



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
DI MILANO

RIVISTA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

ANNO LIII
2002

*Rivista pubblicata con il patrocinio
del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti
e con la collaborazione editoriale della Fondazione Aristeia*



GIUFFRÈ EDITORE - MILANO

MARCO REBOA
Dottore Commercialista
Professore Associato all'Università Cattaneo di Castellanza

ASPETTI CRITICI DEL NUOVO FALSO IN BILANCIO (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I profili qualificanti il nuovo falso in bilancio. — 3. Un approfondimento sui principali elementi innovativi. — 3.1. Maggiore precisazione sul piano dell'elemento soggettivo. — 3.2. Le soglie quantitative. — 3.3. Da reato di pericolo a reato di danno. — 4. Debutto su ampia scala delle sanzioni amministrative. — 5. Primi rilievi critici nell'ottica aziendale. — 5.1. La rilevanza quantitativa definita dalle soglie di punibilità. — 5.2. Scarsa considerazione degli stakeholders. — 5.3. Il falso in bilancio e la tutela degli azionisti outsider. — 6. Spunti conclusivi.

1. *Premessa.*

La riforma del delitto del falso in bilancio ha suscitato un ampio dibattito, che, per molti versi, è parso maggiormente condizionato dalle vicende individuali di personaggi di primissimo piano coinvolti in vicende giudiziarie legate a questo reato, piuttosto che da considerazioni propriamente tecnico giuridiche. Tralasciando per ovvi motivi i riflessi « personali », di cui si è già scritto e detto anche troppo, il nostro interesse sarà pertanto volto, e non potrebbe essere altrimenti, alle sostanziali modifiche che sono state apportate all'impianto fino ad oggi vigente.

Del resto la disciplina del falso in bilancio — come pre-

(*) Relazione presentata l'11 gennaio 2002 al Circolo della Stampa di Milano in occasione dell'inaugurazione della Scuola di Formazione per la preparazione alla professione del dottore commercialista.

vista dall'art. 11 della Legge Delega n. 366/2001 confermata nel testo elaborato dalla Commissione Vietti approvato oggi dal Consiglio dei Ministri — non ha soltanto radicalmente innovato le fattispecie incriminatrici indicate dall'art. 2621 c.c., nella sua datata formulazione del 1942, ma ha rappresentato altresì un mutamento di rotta rispetto a quanto prospettato in materia (segnatamente all'art. 10) dal precedente schema di legge delega (Commissione Mirone) per la riforma del diritto societario. Si segnala in merito che, oltre alle disposizioni specifiche sulle cooperative, le uniche modifiche apportate dalla D.L. n. 366/2001 al precedente disegno di legge delega — per l'appunto il « testo Mirone » — riguardano proprio il tema dei reati societari e, in specie, del « falso in comunicazioni sociali ».

Si premette sin d'ora che l'obiettivo di fondo perseguito dalla riforma è stato quello di avviare un indispensabile processo di deflazione della giustizia penale in materia di falso in bilancio. È unanime opinione che, nel corso degli ultimi anni, si sia assistito ad un eccessivo ricorso a questo reato, impiegato talvolta per finalità che non gli erano proprie, in quanto utilizzato come una sorta di « grimaldello », attraverso il quale intraprendere procedimenti per fatti (per tutti costituzione di fondi neri per presunte corrottele) altrimenti di difficile prova e di problematico inquadramento penalistico. Va da sé che l'indagine per falso in bilancio (vista per l'appunto come grimaldello) è più agevole di quella richiesta per dimostrare reati quali la corruzione, che necessitano di norme di modalità investigative (accertamenti, intercettazioni, appostamenti, raccolta di informazioni di natura testimoniale e quant'altro) neppure lontanamente confrontabili con quelle su cui fondare la fattispecie della falsa comunicazione sociale: il bilancio, il corpo del reato, è un documento sempre facilmente accessibile. L'esperienza poi insegna come taluni consulenti dei PM (la responsabilità di noi professionisti è palese) abbiano talvolta imboccato sentieri pericolosi, formulando, specie in tema di valutazioni di bilancio, ipotesi alquanto soggettive, forse sarebbe più corretto scrivere suggestive, per dimostrare presunte scorrettezze contabili.

Ciò premesso si segnala come la polemica in atto muove principalmente dalla tesi che con l'art. 11 della Legge n. 366/2001, e con il successivo provvedimento legislativo approvato dall'esecutivo, si sia andati ben oltre a quella che era la sentita esigenza di meglio circoscrivere i limiti di applicazione del reato, riducendo conseguentemente ad ambiti estremamente angusti la fattispecie tipica del falso in bilancio o almeno la sua punibilità in senso lato: con la nuova normativa la fattispecie del reato troverà verosimilmente adozione soltanto in casi limitati. Peraltro, ciò che ha suscitato le più aspre rimostranze da una parte non trascurabile dei commentatori è che la presunta *deregulation* del reato, secondo essi assimilabile ad una depenalizzazione sostanziale, non sia stata posta in essere mediante provvedimenti diretti e trasparenti, ma con una serie strisciante di misure *ad hoc* che, senza mai dichiarare di volere abrogare la fattispecie stessa di reato, hanno alla prova dei fatti privato di significato il sistema penale in materia di bilancio. Si tratta di tesi dai contenuti forti, per molti versi provocatori ma, nondimeno, meritevole di una prima riflessione, che potrà essere riproposta solo dopo aver passato in rassegna i principali aspetti del riformato reato.

2. *I profili qualificanti il nuovo falso in bilancio.*

Nel più ampio contesto della generale riforma del diritto societario, l'intervento del legislatore in materia di disposizioni relative al falso in bilancio è stato innovativo e ad ampio raggio, come agevolmente desumibile dall'illustrazione dei tratti salienti del nuovo sistema penale e dalla successiva tabella, che riporta un confronto con la normativa vigente.

In primo luogo, l'impianto complessivo della nuova fattispecie di reato richiede (*condotta punibile*) che i fatti materiali e le informazioni che si discostano da una corretta rappresentazione delle voci di bilancio devono essere idonei ad indurre in errore il destinatario del bilancio sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria della società e/o del gruppo; in questo

sensu, come si vedrà, è stato introdotto il concetto della *minima rilevanza*. Il riferimento all'« idoneità » ad ingannare — introdotta dal D.L. n. 366/2001 ma già prevista nel testo della c.d. Mirone — non rappresenta una precisazione pleonastica, in quanto permette di meglio calzare la fattispecie alla realtà da proteggere. Si configura pertanto il reato non rispetto ad una informativa societaria tutelata in sé e per sé quale autonomo valore, ma in quanto strumentale alla tutela degli interessi finali; proteggere cioè gli interessi dei terzi che, attraverso il sistema di bilancio, maturano un giudizio sulla situazione aziendale. Piuttosto si pone il problema di fondo di chiarire a quali particolari categorie di destinatari abbia pensato il legislatore quando si tratta di valutare l'idoneità ad ingannare. Non è un interrogativo ridondante se si considera la molteplicità dei soggetti esterni (soci, creditori, fornitori, dipendenti, analisti finanziari ecc.) interessati a conoscere ed a capire l'andamento aziendale e, soprattutto, se si hanno presenti le differenti competenze tecnico contabili di cui questi soggetti sono portatori: in questo senso l'idoneità ad ingannare è probabilmente diversamente declinabile con riguardo ai vari attori interessati.

Certo è che il bilancio ha una sua intrinseca complessità, che deriva dalla schematica simbologia contabile e dai caratteri complessi (tecniche e metodi) sottesi alla determinazione dei suoi valori. È mia opinione che il requisito dell'idoneità ad ingannare non possa che essere valutato nei confronti di soggetti « non estranei ai lavori », persone cioè che siano in qualche misura confidenti con le convenzioni contabili (*in primis* principi e regole) su cui si fonda il modello del bilancio.

Si segnala inoltre che, nella nuova formulazione della norma, viene ampliata l'area della comunicazione oggetto di tutela che comprende, oltre alla situazione economica d'impresa, anche quella del suo gruppo di appartenenza. Nel prossimo futuro sarà interessante osservare come la giurisprudenza vorrà interpretare compiutamente tale ampliamento in termini di campo di applicazione del reato; sarà quindi necessario calare concretamente nell'ottica del gruppo interaziendale i concetti di

minima rilevanza, soglie di punibilità, rilevanza dell'informazione omessa e così via scorrendo.

