

Anche nel diritto penale dell'economia "su ciò di cui non si può parlare, si deve tacere".

di **Ciro Santoriello**

CASSAZIONE PENALE, SEZ. V, 4 FEBBRAIO 2024 (UD. 11 OTTOBRE 2023), N. 4813
PRESIDENTE VESSICHELLI, ESTENSORI GUARDIANO - ROMANO

Sommario. **1.** Quanto e quale diritto penale per governare l'economia? - **2.** Il processo MPS. Premessa. - **3.** segue: I fatti contestati e le diverse decisioni di primo e secondo grado. - **4.** La sentenza della Cassazione: poche parole per affermare l'insostenibilità dell'accusa. - **5.** Quale insegnamento trarre dalla decisione della Cassazione. - **6.** Quando il diritto penale può parlare in materia societaria ovvero della ricerca degli elementi caratterizzanti l'illecito penale societario. - **7.** La rilevanza dell'elemento soggettivo nei reati del diritto penale commerciale. - **8.** segue: La prova del dolo nel diritto penale commerciale. In particolare, la presenza di profili di frodolenza nella condotta. - **9.** Un esempio: frodolenza e portata ingannatoria del bilancio. - **9.1.** segue: Le spiegazioni rese in nota integrativa. - **9.2.** segue: Le sempre opinabili iscrizioni di crediti. - **9.3.** segue: Le valutazioni penalmente rilevanti. - **10.** Un'ultima riflessione: la frodolenza nella gestione dell'impresa quale condizioni perché "il diritto penale possa parlare".

1. Quanto e quale diritto penale per governare l'economia?

Con frequenza, quando si parla di processi per scandali finanziari viene richiamata una frase del ministro Giovanni Maria Flick ovvero "un buon diritto penale dell'economia deve fare economia di diritto penale". Oggi, dopo la pubblicazione delle motivazioni della decisione n. 4813 della V^a sezione della Cassazione, con cui la Suprema Corte ha confermato l'assoluzione dei *manager* del Monte dei Paschi di Siena per i reati di agiotaggio e falso in bilancio¹, chi propugna una prudenza nell'agitare le sanzioni penali nei confronti dell'attività imprenditoriale può forse far ricorso ad un altro famoso aforisma: parafrasando la posizione di Wittgenstein con riferimento alla metafisica, anche del diritto penale dell'economia si potrebbe dire che "su ciò di cui non si può parlare (perché troppo complicato), si deve tacere (cioè non si devono fare i processi)".

¹ Cass. pen., sez. V, dep. 4 febbraio 2024, n. 4813.

Di un tale atteggiamento di *self restraint* fornisce plastica dimostrazione proprio la citata pronuncia della Corte di legittimità, che – dopo le 400 pagine di cui si componeva la sentenza di primo grado del Tribunale di Milano che aveva condannato gli imputati e le oltre 1.400 con cui la Corte di Appello lombarda aveva ribaltato il primo verdetto concludendo per l'assoluzione -, ha pronunciato la parola fine alla vicenda con una decisione che nella parte motiva è di appena 30 pagine, molte della quali peraltro dedicate a profili processuali. Ma come mai i giudici di legittimità hanno potuto limitare il proprio intervento a poche considerazioni? Domanda questa che può essere formulata in termini più generali chiedendosi quando sull'agire economico gli operatori del diritto penale devono spendere poche e calibrate parole se non astenersi completamente dall'intervenire?

Dalla lettura della sentenza n. 4138 della Corte di Cassazione possono per l'appunto trarsi alcune indicazioni in proposito; tuttavia, prima di riflettere su questo tema è il caso di ricostruire brevemente le vicende di fatto e le contestazioni mosse agli imputati e sottostanti alla pronuncia di legittimità e quali sono state le conclusioni assunte sul punto dai giudici di merito di primo e secondo grado.

2. Il processo MPS. Premessa.

Riassumere i contenuti del processo condotto nei confronti dei vertici dell'istituto di credito Monte dei Paschi di Siena può essere agevole ma al contempo può richiedere uno sforzo ricostruttivo particolarmente complesso². Se, infatti, si intendono esporre solo i fatti sottostanti le accuse di false comunicazioni sociali ed aggio formulato nei confronti degli imputati, allora il compito non si presenta particolarmente gravoso: basta dire che la discussione circa la fondatezza delle accuse ruotava intorno (alle modalità con cui pervenire) alla corretta qualificazione della natura giuridica di alcuni accordi di natura finanziaria conclusi, per conto della banca, dai relativi vertici e le relative conseguenze economiche, finanziarie e patrimoniali da esporre in bilancio e comunicare al pubblico. Laddove, invece,

² Occorre precisare che nei confronti della Banca senese e dei suoi vertici presso gli uffici giudiziari di Milano sono stati condotti due diversi processi, di natura e svolgimento assolutamente analogo e che si differenziavano, ovviamente, solo per l'identità degli imputati.

In particolare, il contenuto delle imputazioni era pressoché il medesimo, essendo contestati in entrambi i delitti di false comunicazioni sociali ed aggio informativo in relazione alle modalità di contabilizzazione ed esposizione in bilancio delle conseguenze di determinati (ed assolutamente analoghi in entrambi i giudizi) negozi contrattuali, mentre identico è stato lo svolgimento dei procedimenti, poiché gli imputati, condannati in primo grado, sono stati poi assolti in appello.

La decisione della Cassazione cui facciamo riferimento in questo lavoro concerne il primo dei due procedimenti svoltisi davanti all'autorità giudiziaria lombarda.



si volessero riassumere le ragioni che hanno condotto i giudici di primo e secondo grado a conclusioni radicalmente diverse sarebbe decisamente arduo riassumere le motivazioni delle due pronunce giacché le conclusioni delle stesse si fondano – non tanto su una diversa ricostruzione dell'accaduto, su divergenti accertamenti in ordine ai comportamenti ed alle scelte degli imputati, o ai rapporti fra le diverse società protagoniste degli accordi presi in considerazione, o con riferimento alle modalità ed ai contenuti delle interlocuzioni fra il Monte dei Paschi e le autorità pubbliche di vigilanza come CONSOB o Banca d'Italia, ecc., quanto – su valutazioni che coinvolgono profili di ragioneria, di tecnica bilancistica e perciò su considerazioni e riflessioni che poco hanno a che fare con il diritto penale perché concernono materie assai lontane da questa branca del nostro ordinamento.

Nella nostra ricostruzione, ci limiteremo al primo dei due profili sopra indicati, ricapitolando quali erano i fatti che avevano dato origine al processo contro i vertici e in che termini gli stessi sono stati letti, in maniera radicalmente differente, dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Milano. Non analizzeremo, invece, le ragioni per cui gli stessi giudici hanno qualificato l'appostazione delle medesime operazioni negoziali come intenzionalmente scorretta prima e come conforme ai principi contabili dopo: tuttavia, come vedremo, proprio la significativa difficoltà di ricostruire il contenuto di questi profili delle due decisioni costituisce lo spunto di questo breve lavoro e – presumibilmente – la ragione per cui la Corte di cassazione ha potuto confermare con poche battute la decisione di assoluzione proprio perché, di nuovo parafrasando il filosofo austriaco, "se sono necessarie troppe parole, allora bisogna tacere"

3. segue: I fatti contestati e le diverse decisioni di primo e secondo grado.

Le contestazioni mosse ai vertici del Monte dei Paschi di Siena concernevano diverse operazioni negoziali o, meglio, la corretta appostazione contabile ed esposizione in pubblico dell'effettivo contenuto di accordi con terze parti diretti a fornire sostegno finanziario e patrimoniale all'istituto di credito senese.

Una prima operazione – cd. F.R.E.S.H. - concerneva un supposto aumento di capitale riservato alla banca americana JP Morgan. Secondo l'impostazione accusatoria, accolta dal Tribunale, non si sarebbe trattato di un vero aumento di capitale, in quanto, grazie ad un accordo con la stessa banca statunitense, le conseguenze dell'operazione in discorso sarebbero state formalmente iscritte in bilancio e computate nel patrimonio di vigilanza senza che ne sussistessero i presupposti, trattandosi di un'operazione a debito; in particolare, la banca americana – per effetto della conclusione di accordi separati e nascosti dall'autorità di vigilanza - non aveva assunto i rischi connessi all'investimento azionario, che erano rimasti in capo a MPS e poteva

quindi percepire somme di denaro in modo quasi del tutto autonomo rispetto ai risultati di esercizio.

Analoghe considerazioni erano formulate con riferimento alle cd. operazioni "Santorini" e "Alexandria", la prima posta in essere con lo scopo di coprire contabilmente le perdite maturate in seno ad una società veicolo partecipata interamente da MPS e la seconda finalizzata a non far emergere in bilancio il costo di sostituzione del portafoglio sottostante ad alcuni titoli obbligazionari a breve termine.

Infine, era presa in considerazione l'operazione cd. "Chianti classico", con cui la banca aveva dismesso alcuni beni immobili al fine di contabilizzarne le plusvalenze nel patrimonio di vigilanza e nel bilancio consolidato. Tuttavia, secondo l'accusa, l'operazione sarebbe stata strutturata in più contratti che comportavano a carico dell'istituto senese una serie di obblighi ed oneri, taciuti al mercato ed alle autorità di vigilanza, obblighi che comportavano che andasse esclusa l'effettiva dismissione dei beni dal patrimonio della banca, circostanza quest'ultima invece necessaria per la contabilizzazione delle pretese plusvalenze.

La Procura di Milano, oltre a contestare la correttezza dell'esposizione in bilancio delle suddette operazioni e delle relative conseguenze sulla solidità patrimoniale dell'azienda, ne reclamava la penale rilevanza in quanto si sarebbe riscontrata una violazione dei principi contabili internazionali e del d.lgs. n. 38 del 2005, il quale aveva "dato rango di legge ... al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, per il quale è previsto che 'le transazioni e gli altri eventi che il bilancio pretende di rappresentare siano contabilizzati e presentati sulla base della loro sostanza e realtà economica e non meramente sulla base della loro forma legale'". In spregio al suddetto principio, dunque, a dire della Procura gli indagati avrebbero mascherato, con qualificazioni intenzionalmente erronee, la reale natura delle operazioni poste in essere che in effetti davano luogo a derivati creditizi, ottenuti attraverso "la sommatoria di più transazioni contrattuali, all'apparenza autonome e separate, ma nella sostanza intrinsecamente e funzionalmente collegate nelle loro reale unica *ratio* economica, così da doversi necessariamente trattare [in omaggio al principio della prevalenza della sostanza sulla forma], da un punto di vista contabile, in modo unitario".

Queste accuse, accolte in primo grado, sono state giudicate infondate dai giudici di appello che hanno ritenuta corretta la qualificazione operata dai vertici dell'istituto di credito dei diversi strumenti finanziari cui si è fatto cenno in precedenza. In particolare, con riferimento alle operazioni 'Alexandria' e 'Santorini' la sentenza d'appello ha ritenuto che la contabilizzazione a saldi aperti "non [aveva] violato alcun criterio di valutazione normativamente fissato, ma, all'opposto, si [era] uniformata ai criteri tecnici generalmente accettati ed applicati dagli operatori del mercato dell'epoca nonché validati dalle autorità in materia", mentre, quanto alla

contabilizzazione al *fair value* delle operazioni negoziali sottostanti a tali fondi, l'impossibilità di fissare un prezzo di mercato imponeva di utilizzare il prezzo della transazione ovvero il corrispettivo scambiato dalle controparti al momento della conclusione del negozio. Alla luce di queste considerazioni, veniva ritenuto, in termini più generali ed in relazione a tutte le contestazioni mosse agli imputati, incongruo il riferimento alla violazione del principio della cd. prevalenza della sostanza sulla forma, essendo lo stesso destinato ad operare "in casi residuali, quando non vi siano principi contabili specificatamente applicabili ... [e quindi non potendo essere] incluso fra i criteri di valutazione normativamente fissati o criteri tecnici generalmente accettati", come dimostrato anche dalla sua ambiguità ed indeterminazione di contenuto, caratteristiche lo rendono inidoneo a fungere da elemento di discriminazione per la rilevanza penale di un'appostazione di bilancio.

4. La sentenza della Cassazione: poche parole per affermare l'insostenibilità dell'accusa.

Come accennato, a fronte delle articolate motivazioni presenti nelle decisioni di primo e secondo grado, che hanno richiesto la redazione di circa 2000 pagine, la sentenza della Cassazione si compone di sole 70 pagine, di cui di fatto solo 20 sono dedicate ad un esame del merito della decisione.

Di quali insegnamenti e di quali indicazioni per il futuro si possono trarre dalla estrema differenza fra la semplicità della decisione assunta dalla Cassazione e le complesse argomentazioni presenti nelle decisioni del tribunale e della Corte d'Appello meneghina diremo d'appresso. Per adesso ci limitiamo a segnalare che la *ratio decidendi* che i giudici di legittimità pongono a fondamento della conferma della sentenza di assoluzione fa, essenzialmente, riferimento alla circostanza che anche nell'ambito degli studi dedicati al bilancio le modalità con cui qualificare ed esporre in contabilità le operazioni indicate nell'imputazione erano tutt'altro che definite ed accertate.

