

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TRENTO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

TESI DOTTORALE
IN
DIRITTO PENALE

LE FALSITA' E GLI OSTACOLI ALLE AUTORITA' PUBBLICHE DI
VIGILANZA. UN'IPOTESI DI TUTELA PENALE DELLE FUNZIONI

Relatore:

CH. MO PROF. ADELMO MANNA

Dottorando:
ENRICO INFANTE

FALSITA' E GLI OSTACOLI ALLE AUTORITA' PUBBLICHE DI VIGILANZA. UNA IPOTESI DI TUTELA PENALE DELLE FUNZIONI

INDICE – SOMMARIO

Premessa p.VI

Sezione I

L'evoluzione storica dei falsi societari

Capitolo I

Dal comune delitto di truffa al *crimen proprium* di false comunicazioni sociali (e ritorno?)

1. L'anticipazione della tutela penale e l'emersione come autonoma categoria penalistica dei reati di falso p.1
2. L'emancipazione dalla truffa in materia di traffici commerciali: dal *Bubble Act* di Giorgio I di Inghilterra alla legge francese del 23 marzo 1864 e all'*Handelgesetzbuch* del 1884 p.4
3. Il primo "timido" intervento del Legislatore italiano: la previsione dei reati societari nel codice di commercio del 1882 p.10
4. La crisi del 1929 ed il "draconiano" innalzamento sanzionatorio con l'art.2 n.1 della legge 660 del 1930. La pratica disapplicazione di quest'ultima norma in virtù del dolo di frode richiesto per l'integrazione della fattispecie p.12
5. La formulazione dell'art.2621 n. 1 c.c. e la sua scarsa operatività nel primo trentennio di vita della disposizione p.17
6. Lo "straordinario sviluppo" delle false comunicazioni sociali negli ultimi anni e le sue ragioni p.20
7. La "reazione legislativa" e lo "svilimento" delle false comunicazioni sociali: un ritorno alla pratica disapplicazione della norma? p.25

Capitolo II

Breve storia della disciplina penale del mercato finanziario: dalla proliferazione delle disposizioni incriminatrici le false comunicazioni ad Autorità di vigilanza alla recente *reductio ad unum* con il novellato art.2638 c.c. (e la "preterintenzionale" estensione del penalmente rilevante)

1. Il diffondersi di nuove forme di investimento in Italia e l'esigenza di tutelare il risparmio diffuso. L'intensificazione delle asimmetrie informative e l'istituzione delle Autorità di controllo sui "nuovi" mercati finanziari	p.39
2. Il "ritardo" italiano e le sue ragioni: la centralità del sistema del sistema creditizio nel finanziamento alle imprese. Una riprova: la risalente incriminazione del mendacio bancario	p.43
3. La legge istitutiva della Consob (l.216 del 1974) come primo esempio di tutela penale dell'interesse pubblico all'informazione societaria nell'ordinamento italiano. La proliferazione di fattispecie di false comunicazioni ad organi di vigilanza negli anni 70 e 80 e il conseguente "caos" normativo	p.46
4. L'opera di razionalizzazione e (parziale) depenalizzazione degli anni 90: dal Testo Unico degli operatori bancari (d. lgs.385 del 1993) al Testo Unico degli intermediari finanziari (d. lgs.58 del 1998)	p.52
5. Il "completamento" della razionalizzazione con il novellato art.2638 c.c. Il "preterintenzionale" ampliamento della punibilità: una nuova "regina" del diritto penale economico?	p.55
6. L'abuso della legislazione delegata ed i connessi dubbi di legittimità costituzionale	63

Sezione II

Profili sistematici della nuova fattispecie di ostacolo alle pubbliche autorità di vigilanza

Capitolo I

La tutela delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza quale bene protetto. La legittimità del modello punitivo ed i suoi limiti

1. La tutela delle funzioni quale oggettività giuridica emergente nella "giostra" dei moderni beni giuridici e la sua presunta estraneità ai tradizionali paradigmi di un diritto penale di stampo liberale	p.69
2. Tutela delle funzione del buon andamento della P. A.: una moderna terminologia per un consolidato modello penalistico	p.74
3. Seriazione dei beni giuridici e tutela delle funzioni: irriducibilità delle diverse tecniche di protezione degli interessi protetti	p.78
4. La teorica del bene giuridico e la sua compatibilità con la tutela delle funzioni: a) referente costituzionale dell'interesse e funzione critica; b) offendibilità dello stesso. L'identificazione con i vizi del singolo procedimento amministrativo e la loro diversa gravità; c) capacità selettiva della tipicità	p.86
5. Il ruolo delle autorità indipendenti nell'attuale assetto dei pubblici poteri ed il	p.95

dibattito sulla compatibilità dello stesso con il vigente assetto costituzionale

6. La potestà normativa delle autorità di vigilanza, l'individuazione degli obblighi di informazione penalmente sanzionati tramite al stessa ed il suo contrasto con l'art.25 comma 2 Cost. L'evoluzione del concetto di riserva di legge in materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e l'ambiguità delle ultime statuizioni della Consulta p.99

7. Fattispecie astratta, fattispecie concreta, bene giuridico, modalità di lesione e riserva assoluta di legge: l'incostituzionalità del rinvio alla potestà normativa della P. A. e la costituzionalità del modello ingiunzionale-provvedimentale. La legittimità della tutela penale delle funzioni della P. A. rispetto al "momento" istruttorio (acquisizione della situazione di conflitto di interessi) e provvedimentale (risoluzione in concreto del conflitto di interessi) e l'illegittimità della stessa in rapporto al "momento" normativo (risoluzione in astratto del conflitto di interessi) p.108

Capitolo II

I soggetti attivi

1. Il recepimento legislativo della concezione funzionalista dei soggetti attivi nei *crimina propria*. Significatività e continuità quali criteri di equiparazione della sostanza alla forma p.117

2. La rinnovata rilevanza del mero dato formale della nomina: un'inavvertita espansione di tutela p.123

3. La responsabilità dei soggetti "inerti" e, in particolare, dei sindaci. Il differenziato statuto penale della stessa alla luce delle diverse discipline extrapenali in tema di rapporti con le autorità di vigilanza e dei poteri e doveri di impedimento dell'evento da queste previste p.124

4. Le peculiarità delle fattispecie "plurifunzionali": la concretizzazione del bene-funzione e l'emersione dei sotto-tipi. La selezione "strettamente legale" delle norme extrapenali di riferimento p.137

5. Lo svolgimento di un'attività di impresa quale parametro selettore dei soggetti attivi nell'art.2638 c.c. p.143

Capitolo III

Le condotte di falso e di occultamento

1. L'oggetto materiale: le comunicazioni penalmente rilevanti. Tipicità od atipicità delle stesse? L'irrilevanza di quelle aventi fonte esclusivamente regolamentare p.151

2. Il mendacio nelle valutazioni. Alla ricerca di un significato per la qualifica di materialità del falso. p.154

3. La situazione economica degli enti soggetti a vigilanza ed il falso qualitativo p.162

4. Il dolo specifico del fine di ostacolo quale parametro selettore della tipicità	p.165
5. Il mendacio agli organi di controllo come fattispecie di pericolo concreto. Postille in ordine al legittimo grado di anticipazione della tutela penale nelle fattispecie ad “offesa funzionale”, al bene protetto nei reati di falso ed alla meritevolezza di pena delle ipotesi di falsità di cui all’art.2638 c.c.	p.169
6. L’oggetto ed il metro della prognosi di pericolo. La differenziata attitudine decettiva richiesta per la punibilità in ragione dei differenti bagagli cognitivi e competenze “investigative” delle varie autorità	p.177
7. L’essenzialità delle informazioni mendaci ai fini delle decisioni delle autorità. Il falso inutile	p.184
8. L’occultamento dei fatti: un reato omissivo proprio? Gli illeciti amministrativi di mera omissione ed il connotato modale dei mezzi fraudolenti nell’art.2638 c.c.	p.187
9. La condotta di nascondimento nel “precedente” art.2621 n.1 c.c.	p.189
10. Conclusioni: la sostanziale superfluità di una specifica previsione della condotta di occultamento	p.192

Capitolo IV

Le condotte ostruzionistiche e l’irragionevolezza di una clausola generale a tutela delle funzioni

1. L’ostacolo alle funzioni quale norma di chiusura e le perplessità in ordine al principio di precisione. La tipicità dell’illecito amministrativo, l’atipicità di quello penale e le perplessità in ordine al principio di ragionevolezza	p.195
2. Un tentativo di soluzione: una “rilettura” in chiave di evento. Le insufficienze della stessa. Un test giurisprudenziale quale controprova	p.199
3. L’impraticabilità di una fattispecie casualmente orientata ad “evento normativo” non legislativamente determinato. Il 2638 2° comma c.c. come reato “vago” ed il rischio di incentrare il disvalore della fattispecie sul mero momento soggettivo	p.204
4. Necessità di frammentarietà dell’intervento penale anche in caso di tutela delle funzioni. Proposte di “riscrittura” della fattispecie quale soluzione ottimale e di interpretazione “riduttiva della vaghezza” quale “male minore”	p.210

Capitolo V

Il *nemo tenetur se detegere* quale limite scriminante delle incriminazioni in tema di false od omesse comunicazioni alle Autorità

1. Il ciclico ritorno della questione agli “onori delle cronache”	p.219
2. Le obiezioni al principio e la loro confutazione	p.223

3. Le fonti internazionali e comunitarie	p.231
4. La fonte “interna” del principio e la natura giuridica dello stesso	p.235

Capitolo VI

La colpevolezza

1. Dolo specifico e dolo generico nel diritto penale dell’economia e nelle fattispecie ad offesa funzionale	p.246
2. L’ostacolo nell’art.2638 c.c. 1° comma: finalità immanente (nella condotta) o trascendente (la condotta)?	p.250
3. La morte del falso colposo e la sua trasfigurazione nella responsabilità delle persone giuridiche	p.257
4. La consapevolezza dell’ostacolo quale elemento caratterizzante l’art.2638 2° comma c.c. La crisi della funzione ordinatrice della parte generale derivante dal proliferare di fattispecie “a dolo arricchito”	p.263
<i>Conclusioni</i>	p.270
<i>Bibliografia</i>	p.272

Capitolo Primo

Dal comune delitto di truffa al *crimen proprium* di false comunicazioni sociali (e ritorno?)

Sommario: 1. L'anticipazione della tutela penale e l'emersione come autonoma categoria penalistica dei reati di falso. – 2. L'emancipazione dalla truffa in materia di traffici commerciali: dal *Bubble Act* di Giorgio I d'Inghilterra alla legge francese del 23 marzo 1863 e l'*Handelgesetzbuch* del 1884. – 3. Il primo "timido" intervento del Legislatore italiano: la previsione dei reati societari nel codice di commercio del 1882. – 4. La crisi del 1929 ed il "draconiano" innalzamento sanzionatorio con l'art.2 della legge 660 del 1931. La pratica disapplicazione di quest'ultima norma in virtù del dolo di frode che la caratterizzava. – 5. La formulazione dell'art.2621 c.c. e la sua scarsa operatività nel primo trentennio di vita della disposizione. – 6. Lo "straordinario sviluppo" delle false comunicazioni sociali negli ultimi anni e le sue ragioni. – 7. La "reazione" legislativa e lo "svilimento" delle false comunicazioni sociali: un ritorno alla pratica disapplicazione della norma?

1. *L'anticipazione della tutela penale e l'emersione come autonoma categoria criminalistica dei reati di falso.* Il sorgere di un'autonoma categoria penalistica dei reati di falso, caratterizzata per una serie di peculiari problematiche e, pertanto, suscettibile di una specifica riflessione scientifica sulla stessa, risale a non più di due secoli orsono, quando, con l'emanazione del codice Napoleonico del 1810, fu previsto uno specifico titolo comprensivo delle falsità poste in essere contro l'*ordre public*¹. Detta classificazione costituisce, peraltro, solo il termine ultimo di un processo di chiarificazione concettuale e di distinzione dai delitti di truffa e dallo stellionato che poteva ben dirsi già iniziato in epoca medievale e che ha trovato definitiva consacrazione nel periodo post-illuminista come effetto, da un lato, delle esigenze di legalità e tassatività delle fattispecie incriminatrici sottese al movimento di codificazione in materia criminale², e, dall'altro, come vedremo, di una progressiva anticipazione della tutela penale nel settore *de quo* dovuta all'intrecciarsi di diverse ragioni, alcune afferenti all'ambito privatistico, altre a quelle pubblicistico.

¹ Sul punto si registra una assoluta unanimità delle conclusioni dottrinali, in una prospettiva tanto diacronica quanto sincronica. Per quanto concerne le più recenti indagini cfr. RAMPIONI, *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in RAMACCI (a cura di), *Le falsità documentali*, Padova, 2001, p.110; S. FIORE, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000, p.46; CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, Torino, 1991, p.179; GRANDE, *Falsità in atti*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, Torino, 1991, p.54. Per la dottrina più risalente v., per tutti, FINZI, *I reati di falso nel diritto germanico*, Torino, 1910, *passim*.

² Esigenze che si ponevano con particolare intensità per il crimine di stellionato atteso che esso, per la sua indeterminatezza e genericità, è stato ritenuto, nell'ambito di una ricerca sull'evoluzione storica del concetto di tipicità in ambito penale, una delle figure che maggiormente si ponevano agli antipodi rispetto a detta categoria fondamentale per assicurare certezza e legalità al sistema delle incriminazioni. Così GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, p.117 e s. In generale, sul movimento di codificazione, in questa sede non può che rinviarsi alla voce di DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p.270 e s., ed alle ulteriori indicazioni bibliografiche ivi contenute.

Se può dirsi che durante tutta l'esperienza giuridica romana, pur nell'avvicinarsi di fasi profondamente differenziate, non venne elaborato un unitario concetto di falso³, per la sua costruzione si era già "all'opera" da parte dei giuristi medioevali, i quali avevano teorizzato gli elementi della *veritatis immutatio*, della *veritatis imitatio* del *praejudicium alterius* quali fattori costitutivi di un "falso in senso ampio" che si era già distanziato rispetto ad una latissima concezione del delitto di frode ma che non era ancora pervenuto ad un che di tecnicamente preciso, finendo per divenire sinonimo di violazione di un genericissimo "diritto alla verità"⁴.

Sono dunque le codificazioni della prima metà del XIX secolo a delineare una compiuta categoria di falsità quali incriminazioni ormai emancipatesi dalla originaria matrice della truffa nelle quali erano state sino ad allora confuse⁵. Tale oramai avvenuta autonomizzazione del mendacio rispetto alla frode si è realizzata seguendo, peraltro, due direttrici: una prima, almeno originariamente prevalente, di carattere pubblicistico, ed una seconda di tipo privatistico. I compilatori del codice napoleonico e di quelli ad esso ispirati hanno proceduto ad una "costruzione" del tipo normativo del falso come imperniato su beni giuridici al contempo "evanescenti" e "pubblicizzati" quali l'*ordre public* e la fede pubblica. L'ideologia che li muoveva era autoritaria e statalista, espressione di una fase in cui lo Stato tende a espandere la sua presenza nella vita sociale, attraendo nell'area del pubblico un novero sempre maggiore di interessi a sé attribuiti ormai in via esclusiva. È questo il caso dei delitti contro l'ordine pubblico del codice napoleonico e di quelli che, come i nostri reati contro la fede pubblica, tale modello hanno seguito. Il compimento del processo di emancipazione del falso dalla truffa e dallo stellionato ha avuto la sua fase

³ Questa, almeno, è l'opinione prevalente per la quale v. quanto sostenuto da CRISTIANI, *Fede pubblica*, cit., p. 178: "Il frutto dell'elaborazione legislativa del diritto punitivo romano in materia, che viene solitamente indicato dagli studiosi nella Lex Cornelia de falsis, sotto il cui nome vanno virtualmente comprese tutte le disposizioni penali emanate dall'epoca di Silla fino al periodo giustiniano, non consente di tracciare linee chiare di una nozione generale di falso. Accanto ad ipotesi criminose tipiche di falsità in senso proprio, il diritto romano annoverò in un'ampia categoria di falso anche reati contro l'amministrazione della giustizia (...). Le ipotesi criminose riconducibili alle nozioni generiche di falso andarono estendendosi ulteriormente con le svariate figure comprese nelle categorie del crimen quasi falsi e del crimen stellionatus, gruppi di reati sorti per le esigenze contingenti della necessità della repressione penale di fatti che non rientravano nella previsione della Lex Cornelia, e per i quali appare pressoché impossibile una qualsiasi ricostruzione ispirata a criteri dogmatici unitari che, in realtà, secondo l'opinione dei romanisti, non è dato rintracciare". Ritiene invece che il diritto romano classico ebbe una visione unitaria del gruppo dei reati di falso, MALINVERNI, *Sulla teoria del falso documentale*, Milano, 1955, p.174.

⁴ Per questa ricostruzione del pensiero penalistico in epoca intermedia in tema di falso v. CRISTIANI, *Fede pubblica*, cit., p.179, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁵ Emblematica è l'evoluzione, sul punto, dell'ordinamento prussiano, che vedeva, con le leggi generali del 1794, un falso solo come forma aggravata di truffa, là dove il codice prussiano del 1851 lo avrebbe previsto come delitto autonomo nel par. 247. Per tale ricostruzione storica cfr. MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.175, sub nota 113.

ultima in “ordinamenti connotati in senso fortemente statalista, dove la versione della pubblica fede in senso oggettivo-normativo trova naturale accoglimento attraverso la colorazione in senso statale dell’interesse a garantire atteggiamenti di diffusa fiducia rispetto a certe manifestazioni rappresentative delle relazioni sociali, in particolare nel settore pubblico. È stata questa decisa inclinazione per il pubblico a determinare il distacco dei delitti di falso: “fino a quando lo sviluppo delle funzioni dello Stato non ha portato in primo piano la necessità di riversare anche nella tutela degli atti pubblici (e di ogni altra manifestazione esterna dei pubblici poteri), in quanto mezzo attraverso il quale si esprime l’Autorità, l’affermazione del valore sovraordinato dello Stato (con una forte connotazione simbolico/ideologica, dunque), il falso aveva bene o male continuato a condividere i propri destini con altre categorie, segnatamente con il patrimonio”⁶. Quando ciò è venuto meno, si è delineata una categoria ormai autonoma di reato, ma preposta alla tutela di un bene “pubblicizzato”, a maglie larghissime, e pertanto funzionale ad incriminazioni anche di mere violazioni formali, fondamento di una vasta espansione del penalmente rilevante e non più limite alla potestà punitiva dello Stato⁷.

Questa è stata, però, soltanto una delle due direttrici (per quanto quella inizialmente predominante) sulle quali ci si è incamminati nel processo di autonomizzazione del falso dalla truffa, quella di carattere pubblicistico. Accanto a questa se ne sviluppava un’altra, di tipo privatistico, che si caratterizzava per l’introduzione di fattispecie volte a dare tutela ad interessi già protetti dal diritto privato⁸. Erano le esigenze di maggiore speditezza e

⁶ Così S. FIORE, *Ratio*, cit., p.48. Medesimo giudizio esprime la GRANDE, *Falsità*, cit., p.55. Del resto già CARRARA, nel suo *Programma del corso di diritto criminale*, 1883, III, par.3356, identificava la pubblica fede nella fede che si deve all’Autorità ed ai suoi segni. Significativo è altresì che negli ordinamenti di *common law* (come rileva la GRANDE, *Falsità*, cit., p.66), in cui non si è stato portato a compimento il processo di accentramento statalistico che ha condotto prima all’edificazione dello stato assoluto e monarchico e poi all’emanazione di codici espressione di un imponente apparato statale oramai sotto la direzione del ceto borghese, non sia stato elaborato alcunché di analogo al nostro concetto di fede pubblica e le fattispecie di falso siano ancora oggi ricondotte nella categoria di quelle preposte alla tutela del patrimonio.

⁷ Questo genere di critiche sono state mosse da tutti coloro che hanno contestato il concetto stesso di pubblica fede in quanto evanescente e pertanto inidoneo ad assumere il rango di vero e proprio bene giuridico. “Classiche” le obiezioni avanzate da MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.207 e s. Per la più recente riproposizione di questo genere di critiche v. S.FIORE, *Ratio*, p.17 e s. Da ultimo, il sempre vivo dibattito sull’oggettività giuridica dei delitti di falso previsti dal codice si è arricchito dei contributi di RAMPIONI, *Il problema del bene giuridico nelle falsità*, cit. p.105 e s.; PREZIOSI, *Falso innocuo e falso consentito: spunti problematici sul bene protetto*, in RAMACCI (a cura di), *Le falsità*, cit., p.145 e s. Deve rilevarsi come la tematica della fede pubblica si presenti quanto mai intricata in quanto essa cumula i profili problematici propri del processo di pubblicizzazione di beni giuridici in precedenza privati e quello delle tutela di funzioni *ab origine* pubblicistiche. Sul primo punto v. FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*, I, Padova, 1998 PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2002, p.67; p.49; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna, 1990. Il secondo sarà oggetto di specifico approfondimento nel cap. I della sezione II cui si rinvia anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁸ Cfr. quanto rilevato da CATENACCI, *Criteri “ontologici” e criteri “normativi” nella distinzione tra falso materiale e falso ideologico: cenni storico-sistematici*, in RAMACCI (a cura di), *Le falsità*, cit., p.211 e s., il quale chiarisce come,

sicurezza del traffico commerciale, che si andavano viepiù affermando in ragione delle mutate condizioni di sviluppo economico e dell'ormai acquisita *leadership* politica delle classi borghesi che inducevano ad una sempre maggiore anticipazione della tutela penale e ad un progressivo distanziarsi da quel requisito di punibilità rappresentato dal danno nella fattispecie di truffa per limitarsi, nella individuazione del penalmente rilevante, al pericolo che le decisioni rilevanti in materia economica potessero essere "falsate" da informazioni inesatte. È questo il filone all'interno del quale si sviluppano i falsi in materia commerciale ed è facile comprendere perché, se le falsità "pubblicistiche" erano predominanti nelle codificazioni penali di diretta derivazione napoleonica, quelle privatistiche dominassero pressoché completamente il campo delle incriminazioni in materia di traffici e commerci. Ed è di quest'ultime che dovremo ora occuparci, perché è con esse che inizia quella lenta marcia verso la trasparenza⁹ che condurrà all'incriminazione delle falsità e degli ostacoli alle funzioni proprie delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari.

2. *L'emancipazione dalla truffa in materia di traffici commerciali: dal Bubble Act di Giorgio I d'Inghilterra alla legge francese del 23 marzo 1863 e all'Handelgesetzbuch del 1884.* In materia di traffici commerciali vi sono state delle incriminazioni di falsità che sono state antesignane, addirittura di secoli, del processo di emancipazione dalla truffa che ha avuto il suo compimento solo nei primi anni del XIX secolo. Il tutto è da ricondursi al mutamento negli assetti economici derivati dalla scoperta ed allo sfruttamento di nuovi continenti che ha caratterizzato la storia d'Europa a partire dal XV secolo. Il diffondersi del colonialismo, la necessità di attivare relazioni commerciali con "nuovi" Paesi quali le Indie e le Americhe ha richiesto la realizzazioni di operazioni commerciali dalle dimensioni inusitate e sino ad allora inimmaginabili. Si dovettero creare soggetti economici *ad hoc* per perseguire tale

per gran parte del XIX secolo, i codici penali furono ispirati da due diverse teorie: una, introdotta dalla dottrina di lingua tedesca, vedeva nei delitti di falso null'altro che delle sottofattispecie di truffa, pur sempre offensive del patrimonio, e l'altra, di derivazione francese, per la quale la falsificazione di un documento si caratterizzerebbe, prima ancora che per il pregiudizio eventualmente arrecato a diritti individuali, per la lesione di un bene giuridico collettivo. Il fondamento filosofico ultimo delle due contrapposte concezioni viene individuato, rispettivamente, nella teoria di Feuerbach per la quale il diritto penale non tutelerebbe altro che diritti soggettivi e nella dottrina di Rousseau per la quale scopo della legge non sarebbe quello di tutelare le libertà individuali quanto piuttosto quello di preservare la pace sociale. Sulla "duplice radice" dei reati di falso v. pure quanto sostenuto dalla GRANDE, in *Falsità*, cit., p.56, in cui si rileva come in materia di falsità convivano due filoni ben diversi tra loro, la cui *ratio* di criminalizzazione ha poco in comune. Uno di essi è senza dubbio di carattere più marcatamente pubblicistico, laddove l'altro può definirsi privatistico risultando composto da fattispecie volte a rafforzare attraverso lo strumento penalistico la tutela di posizioni giuridiche soggettive già protette dal diritto privato.

⁹ Per utilizzare la fortunatissima locuzione coniata da CASTELLANO, *La relazione degli amministratori al bilancio d'esercizio*, in *Giur. Comm.*, 1983, p.307 e s.

scopo, nacquero così le varie Compagnie delle Indie, le primogenitrici delle moderne società commerciali¹⁰. Dette compagnie, infatti, per raccogliere il risparmio necessario agli investimenti di ingentissima portata che dovevano realizzare abbisognavano di rivolgersi al maggior numero possibile di persone. Ostacolo insormontabile era, però, rappresentato dal principio - sino ad allora indiscusso in materia di traffici commerciali - della responsabilità illimitata del singolo socio per l'impresa comune¹¹. Applicare tale regola anche alle nascenti compagnie avrebbe significato la sicura vanificazione dell'obiettivo perseguito: ben difficilmente anche i medio - piccoli risparmiatori alle cui finanze si faceva appello avrebbero legato le sorti del patrimonio personale a quello delle nascenti società che intraprendevano una attività rischiosissima e mai prima di allora esercitata. Per "incentivare" la platea più ampia possibile ad investire in tali soggetti, venne ad esse concesso, ad opera del sovrano, il privilegio della responsabilità limitata. Tale radicale innovazione evidenziò ben presto il suo limite "intrinseco": la separazione tra gestione e rischio d'impresa agevolava le operazioni eccessivamente "azzardate" e le frodi a danno degli investitori che nulla conoscevano della realtà quotidiana della vita d'impresa e in alcun modo potevano influire sulla stessa. Per neutralizzare tale pericolo sorse ben presto l'obbligo di rendere il conto sulla gestione¹² e progressivamente si formarono anche fattispecie incriminatrici del falso in tali comunicazioni. La prima fu prevista dal *Bubble Act* emanato da Giorgio I d'Inghilterra nel 1720¹³. Con tale provvedimento, che restò in vigore per 105 anni¹⁴, si punivano i promotori che fornivano false informazioni sulle costituenti società e che in tal modo ingannavano chi decidesse di investire in esse. Il termine *bubbles* stava proprio a significare "bolle di sapone", quelle rappresentate dalle promesse caratteristiche delle costituende *companies* che si rivelavano ben presto infondate. A tali

¹⁰ Per una evoluzione storica del formarsi delle società commerciali v. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976; VIGHI, *Notizia storiche sugli amministratori ed i sindaci delle società per azioni anteriori al codice di commercio francese*, in *Riv. Soc.*, 1969, p.691; MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della "company" inglese*, in *Riv. Soc.*, 1960, p.637; SAPORI, *Dalla "Compagnia" alla "Holding"*, in *Riv. Soc.*, 1956, p.72 e s.

¹¹ Per una ricostruzione dei tratti salienti della disciplina dell'impresa esercitata in comune prima dell'affermazione del principio della responsabilità limitata v. DIURNI, *Società (diritto intermedio)*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, p.529 e s.

¹² Sul progressivo formarsi dell'obbligo di formare il bilancio annuale, dalle prime disposizioni in epoca medioevale sino alla sua precisazione normativa nei codici di commercio ottocenteschi, v. il quadro tracciato da PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, p.72 e s., cui si rinvia altresì per più ampie indicazioni bibliografiche relative alla dottrina commercialista che ha da ultimo affrontato l'argomento.

¹³ Su di esso v. MIGNOLI, *Idee e problemi*, cit., p.658, nonché i cenni contenuti in CONTI, *I soggetti*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990, p.192; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, p.17, sub nt.14.

¹⁴ Cfr. FORNASARI, *Il concetto*, cit., p.17.

disposizioni fecero ben presto seguito quelle di analogia fatta rappresentate dalle *blue sky laws* statunitensi¹⁵. Il primogenito in assoluto, dunque, del delitto di false comunicazioni sociali è stato il mendacio dei promotori sociali, e la ragione di tale primogenitura è facile da comprendere. Rispetto alle comunicazioni provenienti dai promotori, infatti, massima era l'asimmetria informativa tra chi proponeva un affare, e tutto ne sapeva, ed il destinatario dell'offerta, completamente all'oscuro delle effettive caratteristiche della stessa, atteso che non era ancora né socio né creditore dell'impresa comune. Ed è stata quindi questa figura di falso nelle comunicazioni sociali, in cui maggiore è l'ignoranza dell'affare proposto da parte del potenziale investitore, ad essere per prima oggetto di qualificazione penale.

Tali iniziali fattispecie si rivelarono, però, ben presto insufficienti a vanificare ogni possibilità di abuso e frode che la nascita di società caratterizzate dal regime giuridico della responsabilità limitata aveva consentito. Al riguardo, anzi, una sia pur cursoria analisi dello stato delle informazioni commerciali nei primi due secoli seguenti alla nascita delle Compagnie, ha permesso di tracciare un quadro che è stato definito, da recente dottrina, a dir poco sconcertante¹⁶. Tutta la storia delle Compagnie è segnata dal contrasto tra la reticenza degli amministratori e l'interesse dei soci (spesso frustrato) ad avere piena conoscenza della situazione della società¹⁷. Né le cose mutarono di molto quando le Compagnie vennero "sostituite" dall'evoluzione di tale modello, le società per azioni. Lo strapotere dei capitali di comando non fu che in minima misura arginato dall'introduzione di norme per cui il numero di voti in assemblea aumentava, oltre una certa soglia, in misura men che proporzionale rispetto al numero di azioni possedute al fine di agevolare i piccoli azionisti¹⁸. Si era venuta formando una nuova aristocrazia composta dai gruppi di controllo delle grandi società che si autoperpetuavano. Ad essa faceva riscontro una

¹⁵ Sulle quali v. CONTI, *I soggetti*, cit., p.192, *sub* nota 10, cui si rinvia altresì per le ulteriori indicazioni bibliografiche su tali disposizioni che hanno costituito la fase "aurorale" delle incriminazioni in tema false comunicazioni in materia societaria.

¹⁶ È questo il giudizio finale espresso da PERINI, *Il delitto di false*, cit., p.67, al termine di una ricostruzione storica dell'evolversi dell'informazione societaria fino al XIX secolo.

¹⁷ V. PERINI, *Il delitto di false*. Cit., p.65. Emblematico è quanto riferisce COTTINO, *Diritto commerciale*, I, tomo II, Padova, 1994, p.274, a proposito della Compagnia delle Indie olandesi, la cui "natura oligarchica, caratterizzata dal potere gestorio pressoché assoluto dei direttori, dall'inesistenza di un'assemblea dotata di adeguati poteri di controllo, nonché dall'assenza di una qualsiasi resa dei conti, ne facevano una società per azioni assai anomala". Ma non molto diversamente andavano le cose nelle Compagnie francesi e inglesi, sulle quali v. MIGNOLI, *Idee e problemi*, cit., p.641; GALGANO, *Storia*, cit., p.118.

¹⁸ Cfr. GALGANO, *Storia*, cit., p.128.

assemblea del tutto esautorata di ogni potere dal consiglio di amministrazione, una compagine sociale dispersa, azionisti impotenti e rinunciatari che hanno ceduto il controllo dei beni e sono divenuti meri fornitori di capitali. Il tutto nell'ambito di una realtà societaria intorbidita dal mutevole gioco delle deleghe, delle partecipazioni incrociate e reciproche, dai patti e sindacati di voto¹⁹. Di fronte a tale situazione, un intervento del Legislatore penale successivo a quello dei Paesi di *Common law* in tema di falso dei promotori sociali non si registrerà fino alla seconda metà del XIX secolo. Questa prolungata "afasia" legislativa fu probabilmente dovuta, più che alle buone prestazioni che potevano offrire le tradizionali fattispecie di frode, ad un aspetto fino a non molto tempo fa sottaciuto nella riflessione giuridica in tema di società commerciali: la profonda commistione tra il pubblico ed il privato, ed il fondamentale ruolo direttivo che il primo ebbe nel formarsi della moderna economia capitalista²⁰. Per quanto concerne la materia oggetto della presente analisi, bisogna rilevare come le Compagnie vennero privilegiate, dai rispettivi Stati, con l'attribuzione dell'esclusiva del commercio nelle colonie di ciascuna Potenza, venivano appoggiate dai governi in caso di difficoltà e questi ne nominavano in larga parte i vertici direttivi²¹. Se la sfera della vita economica e quella dell'azione dei pubblici poteri erano così profondamente compenstrate, è facile comprendere come non si ricorresse in misura massiccia allo strumento penalistico per assicurare la correttezza della gestione societaria: all'uopo potevano apparire sufficienti i mezzi di amministrazione diretta. Le cose sono destinate a mutare nel XIX secolo per effetto certo, da un lato, del progressivo espandersi dello strumento della società per azioni che diviene il fattore centrale dello sviluppo economico dei Paesi occidentali, ma anche per la "privatizzazione" *de facto* della gestione delle grandi società: l'avvento al potere delle classi borghesi fa sì che le grandi aziende in forma societaria si emancipino dalla stretta morsa dei vincoli e delle commistioni di carattere pubblicistico, è il tempo del libero scambio, del (proclamato) *laissez faire*²². È in

¹⁹ Questo è l'icastico quadro delineato da PERINI, *Il delitto di false*, cit., p.68, sub nt. 20.

²⁰ In ambito penalistico, è merito del FORNASARI, con il suo *Il concetto*, cit., p.15 e s., aver segnalato, in un'epoca di imperante liberismo economico, che il ruolo degli Stati, delle loro politiche economiche, delle sovvenzioni da essi concesse, dei loro interventi più o meno diretti nell'economia, fu sempre presente e a dir poco fondamentale per lo sviluppo del moderno mercato capitalista per un periodo che, senza soluzione di continuità (salvo la molto parziale eccezione dell'Inghilterra vittoriana), va dall'epoca post-feudale fino a al XX secolo.

²¹ Cfr. FORNASARI, *Il concetto*, cit., p.16.

²² Cfr. FORNASARI, *Il concetto*, cit., p.18 e s., il quale, rileva che nel XIX secolo l'intervento dello Stato nell'economia muta parzialmente di segno: non si attua più tramite un rigido protezionismo e la gestione diretta delle imprese, quanto piuttosto tramite forme assistenziali rappresentate dal finanziamento di imponenti opere pubbliche, dalla concessione di lucrosi appalti, da prestiti governativi a tassi agevolati.

questo mutato contesto culturale che cominciano a farsi sentire rinnovate esigenze di un intervento penalistico e *pour cause*: se la correttezza societaria non può più essere assicurata da controlli gestionali interni da parte di un potere pubblico fortemente cointeressato e partecipe della quotidiana vita dell'impresa, la tutela degli interessi dei creditori e dei soci non può più pensarsi come radicalmente disgiunta dall'uso di strumenti di tipo penalistico²³. E non risulta così un caso, se la totale abrogazione di controlli pubblicistici *in itinere* sulla vita delle società per azioni, che pure erano previsti ed eseguiti nei primi decenni di vita del Regno d'Italia²⁴, avvenne in occasione dell'emanazione del codice di commercio del 1882 che fu pure il primo testo normativo del nostro ordinamento a contenere fattispecie incriminatrici delle false comunicazioni sociali²⁵.

²³ Estremamente significativa ci pare la circostanza, ricordata da NAPOLEONI, *I reati societari. III – Falsità nelle comunicazioni sociali e aggio societario*, Milano, 1996, p.23, che uno dei primi propugnatori di una specifica previsione incriminatrice in tema di false comunicazioni sociali, Francesco Restelli, abbia esposto le ragioni che militavano a favore della configurazione di un reato di tal fatta proprio come diretta conseguenza dell'auspicata abolizione di controlli amministrativistici ritenuti incompatibili con la logica del libero mercato proclamata dall'Autore. In brano della Relazione del 1842 al Progetto di legge intorno alle società commerciali (riportato da NAPOLEONI, *op. cit.*, p.23, *sub* nt. 12), Restelli, pur negando che "l'Autorità dovesse assumersi una diretta ingerenza negli affari sociali, compartendo ad ogni passo autorizzazioni ed esercitando controlli onde non seguissero inganni né a spese del socio né a spese del terzo contraente (la società non può vivere sotto tutela come un minore)", pur tuttavia riconosceva, quasi come un *pendant* della propugnata abolizione di detti controlli, che essendo problematico far rispondere gli amministratori in base alla norma in tema di truffa, "per le difficoltà e le incertezze della prova del danno", era opportuno configurare "come caso di truffa qualificato per la natura del fatto senza riguardo al danno (...) il caso in cui i soci gerenti di società in accomandita e gli amministratori di società anonime abbiano formato inventari e bilanci sociali non sinceri per ingannare i soci sul vero stato degli affari sociali".

²⁴ Per una ricostruzione degli stessi v. DADICH, *Una "Consob" di cent'anni fa*, in *Riv. Soc.*, 1975, p.553 e s.

²⁵ Viene così pienamente avvalorato dalla delineata ricostruzione storica quanto sostenuto da moderna dottrina, nell'ambito dell'odierno dibattito penalistico sull'anticipazione della tutela penale, circa quello che potremmo definire il rapporto di proporzionalità inversa tra controllo pubblicistico-amministrativistico ed intervento penalistico in ambito economico: una riduzione significativa del penalmente rilevante postula una implementazione dei controlli e degli interventi delle Autorità di controllo. Tutto il contrario avviene in un orizzonte di matrice esclusivamente liberista, "in cui si tende a trasferire al diritto penale la gestione del problema criminalità, soprattutto in ambito economico, proprio per affrancare le altre branche del diritto, e dunque i cittadini, dai *lacci e laccioli* di una politica criminale pervasiva dell'intero ordinamento (...). Tutto questo secondo la logica di un ampia libertà di movimento coesistente all'agire economico, logica della quale può certamente abusarsi, ma che per una tale eventualità deve ricercare esclusivamente al *suo esterno* (nel diritto penale) l'antidoto efficace". Così espone efficacemente (condivisibilmente criticandola) la concezione (vetero e neo) liberista del diritto penale dell'economia EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela penale in materia economica, extrema ratio, ed opzioni sanzionatorie*, in AAVV., *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p.49 e s. Considerazioni similari sono state altresì autorevolmente svolte da BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato*, cit., p.123 e s.; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 2000, p.176; SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, p.322 e s. Già PEDRAZZI, nel suo *Problemi di tecnica legislativa*, in AAVV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p.22 e s., aveva del resto notato che il modello francese in materia societaria, ovverossia quello che è stato il paradigma sul quale si sono venuti erigendo gli ottocenteschi codici di commercio dell'Europa continentale, vedeva un utilizzo a tappeto della sanzione penale quale surrogato di controlli e rimedi privatistici, oramai ridotti al minimo. Analoghe riflessioni, nella dottrina francese, erano state svolte da GAVALDA, *Les délits concernant les fausses déclarations fraudoleuses d'apports*, in HAMEL (a cura di), *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, Parigi, 1955, p. 69.