In secondo luogo, è richiesta l'intenzionalità (*elemento soggettivo*) nel voler trarre in inganno i destinatari dell'informativa (nel testo ricondotti alla platea *del pubblico e dei soci*) e la condotta deve essere volta ad ottenere per sé o per altri un ingiustificato profitto (*dolo specifico*). Si argomenta di una filosofia che, in realtà, informa anche le altre categorie di reati contemplate dall'intervento di delega, dal falso in prospetto alla falsità nelle relazioni e nelle altre comunicazioni sociali. È stato soppresso quindi l'avverbio *fraudolentemente*, che aveva dato luogo ad un'infinità di querelle, sebbene nella giurisprudenza dominante si era affermato il convincimento che esso era da intendersi con caratteristiche di dolo specifico a cui riferire la condotta tipica di falsa esposizione.

Altra novità, si è anticipato, riguarda la cosiddetta clausola della minima rilevanza, secondo la quale le informazioni false o omesse devono essere rilevanti e tali da alterare in maniera consistente la rappresentazione della situazione economica o finanziaria della società e/o del gruppo. Al riguardo si parla di *soglie di punibilità*, espresse quantitativamente attraverso parametri rappresentativi il livello di tolleranza del falso, al di sotto del quale quindi non scatta la fattispecie di reato. Nella norma attuale, la dimensione quantitativa dell'informazione falsificata (sia essa in termini assoluti o percentuali) non è per nulla discriminante nell'ottica della qualificazione del reato.

Trattando della sua *perseguibilità*, occorre segnalare in via preliminare il cambio della natura del reato, che, rispetto alla normativa vigente, passa sostanzialmente da reato di pericolo a reato di danno. Nel dettaglio è previsto un differente regime sanzionatorio sulla base della rilevanza patrimoniale del danno. In altre parole, si prevedono due situazioni differenti a secondo che sia stata provocata o meno una lesione patrimoniale agli interessi dei soci o creditori. Quando non vi sia stato danno, si passa da delitto a semplice contravvenzione e potrà scattare l'ar-

resto fino ad un anno e sei mesi. Nel caso di danno patrimoniale per soci e creditori, occorre introdurre un'ulteriore distinzione fondata sulle caratteristiche della società nella quale si è verificato il reato. Nelle società quotate sarà sempre possibile la procedibilità d'ufficio e la pena sarà compresa tra uno e quattro anni. Nelle società non quotate la procedibilità sarà sempre su querela di parte (e su questo aspetto si sono concentrate molte critiche da parte di chi ha ritenuto la perseguibilità a querela come una sostanziale depenalizzazione del reato) con la pena della reclusione da sei mesi e tre anni.

Tale impostazione, introdotta con la legge delega n. 366/2001, è stata poi fedelmente recepita nello schema del decreto legislativo di riforma dei reati societari preparato dalla Commissione Vietti (segnatamente dal sottogruppo di lavoro coordinato da Enzo Musco) che, a differenza dell'attuale norma (art. 2621 c.c.), configura esplicitamente due fattispecie diverse di reato; nel nuovo testo dell'art. 2621 c.c., « *False comunicazioni sociali* », viene infatti prevista e punita la fattispecie contravvenzionale senza danno patrimoniale. Invece con la fattispecie « *False comunicazioni sociali in danno ai soci e ai creditori* » (art. 2622 c.c.) ad essere sanzionata è la condotta che abbia arrecato un danno a soci e creditori, con condizioni di procedibilità e pene diverse a secondo che la società sia quotata o meno.

TAB. 1. *Come cambia il reato di falso in bilancio.*

	<i>Vecchia formulazione</i>	<i>Nuova formulazione</i>
Condotta	Esposizione di fatti non rispondenti al vero sulla costituzione e sulle condizioni economiche della società	Esposizione di fatti <i>materiali</i> non rispondenti al vero, <i>ancorché oggetto di valutazioni, idonei ad indurre in errore</i> i destinatari circa la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene

	<i>Vecchia formulazione</i>	<i>Nuova formulazione</i>
Elemento soggettivo	Dolo specifico, tratto solo in via interpretativa dall'avverbio <i>fraudolentemente</i> , come volontà di determinare un errore negli organi sociali, nei soci o nei terzi (animus decipiendi)	Riconoscimento normativo della necessità di porre in essere il falso con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico, cui deve aggiungersi la finalità di conseguire per sè o per altri un ingiusto profitto
Soglia di punibilità	Non prevista	Le informazioni false od omesse devono essere <i>rilevanti e tali da alterare sensibilmente la rappresentazione</i> della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo a cui essa appartiene; <i>ciò anche attraverso la predisposizione di soglie quantitative</i>
Perseguibilità	D'ufficio	<i>a)</i> d'ufficio se non vi è danno patrimoniale ai soci o ai creditori ovvero se si tratta di società quotate e vi è danno patrimoniale; <i>b)</i> a querela di parte se vi è danno patrimoniale ma si tratta di società non quotate
Sanzioni	Reclusione da 1 a 5 anni e multa da 2 a 20 milioni (prescrizione: 10 anni)	<i>a)</i> arresto fino a 1 anno e 6 mesi se non vi è danno patrimoniale ai soci o ai creditori (prescrizione: 3 anni); <i>b)</i> reclusione da 6 mesi a 3 anni se si tratta di società non quotata e vi è danno patrimoniale (prescrizione: 5 anni); <i>c)</i> reclusione da 1 a 4 anni se si tratta di società quotata e vi è danno patrimoniale (prescrizione: 5 anni)

3. *Un approfondimento sui principali elementi innovativi.*

3.1. MAGGIORE PRECISAZIONE SUL PIANO DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO.

Sul piano dell'elemento soggettivo della violazione il re-

quisito del dolo specifico trova esplicita formalizzazione. L'avverbio fraudolentemente, che viene abbandonato (così come l'*intenzionalmente* presente nel testo della Mirone), aveva infatti dato adito in passato a diversi dibattiti dottrinali. Il punto maggiormente controverso riguardava per l'appunto un'interpretazione giurisprudenziale ritenuta eccessivamente disinvolta (« *mostrosità penalistica* »)⁽¹⁾, in forza della quale si riteneva sufficiente quale dolo punibile anche solo quello definito « eventuale », nonostante il forte richiamo alla qualificazione intenzionale del dolo che avrebbe dovuto essere esercitata dall'avverbio fraudolentemente. Ora, per chi come il sottoscritto non è uso alla terminologia giuridica, è opportuno spendere qualche parola di chiarimento. Quando si scrive di dolo eventuale non è necessario che il soggetto autore del reato abbia voluto produrre il danno a qualcuno, essendo sufficiente che l'agente abbia previsto tale possibilità di danno e, tuttavia, tale previsione non lo abbia distolto dal proseguire nel suo comportamento. Ai fini che qui interessano, ciò sta a significare che, per la realizzazione della fattispecie criminosa del falso in bilancio, poteva bastare che l'autore fosse consapevole del tangibile rischio che i terzi fossero tratti in inganno dalla comunicazione infedele (dolo eventuale) e, parimenti, tale concreta prospettazione del danno non lo abbia indotto a desistere dalla propria condotta.

Ciò premesso, si osserva come la riforma ha fatto proprie le conclusioni a cui era già giunta la giurisprudenza dominante. Con il nuovo testo viene infatti accolto il prevalente orientamento che tende a riscontrare gli estremi del dolo previsto per la sussistenza del reato solo nei casi in cui l'autore abbia agito con la volontà di ingannare (*animus decipiendi*) i terzi (*rectius* il pubblico e i soci) sulle condizioni patrimoniali economiche e finanziarie della società e/o del gruppo. A rafforzare il tutto, viene poi aggiunta la necessità della consapevolezza del falso,

⁽¹⁾ Così A. LANZI, *Il Falso in bilancio. Le responsabilità di amministratori, sindaci e consulenti*. Atti del Convegno promosso dall'Associazione dei Dottori Commercialisti di Milano, Rapallo, 11 ottobre 2001.

dell'idoneità ad ingannare e che sia stato ricavato un ingiusto profitto per chi abbia commesso il reato o per altri.

Ecco quindi che il legislatore, proprio allo scopo di escludere ogni possibile configurabilità del dolo eventuale, richiede che l'obiettivo finalistico della condotta sia rappresentato dal dolo intenzionale dell'inganno. Ma è richiesta anche l'esistenza del dolo specifico che, avente funzione selettiva o delimitativa delle condotte punibili, consiste nel fine di conseguire un profitto ingiusto ⁽²⁾. Non basta cioè per la configurabilità dell'illecito il conseguimento di un qualsiasi profitto, ma occorre altresì sia qualificato da note di ingiustizia.