La Suprema Corte, infatti, dopo aver ricordato che "il reato di false comunicazioni sociali ... è configurabile in relazione alla esposizione in bilancio di enunciati valutativi, se l'agente, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, se ne discosti consapevolmente e senza fornire adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni"³, evidenzia come "all'epoca dei fatti per cui si procede, in ordine all'esposizione contabile delle valutazioni, [non] esistessero criteri normativamente fissati o criteri tecnici generalmente accettati, dai quali gli imputati si fossero distaccati consapevolmente, con le indicate conseguenze sulla correttezza delle comunicazioni rese, in modo da integrare il reato di false comunicazioni sociali". Ciò posto, secondo la

³ Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474.

Cassazione, a superare tale carenza di indicazioni certe ed indiscusse circa le modalità di redazione del bilancio con riferimento alle operazioni in precedenza descritte non vale, come invece preteso dalla Procura della Repubblica, richiamare il criterio della "prevalenza della sostanza sulla forma", adottato dalle norme civilistiche e dai principi contabili internazionali IAS/IFRS posto che si tratta di un principio che si caratterizza per la sua generalità, astrattezza, programmaticità, "evanescenza e residualità" e tali caratteri impediscono di ritenerlo "criterio di valutazione certo ed obiettivo, tale da condurre incontrovertibilmente a individuare nelle operazioni Alexandria e Santorini, come ha fatto il primo giudice, dei *credit default swap* da contabilizzarsi in nessun altro modo se non a saldi chiusi".

In sostanza, secondo la Cassazione, le draconiane considerazioni espone nella sentenza di condanna emessa dal Tribunale milanese giuste le quali le operazioni Alexandria e Santorini avevano natura di *credit default swap* con conseguente obbligatorietà della contabilizzazione a saldi aperti, con "rilevazione della passività finanziaria generata al *fair value* al giorno 1" non potevano condividersi - non tanto perché alle medesime operazioni andava riconosciuta diversa natura giuridica e quindi differente modalità di esposizione in bilancio, quanto - per il fatto che non si riusciva a rinvenire "nel panorama dei principi contabili internazionali dell'epoca - e negli attuali - una disciplina specifica per le operazioni del tipo *long term structured repo*, caratterizzate dall'esistenza di più transazioni formalmente e giuridicamente autonome le une dalla altre".

Considerazioni in parte analoghe sono formulate dalla sentenza in commento con riferimento alla rilevanza delle falsità presenti nel bilancio del Monte dei Paschi e nelle successive comunicazioni al pubblico integranti il delitto di agiotaggio informativo parimenti contestato ai vertici dell'istituto bancario. A fronte dell'asserzione presente nel ricorso secondo cui l'istruttoria dibattimentale aveva dimostrato "la falsità percentuale del 9, 1% del *total capital ratio* indicata nella relazione semestrale di BMPS al 30 giugno 2008, dato superiore a quello minimo del 8% indicato nella circolare della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006, che regolava le modalità di calcolo del patrimonio di vigilanza e le soglie minime dello stesso, in relazione sia al bilancio individuale della banca, sia al bilancio consolidato", la Cassazione ritiene non fondata tale censura alla luce - accanto ad ulteriori considerazioni - della circostanza che "nel periodo temporale nel quale era stata predisposta e approvata la relazione semestrale, sussisteva un'ampia discrezionalità tecnica nell'effettuazione dei calcoli suindicati, che presupponevano l'individuazione della natura delle azioni, tematica sulla quale, nel corso del dibattimento, erano state espone opinioni differenti dai consulenti delle parti ... [tant'è vero che era emerso], sulla base del contenuto della corrispondenza intercorsa tra BMPS, Banca d'Italia e i consulenti esterni alla banca, alla data del 24 giugno 2008, la questione concernente la computabilità dell'aumento

di capitale riservato a JPM nel core capitali di BMPS costituiva ancora oggetto di valutazioni e di scambi di opinioni e non erano state raggiunte conclusioni univoche. Solo con la nota del 23 settembre 2008, quindi in una data successiva a quella in cui era stata non solo predisposta, ma anche pubblicata la relazione semestrale oggetto dell'imputazione, la Banca d'Italia si era pronunciata in modo definitivo ed univoco sulla questione e conseguentemente non poteva ritenersi pienamente dimostrata la falsità della percentuale del 9,1%".

E così la Cassazione può concludere la sua decisione ricollegandosi idealmente alla pronuncia delle sezioni unite n. 22474 del 2016 richiamata, come si è visto, in sede di premessa iniziale, sostenendo che in assenza di criteri chiari ed indiscussi alla luce dei quali valutare della correttezza di un'appostazione contabile non è possibile parlare di falsità di un dato, dovendosi "distinguere la comunicazione di dati erronei, penalmente irrilevanti, da quella attinente a dati falsi", che sola può trovare sanzione in sede penale.

5. Quale insegnamento trarre dalla decisione della Cassazione.

La sintetica motivazione con cui la Cassazione ha pronunciato la parola fine ad una vicenda la cui risoluzione in sede di merito, invece, aveva richiesto l'analisi di una pluralità di profili - dalla qualificazione giuridica delle operazioni negoziali poste in essere dai vertici della banca alla corretta modalità della loro esposizione in bilancio ed alle conseguenze derivanti sulla solidità patrimoniale dell'istituto di credito - offre il destro per formulare alcune riflessioni che vanno oltre le caratteristiche della vicenda MPS.

La lettura delle imputazioni mosse agli imputati e le relative considerazioni formulate in proposito dai giudici di merito conferma come lo studio del cd. diritto penale commerciale e l'individuazione delle diverse condotte sussumibili nelle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 2621 ss. cod. civ. e 322 ss. d.lgs.n. 14 del 2019 presenti profili di particolare complessità, posto che una corretta ermeneutica delle figure criminose che vanno a comporre il cd. diritto penale societario presuppone – ed è necessariamente debitore di - nozioni e studi che certo non pertengono al diritto penale, come il diritto societario, la tecnica ragionieristica, la disciplina in tema di redazione del bilancio, gli studi in tema di organizzazione aziendale, ecc.⁴. D'altronde, la

⁴ Una tale conclusione è acquisizione pacifica negli studi di diritto penale (PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*", in Id., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, III, Milano 2003, 187; CAVALLINI, *Il diritto della crisi ed il codice dimezzato: nuovi assetti di tutela per il sistema penal*", in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 1333; PERINI, *Artt. 2621*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare*, a cura di Perini, Bologna – Roma 2019, 23), ma è sottolineata, polemicamente, anche da alcuni studiosi del diritto commerciale (COLOMBO, *La moda dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. Soc.*, 1996, 719).

stessa individuazione dei soggetti cui riferire le incriminazioni presenti nelle citate disposizioni incriminatrici – l'amministratore, il collegio sindacale, il liquidatore ecc. – è possibile solo sulla base di elementi e nozioni da ricavare da settori dell'ordinamento diversi dall'ambito penalistico, così come la stessa possibilità di individuare i responsabili dell'illecito, quando lo stesso si riconnetta a scelte adottate nell'ambito di organi collegiali, richiede (che si prenda in considerazione non solo la disciplina penale in tema di concorso di persone e di violazione dell'art. 40 cpv. c.p. ma anche) un'analisi di scelte di *governance* aziendale - come l'adozione del sistema monistico o duale, la scelta di un amministratore unico o collegiale, la presenza o meno di un'articolata struttura di deleghe ecc. – che vanno valutate in base alla loro conformità o meno rispetto (non solo a prescrizioni normative, ma anche) a prassi e studi in tema di *compliance* d'impresa.

Tuttavia, come ben dimostra la vicenda MPS, il collegamento – a senso unico, nel senso che sono nozioni esterne agli istituti penalistici a condizionare il giudizio sulla sussistenza di una fattispecie criminale senza potersi riscontrare alcuna influenza in senso inverso – fra diritto commerciale, studi in materia di organizzazione e gestione dell'impresa ed il diritto penale va ben al di là dei profili sopra evidenziati giacché spesso è la decisione (non sulle singole responsabilità, ma) sulla stessa sussistenza dell'illecito criminoso a dipendere ed a discendere in via diretta dalla qualificazione di correttezza o meno che il diritto o la prassi societaria forniscono del comportamento preso in considerazione in sede di giudizio penale. Non foss'altro che per la circostanza che non è logicamente pensabile sanzionare in sede penale scelte e modalità di gestione dell'attività aziendale che non sono rimproverabili in ambito civile, è evidente che la decisione circa la sussistenza di un reato societario o di un fatto di bancarotta presuppone che la condotta del singolo che si intende sussumere in tali figure criminose è comunque tale da esporre lo stesso a responsabilità anche, e prima ancora, in sede civile.

Questa strettissima ed ineludibile connessione fra diritto penale commerciale e materie, studi e prassi che con l'ambito penalistico nulla hanno a che fare può determinare, in via alternativa, due conseguenze. In primo luogo, può suggerire a quanti svolgono la funzione di pubblico ministero di astenersi dallo svolgere indagini su tali vicende: la particolare complessità della materia, infatti, spesso finisce per scoraggiare ogni approfondimento investigativo, specie quando – e di ciò i fatti in contestazione nelle pronunce esaminate nel presente lavoro danno plastica dimostrazione – a venire in contestazione non sono mere condotte materiali ma operazioni negoziali, appostazioni di bilancio ecc., la cui analisi presuppone una piena conoscenza di argomenti e temi che di regola sono estranei alle competenze di un penalista.

Assai più gravida di deleterie conseguenze ci pare, però, la seconda possibile conseguenza derivante dalla circostanza che le conclusioni in tema di illiceità

delle scelte operate dai vertici delle imprese dipendono dal significato che si attribuisce a nozioni, ad istituti e previsioni normative presenti in settori estranei al diritto penale. Di frequente, infatti, la decisione circa l'analisi della rilevanza penalistica di vicende attinenti alla gestione di società si limita a verificare la mera correttezza delle scelte dei vertici aziendali, valutando se le stesse sono state o meno conformi rispetto alle prescrizioni di carattere civilistico e alla prassi in tema di economia e gestione delle imprese, rinunciandosi così ad individuare una specificità del "comportamento illecito" che valga a differenziarlo da condotte che aprono le porte a solo contestazioni di carattere civilistico – e tale impostazione si presenta vieppiù criticabile quando è la stessa normativa civilistica e commerciale ad apparire incerta nel suo significato.

La vicenda MPS pare in effetti rappresentare – almeno secondo l'opinione della Cassazione - una emblematica esemplificazione delle conseguenze che derivano quando si ritenga di poter muovere un rimprovero di carattere penale in presenza di (eventuali e solo possibili) censure di carattere civilistico. In questo senso, infatti, riteniamo vadano lette le osservazioni presenti nella decisione della Suprema Corte dedicate ad evidenziare l'assenza all'epoca dei fatti in contestazione "di criteri normativamente fissati o criteri tecnici generalmente accettati [sulla base dei quali procedere] all'esposizione contabile delle valutazioni, dai quali gli imputati si fossero distaccati consapevolmente, con le indicate conseguenze sulla correttezza delle comunicazioni rese, in modo da integrare il reato di false comunicazioni sociali" o la circostanza che "nel panorama dei principi contabili internazionali dell'epoca - e negli attuali – [non si registrasse] una disciplina specifica per le operazioni del tipo *long term structured repo*, caratterizzate dall'esistenza di più transazioni formalmente e giuridicamente autonome le une dalle altre", per poi concludere che in assenza di criteri chiari ed indiscussi alla luce dei quali valutare della correttezza di un'appostazione contabile non è possibile parlare di falsità di un dato, dovendosi "distinguere la comunicazione di dati erronei, penalmente irrilevanti, da quella attinente a dati falsi", che sola può trovare sanzione in sede penale.

Il significato di queste osservazioni ci pare palese. La rilevanza penale delle scelte gestionali, imprenditoriali, organizzative e contabili dei vertici aziendali non può essere desunta dalla loro mera non conformità rispetto a prescrizioni civilistiche o prassi e *benchmark* esperienziali, specie nel caso in cui sulla correttezza delle suddette scelte vi sia incertezza anche nell'ambito del diritto societario e degli aziendalistici o di bilancio: se, infatti, gli unici elementi a supporto dell'accusa sono rappresentati dalla non conformità delle condotte contestate ai dirigenti della persona giuridica a prescrizioni normative in tema di gestione delle società commerciali, quanto meno

questo profilo deve essere assolutamente indiscusso ovvero nessun dubbio deve esserci circa la violazione delle relative disposizioni civilistiche⁵.

In assenza di tale certezza, per l'appunto, il diritto penale "deve tacere". A meno che...

6. Quando il diritto penale può parlare in materia societaria ovvero della ricerca degli elementi caratterizzanti l'illecito penale societario.