Né risulta un caso che, in un'epoca come l'attuale caratterizzata dai sempre più intensi controlli pubblicistici ad opera della Consob, della Banca d'Italia e delle altre Autorità di vigilanza sui mercati finanziari, si proponga l'eliminazione della figura del collegio sindacale. Questo pare essere l'orientamento della commissione incaricata di stendere il decreto

Il processo di riduzione dei controlli pubblicistici sull'economia, unitamente, alla sempre maggiore diffusione delle società commerciali ed al conseguente estendersi della platea degli investitori oggetto di possibili frodi furono le cause dell'introduzione delle fattispecie incriminatrici le false comunicazioni sociali successive al lontano "antenato" rappresentato dal *Bubble Act*. Fu la Francia il primo Stato ad annoverare "moderne" figure criminose in ambito societario²⁶: la legge 17 luglio 1856, che dettava la disciplina per le società in accomandita per azioni, conteneva alcune incriminazioni relative, oltre che al falso nella costituzione delle società (il primo falso societario ad essere stato punito), alla pubblicazione di fatti falsi. L'intera materia commercialpenalistica fu successivamente regolata nell'ambito del testo normativo che disegnava la disciplina unitaria del diritto societario francese: la legge del 24 luglio 1867²⁷. Pochi anni dopo fu la Germania a dotarsi di un apparato sanzionatorio penale a tutela della veridicità dell'informazione societaria, peraltro adottato due anni dopo l'entrata in vigore del nostrano codice di commercio del 1882 che conteneva le prime disposizioni italiane in materia. Con l'*Handelsgesetzbuch* del 1884²⁸ sorse il diritto penale commerciale tedesco. Il provvedimento in questione si caratterizzava per una prevalenza accordata alla tutela degli interessi patrimoniali "interni" all'azienda (cioè il patrimonio sociale) anziché su quelli "esterni" (ovverossia l'interesse conoscitivo dei potenziali investitori)²⁹, anche se non mancavano previsioni incriminatrici centrate sul falso. Peraltro, già dal 1870, con l'*Aktiennovelle* dell'11 giugno si era provveduto ad incriminare la condotta di chi espone falsamente o nasconde la situazione

attuativo della legge delega 366/2001 per la riforma del diritto commerciale. Ne riferisce (polemicamente) STARNONI, *Collegi da mantenere. No alla eliminazione dei sindaci*, in *ItaliaOggi* del 13/11/2001, p.38.

²⁶ Nell'ambito della dottrina d'oltralpe, un quadro storico dell'evoluzione del diritto penale commerciale di quel Paese è tracciato da TOUFFAIT – HERZOG, *Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés*, in *Rev. Sc. Crim. et dr. Pén. Comp.*, 1967, p.777 e s.

²⁷ Per un ampio commento alla stessa nell'ambito della dottrina coeva, che illustra altresì le varie opinioni che animarono il dibattito relativo all'erigendo diritto penale dell'economia in terra di Francia, v. RIVIERE, *Commentaire de la loi 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Parigi, 1868. Per alcune considerazioni, nell'ambito della recente dottrina italiana, sulle disposizioni incriminatrici ivi contenute, cfr. MAZZACUVA, *I reati societari*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, II, Padova, 1992, p.14 e s.; ID., *Problemi attuali di diritto penale societario. I. La tutela penale dell'informazione societaria*, Milano, 1985, p.13 e s.; PERINI, *Il delitto di false*, cit., p.92 e s.

²⁸ Sul quale, nella dottrina italiana più recente, v. MAZZACUVA, *Problemi*, cit., p.8 e s.; ID., *I reati*, cit., p.10 e s.; PERINI, *Il delitto di false*, cit., p.93 e s.

²⁹ Questo è il giudizio espresso da MAZZACUVA, *Problemi*, cit., p.12; ID., *I reati*, cit., p.10, il quale lo motiva con il rilievo centrale che aveva, nel testo normativo *de quo*, la fattispecie di danneggiamento della società da parte degli organi della stessa. Del resto, già la più risalente dottrina italiana che si era occupata del codice di commercio tedesco del 1884 aveva reputato fondamentale il ruolo che assumeva la tutela del patrimonio della società nella trama delle disposizioni incriminatrici previste. Cfr., in tal, senso, RAMELLA, *La responsabilità penale e le associazioni*, in COGLIOLO (diretto da), *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, Milano, 1888, p.1070.

economica della società, configurando la fattispecie che diverrà poi il modello di quella incriminatrice le false comunicazioni sociali in quell'ordinamento³⁰. Le condizioni economiche, lo sviluppo del sistema giuridico, l'esempio dei Paesi a noi più vicini per tradizione e cultura militavano dunque a favore dell'introduzione anche in Italia di fattispecie consimili.

3. *Il primo, "timido", intervento del legislatore italiano: la previsione dei reati societari nel codice di commercio del 1882.* E' con l'emanazione del codice di commercio del 1882 che vengono per la prima volta introdotti, nel nostro ordinamento, fattispecie incriminatrici le falsità nell'informazione societaria. E, più precisamente, è l'art.247 di tale testo normativo a costituire l'archetipo³¹ di quello che poi sarà il "falso in bilancio". Ai sensi di tale disposizione si puniva con la pena fino a lire cinquemila, "salve le maggiori pene comminate nel codice penale, i promotori, gli amministratori, i sindaci e i liquidatori delle società che nelle relazioni o nelle comunicazioni d'ogni specie fatte all'assemblea generale, nei bilanci o nelle situazioni delle azioni abbiano scientemente enunciato fatti falsi sulle condizioni della società, o abbiano scientemente in tutto o in parte nascosti fatti riguardanti le condizioni medesime". Inoltre era prevista un'altra figura criminosa, più grave in quanto sanzionata con la pena detentiva. Ai sensi dell'art.246 cod. comm., infatti, erano soggetti alle pene stabilite nel codice penale per la truffa (la reclusione fino a tre anni) "coloro che, simulando o asserendo falsamente l'esistenza di sottoscrizioni o di versamenti ad una società per azioni, o annunciando al pubblico scientemente come addette alla società persone che non vi appartengano, ovvero commettendo altre simulazioni, hanno ottenuto o tentato di ottenere sottoscrizioni o versamenti". Tale figura criminosa, per quanto strutturata come un reato comune³², appariva come la naturale "prosecuzione" dell'antico falso dei promotori sociali³³, che, come sappiamo, è stato il primo ad acquisire

³⁰ Su tale figura criminosa v. MAZZACUVA, *I reati*, cit., p.14; ID., *Problemi*, cit., p.12, cui si rinvia anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

³¹ Così lo definisce NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.23.

³² Ed era così, infatti, classificata dalla dottrina formata sotto la vigenza del codice di commercio del 1882. In tal senso v. AMODINI, *Le disposizioni penali relative alla società di commercio*, Milano, 1907, p.51; GRECO-SACCHI, *Le nuove disposizioni in materia di società commerciali*, Milano, 1931, p.57; SOPRANO, *Della responsabilità*, cit., p.69.

³³ Definisce infatti l'art.246 cod. comm. 1882 come afferente prevalentemente alla fase costitutiva della società NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.24. L'Autore non manca peraltro di evidenziare come, per la dottrina coeva, esso potesse applicarsi anche in una fase successiva alla costituzione del soggetto economico e, precisamente, nel caso di successiva emissione di obbligazioni da parte del medesimo. Per detta conclusione v. SOPRANO, *Della responsabilità*, cit., p. 66; AMODINI, *Le disposizioni penali*, p.54; RAMELLA, *Le società di commercio in rapporto alla legge penale*, Torino, 1893, p.87.

penale rilevanza. Più in generale, bisogna rilevare come, in tema di fase genetica della società, fossero “numerose e dettagliate (...) le disposizioni concernenti tale momento dell’organizzazione societaria: talune dirette a colpire esclusivamente i promotori, altre invece volte a reprimere (persino) gli operatori delle banche o di altri istituti bancari incaricati dell’emissione di azioni o di obbligazioni”³⁴. Tutto ciò non deve stupire, dato che all’epoca dell’emanazione del codice di commercio era passato oltre un secolo e mezzo dall’approvazione del *Bubble Act* e, quindi, dal riconoscimento del bisogno di tutela del destinatario di una proposta di sottoscrizione di quote di una erigenda società.

Era invece la fattispecie di cui al 247 cod. comm. a rappresentare un *quid novi*. Ciò spiega, probabilmente, lo “scarto” sanzionatorio tra detta norma, sanzionata con una pena pecuniaria, e quella disegnata dall’art.246 cod. comm. Di fronte a quella che poteva apparire una estensione del penalmente rilevante, il Legislatore ha plausibilmente preferito adottare una soluzione “prudente” sul piano sanzionatorio. Ciò anche per scongiurare i timori che - nel corso dei lavori preparatori al codice di commercio - erano stati manifestati a proposito di una eccessiva criminalizzazione dei comportamenti degli amministratori di società per azioni³⁵. Ne derivò una disciplina che fu definita lacunosa da alcuni degli stessi commentatori dell’epoca³⁶. Essa era caratterizzata per lo stretto collegamento con il delitto di truffa, la fattispecie – madre di questi falsi, addirittura evidenziata nel testo normativo dell’art.246 cod. comm. dall’espresso rinvio a tale reato *quoad poenam* e che, comunque, secondo l’unanime interpretazione dell’epoca, costituiva il reato più grave, cui faceva riferimento implicito anche la clausola di riserva dell’art.247 cod. comm.³⁷.

Le norme in questione delineavano, comunque, una tutela avanzata per gli interessi “esterni” alla struttura societaria, cioè quelli dei potenziali investitori a non essere tratti in

³⁴ Così MAZZACUVA, *Problemi*, cit., p.17; ID., *I reati*, cit., p.18.

³⁵ Ne riferisce MAZZACUVA, *Problemi*, cit., p.16; ID., *I reati*, cit., p.17. Molto utile, ai fini della ricostruzione del dibattito da cui sono scaturite le scelte di fondo sottese al codice di commercio del 1882, MARGHIERI (a cura di), *Il codice di commercio italiano commentato coi lavori preparatori, con la dottrina e con la giurisprudenza*, Verona, 1883, e, per quanto riguarda specificamente il diritto penale dell’economia, RAMELLA, *La responsabilità*, cit., p.1067; LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia societaria*, Milano, 1930, p.463.

³⁶ In questo senso già RAMELLA, *La responsabilità*, cit., p.1069, che lamentava l’assenza di figure quali le fraudolente manovre per influire sul corso delle azioni, il rilascio di false attestazioni e l’uso di queste per esercitare il diritto di voto. Tale giudizio negativo è presente anche nella successiva dottrina che ha analizzato “retrospettivamente” le fattispecie in questione. Esse erano accompagnate da sanzioni ritenute “troppo miti” da ZUCCALA, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, p.7; davano luogo ad una disciplina deludente e nei suoi contenuti astratti e nella sua concreta efficacia per MAZZACUVA, *Problemi*, cit., p.15; ID., *I reati*, cit., p.16; manifestavano l’idea di un Legislatore che non doveva aver avuto immediata contezza della potenzialità offensiva del falso ivi incriminato per PERINI, *Il delitto di false*, cit., p.95.

³⁷ Su tale funzione della clausola rispetto al delitto di truffa v., per tutti, SOPRANO, *Della responsabilità civile e penale degli amministratori di società per azioni*, Milano – Torino – Roma, 1910, p.115.

inganno sulla utilità economica di una data operazione (in questo caso l'acquisto di quote o di obbligazioni di una data società), e non poteva essere diversamente atteso che le false comunicazioni sociali nascono come rivolte a dare tutela a detti interessi: la prima figura a formarsi è infatti quella del falso dei promotori sociali dove, per definizione, interessi interni ad una società (che ancora non c'è) non possono esservi e massimo è il pericolo per i potenziali investitori. Anche la dottrina, del resto, che ha evidenziato come nei primi modelli di disciplina della materia un questione vi fosse una preminenza degli interessi intranei all'azienda (ed in particolare quelli dei soci) su quelli ad essa estranei³⁸, non ha mancato di rilevare come la particolare attenzione dedicata alla fase costitutiva della società fosse preordinata alla tutela del risparmio e che l'interesse dei creditori, oltre che degli azionisti, non fosse estraneo alla previsione di cui all'art.247 cod. comm.³⁹. Al di là di tali aspetti, il dato di fondo che deve esse rimarcato è quello di una sostanziale disapplicazione delle norme in questione, la qual cosa fu uno dei fattori che, come vedremo, condusse alla loro sostituzione con le figure previste dal decreto legge n.1459 del 1930.

4. *La crisi del 1929 ed il "draconiano" innalzamento sanzionatorio con l'art.2 n.1 della legge 660 del 1931. La pratica disapplicazione di quest'ultima norma in virtù del dolo di frode richiesto per l'integrazione della fattispecie.* Le fattispecie di falsità nelle informazioni dalle società previste dal codice di commercio del 1882 furono sostituite, dopo alcuni tentativi di riscrittura dell'intero diritto commerciale negli anni venti⁴⁰, da quelle previste dal decreto legge n.1459 del 1930, relativo alle sole disposizioni incriminatrici, poi convertito nella legge 660 del 1931 con alcune (decisive) modificazioni. Le precedenti figure criminose di cui al 246 e 247 cod. comm. vennero unificate in una sola norma delineata dall'art.2 n.1 del decreto legge 1459 del 1930 la quale così recitava: "i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, direttori, sindaci e liquidatori delle società commerciali che nelle relazioni o comunicazioni fatte al pubblico o alla assemblea o nei bilanci, espongono fatti falsi sulla costituzione o condizioni economiche della società o nascondono fraudolentemente in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime sono puniti

³⁸ Cfr., in tal senso, MAZZACUVA, *Problemi*, cit., p.10; ID., *I reati*, cit., p.12.

³⁹ In tal senso v. MAZZACUVA, *Problemi*, cit., p.16 e s., ID., *I reati*, cit., p.18.

⁴⁰ Sui quali v. i cenni di FERRANTE, *Valenza della locuzione "fraudolentemente" nel delitto di falso in bilancio*, in *Riv. Pen. Ec.*, 1992, p.450

con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa da lire diecimila a lire centomila". L'art.2 n.1 convertiva tale decreto in legge con una importante modificazione: l'utilizzo dell'avverbio "fraudolentemente" per qualificare la condotta di nascondimento di fatti veri ma anche quella di esposizione di fatti falsi che si rivelerà decisivo, come vedremo, per il formarsi della prevalente concezione soggettiva del termine in questione e per dare così il via ad uno dei più lunghi e tormentati dibattiti che hanno animato la scena penalistica italiana.

Il dato che emerge con immediata evidenza, già da una semplice lettura delle "nuove" disposizioni, è il drastico innalzamento sanzionatorio operato dal Legislatore: da una pena soltanto pecuniaria per i falsi diversi da quelli attinenti alla fase costitutiva (e che per questi comunque non superava i tre anni di reclusione), si passa ad una pena detentiva pari nel minimo a tre anni e nel massimo addirittura a dieci, che a giusta ragione può essere definita "draconiana"⁴¹: qualsiasi legame con la fattispecie di truffa veniva meno e si raggiungevano vette di inusitato rigore in materia commerciale. Le ragioni di tale innalzamento sanzionatorio (la cui urgenza aveva richiesto l'adozione di un decreto legge per la materia penale, estraneo ad una organica ri-scrittura dell'intero sistema normativo del diritto commerciale) venivano individuate - nella Relazione ministeriale di accompagnamento al d. l. 1459 - nella sostanziale inefficacia delle disposizioni sino ad allora in vigore⁴², e nella emergente consapevolezza del carattere "pubblico" degli interessi coinvolti, in un'ottica rivolta all'economia nazionale⁴³. In realtà, quest'ultima *ratio* dello spropositato innalzamento sanzionatorio pare più una mera manifestazione ideologica dei (proclamati) nuovi principi cui dichiarava di ispirarsi il Regime che non la reale motivazione

⁴¹ Così PERINI, *Il delitto di false*, cit., p.95. Analogo giudizio è peraltro espresso da tutti coloro che si sono occupati dell'aspetto sanzionatorio di detto reato. Cfr., infatti, NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.25; FERRANTE, *Valenza*, cit., p.450 e s.; MAZZACUVA, *I reati*, p.21; ID., *Problemi*, cit., p.21; ZUCCALA', *Il delitto*, cit., p.7.

⁴² La Relazione, pubblicata in *Le leggi*, 1931, I, p.965 e s., così si esprimeva: "una esperienza di ormai quasi un cinquantennio ha dimostrato l'assoluta insufficienza delle sanzioni penali ora in vigore per le azioni delittuose di coloro che hanno nelle proprie mani il delicatissimo meccanismo delle società commerciali. Fatti gravissimi, ingeneratori di danni ingenti per numerose cerchie di cittadini e capaci di turbare profondamente la compagine economica della Nazione sono puniti con semplici pene pecuniarie, di tenuissima entità".

⁴³ La Relaz. Ministeriale, cit., p.965 e s., trovava infatti nell'ottica esclusivamente individualista che informava le disposizioni del codice di commercio del 1882 le ragioni di fondo del blando trattamento sanzionatorio ivi previsto. Laddove ci si fosse posti invece nell'ottica dell'economia nazionale, come auspicato dal nuovo Regime, le cose non potevano che mutare: "le società per azioni assorbono il risparmio nazionale e quelli che dirigono le società amministrano non tanto capitali appartenenti ad un numero più o meno limitato di singoli individui, quanto un capitale della Nazione. Le malversazioni e le dispersioni dei capitali delle società sono dispersioni di ricchezza nazionale, che colpiscono direttamente la forza economica della Nazione e quindi la sua potenza: considerata sotto questo aspetto, che è essenziale, l'entità dei fatti delittuosi da reprimere si manifesta molto diversamente da quella che poteva apparire ai redattori del codice ed esige rigida repressione nell'interesse non tanto dei singoli quanto di quello della difesa della stessa economia nazionale".

sottostante a tale importante modifica. Ciò in quanto, invece, pare plausibile l'ipotesi per cui l'irrigidimento delle disposizioni incriminatrici sia la "reazione" al *crack* borsistico di *Wall Street* nel 1929⁴⁴ ed al conseguente deterioramento delle economie e del benessere sociale in *tutti* i Paesi occidentali più che la derivazione di un peculiare connotato ideologico dello Stato italiano all'epoca. Nel clima provocato dalla crisi dei mercati finanziari verificatasi nell'ottobre del 1929, tutti i Paesi capitalistici dovettero prendere drastiche misure per far fronte alla drammatica situazione che li aveva colpiti: si costruirono imponenti opere pubbliche, si prevedero imponenti aiuti finanziari agli operatori economici in difficoltà, si adottarono rigide misure protezionistiche⁴⁵. In tale temperie anche l'apparato sanzionatorio preposto alla tutela dei mercati finanziari subì modifiche in senso rigoristico: negli Stati Uniti d'America, che certo non potevano equipararsi, sotto il profilo ideologico, al Regime politico italiano dell'epoca, è sull'onda della lotta alle frodi che avevano provocato, agli occhi dell'opinione pubblica, la crisi di *Wall Street*, che viene creata la prima autorità di controllo dei mercati finanziari, la *Securities Exchange Commission*⁴⁶, assistita con la severe sanzioni di cui al Securities Act del 1933 ed al Securities Exchange Act del 1934⁴⁷. Non è quindi irragionevole ritenere che il draconiano rigore sanzionatorio di cui dette prova il Legislatore italiano del 1930 fosse più il frutto del comune *trend* sviluppatosi come reazione alla crisi finanziaria del 1929 che non una diretta conseguenza della "nuova" scala di valori di cui sarebbe stato portatore il regime fascista⁴⁸.

Quali che siano state le effettive ragioni che presiedettero all'inusitato aggravamento del carico sanzionatorio previsto per le disposizioni incriminatrici le false comunicazioni sociali,

⁴⁴ Questa è la tesi autorevolmente sostenuta da MARINUCCI, *Falso in bilancio: con la nuova delega avviata una depenalizzazione di fatto*, in *Guida al diritto*, 2001, n.45, p.10. Il chiaro Autore riconduce la sostituzione dell'irrisoria pena pecuniaria prevista dal codice di commercio con la draconiana pena detentiva stabilita dal legislatore del 1930 e 1931 al dilagare di falsità destinate a coprire episodi di malgoverno societario che la "grande depressione" stava portando alla luce.

⁴⁵ Ne riferisce FORNASARI, *Il concetto*, cit., p.22.

⁴⁶ Per tale genesi v. RICOLFI, *SEC (Securities Exchange Commission)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, XIII, Torino, 1996, p.285.

⁴⁷ Su tali provvedimenti, tutt'oggi vigenti e fondamentali nell'ambito del diritto commerciale statunitense, cfr. RICOLFI, *op. cit.*, p.287 e s. Nell'ambito della dottrina penalistica italiana, per alcuni cenni relativi a dette disposizioni, v. BARTULLI, *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, Milano, 1980, p.87 e s. Più ampiamente cfr. GUERRINI, *La tutela penale del mercato azionario*, Padova, 1984, p.35 e s.

⁴⁸ In tale prospettiva, emergerebbe allora anche qui il carattere fittizio, meramente simbolico (e in realtà mascheramento di una piena continuità rispetto al passato), che la (proclamata) peculiare tutela dell'economia pubblica avrebbe assunto in epoca fascista. In tal senso, come noto, l'oramai "classica" ricostruzione di MAZZACUVA, *I delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in BRICOLA – ZAGREBELSKY (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte speciale*, II, Torino, 1984, p.771 e s.; nonché FORNASARI, *Il concetto*, cit., p.22 e s.

certa né è la conseguenza che ne è derivata: la pressoché totale assenza di applicazione delle stesse. Già la dottrina formatasi sotto il vigore della disposizione in esame aveva evidenziato il paradosso di una legge “invocata per introdurre un maggiore rigore contro gli abusi nelle amministrazioni delle società anonime, la quale, o per i difetti della sua formulazione o per la benevolenza della giurisprudenza, ha raggiunto l’effetto di lasciare impunita una maggiore quantità di violazioni di quanta se ne avesse sotto le abolite norme del codice di commercio”⁴⁹. Le ragioni dello scarso riscontro applicativo della riforma legislativa attuata agli albori degli anni trenta sono probabilmente da ricondursi all’estremo rigore sanzionatorio della stessa: la giurisprudenza è stata “restia” ad applicare le draconiane pene previste per reati che sino a pochi anni prima erano sanzionati, nella maggior parte dei casi, unicamente in via pecuniaria⁵⁰. Lo strumento tecnico di cui ci si è avvalsi per dar luogo ad una sorta di *interpretatio abrogans* della rigida disciplina configurata dal legislatore è stato quello di una ricostruzione del dolo che la caratterizzava come particolarmente ricco e composito e, pertanto, dotato di un’alta selettività del penalmente rilevante. Tale ricostruzione dell’elemento psicologico del delitto di cui all’art.2 n.1 della legge 660 del 1931 si fondava su di una esegesi soggettivistica dell’avverbio fraudolentemente che connotava la norma in questione⁵¹, tale da condurre alla conclusione che il dolo che integrava la fattispecie fosse un dolo specifico composto da tre diversi tipi di *animus*, quello *decipiendi* (l’intento di ingannare), quello *lucrandi* (l’intento di avvantaggiarsi) e quello *nocendi* (l’intento di recar danno agli interessi protetti dalla norma)⁵². Si veniva così delineando quel dolo di frode quale elemento peculiare del delitto

⁴⁹ Così DE GREGORIO, *I bilanci delle società anonime nella loro disciplina giuridica*, Milano, 1938, p.162. Più recentemente, evidenziano la sostanziale disapplicazione del sistema punitivo delineato dalle riforme del 1930 e del 1931 MAZZACUVA, *I reati*, cit., p.23; ID., *Problemi*, cit., p.22 e s.; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.27; FERRANTE, *Valenza*, cit., p.450.

⁵⁰ Individuano la ragione ultima della pratica disapplicazione delle norme in questione nella prudenza ermeneutica che la dottrina e la giurisprudenza coeve adottarono quale conseguenza dell’inusitato trattamento sanzionatorio previsto, FERRANTE, *Valenza*, cit., p.451; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.27. In altri termini, si sarebbe qui configurata una discrasia profonda tra valutazione legislativa e la coscienza sociale (come vissuta e ricostruita dai giuristi). Sui rapporti tra valutazione sociale e *rationes* incriminatrici v. da ultimo, nella dottrina italiana, PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1992, p.849 e s.; MUSCO, *Consensus e legislazione penale*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1993, p.80 e s.

⁵¹ L’interpretazione della locuzione fraudolentemente nel delitto di false comunicazioni sociali è stata da sempre “la croce e la delizia” di chi si è occupata dell’argomento. Per una esposizione del dibattito sul punto, sia consentito rinviare a INFANTE, *Tra il dire ed il fare: ... permangono le aporie esegetiche sul dolo ed il bene protetto del falso in bilancio*, in *Ind. Pen.*, 1999, p.321 e s.

⁵² Il primo a sostenere questa tesi che poi divenne assolutamente dominante nella giurisprudenza dell’epoca, fu l’allora Guardasigilli in un parere su una controversa vicenda giurisprudenziale pubblicato postumo. Per tale parere cfr. AL. ROCCO, *Il dolo nella falsità dei bilanci delle società commerciali*, in *Riv. Pen.*, 1941, p.1. Detta opinione fu successivamente condivisa da DE NICOLA, *Il dolo nel delitto di falsità nei bilanci di società commerciali*, in *Annali dir. Proc. Pen.*, 1936, p.33 e s. Per una attenta ricostruzione storica di tali vicende, nonché per una illustrazione delle

di false comunicazioni sociali che ha condotto, fin quando ci si è attenuti alla sua originaria formulazione, ad una abrogazione “di fatto” della norma⁵³. Se, infatti, si richiede per la punibilità non solo che l’agente operi al fine di ingannare e, tramite ciò, trarre un vantaggio per sé o per altri, ma anche che egli agisca al fine di danneggiare la società e i creditori, risulteranno fuori dell’area di operatività della disposizione incriminatrice tutta quella serie di condotte poste in essere per avvantaggiare la società od i suoi creditori (quali un falso per evitare una declaratoria fallimentare o per ridurre il carico erariale o per occultare un finanziamento illecito al sistema dei pubblici poteri finalizzato all’aggiudicazione di un lucroso appalto). Ed era infatti ciò che avveniva subito dopo l’emanazione della legge 660 del 1931 alla luce della interpretazione iper-selettiva che la ricostruzione del dolo nei termini predetti consentiva. Detta esegesi risulta, peraltro, a parere dello scrivente, nonostante tutte le illustrate “controindicazioni”, l’unica corretta sotto la vigenza dell’art.2 n.1 della legge 660 del 1931, per ragioni di carattere letterale e sistematico. La disposizione in questione riferiva l’avverbio fraudolentemente non più soltanto alla condotta di nascondimento, come il suo predecessore, il d.l. 1459 del 1930⁵⁴, ma anche a quella di esposizione di fatti falsi⁵⁵. Stando così le cose era inevitabile che la dottrina coeva non potesse che attribuire alla locuzione “fraudolentemente” un significato soggettivo, poiché fornire una interpretazione oggettiva (intendendola quale riferimento ai

decisioni giurisprudenziali che accolsero appieno l’opinione formulata dal Rocco, cfr. FERRANTE, *Valenza della locuzione “fraudolentemente”*, cit., p.451.

⁵³ Questo è il giudizio espresso da MAZZACUVA, in *Diritto penale delle società commerciali*, in AAVV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p.216. La riferita esegesi, deve rimarcarsi, conduceva in ultima istanza ad una “licenza” di falsificazione dei bilanci societari, purché questa fosse finalizzata ad avvantaggiare la società. Essa, in altri termini, si risolveva in una totale estromissione di qualsiasi tipo di interesse estraneo all’impresa dall’oggettività giuridica del reato in questione, e con ciò alla radicale negazione delle istanze di tutela che avevano presieduto al sorgere di tale figura criminosa.

⁵⁴ L’originaria scelta di qualificare come fraudolenta la condotta di nascondimento fu probabilmente dovuta alla preoccupazione di evitare che questa venisse identificata con qualsiasi omissione di informazione, per quanto formale e secondaria, e con l’intento di selezionare il penalmente rilevante identificandolo con le sole comunicazioni incomplete dotate di attitudine ingannatoria rispetto alla generale situazione patrimoniale della società.

⁵⁵ L’importanza della modifica apportata al testo normativo in sede di conversione del decreto legge era stata ben intesa dalla migliore dottrina coeva che su di essa incentrava le proprie ricostruzioni dell’elemento soggettivo del reato. Cfr. DELITALA, *Il dolo nel reato di falsità di bilanci*, originariamente pubblicato in *Riv. It. dir. Pen.*, 1934, fasc.3, e oggi leggibile anche in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, p.821 e s. (a questa edizione ci si riferirà nel prosieguo) il quale, a p.823, qualifica come profonda la modificazione apportata dal Parlamento al decreto legge in conversione e sulla base di essa propone alcune considerazioni in tema di elemento psicologico. La rilevanza di tale modifica è venuta invece scemando nella successiva riflessione dottrinale, sino a ritenere che la disposizione del decreto legge del 1930 fosse transitata senza variazioni nella legge del 1931. Così NAPOLEONI, *op. cit.*, p.25. Detta sottovalutazione delle modifiche che la fattispecie ha subito nel 1931 prima e nel 1942 poi, con l’introduzione nel codice civile, ci pare la ragione principale, come vedremo, delle difficoltà che si sono incontrate nella interpretazione dell’avverbio fraudolentemente.

mezzi fraudolenti) avrebbe importato darne una *interpretatio abrogans*, dato che ciò che è falso non può che essere, per ciò stesso, dotato di idoneità ingannatoria⁵⁶.

Di questo stato di cose dovette ben presto prendere consapevolezza il medesimo Legislatore, atteso che, in sede di ultima riforma del delitto di false comunicazioni sociali con l'emanazione del "nuovo" codice civile del 1942, mutò nuovamente la *littera legis* dell'incriminazione.

5. *La formulazione dell'art.2621 n.1 c.c. e la sua scarsa operatività nel primo trentennio di vita della disposizione.* Con l'occasione di "porre nuovamente mano" al delitto di false comunicazioni sociali data dall'elaborazione di un nuovo codice civile, il Legislatore modificò la formulazione dello stesso sostituendo alla locuzione "espongono fraudolentemente fatti falsi", quella di esposizione fraudolenta di "fatti difformi dal vero". Tale diversificazione, ben lungi dal limitarsi ad un mero pleonasma, rappresentava, agli occhi dei suoi autori, un ritorno alla originaria formulazione di cui al d.l. 1459 del 1930, dato che, riferendo ora la qualificazione di frode non più a fatti falsi (e come tali già costituenti una *imitatio veri*) ma a fatti difformi dal vero (cui non è intrinsecamente inerente una potenzialità decettiva), si stabiliva che l'unica valenza assegnabile all'avverbio in questione fosse quella oggettiva. L'aver sostituito detta locuzione a quella previgente incentrata sul requisito della falsità aveva il preciso scopo di mutare radicalmente la portata dell'avverbio "fraudolentemente", facendo riacquisire ad esso la sua originaria funzione di restrizione delle condotte punibili soltanto a quelle dotate di idoneità ingannatoria. L'esporre fraudolentemente fatti difformi dal vero non sta a significare null'altro che, per aversi punibilità, ai sensi dell'art.2621 n.1 c.c., non è sufficiente illustrare

⁵⁶ La necessaria inerenza dell'attitudine decettiva al concetto di falso penalmente rilevante è convinzione di gran lunga prevalente nella nostra dottrina. Cfr., pur nella diversità delle terminologie, DE MARSICO, *Falsità in atti*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p.584; MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.250; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1983, p.825; PADOVANI, *La coscienza dell'offesa nel dolo del falso: un requisito ad pompam?*, in *Cass. Pen.*, 1981, p.1542; MAZZA, *Offensività e coscienza dell'antidoverosità nella condotta del falso documentale*, in *AAVV., Riflessioni ed esperienze sui profili oggettivi e soggettivi delle falsità documentali*, Padova, 1986, p.17; MEZZETTI, *La condotta nelle fattispecie pertinenti al falso documentale*, in *RAMACCI (a cura di), Le falsità*, cit., p.312; PREZIOSI, *Falso innocuo*, cit., p.147; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 1997, p.539; NAPPI, *Falso e legge penale*, Milano, 1999, p.169; GIACONA, *Appunti in tema di falso c.d. grossolano, innocuo e inutile*, in *Foro it.*, 1993, II, p.437 e s.; LAGHI, *Falso innocuo in verbale d'esame: spunti per una riflessione sul principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1999, p.297; CIAMPA, *Tipicità e rilevanza dell'alterazione nel delitto di false comunicazioni sociali*, in *Ind. Pen.*, 2000, p.897. Riferendo la ricostruzione in questione al delitto di false comunicazioni sociali, ritengono che requisito dello stesso sia l'idoneità ingannatoria della condotta, MANTOVANI, *Sul diritto penale dell'informazione societaria e dell'impresa*, in *Ind. Pen.*, 1987, p.17; MORSELLI, *Il reato di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1974, p.93; BARTULLI, *Tre studi*, cit., p.161; AZZALI, *Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1991, p.366; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.285; PEDRAZZI, *Profili penali dell'informazione societaria*, in *ALVISI – BALZARINI (a cura di), L'informazione societaria*, Milano, 1982, p.1132; ALESSANDRI, *Disciplina penale dei fondi comuni di investimento: spunti e problemi*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1991, p.357; ELLERO – NORDIO, *Reati societari e bancari*, Padova, 1998, p75.

dati e situazioni che non trovino corrispondenza nella realtà, ma occorre un *quid pluris*, che dette esposizioni, cioè, siano in grado di indurre in errore i destinatari delle stesse. Questo significato è, del resto, attribuito alla sostituzione della previgente locuzione “fatti falsi” con l’attuale “fatti difformi dal vero” dalla stessa relazione ministeriale al codice civile, per la quale “risolvendo una questione a lungo dibattuta, si è configurata l’ipotesi di falsità in relazioni, bilanci od altre comunicazioni sociali nel fatto di coloro che fraudolentemente espongono fatti difformi dal vero, anziché, come si legge nell’art.2 della legge del 1931, nel fatto di coloro che fraudolentemente espongono fatti falsi. Giustamente si osservava che tale locuzione o implica una tautologia perché l’espone fatti falsi è già azione fraudolenta, o impone un significato del fraudolentemente che gravita sull’elemento soggettivo del reato fino ad esigere l’accertamento dell’*animus decipiendi e lucrandi* (...), in tal modo si evita la tautologia, ma si evita anche il pericolo di chiedere per l’esistenza del reato un elemento soggettivo diverso e più intenso di quello richiesto per le varie forme di comune falso in atto pubblico, ovvero una intenzione di frode anziché la coscienza e volontà di produrre con le false esposizioni un semplice stato di pericolo”⁵⁷.

Se tale era la *mens legis* che presiedette al “ritocco” apportato nel 1942, bisogna rilevare come essa abbia trovato scarso seguito tanto in dottrina⁵⁸ quanto in giurisprudenza⁵⁹. Ed è stato il permanere di una esegesi di stampo soggettivo dell’avverbio in questione, come delineante un dolo di frode, per di più nella originaria versione “massimalista” dello stesso (per cui esso includerebbe oltre all’*animus decipiendi* ed al *lucrandi* anche quello *nocendi*)⁶⁰, una delle principali cause della scarsa operatività della disposizione in esame

⁵⁷ Così la *Relazione al codice civile* pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* del 4 aprile 1942, n.79-bis, par.1958, p.239 e s.

⁵⁸ Tra i primi commentatori a dare rilievo alla descritta modifica per inferirne una valenza meramente oggettiva dell’avverbio fraudolentemente va annoverato lo SPALLANZANI, *Il dolo nelle false comunicazioni sociali*, in *Giust. Pen.*, II, 1943, p.6. Di seguito essa fu autorevolmente fatta propria da PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, p.564. Detta impostazione, per lungo tempo assolutamente minoritaria, è stata da ultimo oggetto di una moderna riscoperta e valorizzazione. Cfr., in questa prospettiva, FERRANTE, *Valenza*, cit., p.456; ALIBRANDI, *I reati societari*, Milano, 1993, p.202; ELLERO-NORDIO, *I reati*, cit., p.74. Da ultimo, su questi argomenti, sia altresì consentito il rinvio a INFANTE, *Tra il dire ed il fare*, cit., p.328 e s.

⁵⁹ Rarissime sono le decisioni giurisprudenziali che esplicitamente accolgono tale concezione. Tra le più recenti v. Trib. Milano, 28 aprile 1994, Cusani, in *Foro. It.*, 1995, II, p.24 e s., con note di DI CHIARA e AMATO. Deve peraltro rilevarsi come per ELLERO-NORDIO, *I reati*, cit., p.79 e s., la Corte di Cassazione adotti *de facto* tale concezione oggettiva pur se celata da un nominalistico ossequio, tramite formule stereotipate e pregresse, all’impostazione soggettiva.

⁶⁰ In questo senso si sono espressi, sotto il vigore dell’art.2621 n.1 c.c., SPAGNOLO, *Falso in bilancio, concussione, corruzione: profili sostanziali*, in MANNA (a cura di), *Falso in bilancio, concussione e corruzione: esperienze a confronto*, Bari, 1998, p.42 e p.127; ZUCCALA’, *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1989, p.750; ID., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, cit., p.79; MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954, p.161; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, p.310; PISAPIA, *Il reato di*

nel primo trentennio di vita della stessa. Fino agli anni sessanta e settanta, infatti, la norma non ha certo “brillato” nel panorama giurisprudenziale, a lungo condividendo il destino di generale torpore che ha accomunato un po’ tutte le previsioni criminose del codice civile⁶¹, sino ad esser stato definito la “ruota di scorta” nella risoluzione dei conflitti societari⁶². Chi consultasse i repertori giurisprudenziali non troverebbe che poche sentenze di condanna pronunziate per il reato in questione e ciò, per buona parte, in ragione della particolare caratterizzazione del profilo soggettivo che configurava la norma, nel diritto vivente, in seguito all’accoglimento della teorica di Alfredo Rocco sul dolo di frode anche in riferimento alla fattispecie disegnata dal codice civile del 1942. È del tutto evidente, infatti, che se si ritiene indefettibile requisito di punibilità l’aver agito col fine specifico di danneggiare la società, non si poteva che pervenire a delle assoluzioni laddove si fosse falsificato il bilancio per ritardare un fallimento, per procurarsi riserve liquide con le quali finanziare corruzioni di pubblici finanziari a vantaggio della società e così via. Rimanevano in tal modo nell’ambito dell’area applicativa della figura criminosa soltanto le ipotesi in cui il falso era preordinato ad un arricchimento a danno della società, tipicamente tramite una appropriazione indebita di parte del patrimonio sociale. L’inserimento dell’*animus nocendi* tra gli elementi costitutivi della fattispecie consentiva, infatti, la punibilità unicamente di quella che potremmo definire una gestione infedele qualificata da una falsità nelle comunicazioni sociali. Gli interessi “esterni” alla società, quelli dei potenziali investitori rimanevano privi di tutela. Il quadro comincia però a mutare già negli anni sessanta, dando luogo ad un progressivo aumento delle incriminazioni per false comunicazioni sociali che da ultimo è divenuto esponenziale, tanto da configurare quella che è stata definita “una moda”⁶³. Tale radicale mutamento è avvenuto in assenza di qualsivoglia modifica legislativa della incriminazione ed in ragione unicamente di un’evoluzione nell’esegesi

false comunicazioni sociali, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1954, p.776. Anche la giurisprudenza rimase ancorata a detta ricostruzione almeno sino ai primi sessanta, come risulta dalla casistica riportata da NAPOLEONI, *op. cit.*, p.345.

⁶¹ Così PERINI, *Il delitto*, cit., p. XXI. La dottrina, peraltro, è assolutamente unanime in tale giudizio. Cfr., infatti, ZUCCALA, *Il delitto*, cit., p.2; ID., *Le false comunicazioni. Problemi*, cit., p.720; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.21; PISAPIA, *Il reato*, cit., p.768; CONTI, *Diritto penale commerciale. Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, I, Torino, 1980, p.196; BRICCHETTI-CERVIO, *Il falso in bilancio ed in altre comunicazioni*, Milano, 1999, p.5; MAZZACUVA, *Problemi*, cit., p.22; ID., *I reati*, cit., p.23.

⁶² Questa è l’icastica espressione utilizzata da MUSCO nel suo *Diritto penale societario*, Milano, 1999, p.58, nel riferirsi alla operatività del 2621 n.1 c.c. fino agli anni settanta.

