

L'ATTIVITÀ DEL CENTRO STUDI DELL'ORDINE FORENSE ROMANO

a cura di
PAOLO DE NARDO

Gli sviluppi normativi della materia societaria nel suo complesso trovano, in questo convegno, importanti spunti di riflessione. È più che mai opportuno precisare ai lettori che i testi pubblicati in questa sezione sono il frutto della trascrizione dei testi registrati delle singole relazioni, le quali non sono pertanto state riviste e corrette personalmente dai relatori.

*Seminario di studio***LA RIFORMA DEL DIRITTO PENALE SOCIETARIO****(D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61)**

25 giugno 2002, ore 14.30-17.30
Aula Avvocati dell'Ordine forense romano
Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour - Roma

Introduce i lavori

Avv. FEDERICO BUCCI
(Presidente dell'Ordine forense romano)

Relatori

Avv. MAURIZIO ARENA
(Avvocato in Roma)

Prof. Avv. MARIO BUSSOLETTI
(Ordinario di diritto commerciale nella Università degli Studi "Roma Tre")

Avv. Gian DOMENICO CAIAZZA
(Consigliere dell'Ordine forense romano)

Prof. Avv. FABRIZIO LEMME
*(Avvocato in Roma - Professore di diritto penale dell'economia
nella Università degli Studi di Siena)*

Prof. Avv. ADELMO MANNA
(Straordinario di diritto penale nella Università degli Studi di Foggia)

Prof. Avv. PAOLA SEVERINO DI BENEDETTO
(Ordinario di Diritto penale nella Università di Roma "L.U.I.S.S.")

Coordina e conclude

Avv. SALVATORE ORESTANO
(Consigliere dell'Ordine forense romano - Coordinatore del Centro Studi)

LA RIFORMA DEL DIRITTO PENALE SOCIETARIO (D. Lgs. 11 aprile 2002 n. 61)

25 giugno 2002

Presidente Avv. Federico Bucci

Cari colleghi ed amici è davvero con compiacimento che, compatibilmente con la lotta perduta con la calura e con il tifo sportivo voi siete purtuttavia presenti per partecipare, a me non piace la parola "celebrazione" usata per udienze o cose del genere, ma in questo caso credo si debba usare questa ricorrente celebrazione dei nostri saperi di fronte al nulla che avanza. È quindi con gratitudine verso di voi e verso i relatori che do inizio ai lavori di questo convegno, scusandomi perché ho altri due appuntamenti analoghi per l'Ordine Forense romano.

Avv. Salvatore Orestano

Vi porgo il mio saluto. Sono il coordinatore del Centro Studi, a me il ruolo di introduttore e coordinatore e conclusore di questo convegno.

Federico Bucci ha ringraziato voi di essere qua, io ringrazio i relatori che hanno affrontato la fatica di rinfrescarsi, quello che ci devono dire oggi su questa ulteriore tappa delle nostre riforme legislative, chi c'era si ricorderà che l'anno passato esaminammo proprio la legge delega relativa alla riforma del diritto societario, anzi furono due incontri, uno sugli aspetti civilistici e uno sugli aspetti penalistici. Oggi noi ci occupiamo di vedere che cosa è successo dopo la legge delega, come quindi il legislatore delegato ha dato corpo al mandato ricevuto dal Parlamento. Abbiamo preparato una scaletta di interventi, il primo è del professor Adelmo Manna, il quale ci introdurrà alla propria normativa parlandoci delle linee generali del decreto legislativo 61 del 2002. Mi si dice qui che effettuerà anche dei cenni di diritto comparato su questa materia.

Seguirà la collega Professoressa Paola Severino che si occuperà delle modifiche al reato di false comunicazioni sociali, articoli 2621 e 2622 del codice civile, poi dovrebbe intervenire il professor Bussoletti, che non vedo ancora, speriamo venga, il quale ci dovrebbe parlare dei profili e dei presupposti civilistici della riforma, perché è chiaro che non si tratta di compartimenti stagni. Poi c'è il professor Lemme che ci dovrebbe parla-

re di un profilo particolare del nuovo falso in bilancio.

L'avvocato consigliere collega di questo consiglio, Giandomenico Caiazza che ci introdurrà sulla fattispecie di infedeltà patrimoniale e poi conclude Maurizio Arena sulla responsabilità amministrativa dell'ente per reati societari. Poi ci sarà il dibattito.

A questo punto cedo la parola al collega Manna.

Prof. Avv. Adelmo Manna

Buongiorno a tutti. C'è poco da sorridere con questa riforma, perché è una riforma che ha modificato, ma direi veramente ha stravolto, la disciplina penale in materia di reati societari, e soprattutto direi l'ha bagatellizzata, l'ha minimizzata, tanto è vero che taluni anche autorevoli sostengono che soprattutto in materia di false comunicazioni sociali, ma non solo, sia arrivata una sostanziale depenalizzazione di fatto di queste fattispecie.

Siamo di nuovo qui quindi a riparlare di nuovo della tematica relativa ai reati societari, reati societari che nel mio discorso introduttivo vorrei classificare la riforma attraverso uno stilema che a mio giudizio unifica tutte le fattispecie in materia di reati societari, così come modificati dalla legge delega e dal decreto legislativo 61/2002: dal pericolo al danno. Perché la originaria intelaiatura dei reati societari, così come previsti nel codice civile del 42 erano contrassegnati essenzialmente dal modello del reato di pericolo astratto o presunto, e ciò era anche coesistente, servente all'idea di un diritto penale sussidiario alla normativa civilistica. E quindi per questa ragione la normativa penale societaria era contrassegnata da un notevole formalismo nell'ambito della tutela, e dall'utilizzazione appunto del reato di pericolo astratto o presunto che significava appunto armare della sanzione penale essenzialmente una violazione di norme civilistiche.

Tanto è vero che la normativa penale societaria per molto tempo è rimasta direi in sonno e si è risvegliata improvvisamente durante la nota epoca di tangentopoli. A questo punto sono riemersi all'attenzione della cronaca giudiziaria e della cronaca politica reati come quelli di cui all'articolo 2621, cioè le false comunicazioni sociali, che poi hanno prodotto una notevole estensione delle stesse da parte della giurisprudenza, sia sotto il profilo della comunicazione sociale che secondo la giurisprudenza spesso veniva individuata anche nelle comunicazioni ad

unico destinatario, sia anche sotto il profilo delle valutazioni nel senso che la falsità si estendeva rispetto all'originaria materia dei reati di falso, fino alle valutazioni addirittura sganciate da un sostrato fattuale, e dunque con rischi enormi sotto il profilo del principio di determinatezza in materia penale.

Quindi direi questa esplosione di questi reati societari, ma soprattutto concentrati sul 2621 e la conseguente espansione da parte della giurisprudenza ha reclamato un intervento del legislatore. Quel tipo di tutela estremamente formalistica spiega poi perché si è dovuto attendere quasi 60 anni per avere una fattispecie seria, non meramente contravvenzionale, per l'unica fattispecie sostanziale che invece non era stata introdotta nel codice civile del 42, cioè quella relativa all'abuso del patrimonio sociale da parte degli amministratori di società, che già il compianto Nuvolone nel 41, ma ancor prima Delitala, alla fine degli anni '20, l'avevamo reclamata, ma il legislatore non c'aveva sentito proprio perché era innamorato di un diritto penale servente alle esigenze civilistiche.

Quindi la riforma, che era stata elaborata da un progetto elaborato da una commissione nella precedente legislatura, la cosiddetta Mirone, che aveva però determinate caratteristiche, nel senso che per esempio il reato di false comunicazioni sociali era scisso in tre fattispecie, le false comunicazioni sociali propriamente dette, il falso in prospetto e il falso alle autorità di vigilanza. Si era capito che un'unica fattispecie non poteva bastare proprio a causa di alcune querelle dottrinarie e giurisprudenziali, una per tutte la problematica relativa al bilancio consolidato, se potesse rientrare nel concetto di bilancio o di comunicazione sociale di cui al 2621 tenendo conto che si tratta di un bilancio appunto infragruppo di un gruppo di società. Su questo c'erano state tra l'altro diversità di opinioni, autorevoli esponenti della dottrina civilistica, come Francesco Dalcano, aveva addirittura ritenuto non configurabile ex 2621 il falso nel bilancio consolidato.

La riforma del progetto Mirone quindi divideva l'unica fattispecie in tre, però ancora rimaneva legata al modello del reato di pericolo, tanto è vero che non vi era assolutamente traccia né di soglie di punibilità, se ne era parlato nell'ambito della commissione Mirone ma l'opinione prevalente era stata per la negativa, né tantomeno si era parlato dell'evento di danno patrimoniale ristretto poi a una determinata categoria di soggetti che come vedremo caratterizzerà non solo e

non tanto le fattispecie relative al falso in bilancio ma anche molte altre fattispecie in materia di reato societario.

Il problema del dolo aveva sempre affaticato dottrina e giurisprudenza sul famoso "fraudolentamente" fra teorie oggettivistiche e teorie soggettivistiche, vi risparmio entrare in questi bizantinismi dogmatici, la giurisprudenza si era attestata sul dolo specifico, di profitto e correlativamente, sia pure in senso direi più indiretto del danno patrimoniale, su questo punto la commissione Mirone appunto si era attestata, eliminando il vecchio fraudolentamente che però fa capire come il falso in bilancio derivi dalla truffa, e sostituendolo con un dolo intenzionale e con un dolo specifico. Si badi dolo intenzionale che ormai è entrato a vele spiegate nelle mode dei penalisti dopo la riforma, peraltro molto criticata, dell'abuso d'ufficio, dove per la prima volta nell'ambito di una fattispecie di parte speciale si è codificato questo particolare tipo di dolo, il dolo intenzionale, che fra l'altro crea enormi problemi probatori perché non è facile trovare massime di esperienza che aiutino al riguardo, quindi bisogna arrivare all'atteggiamento, al famigerato atteggiamento ulteriore, il che provoca enormi difficoltà probatorie.

Più o meno questa era la caratteristica generale - qui vado ovviamente in linea molto generale - del progetto Mirone limitatamente al problema del falso in bilancio, ma comunque il modello del reato di pericolo restava direi dominante anche nell'ambito della stessa commissione Mirone. L'attuale ministro di Grazia e Giustizia, l'ing. Castelli, ritenne di ripetere *sic et simpliciter* il progetto Mirone. Allora dove si sono verificate le note modifiche che hanno stravolto il progetto Mirone stesso? Avvennero più o meno in questo luglio, era luglio del 2001, quando gli italiani pensano al mare, giustamente e non certo al diritto penale, e allora approfittando della distrazione dei penalistici ci furono in Parlamento talune modifiche da parte dell'on. La Malfa in materia di società cooperative, e in materia di reati societari da parte dell'on. Vitali, sempre naturalmente di Forza Italia. E queste modifiche legislative stravolsero in realtà il progetto originario dell'ing. Castelli che non era altro che il progetto Mirone. E come sono state stravolte? (qui andiamo proprio alle caratteristiche della riforma) direi proprio facendo questo passaggio epocale: dal pericolo al danno. Vediamolo un po'. Tenendo però conto già di un ulteriore danno di comune esperienza tra i penalisti, Cesare Pedrazzi in alcuni

mirabili interventi nella sua materia, penale commerciale come tutti sanno, ha sempre sostenuto che in *subiecta materia* il modello principe doveva essere quello del reato di pericolo, perché è molto difficile andare a individuare un danno, e soprattutto un nesso causale per esempio da condotte falsificatrici. Ma il grande Pedrazzi non è stato assolutamente ascoltato dai novelli legislatori, e allora si è pensato appunto di fare questa grande rivoluzione epocale, quindi di fare questo passaggio dal reato di pericolo al reato di danno. Ora non mi interessa minimamente, e non voglio tediare su questioni bizantine relative, che poi tanto bizantine non sono, tipo le caratteristiche del principio di offensività secondo la dottrina, secondo la Corte Costituzionale, perché mi rendo conto che sarebbe un fuor d'opera, però certo nessuno ha mai sostenuto, se non il chiarissimo professor avvocato onorevole Gaetano Pecorella, che ho avuto come illustre contraddittore nella precedente versione di questo convegno, che il principio di offensività significasse soltanto reato di danno.

Coloro che conoscono bene il principio di offensività sanno che la grande querelle era sulla legittimità o no dei reati di pericolo presunto, ma si è sempre ritenuto che il principio di offensività rendesse quantomeno conformi a costituzione anche i reati di pericolo concreto. Se così non fosse buona parte del codice penale se ne andrebbe a casca, molti sarebbero contenti, forse anche io fra questi, ma credo che non potremmo assolutamente accontentarci di un diritto penale dove i reati sono soltanto di danno, perché diventa estremamente difficile proprio quando si è di fronte a beni giuridici di carattere collettivo. Viceversa gli autori della riforma hanno ritenuto di fare questo. E come lo hanno fatto? E soprattutto quali sono le conseguenze di tutto ciò? Vediamolo, sia pure in estrema sintesi, cominciamo col discorso relativo alle false comunicazioni sociali, qui andrò a ripetere in estrema sintesi anche per non invadere il campo della cara amica, la collega Paola Severino. Per quanto riguarda comunque le false comunicazioni sociali il legislatore cosa ha ritenuto di fare? Ha ritenuto, rispetto al progetto Mirone, di creare una ipotesi contravvenzionale e due ipotesi delittuose, ha contrassegnato la prima a false comunicazioni sociali direi vecchio stile, cioè senza il riferimento al danno patrimoniale per i soci o per i creditori; invece la *nouvelle vag* delle false comunicazioni sociali si ha nell'articolo 2622, cioè nelle false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori.

Sarebbe tuttavia estremamente riduttivo se noi incentrassimo l'esame soltanto su questo, perché in realtà il legislatore ha fatto molto di più. Perché? Perché sia ha poggiato il concetto di valutazioni su elementi di fatto, su questo si può essere d'accordo, ma sia soprattutto ha incentrato già la condotta criminosa, sotto il profilo del pericolo concreto, e anche qui nel senso dell'alterazione sensibile delle condizioni economiche della società, ma non si è limitato a questo (e anche su questo potremmo essere d'accordo) ma ha aggiunto le famigerate soglie di punibilità, che sono relative al 5% del risultato economico d'esercizio, oppure l'1% del patrimonio netto per quanto riguarda la soglia oggettiva, per quanto riguarda la soglia soggettiva lo scostamento del 10% rispetto alla singola posta se correttamente considerata.

