

QUESITI

MATTIA DI FLORIO

Le Sezioni unite penali estendono le false comunicazioni sociali anche alle valutazioni: discrasie tra *law in the books* e *law in action*

SOMMARIO: 1. Cenni sul falso in bilancio, anche alla luce della legge di riforma 27 maggio 2015, n. 69. - 2. Le recenti oscillazioni giurisprudenziali al vaglio della dottrina. - 3. L'intervento delle Sezioni Unite: alcune considerazioni critiche "introduttive". - 4. Postilla: un primo commento al *dictum* delle Sezioni Unite.

1. Nel quadro anteriore alla recente l. 27 maggio 2015, n. 69 la fattispecie di falso in bilancio, era già stata oggetto della nota riforma, introdotta col d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 - cui era seguita l. 28 dicembre 2005, n. 262, a tutela del risparmio - criticata dalla dottrina per via della sostanziale "depenalizzazione" del reato di falso in bilancio avviata con la legge delega di riforma dei reati societari (l. 3 ottobre 2001, n. 366)¹.

L'art. 11, lett. a), n. 1, della citata legge delega n. 366 del 2001, ancorando il falso "valutativo" ad una sottostante base fattuale, seguendo la strada della coeva riforma del diritto penale tributario², si riferiva, quindi, all'esposizione di "fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni". Come salutato con favore dalla dottrina, il legislatore aveva, in tal modo, cercato di «contenere il rischio di indebite espansioni giurisprudenziali, fino a scivolare nel controllo della discrezionalità imprenditoriale che il puro falso valutativo inevitabilmente porta con sé»³.

Si intuisce, sin d'ora, che "il filo rosso" rintracciabile dietro ogni riforma del falso in bilancio - a partire da quella del 2001 fino alla recentissima del 2015

¹ Per una completa ed approfondita analisi dei reati di "false comunicazioni sociali" nel quadro anteriore alla riforma del 2015, v. A. MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro It.*, 2002, 111 ss.; ID., *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. Pen. econ.*, 3, 2003, 677 ss.; ID., *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 100-101, per il quale «la scelta operata dal Legislatore nel 2001 (e confermata dallo stesso Legislatore, nel dicembre del 2005, con l'approvazione della "legge sul risparmio") di "patrimonializzare" il reato di falso in bilancio [...], rappresenta un decisivo segnale di involuzione, produttivo di gravi conseguenze negative sul fronte della tutela della trasparenza societaria e dell'affidabilità del mercato mobiliare [...]»; cfr. anche G. MARINUCCI, *Falso in bilancio: con la nuova legge delega avviata una depenalizzazione di fatto*, in *Guida al diritto*, 2001, 45, 10; C. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Riv. Soc.*, 2001, 137 (ed anche in ID., *Diritto penale, III, Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 845 ss).

² A. MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2000, 119 ss.

³ A. MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro It.*, 2002, 116.

- è ravvisabile nella preoccupazione del legislatore di contenere, appunto, la discrezionalità del giudice; meglio si potrebbe dire che il legislatore abbia cercato di arginare la giurisprudenza c.d. creativa, il che evoca il rapporto dialettico, come si constaterà in seguito⁴, tra *law in the books* e *law in action*⁵, tra diritto scritto e diritto vivente.

La predetta legge-delega di riforma del 2001 denotava una immanente contraddizione, posto che il legislatore preoccupato dalla discrezionalità del giudice, finiva col ricorrere ad essa mediante l'utilizzo di termini vaghi. Come contrappeso alla "discrezionalità perduta"⁶, il legislatore delegante aveva rimesso al legislatore delegato la "previsione di soglie quantitative"⁷.

Il legislatore delegato aveva, a sua volta, previsto tre tipi di soglia, due di carattere oggettivo, nella misura del cinque per cento del patrimonio netto al lordo delle imposte e dell'un per cento del risultato economico di esercizio, e la terza, di carattere soggettivo, relativa agli errori commessi nell'ambito di valutazioni estimative, che non si discostassero oltre il dieci per cento dalla stima corretta. Il sistema delle soglie quantitative di rilevanza penale, che costituivano cause di esclusione della punibilità, analogamente a quanto previsto per alcuni reati tributari commessi col mezzo della dichiarazione⁸, pur essendo volto a definire la rilevanza informativa della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società⁹, finiva, paradossalmente, per costituire «un argine alle incriminazioni»¹⁰.