⁶³ V. COLOMBO G. E., *La “moda” dell’accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. Soc.*, 1996, p.717.

della stessa che ha preso le mosse da una “rivisitazione” del dolo di frode per poi coinvolgere altri aspetti della fattispecie.

6. Lo “straordinario sviluppo” delle false comunicazioni sociali negli ultimi anni e le sue ragioni. L’ampliamento dell’area di operatività dell’art.2621 n.1 c.c. ebbe inizio con il progressivo venir meno, in ambito giurisprudenziale, della tesi del dolo di frode inteso come dolo specifico di inganno, vantaggio e danno necessariamente compresenti. Avvalendosi di impostazioni esegetiche alternative già da tempo elaborate da quella dottrina che, pur condividendo la ricostruzione in termini soggettivi dell’avverbio fraudolentemente, non ne dava una lettura inclusiva del dolo specifico di danno nei confronti della società⁶⁴, la giurisprudenza - a partire dagli anni settanta - ha dato luogo ad una prima dilatazione applicativa della fattispecie, atteso che non fuoriuscivano più dall’area di operatività della stessa tutte le condotte poste in essere al fine di avvantaggiare patrimonialmente la società⁶⁵. Così veniva finalmente “ripristinata” una tutela penale per i potenziali investitori, cioè per coloro che dovevano decidere se una data operazione fosse conveniente o meno. Ma una parte delle corti è andata oltre, espungendo del tutto dal dolo di frode di cui al 2621 n.1 c.c. qualsiasi rappresentazione, anche meramente eventuale del danno patrimoniale alla società, reputando sufficiente un intento ingannatorio unito ad una finalità di vantaggio per sé o per altri⁶⁶. In tal modo si perviene ad affermare la penale responsabilità di chi falsifica le comunicazioni sociali pur

⁶⁴ Già DELITALA, nel *Il dolo nel reato*, cit., p.826, aveva contrapposto alla interpretazione incentrata su un dolo specifico di danno una in cui il delitto previsto dall’art.2 n.1 della legge 660 del 1931 veniva ad esser retto da un semplice dolo di pericolo. Da tale impostazione non diverge sostanzialmente, per quanto attiene alla perimetrazione della sfera di applicabilità della norma, quella che richiede un dolo specifico di vantaggio e di inganno, mentre si limita ad un mero dolo eventuale per quanto attiene al danno patrimoniale alla società. Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Legge complementari. I I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, Milano, 1997, p.151 e s.; MANTOVANI, *Sul diritto*, cit., p.18; CONTI, *I reati in materia di comunicazioni sociali*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, XXV, Padova, 2001, p.166 e s.; PEDRAZZI, *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIII, Torino, 1997, p.360; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.358. Diverge da questa impostazione, sia per le premesse che per le conclusioni operative, ma non già per l’esclusione di un dolo specifico di danno patrimoniale alla società dall’elemento soggettivo delle false comunicazioni sociali, quella dottrina che intende l’avverbio fraudolentemente come sinonimo di coscienza dell’offesa ai beni protetti (dato che tra questi non viene incluso il patrimonio della società) oppure quella che richieda sì un dolo specifico di danno, ma non lo intende come pregiudizio patrimoniale per la società ma lo identifica con l’interesse conoscitivo dei soci e dei potenziali creditori. Nel primo senso v. LA MONICA, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 1985, p.474; PERINI, *Il delitto*, p.565; nel secondo cfr. PATALANO, *Bene giuridico e dolo nel delitto di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1967.

⁶⁵ Per tale orientamento giurisprudenziale, che ormai può ben definirsi dominante, v. le rassegne di BRICCHETTI-CERVIO, *Il falso*, cit., p.261, e di NAPOLEONI, *op. cit.*, p.347.

⁶⁶ Così Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 1991, Scibetta, in *Cass. Pen.*, 1993, p.1303; Cass. Pen., sez. V, 10 maggio 1995, Pennisi, in *Cass. Pen.*, 1996, p.314; Cass. Pen., sez. I, 28 ottobre 1996, Pennisi, in *Guida al diritto*, 7, 1997, p.91.

nell'assoluta certezza che da ciò non deriverà alcun danno alla società. Evidente è come qui balzi in primo piano la tutela degli interessi conoscitivi di chi è potenzialmente interessato ad investire nella società e dunque vuole conoscere l'esatta situazione patrimoniale della stessa, conformemente alla originaria *ratio* che ha presieduto il sorgere di questo tipo di incriminazioni. Logico sviluppo di tale filone è quello che riduce l'elemento psicologico del delitto alla mera volontà di ingannare i destinatari delle comunicazioni, a prescindere dalla finalità con ciò perseguita⁶⁷.

Ma la dilatazione esegetica della fattispecie non si è limitata al solo elemento soggettivo. Anzi, si può ben dire che se questa, in una certa misura, era una potenzialità "inscritta" nella *littera legis* della norma così come modificata nel 1942, può al contrario ben definirsi "straordinario" lo sviluppo che le false comunicazioni sociali hanno avuto a livello oggettivo⁶⁸. L'ampliamento dell'area di operatività della fattispecie, sul versante del fatto tipico, è derivato da una dilatazione esegetica del concetto di comunicazione sociale, che è "divenuto con il passare del tempo e con l'imporsi di presunti ed incontrollati bisogni di tutela penale, una sorta di contenitore costruito con una materia prima di natura argillosa dentro cui poter ricondurre qualsiasi nota informativa, qualsiasi relazione di qualunque tipo, qualsiasi intormazione"⁶⁹. In tal modo si è da tempo affermata la punibilità del falso nelle valutazioni⁷⁰, poi di quello relativo al bilancio consolidato⁷¹, e quindi (inoltrandosi su

⁶⁷ V. le decisioni (criticamente) illustrate da BRICCHETTI-CERVIO, *Il falso*, cit., p.264. Con ciò si è tornati a quello che fu l'originario intento che si propose di realizzare il Legislatore del 1942, cioè, come abbiamo visto, quello di tornare ad una valenza oggettiva della locuzione fraudolentemente tale da far risultare, quale elemento psicologico del reato, un semplice dolo generico di falso. È infatti del tutto equivalente affermare una portata meramente oggettiva dell'avverbio in questione (che secondo le regole generali deve riverberarsi sulla rappresentazione) o una soggettiva ridotta alla mera volontà dell'inganno.

⁶⁸ Per utilizzare la bella espressione del MAZZACUVA, *Lo straordinario sviluppo delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale*, in INSOLERA-ACQUAROLI (a cura di), *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, Ancona, 1997, p.91.

⁶⁹ Così MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.59.

⁷⁰ Cfr. Cass., 14 maggio 1976, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1978, p. 878; Cass., 19 giugno 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 403; Cass., 16 dicembre 1994, in *Giur. It.*, II, 1995, p.385. Detta impostazione è prevalente anche in dottrina. V., *ex plurimis*, FOFFANI, *Reati societari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Seconda edizione aggiornata*, Bologna, 2000, p.241; MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.90; ELLERO-NORDIO, *Reati societari*, cit., p.58; CARACCIOLI, *Reati di mendacio e valutazioni*, Milano, 1962, p.14; MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, 1996, p.100; ID., *Problemi*, cit., p.52; ID., *Trattato*, cit., p.70; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.174; CONTI, *I reati*, cit. p.161; PERINI, *Il delitto*, cit., p.343 e s. L'opposta tesi che riduce il penalmente rilevante ai fatti è stata originariamente elaborata dal WEILLER, *Fatti ed occultamento nei bilanci*, in *Riv. It. dir. Pen.*, 1931, p.376 e indi condivisa da ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p.134; MORSELLI, *Il reato*, cit., p.241; LANZI, *Le false comunicazioni sociali nella giurisprudenza degli ultimi anni (1960 – 1974)*, in *Ind. Pen.*, 1975, p.268.

⁷¹ Cfr. Cass. Pen., sez. V, 9 luglio 1992, Boyer, in *Cass. Pen.*, 1993, p.2108; Cass. Pen., sez. I, 16 aprile 1997, Vanoni, in *Dir. Pen. Ec.*, 1997, p.1386. Anche su questo punto la dottrina prevalente concorda con le conclusioni raggiunte in sede giurisprudenziale. Cfr., MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.120; FOFFANI, *Reati*, cit., p.234; MAZZACUVA, *Il*

una via che ha dato luogo a crescenti perplessità in dottrina) anche del falso orale, di quello dei verbali assembleari, di quello delle scritture contabili, di quello nelle comunicazioni interorganiche o dirette ad unico destinatario o ad una autorità pubblica⁷², sino a pervenire a conclusioni invero difficili da giustificare come la punibilità del bilancio - tipo⁷³. Le ultime letture “massimaliste” operate in giurisprudenza hanno riguardato il falso quantitativo, statuendo la rilevanza anche del falso in bilancio relativo a somme percentualmente esigue rispetto alla globale situazione patrimoniale della società e che, dunque, ben difficilmente avrebbero potuto orientare, se conosciute, i potenziali investitori a decisioni di risparmio diverse da quelle effettuate⁷⁴.

Le dilatazioni esegetiche operate in giurisprudenza sono a loro volta strettamente collegate alla individuata oggettività giuridica della fattispecie che, come è noto, è stata ritenuta plurioffensiva rispetto ad una serie di interessi che vanno dall’economia pubblica e la fede pubblica al patrimonio del singolo socio e creditore, passando per l’interesse

falso, cit., p.89; ID., *Problemi attuali*, cit., p.92; ZUCCALA’, *False comunicazioni*, cit., p.9; PEDRAZZI, *Profili penali*, cit., p.1138; VENEZIANI, *Appunti in tema di profili penalistici del bilancio consolidato di gruppo ai sensi del D. lgs. 9 aprile 1991 n.127*, in *Riv.trim. dir. Pen. Ec.*, 1996, p.241 e s.; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.99. Non mancano però voci dissenzienti che escludono dalla sfera applicativa del 2621 n.1 c.c. il bilancio consolidato. V. in tal senso PERINI, *Il delitto*, cit., p.301 e s.; BRUNELLI, *Il falso nel bilancio consolidato di gruppo: un problema sottovalutato*, in *Ind. Pen.*, 1999, p.55 e s. Esprime un atteggiamento dubbioso, sul punto, FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 2001, p.367.

⁷² Su tale *escalation* giurisprudenziale e sulle perplessità destinate da essa presso i più attenti osservatori, si rinvia ai quadri tracciati da MAZZACUVA, *Il falso*, cit., p.106 e s.; PERINI, *Il delitto*, cit., p.245 e s.; BRICCHETTI-CERVIO, *Il falso*, cit., p.139 e s.; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.84 e s.

⁷³ Sulla cui sussumibilità nel novero delle comunicazioni sociali v. la decisione del Trib. Roma, 29 marzo 1980, in *Giur. Comm.*, 1980, p.499, che ha provocato il più che condivisibile commento critico di MUSCO, *Bilanci “anomali” e false comunicazioni sociali: identificazione inevitabile?*, ivi.

⁷⁴ Si tratta del c.d. “caso Romiti”, oggetto delle decisioni del Trib. Torino, 9 aprile 1997, in *Foro it.*, 1998, II, p.657 con nota di VISCONTI, *Amministratori di “holding” e “falso in bilancio consolidato”: note a margine della sentenza Romiti*, nonché in *Giur. It.*, 1998, p.1691, con nota di CONTI, *False comunicazioni sociali e bilancio consolidato di gruppo*, e della Corte App. Torino, sez. III, 28 maggio 1999, in *Foro it.*, 2000, II, p.95 con nota di VISCONTI, *Ancora in tema di “falso in bilancio consolidato” e riserve occulte societarie (a proposito della sentenza d’appello sul caso Romiti)*, nonché in *Ind. Pen.*, 2000, p.871, con nota di CIAMPA, *Tipicità*, cit., che hanno concluso per la punibilità per il mendacio comunque realizzato, per quanto percentualmente esigua potesse essere la somma occultata rispetto alla situazione patrimoniale della società considerata nella sua globalità. La questione ha dato luogo anche ad un intenso dibattito dottrinale. Da un alto vi è chi si è espresso per la non sussumibilità nel tipo di un tal genere di condotte, argomentando che il falso realizzato risultava del tutto inoffensivo per il bene protetto dato che nessuno dei destinatari della comunicazione sociale avrebbe agito diversamente da come ha fatto, stante l’irrelevanza del discostamento dal vero. In tal senso v. ELLERO-NORDIO, *Reati societari*, cit., p.47; MAZZACUVA, *Lo straordinario*, cit., p.103; ID., *Il falso*, cit., p.124; CIAMPA, *Tipicità*, cit., *passim*; G.E. COLOMBO, *La “moda”*, cit., p.720; PERINI, *Il delitto*, cit., p.616. Dall’altro lato si è sostenuta la piena inerenza al tipo del falso percentualmente esiguo atteso che l’interesse conoscitivo di tutti i soggetti che potranno venire economicamente in contatto con la società ha per oggetto non soltanto la situazione patrimoniale dell’impresa come “cristallizzata” in un dato momento storico, ma anche l’iter formativo della stessa, non meno rilevante per le decisioni relative alla decisione di attivare rapporti economici con la società in questione. In questo senso v. MARINUCCI, *Falso*, cit. p.10; MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.111; NAPOLEONI, *Tangenti e falso in bilancio: de minimis non curat praetor*, in *Gazz. Giur.*, 1997, p.6; FOFFANI, *Reati*, cit., p.243; BRICCHETTI-CERVIO, *Il falso*, cit., p.248.

conoscitivo vantato da chiunque possa venire in contatto economico con la società. Per di più si è ritenuto che fosse sufficiente ad integrare il delitto *de quo* la messa in pericolo di uno qualsiasi dei beni in questione, tradendo così l'originaria funzione restrittiva del penalmente rilevante che la teorica del reato plurioffensivo presentava negli intendimenti di chi l'aveva elaborata⁷⁵.

Tutti i gli elementi sopra indicati hanno dato luogo ad un "risveglio" di una fattispecie che era stata "dormiente" per i primi trent'anni della sua vigenza⁷⁶. Le ragioni di tale "inversione di rotta" sono probabilmente da individuarsi in una presa di consapevolezza, di carattere "ideologico", sulla pericolosità delle condotte criminose dei colletti bianchi che ha condotto ad una radicale inversione del tradizionale privilegio dell'impunità per tali soggetti⁷⁷, unitamente al ruolo "promozionale" che in ambito economico si è voluto assegnare al diritto penale⁷⁸.

Quali che siano state le ragioni fondanti lo straordinario sviluppo delle false comunicazioni sociali negli ultimi, quest'ultimo è risultato ancora più accentuato in ragione dell'esplosione del fenomeno c.d. di Tangentopoli, che ha evidenziato le profonde connessioni tra *mala gestio* societaria e amministrativistica. Nell'ambito delle indagini volte a scoprire tali fenomeni degenerativi, il delitto di false comunicazioni sociali è divenuto una delle

⁷⁵ Come è noto la paternità di tale impostazione risale all'ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 1997, p.62 e s, che l'ha adottata anche in riferimento alle false comunicazioni sociali, come risulta da ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p.121. Essa ha riscontrato un certo seguito dottrinale, risultando condivisa da MANTOVANI, *Sul diritto*, cit., p.16; CONTI, *I reati*, p.159; MORSELLI, *Il reato*, cit., p.30; PEDRAZZI, *Un concetto controverso : le "comunicazioni sociali"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1977, p.1.568; VINCIGUERRA, *Rilievi sul concetto di "comunicazione sociale"*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1967, p.955. In giurisprudenza essa è la tesi di gran lunga dominante, come attesta la rassegna riportata in BRICCHETTI-CERVIO, *Il falso*, cit., p.12 e s. In dottrina si è peraltro da tempo manifestato un processo di rivisitazione critica della teorica della plurioffensività, nella quale è stato individuato una sostanziale svalutazione della funzione svolta dal concetto di bene giuridico, divenendo esso il mezzo per la giustificazione *a posteriori* di qualsiasi opzione repressiva. In tal senso v. MAZZACUVA, *Il falso*, cit., p.48; ID., *Trattato*, cit., p.46; MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in COLOMBO-PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, IX, Torino, 1994, p.233; ID., *Diritto penale*, cit., 63; BRICOLA, *Lo statuto penale*, cit., p.144; E. GALLO, *Forma dei reati e funzioni del danno in talune norme penali societarie*, in *Ind. Pen.*, 1971, p.39 e s.; FORNASARI, *Il concetto*, cit., p.183; FOFFANI, *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. La problematica penalistica*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p.8; ID., *Reati*, cit., p.227; ELLERO-NORDIO, *Reati societari*, cit., p.163; PALOMBI-PICA, *Diritto penale dell'economia e dell'impresa*, Torino, 1996, p.216.

⁷⁶ E che è oramai divenuta una "diva del diritto", come viene definita in BONDI, "Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole" (*Contributo allo studio delle false comunicazioni sociali*), in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1995, p.1177.

⁷⁷ Così MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.8 e p.50. Già da tempo era stato del resto autorevolmente evidenziato da CRESPI, *Premessa*, in BARTULLI, *Tre studi*, cit., p. VII, che era in atto, anche nel nostro Paese, un processo di *labeling* dei comportamenti devianti nella sfera economica. Condivide tale spiegazione della crescente operatività (di alcune fattispecie) del diritto penale commerciale MAZZACUVA, *Il diritto penale dell'economia tra normativa vigente e (ulteriori) prospettive di riformai*, in INSOLERA-ACQUAROLI (a cura di), *Problemi attuali*, cit., p.21.

⁷⁸ Per tale spiegazione dell'ampliamento esegetico delle fattispecie incriminatrici nell'ambito del diritto penale dell'economia v. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.8.

incriminazioni-tipo, unitamente a quelle di corruzione e concussione⁷⁹. Esso era divenuto lo strumento per indagare sulla vita economica delle aziende, per accertare se queste erano state oggetto di vicende concussorie o parte attiva in quelle corruttorie⁸⁰. Ciò ha provocato una ulteriore moltiplicazione delle imputazioni di tale reato: decine, se non centinaia sarebbero i processi che si celebrerebbero all'anno⁸¹ contro l'appena ottantina di decisioni edite tra il 1970 e il 1995⁸².

Questo processo di dilatazione esegetica fattosi via via più frenetico ha condotto a delle conseguenze ultime non tutte di segno positivo. Accanto alla condivisibile restrizione dell'immunità di cui *de facto* godevano i colletti bianchi, si è realizzato un radicale ridimensionamento della funzione di garanzia svolta dal concetto di bene giuridico⁸³, si è pregiudicato il rispetto del principio di precisione⁸⁴ in materia penale con un ampliamento del concetto di comunicazione sociale che è "sconfinato nell'infinito, nell'illimitato"⁸⁵, si è introdotto un *quantum* di incertezza (caratterizzato da molte indagini e poche condanne)

⁷⁹ Non a caso alle interrelazioni tra tali reati sono dedicati gli scritti raccolti in MANNA (a cura di), *Falso in bilancio, concussione e corruzione*, cit. Tra questi v. ID., *Relazione introduttiva*, p.10, dove il falso in bilancio viene qualificato come un vero e proprio reato-mezzo per la commissione dei più gravi reati contro la pubblica amministrazione. La sempre più accentuata importanza che il delitto di false comunicazioni sociali ha assunto nella prassi giudiziaria in seguito all'emergere di quel fenomeno cui è stato dato il nome di "Tangentopoli", è posta in evidenza anche, tra gli altri, da FOFFANI, *Reati*, cit., p.227; ID., *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1994, p.958; G.E. COLOMBO, *La "moda"*, cit., p.714; MAZZACUVA, *Il falso*, cit., p.1; ID., *Lo straordinario*, cit., p.91; MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.58. In generale, sui fenomeni degenerativi relativi al rapporto politica – amministrazione – economia che sono saliti agli onori delle cronache nei primi anni novanta e sulle questioni che hanno posto nel dibattito penalistico, cfr., anche per le ulteriori indispensabili indicazioni bibliografiche, MANNA, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1999, p.116.

⁸⁰ Il 2621 era divenuto, negli ultimi anni, una sorta di grimaldello con cui le Procure della Repubblica "entravano nel mondo economico come e quando volevano" per NORDIO, *Novella necessaria e doverosa per riportare certezza nel diritto*, in *Guida al diritto*, 2001, n.45, p.13. Ma già era stato autorevolmente rilevato da PEDRAZZI, *False comunicazioni: presidio dell'informazione societaria o delitto ostacolo?*, in AAVV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, p.826, come l'indirizzo giurisprudenziale attualmente dominante abbia ridotto la figura delle false comunicazioni sociali ad una sorta di *délit obstacle*, buono per la repressione di qualsiasi ipotesi di abuso nella gestione societaria, utilizzabile dalla pubblica accusa come aggancio di indagini in ogni situazione avvertita come sospetta.

⁸¹ Così G.E. COLOMBO, *La "moda"*, cit., p.715.

⁸² Questi i dati riportati da PERINI, *Il delitto*, cit., p. XXII.

⁸³ Così MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.50, per cui si sarebbe d'innanzi ad un vero e proprio "annullamento" della funzione di garanzia della categoria di oggettività giuridica. Questa opinione è sostanzialmente consentanea a quella del PEDRAZZI, *op. loc. ult. cit.*, per il quale il diritto vivente ha ridotto il delitto di false comunicazioni sociali ad un mero reato ostacolo, rispetto al quale non svolge più alcun ruolo, quale requisito della punibilità, la "significatività" dell'informazione mendace rispetto ai destinatari della comunicazione.

⁸⁴ Per utilizzare la terminologia adottata da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 1999, p.57 e s., per riferirsi ad un principio noto in dottrina anche come principio di tassatività o di determinatezza.

⁸⁵ Così MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.77.

difficilmente tollerabile per il mondo delle imprese⁸⁶. Non vi è da stupirsi, pertanto, se gli esiti ultimi del processo che abbiamo qui sinteticamente delineato siano consistiti nell'auspicio che il Legislatore provvedesse ad una modifica della norma in modo da porre rimedio ai gravi vizi evidenziati⁸⁷. E ad una riforma legislativa si è da ultimo pervenuti, con un provvedimento che ha però suscitato più problemi di quanti non ne risolvesse.

7. La “reazione” legislativa e lo “svilimento” delle false comunicazioni sociali: un ritorno alla pratica disapplicazione della norma? La modifica legislativa al reato di false comunicazioni sociali è avvenuta con la legge – delega n.366 del 2001, la quale è però soltanto il punto terminale di un processo iniziato nella XIII legislatura. Il disegno di legge 20 giugno 2000, n.7123, si proponeva di fornire la delega al Governo per una radicale riforma di tutto il diritto societario, incluse le disposizioni incriminatrici⁸⁸. Il testo non era stato approvato prima della fine della legislatura e fu così ripresentato all'inizio della XIV da un altro disegno di legge di iniziativa governativa, il n.1137 del 2001. In sede di discussione presso le competenti commissioni camerali furono approvati, dalla nuova maggioranza parlamentare, significativi emendamenti che modificarono profondamente il “senso” del disegno penalistico di cui era portatore il progetto Mirone (dal nome del presidente la commissione di tecnici che lo ha elaborato) nella sua versione originaria⁸⁹. Si addiveniva così all'emanazione delle legge 366 del 2001, che, nel suo articolo 11, prevede che al Governo sia conferita la delega (da esercitarsi entro un anno) per configurare una fattispecie di falsità in bilancio, nelle relazioni o in altre comunicazioni sociali, consistente nel fatto degli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori i quali, nei bilanci o nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, idonei a indurre in errore i destinatari sulla situazione economica, patrimoniale

⁸⁶ In tal senso v. NORDIO, *Novella necessaria*, cit., p.13.

⁸⁷ Negli ultimi anni l'auspicio di un significativo “ripensamento” legislativo sulle false comunicazioni sociali era divenuto via via più frequente. Cfr., tra i tanti, CARACCIOLI, *Il delitto di false comunicazioni sociali non può “sfuggire” alla depenalizzazione*, in *Guida al diritto*, 1998, n.16, p.8; MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.143; PEDRAZZI, *False comunicazioni*, cit., p.826.

⁸⁸ Il testo del disegno di legge e la sua relazione illustrativa possono leggersi in *Riv. Soc.*, 2000, p.14 e s. Per un commento alle fattispecie di reato ivi disegnate v. FLICK, *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2000, p.1; FLORA, *I profili penali del progetto Mirone*, sul sito www.aziendalex.kataweb.it

⁸⁹ Per un'analisi e un commento alla versione “intermedia” di tale progetto, quella che esso presentava con l'approvazione dei primi emendamenti ma ancora diversa dalla versione “ultima” di cui alla legge 366 del 2001, v. GIUNTA, *Quale futuro per la false comunicazioni sociali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.929.

o finanziaria della società o del gruppo alla quale essa appartiene, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico, oltre che col fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, ovvero omettono, con la stessa intenzione, informazioni sulla situazione medesima, la cui comunicazione è imposta dalla legge. La delega precisava che le informazioni false od omesse devono essere rilevanti e tali da alterare sensibilmente la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo alla quale essa appartiene, anche attraverso la previsione di soglie quantitative. La legge 366 del 2001 chiarisce poi che il Legislatore delegato doveva prevedere autonome fattispecie di reato, a seconda che la condotta non avesse o avesse cagionato un danno patrimoniale a soci e a creditori. Nel primo caso dovrà prevedersi l'arresto fino ad un anno e sei mesi; nel secondo la reclusione da sei mesi a tre anni per le società non quotate in borsa, e fino a quattro per quelle quotate in borsa. Era prevista la procedibilità a querela soltanto per la fattispecie di danno relativa alle società non quotate. Il n.2 dell'art.11 prevedeva poi, come autonoma figura criminosa, il falso in prospetto, consistente nel fatto di chi, nei prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all'investimento o dell'ammissione alle quotazioni nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare nei casi delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni idonee ad indurre in errore ed occulta dati e notizie con la medesima intenzione. Qualora la condotta non avesse cagionato un danno patrimoniale ai destinatari, la pena è dell'arresto fino ad un anno, è invece della reclusione fino a tre anni nell'ipotesi di causazione di un danno ai destinatari.

Queste sono le figure criminose che avrebbero sostituito l'art.2621 n.1 c.c.⁹⁰, come poi puntualmente avvenuto con il decreto legislativo n.61 del 2002.

Già nel corso dell'*iter* formativo del provvedimento in questione si era aperto un dibattito ed un'analisi dei contenuti di tale provvedimento dai toni prevalentemente (ed in alcuni casi ferocemente) critici, che si è notevolmente accresciuto dopo la definitiva approvazione della legge 366 del 2001⁹¹.

⁹⁰ Per un primo commento alle stesse v. BRICCHETTI, *Falso in bilancio: "doppio binario" sul danno*, in *Guida al diritto*, 2001, n.40, p.46 e s.

⁹¹ Criticamente, rispetto ai contenuti della legge delega e del decreto delegato in tema di disposizioni incriminatrici ed in specie con riferimento al falso in bilancio, si sono pronunciati CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. Soc.*, 2001, p.1345; ID., *Il falso in bilancio ed il pendolarismo delle coscienze*, in *Riv. Soc.*, 2002, p.499 e s.; PEDRAZZI, *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Riv. Soc.*, 2001, p.1369; MARINUCCI, *Falso*, cit., p.10; PULITANO, *Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato*, in *Guida al diritto*, 2001, n.39, p.9; ALESSANDRI, *La legge delega n.306 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr. Gur.*, 2001, p.1548; SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle*

In effetti, anche ad una prima lettura della normativa, non può sottacersi l'impressione di un sostanziale "disarmo" della tutela penale nel settore dell'informazione societaria.

Certo, alcune delle "novità" introdotte devono salutarsi con favore. È questo il caso della necessaria direzionalità pubblica delle condotte che risolve legislativamente il dubbio sulla punibilità, a titolo di false comunicazioni sociali, della comunicazione diretta a destinatario unico o ad un autorità pubblica di controllo⁹²; così come da segnalarsi con favore è l'espressa previsione delle comunicazioni concernenti i gruppi, che risolve una volta per tutte la questione della punibilità del falso in bilancio consolidato.

Ma il pregio maggiore della riforma è l'effettuazione dell'unica scelta "corretta" tra quelle due alternative che il Pedrazzi, con la consueta lucidità, aveva chiarito essere d'innanzi all'oramai improcrastinabile intervento legislativo: ridisegnare il delitto di false comunicazioni sociali come mero reato ostacolo rispetto ad ogni ipotesi di *mala gestio* societaria o ridare allo stesso "carne e sangue", richiedendo espressamente l'attitudine decettiva della condotta ed una sua potenzialità lesiva degli interessi patrimoniali dei destinatari delle comunicazioni sociali⁹³. Le fattispecie di cui all'art.11 della legge delega sono indubbiamente poste a tutela del bene patrimonio⁹⁴, così determinando il definitivo

funzioni delle autorità di vigilanza, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, p.676; MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, V, 2002, p.111; FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1193; ID., *Verso un nuovo diritto penale societario: i punti critici della legge delega*, in *Cass. Pen.*, 2001, p.3246; TINTI, *La legge "forza ladri"*, in *Micromega*, 2001, p.173; LUNGHINI, *La nuova disciplina penale delle false comunicazioni sociali*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2001, p.993; SOTIS, *Illegittimità comunitaria della procedibilità a querela del falso in bilancio*, sul sito www.penale.it; ID., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua*, in *RIDPP*, 2002, p.171. Favorevoli nel complesso alla riforma si sono mostrati LANZI, *La riforma del reato di falso in bilancio: la nuova frontiera del diritto penale societario*, in *Le società*, 2002, p.269, e CARACCIOLI, *Falso in bilancio: dietro le polemiche norme più aderenti alla realtà societaria*, in *Guida al diritto*, 2001, n.36, p.10; ASSUMMA, *Un progetto senza coordinamento tra le diverse ipotesi di reato*, in *Guida al diritto*, 2001, n.36, p.12; G. E. COLOMBO, *Il falso in bilancio e le oscillazioni del pendolo*, in *Riv. Soc.*, 2002, p.421; ID., *Postilla ad A. Crespi*, in *Riv. Soc.*, 2002, p.1192; i quali ultimi pure non risparmiano penetranti critiche a diversi aspetti della nuova normativa. Evidenzia le numerose incongruenze "tecniche" di una riforma pure ritenuta necessaria per dare certezza al mondo delle imprese, NORDIO, *Novella necessaria*, cit., p.12. Interessante è anche lo scambio di opinioni tra una dei "padri parlamentari" della legge 366 del 2001 ed uno dei più asprissimi critici della stessa contenuto nel dialogo PECORELLA-ROSSI, *Italia, paradiso off-shore?*, in *Micromega*, 2001, p.190.

⁹² Questione che aveva visto su fronti contrapposti la giurisprudenza e la dottrina. La prima aveva affermato la piena sussumibilità nell'art.2621 n.1 c.c., tanto dell'ipotesi di comunicazione ad unico destinatario (così v. Cass. Pen., sez. V, 13 maggio 1993, Ciani, in *Riv. Dir. impresa*, 1994, p.305) quanto in quella rivolta all'autorità pubblica di controllo (da ultimo v. Cass. Pen., sez. V, 29 dicembre 1999, La Porta, in *Dir. prat. Soc.*, 2000, n.4, p.88). L'opinione prevalente nella seconda aveva invece escluso tali casi dall'area di operatività del delitto di false comunicazioni sociali in quanto questo sarebbe caratterizzato, conformemente ai precedenti storici ed al carattere diffusivo del pericolo che in esso si esprime e che ne giustifica l'autonomia rispetto dalla truffa, dal requisito della direzionalità pubblica delle condotte oggetto di mendacio. In tal senso v. CRESPI, *La comunicazione societaria con unico destinatario*, in *Riv. Soc.*, 1988, II, p.1127; PEDRAZZI, *Un concetto*, cit., p.1569.

⁹³ Evidenziava la ineludibilità di una chiara opzione legislativa a proposito PEDRAZZI, *False comunicazioni*, cit. p.825.

⁹⁴ Individuano in tale bene l'interesse protetto BRICCHETTI, *Falso*, cit., p.48; FOFFANI, *Rilievi*, cit., p.1197; GIUNTA, *Quale futuro*, cit., p.932. Anche in riferimento all'art.2621 n.1 c.c. era stata sostenuta la natura patrimoniale

venir meno della concezione plurioffensivista dell'oggettività giuridica della false comunicazioni sociali che abbiamo vista essere stata propedeutica alla dilatazione esegetica della fattispecie. Si tratta di un' ulteriore tappa di quel processo di attuazione del canone dell'offensività che da alcuni anni caratterizza il nostro ordinamento⁹⁵ e che lo sta progressivamente trasformando da mero principio politico - criminale a vera e propria regola costituzionale⁹⁶. Ma in tale direzione, ci pare proprio si sia ecceduto. In primo luogo, la restrizione degli interessi protetti solo a quelli dei creditori e dei soci configura una grave lacuna di tutela rispetto agli interessi conoscitivi dei potenziali investitori⁹⁷: chi intenda un domani consultare i bilanci di una azienda per decidere se investire in essa o meno saprà di non poter più fare pieno affidamento su un obbligo di veridicità penalmente sanzionato. Si contravviene così all'originaria ragion d'essere di tale tipo di norma che, come visto, risiede proprio nella necessità di assicurare una efficace tutela agli interessi "esterni" a quelli della società. L'unica categoria di potenziali investitori che risulta ancora penalmente protetta è quella dei destinatari di un prospetto informativo. Si deve anzi ritenere che la

dell'oggettività giuridica da una dottrina minoritaria, ma con una accezione ben diversa da quella relativa alle figure delineate dall'art.11 legge 366 del 2001. Mentre in queste il patrimonio è direttamente danneggiato o in ogni caso posto in concreto pericolo dal mendacio, le letture "patrimonialistiche" del 2621 c.c. avvertivano che tale delitto era da qualificarsi come reato di pericolo remoto o indiretto nei confronti del bene patrimonio dei soci, dei creditori e dei potenziali investitori e come tale presentava una scarsa capacità selettiva della tipicità. Così PERINI, *Il delitto*, cit., p.61 e s.

⁹⁵ Fu BRICOLA, nel suo *Riforma del processo penale e profili di diritto sostanziale*, in *Ind. Pen.*, 1989, p.320, ad intravedere la possibilità che gli istituti che caratterizzavano in senso innovativo il codice di rito del 1988 potessero dar il via ad una "inversione di tendenza" nel senso di un maggiore rispetto del principio di offensività. Ed in effetti segnali di recupero dell'offensività nella più recente legislazione penale sembrano infittirsi: né è riprova, ad esempio, la riscrittura del reato di abuso di ufficio, che viene oggi ad incentrarsi su un evento di danno o di vantaggio, l'introduzione di soglie di punibilità nelle recenti riforme del diritto penale tributario, la legge di depenalizzazione n.205 del 1999 che proprio a tale principio dichiarava di ispirarsi, la depenalizzazioni operate dal Tulb e dal Tuif che, come si vedrà, ad esso sono improntate. Su tale recente "riaffermazione" dell'offensività nel nostro sistema penale, dopo un lungo periodo caratterizzato da un orientamento di segno opposto, cfr. DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999, p.105 e s.

⁹⁶ Secondo la distinzione principi - regole introdotta nel dibattito penalistico italiano da DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996, p.25 e s.

⁹⁷ Evidenza tale aspetto MARINUCCI, *Falso*, cit., p.10, il quale ricorda come non solo i soci e i creditori sono interessati alla trasparenza delle condizioni economiche delle società, ma anche tutti i soggetti operanti su un dato mercato, dai potenziali investitori, a coloro che intendono instaurare rapporti giuridici con dette società fino a quanti "scrutinano" le vicende economiche di una data società come gli analisti indipendenti, le banche d'affari e così via. Analoghe considerazioni sono svolte da CRESPI, *Le false*, cit., p.1362; GIUNTA, *op. cit.*, p. 933, SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p.682; FOFFANI, *Verso un nuovo*, cit., p.3249; LUNGHINI, *La nuova disciplina*, cit., p.999; e da ROSSI, nel dialogo PECORELLA-ROSSI, *Italia*, cit., p.195 e s. PECORELLA, nel medesimo dialogo, a p.201, replica a tali obiezioni affermando che anche il socio futuro è protetto dalla nuova normativa, qualora in seguito al bilancio falsificato (prima dell'acquisto della qualità di socio) abbia a subire un danno patrimoniale (una volta acquisita tale qualità). Ma tale osservazione non vale a colmare quella lacuna rappresentata dalla mancata tutela rispetto a tutti i soggetti economicamente interessati alla vita dell'azienda e che pure non ne diventeranno in futuro soci e creditori, come i citati analisti finanziari, le società di *rating* o chi decide di investire in altre aziende anziché in quella le cui comunicazioni sono state falsificate poiché ha fatto in ipotesi affidamento su bilanci mendaci che hanno dipinto una situazione patrimoniale deteriore rispetto a quella reale.

previsione di un autonoma figura criminosa per il falso in prospetto sia dovuta, oltre che all'intento di diradare i dubbi sulla riconducibilità di tale falsità all'art.2621 c.c. o all'art.174 Tuif, all'osservazione che - in assenza di detta norma - non sarebbe invocabile il rinnovato reato di false comunicazioni sociali, la cui oggettività giuridica è ristretta alle posizioni dei soli soci e creditori.

Ma il punto più grave è che la previsione di un danno patrimoniale legato da un nesso eziologico con il mendacio renderà praticamente inutilizzabile la fattispecie delittuosa, stante l'estrema difficoltà (una vera e propria *probatio diabolica*) di dimostrare che una data diminuzione del valore delle quote societarie o della complessiva situazione patrimoniale della società sia dipesa da un determinato mendacio⁹⁸. Ma l'estremo del danno patrimoniale rende la norma difficilmente applicabile anche per quanto attiene al *pendant* soggettivo della fattispecie. Risultando tale elemento non già circostanza aggravante del delitto previsto, ma elemento di un autonomo reato, ai sensi di quanto prevede l'art.11 della legge 366 del 2001⁹⁹, ne deriva che esso ha da essere oggetto di dolo e che, pertanto, la punibilità è ristretta, per la fattispecie più grave, soltanto a coloro che hanno agito prevedendo e volendo un danno patrimoniale, per i creditori ed i soci, quale conseguenza della propria falsità. Ma è facile intendere che un tal tipo di falsario è ben raro nell'ambito delle società commerciali: la maggior parte di coloro che falsificano le comunicazioni sociali opera con l'intento (certo secondario rispetto al personale tornaconto

⁹⁸ Osserva FOFFANI, *Rilievi critici*, cit., p.1197, come sarà facile gioco per qualunque difesa tecnicamente addestrata dimostrare che il danno è derivato da concause sopravvenute di per sé sufficienti a cagionare l'evento, con esclusione quindi della punibilità ai sensi del 41 c.p. Già TINTI, *La legge*, cit., p.183, aveva provocatoriamente osservato che in alcuni casi potrà sostenersi che il danno è stato provocato non già dal falso in bilancio, produttivo piuttosto di utili per la società, quanto dall'inchiesta giudiziaria che lo ha accertato. Del resto, in linea generale, da ultimo siamo stati resi edotti della pratica impossibilità di comprovare un nesso di causalità individuale nelle ipotesi di rischi di massa e diffusivi (categoria nelle quale mi pare rientrino i rischi derivanti dalle falsità dei bilanci delle grandi società quotate, quelle che interessano migliaia di soci e creditori) da STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, p.54 e s. Tutto ciò senza considerare, per di più, l'enorme difficoltà di avere conoscenza della verifica di un danno patrimoniale anche per gli stessi interessati. Mettono in luce questo punto PULITANO', *Falso*, cit., p.10; TINTI, *La legge*, cit., p.184.