Sul punto la relazione al decreto legislativo delegato si dice che noi sotto questo profilo avremmo imparato dagli americani "*tu vo fa' l'americano ma si nato in itali*". Perché lo dico? Perché non è vero che gli americani, soprattutto la Sec che è la parente più stretta della nostra Consob, è una realtà una cugina molto più grossa della nostra Consob, perché ha poteri di investigazione ben maggiori rispetto alla nostra Consob, ma la Sec non ha mai ritenuto che in materia di falsità potessero prefigurarsi delle soglie di carattere oggettivo, quindi di carattere percentuale, ha sempre ritenuto che si potessero creare le soglie solo laddove ci fosse un errore di valutazione, ma non già nell'ipotesi di dolo, addirittura di manipolazione artificiosa e fraudolenta dei dati di bilancio, questo non lo ha mai sostenuto. Pur tuttavia gli autori del decreto legislativo delegato e così anche la relazione alla legge delega, hanno sostenuto che così avrebbero fatto gli americani, Giorgio Marinucci, dalla sua grande autorevolezza, ha detto che questo è un grave falso e ha ritenuto opportuno che di ciò se ne occupasse la Corte Costituzionale. Finora non lo ha fatto, chi lo sa se un domani ciò avverrà, io ci credo poco ma forse sono un po' pessimista di natura.

Comunque queste soglie di punibilità hanno provocato il fatto che falsi in bilancio di notevole rilievo, il *leading case* era quello relativo al falso in bilancio Romiti, caso Romiti, dove si andava ben oltre un miliardo di vecchie lire, ciò corrispondeva allo 0,05 più o meno del bilancio consolidato Fiat. Se tutto questo lo parametrriamo alle nuove soglie di punibilità ci rendiamo conto che falsi in bilancio corrispondenti (io parlo in lire perché l'Euro ancora non mi è entrato in mente, quindi

io i calcoli li faccio sempre in lire, scusatemi), c'è il rischio che somme addirittura di 50, 60 miliardi di vecchie lire rischiano di essere fuori controllo penalistico. E quindi io non ho nessun timore a dire, l'ho anche scritto, per il momento non mi è arrivata querela, forse sono scaduti i fatidici tre mesi, è sotto questo profilo una legge veramente di natura criminogena, perché naturalmente somme al di fuori del controllo penalistico rischiano di essere utilizzate non per beneficiare le vecchiette, ma molto spesso per corruzione, concussione e quant'altro. Quindi sotto questo profilo è sicuramente una disciplina a mio giudizio criminogena. Ma non c'è solo questo, e badate bene questa soglia di punibilità non riguarda soltanto l'ipotesi delittuosa, ma anche l'ipotesi contravvenzionale, la quale deve comunque superare queste barriere della soglia di punibilità. E poi arriviamo alle fattispecie delittuose. Le fattispecie delittuose, sia sotto il profilo del fatto che sotto il profilo del dolo, sono caratterizzate da questo ulteriore elemento: danno patrimoniale per i soci o per i creditori. Anche qui l'aggiunta del danno patrimoniale ai soci o ai creditori a mio giudizio è una scelta davvero infelice, sia perché è ben difficile che da un falso in bilancio si provochi un danno patrimoniale ai soci o ai creditori, per i soci perché in genere da un falso in bilancio la società ne guadagna, per quello che abbiamo detto prima, sia pure illecitamente, per i creditori è forse un po' più facile, ma anche lì poi se collegato alla perseguibilità a querela vi rendete conto che è facile mettersi d'accordo con il creditore stesso, ma soprattutto direi aggiungere al falso la necessità che si verifichi un danno patrimoniale ai soci e ai creditori, essendo evento del reato entri in rapporto di causalità, significa nient'altro che i reati di falso in bilancio ritornano nell'ambito della fattispecie madre, cioè della fattispecie di truffa. Cioè ritorniamo in un'epoca pre-illuminista, prima dell'illuminismo il vecchio stellionato, che era una fattispecie molto simile alla truffa e al falso, ricomprendeva appunto i suoi due figli che erano la truffa e il falso. Già dal codice Napoleone ci si rese conto che il falso doveva essere autonomizzato proprio perché è una truffa in *incertam personae* e non è equivalente al delitto di cui al 640 del codice penale, perché questa è una truffa in *certam personae*, ma l'autonomizzazione del falso rispetto alla truffa è possibile solo se si toglie il danno patrimoniale per una ristretta categoria di persone, se no ridiventa una ipotesi speciale di truffa. Non credo sia necessario scomodare Carnelutti con la

sua teoria del falso per arrivare a conseguenze così piane ed evidenti, tanto è vero che, sotto il profilo comparatistico, nessun ordinamento, né extraeuropeo, Stati Uniti d'America, né europeo si sono mai sognati di aggiungere l'elemento del danno patrimoniale ai soci e ai creditori nell'ambito dei reati di falso, l'unico esempio sotto questo profilo, ma direi solo del passaggio del reato di pericolo astratto e reato di pericolo concreto sia nella famosa Spagna, che sembra abbia tanto influenzato i legislatori della riforma, ma anche il falso in bilancio nel codice penale spagnolo non è affatto un reato di danno ma è un reato di pericolo concreto, cioè il falso deve essere idoneo a provocare un danno patrimoniale a una ristretta categoria di persone. Quindi come vedete siamo ben lungi dal reato di danno, proprio perché se si arriva al reato di danno capite che la differenza con la normale truffa diventano assolutamente inesistenti.

Altro cenno comparatistico, che non riguarda soltanto i reati di falso ma attiene a molte altre delle fattispecie di cui ai reati societari, è la perseguibilità a querela. E questo anche fa capire molto dello spirito della riforma. Perché? Perché noi eravamo abituati, lo abbiamo studiato nei banchi dell'università, ma come tutti sanno un legislatore può cancellare con un tratto di penna intere biblioteche (forse questa è una delle occasioni ma io preferisco la mia tenermela, non si sa mai, perché poi arrivano nuovi legislatori). Voglio dire sotto questo profilo la perseguibilità a querela è un dato assolutamente unico nel panorama giuridico internazionale, gli unici da cui noi abbiamo preso spunto sono gli spagnoli. Ma anche qua noi siamo andati in maniera molto più avanti rispetto agli spagnoli, perché mentre gli spagnoli ritengono che i reati societari siano perseguibili a denuncia, ma tutti sanno che fra denuncia e querela c'è una differenza enorme, perché la querela può essere rimessa, tranne l'ipotesi di violenza sessuale, e invece la denuncia una volta che è stata sporta non può più essere rimessa. Non solo ma gli stessi spagnoli ci dicono che nell'ambito dei reati societari, è vero che sono punibili su denuncia, ma se la questione, se il reato societario riguarda la generalità dei consociati oppure una pluralità di persone, ridiventano perseguibili d'ufficio, e quindi come vedete non è vero che noi abbiamo sposato del tutto il modello spagnolo. Il modello spagnolo, aggiungerei inoltre, che fra l'altro sotto il profilo della prescrizione, si capisce anche la finalità della riforma sotto questo profilo, sono generalmente

abbassati il carico sanzionatorio, questo per la prescrizione è una vera pacchia. Gli spagnoli però cosa ci dicono, che hanno lì anche un carico sanzionatorio non molto alto, ma il termine prescrizione si sospende quando inizia il procedimento penale, e almeno quindi hanno una valvola di compensazione per far sì che i procedimenti in materia di reati societari si facciano e non si chiudano con prescrizione. Comunque dalle statistiche spagnole emerge che il varo della riforma del codice penale spagnolo è del 95, al 2002 con questo meccanismo della perseguibilità su denuncia non c'è stata una sola condanna per reati societari, e non perché gli spagnoli siano delle gran brave persone, ma voglio dire perché evidentemente la tutela penale non funziona.

Farei qualche ulteriore cenno sulle ulteriori fattispecie criminose. Altra fattispecie che ha subito una ingiustificata bagatellizzazione è l'illegale ripartizione degli utili e delle riserve. Badate bene questa fattispecie non ha ad oggetto la trasparenza societaria come il falso in bilancio ma è a tutela del capitale sociale, quindi un bene giuridico sicuramente più vicino al patrimonio rispetto alla trasparenza. Ciò nonostante l'illegale ripartizione di utili è stata considerata una contravvenzione. A questo punto non si capisce perché c'è una tale bagatellizzazione di un reato peraltro assai grave, come quello relativo all'illegale ripartizione degli utili o delle riserve. E poi per quanto riguarda in generale le fattispecie a tutela del capitale sociale, mi riferisco anche alle illecite operazioni sulle azioni, o quote sociali, o delle società controllanti oppure le operazioni in pregiudizio ai creditori, o l'indebita restituzione dei conferimenti ma soprattutto le ultime due cui ho fatto riferimento e anche l'illegale ripartizione degli utili o delle riserve, il legislatore ha ritenuto di introdurre anche due cause di non punibilità. La restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato, e così anche a dirsi per l'operazione in pregiudizio creditori, cioè una forma analoga, naturalmente *mutatis mutandis* e così via.

Questo tipo di cause di non punibilità è stato giustamente affermato in dottrina, che veramente di nuovo direi bagatellizzano la fattispecie, perché è un messaggio sicuramente di enorme disinvoltura per gli amministratori di società, nel senso che dicono: voi fate tutte le operazioni le più disinvoltate possibili, poi se rimettete le cose a posto prima dell'approvazione del bilancio definitivo be' cari signori abbiamo scherzato. Tutto va bene

madama la marchesa. Insomma voglio dire è un legislatore serio quello che si comporta in questa maniera, che induce alle operazioni le più disinvoltate possibili basta che poi alla fine i mobili nella stanza siano rimasti a posto? E che quindi "*vole-mose bene*", abbiamo scherzato. Scusate se banalizzo ma credo, vista anche l'ora e la canicola, che forse qualche accenno un pochino più scherzoso in una materia che purtroppo di scherzoso ha ben poco, sia peraltro necessario.

Poi vorrei fare ulteriori brevissime considerazioni su altre due fattispecie che invece potrebbero essere il fiore all'occhiello della riforma, l'infedeltà patrimoniale da un lato e l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità. Vorrei cominciare con l'infedeltà patrimoniale, se ne sentiva la necessità che diventasse da contravvenzione, così come nell'Eurosim, nel decreto sulla corporate governments facesse il salto e diventasse delitto. Solo che non si capisce per quale ragione sia stata definita infedeltà patrimoniale, perché evidentemente la fattispecie *duntroie* (?) tedesca, cioè appunto di infedeltà, l'ha fatta da padrone, ma l'infedeltà patrimoniale esistente nel codice penale tedesco è un reato contro il patrimonio non è un reato societario, perché riguarda l'infedeltà di colui che gestisce patrimoni per conto terzi.

Viceversa laddove infedeltà patrimoniale la si inserisca come reato societario, non è solo un problema terminologico si badi, non può essere classificata come infedeltà patrimoniale ma semmai come abuso del patrimonio sociale da parte di amministratori di società. Quindi si sarebbe dovuto seguire più correttamente il modello francese e non già il modello tedesco. Si è preferito evidentemente perché si fa riferimento anche a disposizioni di beni sociali anche per conto terzi. Anche qui, giustamente, ci si basa alla fattispecie sulla situazione di conflitto di interessi, perché l'infedeltà patrimoniale deriva dal 2631 del codice civile, dal conflitto di interessi molto giusto questo, però poi la riforma delude nel momento in cui ritorna anche qui la perseguibilità a querela di parte. Qui si dice a querela della persona offesa, nella legge delega, nella prima stesura del decreto legislativo delegato addirittura si diceva a cura della società e quindi da parte della maggioranza assembleare. Chi tutela i soci di minoranza non si sa.

Altra considerazione in materia di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, cioè è la corruzione privata, che in chiave europea si è appunto insistito molto perché venisse introdotta, e già stata introdotta in altri ordinamenti, solo

che anche qua perché non chiamarla col suo nome "corruzione privata", forse le suggestioni di tangentopoli hanno suggerito di usare un termine meno preoccupante, e quindi non usare il termine corruzione, ma forse è meglio infedeltà? Qui il problema non è puramente nominalistico. Perché? Perché questa fattispecie secondo me ha dentro di sé alcune contraddizioni insanabili, nel senso che questa fattispecie che cosa richiede? Parla appunto dell'abuso del patrimonio sociale, però quando è frutto di dazione o di promessa di denaro o altra utilità da parte di un terzo all'amministratore o al vertice dell'impresa. E quindi questa è la classica nucleo della fattispecie di corruzione. Pur tuttavia non è punibile soltanto per questo, diventa punibile sempre se c'è l'aver cagionato un danno patrimoniale alla società. Allora a questo punto se così è fra l'altro si aggiunge pure che anche questo è punibile a querela della persona offesa. Allora non si capisce bene la ragione. Perché? Perché deve essere perseguibile a querela della persona offesa un fatto di mercimonio, cioè quindi di corruzione dell'amministrazione, quando se è punibile a querela della persona offesa, non è che si dice a querela dei soci, si dice a querela della persona offesa, e dunque della società, e quindi di nuovo la maggioranza assembleare può decidere di mettere una pietra sopra rispetto a fatti di corruzione alquanto gravi. E poi ciò che non si capisce è il profilo sanzionatorio, perché l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità è punito addirittura in maniera meno grave rispetto all'infedeltà patrimoniale propriamente detta, e questo è veramente un'antinomia. Ma come l'infedeltà patrimoniale non deriva da un fatto di corruzione, qui invece c'è in più un fatto di corruzione e lo puniamo meno gravemente rispetto all'infedeltà patrimoniale senza ipotesi di corruzione?! Veramente mi sembra una contraddizione difficilmente sanabile. Altre caratteristiche sono quelle dell'estensione della qualifica soggettiva anche all'amministratore di fatto, la modifica alla bancarotta impropria societaria, avendo aggiunto, qui giustamente, il dissesto, aver cagionato, concorso a cagionare il dissesto perché prima c'era una ipotesi definita di bancarotta presunta - e questa veramente senza alcuna ragione - quindi su questo punto è senz'altro da condividere la riforma, e poi c'è l'estensione della confisca per equivalente, anche qui difficilmente applicabile se poi le fattispecie hanno tali paletti, e sulla responsabilità amministrativa della società vorrei spendere anche qui una sola osservazione.

Sulla responsabilità amministrativa degli enti cosa ha fatto il legislatore della riforma? l'ha estesa anche ai reati societari, fin qui ovviamente nulla quaestio, per fortuna non ha incluso nell'ambito, nel novero dei reati societari per cui è responsabile l'impresa anche dell'infedeltà patrimoniale perché altrimenti sarebbe stato veramente oltre al danno la beffa, cioè la società che viene danneggiata dal proprio amministratore è persona offesa del reato non è certo concorrente nel reato stesso. Ma taluno addirittura ha sostenuto questo.

