



BREVE DISAMINA DEL FALSO IN BILANCIO NELLE SOCIETÀ NON QUOTATE

Daniele Baldassarre Giacalone e Sonia Mazzucco**

* Avvocato e Dottore Commercialista in Palermo. Membro del CdA della Fondazione Centro Studi UNGDCEC e Responsabile della Commissione di Studio dell'UGDCEC di Marsala

** Dottore Commercialista in Roma. Membro del CdA della Fondazione Centro Studi UNGDCEC e Vice Presidente dell'UGDCEC di Roma

ABSTRACT

Dopo un anno dalla sua riforma ritorna in voga il reato di falso in bilancio.

Nel presente documento viene analizzata, seppur brevemente, la nuova disciplina prevista dagli articoli 2621 e seguenti del codice civile, anche alla luce della sentenza n. 22474 delle SS.UU. del 27 maggio 2016, la quale ha sancito che a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015, in tema di false comunicazioni sociali, il c.d. “falso valutativo” mantiene il suo rilievo penale.

Il lavoro affronta, inoltre, il rapporto fra il reato di bancarotta e gli articoli 2621 e 2622 c.c..

Sommario: 1. Premessa. - 2. Contenuti della riforma. - 2.1. Il delitto di “false comunicazioni sociali”. - 2.2. Fatti di lieve entità. - 2.3. Non punibilità per particolare tenuità del fatto – 2.4. Il “falso valutativo” e l’orientamento delle Suprema Corte di Cassazione. - 3. Applicabilità delle nuove disposizioni. - 4. Alcune considerazioni di carattere generale sul concorso del professionista. 5. Bancarotta e false comunicazioni sociali.

1. Premessa

Con l'entrata in vigore della c.d. “Legge Anticorruzione” (L. n. 69/2015) recante “*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazione di tipo mafioso e di falso in bilancio*”, a decorrere dal 14 giugno del 2015, si è avuta una sostanziale modifica della disciplina afferente le “false comunicazioni sociali”.

Detta riforma ha interessato taluni articoli del Codice civile, ossia il 2621, ancora oggi rubricato “*False comunicazioni sociali*”, ed il 2622, che regola la medesima fattispecie con riferimento, però, alle società quotate. Sono stati, poi, introdotti *ex novo* gli articoli 2621 *bis* e 2621 *ter*, che regolano rispettivamente i “*Fatti di lieve entità*” e la “*Non punibilità per particolare tenuità*” del fatto.

Con detta riforma, il Legislatore ha voluto (o quantomeno ha tentato di) superare le critiche nate dalla precedente depenalizzazione delle fattispecie di reato derivanti dalle false comunicazioni sociali, rendendo, inoltre, più organica la disciplina.

La pluralità di disposizioni dedicate alla materia si spiega, da un lato, con il fatto che rimane la distinzione di trattamento della condotta illecita a seconda che il mendacio contabile promani o meno da una società quotata e, dall'altro, con la scelta di regolamentare in

maniera analitica il regime sanzionatorio da riservare ai falsi delle persone giuridiche non quotate.

L'intervento normativo rende difficile un giudizio uniforme. Invero, in base ad un'interpretazione strettamente giuridica è apprezzabile lo sforzo del legislatore su alcuni punti della riforma, quali, ad esempio, la *“perseguibilità d'ufficio dei delitti in discorso – salvo il caso che la comunicazione promani da società non fallibili ex art. 1 co. 2 del RD 267/92”* e la *“scomparsa delle tanto criticate soglie di punibilità ...”*¹.

Secondo un'ottica, invece, economico-aziendale, detto impianto normativo si rivela particolarmente insidioso per il redattore del bilancio, essendo, detto documento contabile, frutto di stime che, in quanto tali, sono soggette a diverse (spesso contrastanti) interpretazioni.

2. I contenuti della riforma

Come accennato in premessa, la disciplina in esame distingue tra false comunicazioni sociali in società non quotate (art. 2621 c.c.) e false comunicazioni sociali in società quotate (art. 2622 c.c.), sanzionando entrambe le fattispecie come **delitto**. Altre novità di rilievo sono:

- l'inasprimento delle pene;
- la perseguibilità d'ufficio;
- l'eliminazione delle soglie di non punibilità;
- l'apparente abrogazione dalla norma che punisce il c.d. *“falso valutativo”*.

2.1. Il delitto di *“false comunicazioni sociali”*

I **soggetti attivi** del reato di falso in bilancio, così come avveniva anche per il passato, sono coloro che svolgono le attività tipiche legate alla documentazione contabile della società. Più precisamente tali figure vengono individuate negli amministratori, nei direttori generali, nei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, nei sindaci e nei liquidatori².