... a meno che gli organi inquirenti - pur in presenza di incertezze circa la corretta ricostruzione del significato e della portata del dato normativo che disciplina, in ambito civilistico, il comportamento e le scelte degli organi di vertice delle imprese - non siano in possesso di ulteriori elementi ed accertamenti che consentano di connotare in termini di illecito penale le condotte degli amministratori, al di là ed a prescindere della conformità delle stesse alle disposizioni civilistiche ed in tema di contabilità ed organizzazione aziendale.

In effetti, occorre evidenziare come per la consumazione di gran parte dei reati che rientrano nel diritto penale commerciale non è sufficiente l'assunzione di condotte non conformi alla normativa civilistica (peraltro non sempre richiamata dalla lettera della previsione incriminatrice) ma occorre la sussistenza di profili ulteriori, la cui ricorrenza è per l'appunto necessaria per distinguere un comportamento penalmente rilevante da scelte censurabili solo in altre sedi. Se infatti numerose fra le fattispecie richiamate dal diritto penale dell'impresa - si tratti degli articoli presenti nel codice civile o nel Codice della crisi o nel d.lgs. n. 74 del 2000 in materia tributaria, ecc. - sanzionano condotte dei vertici aziendali assunte in violazione della disciplina in tema di gestione e direzione di società ed imprese, è altresì vero che non sono sufficienti tali inosservanze per conferire ai comportamenti descritti dalle norme incriminatrici la dimensione disvalore ed offensività richiesta dal diritto penale.

La criticità del diritto penale societario è infatti rappresentata dalla circostanza che, solo il profilo della loro materialità, le condotte richiamate da gran parte delle fattispecie delittuose rientranti in tale ambito, quand'anche assunte in violazione di obblighi normativi ed in quanto tali censurabili in altri ambiti dell'ordinamento, non presentano una oggettiva connotazione di illecito in quanto, in relazione alle loro caratteristiche percepibili in via immediata da parte di soggetti terzi, non si differenziano dalle lecite modalità con cui gli organi apicali possono gestire la loro azienda, Esemplificando, la rilevanza penale di una contestata appostazione contabile - specie quando si tratti di profilo particolarmente discusso negli studi di contabilità e bilancio - può essere agevolmente esclusa sol che la difesa

⁵ Medesime considerazioni sono formulate nella decisione Cass., sez. V, 21 novembre 2019 (dep. 2020), n. 15, con riferimento alla definizione della riserva sinistri nell'ambito di un bilancio di una società di assicurazione.

eccepisca un errore da parte del redattore del bilancio, proprio perché il comportamento materiale che, sotto il profilo oggettivo, avrebbe integrato il delitto è costituito da una mera modalità di adempimento dell'obbligo di redigere il bilancio che grava su ogni amministratore societario; del pari, quando si discute di bancarotta fraudolenta patrimoniale occorre riconoscere che gli artt. 322, comma 1 lett. a) e 329, comma 1, d.lgs. n. 14 del 2019 prendono in considerazione condotte che si concretano nell'esercizio del diritto di proprietà *sub specie* di facoltà del privato di decidere della destinazione dei propri beni o comunque di beni di cui ha la disponibilità; medesima considerazione può formularsi quando, ad un privato contribuente che ha ceduto a terzi i propri beni, si intenda contestare il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte di cui all'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000: su quali basi distinguere un'ipotesi di integrazione del delitto di cui al citato art. 11 da una assolutamente lecita del singolo di come disporre il proprio patrimonio?.

In sintesi, quando si procede per un reato appartenente alla branca del diritto penale commerciale occorre ricordare che la sussistenza di un tale tipo di delitto il più delle volte difficilmente può essere colta limitando l'esame della vicenda al solo profilo naturalistico, ovvero al solo esame della condotta materiale ed esteriore tenuta dal soggetto la quale assume, di per sé, una connotazione di assoluta liceità. Occorre, di conseguenza, individuare quali possano essere i caratteri tipici di tali illeciti in grado di differenziarli adeguatamente rispetto a violazioni che espongono il responsabile ad altre modalità di reazione da parte dell'ordinamento. Solo quando il pubblico ministero sarà in possesso di adeguati accertamenti su tali ulteriori profili allora si potrà ritenere che l'esercizio dell'azione penale sia giustificato da una "ragionevole previsione di condanna" come oggi recita il nuovo art. 425 c.p.p..

7. La rilevanza dell'elemento soggettivo nei reati del diritto penale commerciale.

Nella ricerca di tali elementi caratterizzanti i reati rientranti nel diritto penale commerciale, a nostro parere, va in primo luogo considerato come per contestare tali delitti – proprio in ragione del fatto che il contenuto del comportamento materiale richiesto dalla fattispecie non presenta un'offensività immediatamente percepibile – occorra prestare una particolare e significativa attenzione alla sussistenza, in capo all'agente, dell'elemento soggettivo richiesto dal legislatore, che non a caso spesso richiede che la condotta vietata sia tenuta in presenza di un atteggiamento psicologico dotato di particolare pregnanza.

Potrebbe replicarsi a questa osservazione sostenendo che si tratta di un'ovvietà posto che per ogni delitto doloso la condanna dell'imputato passa per la prova della volontà di arrecare l'offesa prevista dalla norma, sicché non

sarebbe sufficiente prestare attenzione a questo profilo per differenziare le condotte illecite dalle ipotesi in cui il singolo usufruire in modo corretto di proprie facoltà e poteri attribuitegli dall'ordinamento.

Questa obiezione però non pare cogliere nel segno posto che per i delitti rientranti nel diritto penale commerciale all'atteggiamento soggettivo del soggetto agente va riconosciuto un rilievo ed un impatto decisamente superiore rispetto a quanto è dato riscontrare per altri reati previsti dal legislatore. Infatti, proprio in ragione della circostanza, più volte sottolineata, che la gran parte delle disposizioni incriminatrici in tema di reati inerenti alla gestione di società commerciali descrive condotte naturalisticamente "neutre" ovvero non immediatamente qualificabili, in ragione del loro contenuto materiale, come aggressive di interessi tutelati dalla legge penale, deve riconoscersi come numerosi comportamenti, pur conformi alla fattispecie normativa, non possono essere sussumibili sotto alcun giudizio di illiceità o illegittimità senza che se ne valuti previamente la dimensione soggettiva e psicologica.

Il significato di questa affermazione diventa palese se si considerano alcuni esempi. Si pensi all'amministratore di una serie di persone giuridiche rientranti in un medesimo gruppo societario, il quale, nell'ambito di rapporti commerciali fra le società del gruppo, concluda negozi a condizioni economiche in qualche modo vantaggiose per alcune delle stesse e deleterie per le altre; l'instaurazione di traffici mercantili fra persone giuridiche, quali che ne siano i contenuti concreti, di regola rientra nel normale svolgersi del libero mercato: cos'è che può portare ad una qualificazione in termini di penale rilevanza della condotta dell'amministratore – ad esempio quale fatto di bancarotta in caso di fallimento – se non l'accertamento circa la sua volontà di spogliare con quegli accordi commerciali il patrimonio della sua azienda a vantaggio delle altre persone giuridiche? Non è dunque la condotta materiale dell'amministratore a giustificarne la rimproverabilità in sede penale – ed in effetti cosa si può rimproverare ad un imprenditore che stipula accordi commerciali? – quanto è la ragione, le finalità per cui agisce in quel determinato modo a giustificare la sua punizione. Si pensi all'amministratore di una società in crisi il quale cede a prezzi irrisori il proprio magazzino; anche in questo caso non è la condotta materiale a consentire la qualificazione dell'accaduto in termini di rilevanza penale quanto le ragioni che hanno indotto all'adozione di una scelta di per sé diseconomica: il diritto penale deve tacere quando la svendita è stata realizzata perché la merce in magazzino era deperibile e l'alternativa alla cessione a prezzo di costo era la destinazione della stessa al macero, mentre può configurarsi un'ipotesi di bancarotta semplice se la svendita è stata effettuata nel disperato ed infondato tentativo di risollevarne l'azienda oppure può contestarsi l'ipotesi più grave di bancarotta fraudolenta patrimoniale quando nell'accaduto si

rinvenga l'intento di cedere quei beni ad un prezzo di favore ad altro soggetto in qualche modo legato all'amministratore.

Quando sosteniamo che la considerazione dell'atteggiamento soggettivo dell'agente è essenziale per qualificare la sua condotta come integrante una fattispecie di reato descritta in sede di diritto penale commerciale non intendiamo, dunque, far riferimento al fatto – questo sì davvero scontato – che il soggetto deve essere consapevole della sua condotta e del fatto che deve voler tenere il comportamento che viene a lui rimproverato. Certamente possono darsi ipotesi in cui un amministratore stipuli contratti deleteri per le sorti patrimoniali della sua azienda senza avvedersi dei danni che possono derivarne, ma in tal caso di un illecito penale connesso all'esercizio dei suoi poteri gestori non si starà nemmeno a discutere perché egli non ha consapevolezza della pessima gestione che sta ponendo in essere e delle conseguenze negative della sua condotta né vuole assumere comportamenti illegittimi nei confronti della compagine sociale cui deve essere fedele.

Sottolineando la rilevanza dell'atteggiamento soggettivo del singolo nell'ambito del diritto penale societario vogliamo riferirci non al mero substrato della volontà che sostiene la condotta concretamente tenuta – per ritornare all'esempio dell'amministratore, la stipula di contratti aventi clausole sfavorevoli per la persona giuridica da lui diretta – quanto alle finalità che con tale comportamento si vogliono raggiungere, le ragioni cioè che hanno determinato l'assunzione di un determinato atteggiamento: con le fattispecie criminali del diritto penale dell'impresa l'ordinamento intende reagire non ad un semplice comportamento volontario e consapevole del soggetto agente quanto alla circostanza che tale comportamento sia stato dettato da determinate considerazioni finalistiche.

Per esemplificare quanto si va dicendo, può considerarsi – sia pure *mutatis mutandis* – la disciplina penale in tema di furto. Se Caio volontariamente e consapevolmente si impossessa dell'auto di Tizio per impedirgli di raggiungere l'appuntamento con l'amante di cui i due si contendono i favori oppure per mero dispetto, l'art. 624 c.p. non risulta violato, mentre diversa è la conclusione quando la sottrazione dell'auto è finalizzata al conseguimento di un profitto che il possesso del veicolo può far maturare in capo a Caio: medesima la condotta, medesimo – per certi profili – l'atteggiamento psicologico sottostante il comportamento – in entrambi i casi consapevolezza dell'altruità della cosa e volontarietà dell'impossessamento della stessa nonostante il mancato consenso del proprietario, – ma diverse le ragioni a fondamento della sottrazione e solo se tali ragioni hanno carattere economico il delitto di furto è integrato.

La stessa tecnica di costruzione della fattispecie normativa è utilizzata dal legislatore, volendo fare un ulteriore esempio più aderente al nostro tema, con riferimento alla ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale realizzata

a mezzo di scissione della società decotta e costituzione di una *good company* cui destinare tutto l'attivo, lasciando alle sue tristi sorti l'originaria persona giuridica, destinata alla liquidazione giudiziale dopo essere stata privata di ogni bene. L'imprenditore pone in essere una serie di operazioni negoziali e/o societarie e/o finanziarie; la valutazione che l'ordinamento opera con riferimento a tali interventi non dipende dal loro contenuto – né dal fatto che gli stessi siano posti in essere con piena consapevolezza e volontarietà dall'imprenditore: come si può pensare ad una scissione societaria realizzata "involontariamente"? – quanto dagli obiettivi che il contribuente vuole perseguire: il giudizio su tali operazioni è negativo se esse sono giustificate dal solo intento di realizzare un risparmio d'imposta.

Concludendo, quando insistiamo sulla rilevanza dell'atteggiamento psicologico dell'agente nel diritto penale commerciale non facciamo riferimento alla volontarietà della condotta ed alla consapevolezza delle circostanze di fatto in cui la stessa è posta in essere, quanto agli obiettivi che il singolo vuole perseguire giacché solo se tali finalità non sono quelle che l'ordinamento riconnette all'adozione di determinati comportamenti – per rimanere all'esempio precedente, la predisposizione di operazioni societarie straordinarie - la sua azione merita un giudizio di riprovevolezza. Non la volontarietà e consapevolezza del concreto comportamento è il profilo soggettivo che riteniamo si debba valorizzare nell'esame delle singole vicende in cui si sospetta la presenza di un reato fallimentare, tributario, ecc., quanto l'accertamento circa lo scopo verso cui tende la volontà del soggetto agente: utilizzando in modo certo improprio, ma a nostro parere efficace, categorie penalistiche si potrebbe sostenere che il diritto penale commerciale, nonostante dalla lettera della disposizione incriminatrice questo profilo non emerga, richiama sempre e necessariamente "illeciti a dolo specifico", integrati quando una condotta – di per sé consentita dall'ordinamento – presenti una tipizzazione dell'obiettivo finalistico ulteriore rispetto al comportamento tenuto e tale obiettivo sia considerato in termini negativi dal legislatore⁶.