Ma per la responsabilità amministrativa degli enti la legge delega richiama il decreto legislativo di cui alla responsabilità amministrativa degli enti. Cosa fa però il legislatore delegato nell'ultima versione? Enzo Musco che era in commissione scrive nel suo recente libro sui reati societari: "l'hanno fatta di nascosto, io non me ne sono accorto", tant'è che lui è molto seccato di questo. Il problema è che per la responsabilità amministrativa degli enti sono previste le sanzioni pecuniarie e le sanzioni interdittive. Nell'ultima versione del decreto legislativo sui reati societari, le sanzioni interdittive per i reati societari sono scomparse. Allora io mi chiedo e vi chiedo: ma perché il falso in bilancio, sia pure ormai così ridotto, è meno grave della corruzione, è meno grave della concussione, è meno grave del falso nummario che è stato addirittura incluso fra i reati per cui è responsabile l'ente? Perché questa irragionevole, macroscopica disparità di trattamento?

Seconda ragione: ma come se si è richiamato nella legge delega, la legge delega, il decreto legislativo delegato, secondo i principi e i criteri direttivi in materia di responsabilità dell'ente, allora non c'è anche qui un vizio, un'illegittimità ex articolo 76 della Costituzione?

Ultimo punto che vorrei toccare è quello oggi agli onori della cronaca, *abolitio criminis* o successioni di leggi? Qui ovviamente non intendo invadere il campo dell'amico Fabrizio Lemme, ma devo dire che sul punto, ahimè, si stanno verificando delle contrastanti opinioni sia in dottrina che in giurisprudenza. La prevalente giurisprudenza di merito è nel senso di un *abolitio criminis* e a mio giudizio giustamente, se si applicano i principi stabiliti dalla cassazione a sezioni unite in materia di reati tributari non vedo come non si possa applicare anche nel caso di specie l'*abolitio criminis*. La riforma dei reati societari, piaccia o no, a me avete capito come la penso per cui non sottolineo più oltre il mio pensiero, è talmente

discontinua, talmente difforme rispetto alla normativa precedente che veramente sfido a sostenere che si è di fronte a una continuità del tipo di illecito. Pur tuttavia sta serpeggiando in giurisprudenza qualche opinione contraria, tribunale di Milano a me personalmente è capitato la scorsa settimana in materia di bancarotta impropria societaria, e in materia di falso in bilancio, una soluzione negativa successione. Sicuramente sarà stato meno bravo dell'amico Fabrizio, però forse non è un problema di bravura di difensore, è un problema, io non vorrei che la giurisprudenza su questo reagisse e si comportasse come in materia di riforma di reati contro la pubblica amministrazione. Anche lì era una ipotesi forse meno eclatante di queste sotto il profilo dell'*abolitio* ma la giurisprudenza ha reagito e ha detto siamo di fronte a dei fenomeni successori. La dottrina si sta dividendo, perché mentre autorevoli voci della dottrina, come Musco che era in commissione nel decreto legislativo delegato, Donini in un recentissimo lavoro su Cassazione Penale appena uscita sostengono giustamente che si è di fronte a un fenomeno successorio, ahimè il grande penalista pisano Tullio Padovani in un recente, non ancora uscito, lavoro su Cassazione Penale, ritiene che si è di fronte a un fenomeno successorio.

Io concludo solo in un senso, dicendo: ma forse non sarà il caso che noi chiediamo alla commissione, diretta dal dottor Nordio, di porsi una buona volta per tutte una necessità di una riforma dell'articolo 2 del codice penale? Perché purtroppo la tematica è lasciata alla giurisprudenza e alla dottrina, perché il legislatore non dà dei criteri univoci per stabilire quando si è di fronte a un fenomeno successorio o a un fenomeno abolizione, non vorrei che preoccupazioni di carattere general-preventivo, preoccupazioni di politica giudiziaria, prevalessero sulla interpretazione corretta delle norme, ma se così è forse il caso che intervenga la Cassazione non lo so, si parlava di una cassazione a sezioni unite ma ho controllato e né il 10 né il 20 luglio è in agenda delle Sezioni Unite un problema del genere, anche perché prima forse si dovrà occupare le sezioni semplici, ma non è il caso che se ne occupi una buona volta il legislatore?! Vi ringrazio.

Avv. Salvatore Orestano

Grazie professor Manna, già conoscevamo dall'anno scorso le sue perplessità, adesso le ha confermate, anzi le ha aggravate. Poi vediamo nel

corso del dibattito come gli altri relatori vedranno le cose.

Do un saluto intanto al professor Bussoletti che è arrivato pocanzi, e al professor Lemme, grazie per essere venuti. Adesso la parola è alla collega professoressa Paola Severino per quello che ho annunciato prima, che ci parlerà delle modifiche al reato di false comunicazioni sociali.

Prof. Avv. Paola Severino Di Benedetto

In realtà la amplissima relazione del collega che mi ha preceduto mi facilita moltissimo nel compito, sia perché mi consentirà di rispettare i tempi che ci sono stati assegnati, sia perché parte delle tematiche che nascono dall'introduzione dei nuovi testi dell'articolo 2621 e 2622 sono già state tracciate.

Questo mi consentirà anche di fare due piccolissime battute su un tema extra-argomento assegnatomi, e cioè sul problema successione abolizione. Non sono tanto certa che la giurisprudenza si attesterà sulla tematica della successione, da quel che sento nell'aria di noi che frequentiamo quotidianamente i tribunali, ho l'idea che vi possa essere una certa propensione per la tesi dell'*abolitio*, se non altro – consentitemi uno spunto che non è strettamente giuridico ma è di constatazione di ciò che accade nei tribunali – perché un magistrato preferisce dichiarare il reato estinto, perché non è più preveduto dalla legge come reato anziché dichiararlo estinto per prescrizione. Perché la prescrizione fa ricadere la responsabilità della formula di proscioglimento sulla magistratura, mentre la tesi dell'*abolitio criminis* la fa ricadere sul legislatore. E dunque, almeno da quello che ho sentito in alcuni convegni tenuti in importanti tribunali italiani, la tesi della magistratura forse potrebbe attestarsi proprio sulla tesi della *abolitio*, anche perché (ma questo ce lo dirà egregiamente poi il collega Lemme) i termini attraverso i quali si stabilisce se vi è frattura o non vi è frattura tra due fattispecie sono talmente discussi e discutibili che ciascuno potrà portare argomenti per una soluzione o per l'altra.

Secondo spunto di riflessione: il tema della responsabilità della persona giuridica, dicevo a chi ha organizzato egregiamente questo primo seminario, che è un tema così ampio, così spaventosamente rivoluzionario nell'ambito della nostra legislazione, che esso merita un seminario a parte. Oggi ce ne parlerà egregiamente il collega Arena, ma strangolato in tempi estremamente

limitati; configurare oggi una responsabilità della persona giuridica in un sistema che fino a ieri era legato al principio *societas delinquere non potest* e alla costituzionalizzazione del principio di personalità della responsabilità penale mi sembra abbia dato luogo ad una vera e propria rivoluzione copernicana della quale dovremo ragionare certamente in termini più ampi di quelli che possono essere ritagliati in un intervento, sia per quanto riguarda la gestione d'impresa che per quanto riguarda l'amministrazione delle società. Torniamo al nostro tema del falso in bilancio. Falso in bilancio che, come si è detto, nasce da un'unica fattispecie, quella originaria dell'articolo 2621 e che oggi è frazionata sostanzialmente in tre ipotesi: la contravvenzione dell'articolo 2621 che riguarda ipotesi di falso in bilancio che non cagionino un danno patrimoniale alla società, e le due ipotesi contemplate nell'articolo 2622 che si differenziano per gli elementi di procedibilità che sono quelli del falso in bilancio che causi un danno patrimoniale alla società e che si distingue sotto il profilo della procedibilità a seconda che la società sia o non sia quotata.

Per comprendere i rapporti tra queste due o se vogliamo tre fattispecie, dobbiamo partire da una considerazione di carattere teorico generale, io so che le considerazioni di carattere teorico generale di solito non piacciono perché sono considerate il patrimonio di chi, con un'aria un po' muffosa e polverosa frequenta soltanto biblioteche o luoghi di studio. Io credo invece, e la mia esperienza professionale mi ha sempre dimostrato, che il ridurre in categorie di ordine generale, cioè di teoria generale del reato, le fattispecie aiuta poi nell'applicazione concreta, e cioè nel valutare dei problemi che hanno una portata assolutamente ed esclusivamente pratica, ma che se sono illuminati da una visione di teoria generale del reato. Questo metodo porta a dei risultati interpretativi e pratici appaganti, altrimenti non si riesce ad approdare a risultati convincenti. E il primo problema che si pone per i rapporti tra queste due fattispecie è quello dell'individuazione del bene giuridico tutelato. Problema apparentemente astratto, astrattissimo ma che come vedremo poi determinerà invece delle conseguenze pratiche relevantissime.

Stando alla intitolazione delle due norme non vi è dubbio che il bene giuridico tutelato dall'articolo 2621 abbia natura patrimoniale ed individuale, e cioè che l'articolo 2621 tuteli rispetto a quelle aggressioni alla società, che ledono, intaccano il suo patrimonio, e che il regime di

perseguibilità a querela che è previsto per le società, quanto meno per le società non quotate, radichi questo tipo di bene come bene individuale, cioè riferibile al singolo socio o al singolo creditore che può agire. Più problematica è l'individuazione del bene giuridico tutelato dall'articolo 2621, che invece rimane più simile alla vecchia fattispecie, nella quale non vi era, tra gli elementi costitutivi del reato, il danno al patrimonio della società. Il falso in bilancio originariamente contemplato dal codice civile prima dell'innovazione era una vera e propria ipotesi di falso ideologico, punibile per il solo fatto che si rappresentava in quella particolare scrittura privata che è il bilancio o la comunicazione sociale, una situazione diversa da quella reale, a prescindere dalla considerazione che ciò avesse o non avesse determinato un danno patrimoniale per la società. La giurisprudenza, che aveva interpretato questa norma nella sua originaria struttura, a dir la verità aveva un po' ecceduto in interpretazioni formalistiche, lasciando proprio assolutamente nell'ombra il tema patrimoniale, il tema economico sottostante, e aveva sempre più portato la fattispecie verso una forma di falsità ideologica posta a tutela della credibilità del bilancio e delle comunicazioni sociali, cioè un bene estremamente sottile, un bene esangue rispetto alle ordinarie tipologie di bene tutelate dalla norma penale: il bene della credibilità del bilancio, importante in una fase di transizione del nostro ordinamento, molto importante perché in quel periodo si stavano costituendo dei nuclei normativi volti proprio alla tutela della comunicazione sociale. Pensiamo all'istituzione della Consob e alla attribuzione alla Consob di determinati poteri sempre crescenti e dei reati che derivavano dalle omissioni o dalle false comunicazioni alla Consob, l'introduzione di una serie di reati relativi ai rapporti tra banche ed istituto di vigilanza. Tutte norme volte alla tutela di un interesse sottile quale è quello della trasparenza della comunicazione. Ma una volta costituitosi questo nucleo di norme c'era ancora bisogno di una norma come quella originaria sul falso in bilancio? Anzi c'era ancora bisogno di una interpretazione che assottigliasse talmente il disvalore del falso in bilancio da renderlo simile ad una norma posta a tutela di una correttezza formale nelle comunicazioni? È forse questo l'interrogativo che aveva originariamente ispirato la riforma, perlomeno negli intenti della prima stesura e quindi della proposta Mirone. Cioè la riforma nasce

come una reazione ad un eccesso di ampliamento della fattispecie verso sponde di carattere formale, verso sponde che avevano completamente dimenticato l'origine del reato che aveva un suo substrato di patrimonialità sociale da tutelare. La riforma odierna accentua questi profili di reazione che erano nella Mirone fino a costruire come unica e vera fattispecie, baluardo delle comunicazioni sociali e del bilancio, l'articolo 2622, il reato che finisce per essere il vero protagonista dei reati societari perché l'articolo 2621 invece, e cioè la norma sul falso in bilancio non avente contenuto patrimoniale, è una semplice contravvenzione, i cui termini di prescrizione sono triennali e dunque il cui accertamento è estremamente difficile da configurare in un sistema processuale come il nostro nel quale tre anni, o quattro anni e mezzo se c'è un atto interruttivo della prescrizione, sono pura fantasia per l'ottenimento di una sentenza definitiva di accertamento del fatto. Quindi l'unica reale forma di tutela oggi rimane quella dell'articolo 2622 ed è una forma di tutela connotata di contenuti di patrimonialità. Ma dicevo che è importante ritornare al tema dei rapporti di bene giuridico tutelato tra la fattispecie dell'articolo 2622 e la fattispecie dell'articolo 2621. Nel 2622 contenuto patrimoniale, nell'articolo 2621 quale è oggi il bene giuridico tutelato dalla norma? All'interrogativo si possono dare due risposte. La prima risposta (ed è una tesi prevalente) ravvisa nell'articolo 2621 una forma di tutela anticipata dello stesso bene tutelato dall'articolo 2621, cioè con questa norma il legislatore interviene prima che il danno patrimoniale si sia verificato, quando c'è un pericolo che si verifichi il danno patrimoniale (e quindi un pericolo concreto, di aggressione al patrimonio della società) si interviene in una forma più lieve e cioè con la contravvenzione.

Secondo altra parte della dottrina, e devo dire anche secondo l'idea del relatore al decreto, l'oggettività del 2621 innovato consisterebbe nella tutela della fiducia della collettività nella genuinità dei bilanci, e cioè si ritornerebbe a quella dimensione di interesse collettivo che era caratteristica di quella interpretazione giurisprudenziale sull'originario 2621. Devo dire che nonostante l'intenzione espressa dal relatore del decreto a me sembra che l'articolo 2621 abbia invece tutte le caratteristiche per come è costruito, non per come lo voglio, lo vorrei, lo desidererei o auspicherei che fosse, ma per come è nella realtà della sua struttura descrittiva, invece una

forma di tutela anticipata rispetto all'articolo 2622, perché esso ricalca tutti gli elementi del 2622, mancando ad esso soltanto l'elemento del danno patrimoniale; perché esso contiene una clausola di riserva in apertura, salvo quanto previsto dall'articolo 2622, quindi sembra porsi come norma residuale, come un minus rispetto all'articolo 2622, non come qualcosa di diverso dal punto di vista dell'oggetto giuridico di tutela, ma come un minus rispetto alla ipotesi del danno patrimoniale.