Nel processo di sostituzione del tanto discusso dolo di frode dell'art. 2621 c.c. ante riforma con una combinazione di dolo intenzionale e di dolo specifico permane a mio giudizio qualche perplessità sul requisito dell'« ingiusto profitto » per sé o per altri. Tale condizione può apparire superflua o pleonastica, posto che in pratica si tratta di una finalità pressoché onnipresente in presenza del reato in parola (quale altro obiettivo è immaginabile, forse la vendetta? lo scherzo?). Si consideri da ultimo come la qualificazione di « ingiusto », attribuita al profitto a cui è finalizzato il comportamento doloso, possa essere foriera di numerosi dubbi interpretativi ed eccezioni pretestuose, proprio per la genericità del termine e per la pluralità di interessi particolari gravitanti attorno all'impresa: la fattispecie può dunque prestarsi ad una fuorviante lettura strumentale.

⁽²⁾ Si legge al riguardo nella relazione sul disegno di legge delega della Commissione Mirone pubblicata sulla Rivista delle Società: « L'elemento soggettivo del dolo è stato oggetto di uno sforzo di precisazione. In questo senso si prevede la qualificazione del dolo in termini di intenzionalità; allo scopo di evitare il ricorso a soluzioni di dolo eventuale; nel contempo è precisata la conformazione del dolo specifico, orientato all'ottenimento di un ingiusto profitto. L'esigenza di assicurare alla figura l'indispensabile lesività è affidata ad una norma di natura oggettiva. Le condotte incriminate devono essere idonee ad ingannare in concreto i soggetti destinatari sull'effettiva situazione, dando così luogo ad un concreto pericolo di sviamento delle loro decisioni » (da *Riv. soc.*, fasc. 1, 2000).

3.2. LE SOGLIE QUANTITATIVE.

Il concetto di rilevanza quantitativa — destinato nell'ottica generale della riforma ad evitare che rientrassero nella sfera di interesse penale anche falsi o omissioni di carattere minimale, quindi ininfluenti sull'efficacia rappresentativa del bilancio — trova compiutezza deterministica nella definizione delle soglie quantitative (Legge Delega n. 366/2001).

Queste, inizialmente prospettate ma poi abbandonate nel precedente disegno di legge delega (Mirone) ⁽³⁾, sono state così fissate nello schema del decreto legislativo predisposto dalla Commissione Vietti approvato dal Consiglio dei ministri:

— punibilità esclusa quando le falsità o le omissioni determinano uno scostamento del risultato economico di esercizio al lordo delle imposte non superiore al 5%;

— esclusa comunque la punibilità se il fatto (falsità) è conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10%.

Nei primi commenti allo schema del decreto legislativo si è letto che le linee ispiratrici a cui sono state uniformate le soglie percentuali sono rappresentate, quanto alla percentuale del 5% per le falsità ed omissioni su fatti non soggetti a stime, dalla Raccomandazione della SEC ⁽⁴⁾ sul postulato della « Materialità » delle differenze di bilancio e, quanto alla percentuale del 10% sulle singole voci espressione di valutazioni estimative, dalla nuova disciplina dei reati tributari, segnatamente il D.Lgs. 10 marzo del 2000 ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ « Su tale proposta la Commissione non ha peraltro raggiunto un unanime consenso, per la preoccupazione manifestata da taluni di un'eccessiva restrizione applicativa della fattispecie » Da, *Relazione illustrativa*, cit.

⁽⁴⁾ Nel 1999 la SEC, organo di vigilanza delle Borse statunitensi, ha emesso il documento SAB (Staff Accounting Bulletin) n. 99, *Materialità*, V. *infra*, par. 4.1.

⁽⁵⁾ Il provvedimento in esame ha sostituito la disciplina contenuta nella cosiddetta legge « manette agli evasori » (Legge 7 agosto 1982 n. 516 e successive modificazioni ed integrazioni). Segnatamente la percentuale del 10% è mutuata dall'art. 7 del D.Lgs. 10 marzo 2000, che recita: « In ogni caso non danno luogo

A ben vedere si tratta di un'ispirazione di massima alle menzionate fonti. La Raccomandazione SEC indica la percentuale del 5% di significatività dello scostamento solo quale assunzione preliminare dell'indagine e specifica che essa non può comunque rappresentare una base di per sé sufficiente per completare il giudizio.

In definitiva è opinione dello scrivente che il legislatore, attraverso la scelta di questi parametri-soglia, abbia voluto tenere elevata l'asticella da superare per configurare la fattispecie del reato, mettendo in mostra una rimarchevole tolleranza nell'individuare quando il comportamento doloso sia penalmente rilevante. Ciò appare in tutta la sua evidenza osservando la misura percentuale da oltrepassare perché scatti la punibilità dei falsi o delle omissioni sulle voci di bilancio frutto di valutazioni estimative (10% singolarmente considerate). Al redattore disinvolto del bilancio parrebbe possibile raggiungere risultati lusinghieri, in termini di informativa falsata, attraverso una « predeterminata » e « lungimirante » politica di distribuzione degli « errori » tra le diverse poste oggetto di stime e congetture⁽⁶⁾, senza che ciò costituisca oggetto di mendacio purché le c.d. « bagattelle », prese ad una ad una, non producano scostamenti maggiori del 10% rispetto alla corretta espressione delle poste contabili a cui si riferiscono. Se poi si considera l'incidenza crescente delle voci frutto di valutazioni stimative sul totale del bilancio nonché l'incertezza in merito al grado di aggregazione delle voci a cui commisurare la percentuale di tolleranza (ad esempio il

a fatti punibili a norma degli articoli 3 e 4 le valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al 10% da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste nel comma 1, lettere *a*) e *b*) dei medesimi articoli ». Per un commento della norma di diritto penale tributario si rinvia a, G. BERSANI, *Commento all'art. 7*, in *Diritto e Procedura Penale e Tributaria*, di I. CARACCIOLI, A. GIARDA e A. LANZI, Cedam, 2001.

⁽⁶⁾ Sulle categorie di voci stimate e congetturate contrapposte alle quantità economiche (dati certi) si rinvia per tutti a C. MASINI, par. 8.3 di *Il Lavoro e Risparmio*, Utet, 1978.

10% va considerato con riguardo al magazzino nel suo complesso o tenendo distinte le materie prime, i semilavorati, i prodotti finiti, i ricambi ecc.), si può concludere che le maglie larghe lasciate dal legislatore in materia di rilevanza quantitativa riducono ad ambiti davvero limitati il campo d'applicazione del reato.

3.3. DA REATO DI PERICOLO A REATO DI DANNO.

Come si è visto, si tratta diversamente la fattispecie di pericolo (art. 2621 c.c.) da quella di danno (art. 2622 c.c.). Anche questa distinzione merita forse qualche chiarimento per i non addetti ai lavori. Il danno è un concetto intuitivo: il reato si materializza quando si cagiona un evento negativo (lesione patrimoniale) ad uno o più soggetti. Esistono però anche reati che non producono danni: i reati di pericolo. Si tratta di reati il cui scopo è proteggere interessi diffusi, costituiti non solo dai diritti propri delle persone fisiche, ma anche da esigenze proprie della collettività. Al riguardo, un esempio quanto mai chiaro è stato fornito da Tinti ⁽⁷⁾ in un recente saggio: « si pensi alle contravvenzioni (anche se non sono reato) per eccesso di velocità. Non sempre la velocità superiore al limite consentito è causa di incidente e di conseguenti danni a cose o persone; anzi nella maggior parte dei casi non succede nulla. Tuttavia l'intento del legislatore è quello di scoraggiare gli utenti della strada dalle alte velocità, perché si ritiene siano causa di incidenti più o meno gravi. Invece di attendere che l'incidente si sia verificato, e quindi punire il colpevole, si predispone una sorta di tutela avanzata, punendo chi ha superato i limiti di velocità, non perché ha cagionato un danno, ma perché ha cagionato una situazione di pericolo idonea a produrre un danno. Insomma il reato di pericolo mira ad indurre i cittadini ad omettere

(7) Dal saggio di Bruno Tinti, procuratore aggiunto presso il Tribunale di Torino, pubblicato sulla rubrica *Iceberg* in *Micromega*, n. 4/2001.

comportamenti che, con rilevante grado di probabilità, possono cagionare un danno ».

Nel nostro ordinamento il reato di falso in bilancio ed i reati connessi erano da sempre considerati come reati di pericolo. L'oggetto della tutela non era pertanto riconducibile esclusivamente all'interesse del singolo operatore economico, ma andava visto anche e soprattutto con riguardo all'interesse della collettività, in quanto la correttezza e la trasparenza dell'informativa aziendale sono concepite condizioni preliminari per un efficiente e progredito funzionamento dei diversi mercati e quasi mercati nei quali interagisce l'impresa (dei capitali, del lavoro, delle materie prime, del credito ecc.).

