

QUESTIONI APERTE

Falso in bilancio

La decisione

Falso in bilancio - False comunicazioni sociali - Criteri di valutazione - Induzione in errore (C.c., artt. 2621, 2622; L. fall., art. 223, co. 2; L. 27 maggio 2015, n. 69, art. 9).

Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente si discosti da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni.

CASSAZIONE PENALE - SEZIONI UNITE - 27 MAGGIO 2016 (c.c. 31 marzo 2016) - CANZIO, *Presidente* - FUMO, *Relatore* - STABILE, *P.g.* (diff.) - Iannini ed altro, *ricorrente*.

La condotta e l'oggetto giuridico delle false comunicazioni sociali

Premessa

La sentenza in commento affronta il tema del cosiddetto "falso valutativo" la cui sussistenza è stata messa in discussione in ragione della modifica dell'art. 2621 c.c., intervenuta per effetto della l. 69/2015. La questione si è posta, perché è stato eliminato il sintagma "*ancorché oggetto di valutazione*", presente nella versione previgente della norma e tuttora presente (dunque implicitamente "riproposto") nel testo dell'art. 2638 c.c. Tale questione ermeneutica ha dato luogo a uno spinoso contrasto giurisprudenziale in seno alla medesima Corte di Cassazione (la quinta), da cui trae origine ed al quale vuole porre rimedio la sentenza delle Sezioni Unite in oggetto.

Secondo un primo indirizzo interpretativo¹, la novella legislativa avrebbe reso penalmente irrilevanti tutte le comunicazioni non veritiere aventi ad oggetto

¹ Cass. Pen., V Sez., 16/06/2015, n. 33774, *Crespi*; Rv. 264868; Cass. Pen. V Sez., 08/01/2016, n. 6916, *Banca popolare dell'Alto Adige*, Rv. 265492. Ambedue le sentenze asseriscono la parziale abrogazione dei reati di cui agli artt. 2621 e 2622, in relazione al c.d. falso valutativo, per effetto dell'eliminazione dell'inciso "*ancorché oggetto di valutazione*". In qualche modo, l'indirizzo "abolizionista" ha trovato riscontro in dottrina; si è paventato che la scomparsa dell'*ancorché* avrebbe determinato la non punibilità del falso valutativo (cfr. PERINI, *I fatti materiali non rispondenti al vero: harakiri del futuribile falso in bilancio*, in *diritto penale contemporaneo 2016*); in tal senso cfr. LANZI, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida al dir.*, 26/2015, 10 ss.; BRICCHETTI-PISTORELLI, *La lenta scomparsa del diritto penale societario italiano*, in *Guida al dir.*, 26/2015, 53 ss.; SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le società*, 2015, 1301 ss.; D'AVIRRO, *Il nuovo falso in bilancio*, in *Fisco*, 8/2015, 2735 ss.; TESTAGUZZA,

dati “valutativi”, sulla base del principio ermeneutico *ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit*. Si opinava che il legislatore avesse omesso il riferimento ai dati “oggetto di valutazione” per restringere ai soli fatti “materiali” la configurabilità del falso; la “materialità” veniva intesa in un’accezione restrittiva, come sinonimo di evidenza empirica e non-opinabilità dei dati. Alla stregua di tale interpretazione, il delitto di false comunicazioni sociali poteva investire solo i valori economici contabilizzati in maniera certa, univoca e inconfutabile, con esclusione dei valori dedotti mediante operazioni intellettive, nelle quali – pur tecnicamente vincolate – residuasse comunque un margine di discrezionalità. Per esempio il calcolo degli ammortamenti e dei valori patrimoniali, derivanti dagli ondivaghi prezzi di mercato, risulterebbero comunque esclusi dall’ambito dell’incriminazione, alla luce dell’anzidetto indirizzo ermeneutico. Se ne ravvisava conferma nella scelta del legislatore di non eliminare l’espressione linguistica “*ancorché oggetto di valutazione*” dal testo dell’art. 2638 c.c., che incrimina la condotta di chi frappone ostacoli all’esercizio delle funzioni dell’autorità pubblica di vigilanza e controllo. Se in un caso l’inciso scompare e nell’altro continua a sussistere, segno è – si sosteneva – che l’incriminazione del falso (2621 c.c.) investe un ambito di comunicazioni più ristretto, rispetto a quello investito dall’incriminazione della condotta ostantiva (2638 c.c.).

Secondo un diverso avviso² - emerso nella sentenza n. 890 del 12/11/2015, *Giovagnoli*, Rv. 265491, pronunciata dalla medesima sezione della Suprema Corte, e in quella successiva del 2 marzo 2016, depositata il 30 marzo, n. 12793, *Beccari* - il sintagma in questione fosse pressoché irrilevante: lungi dal designare una categoria di dati e fatti “valutativi”, diversi e distinti da quelli “materiali”, l’espressione concessiva aveva una funzione di chiarificare *ad*

Un legislatore troppo severo: la nuova riforma delle false comunicazioni sociali, in questa Rivista online, 1/2015.