Allora dicevo, al di là dei commenti critici o meno su questa forma di tutela che comunque ha come sfondo sempre il patrimonio della società, danneggiato o messo in pericolo e questo determina delle conseguenze rilevanti per esempio sotto il profilo della querela e degli effetti che produce una eventuale remissione della querela. Perché se il bene giuridico tutelato è sempre quello ma rispetto al quale ci si ferma ad un momento antecedente nell'articolo 2621, ad un momento successivo nell'articolo 2622, la remissione della querela per un fatto determinante una ipotesi di articolo 2622 estingue o non estingue la possibilità di procedere per un articolo 2621? Scusate se parlo per numeri, non mi piace farlo ma dovrei se no ripetere ogni volta l'intitolazione della norma. È chiaro il quesito? Se io ho querelato per un 2622 rimetto la querela, rimane al magistrato la possibilità di procedere d'ufficio? Per l'articolo 2621 si se c'è continuità tra i beni giuridici tutelati, e cioè se l'articolo 2621 è una forma tentata e non compiuta di 2622. No se il bene giuridico tutelato è diverso, perché allora nella diversità delle due fattispecie, la remissione della querela comporta semplicemente la estinzione di quel reato e non può poi essere recuperata attraverso la persecuzione dell'altro. Il che è vero, come diceva qualcuno, poi viene fatto salvo attraverso il problema della prescrizione, per cui una perseguibilità ex 2621 sarà difficile a seguito di remissione della querela, però mica tanto se noi consideriamo il principio del trascinamento nei bilanci, perché non dimentichiamoci che se un bilancio è falso e le poste di un bilancio non sono state rettificate, anche i bilanci successivi saranno falsi, e se dunque in termini temporali il reato verrà considerato come protratto fino al momento in cui non vi sarà rettifica del bilancio, sarà sempre possibile configurare una contravvenzione ex articolo 2621 pur in ipotesi di remissione di querela o di assenza di querela per le società non quotate. Il problema, io ho cercato di risolverlo con una specie di scioglilingua: per le società non quotate è

necessaria la querela, per le società quotate non è necessaria la querela.

E questo per una considerazione sempre di bene giuridico, perché per la società non quotata vi è semplicemente un interesse individuale del socio o del creditore da far valere, per la società quotata invece lo stato svolge una funzione surrogatoria rispetto al singolo, all'individuo, e vista la parcellizzazione della partecipazione azionaria tra soggetti che non potrebbero, o si ritiene non possano sufficientemente autotutelarsi, affida allo Stato il compito di perseguire questi fatti.

Ecco dunque come il tema del bene giuridico viene ad interferire con dei profili estremamente rilevanti sotto l'aspetto pratico, come quelli della perseguibilità a querela e della rimettibilità della querela con il travolgimento anche di altri reati.

Non intendo fare una rassegna di tutti gli elementi costitutivi dei due reati, ma mi soffermerò su alcuni degli elementi costitutivi comuni, sia al 2621 che al 2622 che danno la percezione più specifica della modifica delle fattispecie: soggetti del reato. Sono rimasti reati propri entrambi, ma dall'elenco dei soggetti attivi non rientrano più i soci fondatori e i promotori. Perché? Perché dall'oggettività materiale del reato sono cadute le rappresentazioni di fatti falsi inerenti il momento della costituzione della società, ed essendo venuti meno quei momenti oggettivi è chiaro che vengono meno anche i possibili soggetti attivi dei reati riferiti ai momenti costitutivi della società.

Oggetto materiale del reato. Sono solo le comunicazioni sociali che siano state in qualche modo predeterminate, cioè che abbiano una forma pre-determinata, non più qualunque comunicazione rivolta come diceva la vecchia giurisprudenza sul vecchio articolo 2621 ai soci, ai creditori e a tutti i potenziali creditori, e in qualunque forma fatta, ma soltanto le comunicazioni che abbiano una forma sociale, e che siano obbligatorie in quanto imposte dalla legge. E qui si introduce un problema che è tipico del diritto penale dell'economia moderno, e cioè la tecnica del rinvio, norma penale che fa rinvio a norme extrapenali, le norme che rendono obbligatorie o disciplinano per legge certe comunicazioni sociali, norme che a loro volta non essendo nate in un contesto penalistico sono norme descrittive e non prescrittive. Non voglio annoiarvi con l'elenco delle norme del codice civile che rendono obbligatorie o formalizzano determinate comunicazioni, ma basterà andarlo a scorrere, andare a guardare gli articoli 2261, 2489 in tema di controllo dei soci, 1173, 2293, 2392, 2492 ecc. per vedere che queste

norme che rendono obbligatoria la comunicazione, dalla cui falsità poi deriverà il reato, non enunciano in termini prescrittivi le situazioni nelle quali la comunicazione è obbligatoria. Si apriranno dunque i soliti problemi interpretativi determinati dalla tecnica del rinvio legislativo dalla norma penale alla norma civile, ad una norma cioè che non è nata in campo penale.

Una innovazione importante, sotto il profilo dell'oggetto materiale del reato, è quella della estensibilità al gruppo della tematica del falso in bilancio, e quindi la estensibilità anche al bilancio consolidato, cioè a quel bilancio che sussume in sé gli apporti dei bilanci delle singole società del gruppo, una prima apertura normativa alla regolamentazione del gruppo di imprese che per il diritto penale rappresenta invero una parziale novità. Da questo ambito di tutela rimangono così scoperte alcune categorie di comunicazioni che peraltro trovano la loro disciplina in altri settori dell'ordinamento, quindi per esempio le comunicazioni alla Consob e alla Banca d'Italia, che rimangono fuori dalle fase comunicazioni sociali ma hanno una specifica tutela in norme che riguardano l'ordinamento della Consob e dell'istituto di vigilanza.

Ancora la chiara indicazione delle valutazioni come oggetto materiale del falso in bilancio. Chi ha studiato la materia sa che si discuteva molto sul se potessero essere oggetto del falso in bilancio solo fatti falsi o valutazioni non corrette, oggi la norma introduce le valutazioni come elementi costitutivi del reato, purché si tratti di fatti materiali oggetto appunto di valutazione, con quelle soglie di punibilità sulle quali già si è soffermato il collega ed amico Manna, che determinano certamente situazioni di sperequazione e di disparità di trattamento tra piccole e grandi imprese, perché gli esempi che si possono fare di bilanci di grandi società sulle quali non graverà mai una ipotesi di falso in bilancio, perché non si raggiungerà mai né la soglia del 5% né quella del 10% parametrata al patrimonio oppure al risultato netto, sono tantissimi, sono tantissimi e quindi la possibilità che si costituiscano fondi neri che rimangano impuniti perché non raggiungono quella soglia di punibilità, è una possibilità concreta e definita appunto dal collega come una sorta di spinta criminogena, o comunque l'assenza di un parametro di sanzione penale, di minaccia di sanzione penale idonea a trattenere dalla commissione di quel reato. Come pure non sono oggi sottoponibili a sanzione penale i falsi cosiddetti qualitativi, e cioè quelli nei quali il risultato

patrimoniale rimane immutato, pur spostandosi delle poste dall'attivo al passivo mediante compensazione, cioè la falsificazione, la sottovalutazione di poste passive controbilanciata dalla sopravvalutazione di una posta attiva non è più punibile ai sensi dell'articolo 2622 perché comunque non incide sul patrimonio della società, sulla situazione patrimoniale della società.

Dunque queste le scelte, e sono scelte che ruotano tutte intorno al concetto di stretta punibilità o di più stretta punibilità solo di fatti di falso in bilancio o di false comunicazioni sociali che abbiano determinato un danno patrimoniale per la società. Naturalmente, data la restrizione del tema a questo ambito, il problema dell'accertamento del danno diventa il vero problema di questa fattispecie, un accertamento del danno che può essere difficilmente verificabile dal singolo socio o creditore, che è l'unico soggetto titolare oggi in via principale del diritto di querela, con il rischio dunque che mentre si accerta l'entità del danno trascorre il tempo e si avvicina il momento della prescrizione.

In conclusione, una forma di tutela certamente molto più limitata di quella apprestata dall'ordinamento precedente, una forma di tutela che a mio avviso non è riuscita a trovare un giusto equilibrio tra gli eccessi della giurisprudenza, che aveva assolutamente slabbrato l'originaria fattispecie dell'articolo 2621 e una tutela che oggi appare eccessivamente incentrata, per tutti gli aspetti che abbiamo considerato, soltanto sugli effetti patrimoniali della condotta ai danni dei soci o dei creditori. Grazie.

Avv. Salvatore Orestano

Grazie a Paola Severino perché ci ha portati in altre dubbiosità, in altre nebbie di questa riforma, io sto imparando moltissimo per cui vi ringrazio. Siccome ha richiamato anche, giustamente, aspetti collegati di diritto civile, alle cui norme c'è un rinvio da parte del codice penale attuale, dopo la riforma, cioè da parte del codice penale non tanto, da parte anche di norme di natura sostanzialmente penale inserite nel codice civile, allora tocca proprio al collega Bussoletti di dirci qualcosa sui profili e sui presupposti civilistici della riforma.

Prof. Avv. Mario Bussoletti

Diciamo subito che la scelta legislativa di uscire con le norme di diritto penale societario in antici-

po rispetto al resto della riforma del diritto societario, desta notevoli perplessità, dal punto di vista del sistema. Perché qualcuno dice che il diritto civile o le istituzioni del diritto societario sono le fondamenta della casa rispetto alle quali poi la normativa penale ha il ruolo del tetto, e quindi non si può costruire il tetto se prima non si sono costruite le fondamenta. Nonostante io sia di formazione commercialistica sfumerei questa presa di posizione, precisando che non è che uno dei due mondi venga prima dell'altro, ma è indispensabile che i due mondi si parlino contemporaneamente, perché altrimenti rischiamo di avere un cerchio che non si chiude. Indispensabile quindi secondo me, ai fini della buona riuscita dal punto di vista tecnico, di queste nuove normative, sarebbe stato che le varie commissioni avessero integrato nella fase finale del loro lavoro, i loro testi, in modo da verificare che i testi si parlassero, perché altrimenti chi esce per primo in qualche modo condizionerà anche gli altri, e peggio ancora sarà se non li condizionerà, avremo bilanci falsi civilisticamente che non corrisponderanno a bilanci falsi penalisticamente.

Tra l'altro il nostro legislatore delegante era stato particolarmente attento sui temi del bilancio, individuando alcuni obiettivi mirati ma anche predisponendo gli strumenti perché il legislatore delegato potesse risolvere con scioltezza una serie di problemi in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari che approvano bilanci falsi, che tuttora tormentano gli interpreti. Mi piace ricordarvi che l'articolo 4 della legge di delega, nel momento in cui regola il funzionamento dell'assemblea e dei patti parasociali, delega il legislatore delegato a redigere un nuovo decalogo di vizi delle deliberazioni assembleari, non solamente identificando nuovi soggetti legittimati eventualmente a impugnare le deliberazioni assembleari, ma anche individuando nuovi tipi di vizi, e vedremo che questo è un problema rilevantissimo nel campo dei bilanci.

Ancora: l'articolo 6 della legge di delega contiene numerosissimi principi e criteri direttivi in tema di nuove norme in tema di bilancio. C'è poco da fare, nel momento in cui queste norme saranno redatte, il bilancio nella maggior parte dei casi si considererà vero o falso penalisticamente se le norme che saranno state scritte saranno state rispettate o meno. Sarebbe interessante analizzare alcune di queste norme in dettaglio, però almeno l'elenco dei temi su cui il legislatore interverrà, il legislatore civile, è importante richiamarlo. Per esempio l'eliminazione delle

interrelazioni tra normativa civile e normativa fiscale, che è un tema che è molto importante dal punto di vista anche del diritto penale, perché molto spesso gli operatori confezionano bilanci nei quali effettuano una serie di scritturazioni che non sono veritiere dal punto civilistico, per esempio gli ammortamenti anticipati, per soddisfare esigenze di carattere fiscale. Oppure, questo è un problema colossale che avremo, le cosiddette imposte differite. In una certa misura le società, già in parte quelle quotate sono state invitate a farlo dalla Consob, sconteranno in anticipo gli effetti negativi o positivi delle imposte future che pagheranno o dei risparmi di imposte che avranno. Finché si tratta di annotare in anticipo i costi delle imposte future, questo risponde a un principio di prudenza, e quindi è perfettamente rispettoso delle clausole attuali in tema di bilancio, ma quando sarà autorizzata (perché oggi per me non è ancora autorizzata) l'iscrizione all'attivo e fra i ricavi dei risparmi futuri di imposte, avremo una svolta rispetto ai tradizionali principi di prudenza, di certezza del ricavo e di competenza che indurrà molte riflessioni, e si tratterà di trovare una grande misura nell'autorizzare questo tipo di operazioni, che sono operazioni altrimenti al confine con il falso. Un altro grande tema con il quale ci dovremo confrontare sarà l'iscrizione in bilancio dei beni in leasing. Non si capisce se il leasing deve essere trattato, bilancisticamente, come una vendita a rate con riserva della proprietà oppure come una locazione. La scelta ha un impatto bilancistico colossale e può determinare, per chi redige il bilancio, che la società esca con un risultato inutile oppure in perdita.

Avremo una nuova regolamentazione del patrimonio netto, per esempio si – immagino – regolerà una situazione delicatissima, su cui c'è stata una importante presa di posizione della Cassazione Civile a Sezioni Unite, che è quella del fondo azioni proprie acquistate, se una società acquista azioni proprie non si capisce se questa posta deve rimanere storicamente immutata nel tempo, nonostante l'eventuale evoluzione del corso delle azioni, oppure se queste azioni proprie acquistate debbano essere svalutate nell'ipotesi di perdita di valore. Il bilancio del Credito Emiliano Holding è stato dichiarato nullo perché i giudici hanno ritenuto, in disaccordo con la maggior parte degli aziendalisti peraltro, che le azioni proprie nel portafoglio della società avrebbero dovuto essere svalutate in presenza di una perdita di valore.

E poi del bilancio consolidato le società che sono cosiddette *global players*, che operano sul mercato mondiale o comunque su molti mercati, molto più di quanto si farà adesso, saranno autorizzate a usare principi contabili internazionali, limitatamente alla redazione del bilancio consolidato. E poi saranno ampliati i casi in cui le società potranno usare stati patrimoniali e conti economici semplificati che determineranno, evidentemente, un calo di informazione che nuocerà soprattutto a coloro che saranno finanziatori di queste società.