1 Cfr. Ciro Santoriello, Il nuovo reato di falso in bilancio, EUTEKNE, 17 novembre 2015, pag. 33.

2 *“A questi soggetti vanno aggiunti:*

- *coloro che, ex art. 2639 co. 2 c.c., sono legalmente incaricati dall'Autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi (si pensi, ad esempio, agli amministratori giudiziari nominati ex art. 2409 c.c.);*
- *chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria (art. 135 del DLgs. 385/93);*
- *le persone che hanno la direzione del consorzio con attività esterna (art. 2615-bis c.c.);*
- *gli amministratori ed i liquidatori del GEIE (art. 13 del DLgs. 240/91)”*.

Ai soggetti formalmente investiti delle funzioni di cui sopra sono stati equiparati dalla giurisprudenza *“coloro che (in particolare, gli amministratori), a prescindere da qualsiasi investitura, esercitano 'di fatto' le medesime funzioni. Tale elaborazione giurisprudenziale è stata recepita dall'art. 2639 co. 1 c.c. (inserito dall'art. 1 del DLgs.*

Quanto alla **condotta**, la nuova disposizione normativa la individua, per le società non quotate, nell'esposizione di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero, nell'omissione di fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene e, infine, nella concreta idoneità ad indurre altri in errore.

La normativa, quindi, punisce l'illecito attraverso due differenti tipologie di condotta, una **commissiva**, attraverso **l'esposizione consapevole** *"nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, ... fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero"*; e l'altra **omissiva**, consistente nella **non indicazione di** *"fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene"*.

Entrambe le tipologie di condotta devono, inoltre, essere **concretamente idonee ad indurre altri in errore**.

2.2. Fatti di lieve entità

L'art. 2621 *bis*, introdotto con la riforma del 2015, prevede che *"Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la pena da sei mesi a tre anni di reclusione se i fatti di cui all'articolo 2621 sono di lieve entità"*.

La norma in commento disciplina l'ipotesi in cui il falso in bilancio, di cui all'art. 2621, sia costituito da fatti di "lieve entità". Tale fattispecie viene qualificata dal giudice tenendo conto sia della natura e delle dimensioni della società che delle modalità o degli effetti della condotta. Analoga sanzione si applica, in base al comma secondo del citato articolo, anche nel caso in cui le falsità o le omissioni riguardino *"società che non superano i limiti indicati dal secondo comma dell'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. In tale caso, il delitto è procedibile a querela della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione sociale"*.

Si tratta, più precisamente, di quelle società:

1. con un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro 300.000,00;
2. che hanno realizzato negli ultimi tre esercizi ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro 200.000,00;
3. che hanno un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro 500.000,00.

61/2002)". Cfr. Maurizio Meoli, *Nuovo Falso in Bilancio nelle società "non" quotate*, EUTEKNE, Schede di aggiornamento, Scheda n. 1125.01 - Numero 7 - Luglio 2015.

2.3. Non punibilità per particolare tenuità del fatto

La causa di non punibilità per la tenuità del fatto, introdotta con l'art. 131 *bis* del Codice penale³, trova una specifica disciplina, per le società non quotate e per quelle non fallibili, per il reato di falso in bilancio. Infatti, il nuovo art. 2621 *ter* prevede che *“Ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto .. il giudice valuta, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli articoli 2621 e 2621-bis”*.

La legge di riforma, introducendo nel codice civile il nuovo art. 2621 *ter*, ha esteso, in sostanza, la non punibilità *ex art. 131 bis c.p.* al reato di falso bilancio.

Così come per i reati tributari, l'applicazione della causa di non punibilità per il reato di false comunicazioni sociali presenta particolari problematiche. Invero, è necessario accertare in concreto che non siano stati commessi reati della stessa indole anche nell'ipotesi in cui ognuno di questi reati sia di particolare tenuità. Conseguentemente, in presenza di violazioni contabili – penalmente rilevanti – reiterate negli anni non sarà possibile usufruire del beneficio previsto dalla norma in commento.

2.4. Il “falso valutativo” e l'orientamento delle Suprema Corte di Cassazione

Una delle questioni più controverse sorte a seguito della riformulazione degli articoli in esame ha riguardato il c.d. “falso in bilancio valutativo”.

In particolare, sono state espunte dai nuovi articoli le parole *“ancorché oggetto di valutazioni”*.

Il novellato art. 2621, modificato ad opera dell'art. 9 della L. 69/2015, prevede infatti che *“Fuori dai casi previsti dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque*

³ L'art. 131 *bis* c.p., rubricato *“Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”*, recita quanto segue: *“1. Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. ... 3. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. ...”*.

anni. La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi".

Allo stesso modo, anche nel nuovo art. 2622 c.c. è stata eliminata la parte che faceva riferimento a fatti materiali non rispondenti al vero "*ancorché oggetto di valutazioni*"; il legislatore, come già detto, cassando proprio queste ultime parole, ha fatto sì che la condotta sia ora integrata dall'esposizione, in una delle comunicazioni sociali, di "*fatti materiali non rispondenti al vero*" o nell'omissione di "*fatti materiali la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene*".