Il d.lgs. 61/2002, riscritto *ex novo* rispetto al disegno di legge delega¹¹, preve-

⁴ V. *infra*, par. 4.

⁵ F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁶ A. MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, 115.

⁷ A. MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, cit., 681, il quale evidenzia che l'origine storica dell'introduzione delle soglie di punibilità nel diritto societario va ricercata nel c.d. caso Fiat, che vedeva coinvolto l'allora amministratore delegato Romiti; il processo verteva su un falso di 70 miliardi circa, la difesa provò a convincere i giudici che si era in presenza di un reato impossibile, a causa del ridotto valore della somma contestata a base del bilancio falso. La giurisprudenza non sposò la tesi della difesa, perché il bene tutelato dall'allora vigente art. 2621 c.c. era la "trasparenza".

⁸ Il d.lgs. n. 74/2000 prevede una soglia di rilevanza penale per il reato di frode fiscale mediante altri artifici, per il reato di dichiarazione infedele e per il reato di omessa dichiarazione.

⁹ G. E. COLOMBO, *La moda dell'accusa del falso in bilancio nelle indagini della Procura della Repubblica*, in *Riv. soc.*, 1996, 719 ss.

¹⁰ C. E. PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida dir.*, 2002, 16, 38.

¹¹ L'orientamento era di mantenere un'unica ipotesi delittuosa, ricalcante il vecchio art. 2621 c.c., sanzionata sempre con la pena della reclusione da uno a cinque anni, con alcune modificazioni: l'introduzione del dolo specifico, nonché l'idoneità della condotta a trarre in inganno i destinatari della comunicazione. In tal modo, veniva, in sostanza, recuperato il progetto della Commissione Mirone, il cui art. 10, n. 1, prevedeva che «le falsità in bilancio, nelle relazioni o in altre comunicazioni sociali

deva, in sostituzione del precedente ed unico art. 2621 c.c.¹², due fattispecie alternative, gli artt. 2621 e 2622 c.c., l'una contravvenzionale (art. 2621 c.c.), per la cui punibilità era necessario una condotta dolosa in capo all'agente; l'altra delittuosa (art. 2622 c.c.), qualificata da un danno patrimoniale in capo ai creditori o ai soci, e con un trattamento differenziato sul piano sanzionatorio e della procedibilità, a seconda della natura della società interessata (se quotata o meno).

La predetta riforma comportava il problema per l'interprete di stabilire se si fosse in presenza di una *abolitio criminis* oppure di una continuità tra la vecchia (ante d.lgs. n. 61 del 2002) e la nuova normativa.

Secondo parte della dottrina essendo del tutto diverso il bene giuridico tutelato (il patrimonio) rispetto alle originarie false comunicazioni sociali (trasparenza), si configurava *abolitio criminis*¹³. Secondo altra impostazione era, al contrario, ravvisabile una continuità tra il vecchio art. 2621 ed il nuovo art. 2621, nel quale, la mancanza del riferimento al danno patrimoniale al socio o al creditore era argomento a sostegno della perduranza della trasparenza come bene strumentale; laddove invece con l'art. 2622 c.c. (le false comunicazioni causa di danno patrimoniale ai soci e ai creditori), non era possibile rintracciare la continuità del tipo di illecito, attesa la diversità degli elementi strutturali della fattispecie rispetto alla normativa precedente¹⁴.

Le Sezioni Unite Giordano (2003) optavano per la continuità normativa tra la vecchia e la nuova disciplina penale societaria, facendo leva sul criterio del "fatto in concreto", per cui i fatti commessi sotto il vigore della precedente legge rimangono punibili anche sotto la nuova, giusta la formula "prima puni-

dirette ai soci o al pubblico, intenzionalmente espongono false informazioni sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, o del gruppo al quale essa appartiene, ovvero occultano informazioni sulla situazione medesima, al fine di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto». Pochi giorni dopo la presentazione del disegno di legge delega la norma venne riscritta, a seguito dell'emendamento approvato il 19 luglio 2001, nella riunione della Commissione finanza e giustizia della Camera.

¹² L'art. 2621 cod. civ. prevedeva tre differenti fattispecie di reati societari, individuabili nelle false comunicazioni, nella illegale ripartizione di utili e nella illegale ripartizione di acconti sui dividendi. Riguardo alla prima delle condotte criminose societarie punite dalla norma citata, l'art. 2621 cod. civ. al n. 1) puniva con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da due milioni a venti milioni i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali, fraudolentemente espongono fatti non rispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime.

