

Sergio Seminara

DIRITTO PENALE COMMERCIALE

Volume II

I REATI SOCIETARI

Seconda edizione



G. Giappichelli Editore

Premessa alla seconda edizione

Dei quattro volumi che compongono questo Manuale, al momento della loro pubblicazione i pronostici per una nuova edizione si concentravano sul terzo, concernente il diritto penale del mercato mobiliare.

A causa della grave e ingiustificabile inerzia del legislatore nel recepimento della direttiva 2014/57/UE e soprattutto nella sistemazione del quadro punitivo degli abusi di mercato, questa seconda edizione ha invece ad oggetto i reati societari.

Il volume presenta alcuni nuovi approfondimenti e un generale aggiornamento della dottrina e della giurisprudenza; sul piano normativo, si è ovviamente tenuto conto delle modifiche intervenute sui reati di corruzione tra privati con la legge 9 gennaio 2019, n. 3.

Un'avvertenza è d'obbligo. I riferimenti operati alla c.d. legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) sono stati aggiornati alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lg. 12 gennaio 2019, n. 4), che di quella legge avrebbe dovuto prendere il posto il 1° settembre 2021. Benché il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, abbia posticipato al 16 maggio 2022 l'entrata in vigore del codice, si è preferito mantenere i richiami alle nuove norme concernenti i reati di bancarotta, per i quali allo stato non sono comunque previste modifiche nei profili attinenti ai reati societari.

Non dovrebbero derivarne problemi di lettura o di comprensione. D'altra parte, è tutta la materia trattata nel volume che, ormai da decenni, convive con un sentimento di stabile e rassegnata precarietà.

Pavia, 31 agosto 2021

Capitolo I

Nozioni generali

Sommario: 1. Gli interessi tutelati. – 2. Le tecniche di tipizzazione e la procedibilità a querela. – 3. Le cause estintive del reato. – 4. Il danno e l'art. 2640. – 5. La confisca. – 6. Le qualifiche soggettive. – 7. La prescrizione. – 8. L'ambito applicativo del titolo XI, libro V, c.c. e le sue partizioni interne. – 9. La responsabilità della persona giuridica per i reati societari.

1. Gli interessi tutelati.

«Il legislatore penale societario per lo più non interviene direttamente sui conflitti economico-sociali, ma su territori normativamente strutturati: ripercorre le direttrici della disciplina privatistica del fenomeno societario per rafforzarne le nervature ritenute essenziali (non sempre a dire il vero sulla scorta di motivazioni intellegibili). È dunque una realtà normativamente filtrata che si riversa nelle fattispecie di reato»¹.

Senza riprendere qui l'obsoleto dibattito sulla natura sanzionatoria degli illeciti penali (e amministrativi, lo si precisa una volta per tutte) in materia societaria (v. vol. I, cap. I, § 4), emerge così che essi si muovono lungo solchi prefissati dalla disciplina primaria di riferimento, dalla quale derivano **oggetti immediati di necessaria tutela normativa**, nei quali prende consistenza la regolamentazione delle istituzioni societarie: anzitutto, la veridicità e la completezza dell'informazione societaria; quindi l'integrità e l'effettività del capitale sociale; ancora, il patrimonio della società e la correttezza della gestione sociale pure in rapporto alle funzioni di controllo interno; infine, con un'apertura a interessi extrasocietari ovvero regolativi del mercato, l'efficienza della vigilanza delle autorità amministrative e il regolare andamento del mercato².

¹ PEDRAZZI (1997), 349; nello stesso senso ALESSANDRI, in ALESSANDRI (2002), 13.

² In questa prospettiva, tra gli altri, GIUNTA (2004), 145 ss.; GIUNTA-GUIDI, *Reati societari*, in *Enc. giur. it.*, XXIX, 2005, 3; PEDRAZZI (1997), 350; ROSSI (2012), 7.

Si è detto ‘oggetti immediati di tutela normativa’, ma potrebbe anche dirsi **oggetti normativi di tutela immediata**: se la loro esistenza deriva dalla disciplina delle società, questa in tanto può aspirare a porsi come un corpo di regole concretamente operanti nel sistema economico, in quanto sia presidiata da fattispecie sanzionatorie. Si comprende però che tale immediatezza attiene alla tipizzazione della condotta, che tuttavia – come già rilevato – mantiene un ruolo servente rispetto ai beni finali che il contesto di riferimento caratterizza in senso patrimoniale. A questo punto cominciano le difficoltà concettuali.

Il problema, ampiamente dibattuto, consiste nello stabilire se gli interessi prima elencati possano elevarsi al rango di altrettanti beni giuridici. Qui la riflessione investe la compatibilità della nozione di bene giuridico – intesa nella pienezza delle sue funzioni garantistiche – con oggetti che, a causa della loro natura strumentale ovvero istituzionale, manifestano difficoltà di “aggancio” costituzionale e, quel che più conta, non presentano un sufficiente grado di materialità cui riferire la lesività della condotta concreta.