⁶ In questo senso si presenta particolarmente apprezzabile la più recente giurisprudenza in tema di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000. In relazione a tale delitto, infatti, nonostante si tratti di una fattispecie evidentemente a dolo specifico per espressa indicazione del legislatore, assai di frequente la contestazione dell'illecito – e la relativa condanna – si fondava solo sulla riscontrata omissione dell'obbligo dichiarativo.

A fronte di tale impostazione, la Cassazione ha di recente ribadito che "in tema di omessa dichiarazione, la mera consapevolezza dell'entità dell'imposta evasa non è sufficiente a provare la sussistenza del dolo specifico, richiesto per la configurabilità del reato, essendo necessario, a tal fine, che ricorrano elementi ulteriori, quali il mancato pagamento postumo di tale imposta in tempi ragionevoli o la reiterazione dell'omissione per più anni, dai quali possa essere tratta la convinzione che l'omissione sia finalizzata all'evasione" (Cass., sez. III, 3 novembre 2023, n. 44170).

8. segue: La prova del dolo nel diritto penale commerciale. In particolare, la presenza di profili di fraudolenza nella condotta.

Riconosciuto nel particolare atteggiamento psicologico dell'agente il principale criterio distintivo degli illeciti inerenti alla gestione di società commerciali, si apre tuttavia, un significativo fronte problematico. È noto come l'accertamento del profilo soggettivo, nei processi per illeciti dolosi, sia profilo spesso tralasciato ed affrontato a volte anche con superficialità; tuttavia, una tale impostazione, seppure non pienamente condivisibile, può essere in qualche modo giustificata con riferimento a vicende nelle quali della sussistenza della volontà criminale non è dato da dubitare in ragione dei caratteri materiale della condotta descritta dall'incriminazione ed in omaggio ad una concezione del dolo quale substrato psicologico necessariamente immanente allo stesso fatto materiale conforme alla fattispecie incriminatrice⁷: pur non volendo far ricorso all'automatismo deduttivo

Si veda anche Cass., sez. III, 4 settembre 2023, n. 36573 secondo cui la presenza dell'intento di evadere il fisco deve essere dimostrato dalla pubblica accusa ed a tal fine può evidenziarsi la presenza nella contabilità della società di fatture emesse a fronte di prestazioni inesistenti.

⁷ Il tema meriterebbe ben altro sviluppo e ben altra indicazione bibliografica. In questa sede, senza alcuna pretesa di completezza, ci si limita a segnalare, fra i lavori più recente, MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obbiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 377 ss., secondo cui il problema della prova può decidere della sopravvivenza stessa del dolo, come forma di responsabilità distinta dalla colpa, giacché solo una verifica dei dati obbiettivi esterni permette di ricostruire l'esperienza psicologica interiore, contribuendo così a delineare lo stesso concetto di dolo altrimenti inafferrabile.

Si vedano anche CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI, PALIERO, II, Milano, 2006, p. 1415; MARAFIOTI, *Appunti in tema di dolo e regime della prova*, in *Giur. it.*, 2002, p. 653; PIERDONATI, *Dolo ed accertamento nelle fattispecie penali c.d. «preganti»*, Napoli, 2012; DE MURO, *Il dolo. L'accertamento*, Milano 2010; PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265 ss.; Prosdocimi "Reato doloso", in *Dig. Disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 235.

Fra i lavori meno recenti, indispensabile rimane il riferimento a BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, nonché GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, p. 14, secondo cui l'accertamento processuale di tale elemento è un momento irrinunciabile per la verifica della "praticabilità" dei concetti penalistici

In giurisprudenza, emblematiche Cass. sez. I 16.6.2009, Sartori, in *Mass. Uff.* n. 244540, secondo cui il dolo "deve essere desunto dalla concreta circostanza dell'azione e dalla oggettiva idoneità della stessa a cagionare la morte, e ciò in riguardo ai mezzi adoperati e alla modalità dell'aggressione, a nulla rilevando la mancata reiterazione dei colpi" o Cass. sez. V 2.10.2001, Campobasso, *inedita* in tema di reati contro l'onore, secondo cui "se ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di diffamazione è sufficiente il solo dolo generico e, cioè, la

sottinteso dal canone *dolus est in re ipsa*, occorre riconoscere che è difficile dubitare dell'intenzionalità dell'azione in un caso di violenza sessuale quando la vittima, chiaramente non consenziente, viene completamente bloccata dall'aggressore o dell'intento omicidiario in capo a chi esplose più colpi d'arma verso un terzo.

Nel caso del diritto penale commerciale, tuttavia, in ragione di quanto detto con riferimento ai caratteri dei comportamenti descritti nella fattispecie incriminatrice, una tale "scorciatoia probatoria" non è percorribile: quando ai componenti del collegio sindacale viene rimproverato di non essere intervenuti in presenza di scelte predatorie del patrimonio aziendale, su quali basi decidere se si tratta di un'omissione intenzionale e volontaria, coadiuvante altrui intenti criminali ovvero di un comportamento negligente foriero di sola responsabilità civile?⁸; come dimostrare, per rimanere alla

consapevolezza di ledere l'onore o la reputazione di un altro soggetto, quando il carattere diffamatorio delle espressioni rivolte, assuma una consistenza offensiva intrinseca, essa non può sfuggire all'agente, il quale – anzi – le ha usate proprio per dare maggiore efficacia al suo dictum, per cui nessuna particolare indagine sulla ricorrenza o meno dell'elemento psicologico del reato si presenta necessaria".

⁸ Non a caso nel testo si fa menzione della posizione del collegio sindacale, posto che proprio in relazione alle responsabilità dei componenti di tale consesso la giurisprudenza, dopo significative oscillazioni, è pervenuta ad una decisa sottolineatura dell'importanza dell'accertamento dell'atteggiamento soggettivo del sindaco per differenziare le ipotesi di responsabilità civile da quelle di colpevole connivenza con gli altrui intenti criminosi.

In proposito, va considerato che il più delle volte i sindaci rispondono di illeciti societari o fallimentari non per aver realizzato - o concorso a realizzare - la condotta delittuosa, quanto per non aver impedito la commissione della stessa avendo omesso di esercitare i propri poteri. Ciò impone, secondo la Cassazione, che il giudice sappia andare alla ricerca di indici probatori che attestino che gli amministratori stiano ponendo in essere condotte criminose, dovendosi però dimostrare non solo la presenza di tali indici probatori, ma anche che i sindaci fossero consapevoli della sussistenza di tali indici, non potendosi confondere la posizione del sindaco che scientemente sceglie di attivarsi in presenza di "segnali di allarme" dalla posizione del sindaco che, per imperizia, negligenza ecc., di tali elementi non sappia in alcun modo cogliere la presenza (Cass., sez. V, 1 agosto 2023, n. 33782, secondo cui per la configurabilità del concorso dei sindaci nella responsabilità penale degli amministratori sono: a) l'omesso doloso esercizio dei doveri di controllo o comunque l'inerzia nell'adozione delle iniziative previste dalla legge per eliminare le irregolarità; b) il nesso di causalità tra le omissioni e ciascuna delle fattispecie previste nell'art. 216 l. fall.; c) il dolo riferito alla condotta penalmente rilevante realizzata dagli amministratori, che può essere sia diretto che eventuale, non essendovi alcuna valida ragione per escludere il dolo eventuale; Cass., sez. V, 4 ottobre 2018, n. 44109, secondo cui l'ampiezza dell'arco temporale in cui sono stato posti in essere i reati da parte degli amministratori, il loro numero e reiterazione, oltre che la loro rilevanza, vanno presi in considerazione per ricostruire l'atteggiamento soggettivo dei sindaci posto che anche i singoli atti di distrazione assumono - quanto sono reiterati,

vicenda oggetto delle pronunce sopra menzionate, che le contabilizzazioni operati dai dirigenti MPS fossero – oltre che non corrette – anche intenzionalmente erronee ed adottate per migliorare il quadro economico dell’istituto di credito?

Breve. Per comprendere quale sia la rilevanza dell’elemento soggettivo nel diritto penale commerciale occorre non solo considerarne l’importanza – già evidenziata – ai fini della decisione circa la sussistenza dell’illecito, ma anche come a tale profilo occorra prestare particolare attenzione in sede investigativa in ragione delle difficoltà probatorie inerenti al suo accertamento: in relazione ai gran parte degli illeciti del diritto penale commerciale il comportamento materiale contestato - unico profilo della vicenda oggettivamente percepibile da terzi – nei suoi caratteri esteriori non presenta una caratterizzazione psicologica di particolare intensità e significanza, non presenta cioè un’evidente finalità di aggressione nei confronti delle posizioni giuridiche altrui e quindi la conclusione circa la ricorrenza della volontà criminale deve essere ricavata sulla base di indici ulteriori rispetto alla mera conformità del comportamento del singolo alla lettera della disposizione incriminatrice⁹.

In proposito, un primo profilo da prendere in considerazione per decidere circa la sussistenza di un illecito penale attinente a scelte di gestione aziendale è rappresentato dagli esiti della vicenda sottoposta all’attenzione della giustizia penale. Pubblico ministero e giudice, infatti, prima di ogni altra considerazione devono verificare quali conseguenze siano derivate dal comportamento *sub iudice* in termini di soddisfazione di esigenze personali del soggetto agente, di danni a terzi, di nuovi assetti contrattuali ed economici, di nuova ripartizione di benefici ed obblighi ecc., giacché è da escludersi che la violazione dei doveri ed obblighi gravanti sui vertici dell’impresa sia penalmente rilevante quando il singolo – a prescindere dall’inosservanza delle prescrizioni in tema di gestione della società e dalle finalità che effettivamente lo animavano – ha comunque ottenuto uno degli scopi ritenuti meritevoli di approvazione da parte dell’ordinamento: la reazione penale non è legittimata quando le scelte in tema di gestione aziendale hanno consentito di conseguire effetti ed obiettivi che

abbracciano un lungo lasso di tempo e incidono in maniera significativa sul patrimonio aziendale - la connotazione di “segnali di allarme”, idonei ad avvisare l’organo di controllo circa la spregiudicatezza del controllato e la necessità di attivarsi per contenerla).

⁹ Sul punto può richiamarsi la giurisprudenza – già citata in nota 6 – in tema di prova dell’intento di evasione, laddove si ritiene che tale accertamento possa essere condotto sulla base di alcuni elementi oggettivi rappresentati dal mancato pagamento postumo dell’ imposta in tempi ragionevoli, dalla reiterazione dell’omissione per più anni, dalla confusione contabile presente in azienda.

l'ordinamento ammette siano riconnessi all'esercizio del potere del cui utilizzo si discute¹⁰.

¹⁰ Peraltro, l'esame delle conseguenze delle singole condotte può rilevare anche in un altro senso giacché può consentire di valutare se il comportamento sottoposto a giudizio ha assunto quel significativo grado di offensività richiesto dall'ordinamento per sottoporre a sanzione penale vicende che trovano una reazione punitiva anche in altri ambiti dell'ordinamento. Detto altrimenti, quando si è in presenza di comportamenti che sono sottoposti ad una pluralità di sanzioni allora valutare quale sia stata, in termini di conseguenza del comportamento *sub judice*, la significanza dell'aggressione subita dall'interesse tutelato può consentire di comprendere se ci si trova innanzi ad un reato o ad un illecito di diversa natura.

È quanto, ad esempio, ci si era permessi di sostenere – unitamente ad altri autori (ZANOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, 2^a ed., Milano, 2008, 418; MELCHIONDA, *Art. 2637 - art. 185 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58*, in AA. VV., *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI - CADOPPI, Padova, 2006, 264; MAGRO, *Le manipolazioni di mercato fra illecito penale ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 2007, 61; PALIERO, *Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corr. merito*, 2005, 800; LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 811) ed a parte della giurisprudenza (Cass. sez. VI 16.3.2006, Labella, in *Cass. pen.*, 2007, 56) – con riferimento ai rapporti fra il reato di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 del testo unico sulla finanza e l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-ter del medesimo testo unico, prima della recente riforma della materia operata nel 2021.

Stante una descrizione delle relative condotte pressoché identica in entrambi i casi, avevamo sostenuto che la differenza fra le due ipotesi andasse rinvenuta nel senso che il legislatore, nel disegno della fattispecie criminosa, aveva prestato particolare attenzione al dato quantitativo della variazione del valore del titolo, dovendo la condotta essere concretamente idonea a determinare una sensibile alterazione del prezzo dello stesso, mentre tale profilo non era affatto richiamato nel citato art. 187-ter, con la conseguenza che mentre l'illecito penale sarebbe diretto a tutelare il mercato da strategie manipolative concretamente idonee a porre in pericolo il normale meccanismo di formazione dei prezzi, l'illecito amministrativo sarebbe una fattispecie di pericolo astratto, in cui la soglia della punibilità viene anticipata a condotte non artificiali, non dotate di una vera idoneità ingannatoria (SANTORIELLO, *Il reato di manipolazione del mercato*, in AA.VV. (a cura di SANTORIELLO), *La disciplina penale dell'economia*, I, Torino 2008, 781).

Evidentemente, laddove questa ricostruzione fosse stata accolta – e non implicitamente rigettata dal giudice di legittimità (Cass. sez. V 20.6.2012, Gabetti e altri, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4623, con nota di NOTARGIACOMO, *La manipolazione del mercato informativa*. Sulla pronuncia, si veda anche LENZINI, *Manipolazione di mercato: inadeguatezza del metodo dell'event study nell'accertamento dell'offesa ed alterazione per stabilizzazione artificiosa*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, 925) – la differenziazione fra le due fattispecie, penale ed amministrativa, avrebbe reso inconfigurabile un cumulo fra le rispettive sanzioni, dovendo invece trovare applicazione il criterio della consunzione ed il delitto avrebbe dovuto escludere la sussistenza della contravvenzione amministrativa, con il che la Corte Europea non avrebbe potuto contestare la violazione del *ne bis in idem* in questa vicenda.

Una tale impostazione rivela la sua centralità con particolare riferimento ai reati di bancarotta, laddove è particolarmente avvertita l'esigenza di differenziare le condotte dell'imprenditore che, per quanto foriere di conseguenze negative per l'impresa, rimangono comunque nell'ambito delle lecite e consentite scelte gestionali¹¹, per cui si deve formulare con estrema prudenza un rimprovero agli amministratori di società in relazione all'assunzione di decisioni imprenditoriali che in seguito si siano rivelate errate, confinando il controllo giudiziale (specie se di carattere penale) su tali scelte al "processo decisionale, piuttosto che sulla valutazione sostanziale del merito della decisione [per cui,] assente un conflitto d'interessi o un'infedeltà degli amministratori la *business judgment rule* previene il giudice dal valutare, con il senno di poi, quelle decisioni che siano state il prodotto di un procedimento razionale e per le quali gli stessi amministratori si siano avvalsi di tutte le informazioni materiali ragionevolmente disponibili"¹². In tal senso

¹¹ INGRASSIA, *Rischio d'impresa come rischio penale? Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Torino 2018, 3; NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza ed adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 851.

¹² La riflessione richiama la tematica della cd. *business judgment rule*, la cui *ratio* è rinvenibile a) nell'incertezza e nella complessità della funzione amministrativa e nel connesso rischio di insuccesso, del quale non devono farsi carico i gestori bensì i soci, b) nell'esigenza di circoscrivere la revisione giudiziaria sulle decisioni gestorie per non disincentivare l'assunzione dei rischi necessario a valorizzare il patrimonio sociale, non avendo peraltro i giudici, di regola, le competenze per poter sindacare il merito delle complesse decisioni degli amministratori, c) nella necessità di evitare il rischio dell'*hindsight bias*, fenomeno psicologico per cui si tende a ritenere che un evento, una volta verificatosi, fosse facilmente prevedibile *a priori*.

Sul tema – ovviamente senza alcuna pretesa di completezza – si richiamano BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Soc.*, 2019, 413; G. FERRI, *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, *idibem*, 234; ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006, I, 675; PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società fra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Soc.*, 2012, 1116; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, 643; CALANDRA BONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, *ivi*, 2020, 12; IRRERA, *La business judgment rule e gli adeguati assetti*, in *Soc. Contratti*, 6/2020, 8; ID., *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2020, 115; SPOLIDORO, *Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo art. 2086 (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. Soc.*, 2019, 259; DI CATALDO – ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, *ibidem*, 759; MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in AV.VV. (a cura di IRRERA), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Bologna 2016, 20; ID., *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2018, 954.

è opportuno richiamare una recente decisione della Cassazione che dimostra come l'esito finale di una vicenda, che pure sotto il profilo del comportamento tenuto dall'amministratore di una persona giuridica sottoposta a liquidazione giudiziale, era assolutamente sussumibile nella fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, conduca necessariamente ad un giudizio differente alla luce degli effetti e degli esiti finali delle scelte aziendali¹³.

L'amministratore di una società fallita era stato condannato per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, avendo dissipato le rimanenze di magazzino e gli acquisti della società fallita: in particolare, gli era contestato di aver ceduto tali beni al prezzo di costo ad società costituita dai suoi figli pochi giorni prima, con il chiaro obiettivo di acquistare a condizioni decisamente favorevoli il magazzino dell'azienda del padre ed in presenza di una sostanziale continuità aziendale tra le due società, secondo un tipico schema fraudolento volto a sottrarre ai creditori ogni forma di garanzia patrimoniale. La Cassazione – pur a fronte di circostanza, come descritte, apparentemente significative di un intento depredatorio ai danni dell'impresa in crisi - ha annullato la decisione di condanna evidenziando come da un lato all'esito dell'operazione l'attivo patrimoniale rappresentato dalle merci di magazzino e dai beni ceduti risultasse, in concreto, sostituito con il relativo prezzo (in astratto maggiormente idoneo a garantire la soddisfazione delle pretese creditorie) e dall'altro come l'operazione fosse stata giustificata dall'imputato evidenziando le difficoltà connesse allo stato in cui versava la società da lui gestita di accedere al mercato ordinario e alla conseguente necessità di liquidare la merce, intrinsecamente deperibile: di conseguenza, secondo i giudici di legittimità, nel caso di specie non si era in presenza di una distrazione (essendo la garanzia patrimoniale rimasta intatta, seppur modificata nella sua qualità, peraltro in termini più favorevoli per i creditori), né si poteva riscontrare una dissipazione del patrimonio societario

Nella giurisprudenza, cfr. Cass. Civ., sez. I, Sentenza n. 15470 del 22 giugno 2017, secondo cui "in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (cd. "*business judgement rule*") trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia "*ex ante*", secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c., - nel testo, applicabile "*ratione temporis*", anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 - sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto l'amministratore di una società per azioni responsabile per la conclusione di taluni contratti, in cui quest'ultima aveva corrisposto integralmente alle controparti i compensi pattuiti nonostante la mancata esecuzione delle prestazioni).

¹³ Cass., sez. V, 9 febbraio 2024, n. 5958.

(non essendosi trattato di un'operazione stravagante, priva di giustificazione economica o, comunque, depauperativa del patrimonio societario)¹⁴, dovendosi piuttosto riconoscere che l'imputato aveva concluso un'operazione economica che, rientrando nelle libere scelte imprenditoriali, era insindacabile, anche in relazione alla scelta del soggetto cessionario, individuato in una società gestita dai suoi figli.

In secondo luogo, la presenza in capo al soggetto agente della particolare intensità dolosa richiesta per la sussistenza di un delitto rientrante nell'ambito del diritto penale dell'impresa può essere attestata dalla presenza nel comportamento dell'accusato di atteggiamenti fraudolenti e mendaci, di sotterfugi intesi ad ingannare i terzi circa le ragioni del suo agire, le circostanze in presenza delle quali si pone la sua azione o abbia nascosto le particolari e censurabili modalità con cui è stato esercitato il diritto di cui pure è titolare, ecc..

Anche in questo caso qualche esempio può chiarire quanto andiamo dicendo. Si immagini che un imprenditore, mentre la sua società è in stato di insolvenza, per far fronte ad alcune impellenti necessità economiche e così ritardare la relativa dichiarazione di fallimento, venda un bene aziendale dietro il versamento di un corrispettivo, pattuendo con l'acquirente un termine per il pagamento a fronte dell'immediata cessione del bene; se i creditori dell'imprenditore ritengono il prezzo irrisorio o mancanti le garanzie in ordine al futuro pagamento dello stesso, essi potranno agire secondo le ordinarie modalità dell'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c., così come in revocatoria potrà agire il curatore in caso di successiva

¹⁴ In particolare, secondo la Cassazione nel caso di specie - nonostante la costituzione, *ad hoc*, di una nuova struttura societaria - non si sarebbe stati in presenza di un censurabile ricorso al fenomeno della *bad company/new company*. Questa operazione presuppone il trasferimento in favore della beneficiaria di tutti gli elementi attivi della società in dissesto, che rimasta priva di mezzi, di dipendenti e dell'avviamento e dell'intero passivo fino a quel momento accumulato, è nell'impossibilità di proseguire l'attività; nel caso di specie, invece, si è assistito solo ad una liquidazione dell'attivo con regolare incasso del corrispettivo, la cui determinazione (in termini oggettivamente inferiori rispetto al passato) appare ampiamente giustificata dalle ragioni economiche prospettate dalla difesa.

Si tratta di una riaffermazione della tesi giurisprudenziale secondo cui la bancarotta di distrazione di beni aziendali deve essere connotata da un'originaria ed inequivocabile incoerenza della condotta rispetto alle esigenze dell'impresa, incoerenza che deve essere non solo tale da determinare quantomeno il pericolo di una effettiva diminuzione della garanzia patrimoniale, ma, nel contempo, non deve trovare alcuna giustificazione in una scelta gestionale che sia compatibile con la logica d'impresa, sì da rendere assolutamente inconfigurabile ogni richiamo alla regola del *business judgment rule*, la cui applicazione nel processo penale, peraltro, va operata con estrema cautela (Cass., sez. V, 2 settembre 2019, n. 14366; Cass., sez. V, 9 giugno 2023, n. 25039).

dichiarazione di fallimento; fin qui nulla di penalmente rilevante¹⁵, nel senso che la condotta del fallendo trova una reazione nell'ambito del diritto civile, reazione giustificata dalla circostanza che in questo caso il diritto di proprietà – che pure ordinariamente ricomprende la facoltà di vendere liberamente i propri beni secondo una valutazione rimessa integralmente alla discrezionalità del titolare – è stato esercitato onde ritardare la necessaria dichiarazione di fallimento dell'impresa, finendo per danneggiare gli interessi dei creditori. Il quadro però cambia e diventa possibile ipotizzare una valenza delittuosa della condotta, quando l'imprenditore – ad esempio – ceda il bene ad un prezzo diverso da quello dichiarato, occultando il *surplus* di corrispettivo che riceve, o concordi una scadenza di pagamento senza farsi garantire in alcun modo il versamento del prezzo ed in accordo con l'acquirente che tale versamento non vi sarà o vi sarà in maniera solo parziale o ancora nasconde l'avvenuta cessione del bene in modo da far maturare il termine di prescrizione ed impedire agli interessati di far ricorso alla revocatoria.

Ancora un esempio. Un imprenditore dichiara di aver trasferito la propria azienda o parte della stessa all'estero e chiede che la tassazione sia calcolata sulla base di questa circostanza ovvero asserisca di pagare all'estero i tributi o comunque chieda che il fisco italiano riconosca che parte dell'obbligazione tributaria è assolta altrove: l'Erario può ritenere infondata tale richiesta, affermando che la tassazione debba continuare ad essere calcolata ritenendo l'impresa operante in Italia, perché la condotta del contribuente non è tale da modificare la sede effettiva dei propri affari ed il luogo ove egli matura i propri ricavi; trattasi, come si vede, di una vicenda che il diritto tributario censura, con il determinarsi di conseguenze negative in capo al contribuente, ma nulla legittima il ricorso alla sanzione penale. Diversa invece la circostanza in cui il contribuente, per giustificare la sua affermazione di aver trasferito l'impresa all'estero, rappresenti agli organi competenti una situazione diversa da quella reale, dichiarando falsamente che all'estero ha sede ed opera il *board* organizzativo dell'azienda o che all'estero sono presenti diversi stabilimenti operativi ecc..

A conferma di quanto da noi sostenuto, può evidenziarsi come una tale impostazione sia accolta oggi in giurisprudenza in primo luogo con riferimento alla bancarotta fraudolenta per distrazione, laddove, pur a fronte di condotte che possono essere sussunte nella fattispecie di cui all'art. 322, comma 1 lett. a), d.lgs. n. 14 del 2019 in quanto conformi alla descrizione che tale disposizione fornisce del comportamento vietato, è richiesto che l'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico sia condotto valorizzando la ricerca di "indici di fraudolenza" , rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla

¹⁵ Salvo forse una responsabilità per il delitto di bancarotta semplice ai sensi dell'art. 323 co. 1 del d.lgs. n. 14 del 2019.

luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale¹⁶.

Del pari, con riferimento al fenomeno dell'esterovestizione - il secondo degli esempi da noi richiamati - e più in generale per gran parte degli illeciti presenti nel d.lgs. n. 74 del 2000 l'esigenza (in precedenza avvertita solo dalla dottrina¹⁷) che le condotte penali in tema di gestione dell'impresa presentino significativi indici di fraudolenza e carattere ingannatorio onde distinguere il mero adempimento erariale e l'integrazione di una fattispecie penale, si sta affermando anche in giurisprudenza. Con riferimento al fenomeno dell'elusione fiscale, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 10 *bis* dello Statuto del Contribuente - giusto il quale "le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributari" -, la Cassazione ha riconosciuto che le condotte di abuso del diritto possono assumere rilievo penale solo quando risulti integrato il disposto di cui agli artt. 3 e 4 d.lg. n. 74 del 2000 e siano applicabili le definizioni di «operazioni simulate

¹⁶ In proposito, Cass., sez. V, 8 luglio 2022, n. 26412, che richiama la sistematica distrazione dei beni annotati in bilancio e non rinvenuti ovvero del corrispettivo derivante dalla alienazione. Si vedano anche Cass., sez. V, 20 febbraio 2023, n. 7222; Cass., sez. V, 9 giugno 2023, n. 25039

¹⁷ TROYER *La rilevanza penale dell'elusione tra suprema Corte e Legislatore dopo la sentenza D&G*, in *Soc.*, 2012, 692; TROYER - INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, 2078; TOMMASSINI - TORTORA, *La rilevanza penale dell'elusione fiscale*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 1171; DE SANTIS, *Sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2015, 396; MUSCO - ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2012, 178, secondo cui "nell'elusione si realizza un contrasto fra le singole disposizioni ed i principi generali; contrasto che se non può essere risolto per via interpretativa - il che è frequente nella materia tributaria - necessita di una disposizione antielusiva che disapplichia la legge sostanziale. Allora, l'artificiosità nell'elusione non è di fatto, bensì è tutta giuridica nel senso che i fatti sono rappresentati al fisco e sono documentati nei modi di legge; né si realizza una divergenza fra quanto voluto e quanto rappresentato (come avviene nella simulazione) perché non vi è alcun tentativo di mostrare una realtà diversa da quella effettiva, cioè non vi è alcuna manipolazione della realtà. L'elusione è, dunque, una questione di puro diritto che non può essere identificata con la frode in senso penalistico, non essendo correlata ad una falsa rappresentazione della realtà; GIACOMETTI, *La Cassazione torna sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; ID. *La problematica distinzione fra evasione, elusione fiscale ed abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 451; D'AVIRRO, *Dichiarazione infedele, elusione, abuso del diritto: la giurisprudenza di merito inverte la rotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1191; FASANI, *L'irrelevanza penale dell'elusione tributaria*, in *Società*, 2012, 791; SANTORIELLO, *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino 2018.

oggettivamente o soggettivamente» e di «mezzi fraudolenti» di cui alle lettere *g-bis*) e *g-ter*) presenti nell'art. 1 d.lg. n. 74 del 2000¹⁸. In particolare, devono ritenersi prive di spessore delinquenziale le scelte elusive del contribuente quando questi esterni chiaramente al Fisco le modalità con cui è pervenuto a definire l'imposta pagata, giacché tale trasparenza consente all'Erario di contestare la dichiarazione fiscale, misconoscendo costi che – pur se realmente esistenti – ritiene ingiustificati e non deducibili, di attribuire ricavi che invece il contribuente aveva escluso di aver maturato ecc., mentre a diversa conclusione deve pervenirsi quando la medesima condotta – a connotazione abusiva – sia accompagnata da comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione ed all'utilizzo di documentazione falsa. Detto altrimenti, conformemente alla ricostruzione da noi avanzata, deve concludersi nel senso che il confine fra condotte elusive, aventi ai sensi dell'art. 10-*bis*, comma 13, lg. n. 212 del 2000 rilevanza solo in sede amministrativa tributaria, e comportamenti posti in essere in violazione della legge penale è segnato dalla circostanza che il contribuente abbia o meno, nella vicenda presa in esame, posto in essere comportamenti fraudolenti, ingannevoli, mendaci nei confronti del fisco; se tali circostanze non sono rinvenibili nel caso di specie, allora deve escludersi comunque la sussistenza di una fattispecie criminosa, quale che sia in sede tributaria la qualificazione che voglia darsi dell'attività negoziale poste in essere dal privato¹⁹.

In conclusione, nell'ambito del diritto penale delle società commerciali la contestazione di un illecito non può fondarsi solo sulla prova della difformità fra il comportamento assunto dall'indagato e le prescrizioni – normative o affermatasi come *benckmark* nella prassi aziendale - in tema di gestione dell'impresa o del suo patrimonio o nel mero inadempimento degli obblighi verso l'erario ma richiede che si accerti un evidente contrasto fra la volontà del singolo e la protezione degli interessi e dei beni giuridici protetti dalla fattispecie incriminatrice. Per la prova circa la sussistenza di un tale atteggiamento soggettivo non è però sufficiente dimostrare che l'imputato è stato inosservante agli obblighi sullo stesso gravanti, proprio perché una tale inosservanza non presenta contenuti intrinseci di illiceità e quindi non è di per sé sufficiente a dimostrare l'intento doloso del singolo; occorre dunque evidenziare anche come il soggetto, nel violare la disciplina in tema di gestione dell'impresa abbia assunto comportamenti a connotazione fraudolenta, ingannatoria, che celino la reale struttura della vicenda in cui si cala il comportamento del singolo, ne camuffi i presupposti e le effettive conseguenze, ecc..

¹⁸ Cass., sez. III, 30 maggio 2019, n. 24152; Cass., sez. III, 7 novembre 2017, n. 20856, in questa *Rivista*, 2018, 2367; Cass., sez. III, 20 novembre 2015, n. 41755, in questa *Rivista*, 2017, 71.

¹⁹ Per approfondimenti, sia consentito il rinvio a SANTORIELLO, *Abuso del diritto*, cit., 460.

9. Un esempio: fraudolenza e portata ingannatoria del bilancio.

La portata delle riflessioni fino ad ora condotte può essere bene esemplificata facendo riferimento ad uno degli illeciti contestati ai vertici del Monte dei Paschi di Siena, ovvero il falso in bilancio.

In relazione a questa fattispecie, che evidentemente sotto il profilo dell'elemento materiale si esaurisce nell'adozione da parte dei vertici aziendali di comportamenti e scelte prive di un'offensività esteriormente percepibile ed oggettivamente osservabile, è particolarmente pressante l'esigenza di differenziare le ipotesi di falso aventi valenza criminale rispetto alle semplici irregolarità di bilancio. A tal fine, anche sulla scorta di elementi ricavabili dal dato normativo, la divaricazione fra fatto sanzionabile in sede penale e scelte eventualmente censurabili in altra sede deve fondarsi sulle modalità con cui l'informazione finanziaria è resa ed in particolare sull'adozione o meno da parte del soggetto agente di particolari modalità espositive dei dati contabili, che rendano la sua comunicazione particolarmente ingannevole e quindi suscettibile di fuorviare i destinatari della stessa inducendoli a compiere azioni pregiudizievoli per i loro interessi patrimoniali: in questo senso va intesa l'espressione, presente negli artt. 2621 e 2622 cod. civ., secondo cui le condotte tipiche dell'esposizione di fatti non veri e dell'omissione di fatti materiali devono risultare "concretamente idonee ad indurre altri in errore" sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, volendosi con tale formula lessicale garantire l'esigenza di mantenere al di fuori dell'ambito di rilevanza penale quelle difformità sostanzialmente irrilevanti, in quanto inidonee a generare nel destinatario della comunicazione un inganno in ordine alla situazione economica, finanziaria e patrimoniale della società.

Di seguito, sulla base di alcuni esempi tratti anche dalla pratica giudiziaria, cerchiamo di evidenziare come la valutazione circa la presenza (o meno) di atteggiamenti e condotte fraudolente ed ingannatorie del soggetto agente possa condurre ad un giudizio di condanna o di assoluzione per il reato in discorso.

9.1. segue: Le spiegazioni rese in nota integrativa.

Gli amministratori di una società sono accusati di falso in bilancio in quanto, essendo l'impresa da loro gestita coinvolta quale responsabile civile in alcune controversie giudiziarie e dopo che la Cassazione, annullando le sentenze di merito di senso contrario, aveva affermato che la società doveva provvedere al risarcimento, rimandando ai giudici di appello per la quantificazione dell'ammontare del danno, non iscrivevano nei bilanci della persona giuridica alcun accantonamento delle somme necessarie per il pagamento di quanto si sarebbe dovuto in seguito versare. In sede penale, è stata esclusa la sussistenza del delitto per la mancanza del requisito della fraudolenza e della portata ingannatoria della condotta tenuta dagli amministratori della società:

infatti, anche se, come detto, in bilancio non erano accantonate le disponibilità economiche da destinare al pagamento del debito, al contempo nella nota integrativa la società illustrava con dovizia di particolari la vicenda (menzionando l'esistenza delle controversie, la sua chiamata in giudizio quale responsabile civile, la decisione della cassazione ecc.) ed ammetteva il presumibile venire ad esistenza di un debito, asserendo tuttavia che non si era proceduto all'appostamento delle relative somme in quanto l'importo del risarcimento era non determinabile ed in ogni caso – qualche che fosse l'importo che la società fosse stata chiamata a pagare – il debito non avrebbe avuto particolari impatti sul patrimonio della società vista la sua solidità finanziaria ed economica.

In conclusione, nel caso di specie, presumibilmente si può ritenere che il mancato accantonamento di quanto necessario rappresenta una tecnica di redazione del bilancio non condivisibile e forse anche censurabile in sede civile. Al contempo, tuttavia, la chiarificazione dei fatti presenti in nota integrativa esclude la portata ingannatoria della contabilità e quindi la sussistenza del reato.

9.2. segue: Le sempre opinabili iscrizioni di crediti.

Analoghe considerazioni possono essere formulate con riferimento alle (sempre) opinabili valutazioni in tema di esigibilità dei crediti

La società A, partecipata in via esclusiva e totalitaria dalla società B, fornisce a quest'ultima, che è l'unica cliente, servizi di trasporto. Riscontrando le gravi difficoltà economiche in cui versa l'impresa da loro amministrata, gli amministratori della società A decidono unilateralmente di aumentare il corrispettivo dei servizi che rendono alla società B e notificano la loro decisione a quest'ultima – applicandola peraltro retroattivamente, anche cioè con riferimento ai crediti già scaduti e non ancora pagati - e successivamente iscrivono il relativo credito nel loro bilancio, aumentando quindi il valore dei servizi resi da A a B senza che quest'ultima persona giuridica avesse fatto alcuna ammissione di debito o riconosciuto di dovere maggiori somme ad A. Ad una prima lettura, pare evidente che una tale modalità di redazione del bilancio – che in sostanza si concreta nel dichiarare maggiori ricavi derivanti ad un aumento dei corrispettivi da ricevere dal cliente, senza che però quest'ultimo abbia riconosciuto la correttezza di tale richiesta da parte del fornitore – è censurabile sotto il profilo civilistico ma integra altresì un falso contabile penalmente rilevante: a chi legge il bilancio, infatti, è comunicato un aumento del prezzo del servizio, con conseguenti maggior ricavi, tacendo però la circostanza che il cliente del servizio non aveva accettato la nuova determinazione unilaterale del prezzo. In sostanza, deve ritenersi non corretta l'esposizione in bilancio di crediti verso un terzo quando al momento della loro iscrizione sia tutt'altro che certo che il debitore concordi con la loro

richiesta e con l'indicazione del relativo debito, tacendo altresì la circostanza di una tale possibile contestazione.

Tuttavia, la vicenda si è conclusa escludendone la valenza penale, ritenendosi rilevante la circostanza che il bilancio della società A in cui era indicato il nuovo e più alto importo del debito vantato verso la società B fosse stato approvato senza nessuna osservazione dalla stessa società B, come detto socio unico della A. Detto altrimenti, nel caso di specie la portata fraudolenta della vicenda è stata esclusa in quanto la società B aveva riconosciuto come fondata e legittima la pretesa della società partecipata avendo, quale socio unico di A, approvato il bilancio della medesima A in cui era scritto – questo sì a chiare lettere ed in maniera evidente – che A vantava nei confronti di B un ulteriore credito quale conseguenza del nuovo prezzo per la fornitura del servizio; gli amministratori di A, dunque, ben potevano sostenere che – pur in mancanza di espressi accordi con B circa il nuovo prezzo ed i maggiori crediti che ne derivavano – non c'era ragione di ritenere che il B non avrebbe pagato tali debiti, né contestato il relativo ammontare giacché l'esistenza del debito e l'ulteriore ammontare risultava nel documento di bilancio che la stessa B aveva approvato senza nulla osservare.

Come si può, infatti, contestare all'amministratore di una società di non aver indicato nella nota integrativa al bilancio che i crediti che la società vanta nei confronti di un socio sono dubbi, potendo gli stessi essere contestati dal socio stesso, quando quest'ultimo approva senza nulla osservare il bilancio in cui quei crediti e le relative somme sono indicate? In un caso del genere, deve evidentemente ritenersi che in capo al redattore del bilancio manca quanto meno l'elemento soggettivo ignorando egli la "falsità" di quanto sta indicando nel documento contabile o, meglio, non potendo lo stesso ritenere necessario fornire alcuna spiegazione circa crediti che il debitore – con l'approvazione del bilancio – ha pienamente riconosciuto come esistenti e dovuti.

9.3. segue: Le valutazioni penalmente rilevanti.

Da ultimo, un'esemplificazione della distinzione fra bilancio irregolare, impugnabile in sede civile, e bilancio falso, penalmente rilevante, emerge considerando il tema delle valutazioni di bilancio. Anzi, potrebbe dirsi che questo è l'ambito in cui maggiormente rileva la distinzione fra le due ipotesi che si stanno considerando posta la necessità di individuare il caso in cui la stima dei redattori del bilancio, pur erronea, si sottrae a censure in sede penale dalla circostanza in cui invece tale appostamento presenti quei caratteri di frode che la rendono idonea ad ingannare il pubblico sulla consistenza economica, patrimoniale e finanziaria dell'azienda.

Sinteticamente può dirsi che una tale conclusione – di penale rilevanza della vicenda – può riscontrarsi in tre ipotesi.

In primo luogo, sussiste il delitto di falso in bilancio quando si afferma in nota integrativa che la valutazione è stata effettuata secondo un determinato criterio ma lo stesso viene applicato in maniera scorretta. Si pensi all'iscrizione delle immobilizzazioni, per le quali – ai sensi del n. 1 dell'art. 2426 cod. civ. – va considerato il costo di acquisto o di produzione, ricomprendendosi, nella categoria dei primi, i costi accessori e, fra i costi di produzione, i costi direttamente imputabili al prodotto ed i costi, per la quota ragionevolmente imputabile al prodotto, relativi al periodo di fabbricazione e fino al momento dal quale il bene può essere utilizzato, nonché gli oneri relativi al finanziamento della fabbricazione: in relazione a tale metodo di valutazione ogni qualvolta, ad esempio, si qualificano come costi accessori spese che non possono rientrare in tale categoria o oneri finanziari estranei alla realizzazione del bene, la condotta – anche se si è in presenza di una valutazione operata in maniera apparentemente rispondente al dettato normativo – è tacciabile (non come semplicemente erronea, ma) di falsità.

In secondo luogo, si sarà in presenza di un mendacio penalmente rilevante nel caso in cui vi sia mancata corrispondenza fra i criteri di valutazione esposti in nota integrativa e le stime effettuate in bilancio (cosiddetto criterio della "difformità fra prescelto e dichiarato")²⁰. Infatti, quando in sede di bilancio si afferma di aver operato una valutazione mediante applicazione di un determinato criterio di stima mentre in realtà se ne applicato un altro si è in presenza di una falsa esposizione di un fatto materiale, laddove il dato di realtà mendacemente rappresentato non è il valore economico rappresentativo dell'esito finale della valutazione quanto la circostanza che il redattore del bilancio ha asserito di aver seguito un determinato metodo di stima facendo invece ricorso ad altre metodologie di valutazione. Inoltre, la condotta dell'imprenditore che asserisce di aver effettuato le valutazioni di bilancio secondo modalità e criteri diversi da quelli in realtà utilizzati – ad esempio, dichiarando di aver redatto la contabilità secondo criteri di stima intesi a dare una rappresentazione assolutamente prudentiale dello stato economico e patrimoniale dell'impresa – è proprio la tipologia di comportamento che il legislatore vuole sanzionare in sede penale giacché in tali ipotesi la contabilità aziendale presenta un significativo contenuto di insidiosità, in quanto i lettori del bilancio vengono indotti a credere che le valutazioni dei beni aziendali siano conseguenza dell'adozione di determinati criteri di stima, mentre le metodologie utilizzate per pervenire ai dati numerici presenti nel documento finanziaria sono affatto diverse.

E' il caso di evidenziare come non colga il segno l'obiezione secondo cui sarebbe paradossale qualificare come falsa una valutazione di bilancio

²⁰ MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano 1999, 96; BARTULLI, *Tecnica di redazione del bilancio e norme incriminative*, in *Tre studi sulle falsità in bilancio*, Milano, 1980, 122; PERINI, *Valutazione di bilancio e false comunicazioni sociali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.* 1995, 535.

quando vi sia una mancata corrispondenza fra le modalità con cui la stima è condotta ed i relativi criteri di giudizio prescelti e presentati in nota integrativa, mandando invece esenti da sanzione i casi in cui il bilancio risulta stilato in maniera arbitraria e scorretta ma i relativi parametri di redazione sono ampiamente illustrati e portati a conoscenza di terzi. Sicuramente questa conseguenza segue all'adozione della tesi da noi avanzata ma non ci pare aspetto criticabile, posto che laddove l'imprenditore abbia palesato i criteri di stima da lui adottati – pur nella loro irrazionalità e difformità rispetto alle prescrizioni normative - egli avrà realizzato un bilancio scorretto – cui in sede civile è possibile reagire secondo le più diverse modalità –, connotato dalla presenza di valutazioni inattendibili, ma non per questo tale condotta sarà sussumibile sotto le fattispecie di cui agli artt. 2621 e 2622 cod. civ.: infatti, nell'ipotesi ora considerata, a) da un lato potrà sostenersi che i giudizi contabili presenti nel bilancio sono erronei ma non che il documento contabile contenga una falsa esposizione di fatti materiali – proprio perché il contenuto fattuale delle relative valutazioni, ovvero la corrispondenza fra il criterio di stima enunciato e quello utilizzato, è veritiero – e b) dall'altro, mancando una tale enunciazione mendace di dati di realtà – ovvero essendo stati effettivamente utilizzati i parametri di valutazione indicati in nota integrativa -, il bilancio non ha un contenuto ingannatorio, giacché chi lo legge nella sua interezza può correttamente giudicare della sua attendibilità ovvero può chiaramente prendere conoscenza dell'utilizzo di criteri di stima degli *assests* poco prudentziali o poco aderenti alle circostanze o finanche *naive*.

Vi è un'ultima ipotesi di possibile rilevanza penale di valutazioni mendaci che va considerata ed attiene alla possibilità che i redattori del bilancio esponano correttamente i criteri di redazione utilizzati per le valutazioni, ma tale circostanza non vincoli affatto le modalità con cui condurre la relativa stima. E' proprio quanto si è verificato nella vicenda MPS, ove era assai dubbia la modalità di esposizione in bilancio degli effetti delle operazioni negoziali sopra menzionate, ma si tratta di una situazione che può presentarsi in una pluralità di circostanze ed anche con significativa frequenza: si pensi all'ipotesi in cui in nota integrativa si affermi in maniera generica ma comunque nel rispetto delle indicazioni legislative che i crediti, secondo quanto disposto dall'art. 2426 n. 8 cod. civ., sono stati stimati al "valore di presumibile realizzo", nel qual caso il criterio della conformità fra criterio attestato e criterio di valutazione utilizzato pare di scarsa utilità ai nostri fini perché i redattori del bilancio – pur utilizzando l'indice di stima richiamato in nota integrativa – rimarrebbero comunque titolari di una assoluta ed incontrollabile discrezionalità ed il documento contabile rimarrebbe in ogni caso poco intellegibile per i destinatari i quali non sono in grado di comprendere quale significato sia stato attribuito alla nozione di

“presumibile realizzo”, quali indici sono stati considerati per formulare tale giudizio ecc..

In queste circostanze, a nostro parere, occorre assolutamente evitare di fondare la pretesa di responsabilità dei vertici aziendali sul solo profilo di erroneità della contabilizzazione delle singole voci e valutazioni, non foss’altro per la circostanza che corretta modalità di esposizione delle stesse è fortemente opinabile e quindi, come si è visto sopra, sarebbe agevole per i vertici aziendali accusati della violazione degli artt. 2621 e 2622 cod. civ. difendersi sostenendo o di aver proceduto ad una corretta appostazione della voce contestata ovvero di aver errato ma senza alcuna intenzione dolosa o di inganno. Proprio per replicare a quest’ultima forma di *commodus discensus* -peraltro non raramente pienamente fondata -, è necessario che il pubblico ministero anche (e soprattutto) in tali circostanze verifichi se la valutazione sotto esame, a prescindere dal criterio di giudizio utilizzato, sia stata operata alterando o omettendo il riferimento a dati di fatto che in qualche modo possono influenzarne l’esito finale: riprendendo un esempio formulato da altri, “in presenza di una mancata svalutazione di crediti o di partecipazioni societarie in occasione di eventi oggettivi che ne abbiano ridimensionato il valore (si pensi al fallimento del debitore o al conclamato stato d’insolvenza in cui versa la società partecipata) potrà anche sostenersi che non sia rimproverabile quella che si rivela oramai come una ipervalutazione delle relative poste, ma il nascondimento nella relazione integrativa degli eventi che avrebbero imposto una loro rimodulazione si traduce nell’omissione di un fatto materiale la cui comunicazione può ritenersi imposta ai sensi degli articoli 2423 e 2427 cod. civ.”²¹. Di contro, deve ritenersi insussistente l’illecito per l’assenza di una concreta insidiosità della condotta allorquando i redattori indichino il verificarsi di tali accadimenti nella sola nota integrativa, senza dar conto delle conseguenze sulle appostazioni quantitative negli schemi di bilancio.

10. Un’ultima riflessione: la fraudolenza nella gestione dell’impresa quale condizioni perché “il diritto penale possa parlare”.

Nell’ambito del diritto penale dell’impresa, tuttavia, le menzionate caratteristiche di fraudolenza e frode che devono essere presenti nella condotta degli amministratori, dirigenti ecc. non rilevano solo come elementi dimostrativi della sussistenza in capo al singolo dell’intento doloso e del pregnante substrato psicologico richiesto per l’integrazione dei delitti in tema di gestione dell’impresa ma in termini più pregnanti rappresentano l’indispensabile elemento perché possa parlarsi di violazione della legge penale, sono l’*ubi consistam* degli illeciti nell’ambito del diritto penale dell’impresa e sono il vero elemento differenziale fra le ipotesi di criminoso

²¹ BRICCHETTI – PISTORELLI, *La lenta scomparsa del diritto penale societario italiano*, in *Guida Diritto*, 2015, 23, 64.

esercizio dei poteri e facoltà di cui sono titolari i vertici aziendali ed i casi in cui medesimi comportamenti di violazione della disciplina societaria, fallimentare, tributaria ecc. sono sanzionabili solo in altre sedi.

In proposito, va ricordato come quello italiano è un diritto penale del fatto, in cui rilevano le modalità con cui un soggetto agisce e non le ragioni che sottostanno a quel suo determinato comportamento²²: se è vero che la penale rilevanza di una qualsiasi condotta non può prescindere dalla presenza, in capo a chi agisce, di un determinato atteggiamento soggettivo²³, è altresì certo che primaria componente del reato è la difformità del comportamento rispetto ad una fattispecie incriminatrice, quanto meno nel senso che in mancanza della commissione di una azione vietata non vi è alcuna ragione di chiedersi se il singolo fosse o meno animato da intenzioni criminose, poi di fatto non poste in essere²⁴. Rispetto a questa ricostruzione dell'illecito penale – principalmente incentrata sulle connotazioni materiali della condotta tenuta dal singolo – sarebbe chiaramente stridente l'attribuzione di una rilevanza criminosa ad un comportamento che non si presenta, già nella sua materialità, in contrasto con una disposizione incriminatrice e che anzi rappresenta (come può evidentemente sostenersi, ad esempio, per la redazione di un bilancio o la conclusione di negozi giuridici) l'ordinaria modalità di svolgimento delle funzioni di direzione di un'azienda²⁵: ecco perché, se si vuole configurare un illecito penale nelle

²² Evidentemente sul tema, nell'ambito del presente lavoro, le indicazioni bibliografiche possono essere solo sommarie.

Sul punto ci si limita ad alcune citazioni fra le opere più recenti: MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005; PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, Milano, 2007, 62; DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996; CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano 2006, 1443; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 306; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Roma- Bari, 2011, 482.

Fra gli scritti meno recenti, MARINUCCI, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 623; CADOPPI, «Non evento» e beni giuridici «relativi»: spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività, in *Ind. pen.*, 1989, 373; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.

Ancora più risalenti, ma la lettura pare indispensabile, indispensabile il riferimento a DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1971; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

²³ Per tale valorizzazione, PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, cit., 44

²⁴ PIFFERI *Generalia delictorum*, Milano, 2006, 116; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2^a ed., Milano, 2006, 149.

²⁵ Come ha detto Hobbes, "per le intenzioni, che non si manifestano mai con atti esteriori, non vi è posto all'accusa umana ... [delitti] sono solo quelle colpe che possono

scelte tipiche dell'attività aziendale non è sufficiente che la relativa condotta sia supportata da un atteggiamento soggettivo riprovevole né che la stessa si ponga semplicemente in contrasto con la disciplina civilistica di riferimento ma occorre altresì che si riscontrino nel comportamento dell'imputato il ricorso a mezzi fraudolente ed ingannatori o tecniche di nascondimento ed alterazione dei fatti²⁶.