A tal riguardo, occorre chiedersi quando una valutazione presenti i connotati della falsità, tenendo conto dell'importanza che le valutazioni hanno, qualitativamente e quantitativamente, nella formazione dei bilanci di esercizio; infatti, la maggior parte delle poste di bilancio altro non sono che l'esito di procedimenti valutativi.

Ove ci si soffermasse, a titolo esemplificativo, sullo stato patrimoniale, sarebbe facilmente constatabile come la stragrande maggioranza delle poste ivi contemplate sia, appunto, frutto di valutazioni, peraltro esplicitamente disciplinate - in particolar modo - dall'art. 2426 c.c..

Certamente valutative, infatti, sono le poste accese ai crediti, laddove il criterio da applicare è quello del presumibile valore di realizzo (art. 2426, n. 8). Valutative sono, altresì, le immobilizzazioni materiali, quantomeno con riferimento alla procedura di ammortamento alla quale devono essere sottoposte e che è parametrata alla loro "*residua possibilità di utilizzazione*" (art. 2426, n. 2). Valutative sono, inoltre, le immobilizzazioni immateriali, nonché "*il procedimento di ammortamento anche di codesti assets, tra i quali spicca – nella prassi – quell'avviamento che non di rado diviene protagonista proprio delle censure mosse all'attendibilità di un bilancio (e si veda l'art. 2426, n. 6)*". Ma oggetto di valutazione (indubbiamente!) sono le rimanenze (art. 2426, n. 9), le partecipazioni (art. 2426, n. 4), persino il capitale sociale quando sia stato formato attraverso conferimenti in natura. Ed oggetto di valutazione sono gli accantonamenti per rischi ed oneri futuri (art. 2424 bis, n. 3), tanto spesso "*dimenticati*" o sottostimati da imprese in difficoltà che, per evitare l'affiorare di perdite consistenti, omettono di stanziare fondi adeguati"⁴.

Secondo gran parte della dottrina, la nuova normativa sulle false comunicazioni sociali non sembra voler punire quel margine di discrezionalità di cui possono legittimamente avvalersi gli amministratori, sempre che ciò non sia dovuto a comportamenti deliberatamente e coscientemente volti a rappresentare una situazione decisamente non reale.

In giurisprudenza, invece, l'eliminazione della locuzione "*ancorché oggetto di valutazioni*" nei

4 Cfr. Relazione per la Quinta Sezione Penale (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015), Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo Servizio Penale, Rel.: V/003/15, OGGETTO: 580006 PERSONA GIURIDICA - REATI SOCIETARI - False comunicazioni sociali.

succitati articoli, ha suscitato non poche questioni interpretative, con conseguenze sul profilarsi o meno di altre fattispecie di reato.

La recente riforma ha avuto, infatti, riflesso sulla rilevanza penale dei fatti di bancarotta impropria. Ed invero, l'art. 223 comma 2, n. 1, L.F. prevede che agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite si applichi *“la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile (...)”*;

Si pone, quindi, il problema della continuità normativa tra la vecchia e la nuova formulazione delle disposizioni in materia di comunicazioni sociali, giacché la condotta di bancarotta impropria di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, L.F. è quella di aver cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società *“commettendo alcuno dei fatti”* previsti dal codice civile quali reati societari, tra i quali sono indicati quelli di falsificazione di cui agli articoli 2621 e 2622.

È necessario, di conseguenza, verificare se i *“fatti”* previsti dall'art. 223 c. 2 n. 1 siano tuttora previsti dalla legge come reato, attesa l'entrata in vigore della citata legge n. 69/2015, che ha significativamente ridisegnato le fattispecie delle false comunicazioni sociali previste dai testi degli articoli 2621 e 2622 c.c. previgenti.

Vista la dipendenza della contestazione dei reati di bancarotta impropria dalla condotta di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. e visti i dubbi interpretativi sorti in ordine alla questione della persistente rilevanza penale del c.d. *“falso valutativo”*, con **Ordinanza n. 9186 del 2 marzo 2016**, la Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite Penali la risoluzione del contrasto giurisprudenziale sorto in tema di falso in bilancio.

La questione esaminata dalla V Sezione Penale, verteva sulla modifica dell'articolo 2621 del codice civile per effetto dell'articolo 9 della Legge n. 69/2015, nella parte in cui, disciplinando le false comunicazioni sociali, non ha riportato l'inciso *“ancorché oggetto di valutazioni”*.

Sul punto si era infatti registrato un contrasto giurisprudenziale.

Ed invero, la Cassazione, Sezione V, con **sentenza del 30 luglio 2015, n. 33774**, in relazione alla fattispecie esaminata, aveva concluso per l'**irrilevanza penale**, a seguito dell'entrata in vigore della riforma del 2015, dei falsi in bilancio basati su valutazioni estimative.

Di segno opposto era la pronuncia della Sezione V della **Cassazione, n. 890 del 12 gennaio 2016**, secondo la quale, nell'art. 2621 c.c., il riferimento ai *“fatti materiali”*, quali possibili oggetti di una falsa rappresentazione della realtà, non valeva ad escludere la rilevanza penale degli enunciati valutativi.