Ecco perché sarebbe stato necessario che i vari componenti delle commissioni si parlassero. Purtroppo così non è stato, oggi allora il civilista deve umilmente fare due passi indietro, cessare di essere quello che pretendeva di parlare per primo e di indirizzare il legislatore penale, e giocare di rimessa (per rimanere nella filosofia calcistica che caratterizza questo mese).

Allora bisogna giocare di rimessa. Per esempio il civilista adesso si scontra con un problema che per lui è gravissimo: quello della cosiddetta *materiality*, cui la professore Severino faceva riferimento verso la fine del suo intervento. Cioè il bilancio deve essere vero o falso, ci dice adesso il legislatore penale, nel suo complesso, se ci sono dei vizi di bilancio, che pure sono degli obiettivi vizi, ma che hanno un impatto non significativo, *non material*, secondo la terminologia adottata dai contabili anglosassoni – e qui c'è una prima scelta che avrebbe dovuto essere discussa con il legislatore civile – la situazione materiale di falso c'è ma non c'è la punibilità.

Qual era lo stato della situazione del diritto civile a proposito di questo problema della non significatività di eventuali vizi del bilancio? Diciamo subito che stiamo tutti in alto mare, come del resto fino all'altro ieri i colleghi penalisti, noi abbiamo avuto una giurisprudenza della cassazione che a metà degli anni 80 ha detto che il bilancio doveva essere fedele nel suo complesso, e che quindi anche dei veri e propri falsi di scarsa importanza non rendevano viziato il bilancio e a maggior ragione non rendevano viziata la deliberazione assembleare di approvazione. Però nel 2000 c'è stato un cambiamento di giurisprudenza molto importante, perché un'importante sentenza, la n. 27 della Cassazione del 2000 (parlo sempre della cassazione civile) invece sembra aver detto il contrario, sembra perché purtroppo la cassazione ogni tanto ci trae in inganno con i suoi *obiter dicta*. Questa sentenza della cassazione, molto importante perché ha detto (e sul tema

torneremo in seguito) che qualunque tipo di vizio del bilancio, vizio di verità o vizio di chiarezza, rende nulla la delibera assembleare di approvazione, ha anche detto: a maggior ragione, ha aggiunto, poi quando, come nel caso di specie, il vizio è significativo. Questo "a maggior ragione" mette gli interpreti civilisti nei guai, perché sembrerebbe dare per scontato che anche se quel vizio fosse stato poco significativo si sarebbe verificata questa situazione.

E ancora invece negli anni 80 la cassazione utilizzava gli scarsi vizi, i vizi caratterizzati da scarsa significatività eventualmente per derubricare il vizio della deliberazione assembleare da vizio di nullità in vizio di annullabilità. La situazione si è poi ulteriormente complicata con la cassazione penale nel caso Romiti, la quale ha detto: non mi importa niente del *material*, non trovo nessuna traccia normativa che renda irrilevante il poco significativo, e quindi anche se il bilancio della Fiat fosse falso per mille lire, nonostante il bilancio della Fiat giri milioni di miliardi, per me c'è il reato.

Ed ecco quindi che stiamo tutti un po' in alto mare, adesso i colleghi penalisti sono un po' ritornati a casa perché hanno avuto tutta una serie di input sul fronte della significatività, il 10% del risultato dell'esercizio, l'1% del patrimonio netto, io cioè posso avere un bilancio viziato senza diventare penalmente responsabile se faccio manovre che stiano entro questi limiti, in aggiunta a questi limiti c'è per di più l'ulteriore paracadute di un margine di oscillazione del 10% nelle valutazioni. È evidente si ritiene che le valutazioni, siccome sono più a rischio, debbano avere un trattamento di maggior tutela, sbagliando secondo me, perché le valutazioni godono già in partenza di un trattamento di maggior tutela, credo che una volta tanto insieme i giudici civili e i giudici penali dicessero: la valutazione sbagliata fa scattare la falsità del bilancio solamente quando sia manifestamente irragionevole. Se io il credito nei confronti dell'Unione Sovietica, oggi purtroppo dell'Argentina, lo svaluto del 20% o del 45% sono due bilanci del pari plausibili, non è che uno sia vero e l'altro sia falso, sarebbero sicuramente falsi il bilancio che non svalutasse per nulla il credito nei confronti dell'Argentina, come sarebbe probabilmente falso anche il bilancio che lo svalutasse per intero, perché la prudenza sarebbe eccessiva.

Capite quindi i problemi che abbiamo in questa materia. E oggi il fatto che il legislatore penale abbia scelto mi fa forse rilanciare sul civile, ma in

che modo? notate che il legislatore penale ha scelto di rendere non punibile un fatto materiale che pure chiama falso, e allora, dal punto di vista del civile quale deve essere la risposta? di unificazione, di omogeneizzazione di filosofia? e allora vorrà dire che gli amministratori non saranno responsabili e che la delibera assembleare di approvazione del bilancio non sarà valida. Oppure si dovrà sfruttare l'aspetto proprio della scelta legislativa penalistica che è limitata alla non punibilità, e che quindi esclude i profili maggiori di sanzione, ma non per questo intende perdonare i profili di sanzione minore, che sono appunto i profili civilistici di una eventuale responsabilità degli amministratori e di una invalidità della deliberazione assembleare.

Devo anche dire che avrei voluto un po' più di cura da parte del legislatore delegato penale, perché il legislatore delegato penale si è fatto carico del problema della significatività del vizio con riferimento al falso, 2621 e 2622, e si è dimenticato che il problema esiste, anzi è nato nel mondo della revisione contabile. Il revisore contabile viene sanzionato per una certificazione falsa senza che apparentemente a lui si applichi la causa di non punibilità della non significatività, col risultato che rischieremo di arrivare all'assurdo che l'amministratore viene giudicato non punibile e il revisore viene punito. Il punto di scarso coordinamento che denota la mancanza conoscenza della disciplina della revisione contabile, c'è un altro dettaglio che è molto interessante: ricorderete che c'è uno scalino tra società chiuse e società quotate. A metà di questo scalino ci sono le società di cui all'articolo 115 del TUF (Testo Unico della Finanza), le società che pur non essendo quotate hanno loro titoli diffusi fra il pubblico. Sono un ibrido tra le società chiuse e le società aperte. Il legislatore penale ha ritenuto, per me sbagliando, di equiparare le società con titoli diffusi tra il pubblico ma non quotate alle società chiuse anziché alle società aperte, e quindi regalando agli amministratori che commettono i reati il trattamento di favore tipico delle società chiuse rispetto a quello delle quotate. Ma si è dimenticato ancora una volta che le società con titoli quotati tra il pubblico sono sottoposte a revisione obbligatoria, e quindi il revisore nuovamente ha il problema della certificazione falsa di un bilancio falso. E in questo caso, poiché le società con titoli diffusi tra il pubblico sono equiparate alle non quotate, arriveremo all'assurdo che il caso di bilancio falso certificato falsamente da un revisore, il controllore revisore venga sot-

toposto a una sanzione maggiore della sanzione che grava sugli amministratori, direi con una evidente incostituzionalità, perché c'è proprio una delle classiche violazioni dell'articolo 3, addirittura c'è la massima violazione dell'articolo 3, situazioni diverse vengono trattate diversamente al contrario.

Chiudo ricordando e facendo presente ai più giovani di voi, che la parte della relazione della professore Severino, l'esordio riferito all'individuazione del bene tutelato è una questione non solo molto importante dal punto di vista dei principi del diritto penale, ma anche molto importante dal punto di vista dei principi del diritto societario e gravida di conseguenze applicative. Qualcuno di voi saprà che la giurisprudenza è oscillante, fortemente stimolata dal tribunale di Milano, in ordine al problema della sorte da ascrivere alle delibere di approvazione di un bilancio viziato. Premesso che tutti sono d'accordo sul fatto che una delibera di approvazione di un bilancio falso si deve considerare nulla, si litiga molto su quale debba essere il regime di invalidità di una delibera che approva un bilancio non falso ma che non rispetta le norme di redazione del bilancio, quindi di un bilancio penalisticamente irrilevante, per esempio perché ha messo insieme i marchi e i brevetti.

Orbene dopo atteggiamenti oscillanti, negli anni 90 la Cassazione ha ritenuto che tutte le norme di bilancio sono di ordine pubblico, con la conseguenza che qualunque violazione di norma di bilancio, indipendentemente dal fatto che riguardi la chiarezza o la precisione, determina la nullità della deliberazione assembleare.

È chiaro che quanto più sarà considerata totale questa sorta di privatizzazione del bene tutelato dalla nuova normativa sul bilancio, tanto più dovremo ripensare il regime della invalidità civilistica, perché se prendesse definitivamente piede la tesi preferita dalla collega Severino per esempio, che il 2621 è un minus rispetto al 2622, i beni tutelati sono sempre comunque privati. Questo vorrà dire che non si potrà più sostenere per il futuro che una delibera di approvazione di un bilancio semplicemente non chiaro sarà nulla, la sua annullabilità dovrà essere rimessa al potere dispositivo dei soci. Del resto questo tipo di effetto lo avremo già in anticipo anche con riguardo alla compromettibilità in arbitri delle controversie di impugnativa del bilancio. Oggi la giurisprudenza dice che non sono compromettibili in arbitri le controversie in tema di bilancio. Quando sarà varata la riforma del diritto societario

invece a certe condizioni potranno essere compromettibili in arbitri. Ma per effetto di questa mutazione genetica del vecchio 2621 oggi, 2621 o 22 probabilmente la situazione si è verificata già oggi, io potrei dire che forse da un punto di vista tecnico formale vedendo anche la topografia delle norme, forse il 2622 dovrebbe essere più ragionevolmente una *species* del *genus* 2621, ma mi fa orrore [...] proclamando grandi principi con il 2621 e poi pretendere di andare significativamente a lavorare esclusivamente con l'articolo 2622. Concludo riprendendo un riferimento della professoressa Severino al cosiddetto trascinarsi del reato. È vero per ovviare ai problemi di prescrizione propri del 2621, questo trascinarsi però si verificherà solo nel 50% dei casi, perché nella situazione classica da 2621, e cioè quella della società che simula costi inesistenti per pagare in nero una tangente, il vizio di bilancio riguarderà solamente il conto economico di quell'anno. Cioè io ho speso diversamente da come ho dichiarato di aver speso, e le poste dello stato patrimoniale tendenzialmente rimarranno immutate con buona pace dei vecchi principi di tutela dell'informazione societaria. Bisognerà vedere l'Unione Europea cosa dirà di questa scelta di principio, perché rischia di mettere in discussione i principi alla base della prima e della seconda direttiva comunitaria questa scelta. Grazie.

Avv. Salvatore Orestano

Grazie anche al professor Bussoletti. Mi è piaciuta molto la sua querelle sul difetto di collegamento tra le commissioni coordinamento soprattutto, che spesso avvertiamo nelle leggi che poi dobbiamo esaminare e dobbiamo applicare e che ci fanno impazzire, anche perché questa legge effettivamente, tu non c'eri prima quando era intervenuto Manna con la sua *vis* che conosciamo, insomma aleggiano varie problematiche di carattere politico prima ancora che giuridico, che lasciano quindi un po' la bocca amara agli operatori del diritto poi in un disegno che è quello che stiamo esaminando e che non è esaltante per tutti i motivi che ci stiamo dicendo. Quindi grazie anche a te per queste puntualissime osservazioni. Adesso abbiamo il nostro carissimo Fabrizio Lemme, che affronta un profilo particolare del nuovo falso in bilancio, che poi è un tema che aveva già visto la collega Severino a proposito di *abolitio* o *successio*, e quindi sentiamo anche l'altro amico che ci dice.

Prof. Avv. Fabiizio Lemme

L'articolo 223, capoverso n. 1 della vecchia legge fallimentare, anzi della attuale legge fallimentare, recitava testualmente in questi termini: *si applica alle persone suddette* – vale a dire agli amministratori, ai direttori generali, e sindaci – *la pena prevista nel primo comma dell'articolo 261* – vale a dire la pena della reclusione da 3 a 10 anni – *se: n. 1) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 2621, 2622, 2623, 2628, 2630, comma primo, del codice civile.*

Ora come veniva interpretata questa norma incriminatrice dalla giurisprudenza? Nella maniera più letterale e consentitemi di dirlo, bieca. Pigliamo il reato di cui all'articolo 2622 codice civile, il vecchio testo, si trattava di un reato bagatellare che consisteva nel rivelare notizie sociali riservate senza giusta causa. Il fatto era punibile a querela della società e la pena prevista variava tra un minimo di 15 giorni e il massimo di un anno. Supponiamo che un amministratore di società avesse rivelato a terzi notizie sociali riservate senza giusta causa. La società appresa la cosa non si fosse querela. 4 anni dopo questo fatto, 5 anni dopo, 6 anni dopo, perché non c'erano limiti di tempi, l'amministratore della società, anzi il contabile della società, colui che teneva la cassa, innamorato di una bella ragazza scappava alle Bahamas con la cassa determinando il fallimento di una società che era altrimenti fiorentissima. Il curatore del fallimento andava a fare le sue indagini sulla società ai sensi dell'articolo 33 della legge fallimentare per farne relazione al curatore. E scopriva che 4 anni prima, 5 anni prima, l'amministratore aveva rivelato a terzi notizie sociali riservate che la società informata dei fatti non aveva deciso di proporre querela, bene in questo caso l'amministratore era punibile per bancarotta fraudolenta impropria. Quindi l'amministratore risultava punibile per la bancarotta fraudolenta impropria quando avesse commesso un fatto di rivelazione di notizie sociali riservate dalle quali non era derivata alcuna conseguenza dannosa per la società al punto che la società non aveva proposto querela.

Di fronte ad interpretazioni di questo genere, che lasciavano oltremodo sbigottiti, c'è stato chi ha cercato una interpretazione correttiva di questo malandazzo giurisprudenziale. E tra questi citerei me stesso, perché nel 1993 scrivendo il capitolo relativo alla bancarotta fraudolenta impropria dell'imprenditore collettivo, nel commento alla legge penale fallimentare curato da Ivo Greco, io scrivevo testualmente così (93, epoca non

sospetta): *per chi crede al principio costituzionale, che pone un parallelismo tra misura delle sanzioni e disvalore del fatto riferito alla condotta e alle conseguenze prevedibili di queste, il fallimento si pone o come evento del tutto estrinseco alla consapevolezza e alla gente, e in certo senso anche rispetto alla condotta che si pone come causa remota **causa causae** e in tal caso la pena sarà manifestamente sproporzionata al disvalore del fatto, o con un esito quantomeno previsto della condotta della gente, e da questa direttamente derivato ancorché non direttamente voluto, e allora sussisterà la proporzionalità tra pena e disvalore.*

Questo fa parte delle tante parole vane che ho scritto nella mia vita, se io dovessi fare l'elenco di tutte le parole vane che ho scritto verrebbe un trattato in 45 volumi, le parole che hanno avuto un qualche effetto sono state sempre poche e vi dico la verità, parlo soprattutto ai più giovani, quelle nelle quali ero meno convinto. Ho vinto le cause nelle quali ero meno convinto, ho perso le cause nelle quali ero più convinto, non so se è una sorte mia o è una sorte comune a tutti gli avvocati.

