



Economía y Derecho penal en Europa:
una comparación entre las experiencias italiana y española

Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico
Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014

[cursos _congresos _simposios](#)

**Economía y Derecho penal en Europa:
una comparación entre las experiencias italiana y
española**

Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal
económico (Università degli Studi di Milano, Milano,
29-30 de mayo de 2014)

Edición a cargo de Luz María Puente Aba

A Coruña 2015

Universidade da Coruña
Servizo de Publicacións

Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico (Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014)

PUNTE ABA, Luz María (editora)

A Coruña, 2015

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións

Cursos_congresos_simposios, n.º 140

N.º de páxinas: 318

17x24 cm

Índice: páx. 5-6

ISBN: 978-84-9749-632-2 (impreso)

ISBN: 978-84-9749-732-9 (electrónico)

Depósito legal: C 2313-2015

CDU: 343(460+450)(063)

IBIC: LNF | 1DSE | 1DST

EDICIÓN

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións (<http://www.udc.gal/publicacions>)

© Universidade da Coruña

© Os autores

Esta obra foi revisada e avaliada por dous expertos non pertencentes á UDC

DISTRIBUCIÓN

Galicia:

- Consorcio Editorial Galego. Av. da Estación 25, 36812 Redondela (Pontevedra)
pedimentos@coegal.com

España e internacional:

- Logística Libromares, S.L. C/ Matilde Hernández 34, 28019 Madrid (España)
pedidos@libromares.com
- Pórtico Librerías. C/ Muñoz Seca 6, 50005 Zaragoza (España)
distribucion@porticolibrerias.es

Deseño da cuberta: Julia Núñez Calo

IMPRIME

Lugami Artes Gráficas

Reservados todos os dereitos. Nin a totalidade nin parte deste libro pode reproducirse ou transmitirse por ningún procedemento electrónico ou mecánico, incluíndo fotocopia, gravación magnética ou calquera almacenamento de información e sistema de recuperación, sen o permiso previo e por escrito das persoas titulares do *copyright*.

Índice

Eva María Souto García Presentación Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico: Economía y Derecho penal en Europa. Una comparación entre las experiencias española e italiana	7
María Acale Sánchez La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español	11
Javier Gustavo Fernández Teruelo El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma	55
Francesco Viganò I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare	77
Luz María Puente Aba Tutela penal del inversor / consumidor e ilícitos penales en la empresa	111
Juan Carlos Hortal Ibarra Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal	149
Luigi Foffani Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato	225
Sergio Seminara Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali	237
Patricia Faraldo Cabana Acerca de la idoneidad de la sanción pecuniaria para personas jurídicas. Una reflexión de Derecho español con apuntes de Derecho italiano	251

Norberto J. de la Mata Barranco	
Los protocolos de prevención de delitos en el ámbito empresarial: el referente de los modelos de organización y gestión de la regulación italiana ...	273
Antonio Fiorella / Nicola Selvaggi	
‘Compliance programs’ e dominabilità ‘aggregata’ del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale	293

Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali

SERGIO SEMINARA

Professore Ordinario di Diritto penale Università degli Studi di Pavia

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le riserve extrabilancio e il reato di false comunicazioni sociali. – 3. Le riserve extrabilancio e il reato di appropriazione indebita. – 4. Le riserve extrabilancio e il reato di infedeltà patrimoniale. – 5. Le riserve extrabilancio e il reato di corruzione privata. – 6. Linee conclusive dell'indagine.

1. Introduzione

Fra tutti i numerosi e gravi problemi che attualmente (e in specie a far data dall'emanazione del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61) affliggono il sistema dei reati societari, a livello politico e mass-mediatico quello inerente ai reati di false comunicazioni sociali – spesso menzionati, in conseguenza di una non sempre consapevole sineddoche, come falso in bilancio – è riuscito a imporsi, fino a oscurare ogni altro.

In particolare, agli artt. 2621 e 2622 c.c. viene contestato di restringere oltre misura l'ambito della punibilità, soprattutto attraverso le soglie riferite al risultato economico di esercizio, al patrimonio netto e alle valutazioni estimative. Inoltre, mentre l'art. 2621, per la natura contravvenzionale e la mitezza della sanzione, conosce termini prescrittivi che di fatto ne paralizzano l'operatività, l'art. 2622 stabilisce, con l'eccezione delle società quotate, la procedibilità a querela, così depotenziando fortemente la sua funzione repressiva¹. Le critiche all'opzione legislativa non si limitano peraltro alla

¹ Per tutti, valgono le citazioni di CRESPI, "Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta", in *Rivista delle società*, 2002, p. 44 ss.; PEDRAZZI, "In memoria del 'falso in bilancio'", *ivi*, 2001, p. 1369 ss.

carezza di tutela della trasparenza societaria e degli interessi patrimoniali di quanti, a vario titolo, entrano in rapporti giuridici con le società commerciali; a monte – e proprio sotto il profilo in esame va colta la ragione della centralità del problema delle false comunicazioni sociali rispetto a tutti gli altri reati societari – viene infatti ravvisato, nella vigente configurazione degli artt. 2621 e 2622 c.c., un grave ostacolo alla lotta contro il fenomeno corruttivo. Questo, in estrema sintesi, è il ragionamento seguito.