Ora, appare innegabile che l’esigenza di un controllo penale in materia societaria, imposto dallo sviluppo vorticoso dell’economia e dalla sua sempre più articolata e complessa organizzazione, ha innescato una crisi della teoria del bene giuridico maturata sul diritto penale “classico” e sulle sue incriminazioni poste a tutela di beni individuali, favorendo la proliferazione di fattispecie di pericolo proiettate sulla tutela di **interessi sovraindividuali o istituzionali**. A questa crisi non può certo offrire una soluzione la vieta nozione di plurioffensività del reato – legata a un approccio meramente descrittivo dei possibili oggetti di tutela normativa –, incompatibile con la teoria del bene giuridico salvo ad ammettere la necessità, per la sussistenza dell’illecito, di una contestuale offesa di tutti gli interessi protetti³. Allo stesso modo, ben scarso aiuto può derivare dai proclami in favore di un diritto penale c.d. minimo, che per la purezza dei principi vorrebbero relegare in ambito civilistico e amministrativo gli illeciti posti a tutela di beni mediati o strumentali⁴, così sci-

³ Sul c.d. dogma della plurioffensività, per tutti, NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 29 ss., cui si rinvia pure per la ricostruzione delle teorie elaborate sotto il previgente sistema dei reati societari.

⁴ Nell’ampio dibattito internazionale, per la dottrina tedesca HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, 118 ss.; LÜDERSSEN, in *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, 1975, 274; v. anche HASSEMER, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, 85 ss.; ID., in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, 383 s.; ID., in *Festschrift für Günter Bemmman*, 1997, 175 ss. Nella dottrina spagnola, per tutti, GRACIA MARTÍN, in *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, a cura di Deme-

volando verso un piano nominalistico ove il rilievo penale delle condotte è stabilito sulla base della natura formale dell'interesse.

All'interrogativo se la veridicità dell'informazione societaria, l'integrità e l'effettività del capitale sociale ecc. siano qualificabili come beni giuridici penalmente tutelabili potrebbe risponderci che questi interessi istituzionali sono null'altro che semplici articolazioni dei beni finali, cui essi rinviano e ai quali sono concettualmente riconducibili; ma per evitare ogni elusione del problema, con tutte le sue implicazioni in tema di tecnica normativa, è preferibile dare a quell'interrogativo una soluzione ancora più nettamente positiva. Che voglia sottolinearsi la significatività a livello costituzionale del bene della trasparenza societaria alla luce della sua immedesimazione con il valore dell'autonomia dell'impresa e della libertà di iniziativa economica⁵ o si miri più in generale ad affermare la meritevolezza di tutela dei beni giuridici strumentali come fenomeno caratteristico del diritto penale societario, teso ad «assicurare, in via preventiva, “condizioni favorevoli” alla tutela degli interessi “finali” dei singoli»⁶, è decisivo il rilievo che, nel settore in esame, gli interessi istituzionali amalgamano posizioni di vantaggio o bisogno individuale, sicché la loro offesa si rivela capace di incidere direttamente su una pluralità di posizioni individuali⁷: ciò che appunto si verifica rispetto alla veridicità e completezza dell'informazione societaria, all'integrità ed effettività del capitale sociale ecc., a causa della loro proiezione sulle sfere economiche dei soci, dei creditori e di quanti assumano tali qualifiche in conseguenza della commissione dell'illecito.

D'altra parte, il grado di prossimità fra l'aggressione a questi beni

trio Crespo-Maroto Calatayud, 2014, 346 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2011³, 171 ss. Nella dottrina italiana, da ult. LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, 2013, 163 ss.; v. anche RAMPIONI, in RAMPIONI, 8 ss. e, per un'efficace descrizione del problema, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, 2005, 95 ss. Con varietà di accenti, tra gli altri, ALESSANDRI, in PEDRAZZI *etc.*, 22 ss.; DOLCINI, in *Riv. it.*, 1999, 17 s.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 2011¹⁰, 325 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, in *Riv. it.*, 808 ss.; PADOVANI, in *Cass. pen.*, 1987, 674 s.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 2018⁷, 62 ss.; PALIERO, in *Riv. it.*, 1994, 1249 s.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, 2004, 616 ss.; v. pure FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, 2014, 54 ss.; PULITANÒ, in *Riv. it.*, 2003, 132 ss.

⁵ Così BRICOLA, in ID., *Scritti di diritto penale*, II t. II, 1997, 3315; v. anche FLORA, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, 2006, 2312 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 170 ss.

⁶ FLICK, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, II, 2002, 1319. Conf., tra gli altri, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001³, 541 ss.; v. pure FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, 1994, 131 ss.

⁷ In questo senso PALAZZO, in *Riv. it.*, 1992, 473. V. pure ALESSANDRI, in ALESSANDRI (2002), 26 ss.; NAPOLEONI, in BONFANTE *etc.*, 2419; GAMBARDELLA, 28 ss.

strumentali o istituzionali e l'offesa degli interessi finali è dimostrato già dall'origine storica dei reati societari, nati dal ceppo dei delitti di truffa e appropriazione indebita allo scopo di apprestare, al patrimonio degli investitori e dei creditori, una tutela rafforzata anche in quanto anticipata: **«dire diritto penale societario è dire, in sintesi, anticipazione della tutela, mediante la creazione di una rosa di oggettività intermedie e strumentali, in posizione servente rispetto ai valori patrimoniali di fondo»**⁸.

Considerando che l'intervento penale in ambito societario trova ulteriore giustificazione nella disciplina giuridica degli enti commerciali, nella loro autonomia patrimoniale per le società di capitali, nel distacco tra gestione e proprietà, nelle difficoltà e nei limiti di un controllo sull'amministrazione da parte di soci e creditori, la tesi che nega natura di beni giuridici agli interessi in questione incorre in una contraddizione logica, disconoscendo rilevanza penale a fatti che, per la loro incidenza cumulativa o per la loro insidiosità, possono rivelarsi maggiormente pericolosi di aggressioni dirette verso sfere economiche individuali⁹. Allargando il campo della riflessione, non può poi trascurarsi che sullo sfondo delle incriminazioni in esame sta anche l'interesse a un efficiente andamento del sistema economico, nella sua funzione di allocazione e produzione di ricchezza e, dunque, di benessere collettivo: qui, come si vede, il bene del patrimonio, da un'accezione statica e individuale tipica di una società "protocapitalistica", assume una connotazione dinamica e diffusa.

Si impone così la conclusione che informazione societaria, capitale sociale ecc. costituiscono beni meritevoli di tutela penale. Una **precisa-**zione si rende tuttavia opportuna.

L'integrità del capitale sociale e la correttezza della gestione societaria costituiscono oggetto in sé di protezione normativa, alla luce della loro funzione di salvaguardia del funzionamento delle strutture istituzionali su cui si regge la disciplina delle società commerciali; al contrario, la veridicità e la completezza delle comunicazioni societarie – e altrettanto può dirsi per l'efficienza della vigilanza delle autorità amministrative – rinviando a una trasparenza della società che, a sua volta, assume natura servente rispetto al duplice scopo di prevenire illeciti gestionali da parte degli amministratori e di consentire non solo ai soci, ma anche ai creditori e ai terzi in genere di operare scelte di investimento consapevoli in quanto informate.

⁸PEDRAZZI, in ALESSANDRI (2002), XX. Conf., per tutti, PULITANÒ, in *Riv. it.*, 2002, 937 s.

⁹Tra gli altri FLICK, in *Governo dell'impresa*, cit., 1320 s.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 32; PADOVANI, in *Riv. it.*, 1995, 644 s.; ID., *Diritto penale*, 2019¹², 110 ss.; v. anche DE FRANCESCO, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, I, 953 ss.

In altre parole, mentre le offese al capitale e al patrimonio sociale sono immediatamente in grado di riflettersi sulle sfere patrimoniali dei soggetti interessati, la correttezza dell'informazione societaria presenta un collegamento mediato con gli interessi patrimoniali che pur stanno sullo sfondo. La conseguenza della distinzione appena operata è intuibile: le lesioni del capitale e del patrimonio sociale sono caratterizzate da una dimensione materiale che giustifica la loro incriminazione, mentre le violazioni in tema di false comunicazioni al pubblico o all'autorità di vigilanza devono ricercare il fondamento della punibilità nella concretezza di un pericolo per gli interessi tutelati.

Il problema dell'individuazione dei beni giuridici si converte così in un problema di tecnica legislativa: è compito del legislatore descrivere il fatto, all'interno delle varie fattispecie, in conformità al requisito della precisione anche nella caratterizzazione della sua lesività, così da assicurare l'osservanza dei principi di sussidiarietà, frammentarietà, ragionevolezza propri di un diritto penale democratico e liberale¹⁰.

In conseguenza di questo passaggio dal piano dei beni giuridici alla tipizzazione dell'offensività del fatto, l'attenzione si sposta sul diritto positivo, ove – come emergerà soprattutto a proposito della tutela del capitale sociale – gli interessi in esame vengono filtrati da una così spinta connotazione patrimoniale che finisce con il ridurre fortemente la portata ovvero con il trasformarne l'essenza. Una siffatta «propensione del legislatore per un paradigma non evoluto di giustizia distributiva, come tale più incline a identificare i soggetti economici come passivi fruitori di beni che attivi e informati creatori e gestori degli stessi»¹¹ ha così determinato una generalizzata sostituzione dei beni giuridici strumentali o istituzionali con beni giuridici individuali a contenuto economico. Da qui un **vistoso scarto** tra le formulazioni normative e gli interessi che le disposizioni in esame dovrebbero tutelare, in conformità alla loro funzione servente nei confronti della disciplina primaria.

2. Le tecniche di tipizzazione e la procedibilità a querela.

Il d.lg. n. 61 del 2002 ha ripulato i reati societari sotto due fondamentali profili.

¹⁰ Cfr. ALESSANDRI (2010), 267 s.; FLICK, in *Governo dell'impresa*, cit., 1333 s.; ROMANO, in *Riv. soc.*, 2010, 552 ss.; v. pure DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, 106 s.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 209 ss.; MANNA, in MANNA, 26 s.

¹¹ FORTI, in *Riv. it.*, 2009, 1630.

Il primo concerne il generale **abbattimento dei livelli sanzionatori** sia nel limite minimo (che negli artt. 2625 cpv., 2626, 2627, 2628 e 2632 coincide con il minimo legale stabilito dagli artt. 23 e 25 c.p. per i delitti e le contravvenzioni) sia nel limite massimo, accompagnato dalla trasformazione di taluni delitti in **contravvenzioni** (art. 2627) e **illeciti amministrativi** (artt. 2625 comma 1, 2630 e 2631): questo declassamento della risposta punitiva implica precise conseguenze anche in tema di prescrizione rispetto alle contravvenzioni e di irrilevanza della condanna ai fini della “onorabilità” richiesta per talune funzioni in ambito finanziario¹².

Il secondo profilo investe le scelte di **patrimonializzazione e privatizzazione** che hanno ispirato la riforma dei reati societari, trovando manifestazione nella previsione di reati di evento dannoso (artt. 2625 cpv., 2629, 2629 *bis*, 2633, 2634), di reati procedibili a querela (artt. 2621 *bis* comma 2, 2625 cpv., 2629, 2633, 2634) e di meccanismi estintivi della punibilità legati alla successiva riparazione del danno (artt. 2627, 2628, 2629 e 2633). Alla base di tali soluzioni, come è ovvio, stanno precise opzioni di politica legislativa e politica criminale.

Sul piano della **politica legislativa**, la previsione di un evento di danno vale a focalizzare il disvalore del fatto sul pregiudizio arrecato dalla condotta. Ne deriva un mutamento della fisionomia dei reati societari, poiché gli obblighi di non ostacolare l'attività di controllo dei soci o degli organi sociali, di non ledere l'integrità del capitale sociale ecc. traggono fondamento dall'esigenza di prevenire lesioni di interessi individuali, anticipando la soglia della punibilità alla violazione di precetti comportamentali intesi ad assicurare la correttezza e la trasparenza della gestione societaria: l'esigenza di dimostrare la verifica di un danno, direttamente connesso alla trasgressione di tali precetti, tradisce quindi la loro funzione e la loro stessa ragion d'essere¹³. Né si trascuri che, rispetto all'idea che nel danno si concentri per intero la carica lesiva dei fatti tipizzati, in realtà solo al prezzo di uno stravolgimento concettuale quei reati possono tollerare la loro trasformazione in aggressioni patri-

¹² Rispetto al decorso dei termini di cui all'art. 157 c.p. si consideri pure la riserva di collegialità del giudice stabilita per i reati societari dall'art. 33 *bis* comma 1, lett. d), c.p.p., introdotto dal d.lg. n. 61 del 2002 (per tutti CERESA GASTALDO, in ALESSANDRI (2002), 125 ss.; GARBAGNATI, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 5 ss.; VARRASO, in GIARDA-SEMINARA, 699 ss.).

¹³ Tra gli altri ALESSANDRI, in ALESSANDRI (2002), 21 ss.; GIUNTA (2004), 152 s.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 36; PULITANÒ, in *Riv. it.*, 2002, 941; ROSSI, in ANTOLISEI, 7. V. anche FORTI, in *Dir. pen. cont.*, 11 novembre 2014, 3, il quale osserva come il diritto penale societario abbia perduto, «con ricadute diffusive anche su altri piani di regolazione, la propria bussola cognitiva e assiologica».

moniali di interessi resi così tutti e indiscriminatamente disponibili, negando ogni rilievo al disvalore di condotta espresso dalla particolare intensità del dolo e dall'abuso dei poteri¹⁴.

Sul piano della **politica criminale**, la patrimonializzazione di cui si discute ha avuto come effetto una rarefazione dei reati societari nelle casistiche giurisprudenziali. Scorrendo i repertori, si nota infatti come essi conoscano ormai solo sporadiche applicazioni e, se non fosse per il loro recupero attraverso il delitto di bancarotta fraudolenta societaria, addirittura potrebbe dubitarsi della utilità di non poche delle fattispecie in esame.

La patrimonializzazione è stata arricchita da una marcata privatizzazione dei reati societari, espressa dalla previsione della procedibilità a querela (artt. 2621 *bis* comma 2, 2629, 2633 e 2634)¹⁵.

L'istituto della **querela**, come è noto, salvo casi eccezionali interviene rispetto a lesioni di interessi privati e disponibili e in situazioni di basso contenuto offensivo: alla persona offesa è rimessa la decisione in ordine alla perseguibilità del reato, mentre all'imputato è consentito di estinguere il reato stesso mediante la riparazione integrale del danno (art. 162 *ter* c.p.). Rispetto agli illeciti societari, l'introduzione della procedibilità a querela vale dunque a segnare il passaggio da una dimensione istituzionale dell'interesse tutelato a una individualistica e patrimoniale, come tale rimessa alla disponibilità delle parti.

La scelta della procedibilità a querela incontra però il duplice limite della ragionevolezza e dell'armonia del sistema.

Sul piano della **ragionevolezza**, la relazione al d.lg. n. 61 del 2002 fa perno su esigenze deflattive: argomento, questo, insuscettibile di dimostrazione empirica e comunque di modesta valenza laddove non sia correlato alla significatività degli interessi tutelati. In ogni caso, l'obiettivo della deflazione è stato perseguito attraverso una talvolta drastica (e, come vedremo, arbitraria) selezione delle persone offese, che comprime la tutela apprestata dalle relative fattispecie e, in buona sostanza, mortifica gli interessi che esse dovrebbero proteggere. Neppure si trascuri, a questo proposito, che per quasi tutti i reati in esame è prevista la responsabilità della società (§ 9): con la conseguenza che la decisione del socio in ordine alla proposizione della querela si dibatte tra l'incertezza sull'esito dell'azione penale (quantomeno a causa dell'incombenza della

¹⁴Criticamente, per tutti, PALIERO, in *Guida dir.*, 2002, 16, 38 ss.; ROMANO, in *La società per azioni oggi*, a cura di Balzarini-Carcano-Ventoruzzo, 2007, 281 ss.

¹⁵Non si menziona in questa sede l'art. 2625 comma 2, al cui interno la querela segna il passaggio a un contesto di maggiore punibilità per fatti comunque procedibili di ufficio nella fattispecie base.

prescrizione) e i costi conseguenti alla condanna per la società di cui egli fa parte.

In riferimento all'**armonia del sistema** va invece osservato che, tra i reati contro il patrimonio, la truffa è perseguibile di ufficio se dal fatto è derivato un danno patrimoniale di rilevante gravità (artt. 640 e 61 n. 7 c.p.): appare incongruo che i reati societari – il cui contesto di verifica-zione rende frequente la significatività della lesione economica, con un disvalore ulteriormente accentuato dall'abuso dei poteri o dalla viola-zione dei doveri – risultino invece sempre perseguibili a querela.

Ma v'è di più. L'istituto della querela implica che la persona offesa si addossi fin dall'inizio i costi del procedimento penale. Il risultato è intuibile: la platea dei piccoli soci e risparmiatori difficilmente può fare uso di questo strumento, sia perché spesso neppure viene a conoscenza dell'illecito commesso in suo danno, sia perché l'entità del pregiudizio patito raramente giustifica le spese connesse a un'azione individuale (diversamente vale in presenza di azioni collettive, patrociniate da associazioni rappresentative) dai contenuti necessariamente incerti. La conseguenza è che la querela diviene un'arma nelle mani di pochi soggetti informati, nei cui confronti gli autori del reato possono procedere a occulti mercanteggiamenti in evidente violazione del principio di egua-glianza¹⁶.

Infine non va trascurato che alla perseguibilità a querela si collega la causa estintiva del reato *ex art. 162 ter c.p.*, che a sua volta esclude l'applicabilità della confisca di cui all'art. 2641, così introducendo un'ulteriore variabile nella trama sanzionatoria.

In relazione alla querela vanno accennati due aspetti, rispettivamente concernenti il termine di tre mesi per la sua proposizione e la titolarità del suo esercizio.

Quanto al primo punto, l'art. 124 c.p. lega il momento iniziale del decorso del **termine di tre mesi** al «giorno della notizia del fatto che costituisce il reato». Tale notizia – si specifica in giurisprudenza – deve risultare sufficientemente precisa rispetto a tutti gli elementi costitutivi del reato, così da consentire al soggetto interessato una ponderata valutazione sull'opportunità dell'esercizio dell'azione penale; in caso di valutazioni tecniche complesse, l'esigenza che la persona offesa abbia compiuta con-tezza del fatto generatore di pregiudizio nei suoi confronti e degli ele-menti costitutivi del danno patito implica dunque che il decorso del termine sia legato all'esaurimento degli accertamenti demandati a un pro-

¹⁶Criticamente, tra gli altri, ALESSANDRI (2010), 321; CERESA GASTALDO, in ALES-SANDRI (2002), 129 ss.; NAPOLEONI, in NAPOLEONI (2010), 42 ss.; ZANNOTTI, 124 ss.

fessionista di fiducia¹⁷. Da tale assunto deriva che, rispetto a un medesimo reato, possano decorrere termini diversi per la presentazione della querela, in base al momento in cui l'assemblea, i soci o i creditori pervengano (formalmente, nel caso dell'assemblea) a conoscenza dell'illecito pregiudizio subito.

Il secondo punto riguarda l'**esercizio del diritto di querela** da parte della società. In tema di reati societari commessi all'interno di società di capitali, occorre distinguere tra offese interne ed esterne (a seconda cioè che esse provengano o no da soggetti dotati di poteri gestionali o di rappresentanza), attribuendo la titolarità del diritto di querela rispettivamente all'assemblea o, salvo riserve statutarie in favore della stessa assemblea, all'organo di amministrazione. In sostanza, il principio generale è che l'esercizio di tale diritto rientra fra le prerogative degli amministratori in quanto atto di gestione sociale (v. artt. 2384 c.c., 337 comma 3 c.p.p. e 75 comma 3 c.p.c.); qualora però la querela debba presentarsi contro amministratori, sindaci, componenti del consiglio di sorveglianza e di gestione, la competenza spetta all'assemblea allo stesso modo in cui a essa sono riservate le delibere in merito alla responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci (artt. 2364 n. 4, 2393 e 2407 comma 3)¹⁸. Nel caso di offese esterne contro società di capitali, la legittimazione alla proposizione della querela spetta dunque al consiglio di amministrazione, all'amministratore unico o al liquidatore, mentre per l'amministratore delegato la soluzione dipende dall'ampiezza della delega. Nelle società in nome collettivo, salvo che nell'atto costitutivo sia adottato il prin-

¹⁷ Cass., sez. V, 5 marzo 2020, n. 17957; Id., sez. V, 4 febbraio 2016, n. 29172; Id., sez. V, 18 gennaio 2012, n. 11639; Id., sez. V, 18 ottobre 2011, n. 7787. Nel senso di riferire il *dies a quo* al momento in cui l'amministratore è in grado di impartire le disposizioni per la concreta individuazione del querelando, e non al precedente momento in cui la notizia del fatto è pervenuta a ramificazioni periferiche della società, Id., sez. V, 19 aprile 2010, Tipaldi, in *Cass. pen.*, 2011, 1523. Per tutti MANCUSO, in GIARDA-SEMINARA, 678 ss.

¹⁸ Tra gli altri BERTOLINO, in *Trattato di diritto penale, pt. gen.*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, 2009, I, 263 ss.; CONTI, 203; MANCUSO, in GIARDA-SEMINARA, 673 ss.; ROMANO-GRASSO, *Art. 120*, in *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2012⁴, 301 s. Da ult. Cass., sez. V, 4 giugno 2019, n. 40446; Id., sez. II, 2 luglio 2013, n. 35192; Id., sez. VI, 26 aprile 2012, n. 16150. Diff., non ammettendo deroghe al principio della competenza degli organi gestori (salvo la sussistenza di un obbligo di astensione: ciò che, nel caso di amministratore unico, evoca la necessità della nomina di un curatore speciale), PEDRAZZI (1997), 396 e, da ult., BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, 2009, 310 ss. Qualora l'autore del reato abbia per qualsiasi ragione perduto la titolarità della carica, riprende vigore la regola generale della competenza dell'organo gestorio (per tutti CORVI, in GIARDA-SEMINARA, 750; FOFFANI, 2528). Da notare che, mantenendo l'analoga con la disciplina civilistica (art. 2487), la querela contro i liquidatori richiede la maggioranza prevista per l'assemblea straordinaria.

cipio maggioritario, il diritto di querela spetta all'unanimità dei soci ovvero a ciascun socio, a seconda che sia adottata un'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva (art. 2257 s.); nelle s.a.s. vale un analogo principio rispetto ai soci accomandatari (art. 2318).

3. Le cause estintive del reato.

Qualora il reo (amministratore o liquidatore) proceda alla riparazione dell'offesa – riferita al capitale sociale dagli **artt. 2627 e 2628** e ai creditori sociali dagli **artt. 2629 e 2633** – prima dell'approvazione del bilancio o dell'inizio del dibattimento nel procedimento penale, il reato è estinto. Lo scopo di queste previsioni, ovviamente, consiste nell'incentivare la neutralizzazione del danno cagionato, con conseguente esonero da responsabilità per tutti i concorrenti nel fatto¹⁹: ancora una volta, dunque, le scelte normative sono guidate dai vessilli della privatizzazione e della patrimonializzazione.

L'introduzione nel sistema dell'**art. 162 ter c.p.** ha generalizzato, per tutti i reati procedibili a querela soggetta a remissione, l'effetto estintivo conseguente alla riparazione del danno, sicché il meccanismo previsto dagli artt. 2629 e 2633 – che tipizzano reati procedibili a querela – si accosta alla disciplina prevista nel codice penale. Qui è opportuno rilevare come la riparazione si riferisca all'**integralità del danno** cagionato a tutti i creditori, senza distinzione tra quanti abbiano o no proposto querela: l'art. 162 *ter* c.p. prescrive infatti che il giudice dichiara estinto il reato solo dopo avere sentito, oltre le parti, anche le persone offese, ovviamente allo scopo di accertare l'avvenuto risarcimento. Ne deriva una disciplina nel complesso scarsamente razionale, poiché è inverosimile che l'autore del reato proceda al soddisfacimento economico di tutti i danneggiati quando, decorso il termine per la proposizione della querela, può invece provvedere al soddisfacimento solo di coloro che si siano avvalsi di tale facoltà, al fine di ottenere una remissione della querela stessa (art. 152 c.p.).

Quanto invece agli artt. 2627 e 2628, che prevedono reati perseguibili di ufficio e come tali sottratti all'operatività dell'art. 162 *ter* c.p., conviene osservare che, in linea generale, il risarcimento del danno, prima del giudizio, integra la circostanza attenuante *ex* art. 62 n. 6 c.p.: trascurando eccezioni relative a ipotesi connotate da una modesta gravità del

¹⁹ Sulla natura oggettiva della causa estintiva in esame, per tutti, BRICCHETTI, in GIARDA-SEMINARA, 768 ss.; PERINI-CERQUA, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 412 s. Sul tema, in generale, ROMANO, in *Riv. it.*, 1990, 68 s.

fatto²⁰, nessuna forma di riparazione successiva alla consumazione del reato è in grado di escludere la punibilità del reo. La soluzione adottata per i reati societari in esame si risolve così in una deroga difficilmente giustificabile.

In relazione agli artt. 2628, 2629 e 2633 insorge poi un ulteriore problema: posto che la causa di non punibilità consiste in un annullamento degli effetti della precedente lesione e risulta quindi inapplicabile al tentativo, ne deriva per il reato consumato un regime irrazionalmente più favorevole di quello riservato al **delitto tentato**. Tale disparità di trattamento non può certo essere superata arbitrariamente escludendo, rispetto alle fattispecie in esame, la configurabilità dell'art. 56 c.p.²¹; al più, osservando come la neutralizzazione dell'evento sia premiata con l'impunità, è possibile ritenere che a essa dovrebbe equipararsi l'impedimento volontario dell'evento stesso, così sottraendolo alla pena prevista dall'art. 56 comma 4 c.p.

Sul terreno della ragionevolezza, il problema più delicato è comunque costituito dalla compressione degli interessi tutelati all'interno di una dimensione patrimoniale, ove l'avvenuta restituzione o risarcimento annulla il precedente abuso gestionale dolosamente commesso. Anche senza indugiare sull'ampiezza del termine di operatività nelle ipotesi di cui agli artt. 2627 e 2628, la causa di non punibilità in esame si rivela dunque in grado di sovvertire il disvalore del fatto sanzionato²². Sul piano politico-criminale va inoltre notato che la soluzione in esame presenta gravi rischi per l'incentivo che ne deriva alla commissione delle manovre più spregiudicate, con la riserva mentale di poterne sanare gli effetti e così estinguere il reato: paradossalmente, un meccanismo escogitato allo scopo di favorire il risarcimento diviene stimolo all'offesa del bene.

²⁰ Si pensi, tra gli altri, ai reati rientranti nella competenza del giudice di pace (artt. 4 e 35 d.lg. 28 agosto 2000, n. 274) e nell'art. 37 l. 24 novembre 1981, n. 689.

²¹ In questo senso invece LUNGHINI, 1891, 1896 e 1917; conf. CASAROLI, 3353. Cfr. sul tema SEMINARA, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, 573 ss.; nonché CONTI, 153, il quale rileva – ma si tratta di un assunto che ingenera perplessità – come l'estinzione del delitto tentato possa conseguire al risarcimento del danno non patrimoniale.

²² La dottrina si è prevalentemente pronunciata in tono critico: per tutti, ALESSANDRI (2010), 310 ss.; CONSULICH, in PERINI, 255 ss.; CONTI, 134 e 148 s.; DOVA, *Pena prescrittiva e condotte reintegratorie*, 2017, 81 ss.; FORTI, in *Riv. it.*, 2009, 1631; PERINICERQUA, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 409 s.; PULITANÒ, in *Riv. it.*, 2002, 968 s.; ROSSI (2012), 6; SANTORIELLO, in SANTORIELLO, 6. In senso favorevole MANNA, in MANNA, 34 s.; MUSCO, 8 s.; v. anche BRICCHETTI, in GIARDA-SEMINARA, 759 s.; GIUNTA (2004), 162. Un inquadramento generale del tema è in ROMANO, in *Riv. it.*, 1993, 882 ss.

4. Il danno e l'art. 2640.

Per i suoi profili di carattere generale, conviene spendere una parola sul danno, che in numerosi reati societari viene tipizzato come evento (artt. 2625, 2629, 2629 *bis*, 2633 e 2634), talvolta svolgendo anche l'inusitata funzione di determinare il passaggio dall'illecito amministrativo al delitto (art. 2625) ovvero di operare come criterio prevalente per la non punibilità del fatto (art. 2621 *ter*).

L'elemento in esame risulta variamente menzionato come «**danno patrimoniale**» (art. 2634) o «**danno**» (artt. 2621 *ter*, 2625, 2629, 2629 *bis* e 2633). Al fine di intendere correttamente la portata di tali termini, è opportuno premettere che il danno patrimoniale implica una diminuzione dell'attivo ovvero il suo mancato incremento come conseguenza dell'illecito, mentre la più generica nozione di danno è in grado di comprendere pregiudizi di diversa natura (di tipo reputazionale o afferenti all'immagine, all'avviamento commerciale o all'organizzazione dell'ente), purché ovviamente suscettibili di valutazione economica. Deve pertanto in linea di principio ritenersi che, laddove il legislatore non abbia espressamente specificato la natura del danno, questa va intesa nel senso più ampio. Vero è pure, tuttavia, che in talune norme, come gli artt. 2629 e 2633, il requisito del danno riferito ai creditori non può che assumere natura patrimoniale, essendo la qualifica di soggetto passivo fondata esclusivamente su un rapporto di tipo economico²³.

L'art. 2640 sancisce una riduzione della pena se il reato (risultano dunque esclusi gli illeciti amministrativi) ha cagionato «un'**offesa di particolare tenuità**». Solo per la memoria storica è opportuno ricordare che la norma prende il posto di un previgente art. 2640 che, viceversa, stabiliva un aumento della pena fino alla metà nel caso fosse stato cagionato all'«impresa un danno di gravità rilevante» come conseguenza di taluni reati societari: non pago degli abbattimenti sanzionatori operati all'interno di ciascuna fattispecie, il legislatore ha dunque voluto offrire al giudice un ulteriore mezzo di attenuazione fino a un terzo (art. 65 c.p.) della pena²⁴.

L'impiego del termine «offesa» conferma l'eterogenea natura della lesione elevata a requisito di fattispecie. Come infatti affermato dalla Cassazione, «qualora il diritto penale societario dovesse realmente intendersi orientato alla tutela di esclusivi o comunque imprescindibili in-

²³ Conf. Cass., sez. V, 13 novembre 2012, nn. 5848, 14765 e 14766; Id., sez. V, 11 febbraio 2014, n. 29605.

²⁴ Sull'art. 2640, per tutti, NAPOLEONI, in PERINI, 659 ss.

teressi di natura patrimoniale, il legislatore non avrebbe avuto ragione di prevedere un'attenuante *ad hoc*, essendo a quel punto già applicabile la circostanza comune» di cui all'art. 62 n. 4 c.p. Il fondamento dell'art. 2640 va dunque rinvenuto nel fine di accomunare le varie tipologie di pregiudizio contemplate dalle disposizioni in esame, «così ribadendo la possibilità di un evento penalmente rilevante ma non incisivo sull'integrità patrimoniale della società»²⁵.

Stabilito dunque che la nozione di offesa non va intesa esclusivamente come nocimento economico, essa risulta riferibile agli illeciti sia di danno che di pericolo, offensivi o no di beni patrimoniali²⁶. Al tempo stesso, tuttavia, va precisato che l'art. 2640 investe le **conseguenze lesive del reato**, così differenziandosi da quelle altre circostanze attenuanti c.d. indefinite (per tutte, artt. 323 *bis* e 648 comma 2 c.p.), legate a una valutazione complessiva del fatto e fondate sui parametri di cui all'art. 133 comma 1 n. 1 c.p.²⁷. Inoltre, il più vasto ambito applicativo dell'art. 2640 rispetto all'art. 62 n. 4 c.p., discendente sia dal termine «offesa» che dalla sua riferibilità pure alle contravvenzioni, risulta in grado di assorbire la circostanza attenuante comune ogni volta che l'entità del danno patrimoniale sia valutata come componente dell'offesa (si noti che solo l'art. 62 n. 4 c.p. influisce sulla determinazione della pena ai fini dell'art. 278 c.p.p.)²⁸.

²⁵ Testualmente Cass., sez. V, 13 novembre 2012, nn. 5848, 14765 e 14766; conf. Id., sez. V, 11 febbraio 2014, n. 29605. Analogamente CARRA, in LANZI-CADOPPI, 319; CONTI, 225 s.; EPIDENDIO, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 613; ROSSI, in ANTOLISEI, 17.

²⁶ Il riferimento ai reati di pericolo dovrebbe consentire l'applicazione dell'attenuante al tentativo (conf. AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, 242; *contra* CARRA, in LANZI-CADOPPI, 320). Per l'esclusione della congiunta operatività dell'art. 2640 e dell'art. 2621 *bis* comma 1 v. cap. II, § 6.

²⁷ Conf., tra gli altri, CERULO, in *Leg. pen.*, 2003, 564; EPIDENDIO, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA, 613; FONDAROLI, in ROSSI (2005), 503; FORNARI, in SANTOSUOSSO, 1161 s.; LUNGHINI, 1979; NAPOLEONI, in BONFANTE *etc.*, 2712. Nel senso invece di assimilare all'art. 2640 le circostanze indefinite FOFFANI, 2565; MASULLO, in PADOVANI, 2500; MUSCO, 27 s.; PERINI, in NAPOLEONI (2010), 474; ROSSI, in GIARDA-SEMINARA, 182.

²⁸ Così FONDAROLI, in ROSSI (2005), 502; FORNARI, in SANTOSUOSSO, 1162 s.; MACCARI, in GIUNTA (2002), 228; PERDONÒ, in CADOPPI *etc.*, 378; ROSSI (2012), 20. Nel senso della totale sovrapposizione delle due circostanze CERULO, in *Leg. pen.*, 2003, 564 s.; FOFFANI, 2564 s. Per la loro cumulabilità nei casi in cui il bene tutelato non ha natura patrimoniale EPIDENDIO, in ABADESSA-PORTALE, 3696 s.; LUNGHINI, 1979. In favore del concorso, invece, CARRA, in LANZI-CADOPPI, 323; GIUNTA (2004), 159; MASULLO, in PADOVANI, 2500; MUSCO, 27.