¹³ M. DONINI, *Abolitio criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1240 ss.

¹⁴ A. MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2003, 684.

bile, dopo punibile, quindi punibile”¹⁵. Una sentenza criticata in dottrina, atteso il rischio di applicazioni retroattive in *malam partem*, per cui l’eventuale riconducibilità del fatto concreto anche alla nuova fattispecie incriminatrice può venire a dipendere da fattori casuali o fortuiti, pur in assenza di un rapporto strutturale di genere a specie tra le fattispecie astratte¹⁶.

La predetta disciplina del reato di falso in bilancio spinse, peraltro, la dottrina a chiedersi se il legislatore non avesse depenalizzato il falso in bilancio, considerato che l’interesse pubblicistico alla “trasparenza” in materia societaria rischiava di essere tutelato solo nell’ipotesi contravvenzionale¹⁷. Ed ancora, se il legislatore non avesse impiegato una concezione “rafforzata” di falso in bilancio, decidendo di fare a meno del modello del reato di pericolo¹⁸.

Aspre critiche furono mosse, *in primis*, riguardo alla procedibilità a querela per le ipotesi di falso in bilancio in cui dalla condotta delittuosa fosse derivato un danno a terzi; malgrado la possibile deflazione del sistema penale, che pure il legislatore sembrava risoluto a perseguire, furono evidenziate in dottrina le difficoltà di individuare i soggetti titolari del diritto di querela¹⁹, oltre al ritardo nella instaurazione del procedimento penale considerato il lasso di tempo che sarebbe trascorso tra la condotta criminosa ed il momento in cui i soggetti legittimati si fossero accorti del delitto²⁰. Appariva, inoltre, discutibile la circostanza che il legislatore avesse ravvisato nella sussistenza del danno conseguente all’illecito la metamorfosi del reato da contravvenzione a delitto, con incremento della sanzione ed allungamento dei termini di prescrizione.

Sostenere, alla luce della *ratio* della riforma, che solo in presenza di un danno patrimoniale sarebbero stati lesi anche beni ulteriori come quelli della trasparenza e dell’informazione societaria, era frutto di un pregiudizio logico, che segnava “un passo indietro di oltre mezzo secolo sul piano dell’individuazione

¹⁵ Cass., Sez. Un., 16.6.2003, Giordano e altri, in *Guida dir.*, n. 26, 60 ss.

¹⁶ A. MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, cit., 687.

¹⁷ A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. Soc.*, 2001, 1346. V. MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in www.penalecontemporaneo.it evidenzia che le deboli fattispecie di false comunicazioni sociali “varate” con la riforma del 2002 sono state oggetto - oltre che di un pressoché unanime giudizio critico da parte della dottrina - di cospicue censure di legittimità, volte a denunciarne sia profili di irragionevolezza sul fronte costituzionale (rigettate dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 161 del 2004), sia profili di adeguatezza e compatibilità rispetto agli obblighi comunitari (si veda al riguardo, all’esito del rinvio pregiudiziale sollevato da diversi giudizi di merito, la sent. della Corte di Giustizia CE 3 maggio 2005, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02 [...]).

¹⁸ A. MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, op. cit., 117.

¹⁹ C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, 13.

²⁰ C. SANTORIELLO, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, Torino, 2015, 28.

dell'interesse tutelato²¹ dalla fattispecie di falso in bilancio posta naturalmente a presidio di interessi collettivi, della trasparenza e dell'informazione societaria, la cui applicazione non poteva essere subordinata a pregiudizi particolari subiti dai singoli soci o creditori²².

Dopo tredici anni dalla riforma dei reati societari (d.lgs. n. 61 del 2002) il legislatore ha innovato la disciplina previgente del reato di falso in bilancio: ne discende un mutato assetto dei reati di false comunicazioni sociali costituite da due fattispecie incriminatrici (artt. 2621 e 2622 c.c.) caratterizzate come reati di pericolo e connotate a seconda della diversa natura della persona giuridica, e da due nuove norme (artt. 2621-*bis* e 2621-*ter* c.c.) riferite solo all'art. 2621 c.c., con una pena più mite per i fatti di "lieve entità" ed una causa di non punibilità per la loro "particolare tenuità".

Alcuni degli elementi di novità introdotti dal legislatore della riforma sono apprezzabili, come ad esempio, la perseguibilità d'ufficio dei delitti in discorso (salvo il caso di falsa comunicazione da parte di società non fallibili *ex art.* 1, co. 2, R.D. n. 267 del 1942); la scomparsa delle criticate soglie quantitative di punibilità²³; la conseguente riqualificazione dell'illecito come reato di pericolo anziché di danno²⁴.

Della nuova regolamentazione sorprende l'estromissione dalla fattispecie incriminatrice di alcune condotte che nel quadro previgente avevano rilevanza penale come la scomparsa dell'inciso, riferito ai fatti falsi, «ancorché oggetto di valutazioni»; un inciso che, peraltro, secondo parte della dottrina, «nulla aggiungeva e nulla toglieva alla nozione di fatti utilizzata dal previgente art. 2621»²⁵.

²¹ L. FOFFANI, *Rilevi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1197.

²² In questo senso C. SANTORIELLO, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, *cit.*, 30.

²³ S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 815, per il quale le soglie di non punibilità «costituivano, in sé e nei loro effetti un autentico obbrobrio che mai avrebbe dovuto fare la sua comparsa a livello normativo».

²⁴ C. SANTORIELLO, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, *cit.*, 32.

²⁵ S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1502; ID., *La riforma dei reati*, *cit.*, 814-815 per il quale «la questione insorge sull'opportunità dell'eliminazione di un elemento chiarificatore (tutt'ora presente nel testo dell'art. 2638 co. 1 c.c.) che non turbava l'equilibrio della formulazione sebbene linguisticamente fosse suscettibile di miglioramenti; e le perplessità acquistano consistenza a fronte dell'opposta e infelice scelta di mantenere il requisito della previsione di legge per le comunicazioni sociali, dal quale discende l'irrelevanza *ex art.* 2621 delle dichiarazioni spontanee rese dagli amministratori in assenza di qualsiasi prescrizione normativa, come ad esempio in conferenze stampe da essi convocate o in lettere agli azionisti o ai creditori». M. GAMBARDILLA, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: fra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, 1738, evidenzia come dalla locuzione «fatti falsi», che compariva nel codice di commercio Zanardelli del 1882 e nella l.

Quest'ultimo aspetto - su cui ci si soffermerà *funditus* nel corso della trattazione - sin d'ora merita di essere evidenziato: il legislatore, con il riferimento all'esposizione dei fatti materiali, esclude, dal reato di falso in bilancio, le valutazioni, quasi a volerne «misconoscere ogni possibile qualificazione in termini di veridicità o falsità»²⁶.

Di qui le inevitabili oscillazioni giurisprudenziali che - come si constaterà - si sono registrate sulla problematica della successione delle leggi nel tempo, se dunque l'eliminazione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" integri una *abolitio criminis*, che travolge anche il giudicato (art. 2, co. 2 e 3, c.p.), oppure una *abrogatio sine abolitione* (art. 2, co. 4, c.p.)²⁷.

Perché la falsità rilevi, deve trattarsi di comunicazioni sociali "previste dalla legge" come espressamente stabilito ex art. 2621 c.c.; nell'ipotesi di condotta omissiva, questa deve avere ad oggetto "fatti materiali rilevanti" (e non più "informazioni") "la cui comunicazione è imposta dalla legge". La locuzione è stata intesa in senso restrittivo da una parte della dottrina che ha escluso il rilievo di tutte le comunicazioni mendaci non espressamente menzionate da una fonte di rango primario; ovvero in termini meno rigorosi, da altra parte della dottrina, che attribuisce rilevanza penale a falsità (commissive od omis-

n. 660 del 1931, si sia passati a quella di «fatti non rispondenti al vero», accolta dal codice del 1942, e poi, attraverso quella di «fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni», inserita ex d.lgs. n. 61 del 2002, si sia infine approdati, con la riforma del 2015, a quella di «fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero».

²⁶ C. SANTORIELLO, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, cit., 34.