Sempre la Sezione V della Suprema Corte, con **sentenza n. 6916 del 22 febbraio 2016**, tornava sui suoi passi risposando la tesi dell'**irrilevanza penale**.

Orbene, al fine di dirimere il contrasto sorto, sul punto la **Corte di Cassazione a Sezioni Unite**

penali, con sentenza n. 22474 del 27 maggio 2016, ha statuito che *“Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni”*.

3. Applicabilità delle nuove disposizioni

La nuova disciplina è applicabile ai fatti commessi a partire dal 14 giugno 2015. Nel dettaglio, il reato si considera commesso nel momento in cui avviene la “comunicazione” delle false (od omesse) informazioni ai soci ed al pubblico.

Le nuove disposizioni trovano, quindi, applicazione per i bilanci approvati successivamente all'entrata in vigore della nuova legge. Rientrano nel campo di applicazione della nuova disciplina anche i bilanci di quelle società che abbiano usufruito della dilazione del termine per l'approvazione, ed abbiano provveduto a deliberarne l'approvazione stessa a partire dal 14 giugno 2015.

4. Alcune considerazioni di carattere generale sul concorso del professionista

Il presente paragrafo tratta sinteticamente gli istituti di diritto penale – parte generale – che prevedono l'estensione della responsabilità al professionista nel caso di illeciti penalmente rilevanti commessi dall'imprenditore. In particolare, è preso in esame il concorso nel reato, con riferimento ad alcuni delitti di tipo economico. Viene fatto, altresì, cenno alla responsabilità derivante da un errato governo delle politiche di bilancio e dalle false comunicazioni sociali.

È stato, inoltre, analizzato il c.d. “falso valutativo” alla luce delle recenti sentenze della Corte di Cassazione.

Le novelle intervenute in materia societaria impongono di rileggere in chiave contemporanea quei principi giurisprudenziali risalenti nel tempo, in quanto formati sotto la vigenza del vecchio art. 2621 c.c., oggi in buona parte nuovamente applicabili in virtù della recente formulazione normativa. Per quanto ovvio, occorre comunque ricordare che in passato è stato, ad esempio, affermato che *“al commercialista non è consentito seguire direttive illecite del cliente”* e che *“di fronte a queste egli può (e deve) declinare l'incarico e, qualora ciò non faccia, sarà comunque penalmente responsabile in concorso con il cliente”* (Cfr. Cass. Sez. II, 13.1.1995). In tema di consulenza professionale, è stato, altresì, ritenuto che *“qualora il commercialista indichi in concreto la via per adottare un espediente illecito o, addirittura, lo adotti di persona, quale mezzo fraudolento diretto a celare le reali condizioni economiche del*

cliente, si pone l'elemento obiettivo di incriminazione per concorso, in quanto il contributo morale così configurato è dato dal fatto che la condotta esula dall'ambito professionale" (Cfr. Cass. Sez. V, 21.10.1998).

In ordine, poi, al concorso nel reato di cui all'art. 2621 c.c., nella formulazione *ante* riforma, muovendo dal fatto che *"spesso la possibilità di realizzare complessi artifici contabili, idonei a un'efficace dissimulazione della realtà, è condizione indispensabile della successiva condotta di false comunicazioni sociali, perché tende a garantire che la menzogna non verrà smascherata"*, si è giunti a ritenere che *"chi contribuisca a tali artifici contabili, nella prospettiva della futura dissimulazione di una riserva occulta nel bilancio di esercizio di una società, offra un contributo causale determinante alla condotta criminosa punita dall'art. 2621 cod. civ., soprattutto quando le sue capacità tecniche professionali siano tali da rassicurare l'amministratore sull'efficacia del risultato dissimulativo"* (Cfr. Cass. Sez. V, 21.1.1998).

Negli ultimi anni, ad avviso degli scriventi, salvo alcune sentenze inerenti sindaci chiamati a rispondere di falso in bilancio in concorso con gli amministratori per omesso controllo sugli stessi⁵, non vi sono state pronunce di legittimità particolarmente interessanti in punto di responsabilità concorsuale del professionista nei reati societari. Tuttavia, a seguito della recente riforma, iniziano ad intravedersi alcuni orientamenti giurisprudenziali meritevoli di attenzione. Alcune delle pronunce riprendono principi già noti perché elaborati sotto la vigenza della vecchia normativa sulle false comunicazioni sociali, altre, invece, danno vita ad argomentazioni giuridiche nuove, come, ad esempio, quelle sul falso valutativo.

A tal riguardo, se si parte dall'assunto che i c.d. "bilanci falsi" sono una volontaria alterazione della realtà finalizzata ad ingannare i terzi, le "false valutazioni" costituiscono, ovviamente, un mezzo materiale per alterare i conti annuali e, conseguentemente, anche l'informativa societaria. Non sembra, pertanto, che questa fattispecie sia stata abrogata dalla nuova disciplina.