⁹⁹ Anche in assenza di tale precisazione legislativa, peraltro, gli esiti esegetici sarebbero stati i medesimi, dato che, con la dottrina che da ultimo, con maggiore approfondimento dogmatico, storico e comparatistico, si è occupata della questione, AL. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p.774, si deve ritenere elemento circostanziale quello che, immaginato senza il reato con il quale è posto in relazione, verrebbe ad essere privato di ogni concreta possibilità di applicazione. Per converso, è elemento costitutivo di un autonomo titolo di reato quel diverso elemento che, in forza di quanto previsto da altre fattispecie incriminatrici, ed eliminando mentalmente il reato rispetto al quale potrebbe essere apprezzata una valenza aggravante o attenuante, conserva la sua capacità di descrizione di un fatto penalmente rilevante. Ed è proprio quest'ultimo il caso del danno patrimoniale nel delitto di false comunicazioni sociali prossimo venturo. La sua natura costitutiva di un autonomo titolo di reato risulta ulteriormente comprovata, alla luce dell'illustrato criterio, dalla circostanza per cui, anche mancando la fattispecie – base di false comunicazioni sociali, conserverebbe la sua attitudine descrittiva di un fatto penalmente rilevante costituito, ricorrendone gli ulteriori presupposti, dalla fattispecie di truffa.

ma pur tuttavia escludente la volontà di danneggiare creditori e soci) di avvantaggiare la società, procurandole utili con fenomeni di corrotela finanziati con i fondi neri o diminuendo il carico fiscale con l'impoverimento "artificioso" della stessa. Richiedere un dolo di danno patrimoniale per l'integrazione del nuovo delitto di false comunicazioni sociali significa restringere la applicazione della norma solo a coloro che vogliono appropriarsi del patrimonio sociale a danno dei creditori o dei soci, cioè - come nel periodo in cui il "diritto vivente" riteneva che il 2621 n.1 c.c. presupponesse un fine di danno patrimoniale - farne un'ipotesi di gestione infedele qualificata dalla falsità. Breve, le enormi difficoltà che pone la fattispecie delittuosa, tanto sul piano causale quanto su quello dell'elemento psicologico, fanno dubitare di una pratica possibilità di applicazione della stessa¹⁰⁰.

Residua la fattispecie contravvenzionale di pericolo quale unica norma con realistiche chances di attuazione. Ma anche tale figura "lascia molto a desiderare".

In primo luogo, anche la nuova fattispecie - base del reato di false comunicazioni sociali evidenzia delle lacune di tutela non facilmente giustificabili. È questo il caso dell'espunzione, dal novero dei soggetti attivi, dei soci fondatori e dei promotori della società, nonché della falsità relativa alla costituzione della stessa. Il mendacio nella fase genetica dell'impresa ha cessato di avere rilevanza penale, il che non può che suscitare sorpresa una volta chiarito che tale tipo di falsità fu la prima ad essere penalmente sanzionata in ambito societario con il *Bubble Act* e le *Blue Sky Laws* risalenti al XVIII secolo. Tale esclusione dalla previsione incriminatrice viene giustificata con la sostanziale mancanza di applicazione del 2621 n.1 c.c. rispetto a tale categoria di soggetti¹⁰¹. Ma tale assenza di significativi precedenti giurisprudenziali non pare frutto di una assenza di reati quanto piuttosto di un carente repressione degli stessi se è vero che di "società falsamente costituite ne abbiamo viste e molte: interposizioni fittizie, fiduciarie fasulle, soci occulti in organismi e soci apparenti, soci apparenti dietro un proprietario unico e via

¹⁰⁰ Tutto ciò a tacere di quell'altro grave ostacolo rappresentato dalla perseguibilità a querela per le società non quotate. Alcuni dei primi commentatori hanno ritenuto infatti che esso possa rivelarsi un serio limite per la pratica perseguibilità del delitto realizzato, attesi i rischi di monetizzazione del danno e le conseguenti remissioni di querela. Così v. FOFFANI, *Rilievi critici*, cit., p.1197; TINTI, *La legge*, cit., p.183. Tale pericolo non deve essere però enfatizzato, atteso che, come è stato rilevato da MANNA, *La riforma del reato societario: dal pericolo al danno*, in *Foro. It.*, 2002, V, p.111 e ss., stante il carattere diffusivo del pericolo incarnato dalle false comunicazioni, ben difficilmente esso trasmoderà integralmente in danno per tutti i soggetti interessati; al contrario ne rimarrà sempre qualcuno rispetto al quale il pericolo non è arrivato allo stadio del danno patrimoniale e, dunque, la mancata presentazione della querela non comporterà la paralisi dell'azione penale, continuando pur sempre a sussistere la fattispecie "minore" perseguibile d'ufficio.

¹⁰¹ L'esclusione dal novero dei soggetti attivi dei promotori e dei soci fondatori viene spiegata con la pressoché assenza nella prassi di tali ipotesi da BRICCHETTI, *Falso*, cit., p.40. Di "autentico ramo secco" parla CARACCIOLI, *Falso*, cit., p.10.

discorrendo”¹⁰². Con la rinuncia alla penale rilevanza nella fase genetica si è preso atto di un fallimento della criminalizzazione secondaria e, anziché porvi rimedio con una implementazione della stessa, si è preferito rinunciare anche alla criminalizzazione primaria¹⁰³.

Altro punto che desta perplessità è l'utilizzo dell'avverbio intenzionalmente per qualificare il dolo di fattispecie: tale termine, adottato per escludere la imputazione a titolo di dolo eventuale¹⁰⁴, comporta il rischio di escludere la penale rilevanza anche delle condotte rette da dolo diretto, facendo residuare soltanto le ipotesi di dolo intenzionale tra quelle riconducibili alle fattispecie di cui all'art.11 della legge 366 del 2001¹⁰⁵.

Absolutamente deleteria è, poi, la previsione di soglie quantitative dal parte del legislatore delegato, in ossequio ad una direttiva della legge delega¹⁰⁶.

Al di là dell'aspetto "farsesco" (ad esser generosi) della vicenda che ha generato la previsione di queste soglie quantitative¹⁰⁷, il dato maggiormente preoccupante consiste nella vera e propria "licenza di falsificare" che è stata concessa nei limiti di tali soglie¹⁰⁸.

¹⁰² Così NORDIO, *Novella necessaria*, cit., p.12.

¹⁰³ In piena consonanza con quella eliminazione dei controlli preventivi in tema di omologazione degli atti costitutivi e degli statuti denunciata da TINTI, *La legge*, cit., p.174.

¹⁰⁴ In tal senso v. GIUNTA, *Quale futuro*, cit., p.930; CARACCIOLI, *Falso*, cit., p.11; BRICCHETTI, *Falso*, cit., p.50.

¹⁰⁵ E' il pericolo che si era evidenziato in riferimento alla fattispecie "primogenitrice" dell'utilizzo di tale avverbio per qualificare l'elemento soggettivo: l'art.323 c.p. così come riformulato nel 1997. Se, per escludere il dolo eventuale, è infatti sufficiente un termine quale "consapevolmente" o "scientemente" che afferisce alla sfera della rappresentazione (vero *discrimen* tra dolo eventuale da un lato e dolo diretto e intenzionale dall'altro), l'utilizzo di un termine quale "intenzionalmente" che afferisce alla sfera della volizione rischia di legittimare opzioni esegetiche che facciano residuare il solo dolo intenzionale come integrante la fattispecie. Sul punto, oltre a SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium Juris*, 1997, p.1257, e a MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Ind. Pen.*, 1998, p.28, sia consentito il rinvio a INFANTE, *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Ind. Pen.*, 1998, p.863. Più in generale, la ripetuta utilizzazione di tale avverbio nella legislazione più recente costituisce l'espressione di una presa di consapevolezza del Legislatore sulla progressiva erosione che la categoria del dolo eventuale attua rispetto alla capacità selettiva del penalmente rilevante propria del dolo. Al contempo questa presa di consapevolezza si rivela ancora parziale ed insufficiente, dato che rimane ancorata a soluzioni di parte speciale (che danno luogo a problematiche come quella appena illustrate), senza addivenire ad una più ampia riforma che non può che essere di parte generale, come ha chiarito la dottrina che da ultimo si è occupata di tale controversa forma di dolo. V., nel senso predetto, le opere di PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993; EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993; CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle fattispecie colpose*, Milano, 1999, FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1999, p.228.

¹⁰⁶ Il presidente della commissione di esperti che ha materialmente elaborato i nuovi reati societari ha rilevato come le opzioni del Legislatore delegante fossero talmente vincolanti da non lasciare alcun margine di discrezionalità al Legislatore delegato al fine di rendere migliore il prodotto normativo ultimo. Così MUSCO (con la collaborazione della Masullo), *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, p.2, il quale aggiunge che, paradossalmente, sarebbe stata preferibile una legge di delegazione che, per la sua genericità, si fosse esposta alle tradizionali censure di illegittimità per violazione del canone della riserva di legge.

¹⁰⁷ Le soglie di punibilità sono state previste sull'asserito esempio dell'esperienza statunitense e, in particolare, di quanto stabilito dalla Sec, l'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari di quel Paese. In tal senso cfr. la Relazione

Altro problema che pone la fattispecie di pericolo in esame risiede nel blando trattamento sanzionatorio previsto che, oltre a lanciare ai consociati, in un'ottica generalpreventiva in senso positivo, un messaggio di bagatellizzazione del reato¹⁰⁹, comporta gravissimi effetti in tema di prescrizione. La natura contravvenzionale della fattispecie di pericolo fa sì che il reato si prescriva in tre anni (quattro e mezzo qualora vi siano atti interruttivi). Per processi caratterizzati da una notevole complessità come quelli che discendono da una accusa di false comunicazioni sociali, dove il più delle volte si avrà bisogno di nominare dei periti per accertare se vi sono state delle falsità nelle valutazioni, e poi per verificare se queste sono state tali da superare le soglie percentuali che il Legislatore delegato prevederà in attuazione dell'art.11, è facile prevedere che si giungerà alla soglia massima senza che si sia addivenuti ad una sentenza definitiva¹¹⁰. In questo modo può ben dirsi che la recente riforma ha dato luogo ad una vera e propria "depenalizzazione di fatto"¹¹¹, che ha reso il

ministeriale al d. lgs.61 del 2002, in MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.233. Ma, come si è rilevato da parte di MARINUCCI, "Depenalizzazione" del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, p.137, la Sec non ha mai acconsentito che il mancato superamento di alcune soglie percentuali non determinasse conseguenze penali. Questa era una "istanza" avanzata all'Autorità statunitense da una parte del mondo delle società di revisione, e sempre respinta dalla Sec. Il "fraitendimento" in cui sarebbe caduto il nostro Legislatore sarebbe da ricondursi - per lo stesso MARINUCCI, *op. ult. cit.*, e per CRESPI, *Il falso in bilancio ed il pendolarismo*, cit., p.449; ID., *Significato di una polemica*, in *Riv. Soc.*, 2002, p.1199 e s. - a quanto riportato nell'articolo di G. E. COLOMBO, *La moda*, cit., p.714 e s., il quale - probabilmente malamente interpretando informazioni "di seconda mano" provenienti dalle società di revisione statunitensi - ha identificato i desiderata di queste ultime con le effettive determinazioni normative dell'Organo di vigilanza statunitense. Il dato più peculiare della lucida disamina di Marinucci è quello per cui tale "vizio scientifico" si sarebbe convertito in un "vizio di legittimità costituzionale" del decreto delegato. Infatti, la falsità delle premessa sulla quale il governo ha fondato la ragionevolezza della previsione di una soglia di punibilità ha dato luogo ad un "inganno" nei confronti del Parlamento, il quale ha adottato la previsione che consentiva tali soglie e, successivamente, ha fornito parere favorevole allo schema di decreto delegato, perché riteneva di uniformarsi al modello di un'avanzata economia occidentale. Il consenso delle Camere è, dunque, viziato, con conseguente violazione dell'art.76 Cost. Condivide la "denunzia" di Marinucci, LUNGHINI, *op. cit.*, p.1019. Al contrario, ritiene che la piena legittimità delle scelte legislative effettuate ponga la riforma al riparo dalle paventate censure d'incostituzionalità, GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. lgs. 11 aprile 2002, n.61 (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2002, p.697.

¹⁰⁸ Tale licenza ha per oggetto ingenti somme, che possono facilmente alterare il corretto andamento del mercato. Come rilevato da CRESPI, *Il falso in bilancio ed il pendolarismo*, cit., p.449 e s. Analogamente v. SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p.679.

¹⁰⁹ Come è stato infatti rilevato da EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, p.53, in un'ottica generalpreventiva in senso positivo, la pena ha da essere un fattore di credibilità della norma e non deve essere così minima da "screditare" il precetto. Ritengono (a giusta ragione) che ciò sia accaduto con la recente riforma del falso in bilancio, PULITANO', *Falso*, cit., p.10; PEDRAZZI, *In memoria*, cit., p.1370.

¹¹⁰ Per quest'osservazione cfr. PULITANO', *Falso*, cit., p.9; MARINUCCI, *Falso*, cit., p.11; CRESPI, *Le false*, cit., p.1358; TINTI, *La legge*, cit., p.185.

¹¹¹ Questo è il giudizio espresso da MARINUCCI, *Falso*, cit., p.11, dal quale non si distanzia PULITANO, *op. loc. ult. cit.*, per il quale le modifiche apportate fanno sì che del reato di false comunicazioni sociali residui oramai solo la facciata, ma che la previsione incriminatrice sia oramai svuotata di un qualsiasi significato. A queste obiezioni si è tentato di replicare che anche in altri ordinamenti, e segnatamente in Spagna, si assiste a previsioni edittali "miti" come quelle ora previste dalla legge 366 del 2001 (così PECORELLA, nel dialogo PECORELLA-ROSSI, *Italia*, cit., p.197).. È stato però facilmente osservato che in tale Paese, ai sensi dell'art.132 2° comma del codice penale, la prescrizione è interrotta per tutto il corso del processo. Così MARINUCCI, *Falso*, cit., p.11.

nostro Paese uno di quelli che presentano il minor “rischio penale” per i falsificatori di bilanci, quasi una sorta di “paradiso penale”¹¹² per gli stessi. Non siamo molto distanti da quell’uso meramente ideologico della tutela penale, in realtà finalizzato ad assicurare una sostanziale impunità, che parte della dottrina rimprovera al Legislatore del 1930 nella configurazione dei delitti contro l’economia pubblica.

Il giudizio complessivo sulla riforma attuata in tema di false comunicazioni sociali non può perciò che essere decisamente critico: essa “smantella” la tutela penale in tema di informazione societaria, per lo meno quella che si impernia su una generale fattispecie di false comunicazioni sociali. Pare di essere tornati all’epoca della pratica disapplicazione della norma. E tutto ciò con “l’aggravante” odierna rappresentata da una palese distonia rispetto agli obblighi comunitari¹¹³ e dalla creazione di una impunità *de facto* per il *white collar crime* che, oltre ad essere un potente fattore criminogeno, si atteggia ad un vero e proprio “odioso privilegio”¹¹⁴.

Di fronte a tale desolante quadro, è però opinione dello scrivente che non siano del tutto spuntate le armi dell’interprete nell’opera di configurare una risposta sanzionatoria adeguata alla gravità dei fenomeni criminosi di cui le false comunicazioni sociali possono essere espressione. Certo, nessuno dei gravissimi difetti della nuova disciplina appena enucleati può fondare una potestà punitiva che non abbia un saldo e sicuro fondamento legale¹¹⁵ ma il caso di specie, quello cioè dell’informazione societaria, pare già trovare una adeguata tutela penale sotto l’usbergo di alcune delle disposizioni attualmente vigenti. E il tentativo di fornire una risposta penale alle esigenze di tutela che la riforma lascia inavase

¹¹² L’icastica espressione è di MARINUCCI, *op. loc. ult. cit.*, ma accenna ad un “paradiso” per gli operatori finanziari inclini alla penombra, quale conseguenza della riforma in questione, anche PEDRAZZI, *In memoria*, cit., p.1370. Agli stessi può accomunarsi FOFFANI, *Rilievi critici*, cit., p.1198, per il quale oramai il nostro Paese si trova nella poca invidiabile posizione di “fanalino di coda” d’Europa nel controllo penale della legalità nella gestione societaria.

¹¹³ Rileva SOTIS, *Illegittimità comunitaria*, cit., p.2, come ai sensi del diritto comunitario la disciplina dei bilanci societari debba essere preordinata alla tutela non solo dei soci e dei creditori ma anche dei terzi interessati alla situazione patrimoniale della società.

¹¹⁴ Osserva PULITANO’, *Falso*, cit., p.10, che, rispetto ad un generale tendenza di politica criminale rappresentata dalla severità punitiva, la mitezza del nuovo diritto penale societario rappresenta una scarto tanto notevole da configurare un’isola privilegiata per gentiluomini.

¹¹⁵ Fondamentale sul punto è il saggio di PULITANO’, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1983, p.484, alle cui conclusioni può (forse) parzialmente derogarsi limitatamente a gravissimi reati, molto distanti da quelli di cui alla presente trattazione, quali i crimini contro l’umanità. Sulla problematica da ultimo accennata cfr. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

lungi dall'apparire un che di eversivo, in quanto contrastante con la *voluntas legislatoris*¹¹⁶, appare al contrario doveroso per non fare dell'Italia un Paese inadempiente alle indicazioni comunitarie, ai sensi di quel fondamentale canone esegetico per cui l'ordinamento interno deve essere interpretato, nei limiti del possibile (cioè della "violenza aperta" alla *littera legis*), in maniera conforme agli impegni assunti in sede internazionale¹¹⁷.

In questa prospettiva, appare in primo luogo interessante la percorribilità della via che conduce al delitto di frode fiscale. Di fronte alla "scomparsa" di molte incriminazioni per falso in bilancio, si può ragionevolmente immaginare una espansione del delitto di cui all'art.2 del d. lgs.74 del 2000. Un falso in bilancio ben difficilmente non sfocerà in una frode fiscale che, essendo il reato più grave, sarà l'unico a dover esser applicato¹¹⁸.

Ma un'altra via appare non difficilmente percorribile ed è quella afferente la fattispecie – madre del falso in bilancio: la truffa. Se la nuova disciplina, tradendo l'originaria ragion d'essere delle false comunicazioni sociali, è sostanzialmente caratterizzata da un refluire nella truffa¹¹⁹, paradossalmente può ben essere questo tradizionale delitto a conferire nuova linfa vitale alle incriminazioni relative al mendacio nelle comunicazioni sociali. Non ci riferiamo certo al delitto perfetto, che presenta le medesime difficoltà probatorie dell'estremo del danno che connotano il nuovo falso in bilancio delittuoso, quanto piuttosto alla sua forma tentata. La figura delineata dal combinato disposto dell'art.56 e del 640 c.p. è senza dubbio un reato di pericolo concreto¹²⁰ per il bene patrimonio, come il prefigurato falso contravvenzionale. Esso ha un'area di possibile applicazione, riferita all'informazione societaria, addirittura più ampia della specifica fattispecie di falso, atteso che può ben prestarsi a tutelare anche i potenziali investitori, esclusi, come si è visto, dal novero dei soggetti passivi nella nuova figura base di falso in bilancio. Il prefigurato falso

¹¹⁶ Osservazione comunque non decisiva atteso che è acquisizione oramai consolidata dell'ermeneutica giuridica che l'intenzione del legislatore storico è soltanto uno degli argomenti sui quali fondare una data opzione esegetica; argomento che può ben cedere il passo ad altri di ordine sistematico, teleologico, ecc..., qualora questi siano maggiormente persuasivi.

¹¹⁷ Su questo fondamentale principio interpretativo v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1992, p.302.

¹¹⁸ Così si è infatti espresso uno dei primi commentatori della nuova disciplina penal-tributaria che si è occupato dei rapporti con il reato di false comunicazioni sociali. In tal senso v., infatti, MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2000, p.135.

¹¹⁹ Così FOFFANI, *Rilievi critici*, cit., p.1197; ID., *Verso un nuovo*, cit., p.3248.

¹²⁰ Sul tentativo come reato di pericolo concreto v. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.428 e s.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p.188. Alle medesime conclusioni pare giungere, da ultimo, GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, *passim*.

contravvenzionale può forse considerarsi speciale rispetto al tentativo di truffa¹²¹, atteso che contiene tutti gli elementi di quest'ultima¹²² più i requisiti specializzanti della particolare qualifica soggettiva degli autori del reato e dei destinatari della comunicazione la cui veridicità è protetta: i soci ed i creditori, ma esso non esaurisce il novero dei soggetti penalmente protetti, dato che la truffa tentata offre, *de iure condito*, tutela penale anche ai potenziali investitori (diversi dai destinatari di un prospetto informativo, a favore dei quali è prevista una specifica fattispecie). Ne consegue, allora, che ogni qual volta una mendace comunicazione sociale pone in pericolo il patrimonio dei creditori, dei soci e di chiunque altro abbia un interesse economicamente valutabile a conoscere la situazione finanziaria della società, saranno astrattamente configurabili due reati: un falso in bilancio contravvenzionale (per quanto attiene ai soci e creditori, che prevale, per queste figure, sulla fattispecie di cui al combinato disposto del 56 e del 640 c.p.) ed un tentativo di truffa (per tutti gli altri soggetti)¹²³. Né può qui affermarsi che la specialità intercorrente tra la fattispecie contravvenzionale in esame e il tentativo di truffa impone di ritenere configurabile solo la seconda. Il postulato per l'applicazione dell'art.15 c.p. risiede infatti nella piena sussumibilità di un medesimo fatto storico sotto due disposizioni incriminatrici¹²⁴: ma questo non è quanto accade nell'ipotesi esaminata; infatti una falsa comunicazione sociale pericolosa per il patrimonio dei potenziali investitori è riconducibile solo alla tentata truffa e non già alle norme di cui all'art.11 della legge 366 del 2001. Ne consegue che la stragrande maggioranza delle false comunicazioni sociali che verranno poste in essere richiameranno *prima facie* due reati. La evidente omogeneità del disvalore oggettivo e soggettivo delle fattispecie impone però che solo di una di esse si dia applicazione, e questa non potrà che essere la più grave, cioè quella di tentata truffa, che

¹²¹ Come era già stato rilevato dal DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1937, rist. agg. 1969, p.259, sussistono infatti reati che non sono altro che ipotesi di tentativo di certi delitti elevati dal Legislatore al rango di figure autonome e che prevalgono sulla disciplina generale del 56 c.p. ai sensi del 15 c.p. Nello stesso senso, da ultimo, AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 2001, p.1192.

¹²² A prescindere dalla questione se la condotta di mendacio possa realmente essere qualificata come speciale rispetto a quelle degli artifici e raggiri, della qualcosa è ben possibile dubitare, dato che se per falso deve intendersi tutto ciò che è idoneo all'inganno, allora non è forse distante dal vero quell'opinione minoritaria, ma autorevolmente sostenuta dal CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, per cui il falso è un requisito costitutivo della truffa.

¹²³ Un'analogo discorso svolge, rispetto alla fattispecie delittuosa di danno ed al reato di truffa consumata, SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p.682. Per tale A., una condotta di mendacio nella false comunicazioni sociali da cui derivi un danno per chi, al momento del fatto, non era ancora un socio, integrerà il 640 c.p. Anzi, vi saranno tanti delitti di truffa, in continuazione ex art.81 c.p., quanti saranno i danneggiati. In tal modo, per Seminara, la norma previgente ha consumato la sua vendetta nei confronti di quanti hanno voluto stravolgerla fingendo di mantenerla in vita.

¹²⁴ Per tutti v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p.632.

costituisce un delitto e non una contravvenzione¹²⁵. In tal modo il falso in bilancio viene ad integrare una fattispecie delittuosa e con ciò vien meno il limite più grave della nuova disciplina, rappresentato dai brevissimi termini prescrizionali, né muta il regime della perseguibilità, dato che la tentata truffa in questione, potendo realizzarsi solo con un abuso di relazioni d'ufficio (l'ufficio di amministratore o direttore della società), risulta qualificata dall'aggravante di cui al 61 n.11 c.p. e, pertanto, non bisognosa di querela. In altri termini, la via qui prefigurata per non "disarmare" del tutto la tutela penale dell'informazione societaria è omologa a quella seguita sinora dalla giurisprudenza in tema di mendacio bancario. Tale ultima figura criminosa, come è noto, ha visto un quasi nullo riscontro giurisprudenziale dato che il suo spazio applicativo è stato *in toto* assorbito dalla sovrapponibile fattispecie di tentata truffa¹²⁶. Questo può ben essere il futuro della nuova figura di falso in bilancio contravvenzionale. Il ritorno nell'alveo della truffa che si è realizzato con la legge 366 del 2001 potrebbe segnare, quindi, non già la "morte" delle false comunicazioni sociali ma la sua "trasfigurazione" in un tentativo di truffa¹²⁷. La

¹²⁵ Con una chiara applicazione del principio di consunzione sul quale v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.636; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p.718; RANIERI, *Manuale di diritto penale*, I, Padova, 1968, p.98; PAGLIARO, *Concorso di norme penali*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p.551; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità e coesistenza*, Milano, 1996, p.257. Alle medesime conclusioni si addivene anche alla luce del criterio di sussidiarietà, dato che l'offesa che caratterizza la tentata truffa è più grave di quella che connota il falso contravvenzionale in bilancio (poiché riguarda non solo il patrimonio dei soci e creditori ma anche quello dei potenziali investitori) e determina pertanto l'assorbimento del secondo reato nel primo. Sul criterio della sussidiarietà v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.635; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, p.416.

¹²⁶ Sul punto v. MARINI, *Reati bancari*, in GALGANO (diretto da), *Trattato*, cit., p.427; MANGANO, *Il reato di mendacio bancario*, Milano, 1981.

¹²⁷ *Per incidens*, va rilevato che tale sussumibilità nella tentata truffa della maggior parte delle ipotesi di false comunicazioni sociali (e non soltanto di quelle integranti il novellato art.2621 c.c., ma anche di quelle non riconducibili allo stesso poiché non sono state superate, ad esempio, le soglie di punibilità) appaia anche idonea a risolvere la nuova e già tormentata *quaestio* dell'*abolitio criminis* rispetto alle fattispecie integranti il precedente art.2621 n.1 c.c. Come noto la giurisprudenza e la dottrina sono divise sul ritenere se si sia d'innanzi ad una vera e propria abrogazione o ad una successione di leggi penali nel tempo. Mentre vi è, come DONINI, *Abolitio criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d. lgs. 11 aprile 2002, n.61*, in *Cass. Pen.*, 2002, p.1271 e s.; MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.65 e s.; sulla base di considerazioni sullo "scarto" quanto a valori protetti e a tecniche di tutela utilizzate tra il "vecchio" ed il "nuovo" dato normativo, opta per l'avvenuta totale abrogazione della previgente fattispecie, altra dottrina, sulla scorta della teoria della "continenza" come illustrata da PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art.2, 3° comma c.p.*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1982, p.1354 e s., ritiene vi sia stata solo una parziale abolizione, dovendo affermarsi una successione di leggi penali nel tempo rispetto alle sotto-fattispecie già ricomprese nel previgente art.2621 n.1 c.c. e ora sussumibili nel novellato reato di false comunicazioni sociali. In tal senso v. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alla nuova fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. Pen.*, 2002, p.1598 e s.; GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi*, cit., p.846; PULITANO', *Problemi di diritto intertemporale*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p.112; FOFFANI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in GIARDA – SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p.317. Nella prospettiva qui accolta di un rapporto di specialità tra falso in bilancio e tentata truffa, si delinea una soluzione diversa da quelle sinora prospettate e, precisamente, ne consegue l'affermazione di una successione di leggi penali nel tempo per *tutte* le fattispecie concrete riconducibili alla previgente versione dell'art.2621 n. 1 c.c. Là dove si ritenga che le ipotesi in

disciplina applicabile potrebbe risultare, contro tutte le aspettative, addirittura più efficiente di quella previgente dato il Legislatore delegato, conformemente a quanto sancito dalla 366 del 2001, ha esteso la responsabilità delle persone giuridiche di cui al d. lgs. 231 del 2001¹²⁸ per i casi di false comunicazioni sociali¹²⁹. In tal caso potrebbe risultare una risposta sanzionatoria (quella propria del tentativo di truffa) per le persone fisiche non blandissima come quella di cui al prefigurato falso contravvenzionale unitamente ad una congrua risposta sanzionatoria per le persone giuridiche come quella delineata dal d. lgs. 231 del 2001¹³⁰.

precedenza riconducibili all'art.2621 n.1 c.c. integrassero già un tentativo di truffa ("consumato" dalla fattispecie speciale delle false comunicazioni sociali), la conclusione è che esse conservano oggi la loro penale rilevanza ai sensi del combinato disposto dell'art.56 c.p. con l'art.640 c.p., qualora non integrino la nuova contravvenzione di false comunicazioni sociali. La situazione che si è creata è, dunque, quella dell'eliminazione di una fattispecie speciale (il previgente falso in bilancio) e la creazione di un nuovo reato (ancora "più speciale" rispetto alla tentata truffa). Per tutto ciò che è estraneo alla figura iper-specializzata, si è determinata una riespansione della fattispecie generale. È la tentata truffa la norma "successoria" del "vecchio" art.2621 n.1 c.c. per tutte quelle sotto-fattispecie che non rientrano nella nuova versione dello stesso. Ma una norma successoria vi è sempre, il che comporta che non si potrà in alcun caso sostenere che alcune delle ipotesi penalmente rilevanti ai sensi della precedente formulazione dell'art.2621 n.1 c.c. siano state oggetto di abrogazione.

¹²⁸ Sul quale v. i commenti di CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio Societas delinquere non potest?*, in GALGANO (diretto da), *Trattato*, cit., p.859 e s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.146 e s.; PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n.231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, p.845; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 2001, p.1126; DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1348 e s.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, p.393; PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1353 e s.; BUSSON, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1471; FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1479; NUZZO, *Le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1486; TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le società*, 2001, p.1305; RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità: i modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, p.1297; GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano, 2001; GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002; AAVV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002; CARBONE, *La nuova disciplina della responsabilità amministrativa delle società*, in *Danno e resp.*, 2002, p.237. In generale, sul tema della responsabilità delle persone giuridiche, cfr.l'ampia analisi della DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

¹²⁹ Sulla disciplina della responsabilità delle persone giuridiche in riferimento ai reati societari cfr. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto*, cit., p.47 e s.; GUERRINI, *Responsabilità amministrativa delle società*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, 2002, p.242 e s.; PUTINATI, *Commento*, in LANZI – CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, p.231 e s.; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in GIARDA – SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari*, cit., p.65.

¹³⁰ E a nulla varrebbe il rilievo che rispetto alle stesse non sarebbe configurabile il tentativo di truffa dato che l'assorbimento in questo reato delle false comunicazioni sociali non può operare per i soggetti giuridici di cui al d. lgs.231 del 2001 proprio per la ragione che questo provvedimento non prevede tale reato. Rapporti di concorrenza tra due norme possono porsi solo laddove un medesimo soggetto sia destinatario di entrambe. Laddove sia dato individuare un gruppo di destinatari di un precetto che lo sia anche di un altro che rispetto al primo si pone in relazione di assorbimento, a nulla vale rilevare che per un altro gruppo di soggetti un analogo problema non può porsi poiché nei loro confronti non trova applicazione la norma "consumante": le due vicende seguiranno una storia diversa. Del resto, lo stesso d. lgs.231 del 2001 prevede, nel suo articolo 8, il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, per cui quest'ultimo risponde anche se non si riesca ad individuare o ad accertare la colpevolezza della persona fisica autore di

Deve peraltro segnalarsi come non sia da farsi soverchie illusioni sull'inoltrarsi per questa via da parte della futura giurisprudenza. Se c'è un dato che la recente esperienza ha pienamente confermato è quello per cui le corti, nei primi anni di vita di una nuova fattispecie, si uniformano pedissequamente all'intenzione del Legislatore storico, per quanti vuoti di tutela ciò provochi e per quanto dette lacune sia già colmabili *de iure condito* con un non eccessivo sforzo di interpretazione sistematica¹³¹. La contestazione di una tentata truffa per le ipotesi di false comunicazioni sociali (o altre vie, come una dilatazione esegetica del delitto di aggio previsto dalla 366 del 2001 in modo che ricomprenda le fattispecie concrete in questione) non appare l'eventualità di più probabile verifica nei primi anni di vigenza della nascita normativa.

Ma tale (facile) previsione costituisce anche un ulteriore monito ad approfondire la conoscenza delle residue fattispecie volte a sanzionare il falso nell'informazione societaria, quali quelle relative alle informazioni alle autorità di controllo dei mercati finanziari, non riconducibili nell'alveo della truffa (dato che qui il bene sullo sfondo non è certo di carattere patrimoniale, come invece è per il 2621 n.1 c.c.). Esse, da figure pressoché dimenticate nella prassi giudiziaria, potranno dunque rivelarsi uno dei pochi veri argini al dilagare della *mala gestio* societaria, ed è alla loro analisi (ed in *primis* all'evoluzione storica delle stesse) che sarà dedicato il prossimo capitolo.

un reato – presupposto. Se, dunque, permane la responsabilità dell'ente anche nell'ipotesi in cui risulti accertato il mero torto obiettivo derivante dalla sua organizzazione, non riuscendo ad individuarsi la persona fisica cui questo possa soggettivamente ricondursi, *a fortiori* non potrà negarsi la sua responsabilità qualora emerga con certezza anche l'elemento soggettivo, configurante però un reato che viene consumato da una fattispecie più grave. Se così non fosse si verrebbe all'assurda conclusione per cui un mero fatto antiggiuridico può legittimare una sanzione in capo all'ente, ma non già un reato - presupposto che pure è stato accertato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi e che è, addirittura, talmente grave, nel caso di specie, da venire assorbito da altra più significativa previsione.

¹³¹ Emblematico ci pare il caso rappresentato dalla novellata fattispecie di abuso d'ufficio. Il legislatore storico si proponeva indubbiamente di espungere dal tipo la rilevanza dell'eccesso di potere, che costituisce però certamente il vizio di legittimità più pernicioso sia per il buon andamento della pubblica amministrazione che per le posizioni giuridiche dei privati cittadini oggetto dell'azione amministrativa. Parte della dottrina aveva dunque delineato percorsi argomentativi atti a legittimare la permanenza della penale rilevanza dell'eccesso di potere anche sotto il vigore della nuova formulazione. In tal senso v. GROSSO, *Condotta ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, V, 1999, p.333; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1998, p.239; SEMINARA, *Il nuovo*, cit., p.1253; MANNA, *Luci ed ombre*, cit., p.21; MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, II, 1998, p.384, e, da ultimo e con ricchezza di argomentazioni, GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, p.261 e s. Sul punto sia consentito anche il rinvio a INFANTE, *Disciplina*, cit., p.847. La giurisprudenza di gran lunga prevalente ha però disatteso queste conclusioni, attestandosi su quanto espresso nei lavori preparatori a proposito dell'odierna penale irrilevanza dell'eccesso di potere ai sensi dell'art.323 c.p. In tal senso v. la rassegna contenuta in BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, volume I di MARINUCCI - DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, p.585.

Capitolo Primo

La tutela delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza quale bene protetto. La legittimità del modello punitivo ed i suoi limiti

Sommario: 1. La tutela delle funzioni quale oggettività giuridica emergente nella “giostra” dei moderni beni giuridici e la sua presunta estraneità ai tradizionali paradigmi di un diritto penale di stampo liberale - 2. Tutela delle funzioni e del buon andamento della P.A.: una moderna terminologia per un consolidato modello penalistico - 3. Seriazione dei beni giuridici e tutela delle funzioni: irriducibilità delle diverse tecniche di protezione e degli interessi protetti - 4. La teorica del bene giuridico e la sua compatibilità con la tutela delle funzioni: a) referente costituzionale dell’interesse; b) offendibilità dello stesso: l’identificazione con i vizi del singolo procedimento amministrativo e la loro diversa gravità; c) capacità selettiva della tipicità - 5. Il ruolo delle autorità indipendenti nell’attuale assetto dei pubblici poteri ed il dibattito sulla compatibilità dello stesso con il vigente assetto costituzionale - 6. La potestà normativa delle Autorità di vigilanza, l’individuazione degli obblighi di informazione penalmente sanzionati tramite la stessa ed il suo patente contrasto con l’art.25 comma 2 Cost. L’evoluzione del concetto di riserva di legge in materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e l’ambiguità delle ultime statuizioni della Consulta - 7. Fattispecie astratta, fattispecie concreta, bene giuridico, modalità di lesione e riserva assoluta di legge: l’incostituzionalità del rinvio alla potestà normativa della P.A. e la costituzionalità del modello ingiunzionale-provvedimentale. La legittimità della tutela penale delle funzioni della P.A. rispetto al “momento” istruttorio (acquisizione della situazione di conflitto di interessi) e provvedimentale (risoluzione in concreto del conflitto di interessi) e l’illegittimità della stessa in rapporto al “momento” normativo (risoluzione in astratto del conflitto di interessi).

1. *La tutela delle funzioni quale oggettività giuridica emergente nella “giostra” dei moderni beni giuridici e la sua presunta estraneità ai tradizionali paradigmi di un diritto penale di stampo liberale.* Ogni indagine di parte speciale non può che affrontare come prioritaria la questione afferente le oggettività giuridiche della disciplina penale in esame. Se non tantissimi lustri orsono era stato segnalato uno “sbiadimento” della tematica del bene giuridico¹, questa tendenza è stata prontamente invertita, almeno a livello di dibattito scientifico, con pressoché unanime recupero della centralità della stessa². Massimamente l’analisi della fattispecie in esame non può prescindere dalla prioritaria soluzione delle problematiche afferenti gli interessi protetti atteso che essi vengono unanimemente individuati in una delle più controversie tipologie tra quelle riconducibili alla pur “variegata” categoria di oggettività giuridica: le funzioni delle autorità di vigilanza³. Anche a

¹ Registrata (criticamente) da GIULIANI BALESTRINO, *I problemi generali dei reati societari*, Milano, 1978, p.3.

² Per tutti v., da ultimo, PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale*, cit., p.43 e s.

³ L’assoluta unanimità di opinioni sul punto dispensa da un puntuale elencazione bibliografica, che non potrebbe non assumere un carattere (superfluo) “enciclopedico”. *Ex plurimis*, cfr. MARINUCCI, *Gestione d’impresa*, cit., p.427; PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.657; BRICOLA, *Profili penali della disciplina*, cit., p.121. A proposito del novellato art.2638 c.c., detta tesi è stata ribadita dai primi commentatori che si sono occupati della norma, ORSI, *Passa per il codice la vigilanza di Consob e Bankitalia*, in *Guida al diritto*, 2002, n.16, p.77; MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.188; ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., p.255; ZANNOTTI, *L’ostacolo*, cit., p.581; SEMINARA, *False*

prescindere dall'inequivoca formulazione della rubrica del "nuovo" art.2638 c.c., per la sua pacifica non vincolatività, è indubbio che tale norma, al pari di quelle "residue" nella trama normativa del Tuif, del Tulb e nelle leggi relative alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione esaminate nel capitolo precedente, sono preordinate alla tutela delle funzioni dei predetti organismi pubblici. Il falso non è incriminato, infatti, in sé⁴, ma solo in quanto ostacolo delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza. Lo attesta il dolo specifico di ostacolo, cui non si può più riconoscere una valenza limitata alla mera sfera soggettiva, ma anche una profonda incidenza a livella di fatto materiale e di offesa⁵. Lo comprova il legame sistematico con le fattispecie di ostacolo, presenti tanto nel secondo comma del nuovo art.2638 c.c. quanto nei "vecchi" artt.134 Tulb, 171 e 174 Tuif. Ci troviamo qui d'innanzi ad un paradigmatico caso di tutela penale delle funzioni, un modello sempre più in via di progressiva affermazione nell'ambito della moderna "giostra" delle oggettività giuridiche⁶.