La commissione di reati di corruzione, posti in essere da soggetti operanti per conto di imprese, richiede la previa formazione di riserve extrabilancio, alle quali attingere per la corresponsione delle tangenti. Ora, l'elevatissima cifra oscura di tali reati può essere contrastata attraverso il tracciamento dei capitali oggetto dell'illecita dazione, provenienti dalle società, solo qualora per i fondi neri da esse costituiti sia prevista una cornice di pena in grado di consentire l'adozione di mezzi di ricerca della prova e misure cautelari oggi precluse dalle sanzioni minacciate dagli artt. 2621 e 2622 c.c. Donde l'istanza verso una riformulazione di queste fattispecie, volta essenzialmente a restituire loro la struttura di reati di condotta, a eliminare le soglie di non punibilità e a innalzare il limite massimo della pena detentiva.

Invero, non è possibile dubitare che una riforma degli artt. 2621 e 2622 c.c. sia necessaria. Perplessità insorgono, per contro, rispetto alla proiezione di tale riforma sul tema della lotta alla corruzione.

2. Le riserve extrabilancio e il reato di false comunicazioni sociali.

Attualmente, la creazione di fondi extracontabili² per importi inferiori alle soglie di punibilità ex artt. 2621 e 2622 c.c. non integra il reato di false comunicazioni sociali. Senza necessità di affrontare sottili questioni attinenti al dolo specifico di ingiusto profitto per sé o per altri e al dolo intenzionale, la questione della rilevanza penale dei fondi neri, laddove essi si mantengano in proporzioni “fisiologiche” con il patrimonio e il risultato di esercizio, non trova dunque modo di emergere in rapporto ai reati in esame.

Al di là della formulazione delle norme vigenti, occorre però chiedersi se davvero l'illecito di false comunicazioni sociali si presti a comprendere la costituzione di riserve

² Per la definizione del problema delle riserve extrabilancio come “un caleidoscopio che compone figure di reato differenti, ciascuna delle quali ha seguito percorsi distinti, anche se non privi di influenze reciproche”, MILITELLO, “Fondi neri e corruzione tra privati in Italia”, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 910, ove è un'attenta e articolata indagine sul tema qui affrontato.

extrabilancio. Una tale riflessione, oltre che sotto un profilo di politica criminale, manifesta la propria attualità alla luce delle numerose proposte di riforma presentate in Parlamento relativamente agli artt. 2621 e 2622 c.c.³, che – alla luce di quanto riportato sui quotidiani in merito ai programmi del Governo – dovrebbero presto approdare a un risultato. Allo scopo di avvicinarci a questo prossimo futuro, possiamo prendere in esame il disegno di legge S. 19, presentato in Senato il 15 marzo 2013 dal sen. Grasso come primo firmatario e assegnato alla 2^a Commissione permanente (Giustizia) in sede referente.

Gli artt. 4 e 5 di tale progetto mantengono il dualismo tra gli artt. 2621 e 2622, ora però costruiti entrambi come delitti e differenziati solo sul piano sanzionatorio (rispettivamente, da uno a cinque anni ovvero da due a sei anni di reclusione) in ragione dell'appartenenza dei soggetti attivi, nell'art. 2622, a "società con azioni quotate in mercati regolamentati o che emettono o garantiscono strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati ovvero diffusi tra il pubblico in misura rilevante". In particolare, entrambe le norme puniscono, in presenza del "fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto", l'esposizione di informazioni false e l'omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge "sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo concretamente idoneo a indurre in inganno i destinatari sulla predetta situazione".

La relazione al disegno di legge ha cura di sottolineare – confermando quanto prima si rilevava in ordine alla funzione che si vorrebbe attribuire all'incriminazione – che "le misure proposte configurano il delitto di falso in bilancio punibile con pene che consentono le misure cautelari detentive e le intercettazioni telefoniche e lo qualificano come reato di pericolo concreto". Il problema risiede tuttavia proprio nell'oggetto del pericolo: sebbene la relazione osservi come la nuova formulazione sia "rispettosa dell'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", in realtà qui si apre un'alternativa ermeneutica. Da un lato è infatti possibile ritenere che il requisito dell'idoneità del falso attiene solo alle modalità della comunicazione o dell'omissione, mentre la soppressione dell'esigenza di un'alterazione "sensibile" (artt. 2621, comma 3 e 2622, comma 7, c.c.) esprime il ripudio di qualsiasi parametro quantitativo; dall'altro lato risulta invece sostenibile

³ Un'analisi di tali proposte, presentate nel corso della legislatura, è in SEMINARA, "Riflessioni in tema di riforma dei reati societari", in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 141 ss.

che, dovendo la falsità o l'omissione vertere sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, resta ferma la non punibilità delle comunicazioni od omissioni (ivi comprese, dunque, le riserve occulte) che non alterano significativamente la rappresentazione del quadro societario e risultano così inidonee all'inganno⁴.

Come si vede, se il disegno di legge in esame dovesse essere approvato dal Parlamento, in ordine al problema dei fondi neri si riproporrebbe il medesimo dibattito svoltosi sotto il previgente art. 2621 c.c., che qui conviene riprendere nei suoi termini essenziali riferiti al periodo immediatamente precedente la riforma del 2002.