Ciò premesso, se si ragiona invece accogliendo la distinzione tra reato di pericolo a reato di danno recepita nella riforma, a fare da bussola diventa il fatto che la condotta criminale abbia o meno provocato una lesione, che deve essere comunque di natura patrimoniale a cui, come riassunto nella tabella che segue, corrisponde una diversa configurazione del reato. È reato di pericolo quando la condotta criminale non abbia provocato una lesione degli interessi di soci e creditori (attuali) e viene derubricato a contravvenzione (con pena convertibile in una sanzione pecuniaria. Quando invece si configura un vero e proprio danno patrimoniale, si introduce un'ulteriore distinzione tesa a mettere in rilievo il diverso peso che hanno le società quotate e non quotate. Nel primo caso, infatti, si procederà con la mano un po' più pesante ed è prevista la procedibilità d'ufficio.

Quando la lesione sarà relativa ad una società non quotata servirà invece la querela di parte. A prima vista si viene così a delineare una logica non immediatamente comprensibile: se il reato è meno grave (non vi è danno) esso, in quanto fattispecie contravvenzionale, è perseguibile d'ufficio; se è più grave (vi è danno) il reato è perseguibile su querela. I giudici dovranno quindi sapersi destreggiare tra norme in apparenza non sempre coerenti quando le società non sono quotate.

TAB. 2. *La fattispecie di reato ed i nuovi artt. 2621 e 2622.*

Art. 2621 Senza danno patrimoniale	→	Contravvenzione e arresto fino a un anno e sei mesi
Art. 2622	→	Società quotata: perseguibilità d'ufficio pena da uno a quattro anni
Danno patrimoniale	→	Società non quotata: procedibilità a querela pena da sei mesi a tre anni

A sostegno dell'impostazione seguita nel nuovo sistema penale societario, si è addotta un'improrogabile esigenza di razionalizzazione della « scelta punitiva », nel senso che il legislatore sembra aver proceduto in direzione di una tutela progressiva. Il primo stadio di tipicità penale (art. 2621 c.c. *False comunicazioni sociali*) mira quindi a tutelare la veridicità e la completezza dell'informazione societaria avendo riguardo alla funzione strumentale che questa ricopre nei confronti dei diversi destinatari finali (coloro cioè che per vari motivi sono interessati a conoscere la situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa). Il secondo stadio (art. 2622 c.c. *False comunicazioni sociali in danno a soci e creditori*), invece, si propone di impedire che la violazione della corretta informativa dia effettivamente origine ad un concreto pregiudizio degli interessi patrimoniali facenti capo a ben precisati interessi (per l'appunto soci e creditori).

Nel nuovo sistema penale viene pertanto superata la centralità del bene giuridico della trasparenza societaria⁽⁸⁾, che sembra passare in secondo piano quando si afferma che il falso in bilancio non lede un generico bene pubblico, ma solo inte-

(8) In un articolo pubblicato su, *Il Sole 24 Ore* del 4 agosto 2001, Ivo Caraccioli, nel commentare la riforma, ha osservato che « La trasparenza societaria è un "concetto fumoso", una "sorta di medusa gelatinosa della quale non si riescono a comprendere i confini" ».

ressi privati. Proseguendo nel ragionamento viene fatto osservare come, a differenza di azionisti, creditori, dipendenti, fornitori ecc., il mercato non è un « soggetto fisico » e pertanto la sua difesa rientra nell'ambito della giustizia civile, non in quello della giustizia penale.

Ripromettendomi di tornare nel prosieguo su questo argomento, val la pena di segnalare come, nel recente e talvolta aspro dibattito che ha fatto seguito all'approvazione della Legge Delega n. 366/2001, uno degli aspetti di fondo oggetto di maggiore contrasto interpretativo riguarda la possibilità di configurare una fattispecie di falso in bilancio senza che ciò procuri sempre e comunque (« è nell'ordine naturale delle cose » è stato fatto notare) un danno nei confronti di qualcuno ⁽⁹⁾. Non a caso in questa dialettica si inserisce un gustoso confronto di idee tra Gaetano Pecorella e Guido Rossi. Relativamente all'aspetto tratteggiato, si è espresso così Gaetano Pecorella: « Le ipotesi di fare un falso in bilancio senza danneggiare nessuno ci sono: faccio un esempio, due soci decidono di regalare ciascuno una collana da 100 milioni alle rispettive amanti. La società sostiene la spesa e in bilancio si iscrivono spese generali. È un falso in bilancio, ma chi si è danneggiato ad esclusione delle mogli? Quanto all'aspetto fiscale dell'evasione è già prevista la punibilità del reato dalla normativa tributaria e, per imprese non modeste, i 200 milioni di falsità non incidono certo sulle valutazioni di banche e creditori. Se invece si accerta il danno, si può procedere ».

Ancora più esplicito al riguardo Franco Debenedetti che, escludendo la tutela generica del mercato nel sistema penale ⁽¹⁰⁾, osserva: « Se nessuno è danneggiato, chi viene offeso? ».

Certo è, mi sento di aggiungere, che la prova di uno specifico nesso di causalità tra la falsa informazione societaria ed il

⁽⁹⁾ V. *infra*, par. 4.3.

⁽¹⁰⁾ In *Sul falso in bilancio è sbagliato dire di no*, di Franco DEBENEDETTI, in *Il Sole 24 Ore*, del 26 settembre 2001. A fronte di questa impostazione ha così replicato G. Rossi nella citata intervista: « Chi infine se non il mercato è tutelato da reati come l'insider trading e l'aggiotaggio, già puniti nel sistema penale? ».

danno subito dai singoli soci e creditori (per inciso ci si domanda perché solo queste due categorie di interessi) richiederà non pochi sforzi: una vera e propria *probatio diabolica* secondo taluni ⁽¹⁾.

A titolo esemplificativo delle difficoltà incontrabili si riporta un passaggio tratto dal citato saggio di Bruno Tinti: « Un amministratore redige un bilancio falso per costituire fondi neri: paga tangenti e ottiene lucrosi appalti. La società si arricchisce ed i soci sono soddisfatti. Qualche tempo dopo la magistratura scopre i pagamenti illeciti, avvia indagini, procede a sequestri e perquisizioni. La notizia diviene di pubblico dominio, i giornali ne parlano e, verosimilmente, gli appalti non arriveranno più, le banche ritireranno gli affidamenti e la società precipiterà in una situazione di dissesto. A quale evento imputare tale disastro? Non pare proprio al falso in bilancio, che tutt'al più è stato strumentale per acquisire lavori e quindi profittabilità. Alla prova dei fatti, tutto è nato dall'inchiesta giudiziaria, che ha fatto venir meno opportunità di lavori innestando la spirale di crisi. Di conseguenza il socio, che ha visto azzerarsi il proprio investimento azionario, non potrà certo procedere querelando i responsabili del falso in bilancio, perché il falso non ha cagionato loro alcun danno patrimoniale diretto, anzi ha prodotto benefici ».

A prescindere da questi casi estremi, vi è comunque da considerare che, per proporre querela, è necessario rendersi conto di avere subito un danno ma, l'esperienza insegna, nel nostro ordinamento il socio di minoranza non dispone di molti strumenti per scoprire un falso in bilancio, specie nelle società minori soggette a controlli sovente « bonari ».

⁽¹⁾ Così aggiunge L. FOFANI in, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Diritto penale e Processo*, n. 10, 2001: « Qualunque difesa tecnicamente attrezzata avrà buon gioco nel dimostrare che il danno sia derivato da concause sopravvenute di per sé sufficienti a cagionare l'evento escludendo così, ex art. 41 c.p., la punibilità del falso in bilancio. Facilmente prevedibili poi le defatiganti controversie che si apriranno in ordine alla qualificazione del danno ed alla titolarità dell'interesse protetto e del diritto di querela ».

Ma si superi anche questo primo ostacolo, assumendo che la falsità sia stata accertata, ad esempio a seguito di un procedimento aperto d'ufficio, perché le comunicazioni mendaci si riferiscono ad una società quotata in borsa. In tali frangenti, come potrà un socio dimostrare oltre ragionevole dubbio di avere subito un danno da un evento che riteneva improbabile perché ingannato dai conti infedeli? E poi, quali incontrovertibili argomenti potrà sostenere per dare evidenza che, qualora non tratto in inganno dal bilancio falsificato, egli non avrebbe acquistato azioni di quell'azienda o in ogni caso avrebbe successivamente disposto del suo investimento in modo diverso da come poi ha fatto? ⁽¹²⁾.