Sono state parole vane, perché la giurisprudenza è rimasta ferma su questo principio, se sono stati commessi taluni dei fatti previsti negli articoli citati dall'articolo 223 capoverso n. 1 della legge fallimentare e poi per qualsiasi ragione, in qualsiasi lasso di tempo, è seguito il fallimento della società, l'unico lasso di tempo che potrebbe essere prevedibile sarebbe quello della prescrizione, ma nemmeno perché il reato fallimentare, secondo la giurisprudenza, si consuma nel momento della dichiarazione di fallimento. Quindi teoricamente io ho rivelato notizie sociali riservate 30 anni fa, 32 anni fa, dopo di che è stato dichiarato il fallimento della società, io sarei perseguibile perché il termine di prescrizione comincia a decorrere dal momento della dichiarazione di fallimento. Ci sono sentenze che lasciano addirittura annichiliti: Tizio è amministratore di una società, la società produce mille miliardi di guadagno, è all'apice della sua ricchezza e della sua fortuna, in quel momento Tizio decide di autopremiarsi (scusate il termine poco aulico) fregandosi un miliardo dei mille che la società ha prodotto. 25 anni dopo viene dichiarato il fallimento della società, 25 anni dopo si scopre la malafatta dell'amministrazione: *bene* - dice la Cassazione - *senza limiti di tempo lui deve rispondere di bancarotta fraudolenta.* Pensate lui ha commesso quel fatto quando la società era in

un'espansione che sembrava senza limiti, ha prodotto mille miliardi di utili ma si prevede che l'anno prossimo ne produrrà duemila, quindi non si poteva porre alcun effetto negativo da questa specie di autopremio che si era erogato. Eppure in questo caso, secondo questa giurisprudenza, che dico scriteriata della Corte di Cassazione, era punibile per bancarotta fraudolenta. Allora amici cari, oggi il legislatore è intervenuto e ha messo un riparo a questa interpretazione scriteriata, e nell'articolo 4 del decreto legislativo 61 del 2002, l'articolo 223 capoverso n. 1 della legge fallimentare suona così: hanno cagionato o concorso a cagionare il dissesto delle società commettendo alcuno dei fatti previsti ecc. ecc.

Allora di fronte a questa nuova formula normativa ci si pone un problema vecchio quanto il mondo, o almeno vecchio quanto il codice penale e le sue interpretazioni: questa nuova formulazione integra una nuova fattispecie penale che ha l'effetto di creare un nuovo tipo descrittivo di reato, abrogando nel contempo quello vecchio ed incompatibile, o questa fattispecie, viceversa, ha una semplice funzione di successione normativa alla vecchia, sì che si renda applicabile nel contrasto tra le due formulazioni al caso concreto quella più favorevole?

Guardiamo tutta la dottrina che si è andata sviluppando su questo argomento. La vedremo dopo anzi. Una cosa è certa, assoluta: se già nel vigore del vecchio testo della legge penale fallimentare l'interpretazione proposta da Fabrizio Lemme, e mi ricordo che ne parlai anche dopo, poco tempo fa, con un giurista del quale ho molto stima, Domenico Pulitanò che condivideva a pieno la mia lettura, se questa interpretazione fosse stata lecita, ossia se il legislatore non avesse fatto altro che questo, io esplicito e consacro normativamente una interpretazione del vecchio testo che peraltro già in quel testo era contenuta, non ci sarebbe dubbio alcuno che ci troveremmo di fronte ad una successione normativa e non ad una *abolitio criminis*. In altri termini se il legislatore avesse fatto rispetto a queste norme quello stesso che ha fatto con l'articolo 2639, nel quale è stata normativamente prevista la responsabilità dell'amministratore di fatto che si era affermata ormai da 40 anni nella giurisprudenza della corte regolatrice, fin da quando nel 1959 mi ricordo un grosso giurista bolognese Walter Bigiavi aveva scritto **L'imprenditore occulto**, definendo il cosiddetto socio tiranno o socio di riferimento o socio egemone che di fatto gestiva con polso di ferro le sorti della società, pur

essendo sprovvisto di qualunque potere gestorio da un punto di vista formale, bene il nuovo articolo 2639 non fa altro che questo: prende atto che la responsabilità dell'amministratore di fatto è ormai conclamata e ad eliminare qualunque perplessità, qualunque dubbio che si possa in futuro proporre stabilisce che la responsabilità dell'amministratore di fatto è pari rispetto a quella dell'amministratore di diritto. Quindi questa norma che funzione ha? Non una funzione di modificare il sistema, ma una funzione di prendere atto del diritto vivente e quindi di consacrarlo normativamente. Si può parlare adesso magari di sostenere che *in preteritum* la responsabilità dell'amministratore di fatto non sussista visto che è stata prevista nel 2639? Spero di no, spero che la facondia inventiva dei miei colleghi penalisti non arrivi fino a sostenere che prima l'amministratore di fatto non era punibile e che lo è diventato soltanto per effetto del 2639.

Quindi in questo caso non si potrebbe certo dire che l'amministratore di fatto non è punibile *in preteritum*. E allora io ritorno a monte, se la interpretazione che io avevo proposto dell'articolo 223, capoverso n. 1, viene dichiarata o configurata quantomeno accettabile nell'ambito della dialettica del diritto, questa norma non sarebbe una norma abrogativa ma introdurrebbe semplicemente una sorta di successione normativa che avrebbe la funzione di armonizzazione del sistema. E da cosa si potrebbe argomentare una simile conclusione che sarebbe legittima secondo il senso comune? Dato che ci sono molti giovani colleghi, ed io mi sento sempre più anziano rispetto a loro, vorrei fare un ammonimento: attenti a seguire quei giuristi che sono troppo capziosi, troppo sottili nell'interpretazione della norma giuridica. Seneca, che era un grande filosofo e un grande pensatore, arrivò ad affermare questo: nulla è più in conflitto con la vera scienza dell'eccesso di acume; *nil sapiens odiosius acumine ninio*. (Lo traduco, lo riferisco in latino per chi ha studiato anche il latino ma tanti colleghi non lo hanno mai studiato): rifuggite da coloro che fanno dei discorsi che sono talmente complessi da far venire il mal di testa, io di fronte a determinati libri mi sono dovuto chiedere se per caso non mi ero rimbecillito, ma l'età non lo giustificava, o se per caso non era imbecille quello che scriveva, perché non ci ho capito assolutamente nulla. Questo è particolarmente *remarcabile* nei giuristi della scuola napoletana, che riescono a scrivere 500 pagine tutte di variabili impostate sulla finezza concettuale, e che poi alla

fine non dicono assolutamente nulla, ma è una cosa sottile. Io veramente mi rifiuto di credere a persone che vincono la cattedra con questi libri, come è accaduto recentemente.

Ogni riferimento a persone esistenti è puramente casuale. Ogni riferimento a Perugia è puramente casuale.

Dicevo voi pensate una cosa fondamentale, che il diritto è costruito per gli uomini, il diritto è una creazione fatta per disciplinare la vita umana, *ominum causa omneius constituum est* diceva Ermogeniano, e quindi il diritto deve posare su argomentazioni chiare, convincenti, che non vanno contro il senso comune. Ora se noi prendiamo tutta la dottrina che è stata elaborata in materia di successione di norme penali e *abolitio criminis* vedremo come si è dato luogo a uno sforzo di inventiva assolutamente incredibile, l'uno dice è la struttura della norma quella che conta; l'altro dice: non la struttura, l'ampiezza della norma. E un altro ancora dice: prima punibile poi punibile quindi punibile, così parafrasando la dottrina tedesca, e ne potrei citare a iosa, ma io vi dico secondo il senso comune può considerarsi abolita una fattispecie solo perché ne è stato evidenziato un profilo che era già probabilmente contenuto in essa e che viene soltanto sottolineato, perché la norma incriminatrice sia coerente con la costituzione? Ecco, io ritengo che la risposta sia negativa, cioè non toglie che come avvocato sosterrò anche l'*abolitio criminis*, l'avvocato è una cosa il docente è un'altra, sono due cose completamente diverse.

Avv. Salvatore Orestano

Infatti lo sappiamo che il docente è una cosa l'avvocato un'altra, perché i massimi sistemi poi quando si scontrano le aule a volte mostrano le corde. Comunque credo che molti ringrazieranno il professor Avvocato Lemme per il suggerimento che ha dato stasera circa l'interpretazione del 2639 nuovo testo per sostenere che prima non c'era e che oggi c'è la responsabilità.

Adesso Giandomenico Caiazza che invece affronta il problema della infedeltà patrimoniale.

Avv. Gian Domenico Caiazza

Io sono di origini salernitane, per non incorrere nei fulmini di Fabrizio sarò ancora più grossolano nell'analisi di quello che non mi venga già naturalmente. Perfino il professor Adelmo Manna, che nutre per questa riforma sentimenti

prossimi all'indignazione, se posso dire, ha espresso, seppure *obtorto collo* qualche valutazione positiva circa l'introduzione della figura dell'infedeltà patrimoniale nelle due fattispecie, che brevemente richiameremo, perché effettivamente si è trattato di colmare un vuoto che la dottrina giuridica più autorevole, la dottrina penalistica più autorevole denunciava sin dagli anni 50. Prima di dire rapidamente qualcosa fate-mi però dire che di queste valutazioni critiche di carattere generale sulla riforma che sono sotto gli occhi di tutti, sento per certi versi di non poter condividere questa negatività così drastica come quella per esempio espressa da Adelmo, che credo sconti anche, al di là di dati obiettivi che non si possono ignorare, di limiti obiettivi, scontano una certa centralità eccessiva del dato penalistico. Il penalista che si trova di fronte alla scelta del legislatore di arretrare l'ambito di operatività della sanzione penale, ne deriva giocoforza un'idea cataclismatica, non necessariamente, è una riforma che prevede poi però l'attivarsi di tutta una serie di altre forme di sanzione, penso per esempio a tutto il procedimento amministrativo, alcune sanzioni di carattere civilistico molto serie, molto gravi rispetto ad alcune patologie della vita delle società, che quindi mi induce a dire: valorizziamo anche il dato da cui quella riforma è partita, un intento deflattivo dell'illecito penale, un principio di sussidiarietà della sanzione penale, si giunge alla sanzione penale solo se e solo quando altre sanzioni non sono altrettanto efficaci. Il passaggio dal pericolo al danno che tu stigmatizzavi non è nuovo, è un trend degli illeciti penali economici. Pensiamo alla riforma tributaria del 90, che ha seguito la stessa logica, la falsa fatturazione non è più un reato ma lo è solo se utilizzi le fatture nella denuncia dei redditi. Anche lì cos'è? Non è un passare dal reato di pericolo al reato di danno? E quindi questo in un contesto anche politico diverso. Ma questo per dire che forse vanno colti anche degli aspetti positivi, tra questi va salutata l'introduzione dell'infedeltà patrimoniale.

Dicevano Pedrazzi e Nuvolone, nel 1947-50 che qui manca una fattispecie che punisca la condotta dell'amministratore che distraga beni della società per finalità diverse, quelle che sarebbero proprie della sua attività di amministratore. Questa lacuna obiettiva l'abbiamo pagata in termini di equilibri sistematici del diritto penale come sempre accade, quando c'è una lacuna irragionevole altre norme tracimano, in una interpretazione giurisprudenziale arbitraria, è successo con il

reato di appropriazione indebita, che è stato quindi lo strumento utilizzato per sopperire a questa lacuna. Perché? Perché si è dovuto sostenere la estensibilità della fattispecie dell'appropriazione anche a condotte di tipo distrattivo, cioè quando l'acquisizione di patrimonio della società era diretta nel patrimonio dell'amministratore, ma era poi orientato diversamente, quindi una tipica attività distrattiva. E dobbiamo pensare che addirittura teorici del diritto penale del calibro di Antolisei piuttosto che ancora di Nuvolone ecc., hanno teorizzato questa interpretazione forzata, proprio dichiaratamente per la ragione della necessità di dover colmare questa lacuna. Come la riforma ha colmato questa lacuna? Vediamo intanto basterà la lettura della fattispecie di infedeltà patrimoniale, le cose da dire sarebbero molte, il professor Manna accennava anche ai dubbi di carattere terminologico, ma adesso andiamo alla sostanza, e ci dice la nuova formulazione del 2634 del codice civile, anche qui è stato osservato, a mio parere correttamente, che il permanere di una fattispecie così forte, così penalisticamente autonoma nell'ambito delle norme di diritto civile, risulta infine inspiegabile e si pone un'esigenza di coordinamento con la riforma del codice penale che dovrebbe assorbire e condurre sotto di sé una fattispecie così compiutamente penalistica, gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori che avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altrui vantaggio compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione di beni sociali cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. Quindi è finalmente descritta questa condotta propria degli amministratori, direttori generali e liquidatori, connotata dall'elemento del conflitto di interessi come elemento fondante della fattispecie, della nozione stessa come derivazione direi naturale della nozione di fedeltà. Tu dicevi la fedeltà matrimoniale, perché se tu vedi la nozione di fedeltà che dava ancora Nuvolone è quella della subordinazione, della cosciente subordinazione di un proprio interesse, nozione di fedeltà, subordinazione cosciente di un proprio interesse all'interesse altrui. Da questa nozione di fedeltà personale deriva quindi la nozione di subordinazione dell'interesse proprio dell'amministratore al superiore interesse della società. Perciò l'infedeltà patrimoniale postula il conflitto di interessi che qui viene esplicitato.

Che cosa colpisce fra le molte cose che potremmo dire? qual è la connotazione qui certamente negativa, nel senso che è irragionevolmente, a mio parere, restrittiva della fattispecie? È la blindatura di questa fattispecie in un doppio dolo specifico quanto al perseguimento del profitto, intenzionale quanto al danneggiamento della società. Non basterà che l'amministratore, facendo prevalere un proprio interesse, persegue nella distrazione, un'attività diciamo comunque di mala gestione, distrazione, del patrimonio della società, il proprio profitto o altro interesse, o altro vantaggio, perché qui quindi si fa riferimento non solamente ad interessi di tipo economico, ma anche di tipo diverso da quello economico, sarà necessario che egli abbia compiuto questo volendo danneggiare la società. Il che finisce per far scivolare questo profilo psicologico, quasi vicino a quello di un maniaco che non si accontenta di trarre un profitto ma che vuole a tutti i costi che questo profitto consista anche nel danneggiamento. È vero che si paga danno alla moda del dolo intenzionale introdotto dalla riforma dell'abuso e che verrà travolta inevitabilmente da un'interpretazione sempre più slabbrata della giurisprudenza che ricondurrà, a mio parere, a ragionevolezza, ma insomma la scelta è chiara, ed è questa una scelta, qui si devo dire, dove si tradisce, da un lato l'intenzione di punire dei comportamenti, dall'altro di rendere nel concreto sostanzialmente non realizzabile.

Qui ha ragione di dire che questa scelta del dolo intenzionale è certamente significativa sotto il profilo di una restrizione, qui irragionevole dell'ambito della sanzione, non sempre, qui irragionevole dell'ambito della sanzione penale.

Vado di corsa facendo solo qualche considerazione sull'altro elemento qualificante che ha distinto la figura dell'infedeltà patrimoniale dal progetto Mirone, da come era stata concepita nel progetto precedente, e cioè la perseguibilità querela. La perseguibilità querela qui pone dei problemi, come è stato giustamente osservato, perché chi querela? querela la società nella ipotesi, perché dobbiamo considerare naturalmente ... Andiamo alla querela della società. Si è osservato che questo significa in termini concreti della maggioranza dei soci. Si è ritenuto allora che questa scelta (e a mio parere è una osservazione pertinente) escluda dalla tutela penale i soci di minoranza, i quali non avranno la possibilità, possiamo anche immaginare che un'attività distrattiva dell'amministratore venga in qualche modo compensata da scelte poi societarie van-

taggiose per il gruppo di maggioranza per cui i soci di minoranza si trovano di fatto sprovvisti della possibilità di sollecitare l'azione penale. Più corretto sarebbe stato attribuire al singolo socio il diritto di querela piuttosto che non alla società, ma le cose stanno così. Di volata un richiamato veramente le cose da dire per la verità sarebbero tante, alla seconda figura di infedeltà, che è quella poi in realtà della corruzione privata, quella che è la cosiddetta corruzione privata, infedeltà a seguito di dazione o promessa, i soggetti che possono commettere questo reato sono gli stessi, amministratore, direttore generale, con i più i sindaci, e i responsabili della revisione che si aggiungono a liquidatori, amministratori e direttori generali, i quali a seguito della dazione o della promessa di utilità compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio cagionando nocimento alla società. E qui il dato che colpisce sotto un profilo di parallelismo rispetto alla principale figura di infedeltà che è quella del 2634, qui non c'è e non è invece previsto il dolo intenzionale, l'evento di danno è richiesto ma non deve essere intenzionalmente perseguito dall'agente, e quindi questo rende la fattispecie più concretamente azionabile e tale da garantire in modo più effettivo una tutela nei confronti di quei comportamenti che nella comune sensibilità sociale erano sentiti come comportamenti meritevoli di sanzione, la corruzione del privato, la corruzione dell'amministratore di società in danno dei soci, in danno del patrimonio sociale, e certamente quindi questa introduzione di questa figura va salutata positivamente. Nel complesso la introduzione di queste due figure ha fatto anche piazza pulita di tutta una serie di illeciti bagatellari che di fatto non venivano mai applicati e che tutti si riconducevano a nozioni di infedeltà. Faccio degli esempi: il 2624 gli illeciti rapporti patrimoniali con la società, contrazioni di prestiti con la società per esempio; il 2630, comma 2, irregolare percezione di emolumenti da parte dell'amministratore al di fuori della delibera del consiglio di amministrazione, che prevede una pena fino ad un anno di reclusione; il 2631, conflitto d'interessi dell'amministratore di società per azioni, mancata astensione in caso ecc. Tutta una serie pulviscolare di previsioni sanzionatorie che in realtà hanno raramente trovato applicazione, comunque di stampo bagatellare inefficace, oggi vengono riassorbite in questa figura che, pur con i limiti che abbiamo detto, segna uno degli aspetti positivi di questa riforma.

Avv. Salvatore Orestano

Caiazza ci ha dato qualche segnale positivo. L'avvocato Arena, uno dei giovani che da anni dà una mano al centro studi conclude il lungo percorso, poi ci sarà un dibattito, ci saranno delle persone e i relatori se ci sono dei dubbi spero vorranno dare chiarimenti. Comunque prima di dare la parola a Maurizio Arena volevo dire alla ottima collega Paola Severino che il tuo suggerimento senz'altro viene colto e che tra settembre e ottobre faremo senz'altro una lunga giornata su problemi della responsabilità della persona giuridica in questa rivisitazione dei vecchi principi. Volevo rassicurarti che sarà fatto.

Avv. Maurizio Arena

Sono senz'altro d'accordo con la professoressa Severino quando dice che bisognerebbe appunto dedicare ben più spazio di una singola relazione a questo argomento, cercherò di contenere il mio intervento nei 20 minuti assegnatemi anche per evitare proteste formali da parte del paziente uditorio.

È ormai noto a molti che ormai un anno fa, il 4 luglio 2001, è entrato in vigore il decreto legislativo 231 che disciplina, con una portata secondo alcuni addirittura epocale o rivoluzionaria, la responsabilità amministrativa degli enti. Si parla di responsabilità amministrativa, si parla di illecito amministrativo dipendente da reato, si parla di sanzioni amministrative, quindi da un punto di vista formale non si parla di responsabilità penale. Però è opinione ormai comune tra i commentatori che di fatto si tratta di una responsabilità molto vicina a quella penale vera e propria, questo per una serie di indizi o forse anche di vere e proprie prove contenute nella normativa in vigore. Si tratta di un illecito amministrativo dipendente da reato, e ad esso connesso soggettivamente ed oggettivamente, come diremo brevemente dopo; si tratta di una responsabilità accertata dal giudice penale nel processo penale nel quale l'ente è equiparato sostanzialmente all'imputato e quindi all'indagato; è sancito il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, questo fondamentale articolo 8 secondo il quale la responsabilità dell'ente sussiste anche nel caso di estinzione del reato, salvo l'ipotesi dell'amnistia, e anche nel caso in cui - qui un po' più problematicamente - la persona fisica autrice del reato non sia stata identificata o non sia imputabile, al di là del difetto di imputabilità ma se non si identifica la persona fisica e se il sistema

si basa sulla differenza tra soggetti apicali e soggetti sottoposti al controllo dei primi, come si fa poi a farne scaturire una responsabilità conseguente dell'ente, questo francamente è piuttosto problematico.

Qual è il sistema? Quindi qualche breve premessa per poi passare subito alla lettura di questo nuovo articolo 25 ter. Il sistema attualmente vigente presuppone una responsabilità dell'ente in relazione a certi reati, allorché questi reati siano commessi da certi soggetti e allorché sussistano certe condizioni. Sinteticamente si può dire che lo stesso fatto storico costituisce sia un reato per la persona fisica che a certe condizioni un illecito formalmente definito amministrativo per la persona giuridica. Dico ente o persona giuridica ma in realtà è una disciplina che si applica, tranne che allo Stato e agli enti pubblici che esercitano pubblici poteri, enti pubblici territoriali, si applica a tutti gli enti collettivi, quindi persone giuridiche, enti collettivi sforniti di personalità giuridica, a società, associazioni, comitati, enti pubblici non economici, quindi il campo soggettivo di applicazione è veramente ampio.

Innanzitutto per quali reati? La versione originaria del decreto legislativo conteneva soltanto il riferimento ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione (concussione, corruzione e peculato), alcune ipotesi di truffa aggravata e frode informatica aggravata, sempre in danno di enti pubblici o dello Stato, c'è stata una prima estensione con un decreto legge poi convertito nella legge 409 in materia di falsificazioni, numerarie quindi però una portata piuttosto limitata. La vera significativa estensione dell'ambito di operatività del decreto legislativo si è appunto avuta con questo decreto legislativo di cui si sta discutendo, che ha inserito l'articolo 25 ter nel decreto legislativo 231 del 2001. Tra l'altro modificando la rubrica della sezione terza, che contiene appunto l'elencazione dei reati, non più responsabilità amministrativa per [...] perché evidentemente gli illeciti di cui stiamo parlando sono contenuti nel codice civile, quindi sarebbe stata una intitolazione non corretta da un punto di vista formale. E in prospettiva futura perché il decreto legislativo 231 sta diventando sempre di più un vero e proprio contenitore, delle ipotesi di responsabilità societaria, si è partiti da quei pochi reati che ho detto, articoli 24 e 25, poi c'è stato un 25 bis, adesso un 25 ter, temo che ci sarà in un prossimo futuro una estensione un 25 quater, quinquies e così via, secondo la numerazione romana, per tutta una serie di ipotesi di reati, a

partire dai reati ambientali, reati informatici, riciclaggio, finanziamento del terrorismo, con tutta una serie di strumenti già adottati in sede internazionale, sia Unione Europea che Consiglio d'Europa. Questi sono i reati che possono far scattare la responsabilità dell'ente. Dicevo certi reati commessi da certi soggetti, quali sono questi soggetti? Evidentemente i soggetti che all'interno dell'ente rivestono una posizione di potere, tra virgolette, cioè i soggetti che svolgono funzioni di rappresentanza di amministrazione, e di amministrazione anche di fatto, perché ormai si segue la teoria dell'amministratore di fatto, i cosiddetti soggetti apicali, secondo una terminologia piuttosto nuova in materia penale, i soggetti di vertice. Non solo ma anche i soggetti sottoposti, quindi come dice qualcuno dal presidente all'usciera. Dal presidente all'usciera questi soggetti tutti quanti potranno, a certe condizioni, impegnare una società, ovviamente per il fatto che sottoposti rileva l'omesso controllo degli apici, dei soggetti apicali. Quali sono i due criteri di imputazione del reato alla persona giuridica? Una imputazione obiettiva: il reato deve essere commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, e questa è una formula magica piuttosto problematica, perché nonostante le affermazioni per la verità non molto tranquillizzanti della relazione di accompagnamento, che significa commettere un reato (e questo lo dico soprattutto in vista del 25 ter di cui parlerò subito dopo) nell'interesse o a vantaggio dell'ente? In realtà il criterio fondamentale di imputazione è il criterio dell'interesse, mi sembra di poter dire, perché il fatto che all'ente derivi successivamente alla condotta criminosa della persona fisica un vantaggio, non è di per sé sufficiente a far scattare la responsabilità amministrativa dell'ente, se la persona fisica non ha agito nell'interesse dell'ente. Se la persona fisica agisce nel suo interesse, ovvero nell'interesse di un terzo, anche se indirettamente, di riflesso derivasse un vantaggio alla persona giuridica, la persona giuridica non per questo soltanto potrebbe essere ritenuta responsabile e quindi condannata. Il problema che si pone relativamente al concetto di interesse o vantaggio si può cogliere immediatamente dalla lettura dell'articolo 25 ter, ma prima di passare a questo vorrei dire il secondo criterio di imputazione, imputazione soggettiva. Quando è che l'ente può andare esente da sanzioni? allorché sia stato un ente diligente, allorché abbia adottato prima della commissione del reato, in realtà può farlo anche dopo ma non ha una funzione per così dire esi-

mente in questa sua condotta, potranno derivarne dei benefici al momento della commisurazione della sanzione, ma l'unica via d'uscita vera e propria per l'ente è di adottare prima della commissione del reato i cosiddetti famosi o famigerati modelli di organizzazione e gestione, che debbono avere una funzione anticrimine, una funzione di prevenzione del rischio di commissione di reati, una funzione di prevenzione ragionevole, perché è chiaro che nessun sistema può al 100% impedire che una persona fisica commetta un reato, lo deve prevenire in una maniera ragionevole, *nemo ad impossibilia tenetur*.

Ci si rifà, come è noto, a quell'esperienza americana dei *compliance programs* che dagli anni 60 è invalsa in quell'ordinamento, in realtà in America i modelli di organizzazione non hanno una funzione addirittura esclusiva, di escludere la responsabilità, ma possono soltanto avere l'effetto di ridurre le sanzioni in concreto irrogabili alla società. Quindi se l'ente ha adottato, ma non adottato sulla carta, sarebbe troppo comodo, adottato ed effettivamente, efficacemente attuato i modelli di organizzazione, potrà andare esente da qualsiasi responsabilità. Una importante precisazione sul piano processuale: se si tratta di un reato commesso dai soggetti apicali, c'è una sorta di presunzione relativa che il reato è stato commesso nell'interesse dell'ente, quindi è l'ente che deve provare al pubblico ministero o al giudice, diciamo al giudice, deve provare al magistrato di aver adottato preventivamente i modelli, un'inversione dell'onere della prova che tanto più si avvicina l'illecito dell'ente ad un illecito penale vero e proprio, potrebbe andare a creare dei problemi di compatibilità con il principio di non colpevolezza sancito dalla Costituzione. Se invece si tratta di reato commesso dai soggetti sottoposti, allora è il pubblico ministero a dover provare che l'ente non è stato un ente diligente, cioè che l'ente non ha adottato, ovvero ha adottato soltanto sulla carta, questi modelli di prevenzione dei reati.

Questo è il sistema introdotto dal decreto legislativo 231, la vera e propria significativa, la prima significativa estensione si ha appunto con questo nuovo articolo 25 ter, che già ad una prima lettura sembra possa dare adito a qualche problema interpretativo, perché a differenza delle altre ipotesi, mi riferisco agli articoli 24, 25, 25 bis, contenuti appunto nella sezione terza, sia la versione originale del decreto che le versioni successive in relazione alla falsificazione, si occupavano solo ed esclusivamente delle cornici edittali e delle

sanzioni interdittive, cioè in relazione a questi reati si applicano queste sanzioni, questo lo diceva l'articolo 24, l'articolo 25, l'articolo 25 bis, evidentemente dando per scontata la applicazione dei principi generali di parte generale contenuta negli articoli 5, 6 e 7, che sono i pilastri del decreto, cioè l'imputazione, cioè i *compliance programs* ecc.

L'articolo 25 ter a ben vedere invece, sembra contenere delle disposizioni di parte generale che possono creare qualche problema all'interprete, e in effetti lo creano, ma non perché lo dico io ma perché la stessa commissione giustizia del Senato, con il parere reso sull'originario schema, ha detto: attenzione la formula di cui adesso parlerò da un lato è pleonastica, cioè basterebbe rifarsi ai principi generali, dall'altro è idonea, potrebbe portare a dei dubbi interpretativi, perché sembrerebbe condurre ad una interpretazione restrittiva della responsabilità societaria. Cosa intendo dire? Che l'articolo 25 ter, come avrete modo di leggere nel dossier, parla di reati commessi nell'interesse della società, mentre il sistema generale sia della legge delega 300 del 2000 che nel decreto legislativo di cui abbiamo detto fonda l'intera imputazione sulla commissione di reati nell'interesse o a vantaggio. Questo è un vero e proprio caposaldo, come può un intervento normativo successivo legato ad uno specifico settore di illeciti societari, inserito nella sezione terza che dovrebbe soltanto indicare le cornici edittali, stabilire un criterio di imputazione oggettiva di questo genere, che sembra essere diverso (formalmente lo è) dal criterio generale? Il sistema normativo dice interesse o vantaggio, perché l'articolo 25 ter dice soltanto interesse? Si è voluto limitare l'ambito di operatività, l'ambito di sanzionabilità in materia di reati societari delle società commerciali? Questa è la prima osservazione. La seconda osservazione: è più ristretto il novero dei soggetti attivi, ho detto prima che secondo il sistema generale sono responsabili le persone che rivestono funzione, possono impegnare la società le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa, persone che esercitano anche di fatto la gestione e il controllo. Se andiamo a leggere l'articolo 25 ter, lo leggo per maggiore brevità, per maggiore precisione: *quali sono i soggetti che possono far scattare la responsabilità della società? gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori*, ben di meno a livello soggettivo rispetto al sistema generale contenuto appunto nello stesso decreto.

Poi i sottoposti, decreto legislativo cosa dice? Persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza, invece qui l'articolo 25 ter dice persone sottoposte alla vigilanza (vigilanza degli apicali), direzione o vigilanza a stretto rigore sono concetti diversi. Ma soprattutto la cosa che veramente mi ha colpito e che se non correttamente approfondita a livello interpretativo potrebbe portare delle disparità di trattamento tra reati che possono coinvolgere la società, è l'inciso, sempre nell'articolo 25 ter, secondo cui possono impegnare la società sia i soggetti apicali che ho detto, sia i soggetti sottoposti, (virgola, cito quasi a livello testuale) qualora il fatto si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica.

Questo inciso, cioè se c'è stata *culpa in vigilando*, in buona sostanza, si riferisce soltanto al fatto commesso dai soggetti sottoposti o anche al fatto commesso dai soggetti apicali? In realtà una interpretazione sistematica a un rinvio ai principi generali del decreto sembrerebbe far propendere nel senso della applicazione dei principi generali, perché altrimenti si sta tanto a parlare della prevenzione attraverso i modelli e poi per quale motivo il 25 ter prevede una generica rilevanza, la rilevanza di una generica *culpa in vigilando* quando invece l'articolo 6 e l'articolo 7 prevedono una specifica mancata adozione, ovvero ineffettiva attuazione dei modelli di organizzazione? Ma questo che è un mio dubbio, che può derivare a livello di prima lettura, cercando qualcosa per la bibliografia in effetti sussiste perché già altre voci hanno, una voce molto decisamente propensa per una particolarità dell'articolo 25 ter è il professor Lanzi, che dice che da un punto di vista formale l'articolo 25 ter sembra non fornire rilevanza all'efficacia esimente dei modelli di organizzazione, mentre il professor Paliero, che ha fatto parte della originaria commissione che ha redatto il decreto legislativo è di opinione opposta, cioè si applicano comunque i principi di imputazione generale. Io concludo questo intervento con alcune questioni che mi sono state anche sollecitate dagli interventi dei precedenti illustri relatori, in relazione ad alcuni profili processuali. Innanzitutto la procedibilità a querela. Non è inutile ricordare che nel caso in cui l'azione penale nei confronti della persona fisica non può essere esercitata o non può essere proseguita per difetto di una condizione di procedibilità, non si può nemmeno iniziare o proseguire l'accertamento nei confronti dell'ente sotto processo, quindi il difetto di una condizione di pro-

cedibilità rileva anche ai fini della procedibilità nei confronti dell'ente.

La rilevanza delle condotte riparatorie. Il professor Manna prima ha fatto cenno ad alcune condotte riparatorie in relazione alla restituzione degli utili prima della approvazione del bilancio o al risarcimento del danno nei confronti del creditore, in alcune ipotesi del decreto legislativo si dice che queste condotte estinguono il reato. Allora non è forse peregrino chiedersi: ma l'estinzione del reato in virtù di queste condotte riparatorie che tipo di effetti riverbera sull'accertamento della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche? Cioè se io persona fisica estinguo con un risarcimento del danno il reato a mio carico e in ipotesi è sotto processo anche la società, per semplificare, questa causa di estinzione, come è definita, incide anche sul contesto di accertamento della responsabilità dell'ente?

La risposta dovrebbe essere positiva, anche avuto riguardo alla ratio dell'intera riforma del diritto penale societario, il problema è che a livello formale il decreto legislativo 231 prevede che l'unica causa di estinzione del reato, in senso stretto, cioè quelle contenute nel codice penale, che può estinguere anche l'accertamento a carico della persona giuridica, è l'amnistia. Come è noto a tutti tra le cause di estinzione ce ne sono altre: la sospensione condizionale, la morte del reo, l'oblazione. Quindi voglio dire se un'altra legge successiva, diversa dal codice penale, parla di causa di estinzione, questo disposto del decreto legislativo a quale si deve riferire? alle cause di estinzione in senso stretto previste dal codice o a cause di estinzione successivamente in ipotesi introdotte, come in questo caso, da una legge?

L'ultima questione attiene alla rilevanza delle soglie di punibilità anche in relazione all'accertamento della responsabilità dell'ente, cioè la condotta di falsificazione che sia al di sotto della soglia di punibilità, e in ipotesi anche qui c'è sotto processo, sotto procedimento penale una società, che tipo di effetti riverbera sull'accertamento a carico della società? Qui la soluzione mi sembra più semplice, nel senso che se una falsificazione al di sotto della soglia di punibilità prevista dalla legge significa che rende penalmente irrilevante, e non è penalmente rilevante, quindi se una falsificazione non è penalmente rilevante e se il sistema di responsabilità dell'ente si fonda su un previo reato, quindi su un previo illecito penale penalmente rilevante dell'ente, mi sembra che non si possa poi in alcun modo parlare di questa condotta di falsificazione come antecedente logico

giuridico di una possibile condanna dell'ente, quindi io direi senz'altro che la risposta è negativa. Le questioni sul piatto in realtà sarebbero numerose altre, voglio soltanto concludere con alcune considerazioni sui reati che possono far scattare la responsabilità della società, oltre alle falsità in bilancio nelle relazioni sociali, abbiamo poi il falso in prospetto, l'aggiotaggio, quindi reati molto noti, molto importanti, e mi piace concludere, anche riallacciandomi a quello che diceva il professor Bussoletti, alla falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni della società di revisione, cioè a dire che se un reato viene commesso da un amministratore nell'interesse della società, non un reato lo specifico reato di cui all'articolo 2624 viene commesso nell'interesse di una società di revisione, anche la società di revisione potrà essere direttamente condannata. Voi sapete che di recente si è tanto parlato dell'Arthur Andersen, una delle più grandi società di revisione contabile, che è stata condannata negli Stati Uniti in relazione alla bancarotta della Enron, veniva contestato alla società di revisione contabile di aver distrutto dei documenti direttamente attinenti alla bancarotta, al fallimento della società sottoposta a revisione contabile. Veniva contestata cioè una politica societaria volta a coprire alcuni effetti, alcune possibili cause del fallimento. Quindi non siamo poi così lontani dal momento in cui queste situazioni, seppur con diversi reati, perché lì si parlava di ostruzione alla giustizia, non c'è se non un qualcosa tipo favoreggiamento in Italia, ma il favoreggiamento non rileva nel sistema ... In relazione poi al principio di legalità non è un reato che per adesso rileva ai fini della responsabilità dell'ente. Quindi non siamo lontani dal momento in cui anche una società di revisione potrà rispondere in Italia per reati simili, anche se qualcuno, il professor Caraccioli mi pare, ha parlato di mancato decollo di questa normativa, ma mi sembra abbastanza scontato che ci sia una volontà politica attendista, data la grande portata innovatrice dell'argomento. Vi ringrazio.

Avv. Salvatore Orestano

Grazie a Maurizio Arena. Adesso c'è un dibattito per chi vuole porre qualche quesito.

Intevento

Ho sentito più volte tutti gli onerevoli relatori parlare della procedibilità a querela della persona offesa per quanto riguarda i reati societari, il

che comporterebbe un dislivello del rapporto tra soci di maggioranza e soci di minoranza. Mi chiedo come interagisce con la riforma l'articolo 2395 del codice civile che prevede un'azione in sede civile diretta del socio che è direttamente danneggiato dagli atti dell'amministratore e se questo, quindi se il socio di minoranza, il quale faccia valere in sede civile questa azione che gli compete direttamente, non comporti poi per il giudice che viene investito di questa azione, un obbligo di trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica per la notizia criminis.

Avv. Salvatore Orestano

La domanda è chiara e mi pare anche complessa. Chi vuole dare una risposta?

Prof. Avv. Paola Severino Di Benedetto

Chiarimento preliminare perché per quanto riguarda gli articoli 2621 e 2622 vi è una perseguibilità a querela da parte dei soci e dei creditori, quindi la persona offesa in questo caso viene normativamente identificata nel socio, persona fisica o nel creditore persona fisica. Il problema dunque è diverso per l'articolo 2621 e 2622 da quanto accade invece nella fattispecie che ha esaminato l'avvocato Caiazza, al quale quindi passo il microfono per la risposta che riguarda la parte di cui si è occupato.

Avv. Gian Domenico Caiazza

Il problema non si pone perché nella fattispecie ipotizzata comunque non ci sarebbe un reato perseguibile d'ufficio, perché l'azione del socio in sede civile si esaurirebbe lì e non ci sarebbe a carico del giudice civile alcun onere di trasmettere alcunché, essendo il reato appunto perseguibile a querela.

Intevento

Determina in capo al socio un danno solo indiretto, mentre l'articolo 2395 sancisce l'azione individuale di responsabilità nei confronti dei soci solo per danni diretti, questo sarebbe un danno riflesso del danno sociale.

Intevento

Comunque nel caso in cui il socio fosse portatore dell'azione molto particolare prevista dal-

l'articolo 2395, e fosse altresì titolare del diritto di querela, si applica il generale principio *alter electa alter consum* (?) vale a dire nel momento stesso in cui propone un'azione in sede civile ex articolo 2395 invece di proporre querela si deve ritenere che lui abbia optato per la tutela civilistica invece che per la tutela penale. Quindi l'azione civile consuma la possibilità di proporre querela.

Avv. Salvatore Orestano

A meno che non ci siano dei profili penalmente rilevanti che potrebbe sollevare il giudice, ma c'è qui la barriera della querela in ogni caso.

Intevento

Salvatore qui stiamo facendo delle ipotesi, se l'ipotesi è questa, reato perseguibile a querela, invece di proporre la querela io agisco ex articolo 2395, in questo caso l'opzione per l'azione civile esclude il diritto di querela. Quindi la scelta fatta dal socio di agire in sede civile preclude la proponibilità della querela.

Avv. Salvatore Orestano

Se entro il 90° giorno colui che ha agito in sede civile di notte sognasse di sporgere querela, potrebbe camminare sui due binari?

Intevento

Normalmente si ritiene che la proposizione di un'azione in sede civile preclude la proponibilità della querela. Io mi ricordo a riguardo quello che scriveva Giovanni Leone nei Lineamenti di diritto processuale penale, in cui diceva che la scelta dell'azione civilistica precludeva la proponibilità della querela, sempre che ovviamente si tratti di reato perseguibile a querela, se si tratta di reato perseguibile d'ufficio la denuncia la può proporre comunque e poi non può costituirsi parte civile se non trasferendo in sede penale la causa civile che aveva già promosso.

Avv. Salvatore Orestano

Il collegamento col problema del diritto societario dove lo vedi col minorile? Tu parli di un problema che riguarda il processo minorile, se ho capito?

Avv. Salvatore Orestano

Ti riferisci ai problemi dell'abolizione o della continuità della successione delle norme?

Intevento

Forse il problema lo abbiamo già affrontato prima, in alcune fattispecie, soprattutto quelle a tutela del capitale sociale, sono previste alcune cause estintive del reato, in particolare alcune condotte relative al cosiddetto *post factum*, cioè risarcimento del danno, quello di cui lei faceva riferimento, oppure ripristino della situazione *quo ante* per quanto riguarda appunto la reintegrazione del capitale sociale.

Io sono abbastanza d'accordo con lei nella misura in cui lei dice che questo, almeno se non ho capito male, può creare delle perplessità perché è una sorta di ponte d'oro in cui non si va a giudicare il fatto ma lo si bagatellizza *ex post*. Infatti coloro che si sono occupati della questione io l'avevo riferito prima, hanno manifestato notevoli perplessità nei confronti di questa valorizzazione del *post factum*, secondo me non tanto sotto il profilo del risarcimento del danno, perché qui c'è un movimento internazionale di riforma che tende a utilizzare il risarcimento del danno anche in chiave di estinzione del reato, quanto soprattutto per queste condotte ripristinatorie, non nel senso risarcitorio ma ripristinatorio, la situazione *quo ante* che potrebbero sollecitare disinvolute operazioni societarie che viceversa non andrebbero effettuate. Sotto questo profilo direi si può trovare un profilo d'accordo, però non è che in generale le cause estintive del reato debbano essere viste con disfavore, proprio facendo riferimento al processo penale minorile, la clausola per esempio non tanto della sospensione messa alla prova, perché in campo societario potrebbe solo riguardare degli amministratori baby, come si suol dire, ma per esempio la grande tematica relativa all'irrelevanza penale del fatto va sicuramente discussa in una chiave più ampia, cioè non soltanto per i minori ma a livello di maggiori di età. Forse sotto questo profilo il legislatore però della riforma dei reati societari l'ha utilizzata abbondantemente la rilevanza penale del fatto in senso però anche qui, a mio giudizio, discutibile.

Avv. Salvatore Orestano

Grazie a tutti i relatori, grazie a voi che siete stati qua, buon estate a tutti, il 27 c'è un convegno qua sulle locazioni, quindi passiamo dal diritto societario.