²⁷ Sui criteri discretivi tra *abolitio* e successione di leggi (criterio del "fatto in concreto", della "continuità del tipo di illecito" e quello della "continenza"), v., nella manualistica, A. MANNA, *Corso di diritto penale*, 3^a Padova, 2015, 114, il quale evidenzia come «attualmente il criterio più seguito è quello della c.d. continenza, nel senso che, per dirsi sussistente una successione di leggi penali è necessario che tra la norma vecchia e nuova sussista un rapporto di specialità, nel senso che, o la norma successiva contiene degli elementi specializzanti, rispetto alla precedente, oppure può avvenire il contrario, ma la conclusione non muta. Il criterio in oggetto può, tuttavia, essere interpretato in due differenti modi: l'uno in senso puramente strutturale, e l'altro, invece, facendo interagire anche un giudizio di valore. A questo proposito, va segnalato che la stessa giurisprudenza appare sostanzialmente divisa, in quanto con una prima sentenza, Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, in CED Cass., n. 27, ha statuito la discontinuità del tipo di illecito, tra la legge n. 516 del 1982 in tema di reati tributari, e la nuova disciplina, di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, proprio applicando, altresì un criterio valoriale. Al contrario, una successiva sentenza, Cass. Sez. Un., 16 giugno 2003, Giordano, in CED Cass., n. 25887, ma questa volta in tema di reati societari, è giunta a una conclusione opposta, ovvero sia che tra la vecchia e nuova normativa in materia esiste una sostanziale continuità del tipo di illecito, e, quindi, un fenomeno successorio, mediante l'applicazione del criterio strutturale, mediato soltanto dalla considerazione anche di quello relativo al fatto in concreto. Evidentemente, perché, laddove avesse dato ingresso anche ad opzioni di carattere valoriale, avrebbe inevitabilmente dovuto decidere in senso opposto, in quanto sono chiaramente diverse le opzioni politico-criminali sottese alla riforma dei reati societari, rispetto a quelle proprie della normativa precedente».

sive) anche solo implicitamente²⁸.

L'espressione "fatti materiali" continua a comparire negli artt. 2621 e 2622 c.c., benché la dottrina ne abbia dimostrato la ridondanza, nonché l'equivoco di tipo semantico, alla luce dell'espressione anglosassone "*material fact*", che si riferisce ad un fatto o una circostanza rilevante per una decisione o per un giudizio, e non sta dunque per "materiale" come sinonimo di reale o tangibile²⁹. ...

TESTO INTEGRALE RISERVATO AI SOLI ABBONATI

²⁸ V. MANES, *La nuova disciplina*, cit., 16, cui si rinvia anche per la bibliografia sul punto.

²⁹ Assai critico su questo profilo, F. MUCCIARELLI, *Le nuove false comunicazioni sociali: note in ordine sparso* 8-9, in www.penalecontemporaneo.it. V. anche A. TESTAGUZZA, *Un legislatore severo, ma non troppo: la nuova riforma delle false comunicazioni sociali*, in *questa Rivista* online, 9-10 osserva «Che la materialità di cui parla anche il nuovo testo (così come pure il precedente) non sia ricollegabile alla formula "*material fact*" di matrice anglosassone è indubbio [...]. È evidente, quindi, che per non parlarsi di "ingenua svista legislativa" [...], il termine deve acquisire ben diversi connotati. Ciò appare ancora più scontato se lo si relaziona con il requisito della rilevanza inteso come parametro cui rapportare l'incidenza effettiva della falsità sul patrimonio informativo dei destinatari al momento della elaborazione di un giudizio effettivo sulle condizioni della società. Nel testo ante riforma, all'art. 2621, co. 3 (ed all'art. 2622, co. 7), la punibilità del fatto era esclusa ove le falsità e le omissioni non avessero *alterato in modo sensibile* la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, salvo poi indicare parametri oggettivi (cc.dd. soglie quantitative di rilevanza) al di sotto delle quali determinate condotte sarebbero state comunque lecite. Il motto retrostante sembrava essere: punire sì, ma solo chi commette qualcosa di realmente offensivo anche se frutto di stime e, quindi, di valutazioni. Con il termine "fatti materiali rilevanti" si riducono i margini di manovra repressiva dello Stato sin dalla descrizione oggettiva delle fattispecie in esame. Così operando il legislatore ha sin da subito inteso chiarire quali comportamenti possano (ed eventualmente debbano) giustificare l'attenzione dell'ordinamento (solo quelli "rilevanti", appunto) [...]. Nonostante il ritocco linguistico operato dal nuovo testo, tuttavia, il risultato finale raggiunto non pare discostarsi sensibilmente dall'originaria formulazione normativa, specie ove si consideri che la preesistente locuzione "la punibilità è esclusa..." della riforma del 2002 veniva concepita dalla dottrina dominante non come una condizione di non punibilità ma come un vero e proprio requisito di tipicità della condotta».