4. *Debutto su ampia scala delle sanzioni amministrative.*

Per completare lo schema del decreto legislativo predisposto in materia di falso in bilancio, non si può fare a meno di considerare le novità introdotte in materia di sanzioni amministrative a carico delle società che abbiano tratto vantaggio dai reati previsti dal testo rinnovato degli artt. 2621 e 2622 c.c. In particolare il riferimento è all'introduzione del nuovo art. 25-ter (*Reati societari*), che va ad integrare il D.Lgs. 8 giugno 2001 (*Responsabilità amministrativa delle società*).

La previsione di sanzioni anche per le società è il segno di una tendenza ormai irreversibile, riscontrata anche nel recente decreto legislativo sull'euro, che sancisce la responsabilità degli enti per i reati di falsificazione monetaria ed amplia considerevolmente lo spettro di reati rispetto a quanto previsto nel provvedimento dell'estate del 2001 (corruzione, concussione, frode ecc.).

La competenza per l'irrigazione delle sanzioni sarà sempre del giudice penale che ha avviato il procedimento nei confronti della persona fisica imputata. La responsabilità amministrativa

⁽¹²⁾ *La pericolosa ritirata del Codice*, di R. CALMIERI, *Il Sole 24 Ore* del 29 settembre 2001.

dell'ente va pertanto ad aggiungersi alla responsabilità penale dell'autore del reato e colpisce la società: *a)* se il reato è stato commesso nel suo interesse e *b)* se il fatto non si sarebbe realizzato qualora i suoi vertici avessero vigilato rispettando gli obblighi attribuiti alla loro carica.

Relativamente alle sanzioni di natura pecuniaria, si fa ricorso all'inconsueto meccanismo delle quote (da 500.000 a 3.000.000), studiato dal legislatore per rendere le sanzioni più aderenti al caso singolo e alla realtà economica da affrontare. Sulla base di quanto stabilito al primo comma del ricordato art. 25-ter sono previste le seguenti sanzioni pecuniarie, tutt'altro che trascurabili ⁽¹³⁾.

<i>Fattispecie</i>	<i>Sanzioni (quote)</i>	<i>Controvalore in euro</i>
False comunicazioni sociali	da 100 a 150	da 154.000 a 232.000
False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori in società non quotate	da 150 a 300	da 232.000 a 464.000
False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori in società quotate	da 200 a 400	da 310.000 a 619.000

Il legislatore ha voluto poi render ancora più salato il « conto » per le società, introducendo anche misure aggiuntive di carattere afflittivo. Il terzo comma dell'art. 25-ter prevede che, in presenza di condanne anche per i reati qui in esame (false comunicazioni sociali), si applichino all'ente sanzioni interdittive per la durata massima di un anno. Queste possono riguardare l'interdizione all'esercizio di un'attività fino al divieto di pubblicizzare beni o servizi, passando per la sospensione o revoca di autorizzazioni o agevolazioni già ottenute ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Calcolato sulla stima del valore massimo della quota (3 milioni di lire).

⁽¹⁴⁾ Le sanzioni interdittive sono quelle enunciate all'art. 9, comma 2 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

La previsione delle sanzioni amministrative per i reati di falso in bilancio ripropone, se possibile con maggiore enfasi, una problematica già sfiorata in precedenza: si sta argomentando delle controverse valutazioni che soci o creditori si troveranno ad affrontare prima di procedere per querela per false comunicazioni in bilancio. Questi soggetti, abilitati a ricorrere all'autorità giudiziaria in quanto la fattispecie criminosa ha procurato loro un danno, dovranno essere consapevoli di subire un'ulteriore lesione nei loro diritti patrimoniali, proprio a motivo della denuncia che si accingono a presentare per vedere riconosciute le loro ragioni ⁽¹⁵⁾. Sono infatti facilmente intuibili le conseguenze sul valore delle loro quote/azioni o sulla recuperabilità del credito vantato nei confronti dell'azienda a seguito delle sanzioni pecuniarie irrorate contestualmente alla condanna per il reato di falso in bilancio, e questo senza neppure voler prendere in considerazione i possibili effetti devastanti sulla continuità aziendale prodotti dalle già menzionate misure interdittive.

5. *Primi rilievi critici nell'ottica aziendale.*

A questo punto è possibile esprimere alcune personali perplessità sulla riforma muovendo, come specificato, dal punto di vista di un economista di azienda.

⁽¹⁵⁾ Scrive al riguardo Gaetano Pecorella nella citata intervista: « In una legge che prevede anche le responsabilità delle società, se non avessimo subordinato alla querela la procedibilità avremmo avuto questo paradosso: il socio subisce una lesione dall'amministratore, il processo penale va avanti a prescindere dalla sua valutazione, l'amministratore paga, la società paga, per esempio due miliardi di sanzione amministrativa. Il socio quindi ha subito una lesione dall'amministratore e in più perde la società perché questa non è in grado di pagare la sanzione. Ecco perché la querela ha una sua logica: perché il socio, se è l'unico danneggiato, può scegliere. Trovare un accordo con l'amministratore, dicendogli: "Te ne vai, mi risarcisci il danno e non ti faccio querela". Se l'amministratore non ci sta, a quel punto il socio valuta se gli conviene rischiare e fare querela ».

5.1. LA RILEVANZA QUANTITATIVA DEFINITA DALLE SOGLIE DI PUNIBILITÀ.

La previsione delle soglie di punibilità — introdotte dalla Legge Delega n. 366/2001 e recepite nel successivo schema di decreto legislativo — se ha avuto il merito di chiarire definitivamente alcuni dubbi interpretativi, fonte in passato di incertezze applicative del reato in oggetto ⁽¹⁶⁾, da adito peraltro ad alcuni aspetti controversi.

Il falso quantitativo.

La specificazione della « minima rilevanza » e la sua determinazione quantitativa attraverso la determinazione delle soglie risolve definitivamente il problema del c.d. falso quantitativo. Si tratta di falsi/omissioni di secondario rilievo che, proprio per la loro ridotta entità, non risultano idonei ad alterare in modo sostanziale l'efficacia informativa del bilancio.

Tradizionalmente essi hanno egualmente rappresentato per un'importante corrente di pensiero una fattispecie di reato in quanto, veniva fatto osservare, il falso in bilancio costituisce il presupposto o l'effetto per la costituzione e l'elargizione di fondi neri, relativamente ai quali non conta affatto la quantità dello scostamento dal vero, poiché tali fondi, pochi o tanti che siano, concorrono comunque a inquinare il corretto funzionamento del mercato. La problematica si acuisce soprattutto nell'ambito di bilanci dove potevano verificarsi falsità che, seppure trascurabili se viste percentualmente, non erano tali se considerate nel loro valore assoluto ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ V. Atti del Convegno, *Falso e invalidità di bilancio. Un confronto tra aziendalisti, giudici, magistrati e revisori*, promosso dall'Università di Padova, Bressanone, 27-28 settembre 1999.

⁽¹⁷⁾ Scrive al riguardo Roberto CANOTTI: « Note vicende giudiziarie avevano messo in evidenza come l'assenza di qualsiasi limite quantitativo poteva condurre a risultati insoddisfacenti (ma nella vigenza della norma attuale obbligati), quale quello di ritenere falso un bilancio ove si verificava uno scostamento, in ter-

La non punibilità del falso quantitativo in bilancio, poiché ininfluente nel fuorviare il giudizio del terzo sulla effettiva situazione aziendale, non impedisce peraltro che il comportamento mendace si presti ad essere perseguito ricorrendo ad altre, in molti casi più appropriate, figure di reato, come ad esempio quello di corruzione in caso di elargizione illegale di somme e così via discorrendo.

Le valutazioni estimative e la fattispecie del reato.

L'esplicita previsione di una specifica percentuale a cui commisurare lo scostamento in presenza di falsi che riguardano le valutazioni estimative — il riferimento è al 10% di tolleranza indicato nello schema di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri — sgombera finalmente il campo da possibili dubbi circa l'applicazione delle norma penale anche alle voci di bilancio soggette a valutazioni.