Quella della tutela penale delle funzioni è senza dubbio la tecnica di tutela che negli ultimi anni è stata "l'ultima frontiera" del sempre vivo dibattito relativo a ciò che possa legittimamente assurgere a oggetto di protezione nell'ambito di un moderno diritto penale ispirato ai principi di offensività ed *ultima ratio*. Le opinioni in dottrina sono quanto mai discordi. Si va da un estremo, caratterizzato dalla negazione dello statuto di bene giuridico alle funzioni tutelate, dal che si deduce l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che apprestano alle stesse protezione penale⁷, a quell'opposto, che riconosce la piena

comunicazioni, cit., p.687; PALLADINO, *Commento*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti*, cit., p.207; ALBERTINI, *Commento*, in LANZI – CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.180.

⁴ Superando, quindi, quella dimensione formalistica con cui i reati di falso, in generale, sono stati intesi dalla prevalente giurisprudenza, e rispetto alla quale la dottrina non è mai stata scevra di vivaci osservazioni critiche. Su tali questioni cfr., da ultimo, i quadri tracciati da RAMACCI (a cura di), *Le falsità*, cit., *passim*; NAPPI, *Falso e legge penale*, cit., *passim*, e da S. FIORE, *Ratio della tutela*, cit., *passim*.

⁵ In conformità alle ricche e recenti indagini condotte su tale elemento. Sul punto si rinvia al capitolo terzo della presente sezione, specificamente dedicato all'analisi della condotta criminosa.

⁶ Per utilizzare la felice immagine di DONINI, *Teoria*, cit., p.140, il quale intravede nel moltiplicarsi delle nuove tipologie di interessi protetti, di tipo post-moderno e funzionalistico (quali i beni-prestazione, quelli strumentali, quelli intermedi, quelli istituzionali), una crisi del tradizionale concetto di bene giuridico (processo che ritiene peraltro non irreversibile tramite un insieme di operazioni tanto esegetiche quanto di riforma legislativa).

⁷ E' questa la tesi prevalente tra chi ha affrontato la materia. Deve peraltro rilevarsi come il più delle volte non si assista ad una trattazione *ex professo* della questione, ma unicamente ad una serie di profondi accenti critici. Fa eccezione a questo *modus procedendi* lo specifico studio di MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1995, p.634. Tale Autore ha da ultimo ribadito la sua posizione in ID., *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza / tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p.51, p.60 e p.110. Accenti critici sulla tutela penale delle funzioni sono presenti in HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p.108; SGUBBI, *Il reato*, cit., p.142; GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Pol. Dir.*, 2000, p.270; FIORELLA, *I*

conformità di queste “nuove” oggettività giuridiche al tradizionale modello di interesse protetto⁸. Non manca una tesi “intermedia” che, pur affermando una radicale alterità strutturale tra il modello penalistico della tutela dei beni rispetto a quello che protegge le funzioni, riconosce la piena legittimità anche di quest’ultimo⁹.

La questione è di primaria importanza ai fini della presente indagine, atteso che laddove concludessimo per l’estraneità del modello punitivo incentrato sulla tutela delle funzioni ai tradizionali canoni di un diritto penale conforme ai postulati di uno stato liberale di diritto¹⁰, la tecnica di incriminazione in esame risulterà radicalmente “squalificata” e non si potrà che denunciarne la illegittimità costituzionale. Laddove, al contrario, così non dovesse ritenersi, nei “sospetti” e nelle “ritrosie” dottrinali a riconoscere piena cittadinanza a tale tipologia di incriminazioni potremmo intravedere quella confusione ideologica e metodologica tra un diritto penale neo-liberale ed un diritto penale neo-liberista che è stata autorevolmente denunciata come pericolo “sempre in agguato” presso i più radicali

principi generali, in GALGANO (diretto da), *Trattato*, cit., p.19; G.A. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di “riconoscibilità” dell’illecito penale*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1996, p.65; FORNASARI, *Il concetto*, cit., p.155; PATRONO, *I reati in materia di ambiente*, in GALGANO (diretto da), *Trattato*, cit., p.803; FIORAVANTI, *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, in ID. (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, p.10; S. FIORE, *Ratio della tutela*, cit., p.85; ZANNOTTI, *Commento*, cit., p.1408; ID., *La tutela*, cit., p.48; LO MONTE, *Le disfunzioni dell’intervento penale in tema di criminalità economica*, in *Ind. Pen.*, 1999, p.1123 e p.1132; PISTORELLI, *op. ult. cit.*, p.311; RICCARDI, *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de jure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2001, p.1136.

⁸ E’ la tesi autorevolmente sostenuta da MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.397; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in AAVV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p.69; ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale*, cit., p.25; ZUCCALA’, *I reati di infedeltà nelle società commerciali e nell’intermediazione finanziaria*, in CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell’impresa*, cit., p.353; STELLA, *Scienza e norma nella pratica dell’igiene industriale*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1999, p.391. Tale ultimo Autore ha successivamente mutato opinione a proposito della tutela penale delle funzioni delle autorità pubbliche di controllo, perlomeno in riferimento alla attività industriali rischiose per i tradizionali beni della integrità fisica e della vita, nel quadro di una radicale critica al “diritto penale del comportamento”, come risulta da ID., *Giustizia e modernità*, cit., p.417 e ss.

⁹ E’ questa la tesi di PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in AAVV., *Atti del IV congresso nazionale*, cit., p.81 e ss., per il quale le funzioni non sono altro che il “luogo giuridico” in cui si mediano contrapposti interessi. Esse non si identificano, pertanto, con tali interessi, ma costituiscono le “regole del gioco” che permettono la mediazione e la coesistenza di detti beni, la cui necessità di protezione costituisce la legittimazione ultima della tutela penale delle funzioni. Tale opinione era già stata espressa, limitatamente al settore delle contravvenzioni, individuandovi uno dei tre modelli in cui è possibile classificare tale tipologia di illeciti penali, in ID., *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p.451. La tesi in questione è condivisa altresì da PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p.133.

¹⁰ Riscontra nei principi dello stato di diritto liberale una posizione preminente tra quelli riconosciuti nella nostra Costituzione, tali da porli, in un certo senso, in una posizione di maggior peso rispetto a quella espressione dello stato sociale “interventista” che si è venuto affermando nel XX secolo, BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1988, p.21.

“riduzionismi” criminalistici che hanno animato al scena penalistica negli ultimi lustri¹¹, e che si risolve in una critica meramente “rimozionale” dell’esistente normativo¹².

Le critiche rivolte alla tecnica di tutela incentrata sulle funzioni delle autorità di controllo sono sostanzialmente riconducibili alla perdita tanto delle funzioni critiche quanto di quelle interpretative proprie del tradizionale concetto di bene giuridico¹³. Non tutelandosi più entità materiali esterne alla condotta ma il regolare andamento delle autorità pubbliche di controllo, il diritto penale verrebbe ad assicurare protezione ai meri obiettivi organizzativi di tali apparati pubblici, con conseguente degradazione dell’illecito penale in mero illecito di trasgressione¹⁴ e connessa volatilizzazione della vittima¹⁵. Viene in tal modo meno la distinzione concettuale tra bene protetto e *ratio legis* e, con essa, la fondamentale funzione di legittimazione negativa della potestà punitiva che ha storicamente presieduto il sorgere della categoria di bene protetto¹⁶. Tale tipo di illecito segna il sostanziale trionfo dei reati di pericolo astratto, essendo qui l’oggetto di tutela privo di qualsiasi capacità selettiva del tipo, con un definitivo abbandono del principio di offensività¹⁷. La funzione

¹¹ Cfr., in tal senso, MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale” minimo” e nuove forme di criminalità*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1999, p.802. Per una replica alle argomentazioni svolte in tale saggio da parte di uno dei maggiori esponenti di un radicale riduzionismo penale v. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, p.125.

¹² Così, a proposito del diritto penale bancario, LOSAPPIO, *op. cit.*, p.885, il quale ritiene che i critici radicali di tale legislazione non facciano che “rimuovere” le moderne (e legittime) istanze di tutela, alle quali contrappongono un inadeguato concetto tradizionale di bene giuridico materialmente apprensibile che appartiene ad un modello nominalmente liberale di diritto penale che non ha mai avuto, al di là delle teorizzazioni dogmatiche, alcun invero storico. Si tratta di osservazioni già sviluppate, in una più ampia prospettiva, da PADOVANI, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola*, Torino, 1998, p.97, il quale illustra la “irrealtà” storica del “buon vecchio diritto penale” di stampo liberale e da DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato “costituente” per la riforma del codice*, in DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, p.58, il quale taccia larga parte della scienza penalistica contemporanea di aver demonizzato l’esistente prima ancora di aver tentato di conoscere quel dato normativo reale che, in quanto tale, non può che essere (in qualche modo) razionale.

¹³ Sulle varie funzioni assegnate alla categoria del bene giuridico e sull’evoluzione della stessa v. il fondamentale studio di ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

¹⁴ Così MOCCIA, *Dalla tutela*, cit., p.348. Analogamente FIORELLA, *I principi generali*, cit., p.23, vede in tale tecnica di tutela un diritto penale di mera infedeltà nei confronti della P.A. Similari considerazioni sono svolte altresì da PATRONO, *I reati*, cit., p.803; ZANNOTTI, *La tutela penale*, cit., p.48; S. FIORE, *op. ult. cit.*, p.85.

¹⁵ Cfr. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p.62; LO MONTE, *Le disfunzioni*, cit., p.1132, che vi individua una delle cause principali di quella difficoltà all’impulso processuale che costituisce una delle caratteristiche del sistema penale economico.

¹⁶ Cfr. MOCCIA, *op. ult. cit.*, p.352. Il ritorno alla concezione metodologica del bene giuridico sotto le “mentite spoglie” della tutela delle funzioni è denunciato anche da FORNASARI, *Il concetto*, cit., p.159, e da LO MONTE, *Le disfunzioni*, cit., p.1125.

¹⁷ In tal senso v. MOCCIA, *op. ult. cit.*, p.369. Tale critica postula l’accoglimento, evidentemente, di quella teorica che nega *tout court* la legittimità costituzionale dei reati di pericolo astratto, e per la quale v. M. GALLO, *I reati di pericolo*,

verrebbe ad essere null'altro che il travestimento verbale della condotta lecita, venendo così a perdere qualsiasi capacità delimitatrice della tipicità¹⁸. La più chiara riprova dell'assunto risiederebbe nella non graduabilità dell'offesa, che impedirebbe una distinzione tra danno e pericolo, e all'interno di questo tra pericolo remoto o quello prossimo. Evidente risulterebbe, in quest'ottica, la natura di reato di mera infedeltà¹⁹ dell'illecito preposto alla tutela delle funzioni, e, dunque, il suo degradare in un ottica soggettivistica molto lontana dal volto costituzionale del diritto penale²⁰. Si lamenta ancora che la "procedimentalizzazione" degli oggetti di tutela "occulterebbe" i beni finali e non permetterebbe quella riconoscibilità dei valori (e, dunque, dei precetti) che costituisce il precipitato logico del principio di personalità della responsabilità penale²¹.

Un panorama di critiche quanto mai vasto e penetrante, come ognuno vede, e pur tuttavia non insuperabile al fine di delineare un ambito di legittimità di tale controversa tecnica di

in *Foro pen.*, 1969, p.1; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, p.86; PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica dei reati di pericolo*, Napoli, 1975. Per l'opposta tesi cfr. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1986, p.707; FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p.175; ID., *La tipizzazione del pericolo*, in *AAVV.*, *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, p.49. Anche tale ultimo Autore ritiene che una accezione "forte" del principio di offensività condurrebbe a mettere al bando i beni-funzione, nella qual cosa rinviene una ragione per proporre una lettura "non massimalista" dello stesso. In tal senso v. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, p.3. Sulla complessa tematica dei reati di pericolo astratto (e presunto, categoria che non per tutti coincide con la prima) cfr. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990; CANESTRARI, *Reato di pericolo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto ed i modelli di diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 2001, n.3.

¹⁸ Così FIORELLA, *I principi*, cit. p.19.

¹⁹ Su tale modello cfr., in generale, ZUCCALA', *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961.

²⁰ Così come mirabilmente tracciato nell'opera di BRICOLA, *Teoria generale*, cit. *passim*, nella quale, peraltro, si deve vedere il coronamento di un cammino collettivo della scienza penalistica italiana volta a delineare un diritto penale ispirato ai canoni dell'offensività, materialità, sussidiarietà, colpevolezza, stretta legalità, funzione rieducativa della pena, come ricordato da DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, 1999, p.228. Isolati, in questo quadro ricostruttivo, rimangono le voci orientate a riconoscere legittimità ad un diritto penale ancora orientato a dare rilevanza all'atteggiamento interiore in funzione fondante la punibilità, come MORSELLI nella paradigmatica opera *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989 o alla presenza di illeciti di mera infedeltà connotati dalla totale assenza del bene giuridico, come recentemente ribadito da ZUCCALA', *I reati di infedeltà*, cit., p.327. Isolamento tanto più evidente e significativo là dove si consideri la recezione della ricostruzione costituzionale del diritto penale da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, come posto in luce da DONINI, *op. ult. cit.*, p.228. In particolar modo, una volta "avallato" dalla Consulta il principio di offensività, sia pure in una versione "debole", come illustrato da PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1998, p.364; RICCARDI, *I "confini" mobili del principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1999, p.725, e da VALENTI, *Principi di materialità ed offensività*, in *AAVV.*, *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2000, la questione della tecnica della tutela delle funzioni diviene di capitale importanza: se in tali reati non si scorgerà altro che un delitto di infedeltà e non già la protezione di un "vero" bene giuridico, non potrà che predicarsene la illegittimità costituzionale.

²¹ Così G.A. DE FRANCESCO, *Il principio della responsabilità*, cit., p.65; FIORAVANTI, *La tutela penale della persona*, cit., p.14; LO MONTE, *op. cit.*, p.1126. MOCCIA, *Dalla tutela*, cit., p.355, rileva che l'assenza di un riconoscibile evento di danno o di pericolo nella struttura delle fattispecie preposte alla tutela di funzioni non permette di enucleare un elemento soggettivo con un evidente nota di disvalore.

tutela nel contesto di un moderno sistema penale che sia al contempo “funzionale” e non dimentico dei fondamentali principi di garanzia che devono presiedere al suo intervento, come vedremo.

2. *Tutela delle funzioni e del buon andamento della P.A.: una moderna terminologia per un consolidato modello penalistico.* Una prima considerazione che induce a non ritenere pienamente condivisibili le radicali critiche delegittimanti che vengono mosse al modello della tutela penale delle funzioni si fonda sulla considerazione che tale paradigma non costituisce, in realtà, un che di assolutamente nuovo per le esperienze penalistiche degli ordinamenti appartenenti alla nostra area culturale. Al contrario, tale tipologia di reati può a ragione ricondursi a una consolidata classe di figure criminose, quella relativa ai reati contro la pubblica amministrazione²². Ogni qual volta si tutelano le funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza, non si è, forse, fatto altro che apprestare tutela ad un determinato ramo della Amministrazione pubblica? E per quale ragione, allora, si dovrebbe pervenire all'individuazione di un bene protetto diverso da quel buon andamento ed imparzialità della P.A., da tempo ritenuto l'oggetto attorno al quale ricostruire, in chiave sistematica ed esegetica, un modello di tutela dell'apparato pubblico conforme al volto costituzionale dell'illecito penale²³?

In questa prospettiva, non si vede ragione per negare *sic et simpliciter* la compatibilità della tutela penale delle funzioni con i fondamentali principi di un diritto penale di stampo liberale. La critica proverebbe troppo: sarebbero travolti anche modelli criminosi del tutto consolidati e che mai hanno posto soverchi problemi in ordine alla loro oggettività giuridica, quali i reati in tema di amministrazione della Giustizia e di buon andamento della P.A., rispetto ai quali nessuno ha dubitato che fossero autentici beni giuridici²⁴.

²² Considerazioni analoghe sono, del resto, svolte per fattispecie gemellari al nostro art.2.638 c.c. nel dibattito culturale di altri Paesi simili al nostro per tradizione giuridica. È il caso della Spagna, dove una parte della dottrina ritiene che l'art.294 del codice penale iberico, incriminante gli ostacoli all'attività ispettiva degli organi di vigilanza sui mercati, sia impropriamente incluso tra i reati societari, là dove il suo *topos* ideale sarebbe il titolo dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione. In tal senso v. MARTINEZ BUJÁN PEREZ – SUÁREZ MIRA RODRIGUEZ – FARALDO CABANA – BRANDARIZ GARCIA – PUENTE ABA, *Derecho penal*, cit., p.261.

²³ Secondo l'impostazione che è divenuta *vulgata* dominante in riferimento ai reati preposti a tutela della P.A. a partire dagli studi di BRICOLA, *Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in AAVV., *Studi in onore di Santoro Passarelli*, VI, 1970, p.123, e TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973.

²⁴ Così C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p.69. Considerazioni similari sono svolte da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.406.

Se con la tutela delle funzioni si appresta protezione all'attività di pubblica intermediazione degli interessi contrapposti, cioè, in altri termini al pubblico "governo" di un dato settore della vita associata²⁵, e se in tale attività dobbiamo riconoscere un modo legittimo dell'esplicitarsi dei pubblici poteri²⁶, non si vede perché i comportamenti disfunzionali rispetto a detta attività non debbano intendersi come pregiudizievoli per il buon andamento della P.A.

Consegue dalle appena delineate premesse che la tutela penale delle funzioni degli organismi pubblici finisce per essere null'altro che una denominazione *à la page* per le "nuove" fattispecie volte a sanzionare gli ostacoli e gli impedimenti che i privati pongono alla Pubblica Amministrazione. Con essa si fa riferimento a quelle figure che si caratterizzano per un'offesa arrecata dal privato al buon andamento della P.A. e che non trovano (forse solo apparentemente)²⁷ collocazione presso il capo II del titolo II del libro II

²⁵ Così PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione*, cit., p.81 e s.

²⁶ Consistente nel tracciare sempre nuovi e mutevoli punti di compromesso tra esigenze contrapposte da parte della P.A. per quei settori in cui l'estrema novità e complessità dei problemi, o la mancata sedimentazione nella coscienza sociale di una nitida gerarchia valoriale, non hanno permesso al Legislatore di dettare una normativa che, già in via generale ed astratta, contemperasse gli opposti interessi.

²⁷ Potrebbe sostenersi che la *maggior parte* delle modalità aggressive di pubbliche funzioni che vengono ad essere oggetto di specifiche previsioni incriminatrici siano *già* penalmente rilevanti ai sensi di quelle autentica "norma di chiusura" dei reati dei privati contro la P.A. rappresentata dall'art.340 c. p., sulla quale cfr. SEMINARA, *sub art.340*, in CRESPI – STELLA – ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, p.889 e s, e C. F. GROSSO, *Interruzione di pubblico ufficio*, in BRICOLA – ZAGREBELSKY (dir. da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, IV, Torino, 1996, p.364 e s. La genericità dei termini ivi utilizzati sembra permettere un'applicazione che vi riconduca la gran parte delle condotte pericolose per il raggiungimento dei fini istituzionali di un'Amministrazione pubblica. Questa è la portata della norma se la si intende, come autorevolmente proposto, nel senso che essa criminalizza tutte le anomalie tali da poter apportare un intralcio apprezzabile al conseguimento dei fini che la pubblica amministrazione si ripromette (in tal senso cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1998, p.371). Se così fosse, il moderno proliferare di reati ad offesa funzionale non sarebbe altro che la specificazione legislativa di sottofattispecie ora avvertite come meritevoli di un particolare trattamento sanzionatorio. Detta esegesi della norma di cui all'art.340 non è, però, quella che si è storicamente affermata sul terreno del c.d. diritto vivente per il quale sembra necessario una, sia pur momentanea, soluzione di continuità nell'operato dei pubblici agenti od un discostarsi dalle modalità tipiche con cui quotidianamente si esercita un pubblico ufficio o servizio da parte degli addetti allo stesso al fine di considerare integrato il tipo delittuoso di cui all'art.340 c.p. Il reato *de quo* si realizza, infatti, per la giurisprudenza, nel caso in cui sia ritardata la prosecuzione di un'udienza o sia impedito lo svolgimento di uno scrutinio scolastico (per tali decisioni e per un ampio *excursus* giurisprudenziale si rinvia alle opere di Seminara e C.F. Grosso citate). Pur non potendosi, in questa sede, approfondire la tematica relativa all'opzione preferibile in ordine alla portata della disposizione in questione, l'ambito applicativo che la stessa si è vista finora riconoscere pare essere coerente alla stregua di un'interpretazione improntata ai canoni di coerenza ordinamentale e valorizzazione del dato testuale. Da un lato, infatti, non si comprenderebbe la ragione per cui il Legislatore avrebbe dovuto ricorrere ad altre figure criminose per reprimere varie tipologie offensive della P. A. ad opera del privato (e non solo con le "moderne" fattispecie ad offesa funzionale, ma anche con il "classico" art.650 c.p.) se queste fossero state *già* penalmente rilevanti ai sensi dell'art.340 c.p. Dall'altro, a questa interpretazione restrittiva della disposizione codicistica, conduce l'utilizzo di termini quali *interruzione* e *turbamento* della *regolarità* di un pubblico servizio. Se al primo può inequivocabilmente attribuirsi il significato per cui una soluzione di continuità nell'operato dei pubblici agenti è necessaria per integrare la fattispecie criminosa, un che di simile pare a dirsi per il concetto di *regolarità* di un ufficio o servizio pubblico. Esso non sembra risolversi in un generico buon andamento dell'azione amministrativa (in tal caso *tutte* le aggressioni dei privati alla P. A. sarebbero *già* dal 1930 penalmente rilevanti, ivi incluso il fatto di reato oggi descritto dall'art.2638 c. c.), ma nel più limitato concetto di "ordinario" e "quotidiano" espletamento dell'attività cui sono addetti i pubblici dipendenti e gli altri incaricati di un pubblico servizio

del codice penale o non sono riconducibili al generale paradigma dell'art.650 c.p., ulteriore esempio di quella decodificazione in campo penalistico da tempo denunciata dalla nostra dottrina²⁸. Così ricostruita la categoria delle incriminazioni alle offese all'agire dei pubblici poteri, essa emerge come ben più comprensiva dei soli reati preposti alla tutela delle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari. Ad esempio, anche l'attività di governo pubblico del territorio può essere ricondotta a questo paradigma²⁹, come pure l'attività del Garante per la protezione dei dati personali³⁰ e financo l'interferenza nelle funzioni delle pubbliche amministrazioni incriminata dalla legge 17/1982 in tema di associazioni segrete³¹.

o di un servizio di pubblica necessità. In altri termini, accanto alle vere e proprie soluzioni di continuità, la norma pare incriminare soltanto quegli episodi che fanno sì che gli addetti ad un pubblico servizio non possano compiere alcune di quelle operazioni che possono reputarsi, sul piano della una valutazione sociale, come usuali e ordinarie rispetto al tipico svolgersi di una data attività pubblica. Detta ricostruzione giunge, sostanzialmente, a risultati in larga parte sovrapponibili a quanto "incidentalmente" sostenuto, a proposito dell'art.340 c.p., da PASELLA, *Violenza e resistenza a pubblico ufficiale*, in *Dig. Disc. Pen.*, XV, Torino, 1999, p.256, per il quale tale fattispecie si consuma con la menomazione della *sfera di libertà* dei pubblici agenti. A simili conclusioni giunge ora anche VIGANO', *La tutela penale della libertà individuale. I. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, p.158 e s., che individua il *proprium* dell'incriminazione in esame nell'effetto coattivo spiegato sul pubblico agente. Se ne trae, dunque, la conclusione, che là dove l'ostacolo alla P. A. si estrinseca senza turbamento della sfera di libertà dei suoi operatori (ad es. in caso di falso o inosservanza dei provvedimenti dell'autorità), non si integrerà la fattispecie in questione, la quale non può, quindi, essere ritenuta la clausola generale di incriminazione di tutte le offese dei privati alla Pubblica Amministrazione. A favore di tale ricostruzione militano, inoltre, sia la collocazione "topografica" della norma (la fattispecie è "inserita" tra figure che si incentrano sul pericolo che le persone dei pubblici agenti siano impediti dall'espletare i loro compiti, come gli art.336, 337, 338, 341, 342, 343 c.p., il che suggerisce che non si sia inteso colpire quelle offese dei privati alla P.A. che non trasmodino necessariamente nell'ostacolo a che le persone degli addetti ad un pubblico servizio possano svolgere i loro compiti istituzionali) che la presenza, nella medesima disposizione incriminatrice, di un'altra modalità di lesione (l'interruzione di un ufficio o servizio pubblico) chiaramente incentrata sul venir meno della possibilità, per il pubblico agente, di svolgere i suoi compiti. Se detta ricostruzione della portata dell'art.340 è corretta, ne consegue, però, l'erroneità di quelle decisioni giurisprudenziali che riconducono allo stesso anche quelle offese dei privati alla P. A. che non si sono tradotte nell'ostacolo a che un pubblico agente potesse "regolarmente" prestare il suo servizio, ma *soltanto* nella difficoltà a che si realizzi il compito *istituzionale* di una data Amministrazione. È questo il caso, ad es., verificatosi là dove si è ritenuto integrare il reato *de quo* in capo a chi ha immesso in commercio apparecchiature atte ad evidenziare al presenza di autovelox o là dove l'affermazione di penale responsabilità è discesa dall'aver segnalato ad altri automobilisti, tramite l'uso dei fari della propria vettura, la presenza di forze dell'ordine che stavano espletando servizio di controllo stradale (per tale giurisprudenza cfr. SEMINARA, *op. ult. cit.*, p.890). Optare per una lettura ad "ampio spettro" della norma, come quella posta a fondamento di queste decisioni, significherebbe ritenere che *tutte* le modalità di lesione che caratterizzano le varie fattispecie ad offesa funzionale siano penalmente rilevanti sin dall'entrata in vigore del codice Rocco.

²⁸ Da ultimo, cfr. PADOVANI - STORTONI, *op. cit.*, p.31.

²⁹ Ed è questo, del resto, il settore assunto come modello esemplificativo per illustrare l'operatività della tecnica penalistica della tutela delle funzioni da PADOVANI, *op. ult. cit.*, p.81, riprendendo le considerazioni di BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980.

³⁰ Individuano nelle disposizioni incriminatrici della l.675/1996 un'ipotesi di tutela penale delle funzioni SGUBBI, *Profili penalistici*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1998, p.758; MANNA, *Il trattamento dei dati personali: le sanzioni penali*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela*, cit., p.350; VENEZIANI, *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di riservatezza informatica e disciplina dei dati personali*, in *Ind. Pen.*, 2000, p.142.

³¹ Individua nelle fattispecie associative delineate da tale normativa norme preposte alla tutela dell'imparzialità della pubblica amministrazione G.A. DE FRANCESCO, *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p.324. Non condivide pienamente tale impostazione, rilevando che, in certi casi, ad alcune sottofattispecie (quelle perturbatorie l'attività degli organi costituzionali) non può disconoscersi natura pregiudizievole dell'ordine costituzionale, PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p.89.

Si può certo riconoscere una proliferazione di tale tipologia criminosa negli ultimi anni rispetto alle (relativamente) poche incriminazioni codicistiche, ma si tratta di null'altro che del generale incremento della penalizzazione dovuto alla dimensione solidaristica ed interventista proprio dello stato moderno³². Un fenomeno, dunque, la cui "novità" pare porsi unicamente sul piano quantitativo anziché su quello qualitativo³³.

Alla luce di quanto precede, le "ritrosie" di quella parte della dottrina che contesta in radice la possibilità di riconoscere una qualche forma di compatibilità del modello dei reati incentrati sull'offesa funzionale rispetto ai principi costituzionali in materia penale e che, pure, nessuna obiezione ha mai ritenuto di muovere alla tradizionali figure codicistiche in tema di reati contro la P.A., sembra quasi risentire del tradizionale inquadramento di tali illeciti penali come preposti alla tutela del "prestigio" o del "rapporto di fedeltà" con la P.A.³⁴. I reati che "dominano la scena" codicistica in tema di tutela penale della pubblica Amministrazione sono indubbiamente quelli commessi dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di un pubblico servizio. Il disvalore penale (prevalentemente) "preso di mira" dalle incriminazioni del titolo II del libro II del codice è quello che si ricollega alla natura di soggetto intraneo all'amministrazione di uno degli autori del fatto. Può certo verificarsi un concorso dell'estraneo nel reato proprio ma il "cuore" del rimprovero penalistico risiede pur sempre nel rapporto tra il pubblico agente ed il bene posto in pericolo³⁵. La situazione inversa si registra per i "nuovi" reati contro la P. A., quelli che vanno sotto l'etichetta di "tutela penale delle funzioni" e che costituiscono, in realtà, le incriminazioni delle offese ai nuovi settori di intervento dell'Amministrazione pubblica. Qui campeggia la figura del privato tra i soggetti attivi del reato. È quest'ultimo il destinatario primario del precetto penalistico. È certo immaginabile un concorso del pubblico agente in tutti od in alcuni dei reati in questione, ma il disvalore penale che si va a rimproverare è pur sempre quello dell'ostacolo che *ab externo* si frappone all'agire della P.A. nei nuovi campi

³² Sulla quale cfr. l'indagine condotta da PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p.36 e s.

³³ E, per di più, "quantitativo" soltanto a livello di numero delle incriminazioni e non già di ampliamento dell'area del penalmente rilevante, qualora si condividesse quella lettura dell'art.340 c. p., adombrata nella nota 27, che ne fa una clausola generale di incriminazione di tutte le offese arrecate dai privati alla P.A.

³⁴ Per tale tradizionale (e irrimediabilmente superata) superata concezione cfr., *ex plurimis*, RICCIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1955; ID., *Amministrazione pubblica (delitti contro)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1958, p.663.

³⁵ Come chiarito sin dalle prime riflessioni dedicate, in generale, al tema del concorso dell'estraneo nel reato proprio, sulle quali v. BETTIOL, *Sul reato proprio*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p.435.

dell'intermediazione finanziaria anziché dell'urbanistica o della *privacy*. L'ostacolo "meramente interno" non è preso in considerazione da questa fattispecie, risultando a ciò sufficienti le previsioni codicistiche in tema di abuso d'ufficio, peculato *et similia*.

Ritenere che solo le fattispecie poste a tutela della P.A. tradizionalmente inserite nel codice non pongano problemi di stridente contrasto con i tradizionali postulati di un diritto penale di stampo liberale sembra quasi la traduzione, in versione "postmoderna", della superata idea per cui è il rapporto di fedeltà tra pubblico agente e pubblica amministrazione a costituire l'essenza profonda dei reati a tutela di quest'ultima. Si tratta di una conclusione certamente imprevista e paradossale delle ricostruzioni che negano qualsiasi legittimità al modello penalistico dell'offesa funzionale, e che, nella sua appena evidenziata "insostenibilità", mostra ancora una volta quali siano i rischi "regressivi" di un "minimalismo" penalistico non sufficientemente attento a ridursi ad un diritto penale neoliberista. Affermare la compatibilità, almeno *prima facie* e salvo più approfondite indagini sulle varie tipologie criminose, della tutela penale delle funzioni col sistema dei principi costituzionali in materia penale, è l'unico modo per riconoscere che, in linea generale e nel rispetto del canone della sussidiarietà, i nuovi compiti che uno stato sociale di diritto intenderà assegnarsi (cioè intenderà assegnare alla sua P.A.) potranno essere assistiti dalla sanzione penale.

Se la diagnosi che precede è corretta, le preoccupazioni di larga parte della dottrina sull'oblio dei principi di garanzia che il modello penalistico della tutela delle funzioni comporterebbe vengono a "sdrammatizzarsi": l'utilizzo di quella che è risultato essere una delle più consolidate tipologie delittuose, della cui legittimità nessuno ha mai dubitato, induce a ritenere che non sia l'intera categoria delle incriminazioni preposte alla tutela delle funzioni a dover essere radicalmente contestata, ma solo alcune delle figure ad esse riconducibili. In altri termini, si tratterà di "scandagliare" i diversi tipi criminosi riconducibili alla "etichetta" delle offese funzionali e verificare, in riferimento ad ogni singola *species*, la "tenuta" rispetto alle radicali critiche mosse all'intero *genus*, il che è quanto ci accingiamo a fare.

3. *Seriazione dei beni giuridici e tutela delle funzioni: irriducibilità delle diverse tecniche di protezione degli interessi protetti.* Aver concluso che il modello penalistico dell'offesa funzionale altro non sia che un'estensione della tutela del buon andamento della P.A. nei nuovi settori di intervento di quest'ultima non è sufficiente per affermare la piena compatibilità di ogni previsione incriminatrice in tema di funzioni delle autorità di vigilanza

con i principi di garanzia che debbono reggere l'intervento repressivo dello Stato. Né è sufficiente per rigettare le argomentazioni critiche rivolte a tale tecnica di tutela e che abbiamo in precedenza esaminate. Esse reclamano un esame particolareggiato e (se del caso) un superamento singolarmente motivato. Per far ciò occorre preliminarmente analizzare "al microscopio" il modello dei reati ad offesa funzionale, svelarne le peculiarità, individuarne le sotto-distinzioni e chiedersi, rispetto a ciascuna di queste, se risultino conformi al volto costituzionale dell'illecito penale.

Preliminare a questa opera di classificazione delle tipologie criminose che vanno sotto l'indistinta categoria di tutela penale delle funzioni è la differenziazione da un'altra tecnica di tutela solo apparentemente affine e con la quale vengono soventemente confuse, come la "seriazione dei beni".

Quest'ultima è stata analizzata da una ben nota teorica la quale, in tema di anticipazioni di tutela in aree afferenti beni collettivi, al fine di evitare "truffe delle etichette" che mascherino soltanto la nulla capacità selettiva del macro-bene finale rispetto alla fattispecie incriminatrice, ricostruisce l'intera gamma dei beni protetti, l'uno strumentale all'altro, che vanno da quello che costituisce nient'altro che il simmetrico speculare della condotta lecita (e, pertanto, un mero gioco verbale privo di qualsiasi funzione) sino al bene-ultimo. Avendo ben cura di distinguere tra beni finali, la cui protezione penale si giustifica in sé, stante l'alto valore che hanno nella coscienza sociale, ed i beni intermedi, la cui tutela in tanto è legittima in quanto strumentale ai primi, dovere dell'interprete è quello di individuare un bene strumentale che non sia troppo vicino al mero simmetrico rispetto alla condotta vietata e che pur non identificandosi col bene finale (la cui rilevanza e generalità legittimerebbe ogni scelta punitiva e sarebbe priva di qualsiasi capacità delimitativa del penalmente vietato), si ponga in un rapporto di presupposizione necessaria rispetto a quest'ultimo. Così facendo, si enucleerebbero oggettività giuridiche atte a render ragione delle opzioni incriminatrici del Legislatore ma pur sempre in grado di svolgere un rilevante capacità selettiva della tipicità³⁶. Identificato un bene strumentale la cui lesione si concreta pur sempre in offesa in capo al bene finale³⁷, si riesce a ricostruire

³⁶ Tale ricostruzione è stata, come noto, elaborata FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p.797 e s., e da ultimo riproposta dallo stesso in ID., *I principi generali*, cit., p.18. Detta teorica può anche essere intesa, peraltro, come la più compiuta razionalizzazione ed evoluzione della tesi bricoliana sulla legittimità costituzionale della tutela penale di beni non costituzionali qualora questi siano in un rapporto di presupposizione necessaria con questi ultimi, e per la quale v. BRICOLA, *Teoria*, cit., *passim*.

³⁷ Pongono in luce come questo riverberarsi dell'offesa sul bene finale sia assolutamente essenziale per delineare una seriazione dei beni giuridici che non sia del tutto "sganciata" dal principio di offensività e, perciò, incostituzionale, FIORELLA, *I principi*, cit., p.26; DONINI, *Teoria*, cit., p.157.

beni protetti che attenuano notevolmente il livello esasperatamente formalistico e dimentico delle esigenze sottese al principio di offensività di larga parte delle tecniche di tutela anticipata in materia penale.

Si tratta di un teorica quanto mai ricca di spunti, che ha permesso un significativo approfondimento di alcune delle più dibattute questioni in tema di anticipazione della tutela penale e la ricostruzione di margini di offensività in riferimento a fattispecie che *prima facie* risultavano del tutto aliene rispetto a tale fondamentale canone penalistico³⁸, ma che, a volte, è stata impropriamente identificata con la tecnica dei reati ad offesa funzionale, la quale, invece, risponde ad altre esigenze ed istanze, non risultando *tout court* riconducibile alla prima.

Così, è proprio il “padre” della teorica della seriazione ad affermare che molti dei nuovi pretesi beni-funzione non sono altro che semplici entità strumentali di ben più consolidate oggettività giuridiche³⁹. In questo medesimo ordine di idee, si è affermato che la disciplina penale dei mercati finanziari è incentrata sì in prima battuta sulla tutela delle funzioni delle autorità di controllo, ma solo in quanto strumentale ai beni finali risparmio e patrimonio⁴⁰.

Si è così aperta la via a ricostruzioni che hanno inteso “risolvere” le problematiche sollevate dal modello della tutela penale delle funzioni mediante una “rilettura” di tali fattispecie nell’ottica della seriazione dei beni giuridici, rinvenendo un bene protetto

³⁸ A titolo meramente esemplificativo e senza pretese di completezza, si sono avvalsi del modello della seriazione dei beni nelle loro indagini relative ai più disparati settori dell’ordinamento penale, FORNASARI, *Il concetto di economia*, cit., p.166; NAPOLEONI, *I reati societari*, I, Milano, 1991; MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. Trm., dir. pen. ec.*, 2000, p.126; SALCUNI, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2001, p.132; CASTRONUOVO, *Brevi note sull’atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1997, p.642. Una versione “estrema” dell’operazione di “revisione” di tradizionali concezioni di tipologie criminose alla luce della seriazione dei beni giuridici è quella condotta da PERINI, *Il delitto di false*, cit., *passim*, in riferimento alla precedente formulazione dell’art.2621 n.1 c.c., e da S.FIORE, *Ratio della tutela*, cit., *passim*, in ordine all’intera sistematica dei reati di falso. In entrambi i casi si è proceduto ad una riemersione diretta ed immediata del bene finale, che è stato nella prima opera individuato nel patrimonio e nella seconda in tutti quei beni che sono di volta in volta offesi mediante la lesione del “vetusto” concetto di fede pubblica. Si è quindi fornita una interpretazione delle fattispecie alla luce dello stesso bene finale (unico cui si è riconosciuto natura di oggetto giuridico dei reati in questione), che ha fatto emergere ora lettura significativamente selettiva dell’area di penale rilevanza, ora (nel caso dell’opera di Fiore), la sostanziale superfluità di molte delle vigenti disposizioni incriminatrici, attesa la già abbondante tutela penale che al medesimo bene è apprestata da altre previsioni di legge.

³⁹ Cfr. FIORELLA, *I principi*, cit., p.23.

⁴⁰ Così PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.657. Detta tesi pare costituire la specificazione di quanto già sostenuto, in generale, dal chiaro Autore a proposito della tutela penale del modello ingiunzionale in ID., *Odierna esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1975, p.1110. In tale scritto si era sostenuto che le incriminazioni dell’inosservanza di un provvedimento dell’autorità amministrativa o giudiziaria non tutelano le funzioni di queste, ma l’interesse finale cui quei provvedimenti sono preordinati. Sulla qualificazione delle pubbliche funzioni di controllo sui mercati finanziari come meri beni strumentali rispetto ai “classici” interessi economici dei singoli e della collettività v. pure PULITANO, *L’anticipazione della tutela penale in materia economica*, in AAVV., *Atti del IV Congresso*, cit., p.16.

diverso dal corretto svolgimento delle funzioni di controllo delle Autorità di settore. Così, in riferimento ad uno dei più importanti predecessori dell'art.2638 c.c., l'ora abrogato 134 Tulb, si è affermato che il bene finale che veniva in gioco era il risparmio nell'ottica dell'art.47 Cost.⁴¹, e che il bene intermedio rilevante ai fini di una corretta esegesi della norma era rappresentato dalla solvibilità del singolo ente creditizio⁴². Da ciò si è dedotto che non ogni falso - pur formalmente riconducibile allo schema dell'art.134 Tulb, potesse integrare la relativa fattispecie - ma solo quello che, mascherando una situazione di non solvibilità del singolo ente creditizio, impedisse alla Banca d'Italia di adottare le contromisure previste in generale dai propri regolamenti per far fronte a quella situazione di carenza di liquidità che le era rimasta ignota in ragione del comportamento decettivo dell'ente creditizio (*rectius*, dei suoi organi dirigenti che avevano comunicato il falso all'organismo di vigilanza)⁴³.