Insomma, stante il carattere del nostro diritto penale che pone nella condotta esteriore del soggetto, nel cosiddetto "fatto", "tutto ciò che di oggettivo si trova nella descrizione legale e tutto ciò che rileva al fine del giudizio conclusivo sull'illiceità"²⁷ della vicenda²⁸, deve ritenersi che (non solo, ma soprattutto) nell'ambito del diritto penale d'impresa le scelte dei vertici dell'azienda possono assumere una valenza criminosa solo quando già sotto il profilo della materialità della condotta – e quindi prima ancora ed oltre alla presenza in capo all'agente di un *animus nocendi* particolarmente qualificato – sia riscontrabile (accanto all'inosservanza delle prescrizioni civilistiche o delle prassi organizzative) la presenza di indici di rimproverabilità rappresentati dal ricorso a strumenti ingannatori e decettivi. Accanto a questa riflessione, tuttavia, vi è un'ulteriore ragione che deve condurre a richiedere la presenza nella condotta degli appartenenti al *board* aziendale di atteggiamenti ingannatori e truffaldini. La ricorrenza di tali "indici di frodolenza", infatti, ci pare imposta dal riconoscimento del carattere frammentario del diritto penale, carattere a sua volta conseguente alla scelta di ricorrere alla sanzione penale – considerata quale *extrema ratio* delle possibili risposte punitive cui il legislatore può far ricorso – solo in presenza di vicende connotate da particolare gravità.

Con il richiamo al principio di frammentarietà del diritto penale si intende far riferimento alla circostanza che la funzione di tutela espressa da tale settore dell'ordinamento si esplica solo in presenza di specifiche forme di aggressione contro determinati beni giuridici, il che significa – volendo

essere presentate davanti al giudice e che perciò non sono semplici intenzioni" (Leviatano, XXVII, 240).

²⁶ Il richiamo alla necessaria materialità di una condotta di abuso, chiaramente percepibile nel suo carattere illecito – non potendosi esaurire tale qualificazione nell'atteggiamento soggettivo del singolo, – rappresenta una riaffermazione anche in questo ambito della funzione processual-garantista del requisito dell'oggettività esteriore del comportamento sanzionato quale presupposto per la verificabilità dell'accusa, come sottolineato ai primordi dell'elaborazione del diritto criminale: MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, XII, 7, 438; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XIII, 33.

²⁷ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 309.

²⁸ In proposito, PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 623; MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2002, p. 109; MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Milano, 1993, 272; FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, 786.

dirlo altrimenti – che il diritto penale non reagisce *tout court* a qualsiasi ipotesi di lesione della sfera giuridica di terzi, ma solo laddove il danno o la messa in pericolo degli altrui interessi consegua all'adozione di particolari e specifiche condotte ritenute dall'ordinamento particolarmente censurabili. D'altro canto, proprio dalla possibilità di far ricorso alla più severa sanzione criminale solo quando l'aggressione di un bene giuridico meritevole di protezione sia stata realizzata con particolare intensità ed insidiosità deriva la conclusione che l'utilizzo di tale terribile tipologia punitiva risulti legittimo esclusivamente quando le forme di reazione approntate dagli altri rami dell'ordinamento abbiano dimostrato la loro inadeguatezza sia in termini di protezione dei valori investiti dalla condotta illecita che in ragione della gravità e violenza di quest'ultima²⁹.

In che termini i due principi della frammentarietà e sussidiarietà del diritto penale vengano ad interagire con la tematica che stiamo affrontando è agevole comprendere. Se la criminalizzazione di una determinata condotta è legittima non nella misura in cui la stessa attenti a determinati beni giuridici – ed in particolare all'altrui patrimonio, – ma solo se tale aggressione è condotta secondo forme o modalità di offesa che si ritengono particolarmente intollerabili, allora è evidente che la mera circostanza che in sede civile o tributaria venga riscontrata un'ipotesi di violazione della disciplina in tema di *governance* aziendale o di contabilità o di gestione del patrimonio societario non è sufficiente perché tale condotta determini una reazione anche in ambito penalistico, proprio perché la risposta penale deve dirigersi verso forme di comportamento che presentino una maggiore lesività degli interessi coinvolti nella vicenda e soprattutto una maggiore connotazione di insidiosità e fraudolenza. Detto altrimenti, la qualificazione di illiceità o illegittimità che una determinata condotta riceve in un ambito dell'ordinamento nazionale non può determinare automaticamente una valutazione di criminosità della medesima, dovendo il fatto di reato presentare una sua specificità in termini di intensità dell'offesa sì da doversi valutare inadeguata ogni altra risposta diversa da quella penalistica e da giustificare di conseguenza la scelta di punire il responsabile in maniera particolarmente severa, limitandone la stessa libertà personale³⁰.

²⁹ BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., (a cura di DE ACUTIS, PALOMBARINI), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589; PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 952; PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri della criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453; PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Dig. Disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64; FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000.

³⁰ Sulla natura del diritto penale quale *extrema ratio*, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Roma- Bari, 2011, 197. Nel senso di un necessario collegamento fra il carattere frammentario del diritto penale e la sua

Da ultimo, subordinare la contestazione di un illecito societario alla presenza nella condotta del singolo delle caratteristiche di fraudolenza cui si è fatto cenno è opzione che deve ritenersi ormai imposta dalla consolidata giurisprudenza sovranazionale in tema di *ne bis in idem*.

Non è certo questa la sede per ricostruire il dibattito e le tematiche connesse al divieto di doppio processo ed alla diversa posizione in proposito assunta per lungo tempo dalla Corte di Giustizia Ue, dalla Corte dei diritti e dalla giurisprudenza italiana più risalente³¹, né l'evoluzione della materia segnata dalle più recenti decisioni assunte dalla Cassazione³² e dalla Corte costituzionale³³ dopo la pronuncia della Grande Camera 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia e le tre sentenze emesse dalla Grande sezione della Corte di Giustizia in tema di compatibilità con il diritto dell'Unione del sistema italiano del doppio binario penale/amministrativo, profilo riguardato con riferimento al doppio binario sanzionatorio in materia di reati tributario (causa Menci, C-524/15), in tema di abusi di mercato (causa Garlsson Real Estate e a., C-537/16) ed infine in materia di insider trading (cause Di Puma,

natura sussidiaria rispetto agli strumenti sanzionatori e di reazione presenti in altri ambiti dell'ordinamento, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 163; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141.

³¹ In proposito, ogni tentativo di fornire una bibliografia sul tema risulterebbe inadeguato: ci si limiterà, quindi, in questa nota e nelle seguenti, ad un'indicazione parziale e senza alcuna pretesa di completezza.

Quanto agli scritti più risalenti, cfr. CHIAVARIO, *La compatibilità del ne bis in idem previsto dall'art. 11, comma primo, c. p. con il diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Giur. cost.*, 1967, 301; PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894; LOZZI, «Profili d'un'indagine sui rapporti fra ne bis in idem e concorso formale», Milano, 1974.

Per lavori più recenti ma comunque precedenti la sentenza Grande Stevens cui si fa menzione nel testo e che ha segnato il momento di "riscoperta" della problematica del nostro paese, cfr. NICOSIA, «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale», Torino, 2006, 39; SALCUNI, «L'europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive», Milano, 2011, 411; VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 5; DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nel contesto della cooperazione giudiziale: beni orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Giur. di Merito*, 2009, 3177; PISAPIA, PIAZZA, *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2013, 3272; RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 621; AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem fra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3889.

³² Cass., sez. III, 20 gennaio 2022, n. 2245; Cass., sez. V, 11 agosto 2021, n. 31507.

³³ Corte cost., sentenza N. 43 del 24 gennaio 2018.

C-596/16, e Zecca, C-597/16)³⁴. Basti fare cenno alla circostanza che il diritto penale dell'impresa genericamente inteso è quello in cui più facilmente può riscontrarsi una violazione del principio del *ne bis in idem*³⁵: si pensi, ad esempio, alla pluralità di sanzioni previste in tema di violazioni fiscali³⁶ commesse in ambito tributario ed in sede penale con sanzioni rivolte tanto alla persona giuridica contribuente che a quanti la gestiscono ed hanno materialmente posto in essere l'evasione fiscale o alla normativa in tema di agiotaggio societario o *market abuse* ecc.³⁷.

Orbene, procedendo per via di estrema sintesi, posto che è ormai acquisito che quando ad una medesima condotta – qualificata negativamente – l'ordinamento reagisce non solo con la risposta penale ma anche con altre modalità fortemente afflittive per l'interessato, si è in presenza di una duplice sanzione dello stesso comportamento ciò determina una violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea, per evitare una tale inosservanza o si introducono istituti e previsioni in grado di precludere lo svolgimento del giudizio penale nei confronti di un soggetto già sanzionato per il medesimo fatto in altro ambito del nostro ordinamento³⁸ o si ricostruisce la fattispecie criminosa con

³⁴ In dottrina, senza alcuna pretesa di completezza, DELLA VALENTINA, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Sistemapenale.it*; GIACONA, *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, *ivi*; SEMINARA, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2022, 1381; LANERI, *Il dialogo tra le Corti in tema di ne bis in idem: alla ricerca di un punto d'equilibrio in un percorso ancora incompiuto*, in *Arch Pen.*, 2023, fasc. 1; ANGIOLINI, *Un'applicazione del ne bis in idem al procedimento ex d.lgs. N. 231 del 2001. Cambia ancora la fisionomia del principio?*, *ivi*, fasc. 3; BINDI – PISANESCHI, *Doppio binario sanzionatorio e tutela del ne bis in idem*, in *Giur. Comm.*, 2023, 578; RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionalismo sostanziale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2023, 1676.

³⁵ GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem fra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, 216; SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo fra corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens fra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2015, 571.

³⁶ DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in www.penalecontemporaneo.it; ID., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove di dialogo fra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, *ivi*; FADALTI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in *Riv. Pen.*, 2015, 1084; MAZZA, *L'impossibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rassegna. Trib.*, 2015, 1033; PERINI, *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 14

³⁷ ZAGREBELSKY, *Le sanzioni CONSOB, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, *Giur. it.*, 2014, 1196; FLICK – NAPOLEONI, *Ad un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 8678

³⁸ Come ad esempio previsto in tema di abusi di mercato.

contenuti tali da differenziarla rispetto alla condotta (per altri aspetti assolutamente similare) che risulta già sanzionata in altro ambito del nostro ordinamento, di modo che per l'appunto risulti che le due risposte repressive disciplinate dal legislatore si dirigono verso vicende simili ma non completamente sovrapponibili³⁹. Detto in maniera più articolata, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non nega affatto che una azione censurabile assunta dal privato possa ricevere un diverso giudizio di illiceità a seconda dell'ambito normativo entro il quale tale valutazione è resa, né che nei confronti del responsabile dell'accaduto possano essere applicate più sanzioni di diversa tipologia: quello che è necessario perché possa escludersi la violazione del divieto di *bis in idem* è che quando si scelga di attribuire valenza (anche) penale ad una condotta tale opzione non si giustifichi solo sulla base del fatto che il comportamento del singolo presenta una generica difformità rispetto a quei dettami normativi la cui inosservanza giustifica invece l'applicazione di una sanzione in sede civile, amministrativa o in ambito tributario, ma che si connoti per una particolare specificità atta a segnare una differenziazione rispetto ad altre tipologie di illecito giacché è solo questa differenza che legittima e giustifica la punizione che viene comminata in sede criminale. Riportando queste indicazioni al tema oggetto di questo lavoro ne deriva che forme di gestione dell'impresa, pur quando se ne riscontri la censurabilità in sede di giudizio civile o in una controversia con l'Erario, non per questo ha anche una rilevanza penale giacché per approdare a quest'ultima valutazione occorre che la condotta contestata sia posta in essere con modalità particolarmente riprovevoli e maggiormente significative in ordine all'aggressione e lesione degli interessi protetti dalla fattispecie incriminatrice⁴⁰.

E' noto, infatti, che l'art. 187-*terdecies* d.lgs. n. 58 del 1998 – introdotto con il d.lgs. n. 107 del 2018 – prevede che quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies* ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato, l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate e l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria.

³⁹ Per una tale sottolineatura, DELLERBA, *L'irriducibile ossimoro del giudicato cautelare e il criterio dell'idem factum*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2022, 1538; NASCIMBENE, *La Corte di giustizia (C-203/20) ancora in tema di ne bis in idem (nella sua declinazione nazionale) e necessità di una valutazione nel merito*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2022, 918; CAPPALÀ – COLANGELO, *La Grande sezione della Corte di giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in www.europeanrights.eu.

⁴⁰ In questo senso Corte di Giustizia Ue, Frasson C-617-10 del 26.2.2013 (su cui VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem in materia penale: un*



Acclarato, dunque, che l'ordinamento statale ben può affiancare alla sanzione penale una risposta repressiva di altro genere, purché la fattispecie criminale presenti connotazioni che la differenzino in maniera significativa da altre tipologie di illecito contestate in altri ambiti normativi, diventa necessario stabilire quali siano le modalità che attribuiscono valenza criminale ad una condotta altrimenti penalmente non rilevante, quali siano cioè le connotazioni concrete della vicenda che ne legittimano la punibilità quale fatto di reato. La risposta al quesito ci pare costituita dalla circostanza che in sede penale debbano trovare considerazione solo quelle violazioni di prescrizioni di natura non penale che si presentino accompagnate da condotte truffaldine e decettive.

In materia di gestione dell'economia, dunque, il diritto penale deve saper tacere solo quando ritiene di non saper parlare ma anche quando vi sono già altri saperi ad esprimersi.

recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, nonché Corte di giustizia, 14.12.2000, Emsland-Stärke, causa C-110/99.