All'origine di questa restrittiva interpretazione, fortunatamente abbandonata, vi è l'equivoca terminologia introdotta dalla Legge Delega n. 366/2001 al vecchio testo del 2621 c.c. per specificare che i « *fatti non rispondenti al vero* », che fanno quindi scattare la fattispecie del reato, devono essere « *materiali* ». All'involuta e poco comprensibile locuzione — « *fatti materiali rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazione* » — si è data pertanto una lettura secondo la quale le valutazioni (non si comprende perché qualificabili come « non materiali ») sarebbero restate al di fuori della rilevanza penale, mentre sarebbero potute rientrare nella fattispecie incriminatrice soltanto quando riferite ad un dato oggettivo non conforme al vero ⁽¹⁸⁾.

mini percentuali, dello 0,08% rispetto al patrimonio complessivo (il riferimento è ovviamente al caso Fiat) » da, *False comunicazioni sociali: reato uno e trino a valenza patrimoniale*, in *Diritto e giustizia*, n. 37/2001.

⁽¹⁸⁾ In questo senso ne sarebbe derivata una curiosa limitazione del reato espressa dal seguente esempio: se il falsificatore del bilancio avesse esposto una falsa consistenza del magazzino affermando che esso constava di 500 pezzi (in realtà sono 1000) del valore di 10 euro cadauno (valore corretto) avrebbe commesso il reato,

A ben vedere per noi aziendalisti il problema non si sarebbe neppure dovuto porre: è infatti fuor di dubbio che anche l'area delle valutazioni di bilancio configuri « fatti reali ». Infatti, sebbene la determinazione di questi ultimi valori richieda apprezzamenti in parte soggettivi, non si può ritenere per questo che tali valori non siano deputati ad esprimere compiutamente specifici fatti — per definizione « materiali » — della gestione aziendale. Talvolta la complessità di talune valutazioni, anche conseguente alla relativa soggettività delle stime e delle congetture richieste da ciascun criterio, conduce ad ampliare il dibattito intorno al « valore vero ». Ciò tuttavia è ineliminabile. Non si può poi disconoscere come il progresso compiuto in materia contabile, di diffusione e applicazione di principi contabili di generale accettazione, diminuisca sempre più la possibilità di interpretazione ambigue: certo si mantiene un tasso di discrezionalità tecnica, ma si affermano convenzioni contabili di generale accettazione che non possono essere ignorate dal legislatore (si pensi in proposito alla recente costituzione dell'OIC — Organismo Italiano di Contabilità — ed alla ufficialità dei suoi principi statuiti).

Il falso qualitativo.

Si tratta dell'ipotesi che il bilancio rispecchia l'effettività dei costi sostenuti, ma che questi non siano legittimi: in pratica si giustificherà tali costi, inconfessabili, inventando altri oneri iscritti in voci quali commissioni, spese di rappresentanza, consulenza e così via.

In effetti la società ha realmente appostato i costi, solo che attribuisce loro una qualità diversa dal reale: da cui l'espressione falso qualitativo.

Le falsità e le omissioni di cui trattasi, di norma poi per

ma se avesse affermato che i pezzi erano 1000, ognuno del valore di 15 euro, non vi sarebbe stato reato. V. anche *Il nuovo falso in bilancio circoscrive la punibilità*, di L.D. CERQUA, in *Il Sole 24 Ore* del 10 ottobre 2001.

valori tollerati dalle soglie di punibilità, non alterano il giudizio del destinatario del bilancio se si ha riguardo alla rappresentazione complessiva della situazione patrimoniale economica e finanziaria aziendale. Si deve pertanto concludere che il falso qualitativo non è più perseguibile: come in precedenza affermato illustrando il falso quantitativo, ciò non dovrebbe peraltro escludere che il comportamento mendace, venuta meno la fattispecie del falso in bilancio, sia perseguibile ricorrendo ad altri reati.

Del resto l'azione criminosa, a prescindere dagli effetti sui conti aziendali, si presta comunque a trarre in inganno il terzo sulla sostenibilità delle condizioni su cui si fonda la continuità aziendale: in altri termini, i destinatari dell'informativa sono interessati a valutare se la sopravvivenza e la prosperità di un'impresa sono assicurati da un vantaggio competitivo convalidato dal mercato o sono invece il risultato, per usare un eufemismo, dello sfruttamento di una « semplice opportunità per fare profitto ». Nel secondo caso va da sé che chi è interessato a conoscere lo stato di salute dell'impresa deve anche poter valutare se la funzionalità aziendale sia poco difendibile, in quanto favorevolmente influenzata da un condizione esterna (lo *sponsor* illegittimamente compensato, ad esempio) per sua natura transitoria e spesso effimera.

Volendo trarre una prima conclusione, si può condividere l'intenzione del legislatore di escludere dall'ambito del regime penale la perseguibilità su inesattezze e imprecisioni poste in essere nella redazione del bilancio, che tuttavia non alterano la valutazione complessiva dei destinatari della comunicazione aziendale. Piuttosto sembra semplicistico, per molti versi fuorviante, voler valutare la rilevanza dell'alterazione prodotta da tali errori (tralasciando per ora il profilo della loro intenzionalità) solo sulla base di dati oggettivi e certi (ad esempio un importo fisso) o regole matematiche (ad esempio, come nel caso in esame, una percentuale), che possono essere utili per un primo livello d'indagine, ma senza pretese di esaustività. Infatti la valutazione è frutto di un giudizio professionale, che ha per og-

getto la *materialità* dell'errore, vagliata sempre con riguardo al livello di attendibilità che si vuole attribuire al bilancio, ovvero al livello e alla « qualità degli errori » tollerati ⁽¹⁹⁾.

In questo senso — avendo cioè riguardo proprio al profilo della credibilità dell'informativa aziendale — un « errore » è da considerarsi grave se, a prescindere dalla rilevanza quantitativa degli effetti prodotti sull'informazione, è frutto di comportamenti dolosi in violazione di leggi e quindi è frutto di un « falso » o di un'« omissione dolosa ». Lo stesso non può dirsi per errori, che pure possono essere di importi superiori, ma dipendenti dalle semplificazioni e approssimazioni che, inevitabilmente, rispecchiano l'incertezza e l'indeterminazione di talune valutazioni di bilancio, ben conosciute nella dottrina e nella miglior prassi contabile ⁽²⁰⁾.

E proprio tale impostazione emerge con chiarezza dalla Raccomandazione della SEC (la n.99 del 1999) sulla *Materialità* a cui, è stato scritto, si sarebbe uniformato il legislatore nel determinare la soglia (scostamenti dal corretto risultato di esercizio superiori al 5%) oltre la quale scatta la punibilità. Il fatto è che la citata Raccomandazione precisa che la soglia del 5% (naturalmente senza introdurre l'ulteriore tolleranza del 10% sulle valutazioni estimative singolarmente considerate) rappresenta solo un'assunzione preliminare per l'indagine e non costituisce, di per sé, base sufficiente per formulare un giudizio definitivo. In ottica aziendale, la rilevanza dell'errore, cioè, è da mettere in

⁽¹⁹⁾ Al riguardo si legge nel Principio Contabile IAS, n. 1 rivisto nel 1997: « Le informazioni per essere utili devono essere attendibili (reliability). Un'informazione ha la qualità dell'attendibilità quando è scevra da errori rilevanti e da pregiudizi e può quindi essere tranquillamente considerata come la migliore rappresentazione di ciò che essa tende, o dovrebbe tendere a rappresentare ».

⁽²⁰⁾ Così nel nostro Principio Contabile n. 11, *Il bilancio di esercizio. Finalità e postulati*, a cura del CNDC: « Errori, semplificazioni e arrotondamenti sono tecnicamente inevitabili e trovano il loro limite nel concetto di rilevanza; essi cioè non possono essere di portata tale da avere un effetto rilevante sui dati di bilancio e sul significato per i loro destinatari ». Ed ancora nel citato IAS n. 1, « la rilevanza dipende dalla dimensione quantitativa dell'informazione e dell'errore considerato nella particolare circostanza della sua omissione o imprecisione » (la sottolineatura è dello scrivente).

relazione anche ad aspetti qualitativi (*in primis* l'intenzionalità). Mi spiego meglio, un « errore » di importo in valore assoluto non rilevante, può egualmente essere significativo rispetto alla precisione dell'informazione quando:

- si riferisce ad una voce misurabile con precisione;
- maschera l'andamento di un trend;
- cambia il segno del risultato;
- viola leggi o regolamenti;
- è la compensazione di risultati significativi.

Come si può notare, il carattere di dolo sotteso alla falsa comunicazione sociale è per sua natura un « errore rilevante » nella nostra cultura aziendalista ⁽²¹⁾, la quale, nelle sue valutazioni, non può fare a meno di prendere in considerazione anche elementi qualitativi che, a differenza delle soglie, risentono invero della soggettività del giudizio, ma meglio si attagliano alla complessità della vita aziendale.

