevalentemente pronunciata in tono critico: per tutti, ALESSANDRI (2010), 310 ss.; CONTI, 134 e 148 s.; DOVA, *Pena prescrittiva e condotte reintegratorie*, 2017, 81 ss.; FORTI, in *Riv. it.*, 2009, 1631; PERINI-CERQUA, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 409 s.; PULITANÒ, in *Riv. it.*, 2002, 968 s.; ROSSI (2012), 6; SANTORIELLO, in SANTORIELLO, 6. In senso favorevole MANNA, in MANNA, 34 s.; MUSCO, 8 s.; v. anche BRICCHETTI, in GIARDA-SEMINARA, 759 s.; GIUNTA (2004), 162. Un inquadramento generale del tema è in ROMANO, in *Riv. it.*, 1993, 882 ss.

che l'insolita funzione di determinare il passaggio dall'illecito amministrativo al delitto (art. 2625) ovvero di operare come criterio prevalente per la non punibilità del fatto (art. 2621 *ter*).

L'elemento in esame risulta variamente menzionato come «**danno patrimoniale**» (art. 2634) o «**danno**» (artt. 2621 *ter*, 2625, 2629, 2629 *bis* e 2633). Al fine di intendere correttamente la portata di tali termini, è opportuno premettere che il danno patrimoniale implica una diminuzione dell'attivo, mentre la più generica nozione di danno è in grado di comprendere pregiudizi di diversa natura (di tipo reputazionale o afferenti all'immagine, all'avviamento commerciale o all'organizzazione dell'ente), purché ovviamente suscettibili di valutazione economica. Deve pertanto in linea di principio ritenersi che, laddove il legislatore non abbia espressamente specificato la natura del danno, questa va intesa nel senso più ampio. Vero è pure, tuttavia, che in talune norme, come gli artt. 2629 e 2633, il requisito del danno riferito ai creditori non può che assumere natura patrimoniale, essendo la qualifica di soggetto passivo fondata esclusivamente su un rapporto di tipo economico<sup>23</sup>.

L'art. 2640 sancisce una diminuzione della pena se il reato (risultano dunque esclusi gli illeciti amministrativi) ha cagionato «un'**offesa di particolare tenuità**». Solo per la memoria storica è opportuno ricordare che la norma prende il posto di un previgente art. 2640 che, viceversa, stabiliva un aumento della pena fino alla metà nel caso fosse stato cagionato all'«impresa un danno di gravità rilevante» come conseguenza di taluni reati societari: non pago degli abbattimenti sanzionatori operati all'interno di ciascuna fattispecie, il legislatore ha dunque voluto offrire al giudice un ulteriore mezzo di attenuazione fino a un terzo (art. 65 c.p.) della pena.

L'impiego del termine «offesa» conferma l'eterogenea natura della lesione elevata a requisito di fattispecie. Come infatti affermato dalla Cassazione, «qualora il diritto penale societario dovesse realmente intendersi orientato alla tutela di esclusivi o comunque imprescindibili interessi di natura patrimoniale, il legislatore non avrebbe avuto ragione di prevedere un'attenuante *ad hoc*, essendo a quel punto già applicabile la circostanza comune» di cui all'art. 62 n. 4 c.p. Il fondamento dell'art. 2640 va dunque rinvenuto nel fine di accomunare le varie tipologie di pregiudizio contemplate dalle disposizioni in esame, «così ribadendo la possibilità di un evento penalmente rilevante ma non incisivo sull'integrità patrimoniale della società»<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Conf. Cass., sez. V, 13 novembre 2012, nn. 5848, 14765 e 14766; Id., sez. V, 11 febbraio 2014, n. 29605.

<sup>24</sup> Testualmente Cass., sez. V, 13 novembre 2012, nn. 5848, 14765 e 14766; conf. Id.,

Stabilito dunque che la nozione di offesa non va intesa esclusivamente come nocumento economico, essa risulta riferibile agli illeciti sia di danno che di pericolo, offensivi o no di beni patrimoniali<sup>25</sup>. Al tempo stesso, tuttavia, va precisato che l'art. 2640 investe le **conseguenze lesive del reato**, così differenziandosi da quelle altre circostanze attenuanti c.d. indefinite (per tutte, artt. 323 *bis* e 648 comma 2 c.p.), legate a una valutazione complessiva del fatto e fondate sui parametri di cui all'art. 133 comma 1 n. 1 c.p.<sup>26</sup>. Inoltre, il più vasto ambito applicativo dell'art. 2640 rispetto all'art. 62 n. 4 c.p., discendente sia dal termine «offesa» che dalla sua riferibilità pure alle contravvenzioni, risulta in grado di assorbire la circostanza attenuante comune ogni volta che l'entità del danno patrimoniale sia valutata come componente dell'offesa (si noti che solo l'art. 62 n. 4 c.p. influisce sulla determinazione della pena ai fini dell'art. 278 c.p.p.)<sup>27</sup>.

## 5. La confisca.

In conformità a una linea politico-criminale ormai consolidata, l'art. 2641 prevede per i reati di cui agli artt. 2621-2638 una disciplina della confisca, speciale rispetto a quella sancita in via generale dall'art. 240 c.p. e legata non alla pericolosità del bene, ma al fine di privare il reo del profitto illecito conseguito. Questo riferimento al profitto illecito porta con sé l'esclusione della confisca ogni volta che il reo non abbia ricavato un profitto dall'illecito o abbia provveduto alla sua restituzione o al risarcimento del danno (*retro*, § 3).

---

sez. V, 11 febbraio 2014, n. 29605. Analogamente CARRA, in LANZI-CADOPPI, 319; CONTI, 225 s.; EPIDENDIO, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 613; ROSSI, in ANTOLISEI, 17.

<sup>25</sup> Il riferimento ai reati di pericolo dovrebbe consentire l'applicazione dell'attenuante al tentativo (conf. AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, 242; *contra* CARRA, in LANZI-CADOPPI, 320). Per l'esclusione della congiunta operatività dell'art. 2640 e dell'art. 2621 *bis* comma 1 v. cap. II, § 6.

<sup>26</sup> Conf., tra gli altri, CERULO, in *Leg. pen.*, 2003, 564; EPIDENDIO, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 613; FONDAROLI, in ROSSI (2005), 503; FORNARI, in SANTOSUOSSO, 1161 s.; LUNGHINI, 1979; NAPOLEONI, in BONFANTE *etc.*, 2712. Nel senso invece di assimilare all'art. 2640 le circostanze indefinite FOFFANI, 2565; MASULLO, in PADOVANI, 2500; MUSCO, 27 s.; PERINI, in NAPOLEONI (2010), 474; ROSSI, in GIARDA-SEMINARA, 182.

<sup>27</sup> Così FONDAROLI, in ROSSI (2005), 502; FORNARI, in SANTOSUOSSO, 1162 s.; MACCARI, in GIUNTA (2002), 228; PERDONÒ, in CADOPPI *etc.*, 378; ROSSI (2012), 20. Nel senso della totale sovrapposizione delle due circostanze CERULO, in *Leg. pen.*, 2003, 564 s.; FOFFANI, 2564 s. Per la loro cumulabilità nei casi (artt. 2635-2638) in cui il bene tutelato non ha natura patrimoniale EPIDENDIO, in ABADESSA-PORTALE, 3696 s.; LUNGHINI, 1979. In favore del concorso, invece, CARRA, in LANZI-CADOPPI, 323; GIUNTA (2004), 159; MASULLO, in PADOVANI, 2500; MUSCO, 27.

Ferma restando la qualifica formale, ma sempre più incongrua sul piano sostanziale<sup>28</sup>, di «misura di sicurezza» (v. vol. I, cap. I, § 7), la confisca di cui all'art. 2641 si caratterizza per la sua **obbligatorietà** nel caso non solo di condanna, ma anche di applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444 c.p.p.); per il suo **oggetto**, concernente il prodotto o il profitto del reato e i beni utilizzati per commetterlo; per la sua **estensione** al denaro o a beni di valore equivalente che siano nella disponibilità del reo<sup>29</sup>.

La **specialità** della norma civilistica nei confronti dell'art. 240 c.p. è affermata dal comma 3 dell'art. 2641, il quale precisa che, per quanto non espressamente disposto, trova applicazione la disposizione penale: ciò vale sia per la confisca (obbligatoria, *ex* art. 240 c.p.) del prezzo del reato, cioè del denaro o utilità data o promessa per determinare l'autore all'esecuzione, sia per l'inapplicabilità della confisca stessa quando il bene appartiene a persona estranea al reato (art. 240 comma 3 c.p.).

È stato osservato a tale ultimo proposito che, rientrando solitamente il prodotto, il profitto e i beni strumentali nel patrimonio della persona giuridica per conto della quale ha agito il reo, l'art. 2641 «sembra avere fiato davvero corto»<sup>30</sup>. Dinanzi alla difficoltà di costruire un generale

---

<sup>28</sup> Per tutti ALESSANDRI, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., III, 2107 ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007, 22 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, 2001, 503 ss. Sulla natura «proteiforme» della confisca nell'ordinamento italiano Cass., sez. un., 27 marzo 2008, in *Cass. pen.*, 2008, 4544.

<sup>29</sup> Tra gli altri BARAZZETTA, in GIARDA-SEMINARA, 191 ss.; CATALIOTTI, in LANZI-CADOPPI, 329 s.; NAPOLEONI, in BONFANTE *etc.*, 2720 s. È infondata la tesi che, muovendo dalla formulazione dell'art. 2641 comma 2 (ove sono menzionati solo i beni, senza richiamare espressamente il prodotto e il profitto), riferisce la confisca per equivalente solo ai beni utilizzati per la commissione del reato: per tutti MASULLO, in PADOVANI, 2505; Cass., sez. V, 19 settembre 2017, n. 42752. Da notare altresì che, mentre l'art. 240 c.p. ha ad oggetto le «cose che servono o furono destinate a commettere il reato», l'art. 2641 menziona solo i «beni utilizzati» per commettere il reato, così comprendendo il denaro e gli strumenti finanziari ma al contempo escludendo le cose destinate ma non impiegate per la realizzazione dell'illecito, che rientrano dunque nella confisca facoltativa di cui all'art. 240 c.p. (tra gli altri DI MARIO, in NAPOLEONI (2010), 484; GIORDANENGO, in ROSSI (2005), 507 s.; MUSCO, 22; PERDONÒ, in CADOPPI *etc.*, 383). In riferimento al sequestro preventivo *ex* art. 321 c.p.p. e alla confisca per equivalente per tutti EPIDENDIO, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 620 ss.; FORNARI, in SANTOSUOSSO, 1171 ss.

<sup>30</sup> ALESSANDRI, in ALESSANDRI (2002), 110; v. pure FORNARI, in SANTOSUOSSO, 1176 ss.; PERDONÒ, in CADOPPI *etc.*, 387 s. Nel senso di ammettere la confisca di beni appartenenti alla società nel caso di reati commessi dai suoi amministratori, facendo leva sul principio della rappresentanza, Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, n. 35802; Id., sez. I, 9 dicembre 2004, n. 1927; Id., sez. III, 7 ottobre 2004, n. 44426; v. però anche Id., sez. III, 4 luglio 2012, n. 33371; *contra*, alla luce dell'autonomia della responsabilità dell'ente, EPIDENDIO, in ABBADESSA-PORTALE, 3710. Sulla tutela del terzo in buona fede si rinvia a BARAZZETTA, in GIARDA-SEMINARA, 211 ss.

provvedimento ablativo operante anche nei confronti di colui nel cui interesse l'illecito sia commesso – e respingendo qualsiasi suggestione tesa verso un'identificazione tra persona fisica e persona giuridica, salvo i casi di sostanziale fittizietà di quest'ultima –, occorre peraltro considerare come, qualora l'illecito commesso dall'intraneo societario rientri fra i reati di cui agli artt. 24 ss. d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, l'art. 6 comma 5 sancisca la confisca obbligatoria del profitto derivatone all'ente dichiarato non responsabile (limitatamente ai fatti commessi dagli apicali) e l'art. 19 preveda, nei confronti dell'ente dichiarato responsabile, la confisca obbligatoria del prodotto o del profitto del reato, «salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato».

Invero, occorre riconoscere che l'istituto della confisca, nella sue molteplici fonti normative e finalità politico-criminali, rappresenta il frutto di una stratificazione di interventi legislativi poco o punto coordinati, che rendono indilazionabile un intervento di complessiva razionalizzazione (si rinvia al vol. I, cap. I, § 7 ss.). Ciò anche per evitare incomprensibili discrasie: a titolo esemplificativo, si consideri da un lato che, fra tutti i reati societari, l'art. 240 *bis* c.p. menziona solo l'art. 2635; dall'altro che l'operatività della confisca *ex* art. 2641, nei confronti della persona fisica imputata di un reato societario, è preclusa quando tale reato è assorbito nel paradigma di un più grave reato fallimentare, giacché la scissione di un reato complesso, al fine di applicare le sanzioni irrogabili per i singoli delitti che lo compongono, viola il principio di legalità<sup>31</sup>.

## 6. Le qualifiche soggettive.

Ad eccezione degli artt. 2636 e 2637, tutti gli illeciti societari sono costruiti come propri, in quanto richiedono nel soggetto attivo una particolare qualifica: quella dell'amministratore è sempre prevista, salvo che negli artt. 2630 e 2633, mentre volta per volta possono ricorrere anche le figure del direttore generale, del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili finanziari, del socio conferente, del sindaco e del liquidatore. Ciascuna di queste qualifiche è provvista di una sua tipicità, nel senso che i relativi poteri e doveri trovano espressa disciplina nel codice civile (salvo che per il **direttore generale**, in relazione al quale v. art. 2396) e la loro assunzione nei precetti penali è espressiva di uno specifico collegamento con il bene tutelato.

Un cenno particolare va fatto, a questo proposito, al **dirigente pre-**

---

<sup>31</sup> Cass., sez. V, 9 maggio 2017, n. 29699; Id., sez. V, 18 dicembre 2014, n. 18775; Id., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170.

**posto alla redazione dei documenti contabili finanziari**, inserito negli artt. 2621, 2622, 2635 e 2638 allo scopo di allargare la platea dei soggetti attivi al titolare degli obblighi di attestazione e dichiarazione sanciti dall'art. 154 *bis* t.u.f.<sup>32</sup>. Da notare, in relazione a quanto si osserverà in seguito, la peculiarità della figura in esame – assimilabile al *chief financial officer* del mondo anglosassone –, poiché la sua responsabilità è equiparata a quella degli amministratori, che al contempo devono però vigilare sull'adeguatezza dei poteri e dei mezzi attribuiti al dirigente finanziario per l'esercizio dei suoi compiti (art. 154 *bis* comma 4 t.u.f.); ne deriva una posizione di garanzia non autonoma ma derivata, i cui contenuti oscillano tra una dimensione normativa e una fattuale, con l'evidente difficoltà di ammettere poteri impeditivi nei confronti della fonte originaria della garanzia stessa.

Tornando ai soggetti attivi degli illeciti societari, l'art. 2639 introduce un **duplice livello di estensione delle qualifiche**. Per un verso, la precedenza cronologica del d.lg. n. 61 del 2002 rispetto alla riforma del diritto commerciale (d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6) ha reso necessaria la previsione di una clausola di equivalenza con i nuovi modelli di *governance* che sarebbero stati successivamente introdotti; per altro verso la norma sancisce, in presenza di specifici presupposti, la parificazione tra esercizio di diritto e di fatto delle funzioni. Ma andiamo con ordine.

a) La **tipizzazione soggettiva** degli illeciti societari (salvo che per l'art. 2629 *bis*, inserito nel 2005: ma il modello non è stato seguito nei novellati artt. 2621-2622) non poteva ovviamente tenere conto delle qualifiche che sarebbero state poi previste in riferimento ai sistemi monistico e dualistico. Per tale ragione l'art. 2639 comma 1 stabilisce che «per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato (...) chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata». In altre parole, fermo restando che il giudizio di corrispondenza delle qualifiche va operato esclusivamente sulla base della disciplina normativa e dei relativi obblighi da essa sanciti, opera qui una **clausola di equivalenza fondata sul contenuto delle funzioni**. Non si tratta però di un'equiparazione congegnata in termini di automatismo: l'art. 223

---

<sup>32</sup>Per tutti, sul versante penalistico, ALESSANDRI, in *Scritti per Federico Stella*, 2007, II, 965 ss.; CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, 2009, 414 ss.; NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, 2009, 387 ss.; ROSSI (2012), 64 ss.; SCHIAVANO, in *Riv. trim.*, 2008, 171 ss. L'antecedente di tale innovazione normativa va rinvenuto nello statunitense *Sarbanes-Oxley Act* del 2002: v. ALESSANDRI (2010), 110 ss., 276 ss.; MONTANI, in ALESSANDRI (2002), 472 ss.