Prima di addentrarci in una breve analisi del concorso del professionista nel reato commesso dal c.d. *intraeus*, occorre effettuare una necessaria premessa. Non tutti i bilanci che siano difformi - da un punto di vista tecnico - dal "quadro fedele", possono essere considerati aprioristicamente falsi. Ed invero, un bilancio "errato", "irregolare", non per forza deve considerarsi, sotto il profilo penale, falso. Infatti, in assenza dell'elemento psicologico richiesto dalla norma incriminatrice non si configura il reato.

Si può, pertanto, essere in presenza di un bilancio d'esercizio "non falso" anche se le valutazioni si discostano dall'applicazione di corretti principi contabili per effetto di inesattezze o imprecisioni ovvero, perché le operazioni sono registrate in maniera errata.

⁵ Ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p., per mancato impedimento dell'evento che, stante la posizione di garanzia da essi rivestita, avevano l'obbligo giuridico di impedire.

Fatta questa doverosa premessa, passiamo ad analizzare succintamente alcuni degli istituti di diritto penale applicabili a tutte le fattispecie delittuose, ivi comprese quelle rientranti nell'ambito del diritto penale dell'economia, come il reato di false comunicazioni sociali, i reati tributari etc.

In primis, è opportuno ricordare che per condotta penalmente rilevante si intende un comportamento umano costituente reato posto in essere dal soggetto agente che si concretizza in un'azione o in una omissione (art. 40 c.p.). Qualunque reato, quindi, presuppone una condotta, la quale, a sua volta, presuppone un soggetto che la pone in essere, il c.d. "soggetto attivo del reato".

Di norma, qualunque individuo può essere soggetto attivo del reato e, proprio per tale ragione, nelle norme incriminatrici viene utilizzato il termine "*chiunque*". Si è in presenza, in tali casi, dei c.d. "reati comuni", che si distinguono dai reati c.d. "propri" che possono essere commessi soltanto da quei soggetti che rivestano una determinata qualifica o abbiano uno *status* precisato dalla norma, o posseggano un requisito necessario per la commissione dell'illecito.

In altri termini, il soggetto attivo del reato proprio è individuato in relazione a determinate qualità personali.

In linea di massima, la maggior parte di reati societari, fallimentari e tributari, rientrano in tale seconda tipologia di reati, ovvero quelli propri, in quanto possono essere commessi unicamente dal soggetto c.d. "*intraneus*", che riveste, appunto, una posizione qualificata. Si pensi ad esempio agli imprenditori, agli amministratori, ai sindaci o ai contribuenti.

V'è da dire, tuttavia, che la responsabilità penale, in applicazione dei principi in materia di concorso di persone nel reato, può estendersi anche all'*extraneus*. Quest'ultimo, invero, può agire quale istigatore del proposito criminoso, configurandosi in tal caso un concorso morale, ovvero come colui che pone in essere le direttive illecite dell'*intraneus*, configurandosi in tal caso un concorso materiale.

Sul piano pratico, risulta particolarmente difficile "*disegnare uno spazio realistico di concorso materiale del soggetto estraneo in tutte quelle ipotesi in cui la condotta tipica*" - oltre a dovere essere necessariamente realizzata da soggetti formali (amministratori, sindaci etc.) - "*richieda altresì un estrinsecazione nel mondo fenomenico attraverso condotte in un certo qual modo formali quali la redazione del bilancio ovvero il suo deposito, di stretta competenza di certi soggetti (per esempio gli amministratori). Maggior successo ed applicazione giurisprudenziale hanno avuto invece le ipotesi di concorso morale nel falso in bilancio da parte del soggetto extraneus*" (a tal riguardo si veda Cass., Sez. VI, 2 novembre 1990, Giorgini, in Giust. Pen., 1991, II, 352) ⁶.

6 Cfr. Nicola Mazzacova, *Il falso in bilancio, Casi e problemi*, seconda edizione, CEDAM, 2004.

Ad esempio, in relazione alla consulenza fiscale, il professionista – dottore commercialista, avvocato fiscalista, etc. – potrebbe rispondere in concorso con il cliente nell'ipotesi in cui suggerisce a quest'ultimo un mezzo fraudolento finalizzato a celare le reali condizioni economiche dello stesso, suggerendo in maniera specifica e concreta il *modus* per adottare l'espedito illecito.

Diverso è, invece, il caso del professionista che, nell'esercizio della sua professione, prospetti al cliente unicamente talune alternative di condotta.

In sostanza, al fine di evitare che vi sia una possibile responsabilità penale in capo al consulente, egli si deve limitare a prospettare, in applicazione della normativa tempo per tempo vigente in materia, diverse soluzioni giuridiche al problema posto dal cliente, illustrandone vantaggi e rappresentando, altresì, le condotte da evitare in quanto rilevanti sotto il profilo penale; questo al fine di mettere il cliente in condizione di essere informato ed operare una scelta consapevole in piena autonomia.