Questa riconduzione della tutela delle funzioni allo schema seriale non è, però, del tutto convincente. Essa, infatti, non si avvede della profonda differenza strutturale tra i due modelli criminosi, che si compendia, in definitiva, nell'essere i reati ad offesa funzionale preposti alla tutela dei punti di mediazione (di continuo individuati dall'Amministrazione) tra due contrapposti interessi⁴⁴, mentre i reati che si collocano in una prospettiva di seriazione dei beni giuridici hanno un solo interesse sullo sfondo, il quale può perciò essere valorizzato al fine di una stringente delimitazione della tipicità. Per i reati ad offesa funzionale ciò non è possibile per la semplice ragione che non vi è un solo interesse finale,

⁴¹ In tal senso cfr. ZANOTTI, *La tutela penale della vigilanza bancaria*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1999, p.576.

⁴² Così ZANOTTI, *op. cit.*, p.595, che perviene a tali conclusioni in base ad una analisi sistematica delle disposizioni del Tulb, tra cui particolare rilievo assume l'art.5 dello stesso che, fissando tra le finalità dell'attività di vigilanza del settore creditizio la stabilità del medesimo, fa emergere come bene finale di molte delle disposizioni incriminatrici del Tulb la solvibilità degli enti creditizi, presupposto logico della stabilità del sistema.

⁴³ Per questa lettura fortemente selettiva della portata incriminatrice dell'art.134 Tulb cfr. ZANOTTI, *op. cit.*, p.604.

⁴⁴ Come lucidamente esposto da PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione*, cit., p.81 e s., là dove si parla di tutela delle funzioni ci troviamo d'innanzi a luoghi giuridici, cioè a contesti normativi caratterizzati da interessi confliggenti, dei quali non è possibile determinare a priori il "vincitore", il che induce ad assicurare la tutela penale all'attività stessa di governo di questi conflitti. Il mercato finanziario è un esempio paradigmatico di questa tecnica di tutela: essendo fondato sulla logica dello "scambio", non si riesce ad individuare *ex ante* una regola di soccombenza o di coesistenza di uno dei diversi interessi contrapposti, e si deve "ripiegare" sulla tutela delle "regole del gioco". Analogamente cfr. DE VITA, *I reati*, cit., p.85. In una prospettiva simile, pur se con diversa terminologia, si esprimono in riferimento alle tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1997, p.665, e CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996, i quali ritengono legittimo assicurare protezione penale all'attività di bilanciamento tra interessi contrapposti operata dalla P.A., cioè le "regole del gioco" del governo del territorio. Sul punto sia consentito altresì il rinvio ad INFANTE, *Partecipazione*, cit., p.254, dove, in tale ordine di idee, si era sostenuto che rispondeva a questo modello l'insieme delle incriminazioni in tema di amministrazione della giustizia. Anche qui non si può individuare quale sarà l'interesse in concreto prevalente al termine del "gioco" (quello dell'attore o del convenuto, dell'imputato o della parte civile) e non si possono che tutelare le regole del medesimo.

ma almeno due, e non si sa quale si dovrebbe scegliere per perimetrare l'area del penalmente rilevante, atteso che essa si identifica con l'ostacolo all'attività di mediazione tra tali due interessi e che, per definizione, eleggerne uno solo ai fini della più compiuta determinazione della stessa significa assegnare – da parte dell'interprete - la prevalenza all'uno anziché all'altro, così tradendo l'opzione legislativa che vuole che tale scelta sia affidata alla P.A. Per di più, tale individuazione (dell'interesse finale alla cui luce delimitare il penalmente rilevante) non può neppure farsi alla luce delle statuizioni dell'Amministrazione⁴⁵, atteso che, se il Legislatore ha affidato a queste ultime il compito di delimitare i punti di mediazione tra i contrapposti interessi, lo ha fatto proprio perché ha ritenute detta linea di composizione sempre mutevole alla luce del concreto evolversi del contesto situazionale. Evidentemente, non ha reputato possibile cristallizzare tale scelta in atto generale ed astratto una volta per tutte, dato che, se così fosse stato, vi avrebbe provveduto direttamente tramite legge. L'affidarsi alla P.A. è, invece, indicativo della continua mutevolezza di tale linea di mediazione, che l'interprete (cioè, nella *law in action*, il giudice) non può "cristallizzare" sostituendosi al Legislatore ed all'Amministrazione⁴⁶. Il vero bene "finale" nei reati ad offesa funzionale è proprio l'attività di mediazione in sé, l'interesse a che il singolo provvedimento o la singola fase del procedimento amministrativo possa perseguire i suoi fini mediatori tra le confliggenti istanze, piuttosto che l'integrale soddisfacimento dell'una o dell'altra delle polarità contrapposte⁴⁷.

Alla tutela delle funzioni non si ricorre là dove la coscienza sociale ha ormai maturato un "definitivo" giudizio di soccombenza o di prevalenza di un interesse sull'altro, ma là dove la complessità dei fattori suggerisce che tale attività di bilanciamento sia di continuo rinnovata ad opera di apparati (ovviamente pubblici, stante l'interesse della collettività che

⁴⁵ Come, in definitiva, propone lo Zanotti a proposito dell'art.134 Tulb.

⁴⁶ Criticamente nei confronti della giurisprudenza che, in nome del controllo di legalità sull'operare dell'Amministrazione, sostituisce il "suo" bilanciamento dei contrapposti interessi a quello della P.A., v. le "classiche" pagine di CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sui "nulla osta" amministrativi*, in ID., *Scritti 1964-2000*, Roma – Bari, 2002, p.155 e s.; ID., *Il sindacato del giudice penale sugli atti e le attività della pubblica amministrazione*, *ivi*, p.385 e s. Oltre alla riserva di legge, si dovrebbe inoltre registrare il *vulnus* arrecato al principio di precisione, stante tutte le incertezze che comporterebbe una "selezione" dell'interesse finale affidato *de facto* al giudice penale. In generale, sui "pericoli" di un diritto penale ad eccessiva "volatilità" giurisprudenziale, cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

⁴⁷ Sostanzialmente, la tesi qui sostenuta è anch'essa la generalizzazione all'intera area dell'intervento pubblicistico penalmente assistito di una delle teorie elaborate al riguardo del modello ingiunzionale. In luogo delle ricostruzioni dottrinali esposte *sub* nota 40, inclini a ravvisarvi sempre una tutela mediata di interessi finali, essa è il logico sviluppo e prosieguo di quanto sostenuto da M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, p.95 e s., il quale vi scorge solo una difesa dell'autorità del provvedimento giudiziale od amministrativo. Sottolineano oggi che i pregiudizi ai beni finali restano del tutto al di fuori delle fattispecie legali ad offesa funzionale MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.397.

vi è sotteso) che, vuoi per le “vicinanza” agli interessi contrapposti (è il caso degli enti territoriali con riferimento al governo del territorio), vuoi per le competenze tecniche di cui sono portatori (nel caso di Consob *et similia*), appaiono i soggetti più idonei cui affidare tale permanente compito di “mediazione”.

Tale dato risulta pacifico allorché si consideri la dottrina pubblicistica e commercialistica che ha analizzato i compiti delle autorità amministrative indipendenti⁴⁸. Si è così riconosciuto che le leggi istitutive delle Autorità indipendenti affidano alle stesse “un ambito amplissimo di scelte decisionali, volte al bilanciamento tra principi e valori confliggenti”⁴⁹. Medesima cosa è stata specificamente rilevata con riguardo alle più importanti Autorità di vigilanza dei mercati finanziari. Così, a proposito della Consob, si è affermato che essa svolge un’attività di bilanciamento dei contrapposti interessi della trasparenza e dell’efficienza del mercato⁵⁰. Orbene, dato che l’attività informativa per l’impresa rappresenta un costo, effettuato in vista di un futuro guadagno sfruttando il risultato della stessa, imporre di divulgare quest’ultimo (in omaggio all’obiettivo della trasparenza) significa pregiudicare la piena efficienza economica di quell’impresa e, dunque, del mercato tutto. Ne consegue che la Consob ha il compito, delineando sino a che punto le società sono tenute alla *discovery*, di mediare tra queste due opposte

⁴⁸ Ma la medesima cosa può ben dirsi in riferimento all’urbanistica ed all’ambiente, in cui non vengono in rilievo *Authorities* ma enti pubblici territoriali, come risulta dalle opere di BAJNO, *La tutela penale*, cit., *passim*; MANNA, *Le tecniche penalistiche*, cit., *passim*; CATENACCI, *La tutela penale*, cit., *passim*.

⁴⁹ Così MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. Dir.*, 1997, p.663; ID., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, p.185. Ma sul punto la dottrina che si è occupata del tema è pressoché unanimemente concorde. In generale cfr. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove Autorità indipendenti*, in *Pol. dir.*, 2000, p.162, per cui queste figure dell’apparato pubblicistico sono chiamate a risolvere la “microconflittualità di massa” tra categorie omogenee di utenti e categorie omogenee di imprese in una logica prevalentemente “tecnica”, diversa dalla discrezionalità (e responsabilità) politica. Anche AMATO, *Le autorità*, cit., p.378, pur non individuando l’attività di ponderazione di interessi diversi come requisito essenziale di tutte le Autorità indipendenti, riconosce che molte di esse svolgono detta funzione, e le qualifica come autorità “regolatrici di servizi”. In ordine alle singole autorità di settore, è un vero *leit motiv* quello per cui esse mediano tra contrapposti principi e valori. In tal senso v., infatti, D’ATENA, *Costituzione e autorità indipendenti. Il caso della Commissione di garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, in *Lav. Dir.*, 1996, p.769; ANTONIOLI, *Procedimento, sanzioni pecuniarie e attività consultiva nella tutela della concorrenza e del mercato*, in *Riv. It. dir. pub. Com.*, 1996, p.394; PISPISA, *Note in tema di ripartizione delle competenze tra “Autorità per le garanzie nelle comunicazioni” e “Antitrust”*, in *Pol. Dir.*, 1999, p.250. A volte tale riconoscimento è solo implicito. Così, là dove, come in FOFFANI, *La nuova Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: profili penalistici*, in *Leg. Pen.*, 1999, p. 232, si afferma che la stessa è preposta non solo alla tutela della concorrenza, ma altresì del pluralismo informativo, si attribuisce alla stessa un ruolo di mediazione tra tali interessi qualora dovessero entrare in conflitto tra loro (come nell’ipotesi in cui il libero dispiegarsi delle regole della concorrenza conducesse ad un’ipotesi di uniformità ideologica nel sistema delle comunicazioni). I problemi che tali funzioni delle autorità indipendenti pongono rispetto al principio di legittimazione democratica dei pubblici poteri verranno analizzati nel par. 5 del presente capitolo.

⁵⁰ Che questi siano i due fini che deve perseguire l’attività di vigilanza della Consob risulta dall’espressa previsione normativa e, precisamente, dall’art.5 Tuif in ordine alla trasparenza, e dall’art.91 Tuif per quanto attiene all’efficienza. Sul punto cfr. il commento di BUONOCORE, *La riforma*, cit., p.42.

istanze⁵¹. Del resto, l'obbligo generale di rendere noti al pubblico tutti i fatti idonei ad influenzare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari ex art.114 Tuif, trova nel medesimo articolo la possibilità di limitazioni ad opera della Consob⁵². Il fatto che quest'ultima abbia fornito una lettura quanto mai "estensiva" dell'obbligo di "trasparenza" ai sensi dell'art.114 Tuif⁵³ non toglie vigore alla considerazione che si è trattato di una scelta discrezionale dell'Autorità di settore: nell'ambito dell'attività di bilanciamento tra gli interessi contrapposti affidatale dalla legge, essa ha "massimizzato" la tutela dell'uno (trasparenza e, dunque, eguaglianza tra gli investitori) a scapito dell'altro (l'efficienza economica). Nulla escluda che un domani possa tornare sui suoi passi o che si assista ad un "pendolo continuo" tra i due estremi in base al mutare della situazione economica. Ma in tutto ciò la disciplina penale a protezione della Consob vede immutato il suo oggetto di tutela ultimo: l'attività di bilanciamento in sé e non questa o quella concreta sua modalità di esercizio.

Medesima cosa è da dirsi per la Banca d'Italia. Le regole prudenziali da questa dettate sono la concretizzazione e la specificazione per l'Italia di quei principi generali elaborati dalla conferenza dei Governatori della Banche Centrali che periodicamente si riunisce a Basilea⁵⁴. Questa conferenza ha da sempre individuato due finalità ultime nella vigilanza bancaria: la redditività e la stabilità del sistema creditizio. Detti principi sono tra loro in tendenziale contrasto, atteso che la massimizzazione dell'obiettivo della redditività induce ad erogare crediti ad un tasso di rischio sempre più eccessivo, con evidente discapito della stabilità del sistema⁵⁵. Le ultime riunioni della Conferenza di Basilea hanno particolarmente valorizzato l'aspetto della prudenza gestionale in seguito ad una serie di scandali che hanno funestato i mercati finanziari mondiali⁵⁶, ma senza che con ciò si

⁵¹ Così FRIGNANI, *Qualità e quantità delle informazioni*, in AAVV., *La riforma delle società*, cit., p.372. In maniera simile RESCIGNO, *La Consob*, cit., p.110, rileva come detta Autorità abbia il compito di individuare l'interesse prevalente tra quelli in conflitto nel caso concreto.

⁵² Su tale articolo v. il commento di DE VITIS, in RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico*, cit., p.615.

⁵³ Come denunciato da SEMINARA, *La tutela penale del mercato*, cit., p.556 e p.559, e da ZANNOTTI, *Commento*, cit., p.1429. Nella dottrina commercialistica, analogamente ANNUNZIATA, *Le norme del nuovo regolamento della Consob in materia di informazione societaria. Una prima lettura*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p.495.

⁵⁴ Per l'esatta ricostruzione del sistema della vigilanza bancaria in un'ottica "globalizzata", attenta alle sue scaturigini transnazionali, cfr. l'opera di CERRONE, *Il governo dei rischi bancari nei controlli delle autorità di vigilanza*, Torino, 1999, nonché BORRELLO, *L'organizzazione sovranazionale ed internazionale della vigilanza sul credito*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1999, p.423.

⁵⁵ Cfr. CERRONE, *op. cit.*, p.20.

⁵⁶ Così CERRONE, *op. cit.*, p.6.

possano del tutto pretermettere le contrapposte esigenze di efficienza del mercato, che spetterà alle Autorità nazionali mediare con le prime: la necessità di tutelare i depositanti non può escludere del tutto la possibilità del dissesto bancario⁵⁷. Tale polarizzazione dialettica tra le opposte finalità dell'Organo di vigilanza del mercato creditizio risulta anche più accentuata in un sistema come il nostro dove allo stesso sono affidati anche compiti antitrust: tra l'esigenza concorrenziale e quella alla stabilità del sistema creditizio vi è un'insanabile antinomia⁵⁸.

In definitiva, tutte le Autorità di vigilanza sui mercati finanziari hanno il compito, in un processo sempre rinnovantesi, di mediare tra la più ampia libertà di impresa (tra cui quella di assumere elevati rischi per le imprese creditizie o di svolgere indagini i cui risultati rimangono segreti e che si traducono un vantaggio competitivo per le società quotate) e l'interesse contrapposto della massa degli investitori alla stabilità del sistema (cioè il decremento dei rischi assunti) ed alla sua trasparenza (cioè l'uguaglianza degli investitori, la cui perfetta realizzazione postula il venir meno del vantaggio competitivo conseguente a notizie conosciute da una sola azienda). Alla luce di quanto esposto si vede come non possa individuarsi un solo bene finale sotteso alla tutela delle funzioni dell'autorità pubbliche di controllo e, dunque, emerge chiaramente l'inapplicabilità alla stessa della concezione della seriazione dei beni giuridici⁵⁹, che pur tanto feconda si rivela in altri contesti⁶⁰.

Riferendo il discorso svolto in generale alla ricordata ricostruzione "seriale" dell'ora abrogato 134 Tulb, se ne ricava l'inaccogliabilità dell'interpretazione che ritiene integrato il fatto delittuoso solo allorché siano nascoste informazioni che, se rese, note, avrebbero indotto la Banca d'Italia ad adottare le contromisure previste nei propri regolamenti per le

⁵⁷ V. CERRONE, *Il governo*, cit., p.27. Evidenzia come la Banca d'Italia sia la prima autrice delle regole sulla cui osservanza essa stessa è chiamata a vigilare, e come dette regole siano quanto mai mutevoli, AMOROSINO, *I controlli della Banca d'Italia sulle imprese finanziarie bancaria e "non bancarie"*, in *Dir. banca mercato finanz.*, 1999, p.472.

⁵⁸ Come posto in luce da MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p.51, che, a proposito dell'attività della Banca d'Italia, ritiene trovarsi innanzi ad un "pendolo discrezionale fra due contrari".

⁵⁹ La tesi qui esposta coincide, in sostanza, nelle conclusioni, con quanto sostenuto da FOFFANI, *Reati bancari*, cit., p.471, per il quale solo il bene strumentale delle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia "disegna" la tipicità dei reati del Tulb preposti alla tutela dell'organismo pubblico di controllo del mercato del credito.

⁶⁰ Il risultato cui siamo appena giunti permette anche di superare quell'obiezione alle fattispecie ad offesa funzionale che si concreta nell'essere le stesse refrattarie all'emersione delle vere finalità di tutela e, dunque, disfunzionali rispetto ad un'integrale realizzazione del principio di personalità del rimprovero penale. Su tale posizione cfr. gli Autori citati *sub* nota 21. Una volta chiarito che il bene finale è già l'attività delle Autorità pubbliche di controllo, tale obiezione viene a cadere. L'importante è che il soggetto attivo conosca (per le fattispecie dolose) o possa conoscere (per quelle colpose) il disvalore che la sua condotta comporta per l'operato della P.A. Il tema della colpevolezza per i reati in questione verrà approfonditamente trattato nell'ultimo capitolo della presente sezione. In questa sede sia consentito limitarsi al rinvio a DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1999, p.1.

situazioni di insolvenza. Non è la stabilità degli enti creditizi il bene protetto, ma l'attività di mediazione tra questa e l'efficienza economica (*id est* libertà d'impresa). Così, ad esempio, avrebbe integrato il 134 Tulb anche il falso che non maschera una situazione di instabilità finanziaria per la quale i regolamenti della banca centrale prevedono apposite contromisure ma che ben poteva incidere (integrando il requisito della rilevanza del falso) sulla modificazione di tali regolamenti, evidenziando l'opportunità di norme più restrittive o meno rigorose. Non si vede, inoltre, per quali ragioni l'occultamento di quelle situazioni che non integrano alcuna fattispecie astratta come disegnata dagli atti normativi della Banca d'Italia ma che ben possono dar luogo a quei provvedimenti che, caso per caso, Via Nazionale può adottare in esito all'attività di vigilanza ispettiva e regolamentare⁶¹, debbano andare esenti da pena. Eppure anch'essi si sono rivelati offensivi per la mediazione tra la libertà d'impresa e la stabilità del sistema (cioè, in definitiva, la tutela del risparmio), che è compito precipuo della Banca d'Italia.

In ultima battuta, la teorica della seriazione dei beni si rivela estranea alla tematica della tutela delle funzioni.

4. *La teorica del bene giuridico e la sua compatibilità con la tutela delle funzioni: a) referente costituzionale dell'interesse e funzione critica; b) offendibilità dello stesso. L'identificazione con i vizi del singolo procedimento amministrativo e la loro diversa gravità; c) capacità selettiva della tipicità* L'esito cui siamo da ultimo giunti parrebbe confermare, almeno in parte, i timori dei più acerrimi critici dei reati ad offesa funzionale. L'impossibilità di una loro "rilettura" in una prospettiva "seriale" elimina la possibilità di una ricostruzione "rassicurante" in ordine al canone dell'offensività e sembra legittimare chi vi intravede una moderna riedizione dei delitti di infedeltà. Né questa obiezione può essere scongiurata una volta dimostrata la riconducibilità della categoria a quella dei reati dei privati contro la P.A., non potendo certo questa ridenominazione risolversi in una "truffa delle etichette" che eluda le perplessità in ordine alla compatibilità con i principi costituzionali in materia penale. La piena cittadinanza della tipologia criminosa in questione potrà essere riconosciuta solo qualora se ne dimostri la (possibile) conformità agli stessi. Quello che viene in gioco è, soprattutto, la "sussumibilità" sotto lo schema del reato come illecito offensivo di un bene giuridico. Solo se si dimostra che le funzioni si atteggiavano come veri e propri beni giuridici, dotate di tutte le caratteristiche degli stessi, si

⁶¹ Sui quali v. quanto riferisce CERRONE, *op. cit.*, p.184.

riuscirà a dare una convincente risposta a coloro i quali intravedono nella tutela delle stesse un moderno “diritto penale dell’infedeltà”⁶².

Tale operazione non appare, però, impraticabile.

In primo luogo, bisogna rilevare come la ricorrente affermazione circa l’assenza di ogni funzione critica delle fattispecie ad offesa funzionale rispetto alla pretesa punitiva dello Stato “provi troppo”, atteso che tale affermazione potrebbe ben essere estesa ad ogni tipo di “nuova” oggettività giuridica. Infatti, una volta ripudiata l’idea che possano essere assunti ad oggetto di tutela penale soltanto gli interessi preesistenti all’intervento del Legislatore, atteso che anche tra le norme che tutelano alcuni dei più “tradizionali” beni giuridici come la proprietà, massima è l’importanza delle norme dell’ordinamento che “plasmano” l’interesse protetto⁶³, ed una volta acclarata l’impraticabilità di un ritorno ad un giusrazionalismo ottocentesco e classicheggiante, per il quale pre-esiste in natura un ordine di valori e beni giuridici al quale il Legislatore sarebbe comunque tenuto ad attenersi, dato che questo richiamo ad un naturalismo nell’ordine dei valori rischia di tradursi in mero postulato ideologico⁶⁴, l’unica possibilità di ancorare la funzione di

⁶² Non appare pertanto condivisibile, sul punto in questione, il quadro esplicativo proposto PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione*, cit., *passim*, che pure ci è parso sinora il più lucido ritratto della tematica dei reati ad offesa funzionale. Il chiaro Autore nega che le funzioni penalmente tutelate siano veri e propri beni giuridici pur riconoscendo la legittimità del modello alla luce della necessità dell’attività di bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, tutti di primario valore. In tal modo, peraltro, sono questi ultimi a svolgere una funzione giustificativa dell’intervento penale pur senza assolvere a nessuno dei compiti usualmente svolti da ciò che va sotto il nome di concetto giuridico. Il bene protetto perde del tutto la sua fondamentale funzione di legittimazione negativa della pretesa punitiva, che ne ha costituito l’originaria *ratio essendi*. Né tale compito potrebbe essere assolto dalle funzioni tutelate, cui si è disconosciuta in premessa la natura di bene giuridico. Residuerebbe, in tal modo, un’insieme di fattispecie cui sarebbero del tutto inapplicabili gli itinerari e gli schemi concettuali, in punto di legittimazione della potestà punitiva, che costituiscono patrimonio comune della scienza penalistica post-illuministica. Il diritto penale, una volta abbandonato il terreno della legittimazione teocratica, non può fare a meno del concetto di bene giuridico quale decisivo banco di prova dell’utilità (la sola giustificazione che gli è ora possibile reclamare) dello stesso, come ricordato da MOCCIA, *Dalla tutela di beni*, cit., p.343. Il che postula che, se non si riesce ad intravedere un vero e proprio bene giuridico nell’oggetto di tutela di questa o quella disposizione, si sono aperte le porte alla riaffermazione di un diritto penale della mera infedeltà in cui il Legislatore non incontra alcun limite nel delimitare l’area del penalmente rilevante.

⁶³ Per tale osservazione cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p.95. Chiarisce, altresì, che non sempre è dato riscontrare la preesistenza dell’interesse protetto ad una norma incriminatrice, M. GALLO, *Appunti di diritto penale. II. Il reato. Parte II. L’elemento psicologico*, Torino, 2001, p.90, *sub* nota 49. Del resto è ben noto come la teorica che predica l’inclusione della *scientia juris* nel dolo dei reati omissivi propri a situazione tipica “non pregnante” abbia, quale proprio fondamento logico, la distinzione tra interessi penalmente protetti preesistenti nella realtà sociale (per i quali è ricostruibile un dolo che non passi “necessariamente” per la conoscenza del precetto) ed interessi legislativamente costituiti (per quali la conoscenza dell’offesa deve “transitare” per quella del precetto). In tal senso cfr. le limpide considerazioni del chiaro Autore che elaborò la predetta teorica, BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, p.106. Sul punto v. ora le profonde riflessioni di DONINI, *Il delitto contravvenzionale. Culpa juris e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, p.90 e s., che proprio da tale premessa trae le mosse per richiedere la consapevolezza dell’antigiuridicità nel dolo delle fattispecie “a condotta neutra”. Tutto ciò attesta che la consapevolezza della natura “meramente artificiale” di molti degli interessi protetti dal diritto penale è una posizione da lungo tempo sostenuta nel dibattito scientifico italiano e che, se pure a volte “sotteraneamente”, è stata posta a fondamento di molte delle ricostruzioni in tema di elemento soggettivo.

⁶⁴ Così PALAZZO, *Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione*, in AAVV., *Prospettive di riforma*, cit., p.85. In analoga ottica ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p.96, ha rilevato che la variabilità dei valori culturali

legittimazione negativa del bene giuridico ad un parametro che abbia un che di univoco è quello di individuarne il referente ultimo nella carta costituzionale⁶⁵. Ma in un'epoca di generale "disincanto" verso la teoria della necessaria rilevanza costituzionale degli oggetti di tutela penale⁶⁶, ben poco residua della capacità delimitativa della potestà punitiva dello Stato generalmente ricondotta al concetto di bene giuridico. Una volta escluso che possano incriminarsi comportamenti che costituiscono l'essenza di libertà costituzionalmente garantite⁶⁷, o che contrastino con i principi solennemente affermati nella Legge Fondamentale⁶⁸, ogni nuovo interesse avvertito dalla coscienza sociale (così come ricostruita dall'unico interprete che può trasferirla in determinazioni normative: il Legislatore) può essere oggetto di tutela penale. Anche l'adozione di un modello "rigido" di teoria generale del reato (e del bene giuridico) a base costituzionale non può fraporsi a tale esito, stante la scarsa selettività del parametro della necessaria presupposizione

incide sensibilmente sulla perimetrazione degli interessi meritevoli di tutela penale, di modo che la non mutevolezza e la non relatività non possono essere assunti come requisiti indefettibili del concetto di bene giuridico. Queste riflessioni non costituiscono che l'attualizzazione del monito espresso da BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p.8, a non avventurarsi sugli "incerti sentieri del diritto naturale".

⁶⁵ Così la fondamentale lezione di BRICOLA, *op. cit.*, *passim*. In tal senso v. quanto sostenuto da ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, p.152 e ss., per il quale soltanto la prospettiva costituzionale può costituire un valido parametro orientativo nel disegnare l'area della tutela penale. Ribadiscono di recente l'assunto STORTONI, in PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale*, cit., p.103 e DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, V, 2001, p.29, il quale, a p.45, rileva come il riconnettersi ad un "programma costituzionale" di rifondazione penalistica sia l'unico modo per non ricadere in prospettive giusnaturalistiche e per non rassegnarsi ad una "deteriore" politicizzazione del diritto penale.

⁶⁶ Disincanto di cui sono espressione le opere di FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1982, p.42; ID., *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta*, cit., p.50; PULITANO, *Obblighi costituzionali*, cit., p.484; ID., *Politica criminale*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p.34; MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1994, p.333; DONINI, *Teoria*, cit., p.18; PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p.144, e che è divenuto un vero e proprio *leit motiv* nella più accreditata manualistica, come risulta da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.352; CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, I, Bari, 1996, p.21; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998, p.229; MARINI, *Lineamenti*, cit., p.259; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p.210; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p.24. Si è, invece, espresso di recente a favore della impostazione in questione MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla commissione bicamerale*, in *Crit. Dir.*, 1998, p.155.

⁶⁷ Sul punto v. FIANDACA, *Il "bene giuridico"*, cit., p.66; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.344; MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le "definizioni" del reato e la struttura dell'illecito penale*, in AAVV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2000, p.81.

⁶⁸ Così MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.350; MAZZACUVA, *Modello*, cit., p.84. Da questo limite alla potestà punitiva del Legislatore solo raramente è stato tratto quello che pure si presenta come un non secondario fattore delimitativo l'area del penalmente rilevante, e che consiste nella tendenziale estromissione dei sentimenti e degli stati d'animo dal novero dei possibili oggetti di tutela, stante l'irrimediabile contrasto tra la "vaghezza" di questi interessi e le esigenze di determinatezza della fattispecie, che postulano quelle della "afferrabilità" del bene protetto. Da ciò il rigetto, ad esempio, di una concezione meramente "fattuale" del bene onore, se si vuole continuare ad assegnarvi un rilievo penale. Su questi temi v. le riflessioni di MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale. Le alternative di tutela*, Padova, 1989; ID., *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993.

rispetto ai valori costituzionali al fine della perimetrazione dell'area del penalmente rilevante. E ciò vale per qualunque sia la tipologia strutturale del nuovo oggetto di tutela, dall'ambiente e la riservatezza sino alle funzioni delle autorità di controllo⁶⁹. Nell'attuale fase di "disincanto" rispetto ad una effettiva e penetrante capacità del testo costituzionale a disegnare l'area dei legittimi oggetti di tutela penale è l'intera funzione critica del concetto di bene giuridico ad essere priva di un saldo ed univoco referente fondativo. Ma questo dato non costituisce una peculiarità dei beni funzionali, si estende a tutti i possibili nuovi interessi suscettibili di protezione penale. La critica che pretende, alla luce della scarsa capacità di prestazione in ordine alla funzione di legittimazione negativa, di disconoscere la natura di bene giuridico alle funzioni di controllo della P.A. "prova troppo", in quanto analoghe obiezioni possono muoversi a *tutte* le nuove oggettività giuridiche.

Si deve inoltre rilevare che, anche se si procedesse ad una "rivitalizzazione" del progetto costituzionale di rifondazione penalistica, valorizzando e sviluppando le indicazioni della Consulta in ordine alla sindacabilità delle scelte di criminalizzazione in base al parametro della ragionevolezza⁷⁰, bisognerebbe riconoscere una capacità "critica" anche ai beni-funzione. Limitandosi a brevissimi cenni su un tema che meriterebbero ben altro approfondimento, si può immaginare un futuro sviluppo del sindacato costituzionale di ragionevolezza in materia penale⁷¹ che valorizzi, in una dimensione *lato sensu* "storica", il parametro della necessaria presupposizione rispetto ad un valore di (sicuro) rilievo costituzionale al fine di acquisire margini di certezza. Il giudice delle leggi potrebbe "tradurre" il canone della ragionevolezza in quello del disconoscimento della legittimità

⁶⁹ Come è stato rilevato da DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p.41, anche se fosse stato approvato l'art.129 del progetto della commissione bicamerale, che costituiva una ipotesi di integrale recezione costituzionale della teoria bricoliana, ben si sarebbe potuto sostenere che le funzioni di controllo della P.A. siano beni di rilievo costituzionale e, pertanto, legittimi oggetti potenziali di tutela penale. In generale, sulle proposte penalistiche elaborate in sede di commissione bicamerale negli ultimi anni del trascorso millennio cfr. FIANDACA, *Intervento al dibattito su Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla commissione bicamerale*, in *Crit. Dir.*, 1998, p.143; MAZZACUVA, *Intervento*, cit., p.155; PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla commissione bicamerale (diritto penale sostanziale)*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p.41; DONINI, *L'art.129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e sussidiarietà*, in *Crit. Dir.*, 1998, p.95.

⁷⁰ Su tale *modus procedendi* della Corte costituzionale cfr. le indagini di PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p.350; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AAVV., *Introduzione al sistema*, cit., p.288; GUAZZALOCA-SFRAPPINI-INSOLERA-TASSI, *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p.29; MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n.370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1999, p.434; LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989.

⁷¹ Nella cui evoluzione, affinamento e concretizzazione vede l'unica possibilità di un auspicato prosieguo dell'approccio costituzionale, che a sua volta viene ritenuto essere il compito delle future generazioni di penalisti, DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p.36 e p. 44.

costituzionale della tutela penale di oggettività giuridiche che, *in un dato momento storico*, non appaiano necessarie alla protezione di valori costituzionali. Viceversa, un interesse sino ad allora del tutto ignoto alla coscienza sociale potrebbe vedersi riconosciuto rango di bene meritevole di tutela penale perché il particolare contesto socio-economico-culturale attesta che la criminalizzazione delle condotte offensive dello stesso è indispensabile per la protezione di un bene avente costituzionale rilevanza. Peraltro, l'evolversi della situazione potrebbe ben indurre la Corte costituzionale a rilevare successivamente il venir meno di tale relazione di presupposizione necessaria e ad affermare la (sopravvenuta) illegittimità delle norme incriminatrici preposte alla tutela del bene giuridico privo di diretto rilievo costituzionale. In tal modo, ricollegandosi ad una versione "forte" della teoria del reato ad impronta costituzionale, è possibile riattribuire una penetrante funzione critica al bene protetto.

Ma ciò vale anche per i beni "funzionali".

Ad esempio, le funzioni della Consob costituiscono una oggettività giuridica che non ha un diretto rilievo costituzionale (non fosse altro per l'istituzione di tale organismo molti lustri dopo l'entrata in vigore della nostra Legge Fondamentale), eppure è indubbio che la tutela delle stesse è (oggi) indispensabile rispetto ai valori costituzionali del risparmio e della libertà d'impresa economica. Tale situazione potrebbe però mutare, ad esempio per un (ad oggi improbabile) "ritorno" alla centralità del mondo del credito nell'intermediazione finanziaria, ed allora non si giustificerebbe più, in base al parametro della necessaria presupposizione (*id est* difetto sopravvenuto di ragionevolezza), la tutela penale di un bene privo di immediato rilievo costituzionale⁷².

Lo schema appena proposto costituisce, in definitiva, un tentativo inserire in una dimensione diacronica il parametro della necessaria presupposizione del "nuovo" bene rispetto ad un consolidato valore costituzionale e permette di superare due delle "tradizionali" obiezioni mosse alla teoria della necessaria rilevanza costituzionale dei beni protetti: quella relativa all'irrigidimento storico di una tavola di valori superata dai tempi e quello dell'eccessiva vaghezza del parametro. Ancorandolo alla situazione di fatto così come si presenta in un dato momento storico, queste critiche vengono a cadere. Residua, certo, un'altra delle radicali confutazioni alla teoria in questione, quella relativa alla eccessiva "sovraesposizione politica" della Corte costituzionale, tale da alterare i rapporti

⁷² Si propone, sostanzialmente, una generalizzazione (ricollegandosi alla teoria del bene giuridico) del modello adottato dalla Consulta nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art.708 c.p. con la sent.370 del 1996, sulla quale v. le riflessioni di Palazzo, Insolera e Maugeri nelle opere citate *sub* nota 70.

tra potere legislativo e Consulta⁷³, anzi, tale difetto viene quanto mai “enfaticamente” con la suggerita ipotesi evolutiva del sindacato di ragionevolezza sulle scelte incriminatrici. Ma quale che sia il futuro di tale controllo di legittimità ed il mutare della sensibilità della cultura giuridica italiana circa gli spazi ed il ruolo istituzionale che il giudice delle leggi può ricoprire, ai limitati fini della presente indagine premeva rilevare che la funzione critica del bene giuridico non si atteggia in modo diverso per i beni-funzione rispetto a quanto accade in relazione ad ogni altra moderna oggettività giuridica. Se si resta nella versione “debole” del sindacato di costituzionalità alla luce dei contenuti di tutela, i beni “funzionali” presentano la medesima scarsa capacità di prestazione di ogni altro tipo di interesse “postmoderno”. Se si elabora un versione “selettiva” di tale controllo, anche essi possono svolgere una importante funzione di legittimazione negativa rispetto le scelte punitive del Legislatore. In definitiva, non si può disconoscere la natura di beni protetti agli interessi in questione stante la loro pretesa incompatibilità con la capacità critica del concetto di bene giuridico.

Né a tali conclusioni può giungersi alla luce di una presunta non offendibilità delle funzioni di controllo della P.A.⁷⁴. Tale insuscettibilità all’offesa risulta smentita, più che dall’osservazione di stampo criminologico per cui i reati in questione presenterebbero un alto grado di lesività, tali da dar luogo a vere e proprie “vittimizzazioni di massa”⁷⁵, dall’osservazione che è ben possibile distinguere concettualmente lo stadio del danno da quello del pericolo rispetto ai beni protetti da tali reati, il che attesta la loro offendibilità, che è la condizione di possibilità della distinzione tra i vari stadi della lesione.

Il primo dato che conferma la graduabilità dell’offesa nelle tipologie criminose in questione si desume dall’analisi del novellato art.2638 c.c., il cui primo comma è connotato dal fine di ostacolare l’esercizio delle funzioni di vigilanza. Orbene, è evidente che il falso ivi incriminato si pone come mezzo per la realizzazione di tale fine (che a sua volta delinea

⁷³ Per tale argomentazione cfr., *ex plurimis*, PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p.145.

⁷⁴ Che sarebbero quindi prive di quell’indefettibile requisito (forse l’unico sui vi è concordia) del concetto di bene giuridico che è la suscettibilità di essere offeso. Su tale essenziale carattere del bene giuridico cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p.91. Se, dunque, le fattispecie preposte alla tutela di funzioni non incriminassero condotte offensive nei confronti dei loro oggetti di tutela, la conclusione non potrebbe essere che obbligatoria: le norme in questione delinerebbero meri reati di infedeltà e sarebbero, pertanto, incostituzionali.

⁷⁵ Così MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.407. Il rilievo non pare, in realtà, possa essere posto a fondamento giustificativo di qualsiasi incriminazione, solo che si scorga sullo “sfondo” un macrobene che in qualche modo possa essere pregiudicato dalla reiterazione e generalizzata diffusione di condotte “disfunzionali”. In tal modo, infatti, si individuerebbe in ogni caso una giustificazione di ogni possibile incriminazione, per quanto la condotta sia lontana dal bene giuridico. Per evitare simili esiti è necessario ribadire che occorre pur sempre un legame offensivo, per quanto tenue, tra la singola condotta ed il bene protetto.

chiaramente il bene protetto) e, dunque, la condotta ivi tratteggiata delinea una fattispecie di pericolo rispetto all'oggetto di tutela⁷⁶. Non è necessario che il giudizio delle Autorità che si fonda sui dati comunicati loro dai soggetti di cui al 2638 c.c. venga "falsato", ma è sufficienti che vi sia il pericolo che ciò avvenga. Ma il Legislatore avrebbe ben potuto disegnare una fattispecie di danno, richiedendo, ad esempio, che solo nel caso il falso in questione desse luogo ad un effettivo impedimento, alle funzioni delle autorità di controllo esso fosse punito. Questo è quanto si verificherebbe in ordine alla fattispecie di ostacolo di cui al 2° comma dell'art.2638 c.c. Tale previsione non è che la generalizzazione delle analoghe disposizioni di cui agli abrogati artt.134 2° comma Tulb, 171 2° comma e 174 2° comma Tuif. Per reagire alle contestazioni di larga parte dei commentatori i quali vi avevano intravisto delle fattispecie clamorosamente configgenti con il canone costituzionale della tassatività⁷⁷, alcune voci in dottrina avevano suggerito di interpretare tali norme come delineanti un reato di danno, in cui, cioè, il termine "ostacolo" stava a significare non una mera difficoltà forse non insuperabile (*id est* il pericolo) all'esercizio delle funzioni delle Autorità ma ogni attività impeditiva delle stesse⁷⁸. A prescindere, in questa sede, da un'approfondita analisi di detta esegesi (e della sua compatibilità con la formulazione letterale delle norme in questione), conta rimarcare come essa abbia posto in luce che il bene-funzione può essere oggetto di un aggressione tanto nelle forme del pericolo quanto del danno.