*septies* comma 1 disp. att. c.c. stabilisce infatti che, «se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico»<sup>33</sup>.

La disposizione appena citata, sebbene mantenendo una sovrapposizione di qualifiche e ruoli, attraverso l'inciso «in quanto compatibili» dimostra come la clausola di equivalenza non operi astrattamente, al contrario rinviando alla singola funzione espletata in rapporto alla specifica fattispecie di illecito. Il problema emerge non tanto rispetto alla qualificazione come amministratori dei membri del consiglio di amministrazione nel sistema monistico (art. 2409 *sexiesdecies*) e del consiglio di gestione nel sistema dualistico (art. 2409 *octies*), quanto piuttosto in tema di estensione della qualifica di sindaci ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico e del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico.

Più in particolare, l'art. 2409 *terdecies* conferisce al consiglio di sorveglianza poteri non solo di vigilanza e controllo ma anche di tipo gestionale, in grado di assumere una valenza impeditiva, ai fini della responsabilità *ex* art. 40 cpv. c.p., per quanto attiene alla nomina e revoca dei componenti del consiglio di gestione e all'approvazione del bilancio; l'art. 2409 *quaterdecies* limita tuttavia i poteri conoscitivi dell'organo a causa del richiamo solo parziale dell'art. 2403 *bis* (per le società quotate v. art. 151 *bis* t.u.f.)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Il comma 2 aggiunge che «ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi». Da notare come l'art. 223 *septies* (insieme all'art. 2380 comma 3, relativo agli amministratori) superi in ampiezza l'art. 2639 comma 1, operante solo per i «reati previsti dal presente titolo», consentendo l'imputazione degli illeciti amministrativi (artt. 2625 comma 1, 2630 e 2631) ai consiglieri di gestione e di sorveglianza. Non va però sottaciuta la sensazione di notevole approssimazione della disciplina, rimanendo aperto il problema se la limitazione dell'art. 223 *septies* alle «norme del codice civile» sia preclusiva di una sua estensione alla l.fall.

<sup>34</sup> Sul tema, in varia prospettiva, CENTONZE, in ABBADESSA-PORTALE, 3683; M. LA ROSA, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, a cura di Siracusano, 2007, 108 ss.; MANDELLI, in *Banca borsa*, 2009, I, 463 ss.; MORGANTE, in *Leg. pen.*, 2003, 553 ss.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 450; NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penali*, 2009, 346 ss.; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, 2003, 242 ss.; ROSSI (2012), 54.

Le maggiori incertezze insorgono comunque rispetto al **comitato per il controllo sulla gestione**, la cui equiparazione al collegio sindacale risulta difficoltosa in quanto si tratta di un organo ibrido, composto da soggetti nominati all'interno del consiglio di amministrazione, la cui qualifica di amministratori pur nell'assenza di funzioni gestorie – ma anche l'assenza di un esplicito dovere di vigilare sul rispetto della legge, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione (art. 2409 *octiesdecies*) – è di ostacolo a una loro piena assimilazione ai sindaci<sup>35</sup>.

Le considerazioni finora esposte dimostrano come l'operatività dell'art. 2639 comma 1 debba legarsi non a un'inesistente equivalenza delle qualifiche e dei ruoli, ma a un **accertamento in concreto** sulla corrispondenza della singola funzione espletata (ciò vale anche per gli atti di ordinaria amministrazione compiuti dal collegio sindacale nell'ipotesi di cessazione dell'amministratore unico o di tutti gli amministratori, *ex art.* 2386 comma 5). La medesima esigenza ricorre, ovviamente, rispetto alle qualifiche adottate alla stregua di ordinamenti giuridici stranieri ovvero della prassi internazionale, anche qui dovendo l'equiparazione ai titolari del potere gestorio o di controllo essere stabilita alla luce dei contenuti della funzione.

Un'ultima precisazione appare necessaria in merito all'impossibilità di ricondurre all'interno delle qualifiche societarie, per il tramite dell'art. 2639, gli **organismi di vigilanza** creati in base al d.lg. n. 231 del 2001 ovvero di *internal auditing* o relativi a codici etici o di comportamento: se il tratto comune delle figure societarie tipiche è costituito dai doveri di controllo e di impedimento stabiliti dalla legge, assolutamente diverse – in quanto proiettate su finalità conoscitive e informative – risultano le attribuzioni e le funzioni di tali organismi nel contesto societario<sup>36</sup>.

b) Nel suo prosieguo, l'art. 2639 comma 1 procede ad assimilare «al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile (...) chi esercita **in modo continuativo e significativo** i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione». Rispetto al

---

<sup>35</sup> Analogamente LA ROSA, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., 110 s.; MANDELLI, in *Banca borsa*, 2009, I, 469 ss.; NAPOLEONI, in BONFANTE *etc.*, 2693; PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 254 ss. Diff. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., 352 ss.; ROSSI, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 899.

<sup>36</sup> Per tutti ALESSANDRI, in ALESSANDRI (2002), 42 s.; CASTELLANA, in *Ind. pen.*, 2005, 1075; CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 411 ss.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 451 s.; PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 133 ss.; RICCI, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 207; ROSSI, in ROSSI (2005), 86 s.; in diversa prospettiva NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., 379 ss.

profilo appena sopra esaminato, ora la norma afferma la configurabilità dei reati propri societari nei confronti di soggetti privi della qualifica a causa dell'assenza o dell'invalidità o della sopravvenuta decadenza dell'atto di nomina, stabilendo la medesima valenza dell'esercizio di diritto e di fatto; sicché, se prima della riforma era corretto dire che i reati societari vertevano in massima parte su soggetti tipici, ora in tale ambito si deve più correttamente parlare di funzioni tipiche. La ragione di questa scelta estensiva sta nell'intento di colpire con la sanzione penale, al di là dello schermo fornito dall'assenza della qualifica (o dalla nullità, revoca, rinuncia o decadenza dell'atto di nomina), coloro che abbiano concretamente esercitato **poteri corrispondenti alle funzioni** previste dalla legge: ciò che, in relazione ad attività gestionali, si verifica non solo negli enti a base familiare o caratterizzati da una ristretta base societaria, ove non di rado il socio di maggioranza agisce come amministratore di fatto, ma anche all'interno di società di medie e grandi dimensioni – rispetto ai soci di controllo e a quanti si ingeriscono incisivamente nella gestione avvalendosi di vincoli contrattuali o della propria forza finanziaria –<sup>37</sup> nonché nei gruppi di società in riferimento agli amministratori della *holding* (v. vol. I, cap. II, § 10).

La norma ha il merito di avere posto fine a una situazione di profonda incertezza e anche di netto contrasto fra una parte della dottrina che respingeva ogni estensione delle qualifiche in base al divieto di analogia in materia penale e una giurisprudenza che ripetutamente aveva dato ingresso alla teoria c.d. funzionale, fondata sull'esercizio concreto delle funzioni<sup>38</sup>. Sgomberato il campo da questo problema ne sono però insorti di nuovi, riguardanti l'ambito operativo e il contenuto della disposizione.

---

<sup>37</sup> Sul *management contract* e il *board committee* si rinvia a DI GIOVINE, in GIARDA-SEMINARA, 33 ss. Conviene fin d'ora rimarcare il rischio di un'indebita estensione dell'art. 2639 alle situazioni, richiamate nel testo, del socio dominante o degli amministratori della *holding* (ma si pensi pure al comitato dei creditori nelle soluzioni concordate di crisi d'impresa) quando esse consistano nell'esercizio di diritti conferiti dalla legge in via esplicita o implicita.

<sup>38</sup> La situazione immediatamente precedente alla riforma è oggetto dell'indagine di MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, 2002, *passim* e 17 ss.; v. anche DI GIOVINE, in GIARDA-SEMINARA, 6 ss.; GULLO, *Il reato proprio*, 2005, 185 ss.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 442 ss. Quanto alla dottrina contraria all'estensione delle qualifiche in via interpretativa si rinvia ad ALESSANDRI, in PEDRAZZI *etc.*, 65 ss.; PEDRAZZI (1997), 351. Per la giurisprudenza, in relazione a un direttore generale rimasto in funzione dopo la cessazione della carica, con l'assenso della società, Cass., sez. III, 8 maggio 1964, Esposito, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1965, 131; sulla rilevanza penale delle funzioni svolte di fatto nella società Id., sez. III, 16 novembre 1994, Pagano, in *Riv. trim.*, 1996, 689, con nota di CASAROLI; Id., sez. V, 19 dicembre 1986, Bevilacqua, in *Riv. pen.*, 1988, 91.

Anzitutto, è da notare come l'art. 2639 esordisca con l'espressione «**per i reati previsti dal presente titolo**»: ciò che potrebbe indurre a revocare in dubbio la persistente validità del consolidato orientamento giurisprudenziale che da tempo, in materia di reati fallimentari, attribuisce rilievo all'esercizio imprenditoriale di fatto. Su questo punto la Suprema Corte ha assunto una netta posizione, osservando da un lato l'autonomia dei reati fallimentari (e dei reati tributari) rispetto a quelli societari e, dall'altro, la natura meramente esegetica della regola sancita dall'art. 2639, come tale applicabile a ogni settore dell'ordinamento giuridico<sup>39</sup>. Che si tratti di una generale regola esegetica va però escluso, da un lato alla luce della sua limitazione ai reati, con esclusione degli illeciti amministrativi, dall'altro a causa della presenza di norme corrispondenti in altri settori dell'ordinamento; così come appare poco convincente l'idea dell'autonomia di intere classi di reati sottoposti a una disciplina autonoma di matrice giurisprudenziale. Il vero è che tali argomentazioni, intese a supportare la legittimità della nozione di imprenditore di fatto nei reati fallimentari, ammettono che una dilatazione della qualifiche soggettive sia conseguibile indifferentemente per via interpretativa o per via legislativa: al di là dell'innegabile fondamento razionale, rafforzato dalle finalità di tutela dei creditori nel settore fallimentare, restano forti perplessità sulla violazione del principio di legalità, alla quale il legislatore dovrebbe al più presto porre rimedio (sul modello, ad es., dell'art. 299 d.lg. 9 aprile 2008, n. 81).

Restando sul piano della legalità, va osservato come, piuttosto che una norma generale, riferita a qualsiasi qualifica o funzione e valida per tutti i reati societari, sarebbe stato preferibile che il legislatore specificasse all'interno delle singole incriminazioni le qualifiche suscettibili di estensione. Come si vedrà fra un momento, infatti, emergono forti incertezze in ordine all'ammissibilità di un esercizio di fatto della funzione di sindaco e alla punibilità dell'amministratore di fatto per la violazione di precetti che hanno come destinatario esclusivo l'amministratore di diritto.

---

<sup>39</sup> Da ult. Cass., sez. III, 20 gennaio 2017, n. 18924; Id., sez. V, 5 dicembre 2016, n. 547; Id., sez. V, 2 marzo 2016, n. 12793; Id., sez. III, 14 maggio 2015, n. 38780. Conf. AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, 43; FOFFANI, 2560; LORUSSO, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 630; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 465 s.; RICCI, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 209; ROSSI, in ANTOLISEI, 48; VENEZIANI, in LANZI-CADOPPI, 310 ss. *Contra*, escludendo l'operatività dell'art. 2639 oltre l'orizzonte dei reati societari, GIUNTA (2004), 156 s.; SERENI, in SANTOSUOSSO, 1143 ss.; nel senso di limitare l'estensione dell'art. 2639 alla sola responsabilità commissiva LUNGHINI, 1974. Va d'altra parte notato che nel t.u.banc. e nel t.u.f. alcune norme sanzionatorie hanno come destinatari non i titolari delle qualifiche, ma quanti svolgono «funzioni di amministrazione, direzione e controllo», così operando un'equiparazione tra soggetti di diritto e di fatto in assenza di qualsiasi criterio per l'individuazione dei secondi.