In giurisprudenza si segnalavano in particolare due sentenze, entrambe attinenti a riserve occulte costituite all'interno di gruppi societari e per importi straordinariamente ingenti (circa 153 miliardi di lire nell'un caso e circa 40 miliardi di lire nell'altro). La prima pronuncia affermava la configurabilità dell'art. 2621 osservando che “non solo i saldi dei conti assumono un significato descrittivo delle condizioni economiche della società, bensì anche gli elementi dalla cui combinazione essi risultano. Ed è anche vero che la rilevanza ai fini della descrizione di tali condizioni non dipende soltanto dall'importo contabile di una determinata operazione e dalla sua incidenza percentuale sui conti, bensì anche dal significato che quell'operazione può assumere per ricostruire la rete dei rapporti sociali ed economici in cui l'impresa e il suo *management* si inseriscono. (...) Insomma le condizioni economiche di un'impresa dipendono significativamente dalla sua identità, che è definita da una quantità di elementi ben più estesa e complessa del semplice saldo dei suoi conti o dell'incidenza che una singola operazione può avere su di essi”⁵. La seconda decisione, richiamando espressamente la precedente, osservava che “la rilevanza del dato elementare (la singola posta o voce in bilancio, non veritariamente esposta e fraudolentemente nascosta) dipenderà dall'impatto prodotto sulla rilevanza del bilancio a cui essa appartiene. In particolare occorrerà verificare non solo la sua incidenza sulle grandezze di sintesi (reddito e capitale netto), la cui conoscenza è utile ai soci *uti singuli*, ai futuri soci, ai creditori e, in genere, ai terzi interessati, ma anche l'impatto sui rapporti con altre classi di valori, quale l'interesse generale al regolare funzionamento delle società commerciali nell'ambito della economia nazionale,

⁴ Sotto questo profilo è da rilevare che l'art. 10.1, lett. a), n. 1 dello *Schema di disegno di legge delega*, predisposto dalla commissione Mirone e consegnato ai Ministri della Giustizia e del Tesoro il 15 febbraio 2000, rispetto al reato di false comunicazioni sociali stabiliva, con maggiore precisione, che “la condotta deve essere idonea a trarre in inganno i destinatari sulla predetta situazione”.

⁵ Cass., 21 gennaio 1998, Cusani, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 315 s.; la sentenza è annotata da PEDRAZZI, secondo cui l'andamento qualitativo e quantitativo dei costi e dei ricavi può fornire indicazioni oggettive circa le potenzialità di reddito future.

l'interesse dell'amministrazione finanziaria alla percezione dei tributi dovuti partendo dal risultato economico del bilancio civilisticamente chiaro, veritiero e corretto, e pure quello extrasociale, di carattere pubblicistico, relativo al controllo dei flussi finanziari (...); non esclusa, infine, la "reputazione" stessa della società, la cui salvaguardia può dipendere anche da eventi apparentemente poco rilevanti se indicati dal semplice ammontare del valore rappresentato in bilancio"⁶.

Ora, è innegabile che tali argomentazioni pecchino di una genericità tale da trasformare la plurioffensività in onnicomprensività. Pure riconoscendo l'enormità degli importi delle riserve extracontabili (che tuttavia, nei casi di specie, avevano una modestissima rilevanza rispetto ai valori patrimoniali del gruppo e non si prestavano quindi a una valorizzazione in termini relativi o percentuali), la via percorsa per giungere alla configurabilità dell'illecito – superando la questione della necessaria incidenza del falso sulle condizioni economiche della società – appariva assai fragile.

Spostando l'attenzione sulla dottrina, il punto di partenza era costituito dalla distinzione tra riserve extracontabili liquide e illiquide: queste costituiscono "un puro dato contabile scaturente da una sottovalutazione delle poste attive o una sopravvalutazione di quelle passive", mentre quelle derivano da "un reale flusso di denaro o, più comprensivamente, di valori, che con modalità fraudolente vengono drenati dalla società e allocati presso conti o depositi extraufficiali (e comunque nella disponibilità degli amministratori) ovvero presso soggetti terzi, fisici o giuridici"⁷. Sulla base di questa premessa, mentre la liceità delle riserve illiquide veniva prevalentemente stabilita sulla base dello scopo

⁶ Cass., 19 ottobre 2000, Mattioli e altri, in *Giur. it.*, 2001, II, p. 2353, con nota di RIVERDITI, "Si "consolida" l'orientamento giurisprudenziale sul "caso Fiat": prime osservazioni sulla sentenza della Corte di cassazione", il quale a p. 2348 rileva come "osservazioni di carattere più intuitivo-emozionale che legate ad argomentazioni giuridiche agganciate al dato normativo vigente" abbiano trasformato la fattispecie "in una sorta di fenomeno delittuoso dai contorni indefiniti, capace di attagliarsi ad ogni illecito commesso nella (scorretta) amministrazione della società". In relazione alla medesima vicenda processuale App. Torino, 28 maggio 1999, Romiti, Mattioli, in *Foro it.*, 2000, II, c. 99, con nota critica di VISCONTI, "Ancora in tema di "falso in bilancio consolidato" e riserve occulte societarie (a proposito della sentenza d'appello sul caso Romiti)", il quale nella disinvolta individuazione del bene giuridico *ex art.* 2621 ravvisa il "rischio di contribuire a scolorire ulteriormente i profili peculiari di una fattispecie incriminatrice già abbondantemente sfilacciata come quella delle false comunicazioni sociali, spingendola addirittura verso una dimensione di tutela talmente avanzata e nel contempo sfumata da insidiare, addirittura, l'ambito applicativo della normativa anti-riciclaggio"; Trib. Torino, 9 aprile 1997, in *Foro it.*, 1998, II, c. 657 (con nota di VISCONTI, "Amministratori di "holding" e "falso in bilancio consolidato": note a margine della sentenza Romiti") e in *Giur. it.*, 1998, p. 1691 (con nota di Conti, "False comunicazioni sociali e bilancio consolidato di gruppo").

⁷ IACOVIELLO, "La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti", in *Cass. pen.*, 1995, p. 3561; *vid.* anche Id., "Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale", *ivi*, 1998, p. 3164 ss.

perseguito dagli amministratori, rispetto alle riserve liquide un diffuso orientamento ravvisava l'art. 2621 c.c. alla luce del falso strumentale alla loro costituzione⁸.

Neppure l'orientamento appena menzionato risultava però convincente. La distinzione tra riserve liquide e illiquide, per quanto giustificata sul piano sia delle tecniche di formazione che delle loro finalità, non sembra infatti in grado di trovare riscontro in una formulazione del reato di false comunicazioni sociali ancorata alla redazione del bilancio di esercizio, prima della quale le riserve non hanno rilevanza giuridica – salvo, ovviamente, che nei casi di loro illecito impiego – e dopo la quale esse possono dare vita, ove non comunicate, a una falsità⁹. Né vale, sotto questo profilo, porre l'accento sulla carica di pericolosità notevolmente maggiore della riserva liquida per la sua “polivalente funzione criminosa” – allo scopo di sostenere che la riserva illiquida va valutata in rapporto a parametri qualitativi e quantitativi legati alla situazione economica della società interessata, mentre la riserva liquida va individuata in valori assoluti per la sua “carica di esplosività criminogena”¹⁰ –, poiché il teleologismo immanente alle riserve liquide non consente comunque una loro differenziazione dalle riserve illiquide all'interno del paradigma delle false comunicazioni sociali.

Al momento in cui intervenne il d.lgs. n. 61 del 2002 questo era dunque il quadro della situazione, caratterizzato da un'ipertrofia dell'art. 2621 c.c. motivata da intuibili ragioni politico-criminali e dalla mancanza di ulteriori fattispecie specificamente deputate a sanzionare abusi gestionali. Se oggi appare doveroso porre rimedio all'annichilimento della repressione penale nell'ambito societario realizzatosi con la riforma, risulta però

⁸ Tra gli altri FOFFANI, in PEDRAZZI / ALESSANDRI / FOFFANI / SEMINARA / SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000², p. 247 ss. Un'attenta esposizione del quadro dottrinale e giurisprudenziale è in VISCONTI, “Profili penali della costituzione e gestione di riserve societarie occulte”, in *St. iuris*, 1999, p. 547 ss.

⁹ Vid. PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, p. 473 ss. Sul punto ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 334 ss.

¹⁰ Per i passi citati (pressoché integralmente riportati in App. Torino, 28 maggio 1999, cit., c. 121 s.) IACOVIELLO, “Il falso in bilancio”, cit., p. 3165, il quale peraltro, nella nota 8, riconosce l'opportunità di “considerare l'ipotesi di scorporare dal *genus* del delitto la specifica ipotesi di costituzione di fondi occulti: una condotta connotata da mezzi fraudolenti e causalmente orientata ad un evento naturalistico, la costituzione del fondo appunto”. Vid. anche Id., “La responsabilità degli amministratori”, cit., p. 3561, ove si afferma che “giustamente le riserve illiquide vengono trattate nell'ottica del falso in bilancio, perché la loro formazione avviene appunto con la redazione del progetto di bilancio e con la sua approvazione. Il loro eventuale disvalore tutto si somma e si esaurisce nella comunicazione sociale. Le riserve liquide invece si formano prima della formazione del bilancio. Il loro disvalore si focalizza nell'abusiva gestione, prima ancora che nella inveritiera comunicazione societaria. La formazione della riserva liquida pone un problema di fedeltà degli amministratori. La formazione della riserva illiquida può porre un problema di *mala gestio*, ma mai un problema di fedeltà”.

inammissibile che il futuro legislatore decida di privilegiare il profilo delle indagini processuali rispetto alle esigenze del giudizio, ignorando i problemi emersi sotto il previgente art. 2621 e adottando una formulazione del reato di false comunicazioni sociali in grado di legittimare le più disparate e contrastanti interpretazioni.

3. Le riserve extrabilancio e il reato di appropriazione indebita

Ai fini del problema della rilevanza delle riserve occulte conviene verificare la possibilità di differenti soluzioni, cominciando la riflessione con il reato di appropriazione indebita. Il problema qui si atteggia in termini rigorosamente normativi, tutto dipendendo dalla formulazione della fattispecie: se in altri ordinamenti, come quello spagnolo, il fatto è tipizzato come appropriazione o distrazione di cose mobili o attività patrimoniali ricevute in deposito, commissione o amministrazione o a qualsiasi altro titolo dal quale derivi un obbligo di consegna o restituzione (art. 252 c.p.), il nostro art. 646 c.p. sanziona esclusivamente condotte di appropriazione di cose mobili altrui di cui l'agente abbia a qualsiasi titolo il possesso.

Le conseguenze di questi divergenti definizioni si manifestano anche rispetto al problema dell'abusiva utilizzazione di denaro della società, da parte degli amministratori, per la costituzione di riserve occulte.

Nel sistema spagnolo – fortemente condizionato pure dalla cornice sanzionatoria prevista per il reato di appropriazione indebita aggravata in rapporto all'art. 295 sull'infedeltà patrimoniale (rispettivamente, reclusione da uno a sei anni e multa da sei a dodici mesi ovvero reclusione da sei mesi a quattro anni in alternativa alla multa fino al triplo del profitto) – sembra prevalente in dottrina la tesi che riconduce all'art. 252 i casi di definitiva appropriazione o distrazione del bene, attribuendo invece all'art. 295 solo le condotte di indebitato uso temporaneo¹¹.

¹¹ FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 2000, p. 356 s.; MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Valencia, 2011³, p. 460 ss. Diff. BAJO FERNÁNDEZ / BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, p. 647 ss., i quali riferiscono l'art. 295 esclusivamente ad atti dispositivi compiuti in assenza dell'obbligo di consegna o restituzione ovvero, ricorrendo tale obbligo, con l'intenzione di consegnare o restituire il bene. Nel senso di proiettare la differenza tra gli artt. 252 e 295 c.p. sull'oggetto della distrazione, nel delitto societario rappresentato da beni e nel reato comune da denaro, BACIGALUPO, "La administración desleal en el nuevo Código Penal", in *Cuadernos de Política criminal*, 1999 (69), p. 524 ss.

Quanto all'Italia, è noto come in giurisprudenza abbia vissuto una stagione assai breve l'orientamento, in tema di costituzione e gestione a scopi illeciti di riserve extrabilancio, secondo cui "il termine "appropriarsi" non significa soltanto annettere al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui bensì anche disporre, arbitrariamente, *uti dominus* sotto qualsiasi forma"¹². Soluzione criticabile, questa, poiché dalla destinazione del denaro al pagamento di tangenti corruttive desumeva uno scopo illecito estraneo all'oggetto sociale sebbene volto a conseguirlo, così conferendo alla nozione di appropriazione indebita un significato incompatibile con l'idea del dominio esercitato sulla destinazione impressa al bene; al contrario, "sembra evidente che appropriarsi significa assoggettare la cosa a una nuova signoria (di fatto), espropriandone con ciò stesso il *dominus*"¹³.

Appariva dunque obbligato l'abbandono di questa interpretazione: se è "indiscusso che la distrazione richiede la destinazione di un bene a uno scopo diverso da quello precostituito, deve escludersi che possa essere qualificata come distrattiva, e tantomeno come appropriativa, un'erogazione di denaro che, pur compiuta in violazione delle norme organizzative della società, risponda a un interesse riconducibile anche indirettamente all'oggetto sociale. Deve ritenersi, infatti, che per aversi appropriazione sia necessaria una condotta che non risulti giustificata o giustificabile come pertinente all'azione o all'interesse della società"¹⁴. È da notare che, attraverso tale pronuncia, i giudici di legittimità riproponevano un indirizzo già precedentemente affermato proprio in tema di costituzione e gestione di fondi neri, in base al quale, "benché le attività di appropriazione e di distrazione implicino entrambe la sottrazione del bene alle sue finalità istituzionali, tali condotte si diversificano nella fase successiva della nuova destinazione, che nell'appropriazione è soggettivamente ed oggettivamente orientata ad impadronirsi della cosa, cioè ad instaurare un completo dominio su di essa immettendola

¹² Cass., 4 aprile 1997, Bussei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435, ove pure è affermato, come ulteriore principio di diritto, che "sussiste il delitto di appropriazione indebita nel fatto dell'amministratore di società che costituendo riserve di danaro extrabilancio, con gestione occulta, le distrae in favore di terzi per finalità illecite ed estranee all'oggetto sociale e alle finalità aziendali, così procurando agli stessi un ingiusto profitto".

¹³ PEDRAZZI, "Sui limiti dell' 'appropriazione'", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1444, il quale osserva: "A ben vedere il possessore che non osserva le istruzioni del *dominus*, ma continua ad impiegare il bene nell'interesse del medesimo, ne riconosce la signoria e quindi non si comporta *uti dominus*. (...) La destinazione a utilità (lecita o illecita) del *dominus* nega l'appropriazione, ponendosi come limite interno, strutturale, della fattispecie (...). Quando manchino specifiche istruzioni del *dominus*, e segnatamente nel caso di un possesso istituzionale come quello degli amministratori di società, l'individuazione del reale interesse motore potrà porre in concreto delicati problemi probatori (specie sul piano del dolo). Ma il principio giuridico non potrà essere diverso". Per un commento critico alla sentenza *vid.* anche VISCONTI, "Fondi extrabilancio, distrazione appropriativa e tutela giurisprudenziale della fiducia", in *Foro it.*, 1998, II, c. 542 ss.

¹⁴ Cass., 21 gennaio 1998, Cusani, *cit.*

nel patrimonio dell'agente, mentre nella distrazione è rivolta semplicemente ad un uso arbitrario del bene con impiego per fini diversi da quello cui destinato¹⁵.

La via per affermare attraverso l'art. 646 c.p. la rilevanza penale delle riserve extrabilancio, costituite nell'interesse della società, appare quindi sbarrata. Nello stesso senso si esprimeva peraltro la relazione al d.lgs. n. 61 del 2002, nella parte in cui l'introduzione dell'art. 2634 c.c. era motivata in forza della "sperimentata incapacità della fattispecie di appropriazione indebita (...) a fornire adeguate risposte alle esigenze di protezione del patrimonio sociale contro gli abusi posti in essere da parte dei titolari di poteri gestori". Passiamo dunque a esaminare il reato di infedeltà patrimoniale.

4. Le riserve extrabilancio e il reato di infedeltà patrimoniale

Conviene subito osservare che la centralità rivestita dal reato di infedeltà patrimoniale in altri sistemi penali dovrebbe indurre a ritenere che la soluzione del nostro problema vada individuata proprio in tale incriminazione. Tuttavia, anche all'estero si riscontrano significative criticità.

Limitando l'attenzione agli ordinamenti tedesco e francese, in Germania la costituzione di fondi neri è stata ritenuta in grado di integrare il reato di infedeltà (§ 266 c.p.) poiché, indipendentemente dalle sue finalità, la sottrazione o l'occultamento di beni all'attivo societario è comunque fonte di pregiudizio in quanto implica la loro indisponibilità, con eventuali ulteriori nocimenti connessi alla mancanza di liquidità¹⁶: donde la trasformazione di un reato di evento dannoso in un reato di pericolo, oscillante tra una natura astratta e una concreta. In Francia il problema è insorto rispetto alla configurabilità del reato di abuso di beni sociali, del credito sociale o dei poteri (artt. L. 241-3, commi 4 e 5 e L. 242-6, commi 3 e 4, cod. comm., rispettivamente per le società a responsabilità limitata e per le società anonime, con ulteriori disposizioni per le restanti tipologie societarie) per l'impiego di denaro sociale nella commissione di fatti corruttivi: la soluzione positiva adottata dalla giurisprudenza, fondata sulle sanzioni penali e tributarie cui viene esposta la società e sul conseguente pregiudizio

¹⁵ Cass., 23 giugno 1989, Bernabei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 266, con nota di MILITELLO, "Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione". Perplexità sull'orientamento in esame sono espresse da ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 330 ss.

¹⁶ BGH, 18 ottobre 2006 (2StR 499/05); conf. Id., 27 agosto 2010 (2StR 111/09), ove si aggiunge che la successiva restituzione alla società delle somme non contabilizzate non esclude la rilevanza penale del fatto.

reputazionale¹⁷, fa leva sull'incerta distinzione tra interesse sociale immediato e a lungo termine, adottando un parametro estremamente scivoloso, neppure coincidente con l'oggetto sociale – che pur presenterebbe, rispetto al tema in esame, profili non meno problematici¹⁸ – e la cui individuazione non può essere rimessa alla discrezionalità del giudice penale.

Spostandoci sull'art. 2634 c.c., la questione assume contenuti nettamente differenziati. La norma, infatti, risulta incentrata sull'intenzionale produzione di un danno patrimoniale alla società e, prima ancora, su un conflitto tra l'interesse sociale e quello perseguito dall'agente, rispetto al quale il dolo specifico di procurare “a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio” nega ogni spazio di rilevanza a condotte (come la costituzione di riserve extrabilancio) realizzate in favore della società stessa.

A sigillare definitivamente questa soluzione va notato che l'art. 2634 esaurisce il proprio raggio di tutela negli interessi patrimoniali della società, resa titolare esclusiva del diritto di querela¹⁹: la possibilità che la formazione e la gestione dei fondi neri rechino un pregiudizio ai soci di minoranza non è dunque in grado di acquisire rilievo.

5. Le riserve extrabilancio e il reato di corruzione privata

Si era prima osservato come il problema delle riserve extracontabili sia oggi proiettato sulla prospettiva di rinvenire una sorta di reato-ostacolo rispetto a fatti corruttivi. Ovviamente, tale finalizzazione è allo stesso modo riferibile alla corruzione sia pubblica che privata, rispetto a entrambe ponendosi la medesima esigenza di protezione del corretto funzionamento del sistema economico nel suo complesso e, in particolare, della concorrenza. Tale coincidenza delle ragioni di tutela è confermata dalla Decisione

¹⁷ Crim., 16 dicembre 2009, in *Dr. pénal*, 2010, comm. 37, con nota di Robert; Id., 14 gennaio 2009, in *Rev. soc.*, 2009, 405, con nota BOULOC.

¹⁸ Come nota PEDRAZZI, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 319, la riconducibilità di un atto all'oggetto sociale vale “come indice di regolarità societaria, non di fedeltà patrimoniale”.

¹⁹ È noto però che a fronte di un orientamento prevalente, che individua la “persona offesa” ex art. 2634, comma 4, nella società (o nei terzi di cui al comma 2) destinataria del danno patrimoniale (tra gli altri, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, pp. 110 e 170; BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, pp. 170 ss., 302 ss.; LA ROSA, “Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?”, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1049 ss.; Cass., 21 novembre 2006, Salini, in *Riv. guardia fin.*, 2007, p. 143), una più recente giurisprudenza riconosce il diritto di querela anche al socio (Cass., 25 febbraio 2009, Ferracini, in *Riv. pen.*, 2010, p. 803; Id., 20 febbraio 2007, Dal Ben, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1536).

Quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, il cui *considerando* n. 9 così afferma: “Gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo Stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico”²⁰.

Malgrado la sua modifica attraverso la l. 6 novembre 2012, n. 190, l’art. 2635 c.c. tuttavia appresta una repressione della corruzione privata racchiusa entro la sfera degli interessi interni alla società, in ogni caso richiedendo che il fatto abbia cagionato un nocumento all’ente per conto del quale agisce l’*intraneus* e attribuendo alla società stessa la titolarità del diritto di querela. Anche l’ultimo comma dell’art. 2635, ove viene sancita la procedibilità del reato di ufficio, qualora “dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”, mantiene inalterato il requisito del nocumento per la società²¹, così lasciando immutata un’opzione legislativa chiaramente incentrata sulla tutela di interessi privati.

La conclusione, invero paradossale, è dunque che lo sforzo teso alla ricerca di un reato ostacolo verso il fenomeno corruttivo si infrange dinanzi all’impossibilità di un’effettiva repressione del reato fine ogni volta che esso si realizza in ambiti non pubblicistici.

6. Linee conclusive dell’indagine

L’indagine svolta ha dunque come esito che la costituzione di riserve extracontabili non integra attualmente nessuna tra le fattispecie incriminatrici passate in rassegna. È vero che tale conclusione può essere smussata, qualora si consideri la configurabilità dei reati di illecito finanziamento di partiti politici (art. 7, comma 3, l. 2 maggio 1974, n. 195) e di dichiarazione fraudolenta sui redditi (artt. 2 e 3 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74); così come non può escludersi la possibilità che le riserve superino le soglie di non

²⁰ Per tutti GARGANI, “Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione”, in *La legge anticorruzione*, a cura di MATTARELLA / PELISSERO, Torino, 2013, p. 374 ss.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 191 ss.

²¹ Una parte della dottrina ha sostenuto che l’effetto distorsivo della concorrenza andrebbe correlato non al fatto tipico ma solo alla realizzazione dell’oggetto dell’accordo corruttivo (tra gli altri, BARTOLI, “Corruzione tra privati”, in *La legge anticorruzione*, cit., p. 445; SPENA, “La corruzione privata e la riforma dell’art. 2635 c.c.”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 709 ss.), così però immutando la chiara formulazione normativa (conf. MILITELLO, “Fondi neri, cit.”, p. 922 s.). Sulla norma in esame sia consentito il rinvio a SEMINARA, “Il reato di corruzione tra privati”, in *Società*, 2013, p. 61 ss.

punibilità di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. e integrino dunque l'uno o l'altro reato di false comunicazioni sociali e, in caso di successivo fallimento della società, l'art. 223 l. fall.

In ogni caso, però, il risultato cui siamo pervenuti non può ritenersi soddisfacente. Riprendendo la distinzione tra riserve liquide e illiquide (*retro*, § 2), effettivamente occorre riconoscere che la costituzione delle prime, a causa della loro destinazione a pratiche illecite (quanto meno sul piano tributario), potrebbe costituire oggetto di un'apposita incriminazione, diretta ad anticipare la punibilità a un momento precedente l'esposizione in bilancio della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, il cui disvalore andrebbe individuato nelle tecniche fraudolente utilizzate per la creazione di fondi necessariamente destinati a operazioni clandestine da parte della società²². Tuttavia occorre intendersi sul bene che tale fattispecie sarebbe chiamata a presidiare.

La costituzione di riserve liquide potrebbe essere penalizzata in quanto espressione di un abuso gestionale che, quand'anche conforme all'interesse sociale inteso nel senso più dilatato, in ogni caso si traduce in un'emancipazione degli amministratori dal controllo dell'assemblea e quindi, quanto meno, in una distorsione del rapporto tra maggioranza e minoranza. Una condotta siffatta, nella quale confluirebbero sia la formazione che la gestione dei fondi neri, non troverebbe rilievo nell'art. 2634 c.c. a causa del requisito del danno patrimoniale per la società ivi previsto; la sua autonoma previsione avverrebbe mediante la tipizzazione delle modalità fraudolente del fatto e dell'evento rappresentato dalla creazione del fondo occulto.

L'incriminazione delle riserve liquide extracontabili potrebbe essere agganciata anche alla tutela della trasparenza societaria, cioè del bene che *de jure condendo* dovrebbe

²² È questa la proposta di IACOVIELLO, "Il falso in bilancio", cit., p. 3165, nota 8, precedentemente riportata in nota 10. Sul punto va menzionata la fattispecie proposta nella Relazione conclusiva, depositata il 23 aprile 2013, dal "Gruppo di studio antiriciclaggio" istituito dal Ministero della Giustizia sotto la presidenza del dott. Greco: "Abuso fraudolento di beni sociali. 1. Chiunque sottrae ovvero occulta al controllo degli organi sociali o dei revisori legali i beni di enti forniti di personalità giuridica, di società ed associazioni anche prive di personalità giuridica è punito con la reclusione da uno a sei anni. 2. Chiunque, avvalendosi di mezzi in tutto o in parte fraudolenti ovvero annotando o comunque utilizzando in contabilità fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, sottrae ovvero occulta al controllo degli organi sociali e dei revisori contabili i beni di enti forniti di personalità giuridica, di società ed associazioni anche prive di personalità giuridica è punito con la reclusione da due a otto anni. La stessa pena si applica se ricorre taluna delle circostanze indicate nel n. 2 dell'art. 61". Come si vede, la fattispecie dovrebbe rinvenire il proprio disvalore nella sottrazione al controllo degli organi interni ed esterni all'ente, con ciò solo giustificando una pena addirittura superiore a quella stabilita per l'ostacolo alle autorità pubbliche di vigilanza dall'art. 2638 c.c. Per considerazioni critiche si rinvia al nostro "Riflessioni in tema di riforma", cit., p. 143 s.

informare anche gli artt. 2621 e 2622 c.c. Assumendo una valenza cronologicamente anticipata rispetto alle false comunicazioni sociali, la condotta in esame non si confonderebbe però con esse – così venendo meno l'idea di una progressione culminante nell'assorbimento –, poiché il reato *ex artt. 2621 e 2622 c.c.* “interviene dopo la formazione del fondo occulto e serve ad impedire non la sua costituzione, ma il suo occultamento”²³. In sostanza, ci troveremmo dinanzi a differenti forme di aggressione a un medesimo bene, che appunto in ragione delle loro diversità temporali e contenutistiche non sarebbero riducibili a un'unica offesa.

La rilevanza penale delle riserve extracontabili si fonderebbe dunque tanto sull'abuso gestionale degli amministratori quanto sulla lesione della trasparenza societaria: la nota dell'abuso consentirebbe di escludere qualsiasi parametro di tipo relativistico o percentuale nel rapporto tra entità della riserva e valori patrimoniali dell'ente, affacciandosi in primo piano il mero dato della sottrazione di poste attive alla conoscenza dei soci; a sua volta, la lesione della trasparenza della società, in relazione alla sua gestione, indurrebbe ad attribuire rilievo all'affidamento anche dei terzi sulla correttezza dell'andamento societario, escludendo la disponibilità del bene.

Ma il problema – il vero problema – sta altrove e, precisamente, nella cornice di pena. La tesi che, alla base della punizione delle riserve occulte, ravvisa interessi patrimoniali di tipo privatistico è costretta infatti a concepire sanzioni in linea con le offese ai beni patrimoniali protetti dall'art. 2634 c.c. e dall'art. 646 c.p.; la tesi incline a valorizzare il parallelo con le false comunicazioni sociali non può comunque trascurare che il fatto della costituzione delle riserve manifesta un disvalore inferiore a quello proprio della condotta che le abbia successivamente occultate, tramite il falso bilancio, definitivamente consolidando la frode e la conseguente lesione della trasparenza societaria. Ciò significa che l'incriminazione di cui si discute risulta obbligata ad attestarsi su livelli punitivi inferiori agli artt. 646 c.p. e 2634 c.c. da un lato e agli artt. 2621 e 2622 c.c. dall'altro lato²⁴.

²³ IACOVIELLO, “La responsabilità degli amministratori”, cit., p. 3564. *Vid. ibi*, p. 3569 per l'affermazione di un concorso tra il reato di formazione di fondi occulti e quello di false comunicazioni sociali nonché ogni altro in cui si concreti l'impiego della provvista. In margine alle riflessioni svolte nel testo, è da aggiungere che l'incriminazione della costituzione di riserve occulte liquide porterebbe con sé una revisione di talune scelte punitive o esegetiche del vigente sistema dei reati societari: si pensi solo alla problematica del falso qualitativo e alla querela come condizione di procedibilità per il reato *ex art. 2634 c.c.*

²⁴ A tale conclusione si sottrae IACOVIELLO, “Il falso in bilancio”, cit., p. 3165, il quale incentra il reato di costituzione di riserve occulte sull'offesa dell'“interesse istituzionale al controllo dei flussi finanziari”, peraltro riportato pure al reato di false comunicazioni sociali (da notare che nel suo precedente lavoro, del 1995, l'A. aveva ritenuto che “la condotta di formazione di fondi occulti può ledere o comunque porre in

Il problema dell'utilizzo di mezzi di ricerca della prova e di misure cautelari continuerebbe dunque a non trovare la risposta oggi auspicata a livello politico; nella prospettiva di un sistema ove i reati sono posti a tutela di beni giuridici e le pene vengono stabilite sulla base del rango e delle modalità di offesa di tali beni, tale soluzione non ammette rimedi.

pericolo il patrimonio societario, ma preminentemente lede un diverso bene funzionale: l'affidamento dei terzi e, in genere, del mercato su una corretta amministrazione societaria": così in Id., "La responsabilità degli amministratori", cit., p. 3564). L'"interesse istituzionale al controllo dei flussi finanziari" non è però un bene giuridico né è in grado di divenirlo in via mediata, poiché in ambito economico esso si identifica né più né meno con l'interesse alla legalità degli operatori.