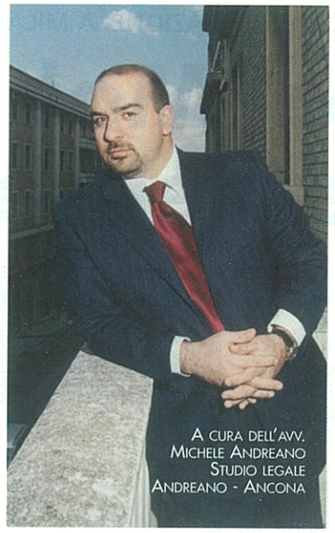
NELL'AMBITO DELLE INTERPRETAZIONI DI LEGGE, ECCO LE NOVITÀ

Falso in bilancio, si cambia

Il nuovo volto di una legge di cui si parla molto... anche per i recenti scandali nazionali

Entriamo nel cuore di una delle riforme più delicate, quella sul diritto penale societario intervenuta con D.Lgs 61/2002, occupandoci della legge sul cosiddetto Falso in Bilancio. Abbiamo chiesto all'avv. Michele Andreano di parlarcene iniziando dai punti salienti per poi estendere l'analisi alle figure di reato che hanno subito una trasfigurazione relativamente limitata, ma non per questo poco significativa, come l'Illegale ripartizione degli Utili e delle Riserve, l'illecite Operazioni sulle azioni o quote sociali e l'Omessa Convocazione dell'assemblea. Si considereranno in una seconda puntata gli interventi, veramente innovativi, sulle ipotesi di Infedeltà, tentando un raccordo sommario con le disposizioni della riforma Vietti sulla direzione e coordinamento di società.



A CURA DELL'AVV. MICHELE ANDREANO
STUDIO LEGALE ANDREANO - ANCONA

Alla luce del D.Lgs. 61/2002, il volto del reato in commento ha subito una profonda trasformazione. Al di là delle considerazioni di ordine politico, infatti, lo spirito della Riforma si struttura attorno a due esigenze: la diversificazione delle fattispecie in ragione della loro maggiore o minore capacità offensiva, ferma restando la loro identità quanto alla condotta e al profilo soggettivo, la necessità di una maggiore tipizzazione del fatto criminoso.

1. Così impostata la questione, occorre preliminarmente soffermarsi sulla diversificazione delle fattispecie in ragione della loro progressiva offensività.

Il Legislatore delegato ha previsto un'ipotesi contravvenzionale (art. 2621 C.C.), caratterizzata dall'assenza di un danno patrimoniale ai soci o ai creditori della società e costituente, pertanto, reato di pericolo (si noti però che la richiesta idoneità ingannatoria della condotta sembra ascrivere la fattispecie alla categoria dei reati di pericolo concreto); un'ipotesi delittuosa procedibile a querela (art. 2622 C.C.), per il caso di presenza di un danno ai soci o ai creditori, caratterizzata dal fatto che la condotta, sia nella sua forma commissiva, che in quella omissiva, si perfeziona con la causazione del danno, assurgendo, quindi, nella forma di omissione, a reato omissivo improprio; un'ipotesi delittuosa procedibile d'ufficio (art. 2622, co.3, C.C.) per il caso di danno ai soci o ai creditori di una Società quotata.

2. Occorre ora analizzare l'avvenuta tipizzazione del reato in commento.

Il Legislatore delegato ha mantenuto la configurazione del "reato proprio" degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori, esteso, in passato, dall'interpretazione giurisprudenziale (non senza critiche della dottrina incentrate sulla violazione del divieto di analogia in materia penale) e, oggi, dal disposto dell'art. 2639 C.C., all'ipotesi di amministratore di fatto. La condotta criminosa descritta dal nuovo reato può essere di due specie: omissiva (omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo) oppure commissiva (esposizione di fatti materiali, ancorché oggetto di valutazione, non rispondenti al vero). Quanto all'ipotesi commissiva, si segnala che la richiesta materialità dei fatti ha la funzione di escludere dall'ambito della punibilità il falso nei pronostici, nei progetti e nei piani finanziari futuri, mentre l'inciso "ancorché oggetto di valutazione" vuole riferirsi solo alle valutazioni tecniche, ragionieristiche o bilancistiche, che rientrano nelle funzioni proprie degli organi sociali.

L'ipotesi commissiva a mezzo di falso nelle valutazioni, resta nell'ambito della innocuità e, conseguentemente, non assurge a condotta sanzionabile se non ha determinato un'alterazione del valore, quale risultante da una corretta valutazione almeno superiore al 10%.

Ancora nel segno della puntuale descrizione del fatto penale, è posto l'ulteriore requisito che il falso o l'omissione riguardino i documenti contabili tipici o le "altre comunicazioni previste dalla legge dirette ai soci o al pubblico", così escludendo la punibilità per i falsi affidati a comunicazioni diverse, quali comunicati stampa, comunicazioni interorganiche etc.

Sul punto non può omettersi qualche parola sulla disputa dottrinale, nel vigore della vecchia normativa, in merito all'estensibilità del disposto normativo ai casi di false comunicazioni alle Autorità di Vigilanza da parte delle società quotate. Già dal 1998 l'art.174 del t.u.f. puniva il c.d. falso in prospetto, ora oggetto di specifica previsione nell'art. 2623 C.C.

Ulteriore profilo della nuova fattispecie risiede nell'elemento soggettivo.

Occorre in proposito ricordare che nel vigore della precedente disciplina l'avverbio "fraudolentemente" era stato oggetto di diverse interpretazioni, ritenendosi, da parte di taluno, che esso non escludesse la punibilità dei fatti commessi a titolo di dolo eventuale, da altri che esso richiedesse la necessaria compresenza del dolo intenzionale (intenzione di ingannare il destinatario della comunicazione) e del dolo specifico (animus lucrandi). Il Legislatore delegato sembra aver accolto quest'ultima interpretazione.

In proposito occorre rilevare che la sentenza 25887/2003, pronunciata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, ha ritenuto essere motivo di specialità della nuova norma il passaggio da una fattispecie di dolo specifico ad una di dolo specifico ed intenzionale insieme, non escludendo la successione di leggi penali nel tempo in astratto, ma ammettendo la permanenza nell'alveo della punibilità solo previo accertamento della ricorrenza, nel caso concreto, degli elementi specializzanti richiesti dalla novella legislativa.

3. La pronuncia ultima citata, poi, ha precisato quali sono i tratti di "diversità del nuovo falso in bilancio" (uno nella condotta e trino nelle fattispecie sanzionatorie) rispetto alla vecchia ipotesi criminosa. In sintesi, la novella ha escluso i promotori ed i soci fondatori dal novero dei soggetti attivi, ha ridotto il novero delle comunicazioni sociali rilevanti ai fini del reato, ha ridotto la categoria dei fatti rilevanti ai soli fatti materiali, ha ridotto le ipotesi omissive rilevanti da quelle riguardanti fatti concernenti le condizioni economiche della società a quelle riguardanti informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge, ha precisato che la condotta rilevante deve essere decettiva, ossia idonea ad indurre in errore, ha introdotto l'intenzionalità del dolo ed ha previsto le soglie di punibilità.

1 - continua

Falso in bilancio: vecchi illeciti trasfigurati

A CURA DELL'AVV. MICHELE ANDREANO
STUDIO LEGALE ANDREANO - ANCONA

Esigenze di brevità ostano ad una trattazione approfondita della sorte riservata agli ulteriori illeciti societari. Ci si limiterà, in questa sede, a considerare alcuni esempi significativi del nuovo corso della tecnica legislativa penale- societaria.

Il disposto del vecchio art. 2621 C.C. prendeva in considerazione, ai nn. 2 e 3, le ipotesi di illegale ripartizione degli Utili. Tale norma, per effetto della Riforma, ha trovato una collocazione autonoma nel reato di cui all'art. 2627 C.C., degradando da fattispecie delittuosa a figura contravvenzionale e acquistando la caratteristica di ipotesi criminosa sussidiaria, stante la clausula di riserva "salvo che il fatto non costituisca più grave reato" volta ad escludere ogni configurabilità di concorso con reati contigui, tipico l'esempio dell'appropriazione indebita. La novella ha costituito anche l'occasione per correggere un clamoroso errore della vecchia fattispecie che, includendo, accanto agli amministratori, i direttori generali, ometteva l'elementare considerazione del carattere proprio del reato, in quanto fatto che può porre in essere solo colui che ha il potere organico di distribuire gli utili o gli acconti sui dividendi, non anche il direttore generale. La condotta incriminata è necessariamente commissiva, potendo essere integrata dalla distribuzione di utili o acconti su utili non effettivamente conseguiti, dal pagamento di utili o acconti su utili destinati, per legge, a riserva o dalla ripartizione di riserve che non possono, per legge, essere distribuite. La fattispecie comprende tutte le ipotesi già sanzionate nel previgente art. 2621 C.C.. A differenza delle false comunicazioni sociali, per il reato in commento, sembrerebbe esservi stata la successione di una norma generale ad una speciale, con esclusione di qualsiasi prospettabilità dell'abolitio criminis. La novella introduce, inoltre, un'interessante novità consistente nell'assunzione di una forma di ravvedimento operoso ("restituzione degli utili o ricostituzione delle riserve prima del termine stabilito per l'approvazione del bilancio") quale causa di estinzione del reato, in patente deroga alla regola generale di cui all'art. 54, co. 4, C.P. che vede, nel recesso attivo, una causa di diminuzione della sanzione, ma non certo di estinzione del reato.

Parimenti, i reati di operazioni illecite compiute sulle azioni o quote sociali, sono stati trasfusi, senza mutare sostanzialmente l'ambito dell'applicabilità della norma, dai vecchi artt. 2630, co.1, n. 2 e 2630-bis C.C. al nuovo art. 2628 C.C. Unica precisazione è che la novella prevede, a differenza delle formulazioni anteriori, la causazione di una lesione al capitale sociale o alle riserve indisponibili quale elemento essenziale del reato in commento. Tale considerazione ha indotto taluni ad affermare che sarebbe intervenuto il passaggio da una fattispecie di pericolo ad una di danno. Ma simili conclusioni non appaiono giustificate se è vero, come è vero, che anche nel vigore della vecchia norma difficilmente poteva immaginarsi un'acquisto di azioni o quote proprie, senza un equivalente annacquamento del capitale sociale o delle riserve indisponibili, con la sola eccezione del caso di acquisto eccedente il decimo del capitale sociale ma nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili, che, attualmente, pare l'unica casistica di operazioni illecite sulle proprie quote o azioni esente da sanzione penale. Anche in questo caso, il Legislatore ha configurato il ravvedimento operoso come causa di estinzione del reato. Alcune fattispecie precedentemente sanzionate a titolo delittuoso, poi, sono state degradate a meri illeciti amministrativi. La depenalizzazione ha interessato il reato di cui al vecchio art. 2630, co.2, n.2 C.C., oggi degradato a mera sanzione amministrativa dall'art. 2631 C.C (Omessa convocazione dell'Assemblea). La novella ha, però, esteso, l'area sanzionatoria a qualunque omissione della convocazione dell'assemblea compiuta dagli amministratori o dai sindaci e non più soltanto ai casi di mancata convocazione dell'Organo Sovrano su richiesta di minoranza, in seguito alla riduzione del capitale sociale per perdite o nei casi previsti dai vecchi artt. 2406 e 2408 C.C.. La necessità di determinatezza della norma penale, che ha ispirato la riforma, ha poi indotto il Legislatore delegato a sgomberare il campo dalle incertezze relative al momento consumativo del reato, statuendo che "qualora la legge o lo statuto non prevedano espressamente un termine" questo coincida con il trentesimo giorno "dal momento in cui gli amministratori e i sindaci sono venuti a conoscenza del presupposto che obbliga alla convocazione".

2 - fine

LE NUOVE FIGURE - L'Infedeltà patrimoniale -

Il vecchio art. 2631 C.C. puniva l'amministratore in conflitto d'interessi che omettesse di astenersi dal partecipare ad una deliberazione del Consiglio o del Comitato esecutivo. La Giurisprudenza (v. Cass.307/1991), riconosceva a tale reato la caratteristica di reato omissivo proprio, essendo l'inasprimento della pena prescritta per il caso di pregiudizio arrecato alla società un'aggravante dell'ipotesi base, ed ascriveva la figura criminosa nel novero dei reati di pericolo.

Il Legislatore delegato, nell'intento di avanzare la soglia di punibilità nella scala dell'offensività agli interessi tutelati, ha configurato il danno patrimoniale (non più il mero pregiudizio) come elemento essenziale del reato che segna il momento consumativo dello stesso e che, conseguentemente traduce la figura criminosa nella sfera dei reati di danno. La condotta sanzionata non è più la mancata astensione dalla partecipazione alla deliberazione dell'organo amministrativo o esecutivo, ma può consistere anche nel compimento di atti di disposizione, sia di beni sociali che di beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. Quanto all'elemento soggettivo del nuovo reato, anche qui, come nel falso in bilancio, si richiede il dolo intenzionale (circa il danno patrimoniale) congiuntamente al dolo specifico (aver agito per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio), precisandosi, che non integra un ingiusto profitto quello procurato ad una società del gruppo se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili. Tale ultimo inciso assume una rilevanza enorme se raccordato alla disciplina della direzione e del coordinamento di società introdotta dalla riforma Vietti. Infatti, nell'ipotesi dei rapporti infragruppo, la responsabilità civile degli amministratori della holding e della società controllata per i danni arrecati a quest'ultima dall' esecuzione di ordini o direttive derivanti dalla prima, non sussiste nel caso di conseguimento effettivo di vantaggi compensativi dei danni subiti. La responsabilità penale, stando al dettato della norma in esame, sembra assistere la norma civile, escludendosi la soggezione a pena, per mancanza dell'elemento soggettivo, nel caso di ragionevole aspettativa dei vantaggi compensativi. Ciò considerato, sembrerebbe che, nel caso in cui gli amministratori della holding impartiscano una direttiva agli amministratori di una controllata e l'esecuzione di tale direttiva comportasse un danno alla controllata medesima, sussisterebbe responsabilità penale di tali amministratori se, al momento dell'esecuzione della direttiva, i vantaggi compensativi non erano ragionevolmente prevedibili, altrimenti, nel caso di vantaggi compensativi previsti e poi non realizzati, permarrebbe la sola responsabilità civile. Alla fattispecie appena esaminata, il Legislatore delegato ha affiancato l'Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 1635 C.C.), già denominata "corruzione privata".

Tale reato descrive una condotta sia nella forma commissiva (compiere atti in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio) sia nella forma omissiva (omettere atti in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio), individuando, comunque, il momento consumativo nella causazione di un nocumento alla società e ponendosi dunque, nell'ipotesi omissiva, come reato omissivo improprio. Sembra ragionevole sostenere che la dazione o la promessa di utilità da parte del terzo "corruttore" debbano aver determinato o comunque influenzato il soggetto agente. L'elemento soggettivo è, qui, il dolo generico. Il terzo "corruttore" soggiace alla stessa pena del soggetto attivo del reato.