5.2. SCARSA CONSIDERAZIONE DEGLI STAKEHOLDERS.

Nell'impianto generale della riforma è dunque previsto un cambiamento di rotta del reato (almeno nella sua forma più grave di cui all'art. 2622 c.c.), che perde il tradizionale carattere di plurioffensività derivatogli dall'interesse pubblico chiamato a tutelare, per divenire sempre più un reato endosocietario, volto cioè alla tutela di singoli interessi patrimoniali da privilegiare (soci e creditori). A questo riguardo non si può fare a meno di osservare che, sul piano dell'individuazione dell'interesse da proteggere, si è compiuto un passo indietro: la qualità ed attendibilità dell'informazione aziendale, ancor prima che prevenire danni patrimoniali a specifici soggetti, rappresentano

⁽²¹⁾ Non per altro gli errori considerati nel documento della SEC (lo stesso vale per il nostro Principio Contabile n. 11) riguardano imprecisioni e/o imperfezioni non intenzionali e non possono in alcun modo riguardare l'ipotesi di reato, quando cioè è in discussione un comportamento doloso. Per un approfondimento, V. *La "moda" dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini della Procura della Repubblica*, di COLOMBO, in *Riv. soc.*, 1996.

un presupposto fondamentale per il corretto funzionamento di un'economia di mercato.

Non a caso il modello di bilancio aveva da tempo fatto propria questa richiesta di carattere collettivo. Esso era stato concepito originariamente, specie dalla giurisprudenza, in funzione delle esigenze di soci e creditori: il presupposto per l'impugnativa delle deliberazioni di bilancio era rappresentato dalla violazione degli interessi dei soci, ovvero quando per suo tramite (e cioè per il tramite di bilancio "non veritiero") si fossero prodotti effetti lesivi su alcuni diritti patrimoniali: diritto agli utili, alla liquidazione della quota e così via ⁽²²⁾.

Oggi invece il bilancio si configura, e non potrebbe essere altrimenti, come una fonte di informazioni genericamente rivolte alla collettività finanziaria, ai terzi ed a chiunque sia interessato a conoscere ed a capire l'andamento reddituale e la situazione patrimoniale e finanziaria d'impresa e di gruppo ⁽²³⁾. I motivi per conoscere il bilancio di esercizio, e quindi la realtà ad esso sottostante, sono diversi in relazione alle specificità del rapporto che lega l'impresa ai suoi diversissimi interlocutori, che con essa interagiscono anche sulla base delle informazioni contenute nel bilancio. I legittimi interessi di questi soggetti, poi, si esprimono e si sostanziano nelle negoziazioni di mercato, quindi nei mercati medesimi (non solo quindi il mercato borsistico, ma quello del credito, del lavoro, di vendita dei prodotti, di acquisto dei fattori produttivi ecc.), che, di conseguenza, fatico a immaginare, come pure si vorrebbe far credere, entità astratte non meritevoli della massima protezione, almeno nel

⁽²²⁾ In questo senso, tra gli altri, G.E. COLOMBO, in *Il Bilancio di esercizio*, Torino, 1987.

⁽²³⁾ La CONSOB, in una sua circolare del 22 dicembre 1989, aveva chiaramente specificato che la propria qualificazione ad esercitare i poteri di impugnativa di cui all'art. 6 del D.P.R. n. 136/1975, non doveva essere individuata in uno specifico pregiudizio, neppure necessariamente di carattere patrimoniale, con riguardo a qualunque terzo « bensì (la qualifica) doveva essere individuata nell'interesse a che i bilanci rappresentino l'effettiva situazione patrimoniale ed economica della società e quindi assolvano alla loro funzione informativa anche nei riguardi dei terzi e del mercato in genere ».

sistema penale. Una comunicazione carente o inveritiera turba l'efficienza e la regolarità di questi mercati, tra loro interconnessi, nella misura in cui induce gli operatori a sostenere costi elevati per verificare l'attendibilità delle informazioni disponibili o, peggio ancora, prendere decisioni diverse da quelle assunte se solo avessero avuto adeguate e corrette conoscenze della realtà aziendale con la quale hanno intessuto relazioni economiche e non.

Limitare pertanto la fattispecie del danno per falso in bilancio soltanto a soci e creditori — che sono quindi resi arbitri dell'esercizio (e dell'eventuale estinzione) dell'azione penale grazie al meccanismo delle querele (escluso solo per le società quotate, nonché, paradossalmente, per la più lieve ipotesi contravvenzionale) — significa circoscrivere arbitrariamente la sfera degli interessi da tutelare (in ogni modo ordinarli gerarchicamente) e minimizzare l'importanza dei c.d. *stakeholders* (collaboratori, fornitori, clienti ecc.) anche nel determinare le condizioni di successo aziendale.

5.3. IL FALSO IN BILANCIO E LA TUTELA DEGLI AZIONISTI OUTSIDER.

L'approccio di *patrimonializzazione* e *privatizzazione* del diritto penale seguito dalla Legge Delega n. 366/2001 appare tra l'altro in controtendenza al fenomeno, completato nel diritto societario con il Testo Unico sulla Finanza del 1998, che ha visto un progressivo passaggio dalla tutela del socio (attuale) alla tutela del risparmiatore (socio attuale e socio futuro) e quindi, in ultima analisi, del mercato finanziario.

Ma anche volgendo l'attenzione all'azionista attuale, in conformità quindi con la visione ristretta propugnata dalla riforma, ci si domanda se sia possibile configurare realisticamente l'ipotesi che il socio (attuale) di minoranza non subisca alcun danno da comunicazioni sociali inveritiere. Questa fattispecie prevista dal nuovo testo dell'art. 2621 c.c. — *Falso in bilancio senza danno per gli azionisti* — diviene ancora più difficile da immaginare se si precisa che le falsità o le omissioni riguardano

il bilancio di una società emittente titoli quotati e, come se non bastasse, che le falsità e le omissioni devono comunque essere tali da alterare sensibilmente la rappresentazione della situazione economica e patrimoniale dell'impresa o del gruppo.

Vorrei prendere le mosse del mio ragionamento trattando di un fenomeno estremamente attuale, forse mitizzato in certi suoi contenuti, ma che in ogni caso non può essere ignorato nell'attuale contesto economico-aziendale, quale per l'appunto è il fenomeno della *Corporate Governance*.

Un aspetto fondamentale della *Corporate Governance* è quello della tutela dei soci *outsider*, i soci di minoranza. Non si tratta di un'istanza fine a se stessa, né di una concessione di pura liberalità, quanto di una questione di efficienza del sistema economico: la protezione dei soci *outsider* è infatti la condizione chiave perché si sviluppi un mercato finanziario efficiente e progredito. Un mercato finanziario efficiente, sia detto per inciso, significa liquidità dei titoli e basso costo del capitale per le imprese emittenti, quindi è motore per lo sviluppo reale.

Nella letteratura economica e finanziaria si parla inoltre di sconto di minoranza: questo è inversamente proporzionale alla percezione del mercato sul livello di protezione assicurato ai soci terzi. Quanto più il mercato ritiene che siano sacrificati i diritti essenziali (informazione, *voice* ed *exit*) dei soci di minoranza, tanto più elevato è lo sconto praticato sui prezzi di compravendita dei titoli azionari; per converso, lo sconto è più basso, fino pressoché ad annullarsi, se il mercato percepisce che chi esercita il controllo sull'impresa informa i propri rapporti con gli investitori a criteri di correttezza e lealtà e, non da ultimo, si mostra disponibile a rendere loro conto del proprio operato (si rende cioè *accountable*). Non peraltro esiste un « premio di reputazione », o meglio la reputazione ha un valore: questa è considerazione che non merita particolari dimostrazioni.

Ora, alla luce di quanto sin qui osservato, è fuor di dubbio che la falsa comunicazione sociale lede il prioritario diritto all'informativa dei soci, i quali possono esercitare consapevolmente i loro diritti chiave di *exit* e di *voice* solo se sono debita-

mente e correttamente informati sulla situazione dell'impresa e del gruppo a cui appartiene.

A ciò si aggiunga come una falsa comunicazione sociale minaccia, anzi compromette irrimediabilmente, la fiducia e la credibilità del mercato nei confronti del vertice d'impresa, di chi cioè è responsabile dell'elaborazione e diffusione delle informazioni false, trasmesse per giunta nel documento, il bilancio di esercizio, che più di ogni altro impegna la leadership aziendale, non fosse altro per il carattere di « ufficialità » che ricopre. Maturano di conseguenza le condizioni « di scuola » — mancanza di trasparenza dell'informativa e giudizio negativo sul comportamento del vertice d'impresa — perché si crei, e se possibile si amplifichi, lo sconto di minoranza.