Per quanto concerne, poi, la tenuta della contabilità, la predisposizione della bozza di bilancio e delle dichiarazioni, si avrà responsabilità penale del professionista, a titolo di concorso, solo nel caso in cui questi svolga la prestazione in esecuzione delle direttive illecite del cliente.

Secondo la giurisprudenza, la *ratio* di tale previsione si rinviene, nel fatto che il professionista può, in tali casi, rinunciare all'incarico conferitogli.

Diverso, invece, è il caso in cui il cliente fornisca dati falsi. In tale ipotesi, infatti, non può configurarsi responsabilità penale del professionista, salvo che non vi sia prova della consapevolezza della falsità di detti dati, da parte di quest'ultimo.

Nel caso in cui la falsità dei dati forniti sia palese, invece, si configura una responsabilità del professionista, quantomeno a titolo di dolo eventuale.

5. Bancarotta e false comunicazioni sociali

Nei paragrafi che precedono abbiamo esaminato il reato di false comunicazioni sociali, prestando particolare attenzione al falso in bilancio.

Vista la stretta connessione che sussiste tra detti reati e quello di bancarotta, appare opportuna, a questo punto, una sintetica disamina di quest'ultima fattispecie delittuosa.

* * * * *

In attuazione della Legge delega n. 366 del 3.10.2001, nell'ambito dell'approvata riforma dei reati societari, veniva dato incarico al Governo di *“riformulare le norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari, prevedendo che la pena si applichi alle sole condotte integrative di reati societari che abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto”*, emanandosi, così, poi il D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61, il quale ha radicalmente modificato le

norme previste dal Titolo XI del Libro V del codice civile.

In tale contesto ci soffermeremo ad analizzare e valutare le disposizioni in materia di false comunicazioni sociali e la loro incidenza sul diritto penale fallimentare, per quanto attiene la specifica fattispecie criminosa prevista e punita dall'art. 223, comma 2, n. 1 L.F. che rinvia all'art. 216 L.F.

L'imprenditore, se dichiarato fallito, commette il reato di bancarotta fraudolenta (art. 216 L.F.) quando:

- distrae, occulta, dissimula, distrugge o dissipa, in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, espone o riconosce passività inesistenti;
- sottrae, distrugge o falsifica, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili, o li ha tenuti in modo da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

Sotto il profilo della condotta incriminata, la bancarotta fraudolenta viene quindi tradizionalmente suddivisa in "bancarotta fraudolenta patrimoniale", "bancarotta fraudolenta documentale" e "bancarotta preferenziale".

Ai sensi dell'art. 223 comma 1 L.F., il reato di bancarotta fraudolenta può essere commesso, oltre che dall'imprenditore fallito, anche dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci e dai liquidatori di società dichiarate fallite che abbiano commesso uno dei fatti contemplati nel citato art. 216 L.F.

Il comma 2 n. 1 del medesimo art. 223 L.F. amplia le condotte punite, elencando i fatti tipici previsti dagli articoli del codice civile⁷ posti in essere dagli stessi soggetti laddove abbiano "*cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società*", ed ancora ove abbiano "*cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società*". In tal caso si fa riferimento alla "bancarotta fallimentare da reato societario".

Deve preliminarmente osservarsi che la riformulazione della norma, relativa al reato di bancarotta fraudolenta da reato societario, ha profondamente modificato la fisionomia dell'istituto rispetto alla normativa previgente in quanto:

- in molti casi risultano mutati tipologia ed elementi costitutivi dei menzionati reati societari;
- non sono più state richiamate talune fattispecie di reato;
- è stato previsto l'evento "dissesto" posto in rapporto di causalità con la commissione dei fatti ivi previsti.

La dottrina, in proposito, fa riferimento alla "bancarotta impropria" in quanto si sostiene che i) il reato ivi contemplato abbia per soggetti attivi coloro che esercitano i poteri di

7 Artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632 e 2634.

amministrazione e direzione e controllo dell'impresa senza esserne i titolari (la titolarità è infatti in capo alla società dotata di autonoma soggettività giuridica), i quali agiscono in relazione a beni appartenenti ad un altro soggetto di diritto (la società appunto). ii) Inoltre si ritiene che esso riguardi non più solo l'imprenditore individuale, ma anche la società, ipotesi quest'ultima sempre più frequente e rilevante sotto l'aspetto economico-sociale che induce pertanto la dottrina a riferirsi alla "banca rotta societaria".