² In dottrina: SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1498 ss.; MUCCIARELLI, “*Ancorché*” superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali, in *Diritto Pen. Cont. Luglio 2015*; MEZZETTI, *La ricomposizione disarticolata del falso in bilancio (commento agli artt. 9-12 della l. n. 69/2015)*, in www.legislazionepenale.eu; GAMBARDELLA, *il “ritorno” del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 5/2015, 1742; D’ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, 2211 ss.; RUTA, *Problemi interpretativi intorno al nuovo falso in bilancio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2015, 50 ss.; SANTORELLO, *Rilevanza penale delle valutazioni di bilancio. Poche parole per riportare ordine in un dibattito “isterico”*, in questa Rivista, 2/2015, 158 ss.; MASULLO, *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi*, in *Dir. Pen. Cont., febbraio 2016*; STRAMPELLI, *Sulla (persistente) rilevanza delle valutazioni di bilancio: appunti interdisciplinari, ivi febbraio 2016*.

abundantiam il senso della “materialità”, non già di aggiungere categoria a categoria ovvero estendere e ampliare l’ambito dell’incriminazione. In altri termini, si trattava di una “superfetazione”; sicché l’abrogazione della formula linguistica non equivaleva ad abrogazione dell’incriminazione, né in tutto né in parte. La sentenza delle SS. UU. si è pronunciata dunque sul seguente quesito: “*se in tema di false comunicazioni sociali, la modifica con cui la L. 27 maggio 2015, n. 69, art. 9, che ha eliminato, nell’art. 2621 c.c., l’inciso ‘ancorché oggetto di valutazioni’, abbia determinato un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie, ovvero se tale effetto non si sia verificato*”. Il Supremo Collegio ha negato l’effetto abrogativo con argomentazioni convincenti³, il cui commento postula un breve cenno alla recente storia dell’istituto.

2. Breve *excursus* storico: l’ondivago legislatore italiano.

Nel codice di commercio del 1882 (Zanardelli) era utilizzata l’espressione “fatti falsi”. La formulazione codicistica del 1942 descriveva il reato di false informazioni sociali in termini di fraudolenta esposizione di “fatti non rispondenti al vero”. L’uso dell’avverbio “fraudolentemente” era significativo della generale assimilazione di questa alle altre fattispecie di frode, il cui archetipo si può rinvenire nella truffa; sicché, in ultima analisi, si poteva ritenere che la condotta tipica consistesse in una particolare specie di “raggiro” o “artificio” diretto ad ingannare il destinatario della comunicazione.

L’impianto originario veniva stravolto con il d.l.vo 11 aprile 2002 n. 61, il quale era ispirato alla *ratio* di rendere più certi i confini della liceità/illiceità, ma finiva col rendere molto ardua l’incriminazione di condotte comunque pregne di disvalore etico-giuridico. La *ratio* di certezza era perseguita, in primo luogo, con l’introduzione delle cosiddette “soglie di punibilità”, in relazione alle poste del bilancio societario⁴. Se la difformità, tra il valore economico nominale della posta di bilancio e quello effettivo di mercato, fosse stata inferiore a un certo indice numerico, sarebbe venuta meno la punibilità del fatto. Inoltre gli estremi del reato erano integrati solo nel caso in cui si confi-

³ La “lezione” delle Sezioni Unite è commentata favorevolmente da PIVA, *Le sezioni unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; parla di “esemplare chiarezza” PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, *ibidem*.

⁴ Si richiedeva, ai fini della punibilità, che la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società fosse alterata ovvero il risultato economico di esercizio fosse variato in misura superiore al 5%; in alternativa, si richiedeva che le false comunicazioni determinassero una variazione del patrimonio netto superiore all’1%. Le soglie quantitative erano state introdotte anche per le valutazioni estimative, punibili se ed in quanto avessero comportato una differenza superiore al 10%.

gurasse un danno per i destinatari della comunicazione. Dell'originaria stesura degli artt. 2621 e 2622 c.c. rimaneva ben poco, giacché il legislatore del 2002 apportava altre importanti modifiche: veniva introdotta una fattispecie contravvenzionale all'art. 2621 c.c., punibile a querela di parte, per le società non quotate in borsa, e punibile d'ufficio per le società quotate. Inoltre con la legge n. 262 del 2005 veniva innestato un illecito amministrativo all'interno delle figure in questione.

La dottrina ha sottoposto a dura critica la riforma del 2002, con accenti anche talvolta eccessivamente polemici⁵. Si è parlato di “controriforma”; di “morte” del falso in bilancio⁶; si è ironizzato sull'uso dell'aggettivo “materiali” in riferimento ai “fatti” oggetto di comunicazione, nella supposizione che si trattasse di una cattiva traduzione della *materiality* anglosassone di diverso significato⁷. A prescindere da ciò, si è ritenuto comunque che il vero intento del legislatore fosse quello di “depenalizzare” il c.d. “falso in bilancio”; ne sarebbe uscita anche ostacolata l'azione di contrasto ai fenomeni corruttivi, sull'assunto che nelle false voci di bilancio si nascondono le provviste in nero per remunerare gli agenti della corruzione. Che la connessione sia così automatica ci permettiamo di dubitare e preferiamo rimanere distanti dalle contingenti polemiche politiche; è certo comunque che, a seguito della riforma del 2002, si ridusse drasticamente la casistica dell'incriminazione.

⁵ FOFFANI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (art. 2621 e 2622)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA e SEMINARA, Cedam, 232 ss.; DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (art. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d. lg. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1240 ss.; GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Cedam, 2013, 139 ss.; MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam 2003, 69 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI -RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2012, 119 ss.; BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1; ZANOTTI, *I reati di false comunicazioni sociali. Il nuovo diritto penale dell'economia-Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, 2008, 116.

⁶ PEDRAZZI, *In memoria del “falso in bilancio”*, in *Riv. soc.* 2001, 1371 ss. (adesso in *Diritto penale, III, Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, 845 ss.). L'Autore formulava le sue considerazioni già nella fase della discussione parlamentare, prima dell'entrata in vigore della legge. Il suo giudizio è condiviso da CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.* 2001, 1345 ss.; da SEMINARA, *I reati di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.) e di corruzione tra privati (art. 2635)*, Dispensa, 6.

⁷ MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Diritto pen. cont.*, 2/2015, 159 ss.. Anche GAMBARDELLA, *Il “ritorno” cit.*, 1723 ss., ravvisa l'ascendenza anglosassone, ma non ritiene che il legislatore sia incorso in una “svista”; abbia, invece, consapevolmente riprodotto, con le espressioni “materiali”, “rilevanti”, “idonei a indurre in errore”, i tre elementi raggruppati sotto il comune requisito del *material fact*.

Con la novella del 2015 è stata invertita la rotta⁸; il legislatore ha inteso estendere l'ambito della rilevanza penale ed inasprire la risposta sanzionatoria. È stato abbandonato il modello contravvenzionale, sicché tutti i fatti incriminati configurano delitti; è stato abrogato l'illecito amministrativo⁹; l'offesa tipica non è descritta in termini di effettivo danno patrimoniale cagionato dalla condotta di falso alla società, ai soci o ai terzi; sono state incrementati i limiti edittali di pena. Al livello più basso di disvalore giuridico si situano oggi le figure delittuose corrispondenti ai fatti di lieve entità (art. 2621-*bis* c.c.), una delle quali, concernente la condotta dell'imprenditore commerciale non sottoposto a procedura concorsuale, è punibile a querela di parte; al livello intermedio è stato posto il delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'art. 2621 c.c.; al livello più alto di disvalore, si rinviene il fatto di cui all'art. 2622 c.c. – contemplato nelle due tipologie, commissiva e omissiva – caratterizzato dalla natura della società commerciale interessata (società quotate in Italia o in altri mercati dell'Unione Europea; a tali società sono equiparate quelle che hanno fatto richiesta di ammissione alla Borsa, quelle che emettono strumenti finanziari in un sistema multilaterale di negoziazione, le società controllanti e quelle che fanno appello al pubblico risparmio o lo gestiscono).

È mutata – ed è ciò che più conta ai nostri fini – la descrizione della condotta tipica. Le false comunicazioni sociali, novellate nel 2015, riguardano oggi non più i “*fatti materiali ancorché oggetto di valutazione*”, bensì i “*fatti materiali rilevanti, non rispondenti al vero*” (art. 2621 c.c.), i “*fatti materiali*” *tout court*, nella tipologia commissiva del delitto di cui all'art. 2622 c.c., e nuovamente i “*fatti materiali rilevanti*”, nella tipologia omissiva. Il linguaggio del legislatore appare, di prim'acchito, poco preciso e perfino capriccioso, tanto che la prevalente dottrina non annette molta importanza né alla cancellazione del sintagma (“*ancorché ...*”), né alla presenza/assenza della qualifica di rilevanza dei fatti falsamente comunicati. Tuttavia, rinunciare *a priori* a dare senso compiuto alle parole del legislatore non ci pare appagante e proviamo a capire se la “rilevanza” dei fatti falsamente comunicati possa dare un apporto di tipicità alla fattispecie e se possa esistere un discrimine logico tra i “*fatti materiali rilevanti*” e i “*fatti materiali*” *tout court*.

⁸ L'inversione di rotta, in senso repressivo, ha incontrato il plauso di alcuni (cfr. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni cit.*, 160), ma non ha entusiasmato altri (LANZI, *Quale strano scoop cit.*, 10 ss.; BRICCHETTI-PISTORELLI, *La lenta scomparsa cit.*, 53 ss.).

⁹ I fatti prima costituenti illecito amministrativo rientrano oggi, in buona misura, nella previsione della nuova “causa di non punibilità” prevista dall'art. 131-*bis* c.p., in ragione della particolare tenuità del fatto; cfr. GAMBARDELLA, *Il “ritorno” cit.*, 1728.

3. Motivi della decisione.

La risposta negativa al quesito “*se, in tema di false comunicazioni sociali, abbia ancora rilievo il falso valutativo*” ci pare suffragata da argomenti ineccepibili.

In primo luogo è decisivo il rilievo secondo cui il sintagma introdotto da “*ancorché*” aveva valore concessivo, nulla apportando alla delimitazione dell’area della punibilità. La classe dei “fatti materiali” oggetto di falsa comunicazione non si arricchiva di nuovi componenti per l’uso del menzionato sintagma ma nemmeno subiva un restringimento; più semplicemente il legislatore ricorreva ad una formula ridondante, a chiarimento ulteriore della possibile incriminazione di false comunicazioni sociali che vertessero su fatti “*valutativi*”. Peraltro, la giurisprudenza era stata univoca e costante, nel ritenere la sostanziale superfluità dell’inciso in questione in seno all’art. 2638 c.c., anche prima della novella del 2002¹⁰. Ne deriva che la mancata riproposizione della formula concessiva (“*ancorché ...*”) non può restringere ciò che la formula non estendeva, né in seno all’art. 2621 c.c., né in seno all’art. 2638 c.c.

A ciò si aggiunga che il bilancio delle società commerciali si compone necessariamente di molteplici voci a contenuto valutativo¹¹. Per esempio, l’avviamento, i beni patrimoniali e gli stessi ammortamenti hanno un valore economico, dedotto attraverso un calcolo tecnicamente vincolato, ma non automatico; e comunque all’esito di un procedimento intellettuale con margine di opinabilità¹². Solo i dati meramente congetturali ed esclusivamente prognostici, oggetto di insindacabile valutazione discrezionale, non rientrano tra i “*fatti materiali*” di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. Se dunque si volesse estrapolare dal novero delle comunicazioni penalmente rilevanti tutte quelle a contenuto valutativo, si finirebbe col contraddire la finalità di deterrenza (anche in funzione anticorruptiva) perseguita dal legislatore.

¹⁰ Cass. Pen., sez. V, n. 8984 del 18/05/2000, Rv. 217767, *Patrucco*. L’orientamento risulta confermato dalla sentenza pronunciata dalla medesima Sezione, n. 40833 del 07/07/2004, Rv. 230258, *Preantoni*.

¹¹ In generale, la linea di discrimine tra l’esposizione di un fatto e la sua valutazione è comunque incerta; si può dire che tutte le valutazioni possono contenere esposizioni di fatti materiali e in ogni enunciazione di un fatto si può vedere nascosta una valutazione. In questo senso CARACCIOLI, *Reati di mendacio e valutazioni* Giuffrè, 1962, 14 ss.; FOFFANI, *Artt. 2621-2622*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, 2007, 2458; BENUSSI, *I nuovi delitti cit.*, 24.

¹² Pressoché tutte le voci di bilancio costituiscono l’esito di procedimenti valutativi; cfr. BENUSSI, *I nuovi delitti cit.*, 46.

In questa logica ha poco senso chiedersi se la permanenza del sintagma (“*ancorché oggetto di valutazione*”) in seno all’art. 2638 c.c. esprima la precisa volontà legislativa di incriminare la condotta di ostacolo all’attività degli organi di vigilanza e ispezione mediante comunicazione (ovvero omessa comunicazione) di fatti valutativi, contrapposta alla volontà di abrogare l’incriminazione della corrispondente comunicazione ai sensi dell’art. 2621 c.c.¹³, in virtù del canone ermeneutico *ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit*. S’intende che la proposizione concessiva, destituita di incidenza delimitativa dell’area di punibilità, e assunta ad “ornamento” della fattispecie in guisa di esemplificazione chiarificatrice, non è elemento essenziale e determinante di fattispecie, sicché gli estremi di tipicità del reato non mutano in ragione della sua presenza/assenza. E dunque non è conducente utilizzare il citato canone ermeneutico, in presenza di un legislatore che *dixit* e *tacuit* la medesima cosa, ossia sempre e comunque la comunicazione di “fatti materiali” non veritieri.

Deve trattarsi comunque di una “falsità” non risultante da una “valutazione” meramente discrezionale, bensì da una valutazione tecnica e normativamente vincolata. A tal proposito, il Supremo Collegio sottolinea, innanzitutto, che il codice civile regola la redazione del bilancio nella sezione nona, capo quinto, titolo quinto, libro quinto. Vengono in rilievo, in primo luogo, gli artt. 2423-2427 c.c., che indicano la struttura ed il contenuto del bilancio e dettano i criteri di redazione. Vengono in rilievo altresì i criteri obbligatori derivanti dalle direttive europee (cfr. Direttiva 2013/34/UE, relativa ai bilanci di esercizio consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recepita dal D.L.vo 18 agosto 2015, n. 139).

Ne emerge la certezza che il bilancio è un documento composito e complesso, la cui redazione presuppone una specifica preparazione, fondata sulla conoscenza di criteri vincolanti, sia tecnici, sia legali. Il redattore del documento non può non operare valutazioni, e tuttavia valutazioni “guidate”, non fini a se stesse, bensì funzionali all’informazione/comunicazione. Orbene, l’esercizio della funzione informativa/comunicativa è certamente assoggettabile alla verifica polarizzata sul binomio logico vero/falso.

¹³ La tesi sommariamente definibile “abrogazionista” fa leva anche sull’espunzione dal testo normativo del riferimento alle “informazioni”. Si osserva che la valutazione è connaturata al concetto di informazione, sicché escludere che l’oggetto delle false comunicazioni possa essere un’informazione equivale a escludere al contempo che possa esserlo una valutazione. Ma l’argomento non pare decisivo, poiché l’una può ritenersi la *species* dell’altra, non già un sinonimo; pertanto, ammesso pure che sia stata espunta la *species*, non è detto che sia stato espunto l’intero *genus*.

A conferma di ciò, si sottolinea la configurabilità del reato di falso ideologico *ex art. 479 c.p.*, e falsa perizia *ex art. 373 c.p.*, in ragione della non-veridicità di enunciati valutativi¹⁴. La giurisprudenza sul punto è univoca, sempreché la valutazione sia obbligatoriamente “guidata” da criteri vincolanti e predeterminati, cosicché la rappresentazione della realtà non sia dissimile dalla descrizione o dalla constatazione¹⁵. È configurabile anche la “falsità medica”¹⁶, nei limiti in cui siano contraddetti criteri indiscussi o indiscutibili o siano asserite premesse contenenti false attestazioni. Similmente sono configurabili le false informazioni sociali, aventi ad oggetto valutazioni non meramente soggettive, né meramente prognostiche, bensì vincolate a criteri tecnici comunemente accettati o criteri normativi vincolanti.

4. L’oggetto “rilevante” della comunicazione.

Ma rimane comunque aperto l’interrogativo di fondo sugli estremi di tipicità della condotta illecita di comunicazione. È indubbio che il requisito della difformità dal vero del contenuto della comunicazione non è da solo sufficiente ad assorbire il disvalore penalistico. È facile intendere che tale difformità potrebbe riguardare anche un’informazione del tutto irrilevante, per quantità e qualità. Non basta d’altronde ricondurre la fattispecie *de qua* nel novero dei reati di pericolo concreto per colmare automaticamente il *deficit* di tipicità ravvisabile anche come *deficit* di offensività. Si rimarrebbe sempre nell’ambito dei nominalismi, ove il pericolo non fosse commisurato ad un evento chiaramente individuato, offensivo del bene protetto¹⁷.

La strada da percorrere è segnata comunque dal testo normativo, nel quale si rinvencono due preziosi riferimenti: uno al carattere dell’oggetto della comunicazione, qualificato come “rilevante”; l’altro al carattere della comunicazione, qualificata come “idonea”. La strada è tuttavia ardua, perché i due riferimenti *ex se* e isolatamente considerati ben poco possono apportare alla determinatezza e precisione descrittiva della norma. È evidente che ogni fattispecie penale contempla elementi intrinsecamente rilevanti, di cui appare del

¹⁴ *Ex plurimis* Cass. Pen., sez. V, n. 15773 del 24/01/2007, Rv. 236550, *Marigliano*; della stessa sezione, n.7067 del 12/01/2011, Rv. 249836, *Sabolo*; n.35104 del 22/06/2013, Rv. 25712, *Baldini*; inoltre Cass. Pen., sez. VI, n.8588 del 06/12/2000, Rv. 219039, *Ciarletta*; Cass. Pen., sez. I, n.45373 del 10/06/2013, Rv. 257895, *Capogrosso*.

¹⁵ Cass. Pen., sez. V, n.3552 del 09/02/1999, Rv. 213366, *Andronico*.

¹⁶ Cfr. la sentenza *Marigliano* citata.

¹⁷ La preoccupazione è condivisa da gran parte della dottrina; cfr. per tutti RICCI, *Il nuovo reato di false comunicazioni sociali*, Giappichelli, 2015, 35 ss.

tutto superfluo sottolineare la “rilevanza”. Sicché i “fatti materiali” oggetto di comunicazione dovrebbero essere considerati “rilevanti” *ex se*, indipendentemente da qualsivoglia ultronea qualificazione. E inoltre la “materialità” alluderebbe proprio a questa “rilevanza”, se fosse evocata la *materiality* anglosassone, cui si sarebbe ispirato il (supposto) maldestro legislatore del 2002, ma anche il non meno maldestro legislatore del 2015. Se la *materiality* anglosassone in nient’altro consiste che nella “rilevanza”, l’ulteriore qualifica dei “fatti materiali”, testualmente descritti come “rilevanti”, sarebbe ultronea al quadrato.

Né maggiore incidenza delimitativa potrebbe riconoscersi al requisito dell’idoneità decettiva della comunicazione posta in relazione col bene della *trasparenza* della comunicazione sociale. Qualunque difformità dal vero offende di per sé il bene della trasparenza, la quale non può essere disgiunta dalla veridicità della comunicazione: ogni comunicazione su fatti non corrispondenti al vero offenderebbe il bene giuridico e verrebbe meno la possibilità di distinguere la comunicazione offensiva da quella inoffensiva.

Dobbiamo necessariamente concludere che il legislatore del 2015 è stato così poco sagace da inserire elementi ultronei in fattispecie, non meno ultronei del previgente sintagma “ancorché oggetto di valutazione”? Questa pare la conclusione accettata dalla prevalente dottrina, la quale si appaga di annoverare il reato tra quelli di “pericolo concreto”. Conclusione ineccepibile; sennonché la concretezza del pericolo è tributaria della concretezza dell’evento lesivo. E si converrà che il bene ideale della *trasparenza* si presta assai poco alla distinzione pericolo/lesione. Se dunque il bene protetto risulta poco “concreto”, anche il pericolo recato dalla condotta “idonea” si palesa, in ultima analisi, poco concreto.

Preferiamo dunque ipotizzare che abbia senso la qualifica di *rilevanza* dei fatti comunicati¹⁸, posta in relazione con l’*idoneità decettiva* della comunicazione¹⁹.

¹⁸ Le due sentenze citate, che asserivano l’abrogazione del falso valutativo, muovevano certamente da un giusto presupposto: la “materialità” e la “rilevanza” dei fatti, a meno di non voler ritenere la precisazione normativa del tutto superflua, devono necessariamente stare a significare concetti distinti e non impropri sinonimi. Pertanto l’aggiunta dell’aggettivazione “rilevanti” vincola l’interprete ad una lettura più restrittiva della portata della norma incriminatrice.

¹⁹ Solo la connessione con la concreta idoneità offensiva può dare un senso alla qualifica di rilevanza; in questo senso PIVA, *Le sezioni unite*, cit., 10. Ma non si deve commettere l’errore di risolvere e dissolvere la rilevanza nell’idoneità; i due requisiti devono rimanere distinti. Per Es., una macroscopica alterazione di una posta di bilancio è dimensionalmente significativa, ma potrebbe avere una valenza ingannatoria nulla, cfr. MUCCIARELLI, *Le sezioni unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e ars interpretandi*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 14. Cogliere dunque la connessione rilevanza/idoneità non risolve il problema, giacché resta ancora da discernere quale sia il bene giuridico tutelato.

A nostro avviso, la scelta del legislatore di restringere l'incriminazione alle comunicazioni di "fatti materiali rilevanti" si deve alla posizione differenziata dei destinatari della comunicazione rispetto al *quisque de populo*. Ingannare questi soggetti (soci e creditori)²⁰ significa orientare le loro scelte negoziali nella direzione voluta dal "comunicante", diversa da quella che essi seguirebbero in mancanza dell'inganno.

I destinatari della comunicazione sociale sono portatori di un interesse specifico e differenziato rispetto all'universo impersonale di tutti gli altri *cives*; tale interesse è legato inevitabilmente all'attività negoziale; non è un interesse estetico o contemplativo, ma si inverte nella dinamica dei rapporti economici. Ciò significa che sempre e comunque il soggetto interessato, compiendo una determinata valutazione del proprio interesse, pone in essere determinati atti negoziali (ovvero li omette). Per esempio, la banca creditrice, rassicurata sulla solvibilità della società debitrice, ometterà di avviare le procedure di rientro; al contrario, convinta dello *status* di insolvenza, deciderà di non prorogare le linee di credito e magari avvierà le procedure legali; il socio, convinto della veridicità del bilancio, approverà la ripartizione degli utili; al contrario, dubbioso sulla veridicità di alcune voci del bilancio, chiederà di poter consultare i documenti giustificativi e magari, in mancanza, promuoverà l'azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo.

Sicché, in conclusione, ingannare i destinatari della comunicazione sociale di cui all'art. 2621 c.c. significa distorcere, o comunque condizionare ed orientare subdolamente le scelte negoziali di costoro; e ovviamente l'idoneità ad ingannare significa, correlativamente, idoneità a distorcere, condizionare ed orientare. In questa logica, può acquistare senso compiuto la dizione legislativa ritenuta ultronea. Pensiamo che i fatti materiali, il cui travisamento si comunica, debbano essere "rilevanti", in quanto idonei a indurre in errore "rilevante" i destinatari²¹.

5. La tutela del libero mercato

Il dato non veridico è atto ad ingannare *in re ipsa*, giacché è la rappresentazione di un fatto non vero e dunque trasmette la cognizione di X (non vero)

²⁰ Nelle nuove disposizioni compare l'espressione generica "altri", anziché la previgente "destinatari". Tuttavia la dottrina è incline a ritenere che comunque i destinatari delle false comunicazioni ex art. 2621 c.c. siano i soci, i creditori sociali, i soggetti legati alla società da rapporti contrattuali; cfr. per tutti BENUSSI, *I nuovi delitti cit.*, 9.

²¹ Dello stesso avviso MUCCIARELLI, *Le sezioni unite cit.*, 35, secondo cui il mendacio deve essere tale "da comportare la probabilità di una diversa determinazione operativa da parte del destinatario".

al posto di Y (vero). Solo l'errore "rilevante" può restringere nei confini accettabili della tipicità/offensività il fatto descritto dall'art. 2621 c.c. Se l'errore non fosse "rilevante", qualunque comunicazione errata comporterebbe una cognizione errata del destinatario e per ciò stesso sarebbe ingannatrice o comunque idonea all'inganno; sarebbero escluse dal novero delle condotte tipiche solo i "falsi" grossolani. Ne deriva che perfino la comunicazione di fatti materiali irrilevanti integrerebbe gli estremi di siffatta tipicità eccessivamente dilatata²².

Da qui la necessità di conferire determinatezza alla fattispecie, restringendo gli estremi dell'incriminazione alla comunicazione di fatti "rilevanti", leggibile - a nostro avviso - in riferimento all'entità "rilevante" dell'errore del destinatario. Non avrebbe alcun senso infatti l'idoneità decettiva (della condotta di comunicazione) se non fosse letta come idoneità ad indurre in errore il destinatario, sicché la "menzogna" rilevante non può che tradursi in idoneità a determinare un errore "rilevante"²³. E poiché l'errore in cui è indotto il destinatario della comunicazione è destinato a orientare le sue scelte negoziali²⁴, la rilevanza di cui trattasi deve leggersi alla stregua dei criteri privatistici relativi al vizio del consenso negoziale.

La dichiarazione di volontà negoziale è viziata - secondo i canoni dottrinali e giurisprudenziali elaborati nel corso dei secoli, recepiti nella vigente codificazione - quando l'errore presenta i caratteri della *riconoscibilità* e dell'*essenzialità*²⁵. Orbene, riteniamo che l'errore *de quo*, indotto dalle false

²² Un ampio margine di dubbio sul reale contenuto dell'illecito penale rappresenta non solo un costo, ma anche un freno per le imprese italiane; cfr. GAMBARDELLA, *Il "ritorno" del delitto*, cit., 1724; l'Autore cita in proposito il parere di noti opinionisti, riportato nella stampa italiana più autorevole.

²³ Rilevanza (dei fatti comunicati) e idoneità decettiva (della comunicazione) devono essere messe in correlazione, altrimenti il primo concetto diventa l'inutile doppione del secondo; in questo senso GAMBARDELLA, *Ibidem*, 1732. Ma ciò significa che l'errore indotto dalle false comunicazioni deve essere "rilevante".

²⁴ Questo è anche l'avviso, almeno implicito, della prevalente dottrina, secondo la quale il reato è integrato da una condotta in grado di sviare le determinazioni (e s'intende "negoziali") dei soci, dei creditori, del pubblico; cfr. GAMBARDELLA, *Il "ritorno"*, cit., 1732. Del resto, l'idoneità a indurre in errore il destinatario (della comunicazione) costituisce un requisito generale di tutti i reati di falso; cfr. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. d. pen.*, XIII, Utet, 1997, 355 ss.. Ma ciò significa anche - a nostro avviso - che la "rilevanza" dei fatti comunicati si traduce inevitabilmente in "rilevanza" dell'errore indotto.

²⁵ Sui caratteri dell'errore negoziale, cfr. per tutti GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., 2015, Edizioni scientifiche e italiane, 899 ss. L'essenzialità dell'errore è un requisito che si può dedurre anche, per via implicita, dalla sentenza in commento, secondo cui le false comunicazioni sociali devono

comunicazioni di cui all'art. 2621 c.c. debba avere tali caratteristiche, ma non debba necessariamente configurarsi come causa di annullamento, ai sensi degli artt. 1427 c.c. e ss. Non è detto, infatti, che i destinatari delle false comunicazioni sociali, indotti in errore, stipulino un contratto; più semplicemente potrebbero astenersi dal fare alcunché; per ciò stesso non ha senso connettere la rilevanza dell'errore con il possibile annullamento del contratto. Non dimeno, a nostro avviso, il legame inscindibile tra la rilevanza della comunicazione e la rilevanza dell'errore del destinatario fa sì che i criteri ermeneutici da utilizzare per l'una e per l'altra siano simili e siano accolte, in campo penalistico, le acquisizioni del sapere giuridico privatistico. L'unità dell'ordinamento giuridico esige che la tutela dell'interesse pubblico alla corretta comunicazione sociale non obbedisca a criteri molto diversi dalla tutela della *bona fides* contrattuale, giacché proprio il nocimento apportato all'interesse del privato costituisce la base giustificativa dell'offesa all'interesse pubblico²⁶.

Su questi temi si è sviluppato nel tempo un copioso complesso di massime interpretative, che certamente conferisce sufficiente determinatezza alla categoria sistematica dell'errore negoziale rilevante, connesso al dolo di uno dei contraenti. Sicché pare verosimile che fondare l'incidenza offensiva della condotta di cui all'art. 2621 c.c. sulla rilevanza dell'errore negoziale (dei destinatari delle false comunicazioni) determinato dal dolo possa costituire la via maestra per ridurre il *deficit* di tipicità della fattispecie incriminatrice.

S'intende che l'errore di cui trattasi è solo potenziale, connesso com'è ad una condotta diretta ad ingannare, ma non necessariamente foriera del risultato ingannatore; tuttavia, per quanto potenziale e non sottoposto a verifica *ex post*, è comunque un elemento che non sfugge all'indagine critica dell'interprete, essendo dotato di intrinseca consistenza e "concreto" spesso. È evidente, infatti, che l'atto idoneo risulta tanto più visibile e concreto,

"riguardare dati informativi essenziali, idonei a determinare scelte potenzialmente pregiudizievoli per i destinatari".

²⁶ Non ci pare condivisibile l'orientamento che separa l'interesse privato (del destinatario della comunicazione) dall'interesse pubblico alla regolarità dell'attività sociale; siamo convinti che non si può offendere quest'ultimo, se non si offende anche il primo. Cosicché ipotizzare che sia commesso il reato di "falso in bilancio" e che l'errore nel quale è indotto il destinatario della comunicazione sia irrilevante non ci pare plausibile. Per questa ragione, ci pare discutibile l'avviso espresso nella sentenza Cass. n. 16031/2007 (pubblicata in *commento all'art.1429 cc., www.brocardi.it*), secondo cui l'errore sul valore delle azioni acquistate non comporta l'annullamento della compravendita, quand'anche il bilancio della società pubblicato prima della vendita sia falso. Delle due l'una: o la falsità del bilancio è irrilevante e non sussiste il reato; o, se sussiste il reato, sussiste necessariamente il dolo del comunicante e il destinatario (della comunicazione) ha tutto il diritto di chiedere l'annullamento del contratto.

quanto più certo e definito è il risultato finale (errore negoziale essenziale). Se così è, l'idoneità decettiva, unanimemente riconosciuta come requisito essenziale di fattispecie, può trovare la sua plausibile ragion d'essere, essendo intesa come attitudine a determinare un errore negoziale dei destinatari della comunicazione, rilevante in quanto *riconoscibile ed essenziale*.

Un argomento a favore dell'opzione interpretativa proposta può trarsi dalla lettura dell'art. 2622 c.c. Qui la menzione di rilevanza dei "fatti materiali" comunicati compare nella fattispecie omissiva, ma non compare nella fattispecie commissiva. Il punto di discriminare, rispetto alla fattispecie di cui all'art. 2621 c.c., si può ravvisare nella condizione indifferenziata e aspecifica dei destinatari della comunicazione. I bilanci, i conti economici, le condizioni finanziarie e patrimoniali delle società quotate in borsa costituiscono "fatti" di interesse generale, in quanto destinati a motivare/demotivare un'amplissima ed indeterminata platea di investitori, risparmiatori, azionisti. Rispetto al *quisque de populo* risulterebbe arduo valutare l'idoneità decettiva della comunicazione, intesa come attitudine a cagionare direttamente un errore negoziale, posto che il *quisque de populo* potrebbe essere del tutto disinteressato a qualsivoglia negozio riguardante la società in questione. Si spiega così perché si faccia menzione dei soli "fatti materiali", non già dei "fatti materiali rilevanti"²⁷.

Al contrario, nel caso in cui si ometta una comunicazione necessaria, la riproposizione del requisito della "rilevanza" appare giustificata dalla minore attitudine decettiva della dissimulazione, rispetto alla simulazione. Un dato non comunicato solitamente sfugge alla conoscenza del destinatario; se questo dato è trascurabile, la sua conoscenza è irrilevante, sicché la sua dissimulazione non ha alcuna attitudine decettiva. Si può ritenere che solo l'omessa comunicazione di dati importanti e macroscopici possa ingannare i destinatari. In altri termini, i dati visibili sono più immediatamente e direttamente influenti sul processo motivazionale dei destinatari, rispetto ai dati invisibili. È giusto dunque che l'omessa comunicazione costituisca reato solo nei casi in cui abbia per oggetto "fatti materiali" qualificati dall'essere "rilevanti". Qui la

²⁷ PIVA, *Le sezioni unite*, cit., 10 ss., si chiede se la mancanza dell'aggettivo *rilevanti* nelle ipotesi commissive di cui all'art. 2622 c.c. apra un nuovo problema interpretativo. A suo avviso, il requisito di rilevanza, ancorché inespresso come nelle altre ipotesi, costituisce un "ineludibile componente del giudizio di concreta idoneità a indurre in errore". Siamo dello stesso avviso; ma crediamo che la presenza/assenza dell'aggettivo possa avere spiegazione nella diversa condizione delle persone indotte in errore. Nell'un caso (art. 2621 c.c.) si tratta di soggetti in qualche modo "intransei" alla società, ossia necessariamente interessati alle sorti di essa; nel secondo caso (2622) del grande pubblico dei terzi. Orbene, le comunicazioni pubbliche hanno un'attitudine decettiva maggiore e "amplificata" per il fatto stesso della loro maggiore diffusività; il legislatore ha preferito dunque non "restringere" con requisiti ulteriori l'ambito dell'incriminazione.

“rilevanza” non ha riguardo, a parer nostro, all’essenzialità dell’errore negoziale potenziale dei soggetti “intraneei”, ossia direttamente interessati alle vicende della società, bensì alla deviazione del processo motivazionale del potenziale investitore, terzo “estraneo” alle vicende societarie.

Nell’un caso e nell’altro, ci pare di poter dire che la trasparenza della comunicazione costituisca certamente un bene giuridicamente protetto dalle fattispecie normative, ma non il solo. A nostro avviso, si tratta di un bene strumentale e intermedio, mentre il bene finale può individuarsi in senso lato nel “libero mercato”. Questa dizione, invero un po’ generica, identifica sia l’attività negoziale degli operatori economici, sia le istituzioni ed il quadro normativo a tutela dell’attività. Inteso nella prima accezione, il libero mercato si alimenta della correttezza dei rapporti giuridico-economici e della certezza del diritto, giacché può dirsi veramente libera solo la decisione negoziale non condizionata o distorta da subdole trame altrui e basata su dati veridici. Sicché la correttezza e la trasparenza delle comunicazioni intercorrenti tra gli operatori costituiscono il presupposto indefettibile della libera ed autonoma attività negoziale, chiamata “mercato”.

A nostro avviso solo cogliendo il valore strumentale del bene della “trasparenza”, si può conferire tipicità/offensività alle false comunicazioni sociali. Intendere il bene giuridico protetto come attività negoziale ha il pregio di rendere palese che la comunicazione di dati irrilevanti, ancorché non veridica, non è atta a turbare le decisioni degli operatori economici. La “rilevanza” dei fatti comunicati è dunque decisiva ai fini del concretizzarsi dell’offesa giuridica; nel caso di comunicazioni dirette ad un pubblico indeterminato (è il caso delle società quotate e assimilate), la falsità del dato espressamente menzionato (fattispecie commissiva) turba le future negoziazioni in modo più diretto e “visibile”, rispetto alla corrispondente falsità omissiva, pertanto si giustifica, in qualche modo, il diverso linguaggio legislativo. Ma sempre e comunque, tutte le false comunicazioni inerenti a società commerciali, sia quotate sia non quotate in borsa, offendono il libero mercato; quelle contemplate dall’art. 2621 c.c. offendono direttamente l’attività negoziale dei soggetti legati alla società da vincoli giuridici (soci e creditori); quelle contemplate dall’art. 2622 c.c. offendono la libera autodeterminazione negoziale di un vasto pubblico indefinito e turbano il regolare andamento del mercato.

ALÌ ABUKAR HAYO