La graduabilità dell'offesa anche rispetto al modello della tutela delle funzioni risulta ulteriormente comprovata considerando uno dei più "tradizionali" settori in cui si è affermata tale tecnica di incriminazione, quello dei reati contro l'amministrazione della giustizia. In tale ambito una delle principali incriminazioni è rappresentata dalla calunnia⁷⁹,

⁷⁶ Che dovrà qualificarsi come concreto se si aderirà alle conclusioni di chi ritiene che il dolo specifico svolga, già a livello di fatto, un'importante funzione descrittiva del tipo. Per una più particolareggiata illustrazione della tesi in questione, per l'adesione alla stessa e per alcuni importanti corollari che se ne trarranno in ordine alla ricostruzione delle fattispecie oggetto della presente analisi si rinvia al cap. III della sezione.

⁷⁷ Per tali critiche sia consentito il rinvio a INFANTE, *Partecipazione al capitale*, cit., p.299, al quale si rinvia anche per le più ampie indicazioni bibliografiche sul punto, che sarà comunque ripreso ed *ex professo* affrontato nel cap.IV della sezione.

⁷⁸ Così, sia pure con diversità di accenti, MUSCO, *Diritto penale societario*, cit., p.389; SEMINARA, *La tutela penale del mercato*, cit., p.564; ZANNOTTI, *Commento*, cit., p.1433; PORTOLANO, *Commento*, cit., p.1609; SFORZA, *Commento*, in RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico*, cit., p.946; VANGELISTI, *Commento*, ivi, cit., p.926; CERASE, *Commento*, in *Leg. Pen.*, 1997, p.50; SZEGO, *Commento all'art.41 d.lgs.415 del 1996* in CAPRIGLIONE (a cura di) *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, Padova, 1997, p.344 ss.

⁷⁹ Sulla quale si rinvia a PULITANO', *Calunnia ed autocalunnia*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p.9, e PANAGIA, *Commento*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

la quale conosce previsioni sanzionatorie differenziate a seconda che dal fatto calunnioso sia derivato un mero pericolo per l'amministrazione della giustizia o si sia, al contrario, concretato quel danno rappresentato da un condanna ingiusta. È questa la più evidente riprova che anche le funzioni pubbliche sono suscettibili di diversi stadi di offesa.

Ma al di là del "banco di prova" fornito da questo o quel reato, la graduabilità delle offese funzionali discende da considerazioni di carattere generale sulla struttura delle stesse. Al di là dei reati contro l'amministrazione della giustizia, le fattispecie in questione tutelano, come si è già chiarito, il buon andamento della P.A. dai comportamenti pregiudizievoli che possono realizzare i privati. Bene protetto è, in definitiva, l'agire amministrativo. Ma quest'ultimo si articola in moduli procedurali: l'agire pubblicistico si dà nella forma del procedimento⁸⁰. Non tutti, però, i vizi di un procedimento concreto, ossia i fattori che lo allontanano dal suo astratto modello legale, sono del medesimo tipo: hanno lo stesso "peso specifico". Le classificazioni amministrativistiche differenziano le mere irregolarità dalle illegittimità e queste ultime dalle forme più gravi di vizi che possono dar luogo addirittura alla nullità del procedimento (e del provvedimento che lo conclude) od alla sua inesistenza⁸¹. Non tutte le "disfunzioni" che l'Amministrazione incontra sulla sua strada hanno il medesimo peso. Non tutte travolgono integralmente un dato procedimento. Sicuramente non producono questo effetto quei vizi che non frustrano l'obiettivo perseguito nel caso concreto dalla P.A. Così, ad esempio, un'erronea acquisizione dei dati sui cui una P.A. fonda un suo provvedimento (si immagini che tale erroneità discenda dal falso posto in essere dal privato tenuto a fornire tale comunicazione) non comporta automaticamente l'annullabilità di tale provvedimento. Questa potrà essere scongiurata se l'atto finale potrà comunque ritenersi "corretto", avendo la P.A. raggiunto il suo obiettivo, ad esempio perché il dato falso comunicato era del tutto superfluo, o perché la falsità è stata rilevata e così via. Orbene, trasponendo queste considerazioni nell'ambito del dibattito penalistico sulla tutela delle funzioni, emerge che la diversa gradazione dei vizi procedurali si traduce nel diverso grado di offesa al bene protetto. In definitiva, dovendosi identificare l'oggetto di tutela con l'attività amministrativa, cioè con un insieme

⁸⁰ Fenomeno che, dalle pionieristiche indagini del SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, costituisce un dato acquisito nella scienza giuspubblicistica. Cfr., *ex plurimis*, MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, p.1188.

⁸¹ Per l'analitica individuazione dei diversi vizi che possono affliggere un procedimento amministrativo cfr. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA, *op. cit.*, p.1455 e s.

di procedimenti amministrativi, ed essendo questi suscettibili di essere viziati in diverso grado, altrettanto è a dirsi per la suscettibilità all'offesa dei beni-funzione.

Discende da quanto appena illustrato, che tanto alla luce di concrete esemplificazioni, quanto in forza di considerazioni dal carattere generale, non può disconoscersi la natura di veri e propri beni giuridici alle funzioni delle autorità di controllo alla luce di una loro pretesa non offendibilità.

Né a tali conclusioni può giungersi disconoscendo, in capo a tali oggettività giuridiche, la capacità selettiva della tipicità che è una caratteristica essenziale del concetto di bene giuridico⁸². A prescindere dal rilievo che consolidati reati ad offesa funzionale conoscono da tempo tale attitudine delimitatrice, basti pensare all'estromissione dal tipo delle calunnie "inverosimili"⁸³, è da rilevare che a tale esito può ben giungersi per tendenzialmente tutte le fattispecie criminose rientranti nella categoria in questione tramite il processo di concretizzazione dei beni giuridici proposto da autorevole dottrina per non far "naufragare" tale categoria in ipostatizzazioni ideali ed eticizzanti che ne elidano del tutto le funzioni selettive del penalmente rilevante. Se anche la tutela del più tradizionale dei beni, la vita, non è mai protezione della vita in sé, ma soltanto di quella di Tizio o di Caio, di modo che affermare che l'art.575 c.p. protegge il bene vita altro non significa che utilizzare una locuzione sintetica per intendere le vite di tutti i suoi potenziali soggetti passivi, altrettanto deve dirsi per l'attività amministrativa. I reati che la tutelano in realtà proteggono i *singoli* procedimenti e provvedimenti, i veri oggetti di tutela, perché i soli suscettibili di essere offesi. Concentrando l'attenzione, nella fattispecie concreta, sul singolo procedimento, è ben possibile che anche le moderne oggettività giuridiche si vedano riconosciuta una significativa capacità selettiva della tipicità⁸⁴.

⁸² Come vigorosamente ribadito da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.315, per i quali l'interprete, tra i molteplici significati compatibili con la lettera della legge, dovrà considerare fuori dal tipo tutti i comportamenti non offensivi del bene protetto. Tale impostazione risulta essere il frutto di un ricostruzione in chiave "interpretativa" del canone dell'offensività. Vero è, come rilevato da PALAZZO, *Introduzione*, cit., p.177, e da C. FIORE, *Il principio*, cit., p.68, che se si condivide la tesi della costituzionalizzazione del principio, la distinzione tra concezione realistica del reato e quella che si "limita" a propugnare l'estromissione dalla fattispecie dei casi di "tipicità apparente" tende a sfumare nel mero nominalismo.

⁸³ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 1997, p.355. Ma è noto che un che di analogo può ben dirsi rispetto ad altri "canonici" reati ad offesa funzionale. Così, ad esempio, autorevole dottrina ritiene che l'omessa denuncia di reato non possa integrarsi là dove l'Autorità giudiziaria già conosca la *notitia criminis*, a pena di far altrimenti degradare l'illecito in un reato di mera infedeltà. Così FIANDACA, *Lesività e dolo nel delitto di omessa denuncia di reato*, in AAVV., *Studi in memoria di S. Costa*, Milano, 1982, p.338. E' evidente, in questo caso, come anche ai più noti beni-funzione si possa assegnare un proficua capacità delimitatrice del tipo.

⁸⁴ Per la teorica della concretizzazione v. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., p.207; ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p.188. Tale impostazione è presente anche nella più recente manualistica. In tal senso v. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.398; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p.208. Essa costituisce, peraltro, la generalizzazione della

Si potrà così affermare, in ordine all'art.2638 c.c., che non ogni falso alle Autorità di vigilanza integrerà la fattispecie in questione, ma soltanto quello che, nella situazione concreta (alla luce della singola autorità richiedente e degli obiettivi che essa si è posta) risulta idoneo a pregiudicare le finalità che l'autorità persegue con quel procedimento che ha, tra le sue fasi, la raccolta di informazioni nei confronti di soggetti privati. Come si vede, si riesce in tal modo ad evitare di fornire una lettura esasperatamente formalistica delle fattispecie ad offesa funzionale. La "concretizzazione" del bene-funzione permette una volta per tutte di confutare le obiezioni di chi vede in tale modello criminoso una mera riedizione degli illeciti di infedeltà⁸⁵.

Possiamo, dunque, concludere, che il modello dei reati ad offesa funzionale non si presenta come un che di radicalmente incompatibile rispetto ai postulati di un diritto penale del fatto offensivo, atteso che tale (solo apparentemente) nuova categoria di oggettività giuridiche non è irrimediabilmente refrattaria allo svolgimento di tutte le funzioni tradizionalmente assegnate al concetto di bene giuridico, nella cui nozione può legittimamente rientrare.

5. Il ruolo delle autorità indipendenti nell'attuale assetto dei pubblici poteri ed il dibattito sulla compatibilità dello stesso con il vigente assetto costituzionale. L'aver concluso per la riconducibilità al tradizionale concetto di bene giuridico degli interessi protetti dai reati ad offesa funzionale non implica, peraltro, che ogni questione relativa alla loro estraneità al modello costituzionale di illecito penale venga *ipso facto* a cadere. Forse l'intero genere non è così radicalmente "problematico" come in molti hanno ritenuto, ma non si può, per ciò solo, sottacere le difficoltà che si intravedono in alcune delle sue *species*. Queste devono essere singolarmente analizzate e valutate, affinché la legittimità della tecnica penalistica della tutela delle funzioni non si traduca in una "cambiale in bianco" rilasciata al Legislatore per tutte le ipotesi in cui intenda strutturare fattispecie criminose secondo questo modello.

Il primo sotto-insieme problematico è quello afferente la protezione penale delle funzioni di controllo delle Autorità amministrative indipendenti. Per quanto la lettura qui proposta (v. cap.II sez.I) dell'art.2.638 c.c. è tale per cui i destinatari della tutela ricomprendono tutte le

ricostruzione del bene protetto dal delitto di omissione di atti d'ufficio operata da STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, 1974.

⁸⁵ Paventa, ad esempio, tale rischio (riferendolo in particolar modo al modello ingiunzionale), DONINI, *Teoria del reato*, cit., p.236.

pubbliche amministrazioni che svolgono un'attività di vigilanza sulle società ed i consorzi, non c'è dubbio che la prassi applicativa registrerà per molto tempo ancora, sulla scia della "suggerione culturale" suscitata dai predecessori della norma, la prevalenza delle incriminazioni relative alle *Authorities*, il che pone alcuni problemi di legittimità costituzionale, dato che da più parti si è affermata l'estraneità di questo modello amministrativo rispetto all'assetto dei pubblici poteri come disegnato dalla nostra Costituzione.

Il tema, da alcuni anni centrale nel dibattito giuspubblicistico, non ha sinora suscitato particolare attenzione nella scienza penalistica italiana⁸⁶. Peraltro, ne è evidente la rilevanza, atteso che, se si dovesse concludere per l'illegittimità di tali organismi, ne conseguirebbe l'incostituzionalità delle disposizioni incriminatrici che vi apprestano tutela (come i "residui" art.169 Tuif e 139 Tulb) o l'estromissione dal tipo delle fattispecie che proteggono l'intera P.A. (come il 323 c.p. o l'art.2.638 c.c., nella lettura qui proposta) delle sotto-fattispecie che hanno come destinatari di tutela le *Authorities*.

Queste ultime fanno la loro comparsa sulla scena pubblicistica italiana solo negli ultimi lustri⁸⁷, sulla scia delle esperienze statunitensi e francesi⁸⁸. La loro creazione è motivata, negli ordinamenti di origine, dalla reazione agli eccessi dello *spoil system*⁸⁹. Esse sono, cioè, il frutto di un processo di emancipazione dell'agire dell'Amministrazione dai condizionamenti della maggioranza parlamentare di turno. Ed in quest'ottica la loro creazione pare echeggiare l'elaborazione teorica di Carl Schmitt su quei "poteri neutrali" che segnano una soluzione di continuità nella trama delle agenzie pubbliche soggiacenti all'indirizzo politico delle forze partitiche egemoni⁹⁰. Con il loro sorgere si delineano settori

⁸⁶ Fatta eccezione per l'opera di STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p.417 e s., in cui, peraltro, le osservazioni critiche paiono limitarsi al ruolo delle agenzie di controllo nella delimitazione del rischio derivante dalle attività ad alta industrializzazione piuttosto che risolversi in una contestazione generale del rilievo penalistico delle autorità amministrative indipendenti..

⁸⁷ Se si eccettua la Banca d'Italia, ritenuta da alcuni un'antesignana delle autorità amministrative indipendenti nel nostro ordinamento. In tal senso v. CARRIERO, *op. cit.*, p.704.

⁸⁸ Per una ricostruzione della genesi storica degli organismi in questione cfr. GIRAUDI-RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001, p.36 e s.; MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. Dir.*, 1997, p.640; AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1997, p.653; ID., *Le autorità*, cit., p.369; CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. Soc.*, 1994, p.420.

⁸⁹ Così CASSESE, *La Commissione*, cit., p.420; AMATO, *Autorità*, cit., p.654; MERLONI, *Fortuna e limiti*, cit., p.640.

⁹⁰ Il richiamo al pensiero di Schmitt è compiuto da MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p.46. La riflessione del controverso giurista ebbe come originario oggetto d'analisi la Banca Centrale tedesca che - come rilevato poc'anzi anche per l'Italia - può ritenersi una precorritrice *ante litteram* del modello, almeno nei Paesi dell'Europa continentale.

dell'agire amministrativo in cui le decisioni rilevanti, ai fini dell'individuazione e dell'attuazione dell'interesse pubblico, si adottano in base ad un parametro che si allontana dalla legittimazione democratica in forza del collegamento con l'Esecutivo e si avvicina a quello della legittimazione "tecnica".

Se questo è il quadro ricostruttivo della "novità" istituzionale rappresentata dalla diffusione delle Autorità amministrative indipendenti nei Paesi dell'Europa continentale, è facile comprendere come lo stesso abbia suscitato "preoccupazione" in chi maggiormente è rimasto ancorato ad un modello di legittimazione dei pubblici poteri di stampo rousseauiano, in cui soltanto la immediata (cioè partitica) derivazione dalla volontà generale può giustificare l'operatività dell'azione pubblica. Si è in tale ottica affermato che il modello delle autorità indipendenti, in quanto alternativo allo svolgimento di funzioni pubbliche da parte di amministrazioni rette dal principio democratico, è costituzionalmente illegittimo⁹¹. Si è giunti a definire tale nuovo modulo dell'agire pubblico un autentico "requiem per la Costituzione ed i suoi valori"⁹². Si è affermato che tutti gli autori che si sono occupati dell'argomento sono divisi dal conflitto tra il timore e l'auspicio dell'avvento di una tecnocrazia⁹³.

Si è peraltro ribattuto che tali preoccupazioni sono eccessive e testimoniano nulla più dell'attaccamento ad una particolare visione della democrazia, non l'unica né la sola legittima, ma, anzi, una visione storicamente datata ed ideologicamente segnata. Si è così affermato che "l'idea che la responsabilità di qualunque azione pubblica è tale solo se lo è nei confronti del Parlamento (...) non è un principio irrinunciabile del costituzionalismo, è l'essenza di quella parte di esso segnata dall'idea rousseauiana dell'assemblea-volontà generale, non solo come fonte originaria, ma quale titolare permanente e finale del potere di decidere in nome dello Stato. Ma si tratta, appunto, di un filone, di un filone di cui sono chiare tanto le matrici, e cioè la concezione monolitica del potere che esso eredita dalla cultura assolutista, quanto gli svolgimenti e cioè quelle democrazie totalitarie costruite non sulla divisione ma sulla concentrazione del potere. Ben altra è l'impostazione del costituzionalismo di matrice lockiana, nel quale i poteri sono all'origine tanto distinti quanto intrinsecamente limitati"⁹⁴.

⁹¹ Per queste conclusioni cfr. MERLONI, *Fortuna e limiti*, cit., p.647.

⁹² Così MANETTI, *Tre significati*, cit., p.663.

⁹³ In tal senso v. RESCIGNO, *La Consob*, cit., p.109.

⁹⁴ AMATO, *Le autorità*, cit., p.382.

Pur non potendo essere questa la sede per affrontare *ex professo* tali ardui problematiche che involgono il concetto medesimo di Stato e di democrazia, a noi pare, ai limitati fini della presente ricerca, che tale ultima posizione sia la più idonea per orientarsi nella delicata tematica della legittimità del *quid novi* rappresentato dalle Autorità indipendenti. Se gli ordinamenti liberal-democratici sono il frutto dell'intuizione di Montesquieu sull'esigenza di separare i poteri, essi non possono che reggersi su un delicato meccanismo di pesi e contrappesi, del quale le *Authorities* non sono altro che un "nuovo" componente⁹⁵. Se il costituzionalismo tutto non è che il tentativo di porre dei limiti insuperabili all'arbitrio del Sovrano, là dove il sovrano si identifica con la volontà popolare i limiti in questione sono inevitabilmente posti al principio di legittimazione democratica. In quest'ottica le Autorità indipendenti godono di una piena legittimazione allorché siano dirette a dare attuazione ad alcuni di questi "limiti".

Peraltro, anche la "novità" da esse rappresentata è relativa, atteso che anche il nostro ordinamento da tempo conosce forme di agire amministrativo in piena indipendenza dall'Esecutivo. Alludiamo con ciò non soltanto alla Banca Centrale, ma anche alla così detta "volontaria giurisdizione". Quest'ultima è sempre stata intesa come un'ipotesi di amministrazione eccezionalmente svolta da organi giudiziari in ragione della peculiare posizione di indipendenza di cui questi godono⁹⁶. Da sempre si è, dunque, ritenuto che la particolare rilevanza degli interessi in gioco potesse sottrarre all'Esecutivo la concreta gestione del pubblico interesse in dati campi. E se ciò non "menava scandalo" nello Stato liberale ottocentesco, *a fortiori* non pare "fuori dal sistema" nella fase attuale della vita dell'ordinamento, caratterizzata da una Costituzione rigida e, cioè, da una maggiore compressione del libero dispiegarsi delle decisioni "politiche".

Proprio il paragone con la volontaria giurisdizione permette di evidenziare una delle caratteristiche precipue dell'operato delle Autorità, quello per cui esse agiscono con i medesimi moduli procedurali e la medesima indipendenza di stampo "tecnico" propria degli organi giudiziari⁹⁷. Questa similitudine ci permette di evidenziare due corollari

⁹⁵ In tal senso si esprime CASSESE, *La Commissione*, cit., p.422; ID., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, V, 1996, p.7.

⁹⁶ Così MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2000, p.27.

⁹⁷ Cfr., in tal senso, ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionale delle nuove autorità indipendenti*, in *Pol. Dir.*, 2000, p.162. Del resto non pare un caso che il modello delle Autorità indipendenti sorga in un ordinamento, quello statunitense, che per primo, nel 1803, statui il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi da parte di un organo giudiziario. La logica che presiede ai due fenomeni è, al fondo, simile: si sottrae spazio alla mera discrezionalità politica per affidarla ad organismi a legittimazione "tecnica".

importanti in tema di tutela penale di tali organismi. Da un lato, la tendenziale legittimità (salvo la sempre auspicata verifica in tema di *extrema ratio*) della stessa, ma dall'altro la problematicità allorché si pervenga alla tutela penale delle medesime funzioni normative delle Autorità. È questo il vero *punctum dolens* delle fattispecie incriminatrici in tema di *Authorities*. È qui che cessa di avere senso il paragone con la tutela penale delle funzioni giudiziarie che, per definizione, non includono quelle normative: l'Autorità Giudiziaria non adotta atti normativi. Assommando le Autorità indipendenti, accanto a funzioni esecutive e paragiurisdizionali, rilevantisime funzioni normative in campi delicatissimi⁹⁸, si pone cioè il problema se il Legislatore possa assegnare una tutela penale anche a tale attività. Così facendo (prevedendo direttamente od indirettamente incriminazioni nei confronti di chi non osservi gli atti normativi emanati dalla Consob *et similia*) non si elude il principio di riserva di legge ex art.25 2° comma Cost.? A tale quesito potrà fornirsi un'esauriente risposta solo alla luce di considerazioni afferenti il principio di stretta legalità.

6. *La potestà normativa delle Autorità di vigilanza, l'individuazione degli obblighi di informazione penalmente sanzionati tramite la stessa ed il suo contrasto con l'art.25 comma 2 Cost. L'evoluzione del concetto di riserva di legge in materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e l'ambiguità delle ultime statuizioni della Consulta.* Le Autorità amministrative indipendenti hanno rilevanti potestà normative⁹⁹, di cui fanno ampio uso nel regolamentare i settori affidati alla loro competenza. Si è così, ad esempio, affermato in ordine al Tuif, che quest'ultimo presenterebbe la medesima struttura della musica jazz, essendo solo le battute essenziali delineate dalla mano dell'autore (il Legislatore) là dove tutto lo spartito è *de facto* rimesso agli interpreti (la Consob e la Banca d'Italia)¹⁰⁰. Il fenomeno, come già visto nel capitolo precedente, provoca delle "perplexità" anche tra i cultori delle discipline pubblicistiche e commercialistiche, i quali vi scorgono un'eccessiva riduzione dello *spatium deliberandi* (e, dunque, della responsabilità politica) del Legislatore. Non mancano, peraltro, voci che salutano con favore tale situazione, sul

⁹⁸ Cfr., *ex plurimis*, ROPPO, *Sulla posizione*, cit., p.161; BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. Soc.*, 1999, p.251. Si tenga presente, altresì, l'ampissimo spazio lasciato dal Legislatore alla potestà regolamentare della Consob come "denunciato" dagli Autori citati *sub* nota 53 del precedente capitolo.

⁹⁹ In generale, sulle stesse, oltre gli Autori citati nella nota precedente, cfr. POLITI, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1996.

¹⁰⁰ Per l'immaginifica metafora cfr., BUONOCORE, *La riforma*, cit., p.20, il quale, peraltro, a p.30 e s., denuncia l'eccessiva concentrazione di poteri in mano alla Consob che si è venuta in tal modo a creare ed il troppo spazio che si è lasciato all'attività normativa (solo nominalmente) secondaria della Consob e della Banca d'Italia.

presupposto della piena legittimità del “nuovo” modello di P.A. delineatosi con l’istituzione delle *Authorities*¹⁰¹.

A prescindere dalle valutazioni generali di stampo schiettamente “costituzionalistico” circa lo spazio che può riconoscersi nel nostro assetto istituzionale all’attività normativa della P.A. in alternativa a quella legislativa, bisogna rilevare come il tema assuma dimensioni ben più “problematiche” in ambito penale, dove tale attività inevitabilmente viene a collidere con la particolarmente rigida riserva di legge che informa di sé questo ramo dell’ordinamento. Detta “tensione” tra la ampia autonomia normativa riconosciuta alle Autorità e il principio di stretta legalità è particolarmente evidente in ordine ai reati oggetto della presente trattazione. Concernendo, questi, le falsità e gli ostacoli che gli enti soggetti alla vigilanza degli organismi pubblici di controllo frappongono agli stessi, appare chiaro che, essendo proprio le Autorità a stabilire l’ampiezza ed il novero di tali obblighi di comunicazione e di collaborazione mediante propri atti normativi, la perimetrazione del penalmente rilevante è rimessa, in definitiva, a tali apparati pubblici¹⁰². Questo avviene, ad esempio, rispetto all’art.15 1° comma Tuif, che prevede un obbligo di comunicazione alla Banca d’Italia nei confronti di chi, a qualunque titolo, intenda acquisire o cedere una partecipazione qualificata nel capitale di una società di intermediazione mobiliare di una società di gestione del risparmio o di una società di investimento a capitale variabile. Altri obblighi di comunicazione alla Banca d’Italia di partecipazioni rilevanti, la cui significatività è il più delle volte demandata alle determinazioni della stessa, sono previsti dal Tubb¹⁰³. Obblighi analoghi, aventi però come “creditore” la Consob, stabiliscono gli artt.61 6° comma e 80 7° comma Tuif. Infine, l’art.169 Tuif (norma non abrogata dalla recente riforma dei reati societari) punisce con l’arresto da sei mesi a tre anni e con l’ammenda da 10 a 100 milioni le false informazioni nelle comunicazioni in questione. Orbene, il cardine di questa disciplina è rappresentato dal concetto di “partecipazione rilevante”, che si intenda acquisire o cedere. Solo chi è titolare di tale soglia rilevante o intenda divenirne proprietario è tenuto alle comunicazioni cui l’art.169 appresta tutela penale. Ma chi

¹⁰¹ E’ il caso, ad esempio, dell’inverso ardita tesi di MERUSI, *Democrazia e autorità*, cit., p.32, il quale, postulando che le Autorità indipendenti siano il frutto della costituzionalizzazione del “mercato”, riconosce nei regolamenti di quest’ultime una mera specificazione di detto principio, e, pertanto, ricostruisce i loro rapporti con la legge in termini di riparto di competenze anziché di subordinazione tra fonte parlamentare e fonte amministrativa.

¹⁰² In modo da determinare quella che è stata icasticamente definita da ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.172, una sorta di “autotutela penalistica delle autorità di controllo”.

¹⁰³ Su tali fattispecie v. l’analisi della SEVERINO DI BENEDETTO, *Comunicazioni relative alla partecipazione al capitale di banche, di società appartenenti ad un gruppo bancario e di intermediari finanziari*, in FERRO LUZZI – CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, cit., p.2054.

stabilisce quando una partecipazione possa definirsi “rilevante” sono gli stessi organi di vigilanza tramite disposizioni generali da essi emanate o adottate dal Ministero del Tesoro su loro proposta¹⁰⁴. In tal modo, i destinatari del precetto penale sono individuati in via astratta e generale da autorità amministrative, il che induce fondatamente a dubitare della legittimità costituzionale della disposizione sotto il profilo del rispetto della riserva di legge in materia penale¹⁰⁵. Medesima cosa si verifica in ordine all’art.140 Tuib, norma gemellare rispetto al 169 Tuif: come quest’ultima incrimina le false informazioni in ordine alle partecipazioni rilevanti relative agli intermediari finanziari, la prima colpisce il falso relativo alle analoghe comunicazioni in tema di capitale degli istituti di credito. Anche qui, peraltro, la soglia significativa è determinata dalla Banca d’Italia¹⁰⁶.

Ma un discorso simile può farsi per molte altre norme. È il caso delle informazioni che gli organi apicali degli intermediari finanziari devono fornire all’Ufficio Italiano Cambi, secondo le modalità da quest’ultimo prefissate, ai sensi dell’art.107 7° comma Tuib, e che trovano tutela penale alla luce dell’art.141 Tuib¹⁰⁷. O è quanto avviene per le analoghe incriminazioni in tema di Isvap e di Commissione vigilanza sui fondi pensione¹⁰⁸.

Peraltro, considerazioni simili possono avere per oggetto anche fattispecie che maggiormente si distanziano da un modulo apparentemente sanzionatorio. È il caso del novellato art.2.638 c.c., la cui vastissima portata applicativa e la conseguente “centralità” nel sistema dei rapporti tra privati e P.A. abbiamo posto in luce nel capitolo precedente. Detta disposizione individua le informazioni “penalmente rilevanti” in quelle previste *in base* alle legge. La formulazione elaborata dalla commissione ministeriale incaricata di formare l’articolato del decreto delegato attuativo della l.366 del 2001 era, invece, diversa. Essa si incentrava, infatti, sul concetto di comunicazioni *imposte* dalla legge. La mutazione

¹⁰⁴ Sulla trama dei rinvii normativi di cui all’art.169 Tuif v. BONINI, *La violazione degli obblighi*, cit., p.134. Ha individuato in tale serie di rinvii un esempio paradigmatico di legislazione “oscura” contrastante con le esigenze di “conoscibilità” della norma penale cui è preordinato il principio di tassatività MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p.56. In generale, critica la tecnica legislativa utilizzata nel disegnare le fattispecie incriminatrici del d. lgs. 58/98, per il carattere sanzionatorio della stessa, CONTI, *Profili penalistici del testo unico*, cit., p.554.

¹⁰⁵ Per tale denuncia, in ordine all’art.169 Tuif, sia consentito il rinvio ad INFANTE, *Partecipazione al capitale*, cit., p.264, con ulteriori indicazioni bibliografiche sul punto.

¹⁰⁶ Non a caso anche tale norma è stata tacciata di violazione dell’art.25 comma 2 Cost. Per tali considerazioni cfr FOFFANI, *La tutela della trasparenza*, cit., p.26. Analogamente, con riferimento all’ (ora abrogato) art.5 bis della legge 216 del 1974, ovvero alla disposizione con la quale fu per la prima volta introdotto nel nostro ordinamento tale modello di tutela, v. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p.434.

¹⁰⁷ Su tale fattispecie cfr. BONINI, *La violazione degli obblighi*, cit., p.138.

¹⁰⁸ Per un analitico esame delle disposizioni cui tali reati apprestano tutela in un’ottica “sanzionatoria” v. BONINI, *op.ult. cit.*, p.141.

del testo normativo è avvenuta in seguito al parere della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati¹⁰⁹, la quale aveva ritenuto indispensabile assicurare penale rilevanza anche alle falsità nelle informazioni rese in seguito a quanto stabilito dalle autorità pubbliche di vigilanza. Proprio per uniformarsi al parere della Commissione, la locuzione “imposte dalla legge” è stata sostituita da quella “previste in base alla legge”¹¹⁰.

Come si vede, la portata delle disposizioni incriminatrici che apprestano tutela alle Autorità indipendenti, anche nella versione “emendata e corretta” di cui alla recente novellazione codicistica¹¹¹, viene a dipendere dalle scelte astratte e generali di queste ultime, che vengono a porsi come e veri e propri co-legislatori¹¹².

È di tutta evidenza come questo modo di procedere in ambito penale faccia fondatamente dubitare a molti della legittimità costituzionale dello stesso. Alcuni autori vi individuano, infatti, delle ipotesi di norme penali in bianco¹¹³ o di inammissibile autotutela penalistica delle Autorità¹¹⁴.

Di contro, si è obiettato che tale ampio spazio affidato alle scelte delle autorità pubbliche di controllo non deve indurre alla conclusione dell’illegittimità costituzionale delle disposizioni in questione o perché la definizione dell’area della tipicità penale da parte di queste ultime rientra nella mera attività di specificazione tecnica ritenuta pacificamente ammissibile come fonte integratrice del precetto penale¹¹⁵ o perché una realistica constatazione delle emergenti istanze di tutela induce ad una “ineludibile rifondazione” del principio di legalità

¹⁰⁹ Resa il 6 marzo 2002 e pubblicata sul quotidiano giuridico *on line* www.dirittoegiustizia.it il 7 marzo 2002.

¹¹⁰ Così ORSI, *Passa per il codice*, cit., p.79.

¹¹¹ Per lo meno nell’intenzione della Commissione Giustizia della Camera. Ad un’opposta soluzione, che disconosca la portata innovativa che si è voluto assegnare al mutamento di terminologia in esame, può forse pervenirsi tramite una reinterpretazione costituzionalmente orientata della norma, come da qui a poco verrà illustrato.

¹¹² Così SGUBBI, *Profili penalistici*, cit., p.148, in ordine al Garante per la protezione dei dati personali. Condivide tale impostazione e la riferisce anche alla Consob BONINI, *La violazione degli obblighi*, cit., p.148.

¹¹³ Oltre gli scritti citati *sub* nota 53 del precedente capitolo v. FOFFANI, *Reati bancari*, cit., p.512; ZANNOTTI, *La tutela*, p.91; SZEGO, *Commento*, cit., p.348; MASI, *Le condotte illecite degli intermediari finanziari*, Torino, 1998, p.86.

¹¹⁴ In tal senso ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.172; ID. *Commento*, p.1409. Tale modo di argomentare pare coordinarsi con quanti avevano individuato, sia pur nel ben diverso settore della tutela penale dell’onore, una violazione del principio di tassatività in tutte quelle disposizioni che rimettono al medesimo soggetto passivo del fatto di reato la delimitazione del penalmente rilevante. In tal senso v. MANNA, *Tutela penale*, cit., p.68. Verrebbero in tal modo a configurarsi ipotesi estreme di soggettivizzazione e di “oggettiva inconoscibilità” del fatto tipico incompatibili con le istanze che il principio di precisione in materia penale è chiamato a soddisfare.

¹¹⁵ In tal senso, a proposito delle disposizioni incriminatrici contenute nel Tuif, cfr. MUCCIARELLI, *La tutela penale dell’intermediazione*, cit., p.1.181, e, con riferimento al Tulb, SCIACCA, *False comunicazioni relative alla partecipazione al capitale di banche, di società appartenenti ad un gruppo bancario o di intermediari finanziari*, in MARINI-PATERNITI (a cura di), *Dizionario dei reati*, cit., p.285.

in materia penale, il che a sua volta condurrebbe ad una reinterpretazione dell'art.25 2° comma Cost. come statuente una ipotesi di riserva di legge soltanto relativa¹¹⁶.

Una compiuta valutazione sullo spazio che è costituzionalmente legittimo assegnare all'attività normativa delle Autorità (e delle altre P.A., stante la portata onnicomprensiva dell'attuale art.2638 c.c.) nel "disegnare" i reati preposti alla tutela delle funzioni è possibile solo alla luce dell'analisi dello stadio attuale del dibattito in tema di legalità penale, in particolare con riguardo all'integrazione del precetto penale da parte di fonti secondarie.

In primis bisognerà valutare se la co-determinazione mediante regolamenti emanati dalle Autorità integri una mera specificazione tecnica, cioè un tipo di apporto delle fonti secondarie ritenuto quasi unanimemente compatibile con l'art.25 comma 2 Cost.¹¹⁷.

A queste conclusioni, pure sostenute, *ut supra* illustrato, da una parte dei commentatori, non può pervenirsi. Analizzando i casi in cui unanimemente viene riconosciuta la legittimità costituzionale del rinvio a fonte secondaria a fini di specificazione tecnica, cioè, sostanzialmente, quelli afferenti l'elenco delle sostanze stupefacenti predisposte dal Ministero della Sanità nell'ambito della legislazione penale in tale materia¹¹⁸, si potrà trarre una prima, importante, conclusione : i compiti demandati agli organi specialistici (i soli che possano svolgerli per le proprie particolari competenze ed abilità) consistono nell'accertamento di alcune caratteristiche intrinseche delle sostanze oggetto degli esami di questi ultimi. Gli apparati tecnici della P.A. dovranno accertare se determinate sostanze possano essere qualificate come "stupefacenti", cioè se abbiano o no certe caratteristiche, e questo è un compito che non può che essere rimesso agli organismi specialistici dell'Amministrazione.

¹¹⁶ Così FOFFANI, *La nuova autorità*, cit., p.239, il quale ha teorizzato la concezione relativa della riserva di legge in materia penale alla luce del sempre più frastagliato atteggiarsi dei rapporti tra legge ed altre fonti (norme comunitarie, disposizioni delle Autorità indipendenti, decreti delegati) alla luce delle nuove istanze di tutela. Successivamente, merita di essere sottolineato come l'Autore sia peraltro "tornato" alla tradizionale ricostruzione in termini assoluti della riserva in ID., *Reati bancari*, cit., p.512, dove ha individuato, in alcuni dei reati a protezione delle funzioni della Banca d'Italia, ipotesi estreme di norme penali in bianco.

¹¹⁷ Con l'eccezione, come noto, solo della tesi di M. GALLO, *Appunti di diritto penale. I. La legge penale*, Torino, 1999, p.68 e s., per il quale la natura assoluta della riserva imporrebbe il ricorso al decreto-legge là dove si presentassero insopprimibili esigenze di specificazione tecnica. Tale impostazione è rimasta, però, isolata, tanto a livello dottrinale quanto giurisprudenziale, per il notevole "irrigidimento" del sistema che essa comporterebbe. Né la suggerita "via di fuga" del ricorso al decreto-legge appare in grado di superare tale obiezione, atteso che le istanze di specificazione tecnica non è detto che afferiscano sempre a problematiche connotate da straordinarietà e d'urgenza, potendo ben riguardare situazioni permanenti, rispetto alle quali si rivela, dunque, impercorribile la via della decretazione d'urgenza.

¹¹⁸ Su tale tematica cfr. PARODI GIUSINO, *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, in *Ind. Pen.*, 1978, p.382.

Il punto che qui, però, preme evidenziare, è che l'attività di integrazione del precetto penale tramite l'operato di organi della P.A. è una attività di *accertamento*, cioè di disvelamento di una caratteristica di alcune sostanze preesistente all'intervento dell'Amministrazione. Tale connotato già esiste *in rerum natura* prima che la sostanza esaminanda sia analizzata da apparati specialistici della P.A. L'operato di quest'ultimi rende semplicemente conoscibile detto originario connotato. L'integrazione tecnica del precetto penale sembra postulare una attività *meramente acquisitiva* di conoscenze. Soltanto questo tipo di attività integratrice sembra possa qualificarsi come compiutamente e pienamente "tecnica", atteso che essa risulta (tendenzialmente) scevra da giudizi di valore, da ponderazione di interesse che sono, invece, demandati al Legislatore¹¹⁹.

Se queste sono le caratteristiche intrinseche dell'attività di specificazione tecnica che può legittimamente integrare una disposizione incriminatrice, esse sembrano esulare dal rinvio operato dall'art.169 del d. lgs.58 del 1998, o dagli artt.139, 140 e 141 Tuif ai regolamenti della Consob e della Banca d'Italia. Queste due autorità di vigilanza, con tali atti, non si limitano a riscontrare una certa *quid* in un dato elemento che permetta di ricondurlo alla fattispecie astratta delineata dal legislatore (attività di *mero accertamento*) ma pongono esse stesse la regola da cui deriva la riconducibilità di una data situazione alla disposizione incriminatrice. La loro non è una semplice attività conoscitiva, ma, ben diversamente, è una manifestazione di volontà propria, che postula una ponderazione degli interessi contrapposti (quello della trasparenza degli assetti azionari e quello della riservatezza delle operazioni d'impresa). I regolamenti della Consob e della Banca d'Italia cui rinvia l'art.169 del d. lgs.58 del 1998, non afferiscono, dunque, ad un'attività che possa ritenersi compiutamente ed esclusivamente tecnico – specialistica.