Quanto alle forme commissive della banca rotta fraudolenta impropria, come detto, esse sono sostanzialmente tre:

- a) la prima è quella prevista dal comma 1 dell'art. 223 L.F., che richiama le condotte di cui all'art. 216 L.F., assoggettando alle medesime pene ivi stabilite gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori che, in relazione al loro ruolo societario, commettano i medesimi fatti previsti dallo stesso articolo con riferimento all'imprenditore individuale⁸;
- b) la seconda ipotesi di banca rotta impropria, prevista dall'art. 223 L.F., è quella della c.d. "banca rotta societaria", prevista e punita dal comma 2 n. 1 del medesimo art. 223 (come novellato dall'art. 4, D.Lgs. n. 61/2002), relativamente alle condotte ivi espressamente indicate lesive di disposizioni civilistiche dalle quali sia derivato il dissesto della società;
- c) infine, la terza ipotesi, prevista nel punto 2), comma 2, del medesimo articolo 223, si configura nel caso in cui sia stato "cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società".

In sostanza può rilevarsi che tale previsione, inserendosi nel contesto delle disposizioni in materia di banca rotta, è finalizzata a tutelare l'interesse dei creditori ad essere regolarmente soddisfatti, nonché l'affidamento dei soci al buon operato dei soggetti sopra indicati.

Infatti nell'ambito delle società di capitali – caso tipico cui si riferisce la banca rotta societaria – la garanzia creditoria è rappresentata proprio dal patrimonio sociale, il quale si eleva a ruolo di "garanzia patrimoniale", nel senso che l'imprenditore non risponde di banca rotta per il semplice inadempimento, bensì laddove egli agisca in modo da vanificare il diritto dei creditori di rivalersi sul suo patrimonio.

Deve, dunque, ritenersi che l'oggetto giuridico della tutela sia di natura prettamente patrimoniale e si identifichi con l'interesse di evitare l'insolvenza o che comunque ne vengano limitate le conseguenze negative per i creditori o i soci.

⁸ In proposito, la dottrina (Antolisei) ha osservato che il sistema normativo adottato appare non scevro da critiche sotto l'aspetto tecnico-giuridico, poiché non è sufficiente sostituire al termine "imprenditore" utilizzato nell'art. 216 L.F. i soggetti indicati dalla fattispecie in esame. Infatti, come detto, è diverso l'oggetto materiale del reato, nel senso che l'attività criminosa nella banca rotta impropria deve svolgersi non su beni di proprietà del soggetto agente, ma sui beni di un diverso soggetto di diritto – che è la società – sottoposti a vincoli molto più stringenti di quanto avviene per l'imprenditore individuale.

Tuttavia si ritiene – come anche sostenuto dalla dottrina maggioritaria – che il bene tutelato nelle disposizioni in esame debba essere individuato nell’ordine economico generale, l’economia pubblica, ovvero nell’ordinato esercizio del mercato (c.d. “visione pubblicistica”). Come emerge da quanto sin qui rilevato, la bancarotta fraudolenta impropria si configura come un reato proprio, in quanto il soggetto attivo deve rivestire una delle qualifiche indicate dalla norma. In particolare rilevano gli amministratori, cioè coloro che detengono poteri diretti di gestione, organizzazione e controllo della società e che godono di una posizione di supremazia circa l’attività della stessa, che non consente loro di sottrarsi alla responsabilità penale adducendo di aver agito in forza di autorizzazioni o di imposizioni da parte di altri organi sociali.

Pur nel silenzio della norma circa il c.d. “Amministratore di fatto”, deve ritenersi che valgano – per giurisprudenza ormai consolidata – i principi dettati per l’imprenditore di diritto, in base ai quali bisogna avere riguardo alle funzioni effettivamente svolte anche in assenza di una nomina formalmente espressa da parte dell’assemblea dei soci o dall’atto costitutivo.

Accanto alla responsabilità dell’Amministratore di diritto, pertanto, vi sarà anche quella dell’Amministratore di fatto, laddove quest’ultimo risulti direttamente coinvolto nella gestione della società e sia consapevole circa i fatti illeciti commessi nell’ambito di tale gestione.

Con riferimento alla tematica in argomento, è opportuno a questo punto soffermarsi sui reati relativi al falso in bilancio richiamati dall’art. 223, comma 2, L.F. ed, in particolare, sul reato previsto dall’art. 2621 e 2622 c.c.

Al riguardo, prima della recente riforma normativa intervenuta nel 2015, è stata molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza la questione relativa al valore attribuibile alle soglie di punibilità che erano previste nella precedente formulazione del reato di false comunicazioni sociali.

L’orientamento della giurisprudenza ha ritenuto sul punto che il soggetto rispondeva del reato di bancarotta impropria solo laddove venivano provate in capo allo stesso la consapevolezza e la volontà di superare, con la propria condotta, le abrogate soglie di punibilità previste precedentemente nel corpo degli articoli 2621 e 2622 del codice civile.

Sulla questione è intervenuta anche la Corte Costituzionale che, con un’importante pronuncia⁹, ha stabilito che le soglie di punibilità dovevano essere intese quali “requisiti essenziali di tipicità del fatto” ed “elementi costitutivi del reato”.

È evidente, pertanto, l’oggettiva difficoltà che si aveva nel dover provare tale consapevolezza

9 Sentenza n. 161 del 26.5.2004.

e volontarietà nel soggetto che poneva in essere la condotta lesiva.

Inoltre, ai fini della configurabilità del reato di bancarotta impropria da reato societario, era (ed è tutt'ora) indispensabile, come detto, che i fatti presupposto abbiano causato o concorso a causare il dissesto della società.

Con la precedente riforma il legislatore delegato ha, infatti, previsto la necessità di un preciso nesso di causalità (*ex artt. 40-41 c.p.*) tra la commissione dei fatti costitutivi dei reati societari, indicati dalla norma, e il dissesto patrimoniale della società che ha portato alla dichiarazione di fallimento. In mancanza di detto collegamento, i responsabili saranno puniti con le sanzioni penali più lievi previste dal codice civile.

Ne consegue che il dissesto della società e la dichiarazione di fallimento devono derivare da comportamenti delittuosi dei soggetti sopra indicati, configurandosi quali fattispecie di reato fallimentare, dovendosi verificare che, nello specifico del reato di falso in bilancio, esso si sia consumato precedentemente e ne abbia poi, appunto, determinato il dissesto. Tale principio è ormai pacifico per quanto concerne l'orientamento giurisprudenziale, essendo richiamato anche nelle recente Sentenza della Cassazione Penale Sez. V, n. 32045 del 10 giugno 2014, la quale afferma che *"... la falsificazione del bilancio, condotta di per sé integrante il reato previsto dall'art. 2621 c.c. o, qualora correlabile alla determinazione del dissesto o del suo aggravamento quello di bancarotta da reato societario, non consente, di per sé, di ritenere consumato anche il reato di bancarotta fraudolenta documentale, dovendosi provare che dalle scritture contabili nel loro complesso non sia stato possibile ricostruire altrimenti il volume e il patrimonio del fallito di cui il bilancio ha fornito una immagine non veritiera ..."*.

In proposito, si evidenzia che la formulazione ante 2002 era stata oggetto di critiche da parte della dottrina, poiché la norma non richiedeva alcun rapporto tra la commissione dei reati societari previsti ed il fallimento della società, ciò anche in relazione al rischio di ritenere penalmente rilevanti fatti remoti nel tempo e antecedenti alla possibilità di prevedere lo stato di insolvenza della società.

Non sembra, quindi, esservi dubbio alcuno sul fatto che – alla luce della formulazione attuale – lo stato di dissesto vada considerato evento del reato. In particolare il legislatore ha predeterminato la condotta penalmente rilevante (la commissione, in via alternativa o congiunta, di taluno dei reati societari indicati dall'art. 223 L.F.), causativa dell'evento pure predeterminato (lo stato di dissesto), richiedendo la sussistenza di un nesso causale tra l'una

e l'altro.

Le violazioni degli articoli 2621 e 2622 c.c. – inseriti dal legislatore delegato nell'elenco tassativamente previsto dal punto 1, comma 2 dell'art. 223, L.F., in forza delle gravi ripercussioni patrimoniali che le false comunicazioni possono avere nell'ordine sociale – assumono, pertanto, rilievo ai fini della configurazione del più grave reato di bancarotta fraudolenta solamente laddove siano la causa, o la concausa, del dissesto.

Il dissesto, dunque, deve essere la conseguenza del fatto integrante i menzionati reati societari, anche se non è necessario che questi ultimi siano l'unica causa dello stesso, ben potendo, invece, concorrervi insieme ad altre concause. Nella pratica, peraltro, il discorso si fa molto più complesso in considerazione delle difficoltà di individuare le false comunicazioni sociali che abbiano “cagionato” o “concorso a cagionare” il dissesto poiché spesso una situazione di crisi patrimoniale e/o dissesto della società già in atto viene nascosta o camuffata mediante la redazione di bilanci non veritieri o dolosamente artefatti.

Vista la struttura del reato in esame dopo la riforma, appare chiaro che la tesi minoritaria della dottrina, secondo la quale si sarebbe in presenza di una circostanza aggravante dei reati societari in esame, sia oramai destituita di fondamento essendo pacifico che si tratti di una fattispecie autonoma di reato.

La fattispecie di bancarotta da reato societario dà vita, pertanto, ad un reato autonomo rispetto ai reati societari richiamati, come confermato dalla nuova strutturazione del delitto che richiede, appunto, il dissesto. Tale reato, in conclusione, non è complesso, in quanto la norma incriminatrice non è il risultato della somma del reato societario con l'evento dissesto, ma è la combinazione tra una componente del reato societario (il fatto) ed il fallimento, per cui le due norme si compongono l'una come *genus* rispetto all'altra che è la *species*.

Il dolo, pertanto, è richiesto sia in rapporto alla commissione del fatto societario, che in relazione alla causa del dissesto.

Va aggiunto, per completezza, che se il fatto cagiona il dissesto, ma ad esso non segue la dichiarazione di fallimento, perché la situazione di squilibrio viene sanata, il soggetto risponderà “solo” del reato societario, sempre che sussistano tutte le componenti costitutive del reato specifico.