Si può quindi affermare che gli azionisti di minoranza, a seguito del falso in bilancio, sopportano sempre un danno patrimoniale dovuto al negativo giudizio del mercato sull'impresa emittente e sulla sua leadership; giudizio espresso nella minore appetibilità del titolo e nella sua bassa liquidità, ovvero in un più elevato sconto di minoranza.

6. *Spunti conclusivi.*

L'estrema attualità della riforma e la rilevanza delle novità introdotte rendono davvero difficile esprimere oggi considerazioni che abbiano la pretesa di essere conclusive. Rinvio quindi questo difficile compito a ben più autorevoli commentatori che, prossimamente, non mancheranno certo di farci conoscere la loro motivata opinione ⁽²⁴⁾.

Nondimeno ritengo possibile chiudere questa relazione con alcuni spunti formulati « a caldo ».

⁽²⁴⁾ Consegnato lo scritto all'Editore, sono stati pubblicati commenti sulla nuova disciplina del falso in bilancio ai quali non si può fare a meno di rinviare per l'autorevolezza degli Autori. V. in *Riv. soc.*, n. 6, 2001, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, di A. CRESPI, e, *In memoria del falso in bilancio*, di C. PEDRAZZI e in *Corriere Giuridico*, n. 12, 2001, *La legge delega n. 366/2001: un congedo del diritto penale societario*, di A. ALESSANDRI.

Il primo parte proprio dall'ultimo argomento che è stato trattato, vale a dire quello di una valutazione del nuovo sistema del falso in bilancio nell'ottica del corretto funzionamento del mercato finanziario. A questo riguardo, si segnala come le agenzie di rating internazionali, sulla base di una prima lettura della Legge Delega n. 366, hanno espresso un giudizio sostanzialmente positivo sulla riforma del diritto societario nel suo insieme, ma hanno definito deludente proprio la specifica normativa attinente il falso nelle comunicazioni sociali:

« Il punto debole è rappresentato dalle nuove regole sul falso in bilancio ... l'introduzione di barriere è destinata a "ridurre sostanzialmente" l'azione dei giudici in materia. Il fatto che nelle società non quotate il falso in bilancio potrà essere colpito solo su querela di parte, limiterà ancor più l'intervento della magistratura ed è destinato a causare "un'ingiusta disparità che penalizza i creditori di molte imprese italiane non quotate" » ⁽²⁵⁾.

Ma, domandiamoci, è così importante il giudizio di questi grandi player esteri del mercato finanziario?

Per rispondere a questo interrogativo, si riprenda quanto in precedenza osservato sulla tutela degli investitori (ed in questo senso il diritto alla trasparenza dell'informativa rappresenta una condizione imprescindibile) e sul conseguente sviluppo del mercato finanziario, propulsivo insostituibile per il benessere della collettività (quindi, in questo senso, mi pare un « interesse pubblico »). Ora, non si può dimenticare come in un quadro di globalizzazione finanziaria tutte le nazioni siano in concorrenza tra loro nell'attrarre capitali internazionali in cerca di impiego ⁽²⁶⁾. La competizione tra le nazioni si traduce in competizione tra gli ordinamenti locali: ciò è molto chiaro per la legislazione fiscale (il fenomeno del *tax shopping* è stranoto, i Paesi cercano di « soffiarsi » imponibile fiscale), ma avviene altrettanto nella legislazione societaria (negli USA i differenti Stati

⁽²⁵⁾ Da, *Fitch dà il rating alla Mirone-Castelli*, in *Il Sole 24 Ore* del 23 ottobre 2001.

⁽²⁶⁾ M. REBOA, *Proprietà e controllo d'impresa. Aspetti di Corporate Governance*, Giuffrè, 2002.

elaborano ordinamenti in vista di attrarre la domiciliazione delle *companies*, si pensi al caso del Delaware).

Non a caso i commentatori più favorevoli alla Legge Delega n. 366/2001 hanno sottolineato come la riforma del falso in bilancio sia nella direzione imboccata « dagli altri paesi dell'Europa Continentale (in Spagna il reato è doloso e perseguibile su querela) »⁽²⁷⁾, poiché il reato diviene meglio rispondente alle esigenze di una « moderna economia di mercato, anche e soprattutto a livello internazionale (i grossi rischi di incriminazione per i manager delle multinazionali hanno sempre rappresentato un freno all'insediamento di sedi in Italia) »⁽²⁸⁾.

Quanto al primo aspetto si segnala come, da un recente confronto pubblicato su *Il Sole 24 Ore*⁽²⁹⁾, risulta che nella stragrande maggioranza delle nazioni (Francia e Germania in testa) è sufficiente per integrare il reato la sola condotta falsificatrice (dolo generico), non essendo in alcun modo la punibilità subordinata all'esistenza di un danno patrimoniale a scapito di soci e creditori. Egualmente la scelta della perseguibilità a querela è un'eccezione nel panorama europeo, dove l'Italia è allineata solo con la Spagna (dove peraltro a distanza di sei anni dall'entrata in vigore del nuovo codice non pare contarsi neppure una condanna per delitto societario)⁽³⁰⁾.

Quanto al secondo aspetto, se è vero che l'interesse nazionale è quello di sviluppare il mercato finanziario in un contesto di competizione internazionale e se è altrettanto vero che ciò è reso possibile con provvedimenti volti a assicurare gli investitori istituzionali (soprattutto esteri) sul livello di affidabilità dell'investimento e sul clima di « etica degli affari » professato dagli operatori locali, ci si interroghi allora se la nuova disciplina penale del falso in bilancio è compatibile con queste esigenze. Come può venire percepita dai gestori dei grandi fondi esteri — che tradizionalmente guardano con sospetto il capita-

⁽²⁷⁾ Franco DEBENEDETTI, *Sul falso in bilancio è sbagliato dire di no*, art. cit.

⁽²⁸⁾ Ivo CARACCIOLI, *Un bilancio che mira ecc.*, art. cit.

⁽²⁹⁾ V. *Il Sole 24 Ore* dell'8 agosto 2001.

⁽³⁰⁾ Così FOFFANI, *Rilievi critici ecc.*, cit.

lismo nostrano — una legge che, a torto o a ragione, è percepita assai tollerante in materia di falso in bilancio?

Certo, e qui si introduce l'altro spunto conclusivo, occorre ripensare in profondità i rapporti tra la giustizia penale e quella civile, in quanto appare errato e dannoso scaricare sulla prima — e poi esclusivamente sulla fattispecie delle false comunicazioni sociali — la tutela delle più che legittime istanze emergenti in materia di trasparenza e correttezza della gestione d'impresa. L'ottica di « panpenalizzazione » menzionata in premessa è risultata l'inevitabile conseguenza della mancata risposta del diritto civile, la cui inefficienza ha comportato una dilatazione ed una supplenza impropria ad opera del diritto penale.

Se è dunque è apparsa urgente la necessità di riformare in profondità il settore per restituire al diritto penale il suo ruolo di *extrema ratio* ⁽³¹⁾, permane nondimeno l'interrogativo iniziale se se sia soddisfacente quella ora attuata, che riduce in ambiti certamente ristretti la punibilità del falso. Non penso che a monte di tale interrogativo vi siano richieste giustizialiste (« tintinnar di manette »), ma sussistono probabilmente preoccupazioni sull'opportunità di procedere ad un sostanziale smantellamento del presidio penalistico senza che, nel contempo, siano state poste in essere altre misure correttive da parte di altri ordinamenti, oltretutto più consoni a dare vigore a tutele giuridiche in materia di trasparenza e correttezza dell'informativa sociale ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Nel commentare lo schema del precedente disegno di legge delega (la c.d. Mirone), Giovanni Maria FLICK ha osservato come « un buon diritto penale dell'economia è tale quando fa economia del penale », ma ha precisato che « questo non vuol dire intervenire attraverso colpi di spugna » in, *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, fasc. 1, 2000.

⁽³²⁾ Così A. ALESSANDRI: « Dal disegno di legge si staglia un disegno normativo votato alla scarsa efficienza avendogli spuntato ogni capacità deterrente e prevenzione generale (positiva). Le parole d'ordine che sono state richiamate per giustificarlo (mitezza delle pena, principio di offensività, *extrema ratio*) sono in sé del tutto condivisibili a patto però che non siano invocate per coprire una sostanziale smobilitazione dell'arsenale penalistico in questa materia, senza che siano stati approntati altri rimedi ». Da, *La CG nelle società quotate*, in atti XVI Convegno su, *Le nuove funzioni degli organi societari nella Corporate Governance: verso la Corporate Governance*, Courmayeur 28-29 settembre, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale.