

LA “TORRE DI BABELE” DELLA PUNIBILITÀ NEL NUOVO FALSO IN BILANCIO^(*)

di Enrico Mezzetti

Il tema oggetto delle presenti note consente, probabilmente, di parametrare il trend intrapreso dal legislatore nella risoluzione delle questioni cardinali del sistema del diritto penale dell'economia, in quanto è evidente che il falso in bilancio (per utilizzare l'espressione giornalistica ma ormai ampiamente diffusa) – dal punto di vista, tanto della politica istituzionale, quanto degli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza sia inquirente che giudicante – sia diventato il banco di prova del grado di efficienza che il legislatore stesso riesce ad avere nella risoluzione di problemi tecnici che hanno delle ricadute notevoli sul governo dell'economia. Con tutto ciò che ne consegue per quella che sembra essere la 'nuova stagione' del diritto penale: la sua 'creazione' per il tramite di un robusto sistema normativo di matrice pretoria che si forma per germinazione ermeneutica. D'altra parte, la “stagione rigogliosa” del judge-made-law sembra sia stata implementata in modo piuttosto consistente dal legislatore attraverso una (nemmeno tanto) latente indeterminatezza “voluta” delle fattispecie incriminatrici che possa lasciare al giudice un margine discrezionale e creativo, di fatto ‘scaricando’ sul suo potere di ‘facitore parzialmente sostitutivo’ di disposizioni scelte che andrebbero evidentemente esercitate dal legislatore: emblematica, al riguardo, la vicenda della punibilità delle false comunicazioni nelle valutazioni che la Cassazione a Sezioni Unite si è trovata a dover risolvere con una sentenza, le cui motivazioni risultano singolarmente depositate a distanza di un anno preciso dalla promulgazione della legge di riforma, peraltro davvero meritevole di considerazione quanto all'approccio sul rapporto tra i diversi criteri ermeneutici a disposizione. Ma lo stesso vale anche, in modo immanente a tutto il settore delle falsità nei reati societari, in genere per il falso c.d. qualitativo. Prova ne è l'esplicito riferimento contenuto nel nuovo art. 2621 ter c.c. nel quale in modo ‘conclamato’ si stabilisce che «il giudice valuta, in modo prevalente, l'eventuale danno cagionato alla società»: come dire che la formula determinante della «particolare tenuità del fatto» rischia di rimanere una “scatola vuota” ove non riempita di contenuti secondo il libero apprezzamento che il giudice, in modo comparativo, effettui sulla valutazione del danno eventualmente causato alla società.

* Si tratta dell'intervento, riveduto e corretto, svolto a Roma il 27.5.2016 presso il Teatro di Villa Torlonia nell'ambito dell'incontro «Le false comunicazioni sociali ad un anno dalla riforma: applicazioni e interpretazioni nell'era della judge-made law» organizzato dallo studio legale Vassalli, Olivo e Associati. Si ringraziano gli organizzatori del convegno per avere consentito ad anticiparne la pubblicazione su *questa Rivista*.

All'indomani, peraltro, dell'ennesimo intervento normativo in materia di false comunicazioni sociali si era parlato in dottrina, riguardo al climax della punibilità (e non) che il legislatore aveva deciso di intraprendere, di «piramide punitiva» riguardo all'introduzione, a margine dell'incriminazione "principale" contenuta nel nuovo art. 2621 c.c., delle disposizioni seguenti degli artt. 2621 bis e ter c.c. che andavano a completare un complesso di disposizioni "chiuso" dall'ipotesi, sulla carta, più grave dell'art. 2622.

Ora, la sensazione che si ricava dall'intervento operato con la l. n. 69 del 2015 è forse quella, in parte, di una "promessa non mantenuta". Si trattava, per la verità, di una riforma molto attesa: la questione relativa alla rivalutazione (si potrebbe dire al 'ripotenzamento') del falso in bilancio era, da quasi 15 anni – cioè dallo stesso momento in cui il legislatore era intervenuto con il d.lgs. n. 61 del 2002 – una questione enormemente dibattuta. Peraltro, l'intervento – definito di 'cosmesi' – a tutela dei risparmiatori condotto con la l. n. 262 del 2005 fu assai condizionato dal momento storico – quello della fase in cui occorreva reagire, anche sul piano emotivo, ad una serie di scandali che avevano minato la credibilità del mercato stesso – e, pertanto, non riuscì a proporre una riforma di ampio respiro, lasciando poche tracce e qualche ombra (al contrario di quanto fatto col Sarbanes-Oxley Act statunitense): l'introduzione nella disciplina del falso in bilancio, per le cosiddette ipotesi sottosoglia, di un illecito amministrativo, leggeri ritocchi alla cornice edittale di pena e la disposizione di cui all'art. 2622, co. 4 e 5, c.c. – che non ha trovato alcun tipo di applicazione – all'interno della quale il legislatore aveva introdotto un'ipotesi di documento ai risparmiatori con connotazioni di gravità tali che, di fatto, la si sarebbe potuta applicare solamente al caso Parmalat.

Rispetto a tale intervento, il contributo del legislatore del 2015 è stato certamente più significativo, avendo comunque tentato di restituire la debita deterrenza penale all'incriminazione di false comunicazioni sociali.

In particolare, la l. n. 69 del 2015 ha abrogato buona parte dei requisiti che rendevano la previgente fattispecie sostanzialmente inapplicabile. Si fa riferimento alle 'famigerate' soglie di non punibilità che erano sia di tipo quantitativo che qualitativo, perché riguardavano anche la cosiddetta alterazione sensibile derivante dal falso in bilancio; alla questione della perseguibilità a querela nell'ipotesi delittuosa, quale logica conseguenza della patrimonializzazione della tutela su cui il legislatore aveva inteso strutturare l'intera riforma. Inoltre, erano stati introdotti, in riferimento alla connotazione dell'elemento psicologico del reato, tutta una serie di 'orpelli' che si sostanziano nella necessaria compresenza, al momento della commissione del delitto, dell'intenzione di ingannare i soci e il pubblico al fine di trarne profitto. Insomma, all'interno di un'unica fattispecie, vi era la sovrapposizione di più figure di dolo: intenzionale, generico e specifico.

Riguardo a quella che si potrebbe definire la pars destruens della riforma, il legislatore, in realtà, sembra aver risposto alle aspettative di chi chiedeva un'inversione netta di tendenza rispetto al passato. Peraltro, – e forse questo è stato l'obiettivo più importante raggiunto dalla l. n. 69 del 2015 – le due ipotesi previgenti si basavano su una distinzione che si fondava sul concetto di patrimonializzazione della tutela e, cioè, che

la contravvenzione dovesse riguardare i fatti meno gravi che non avessero prodotto un danno patrimoniale mentre il delitto un'ipotesi che avesse prodotto il danno patrimoniale. Con tutto ciò che ne conseguiva anche in termini di regime prescrizione. Di qui, sostanzialmente, una sorta di inapplicabilità della figura in questione tanto che, a seguito di una ricerca fra le decisioni della giurisprudenza, le uniche pronunce intervenute negli ultimi anni riguardanti il falso in bilancio sono state quelle che hanno, prima, risolto il problema della successione di leggi penali nel tempo e poi quelle con cui si è sollevata la questione di legittimità di fronte alla Corte di Giustizia e alla Corte Costituzionale per inadeguatezza di tutela in contrasto con le direttive comunitarie in materia societaria. Tanto che si può segnalare, realisticamente, la vis attrattiva che aveva assunto la bancarotta fraudolenta impropria in relazione ai reati societari: quelli che in qualche misura potevano essere ricondotti alle false comunicazioni sociali, così come agli illeciti posti a tutela del capitale sociale e delle riserve, rimanevano infatti trattati dal legislatore in modo bagatellare, finendo immancabilmente assorbiti nella più grave contestazione del reato fallimentare ove fosse intervenuta (o sollecitata) nel frattempo la sentenza dichiarativa di fallimento.

En passant, si rilevi che i reati appena citati (posti a tutela del capitale sociale) non sono stati attinti dall'intervento riformatore, così che si è venuta a creare una divaricazione netta all'interno del novero dei reati societari, visto che la parte numericamente più consistente degli stessi continua a porsi all'interno di un sistema penalistico tutto improntato sulla logica di privatizzazione e patrimonializzazione della tutela, attraverso l'inserimento di una serie di elementi (quali condizioni di procedibilità o cause di estinzione del reato, a seguito di riparazione e risarcimento del danno patrimoniale).

Da un certo punto di vista è comunque possibile affermare che il legislatore abbia dato un segnale forte di ripristino della forza di dissuasione da certi comportamenti di falsificazione dei conti dei profitti e delle perdite attraverso una rivalutazione complessiva di tutto il settore. Anche perché ormai il falso in bilancio è considerato un segmento fondamentale per il fronte di tutela che riguarda le misure di contrasto alla corruzione (anche a livello eurounitario). In altre parole viene considerato, a pieno titolo, una delle incriminazioni che va di pari passo con tutta la serie di misure di contrasto più direttamente finalizzate alla punizione della corruzione che sono state, non a caso, recentemente rimodellate dal legislatore.

La riforma, tuttavia, sembra essere maggiormente problematica nella sua pars construens, cioè sul contenuto innovativo delle norme che, per le ragioni appena esposte, il legislatore aveva giustamente sostituito. Più nello specifico, le disposizioni che presentano maggiori difficoltà applicative sono quelle disciplinate dagli artt. 2621bis e ter c.c., in quanto determinano una serie di possibili sovrapposizioni in termini applicativi, oltre che fra loro, anche rispetto all'ambito applicativo dell'art. 2621, nonché dell'art. 2640 c.c.

Come noto, uno degli obiettivi che si poneva la riforma era quello del superamento delle cosiddette soglie, specialmente quelle di tipo quantitativo. Ora, l'inserimento di soglie quantitative all'interno delle disposizioni incriminatrici non è nemmeno una novità assoluta: già il d.lgs. n. 74 del 2000, in tema di reati fiscali, contiene

chiaramente tutta una serie di soglie di tipo quantitativo al fine di stabilire una differenziazione tra fatti punibili e fatti invece sottoposti a sanzioni semmai di altro tipo; identico limite edittale alla punibilità riscontrabile nell'art. 316 ter c.p. che prevede un'ipotesi speciale di truffa esclusivamente nel caso in cui il danno che sia stato determinato raggiunga o superi una certa soglia.

Di fronte a tale scenario, il tentativo del legislatore di operare un concreto mutamento si è scontrato con il confezionamento tecnico della l. n. 69 del 2015 che ha dato adito a forti dubbi rispetto all'effettivo conseguimento del tanto 'sbandierato' risultato di rimuovere le soglie dal novero dei reati di false comunicazioni sociali. Al contrario, sembrerebbe piuttosto che il legislatore sia intervenuto a sostituire le soglie di tipo quantitativo con altre soglie, ma di tipo qualitativo, come tali molto più difficili (o più comode, a seconda dei punti di vista) da gestire da parte del giudice in sede applicativa. Alcune si situano all'interno delle stesse fattispecie incriminatrici, altre sono state inserite extraedittalmente nelle due ipotesi sottostanti degli artt. 2621bis e ter c.c.

Pare delinearci, così, l'architettura del falso in bilancio per come ideata dal legislatore del 2015: una silloge piramidale 'a scalare' di incriminazioni, scandita proprio dalla presenza delle appena menzionate soglie qualitative all'interno, però, di un sistema di reati, non più a prevalente difesa del patrimonio ma che, attraverso un'anticipazione della soglia di punibilità, si connota come di pericolo concreto, laddove – ed è questo l'essenziale – il pericolo non si riferisce alla verifica di un danno al patrimonio, quanto piuttosto alla concreta idoneità ad indurre in errore il destinatario della comunicazione.

Nondimeno, lo spostamento del bene giuridico tutelato dall'incriminazione del falso in bilancio verso l'informazione e la trasparenza societarie deve essere messo in correlazione al fatto che questi potrebbero essere considerati beni strumentali rispetto alla tutela del bene finale che, pur rimanendo sullo sfondo, resta comunque quello del patrimonio della società: ed è proprio sulla base di questa scansione che il legislatore sembrerebbe aver parametrato questa sorta di 'piramide punitiva'.

Così inquadrata la struttura generale dei reati in questione, si deve rilevare che, paradossalmente, le tanto vituperate soglie quantitative quantomeno avevano il pregio, attraverso le espressioni numeriche che le caratterizzavano, di poter rappresentare per il giudice una traccia, una cornice edittale, rispetto alla quale stabilire con un margine superiore di certezza le condotte che si collocavano sotto la soglia e quelle che, invece, potevano essere dichiarate penalmente rilevanti.

Al contrario, le soglie introdotte nel sistema attuale sembrano essere più che altro delle 'frontiere mobili' riferendosi ad una serie di termini, concetti o nozioni suscettibili delle più late interpretazioni possibili.

In particolare, si fa riferimento al fatto che in varie parti della disposizione di cui all'art. 2621 c.c. è previsto che si debbano punire i fatti materiali rilevanti: ed ecco una prima soglia di tipo qualitativo che, peraltro, in qualche misura, sembrerebbe sostituire l'alterazione sensibile contenuta nella norma previgente e che si sarebbe voluto superare proprio a causa dei problemi che creava dal punto di vista interpretativo. Si noti, poi, come la stessa soglia della «rilevanza» dei fatti materiali compaia o scompaia nell'art.

2622 c.c.: assente riguardo alla condotta attiva dell'esposizione, ricompare, invece, inopinatamente nel comportamento omissivo.

Simmetricamente, altra soglia qualitativa sul piano soggettivo: è necessario che le condotte siano state realizzate «consapevolmente» (sia nell'ipotesi attiva dell'art. 2621 c.c., che in quella, corrispondente, dell'art. 2622 c.c.) avendo il legislatore voluto con tale avverbio eliminare dalla punibilità tutte le ipotesi di falsità riconducibili al dolo eventuale.

Un'ulteriore soglia qualitativa introdotta nel nuovo art. 2621 c.c. riguarda la necessità che il fatto sia stato caratterizzato dall'aver agito in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore. Quest'ultima sembrerebbe essere un'ipotesi di anticipazione che, di nuovo, consegna al giudice la 'matassa' da dover sciogliere: stabilire quali siano i comportamenti concretamente idonei ad ingannare distinguendoli da quelli che viceversa non lo sono. Un parametro elastico che costituisce la soglia qualitativa basata sul grado di decettività della condotta.

In questo variegato quadro, assai complessa pare pure l'enucleazione di quelli che vengono definiti dalla legge come «fatti di lieve entità». In particolare, riguardo alla stessa natura giuridica della disposizione, di cui all'art. 2621 bis c.c., da una parte, si tende condivisibilmente a inquadrare questa ipotesi come circostanza attenuante rispetto alla figura dell'art. 2621 c.c., a fronte del chiaro rinvio per relationem a tale ultima fattispecie; dall'altra, con argomentazioni comunque non prive di fondatezza, è stato sostenuto che quella di cui all'art. 2621 bis c.c. rappresenti un'ipotesi autonoma di reato.

Ciò significa che, accanto alle difficoltà che le soglie qualitative in esame hanno creato in termini interpretativi, per via di indicazioni positive non univoche che emergono dal dettato normativo, si registra una notevole incertezza pure intorno alla natura giuridica della disposizione in questione. Di conseguenza, anche tale problematica potrebbe diventare oggetto di contrastanti orientamenti giurisprudenziali che potrebbe ragionevolmente suscitare un ulteriore intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della Cassazione (come è accaduto, per esempio, in riferimento alla nota questione se bisognasse considerare la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche un'ipotesi di circostanza aggravante o di reato autonomo).

Com'è ovvio, si tratta peraltro di questione non di poco conto, anzitutto in relazione al giudizio di bilanciamento tra circostanze.

Ancora. Al di là di tale ipotesi, se si analizza quella sottostante, cioè quella nella quale l'esiguità del danno provocato è ancora più labile, tanto da determinare addirittura la non punibilità del comportamento per particolare tenuità del fatto in applicazione del principio generale contenuto nell'art. 131 bis c.p., sorge un ulteriore problema: quand'è che si può parlare di lieve entità? Quando di particolare tenuità? Tali locuzioni paiono caratterizzarsi per un vago 'sapore' sociologico o aziendalistico rispetto alle quali difficilmente potrebbe esservi un'univoca interpretazione giudiziaria. In altre parole, a seconda del tipo di sensibilità giuridica dell'interprete chiamato a valutare tali elementi si potrebbe giungere a conseguenze differenziate, tanto sulla mera dosimetria della pena, quanto sull'an dell'incriminazione.

Per di più, le due ipotesi appena menzionate andrebbero poste in relazione anche con l'art. 2640 c.c.: il che dovrebbe condurre ad una sorta di "triangolazione" interpretativa che potrebbe creare una notevole confusione applicativa. La disposizione dell'art. 2640 c.c., infatti, riferendosi a tutti i reati societari (quindi anche rispetto allo stesso 'nuovo' art. 2622 c.c.), stabilisce che per la particolare tenuità dell'offesa, la pena è semplicemente diminuita. Ora, sostanzialmente con termini identici, il legislatore del 2015 ha previsto la non punibilità totale per fatti di particolare tenuità (ai sensi, questa volta, dell'art. 2621 c.c.), peraltro, non dell'offesa ma addirittura del danno, il cui calcolo potrebbe, poi, creare altre significative complicazioni. Inoltre, l'art. 2621 ter c.c. sembrerebbe fare riferimento ad una sorta di vincolo di prevalenza (la cui violazione da parte del giudice a quo è eventualmente censurabile in Cassazione) secondo cui il giudice, fra tutti i parametri già indicati nell'art. 131 bis c.p. dovrebbe tenere in massimo conto proprio la tenuità del nocumento patrimoniale cagionato alla società piuttosto che l'esiguità del danno o del pericolo tout court.

Peraltro, ulteriori sperequazioni potrebbero generarsi dalla circostanza che l'art. 2621 bis c.c. stabilisce che la pena può comunque essere diminuita tenendo conto dei parametri individuati come la «natura e le dimensioni della società, e le modalità e gli effetti della condotta». Tali canoni di riferimento sembrano introdurre nuovi elementi suscettibili di valutazione assai discrezionale e comunque difficile da inquadrare in termini puntuali. Per inciso, si ricordi che la cosiddetta dimensione dell'azienda era stato un parametro utilizzato dalla giurisprudenza in tema di delega di funzioni che, però, il legislatore del d.lgs. n. 81 del 2008 disattese del tutto, proprio anche a causa della sua natura intrinsecamente suscettibile di interpretazioni non univoche; così come oggi non vi è un criterio univoco per individuare gli enti di piccole dimensioni di cui all'art. 6, co. 4, d.lgs. 231/2001 nell'ambito dei quali l'organismo di vigilanza può coincidere persino con l'organo dirigente.

A ciò va aggiunto che, in riferimento a tali 'ipotesi minori', il fatto che il giudice è chiamato dalla legge a valutare in modo prevalente l'eventuale danno cagionato alla società determina acute difficoltà applicative rispetto anche all'art. 2621 c.c., in quanto quest'ultima è un'ipotesi di reato di pericolo rispetto alla quale l'eventuale verificarsi del danno non è nemmeno menzionato, facendosi riferimento al fatto che la condotta debba essere concretamente idonea a determinare un inganno in capo ai destinatari. Sicché, emergono con evidenza le criticità delle norme in questione: i canoni di riferimento, infatti, rispetto ai quali si deve calcolare l'ipotesi per ricondurla verso le fattispecie meno gravi sono scanditi da parametri riferiti ad una incriminazione che, invece, in termini generali, è delineata come di pericolo. Di pericolo, poi, – come si è detto – rispetto non all'evento ma alla decettività della condotta.

Altro capitolo si apre a proposito dell'incriminazione di cui all'art. 2622 c.c., che pare delinearsi come figura a sé stante rispetto al resto delle disposizioni introdotte, ove solo si rilevi come tale norma sembrerebbe fare riferimento più che altro alla tutela diretta dei risparmiatori sul mercato. Il legislatore, infatti, appena dopo aver menzionato nella rubrica della norma le «società quotate» si preoccupa immediatamente di darne una puntuale definizione. In particolare, si stabilisce, in primo luogo, che si tratta di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione; in secondo luogo si fa

riferimento a tutta una serie di categorie, scandite per quattro numeri nel secondo comma dell'art. 2622 c.c. che riguardano quelle società che, pur non quotate, gestiscono comunque strumenti finanziari o che si rivolgono, in ogni caso, attraverso diverse forme di sollecitazione, al pubblico risparmio determinandosi così un ampliamento notevole della fattispecie incriminatrice: in particolare, procedendo 'per spot', un'ipotesi limite è quella ove si richiama il cosiddetto grey market, cioè il preciso momento in cui le società ancora non sono state quotate ma hanno presentato la domanda di ammissione alle negoziazioni. Appare, allora, lecito chiedersi: ma se, come nel caso, di recente avvenuto, della Banca Popolare di Vicenza, a posteriori la quotazione in Borsa venga negata, che ne è di tutti quei fatti che sono stati compiuti in una fase nella quale era stata già presentata la domanda di ammissione alle negoziazioni e rispetto alla quale invece poi successivamente la domanda non sia stata più accettata?

Un ulteriore aspetto problematico riguarda il complesso fenomeno della gestione dei gruppi societari. Al proposito vi è una disposizione, tra quelle contenute nel cpv. dell'art. 2622 c.c., la quale prevede che, nel caso in cui la controllante sia una società non quotata ma che abbia al proprio interno, nel proprio gruppo, una società quotata controllata, si applicherà anche in riferimento alla prima la disposizione più grave di cui all'art. 2622 c.c.; ciò, a prescindere dal fatto che le comunicazioni emesse dalla capogruppo abbiano effettivamente attinenza con l'attività della società controllata, che invece emette strumenti finanziari. Di conseguenza, le capogruppo che esercitano un controllo su società emittenti, pur non essendo emittenti a loro volta, dovranno necessariamente comportarsi, di fatto, come se lo fossero.

Conclusivamente, due sembrano le maggiori criticità, tra le altre più sopra menzionate, che si mostrano come le più rilevanti: a) la surrettizia introduzione, al posto delle previgenti soglie di tipo quantitativo, nell'architettura a scalare della punibilità delineata dagli artt. 2621, 2621 bis, ter e 2622 c.c., di molto più malleabili soglie di tipo qualitativo che, consegnando al giudice margini di discrezionalità molto ampi, potrebbero introdurre un pericoloso esempio di puro case law in materia, come la vicenda della punibilità delle valutazioni ha già ampiamente dimostrato; b) la disposizione di cui al capoverso dell'art. 2622 c.c. consente un'estensione ad libitum dell'incriminazione verso terreni in cui a dominare è la tutela "rafforzata" dei risparmiatori sul mercato regolamentato dei titoli, come misura di contrasto all'opacità degli strumenti finanziari di sollecitazione all'investimento del pubblico dei risparmiatori.

Giusta o sbagliata che possa essere considerata tale scelta, a lasciare perplessi è il meccanismo tecnico attraverso il quale tale tipo di protezione "rafforzata" è stata predisposta: dalla piramide punitiva ad un'autentica "torre di Babele" della punibilità.