¹¹⁹ Dette osservazioni trovano pieno riscontro in quanto, in sede giuspubblicistica, è stato da tempo rilevato da CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, proprio in riferimento all'indicazione delle sostanze stupefacenti ad opera del Ministero della Sanità. Per l'Autrice si ha da disconoscere che svolgano attività normativa quegli organi della P.A. che compiono solamente un'indagine tecnica e scientifica, senza alcuna determinazione volontaria. Peraltro, il quadro dei rapporti tra scelte politiche affidate al Legislatore e meri accertamenti tecnici demandati agli apparati specialistici non si presenta, in realtà, così cristallino come quello del modello appena illustrato. Secondo quanto chiarito da STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p.422 e s., le medesime valutazioni "tecniche" sono inficiate da considerazioni *lato sensu* politiche, il che non deve stupire eccessivamente, atteso che la pretesa neutralità della scienza è un pregiudizio di stampo positivistico che va sfatato. Il momento accertativo non è mai completamente svincolato da quello valutativo. Da ciò discende, se non la radicale negazione di qualsiasi integrazione tecnico-specialistica nella delimitazione della punibilità, secondo la tesi di M. Gallo ed ora anche di Stella, stante le innegabili esigenze di tutela che pone la "società del rischio", per lo meno una profonda "prudenza" nel riconoscere la patente di mera integrazione tecnica (perciò legittima) agli atti della P.A. Là dove non ci si trovi d'innanzi ad un'attività in cui il momento accertativo è assolutamente prevalente su quello valutativo (come pare essere per l'individuazione delle sostanze stupefacenti), bisognerà disconoscere la natura meramente tecnica dell'integrazione ad opera di fonti secondarie.

Un'ultima considerazione avvalorata, ancor di più, tale conclusione. Il rinvio alla integrazione tecnica del precetto penale è comunemente ritenuto costituzionalmente legittimo in quanto unico modo che sia atto ad assicurare un certo margine di certezza in ordine all'area di punibilità disegnata dalla disposizione che effettua il rinvio, dato che, in assenza di specificazione da parte dell'organo dell'Amministrazione preposto, tale compito verrebbe demandato all'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza¹²⁰. Se la *ratio* della compatibilità costituzionale del rinvio a fonte subordinata a fini di specificazione tecnica è l'impossibilità di conseguire un analogo *quantum* di certezza giuridica tramite determinazioni legislative, ne consegue che, qualora l'intervento del Legislatore possa assicurare un coefficiente di determinatezza uguale, se non maggiore, di quello garantito dagli apparati dell'Amministrazione, l'integrazione tramite fonte subordinata non possa qualificarsi come tecnicamente necessitata e, perciò, costituzionalmente legittima. Questo pare essere il caso, ad esempio dell'art.169 Tuif e degli artt.139, 140 e 141 Tulb, atteso che l'individuazione delle soglie "significative" di partecipazione al capitale sociale poteva ben essere direttamente effettuata del Legislatore. Del resto, in analoghe ipotesi, è quanto avvenuto. Questo è il caso dell'art.5 della legge 216 del 1974, cioè della disposizione che ha costituito il paradigma dei successivi obblighi di comunicazione penalmente sanzionati in materie societaria, laddove è stato il Legislatore stesso a fissare la soglia "rilevante" al 2 per cento del capitale sociale.

Come si vede, mancano del tutto i presupposti strutturali per considerare il rinvio ai regolamenti delle autorità indipendenti come un'attività di mera specificazione tecnica.

L'unica possibilità di riconoscere legittima l'integrazione regolamentare in questione è relativa, allora, alla delimitazione del principio di cui all'art.25 comma 2 Cost.

La risalente tesi della natura relativa della riserva¹²¹, originariamente fatta propria dalla Corte costituzionale¹²², fu ben presto abbandonata da quest'ultima in luogo di quella della

¹²⁰ Per tale argomentazione cfr. Corte cost., sent. 282 del 1990, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, p.992, nonché MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p.51.

¹²¹ Sostenuta, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, da ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in AAVV., *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, Padova, 1950, p.508. Ora detta impostazione è riproposta da una parte della dottrina per ragioni di "realismo" giuridico, ossia per la presunta ineliminabilità dell'apporto delle fonti secondarie nell'ambito dell'ordinamento penale di una società complessa. In tal senso, oltre la posizione illustrata nella nota 116, cfr. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p.950; ID., *Lineamenti*, cit., p.44; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1998, p.17.

¹²² Per una ricostruzione dei più risalenti orientamenti della Consulta che hanno accolto tale impostazione cfr. DASSANO - MACCAGNO - RONCO, *Le sentenze della Corte costituzionale sugli articoli 25, commi 2 e 3 e, 27, commi 1 e 3 Cost. (1956-1975)*, Torino, 1976, p.115.

natura assoluta della riserva, facendo però residuare un notevole spazio all'apporto dei regolamenti che venivano considerati come meri presupposti di fatto della fattispecie incriminatrice¹²³. Tale tesi, peraltro, non resistette alle critiche che le erano state mosse di risolversi in un'elusione della pur (nominalmente ribadita) esigenza di limitazione delle scelte punitive in capo al Legislatore, dato che, alla sua stregua, questi si poteva limitare ad una delega integrale alla P.A. che avrebbe successivamente deciso, al momento dell'adozione dei suoi regolamenti, quali comportamenti assoggettare a pena. Paradossalmente, tale impostazione poteva giungere all'estremo di considerare legittima addirittura un'incriminazione che suonasse così "obbedisci a tutto ciò che prescriverà l'autorità amministrativa"¹²⁴.

Il superamento di tale posizione dette il via alla successiva evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale che si informò al criterio della sufficiente specificazione, per il quale la riserva di legge in materia penale poteva considerarsi rispettata allorché il Legislatore avesse dettato i "presupposti, caratteri, contenuti e limiti" dell'incriminazione, mentre i restanti aspetti della fattispecie potevano essere demandati alle determinazioni delle fonti subordinate¹²⁵. Anche tale orientamento fu però contestato in dottrina, essendosi rilevato che esso si risolveva in una sostanziale riproposizione della concezione relativa della riserva¹²⁶, atteso che ci si "accontentava" che il Legislatore dettasse i principi ed i criteri direttivi (formula equivalente a quella dei presupposti, caratteri, contenuti e limiti propria del lessico della Consulta) della fattispecie di reato, potendo il resto essere

¹²³ Secondo la tesi di PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, oggi in ID, *Saggi di diritto penale*, II, Padova, 1965, p.157, cui aderì pure PECORARO ALBANI, *Riserva di legge – regolamento – norma penale in bianco*, in AAVV., *Scritti giuridici in onore di A. De Marsico*, II, Milano, 1960, p.285 e s. La Corte costituzionale ha condiviso questa impostazione, ad es., in Corte cost., 19 maggio 1964, n.36, in *Giur. Cost.*, 1964, p.483.

¹²⁴ Tale paradossale esito era già posto in evidenza da MARINUCCI, *Consuetudine*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p.503. La critica alla teorica *de qua* è oramai generalizzata. Cfr., in tal senso, TRAPANI, *Legge penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p.6; PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980, p.103; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.52; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.40; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, p.37. Rischia, in questo modo, di venire però "sottaciuto" il risvolto "garantista" della (certo non riproponibile) teorica in questione, la quale, degradando il regolamento a presupposto di fatto, faceva sì che esso fosse oggetto di dolo per poter considerare integrata la fattispecie di reato che vi rinviava. In questo senso v. PETROCELLI, *Norma penale*, cit., *passim*; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge*, cit., p.330. Per questa (contorta) via, molti lustri prima dei parziali "accoglimenti" della *Vorsatztheorie* operati da DONINI, *Il delitto contravvenzionale. Culpa juris ed oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*; ID., *Teoria del reato*, cit., p.302; e da BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997; la *scientia juris* quale componente del dolo faceva la sua comparsa nella scena penalistica italiana.

¹²⁵ Paradigmatica di questo indirizzo è la sent.26 del 1966 della Corte cost., pubblicata in *Giur. Cost.*, 1966, p.255, con nota di AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art.25*.

¹²⁶ In questo senso lo ricostruisce, del resto, anche uno degli odierni Autori favorevoli alla natura relativa della riserva. Così, infatti, CARACCIOLI, *Manuale*, cit., p.18.

previsto dall'Esecutivo¹²⁷. Una riprova di questa contestazione è nell'osservazione che l'impostazione criticata è stata utilizzata dalla Corte costituzionale per fini "difensivi" dello stato delle cose: sino a tutti gli anni ottanta "la tecnica di formulazione del precetto penale mediante rinvio al regolamento o all'atto amministrativo era passata del tutto indenne al vaglio della Corte, determinando un consolidato orientamento conservativo riguardo a tutte le fattispecie in tal modo formulate"¹²⁸.

Di fronte, peraltro, alle accennate obiezioni a questo *modus procedendi*, la Consulta muta indirizzo e dichiara infine la prima illegittimità costituzionale di un precetto penale per violazione del canone della riserva di legge. E quanto si verifica con la sent.282 del 1990¹²⁹. In tale decisione, che pure nominalmente si mantiene nel solco del precedente orientamento della sufficiente specificazione, si afferma che, al di là della integrazione meramente tecnica, il rinvio ad atto amministrativo è legittimo soltanto qualora questi preesista all'intervento del Legislatore e non integri un elemento della fattispecie, mentre, al contrario, esso è da qualificarsi come illegittimo là dove perduri la facoltà dell'Amministrazione di mutare, sostituire od abrogare l'atto stesso. In tal caso (che è quanto si verifica di regola), non ci troviamo di fronte al rinvio ad uno specifico atto, ma ad un potere subordinato a quello legislativo, nel che si concreta la violazione dell'art.25 comma 2 Cost. In sostanza, il rinvio recettizio è costituzionalmente legittimo, quello formale contrasta con il principio della riserva di legge¹³⁰. Peraltro, tali statuizioni sono limitate al presupposto che l'atto in questione abbia natura normativa¹³¹, di modo che l' "ultima" fase della giurisprudenza della Consulta pare ritenere legittimo il rinvio a provvedimento amministrativo¹³², cioè all'atto della P.A. privo dei requisiti di generalità ed

¹²⁷ Per tali critiche cfr. BRICOLA, *Teoria*, cit., p.42; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.52; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit. p.41. Favorevole alla teoria della sufficiente specificazione (sia pure in una peculiare accezione), invece, SINISCALCO, *Ratio di "certezza" e ratio di "garanzia" nella riserva di legge dell'art.25 comma 2 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1969, p.993; e, con specifico riferimento alle disposizioni incriminatrici in tema di mercati finanziari D'AGOSTINO - DI AMATO, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Padova, 1995, p.42.

¹²⁸ VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, p.996.

¹²⁹ Pubblicata in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, p.990.

¹³⁰ Echeggiano, dunque, nelle motivazioni della citata sentenza, alcuni dei passaggi dell'impostazione di M. GALLO, *Appunti*, cit., p.58.

¹³¹ Cfr. Corte cost., 14 giugno 1990, n.282, cit., p.990.

¹³² Ricostruiscono in questo senso la decisione della Corte costituzionale VICICONTE, *Nuovi orientamenti*, cit., p.1000; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 44.

astrattezza¹³³. In tal modo la Corte costituzionale sembra avere recepito quella elaborazione dottrinale che, mentre è critica sul rinvio a fonte regolamentare, individuandovi sempre una violazione della riserva, salva l'ipotesi della specificazione tecnica, ritiene invece pienamente legittimo il rinvio al provvedimento amministrativo, in quanto non svolgerebbe una funzione integratrice del precetto¹³⁴.

Alla luce di quanto precede, importanti conseguenze derivano in capo al modello della tutela penale delle funzioni. La legittimità di questo, che ci proponiamo in questa sede di chiarire, risulta limitata solo alle disposizioni incriminatrici preposte alla tutela dell'attività provvedimentale e non già di quella normativa della P.A. La fondatezza di tale distinzione non può, però, essere compresa se non in base ad una maggiormente approfondita analisi delle ragioni ultime che presiedono alla teorica che differenzia il rinvio al regolamento da quello al provvedimento in materia penale, il che è quanto tenteremo di fare nel prossimo paragrafo.

7. Fattispecie astratta, fattispecie concreta, bene giuridico, modalità di lesione e riserva assoluta di legge: l'incostituzionalità del rinvio alla potestà normativa della P.A. e la costituzionalità del modello ingiunzionale-provvedimentale. La legittimità della tutela penale delle funzioni della P.A. rispetto al "momento" istruttorio (acquisizione della situazione di conflitto di interessi) e provvedimentale (risoluzione in concreto del conflitto di interessi) e l'illegittimità della stessa in rapporto al "momento" normativo (risoluzione in astratto del conflitto di interessi). Per comprendere se ed in che misura sia legittimo il modello penalistico dei reati ad offesa funzionale dobbiamo verificare la sua compatibilità con i principi costituzionali che disegnano il volto di un moderno diritto penale. Se tale valutazione può dirsi aver avuto esito positivo in ordine alla tematica del bene protetto e dell'offensività¹³⁵, essa deve ora affrontare il tema della sua conformità con la riserva di

¹³³ Sul concetto di atto normativo v. le "classiche" pagine di CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p.238.

¹³⁴ In tal senso v. M. ROMANO, *Repressione della condotta*, cit., p.132; ID., *Commentario*, cit., p.37; VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano, 1974, p.64; ID., *Diritto penale*, cit., p.108; PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p.315; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.48; DE VERO, *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose*, in *Dig. Disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p.79; PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del "tipo"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, p.490; G. AZZALI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 2001, p.326. Da questa posizione si differenzia quella di M. GALLO, *Appunti*, cit., p.67, solo perché, come già chiarito, tale Autore nega spazio alla fonte regolamentare anche per la c.d. integrazione tecnica.

¹³⁵ E, dunque, almeno in prima battuta (salvo, cioè, una verifica delle singole figure di reato), anche rispetto al principio di colpevolezza, atteso che un rimprovero personale ed un tentativo di rieducazione può configurarsi solo in capo a chi sia consapevole (o poteva esserlo) dell'offesa arrecata, di modo che il rispetto integrale delle istanze di colpevolezza è subordinato alla costruzione di fattispecie offensive di significativi beni giuridici, alla stregua di un insegnamento che,

legge alla luce dei concreti *standard* in cui è intesa dalla giurisprudenza della Consulta. Quest'ultima pare avere da ultimo aderito a quella impostazione dottrinale che individua un riserva "tendenzialmente assoluta"¹³⁶, ovverosia che ammette rinvii ad atti della P.A. solo nel caso che questi siano provvedimenti e non già qualora siano regolamenti. Ne discenderebbe la legittimità della tutela penale delle funzioni solo allorché questa riguardi l'agire provvedimento dell'Amministrazione, e, nell'ipotesi di tutela penale del flusso informativo tra Autorità e cittadini, la legittimità delle figure incriminatrici nella misura in cui il dovere di comunicazione del privato alla pubblica autorità sia delineato o dalla legge o dal provvedimento della stessa Autorità, con esclusione dei casi in cui detto obbligo di informazione abbia fonte esclusivamente nei regolamenti emanati dalla P.A. Tale impostazione incide notevolmente sul dibattito relativo alla legittimità della tutela penale delle funzioni. Alla stregua della stessa si delinea una sorta di *summa divisio* tra attività normativa delle Autorità (insuscettibile di divenire oggetto di tutela penale) e restanti compiti delle stesse. Il discrimine non è di poco momento, alla luce della già ricordata significativa attività normativa che svolgono le Autorità indipendenti¹³⁷ e richiede, pertanto, un approfondimento delle ragioni addotte a sostegno delle predette conclusioni, al fine di vagliarne la plausibilità.

Gli Autori che hanno elaborato la teorica in esame hanno preso le mosse da una distinzione tra norme integratrici del precetto penale, in quanto apportatrici di un contributo alla figura legale astratta, cioè alla determinazione della "materia del divieto" o alla "creazione del tipo", ed elementi normativi non apportatori di un contributo del genere, ma che si limitano ad enucleare le condizioni di applicabilità della fattispecie incriminatrice¹³⁸. Orbene, mentre il regolamento partecipa *sempre* alla descrizione del tipo, in quanto svolge una fondamentale funzione valutativa¹³⁹, non altrettanto avviene per le prescrizioni

sulla scia di BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p.82, può dirsi ormai consolidato. Sul punto, da ultimo, cfr. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AAVV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2000, p.245, il quale, peraltro, nega che le fattispecie poste a tutela della Consob e della Banca d'Italia siano conformi ai canoni dell'offensività e, dunque, della colpevolezza. Tale conclusione si regge, però, sul disconoscimento della natura di veri beni giuridici in capo alle funzioni delle Autorità pubbliche di controllo e, pertanto, sta e cade con tale postulato, che si è in questa sede ritenuto di poter confutare.

¹³⁶ Secondo la nota definizione di M. ROMANO, *Repressione della condotta*, cit., p.171.

¹³⁷ E non solo da esse, ma da tutte le pubbliche amministrazioni, in un'epoca di significativa delegificazione come quella attuale, che vede sempre più accrescersi lo spazio lasciato alla normazione secondaria ad opera di strutture ministeriali ed enti pubblici locali.

¹³⁸ Cfr. M. ROMANO, *Repressione della condotta*, cit., p.133 e s.

¹³⁹ Così M. ROMANO, *Repressione della condotta*, cit., p.148.

individuali. Come attesta il “classico” esempio dell’incriminazione dell’inadempimento dei contratti di pubbliche forniture in tempo di guerra, il comando individuale non delinea il tipo, che è integralmente configurato dal Legislatore, ma è una mera concretizzazione di un elemento della fattispecie già legislativamente “disegnato”¹⁴⁰. Ne consegue che solo il comando generale ed astratto contribuisce alla descrizione della materia del divieto e solo rispetto a questo tipo di prescrizioni l’art.25 2° comma Cost. pone un’esclusiva legislativa¹⁴¹.

La legittimazione del modello ingiunzionale di incriminazione cui detta teorica perviene ha però incontrato le perplessità di altra parte della dottrina la quale vi ha intravisto un facile strumento di elusione delle vincoli posti dal principio di stretta legalità. Si è così osservato che ciò che conta non è tanto la qualificazione, in termini di provvedimento o di regolamento dell’atto amministrativo cui il precetto penale rinvia, ma la sua oggettiva rilevanza nella descrizione del tipo¹⁴², e che non è dato individuare alcuna differenziazione tra le predette categorie nella descrizione di una fattispecie come l’art.1164 del codice della navigazione, incriminatrice di chi “non osserva una disposizione di legge o di regolamento ovvero un provvedimento legalmente dato dall’autorità competente relativamente all’uso del demanio marittimo o aeronautico ovvero delle zone portuali di navigazione interna”¹⁴³.

A tali penetranti osservazioni critiche può replicarsi che unicamente il rinvio a fonte regolamentare deve reputarsi contrario alla riserva di legge in materia penale, al contrario del rinvio a fonte provvedimentale, solo qualora si riesca ad individuare una chiara matrice politico-criminale della distinzione che sia atta a coordinarsi con le istanze che hanno presieduto alla costituzionalizzazione del principio di stretta legalità. Tale operazione è - a parere dello scrivente - possibile approfondendo l’impostazione di chi ha individuato il discrimine tra l’area affidata in esclusiva alle opzioni del Legislatore e quella che può essere rimessa alle determinazioni singolari dell’Amministrazione alla luce della

¹⁴⁰ Cfr. M. ROMANO, *Repressione della condotta*, cit., p.157 e s.

¹⁴¹ Queste le conclusioni cui perviene la nota indagine di M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p.159.

¹⁴² Così BRICOLA, *Il II e il III comma dell’art.25*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili. Art.24-26*, Roma - Bologna, 1981, p.243.

¹⁴³ Per questo esempio cfr. BRICOLA, *op. loc. ult. cit.* Di recente, contestano la legittimità costituzionale del modello ingiunzionale di reato, non intravedendo distinzioni tra rinvio a fonte regolamentare e provvedimentale, GAMBERINI, *Riserva di legge*, in AAVV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2000, p.132; PARODI GIUSINO, *Nodi probelamntici in tema di fonti del sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2002, p.442 e s. Analogamente, rinviene nel rinvio a provvedimento un meccanismo non significativamente distinguibile, ai fini penalistici, da quello del rinvio a regolamento, GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, p.181.

bipartizione concettuale tra astratto e concreto. Essendo l'oggetto della riserva, la legge, un atto normativo caratterizzato dall'astrattezza, il principio in questione è rispettato se tutti gli elementi astratti della fattispecie sono delineati dalla legge, dovendosi intendere per elementi astratti quelli rispondenti al quesito "che cos'è?"¹⁴⁴. Come, individuato nell'uomo l'oggetto materiale dell'omicidio, all'ordinamento penale non interessa più precisare chi è la vittima, così all'Amministrazione pubblica può essere affidato di concretizzare certi dati astrattamente previsti dalla legge¹⁴⁵. Alla prescrizione individuale dell'Amministrazione residua, dunque, unicamente il compito di rispondere al quesito "quali sono nel caso di specie?", relativo ad elementi in astratto già delineati dal Legislatore¹⁴⁶.

Detta impostazione pare molto funzionale alla emersione della *ratio* profonda della differenziazione tra rinvio ad atto normativo e rinvio ad atto provvedimento nell'ambito di una fattispecie incriminatrice che sia atta ad individuare le ragioni della incompatibilità del primo modello con l'art.25 comma 2 Cost., al contrario di quanto si deve ritenere per il secondo paradigma. Essa, infatti, ci permette di comprendere che solo la delimitazione in astratto di una fattispecie incriminatrice deve essere monopolio esclusivo del Legislatore perché solo a quest'ultimo è dato individuare l'*essenza* di un reato, ovverosia "ciò per cui qualcosa è quello che è". Nel caso in cui il *quid* di cui si tratta è un reato, l'essenza dello stesso, cioè quello per cui tale comportamento è elevato al rango di reato, è l'interesse offeso dalla condotta incriminata, la cui rilevanza è considerata tanto preminente da prevalere sul contrapposto interesse alla libertà personale. Il compito di effettuare questo bilanciamento di interessi tra bene protetto e libertà personale non può che essere affidato al Legislatore¹⁴⁷. Infatti, il *Kern* della punibilità è il giudizio di preminenza di un dato bene sul fondamentale valore della libertà personale. E detto giudizio non può che essere *formulato in astratto*, tramite, cioè, la previsione degli elementi astratti della fattispecie, perché deve essere un giudizio che si riscontra *in ognuna delle situazioni concrete* sussumibili nella fattispecie astratta. Ogni qual volta si è integrato un dato reato deve dirsi verificato quel grado di offesa ad un bene giuridico così elevato che il Legislatore ha

¹⁴⁴ In tal senso v. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, cit., p.26; ID., *Diritto penale italiano*, cit., p.109.

¹⁴⁵ Per tale esempio cfr. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, p.27.

¹⁴⁶ Cfr. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, cit., p.27; ID., *Diritto penale italiano*, cit., p.109. Detta ricostruzione pare essere una raffinata evoluzione dell'impostazione di M. GALLO, *Appunti*, cit., p.67, che riconosce piena legittimità del rinvio a provvedimento individuale e pieno contrasto con l'art.25 2° comma Cost. del rinvio a norma secondaria generale ed astratta.

¹⁴⁷ Già AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, aveva precisato che il principio di stretta legalità in materia penale richiede che il bene protetto sia individuato dal Legislatore.

ritenuto intollerabile al punto da sacrificare la libertà personale dell'offensore. E questo può essere assicurato solo se il Legislatore individua egli stesso ciò che *in ogni realizzazione concreta* della fattispecie deve verificarsi, vale a dire gli elementi astratti della fattispecie. Sono questi che riflettono il disvalore penale della stessa, cioè la sua essenza, "quello per cui è quello che è", ovverossia un'offesa al bene protetto intollerabile al punto da sacrificare la libertà personale. Questo è il motivo per cui solo al Legislatore spetta la descrizione in astratto della norma incriminatrice. Egli deve indicare quale è il disvalore presente in *tutte* le fattispecie concrete che giustifica la punibilità.

Bisogna precisare che al Legislatore spetta individuare in tal modo tutte le modalità di lesione del bene protetto. Essendo infatti quello penale un illecito modale¹⁴⁸, ogni modalità di lesione individua un bilanciamento in astratto (cioè in tutti i casi in cui si integra un reato) tra l'offesa al bene protetto e la realizzazione di contro-interessi pure ritenuti meritevoli di tutela¹⁴⁹, e partecipa pure anch'essa, quindi, all'*essenza* di una determinata fattispecie (il motivo per cui si sacrifica la libertà personale). Gli elementi essenziali di una fattispecie incriminatrice delineano i punti di equilibrio tra interessi contrapposti, "esprimendo quello specifico contenuto di disvalore che è il risultato di un giudizio valutativo complesso che bilancia l'interesse oggetto di tutela con i c.d. contro-interessi di regola connessi al primo"¹⁵⁰. Tutte le modalità di lesione sono nient'altro, in un certo senso, che delle soglie di punibilità¹⁵¹, delimitando il conflitto di interessi contrapposti. Esse stabiliscono il punto di tollerabilità di tale contrasto, sancendo con la pena il superamento di tale linea di mediazione. Esse, in quanto elementi astratti della fattispecie, individuano il "cuore" del giudizio di disvalore: ogni qual volta una situazione concreta è sussumibile in quella astratta vuol dire che si è verificato quel superamento della mediazione che è stato ritenuto intollerabile al punto da sacrificare la libertà personale. E tale valutazione non può

¹⁴⁸ Cfr., *ex plurimis*, BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p.50; FIORELLA, *Reato in generale*, cit., p.816; M. GALLO – SEVERINO DI BENEDETTO, *Antigiuridicità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p.2; DONINI, *Teoria del reato*, cit., p.76.

¹⁴⁹ Il fatto di reato è descritto in modo da contemperare i contro-interessi "prossimi" al bene protetto, mentre quelli "remoti", che non vengono cioè ad intersecarsi con lo stesso nell'*id quod plerumque accidit*, vengono contemperati tramite il meccanismo delle cause di giustificazione. V., sul punto, le efficaci ricostruzioni di PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p.166 e s.; PULITANO', *Politica criminale*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., p.40.

¹⁵⁰ PALAZZO, *op. ult. cit.*, p.167.

¹⁵¹ Senza che con ciò si intenda in alcun modo prender posizione sull'appartenenza dogmatica (all'area del fatto o a quella della punibilità) delle soglie di punibilità *stricto sensu*, quelle stabilite con un parametro quantitativo o percentuale dal Legislatore, sul qual tema v. ora l'approfondito studio di SALCUNI, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità*, cit., *passim*.

che essere affidata al Legislatore, perché il “nucleo duro” della legalità penale risiede nell’essere solo l’organo parlamentare il legittimato ad individuare gli interessi (ed il grado di lesione agli stessi) la cui protezione comporta la rinuncia alla libertà personale.

Una volta individuata la *ratio* della “intuizione” per cui gli elementi astratti di fattispecie devono essere oggetto di “esclusiva legislativa”, si comprende facilmente perché gli atti normativi secondari non possono intervenire in materia penale. Questi ultimi, in quanto generali ed astratti, individuano dei contro-interessi che prevalgono su quello protetto non solo in un singolo episodio, ma in tutti i casi in cui si applica la fattispecie incriminatrice e, in quanto tali, partecipano alla descrizione dell’essenza del precetto penale, a ciò per cui qualcosa è *sempre* (ogni qual volta si realizza) reato. Pensiamo al regolamento della Consob che individua i casi ed i modi delle comunicazioni alla stessa. Qui è l’Amministrazione che individua la soglia di temperamento tra interesse all’informazione (che è il bene protetto) e quello alla massimizzazione del valore d’impresa (il contro-interesse tipico) che può includere l’interesse alla riservatezza su alcuni dati. Tale bilanciamento tra contrapposte istanze è fatto, però, in via generale ed astratta, per tutte le comunicazioni dovute dalla classe dei destinatari del regolamento Consob in questione. Ciò significa che è tale organo pubblico che individua la soglia di tollerabilità in astratto (cioè in tutti i casi) del conflitto tra interessi contrapposti, il cui superamento integra un reato. Ma così si sottrae al Legislatore il compito di delineare l’essenza della fattispecie criminosa. È la Consob ad indicare il “cuore” della punibilità. Alla domanda relativa a chi ha deciso che un certo comportamento, ogni qual volta si verifichi, debba essere punito, si dovrà rispondere la Consob, e non già il Legislatore. Ma in tal modo si viola il principio di stretta legalità¹⁵².

¹⁵² Merita forse di essere analizzata in questa sede una possibile obiezione a tali conclusioni, che sinora non è mai stata avanzata (probabilmente per l’assenza di specifiche trattazioni dedicate alle *Authorities* in ambito penalistico), ma che ben potrebbe esserlo in futuro in riferimento ad (alcune) Autorità amministrative indipendenti. Se la riserva assoluta di legge in materia penale è (anche) frutto dell’esigenza che le scelte di criminalizzazione siano assoggettate al controllo critico delle minoranze, secondo l’insegnamento di BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p.38, e di M. GALLO, *Appunti*, cit., p.48, ormai divenuto *vulgata* comune, non potrebbe ritenersi ciò assicurato anche dal meccanismo di nomina di determinate Autorità, che prevedono una significativa componente degli organi direttivi individuata dalle minoranze parlamentari?

A tale (allo stato) ipotetico interrogativo non potrebbe che fornirsi risposta negativa per due ragioni. *In primis*, bisogna rilevare come le norme che disciplinano la nomina ed il funzionamento degli organi di vertice delle predette Autorità sono finalizzate ad assicurare una sorta di “forzata concordia” tra le componenti espressioni della maggioranza e della minoranza parlamentare. Si pensi all’Autorità garante per le telecomunicazioni, i cui vertici sono nominati in misura paritaria dalle forze di maggioranza e di minoranza. È evidente che si persegue l’obiettivo del “governo comune”. Ma sono proprie le situazioni di “unione nazionale”, di ampia maggioranza, che “frustrano” la dialettica maggioranza-opposizione e, dunque, quelle istanze di controllo critico cui è preordinata la riserva, come rilevato da BRICOLA, *Il II e il III comma*, cit., p.248, e da PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p.232. Ma l’argomento decisivo contro tali “tentazioni” - cui potrebbe incorrere chi sia tentato dal trasporre *tout court* in ambito penalistico l’ampia legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti operata da larga parte della dottrina pubblicistica (e che in questa sede si è peraltro ritenuto di condividere) - è rappresentato dall’altro argomento fondante la riserva assoluta di legge in materia

Al contrario ciò non si verifica allorché il rinvio ad atto della P.A. riguardi solo il provvedimento. Questo non incide, per definizione, in via generale sulla fattispecie astratta, riguarda solo il caso concreto per cui è dettato¹⁵³. Il Legislatore, nell'adottare il modello ingiunzionale assicurando tutela all'attività provvedimentale della P.A. non delega quest'ultima a selezionare in via generale i contro-interessi prevalente sul bene protetto (violando così il 25 comma 2 Cost.) ma individua egli stesso il bene protetto nell'attività di *bilanciamento in concreto* degli interessi da parte dell'Amministrazione. Nel far ciò egli assolve il suo compito, poiché individua quale è il bene la cui offesa (ed il cui grado di offesa) è talmente intollerabile da giustificare il sacrificio della libertà personale, ed esso è l'attività di soluzione in concreto (cioè nel singolo caso e non in via astratta e generale) dei conflitti di interessi da parte dei pubblici poteri. Nel rinvio provvedimentale, gli interessi mediati dall'atto dell'Autorità restano del tutto al di fuori dell'oggettività giuridica¹⁵⁴, come già visto e come ora comprovato alla luce della considerazione che il bilanciamento effettuato nel caso particolare non ha capacità descrittiva del tipo, per la semplice ragione che non opera per l'intera classe delle fattispecie concrete ad esso riconducibile, e non individua in esso dei caratteri comuni, che rendano ragione della punibilità in ogni ipotesi di concretizzazione della fattispecie astratta.

Tirando le fila dell'analisi sinora condotta possiamo dire di essere pervenuti a significative conclusioni. Nel modello penalistico della tutela delle funzioni può riconoscersi una "tradizionale" ipotesi di fattispecie incriminatrici poste a protezione di vere e proprie oggettività giuridica (sostanzialmente riconducibili al buon andamento della P.A.) in grado di svolgere tutti i compiti al concetto tradizionalmente assegnati. Ciò non implica, però, una

penale, quello della "rappresentatività" delle assemblee parlamentari, sui cui v. DELITALA, *Cesare Beccarla ed il problema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964, p.968, ed oggi, nell'ottica di una moderna valorizzazione della teoria delle *Kulturnormen*, CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2002, p.63. Se la libertà dei cittadini può essere compressa solo se ciò è in sintonia con la coscienza sociale, è evidente che tale compito non può essere affidato a piccoli organismi composti da soli tecnici. Manca ad essi, per definizione, quella vasta rappresentatività delle varieguate componenti della società che sola può giustificare la pretesa punitiva in un ordinamento democratico.

¹⁵³ Qualora ciò non dovesse accadere saremmo senza dubbio di fronte ad una "truffa delle etichette" e, come paventato dagli Autori citati *sub* note 142 e 143, non si riuscirebbe a scorgere differenza alcuna tra fonte regolamentare e fonte provvedimentale. Ma di fronte a tali meccanismi di elusione dei vincoli costituzionali in tema di legalità penale sarebbe ben possibile invocare la disapplicazione da parte del giudice del (finto) provvedimento in quanto non conforme a legge. Infatti, ai sensi della l.400 del 1988, gli atti normativi della P.A. si devono distinguere da quelli procedurali anche per un preciso *iter* procedurale (visto della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato, pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale). Se, nelle vesti di un provvedimento (cioè in assenza di tali modalità procedurali), venisse adottato un atto normativo, esso violerebbe dette disposizioni di legge e dovrebbe pertanto essere disapplicato dal giudice (anche) penale alla stregua dei principi generali. Sui poteri di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale cfr., da ultimo, la disamina di GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., *passim*.

¹⁵⁴ Come sostenuto già da M. ROMANO, *Repressione della condotta*, cit., p.95; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.397.

legittimazione *in toto* di ogni fattispecie ad offesa funzionale. Il “vaglio” delle stesse alla luce del principio di stretta legalità induce a ritenere compatibile con il volto costituzionale dell’illecito penale soltanto la tutela penale dell’attività provvedimentale (risoluzione in concreto di un conflitto di interessi) e non già di quella normativa (risoluzione in astratto di un conflitto di interessi) della P.A. Per quanto attiene poi al momento “istruttorio” dell’agire dell’Amministrazione, ovverosia l’acquisizione dei dati alla luce dei quali prendere le proprie decisioni, la tutela della stessa mediante fattispecie volte a sanzionare penalmente le falsità o le omissioni di informazione alle Autorità pubbliche di vigilanza è legittima limitatamente quegli obblighi di comunicazione legalmente stabiliti o a quelle richieste di comunicazioni che, *per il singolo caso*, provengono da dette Autorità. Un obbligo generale di informazione che abbia, al contrario, la propria fonte in un atto normativo delle Autorità è, invece, insuscettibile di ricevere tutela penale in conformità all’art.25 comma 2 Cost.

Tale conclusioni comportano la illegittimità costituzionale di alcune delle fattispecie “minori” ancora vigenti in tema di false informazioni alle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari e, precisamente, di quelle in cui l’attività di individuazione degli obblighi di informazione è totalmente demandata all’organo di controllo del settore¹⁵⁵. Per le altre ipotesi bisognerà estromettere in via interpretativa dal tipo gli obblighi di comunicazione che abbiano fonte esclusiva nelle determinazioni normative delle Autorità, a pena di contrasto con il principio di stretta legalità¹⁵⁶.

Un che di simile si verifica anche in ordine al novellato art.2638 c.c. L’indeterminatezza del concetto di “pubbliche autorità di vigilanza” fa sì che vi possano essere incluse tutte le Amministrazioni pubbliche destinatarie di obblighi informativi provenienti da società e cooperative, come visto nei capitoli precedenti. La norma diviene quasi un “complemento”, nel momento “istruttorio” dell’agire pubblico, dell’art.650 c.p. Mentre quest’ultimo assicura la tutela penale del “prodotto finale” dell’agire della P.A., il 2638 c.c. protegge il momento “iniziale”, quella della raccolta dei dati necessari alle pubbliche determinazioni. Peraltro, gli obblighi di comunicazione tutelati dalla fattispecie sono solo quelli che hanno origine nella legge o nelle singole richieste delle Autorità, e non già quelli che trovano fonte esclusivamente in atti normativi della P.A. E’ ben vero che, in tal modo, si contravviene alla chiara indicazione della Commissione Giustizia della Camera che, come sopra ricordato, aveva determinato la sostituzione della locuzione “comunicazione imposte dalla

¹⁵⁵ E’ il caso dell’art. 169 Tuif.

¹⁵⁶ Secondo il suggerimento, come già ricordato, di SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., p.556.

legge”, di cui all’originario articolato, con quella di “previste sulla base della legge”, proprio per includervi quelle di fonte esclusivamente regolamentare, ma tale operazione di ortopedia giuridica è necessitata alla luce dei parametri costituzionali e può (anzi, deve) effettuarsi, atteso che non incontra il solo limite delle esegesi adeguatrici che è rappresentato dalla “aperta violenza” alla lettera della legge¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Così BRICOLA, *Il II e il III comma*, cit., p.275; PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale*, cit., p.96. La soluzione qui prospettata non si converte in una forzatura intollerabile alla *littera legis*, dato che “previste in base alla legge” può ben significare che abbiano “base esclusiva ” nella legge. Si tratta certo di una interpretazione restrittiva, ma, in definitiva, il criterio di correttezza delle esegesi restrittive o estensive è dato dalla conformità ai canoni di una interpretazione sistematica, come ricordato da CONTENUTO, *Interpretazione estensiva ed analogia*, oggi in ID., *Scritti*, cit., p.275, e non si vede un’esegesi maggiormente sistematica di quella che si informa ai principi costituzionali.

Capitolo Secondo

Breve storia della disciplina penale del mercato finanziario: dalla proliferazione delle disposizioni incriminatrici le false comunicazioni ad Autorità di vigilanza alla recente *reductio ad unum* con il novellato art.2.638 c.c. (e la “preterintenzionale” estensione del penalmente rilevante)

Sommario: 1. Il diffondersi di nuove forme di investimento in Italia e l'esigenza di tutelare il risparmio diffuso. L'intensificazione delle asimmetrie informative e l'istituzione delle Autorità di controllo sui “nuovi” mercati finanziari. – 2. Il “ritardo” italiano e le sue ragioni: la centralità del sistema creditizio nel finanziamento alle imprese. Una riprova: la risalente incriminazione del mendacio bancario. – 3. La legge istitutiva della Consob (l.216 del 1974) come primo esempio di tutela penale dell'interesse pubblico all'informazione societaria nell'ordinamento italiano. La proliferazione delle fattispecie di false comunicazioni ad organi di vigilanza negli anni 70 e 80 e il conseguente “caos” normativo. – 4. L'opera di razionalizzazione e (parziale) depenalizzazione degli anni 90: dal Testo Unico degli operatori bancari (d. lgs.385 del 1993) al Testo Unico degli intermediari finanziari (d. lgs.58 del 1998). – 5. Il “completamento” della razionalizzazione con il novellato art.2.638 c.c. Il “preterintenzionale” ampliamento della punibilità: una nuova “regina” del diritto penale economico? 6. L'abuso della legislazione delegata ed i connessi dubbi di legittimità costituzionale

1. *Il diffondersi di nuove forme di investimento in Italia e l'esigenza di tutelare il risparmio diffuso. L'intensificazione delle asimmetrie informative e l'istituzione delle Autorità di controllo sui “nuovi” mercati finanziari.* La riforma del diritto penale societario delineata dalla legge 366 del 2001 ha posto fine a quella divaricazione strutturale di tale sottosistema che aveva indotto autorevoli commentatori a parlare di una vera e propria “doppia velocità” del diritto penale commerciale, che vedeva da un lato stagliarsi il quasi immobile originario statuto penale dell'impresa, con vistose lacune di tutela, e, dall'altro, un crescente, per quanto disorganico, novero di fattispecie preposte alla tutela delle funzioni di organi quali la Banca d'Italia e la Consob che, dalla sua, sembrava “avere il futuro”¹. Tale “scarto” è senz'altro venuto meno alla luce della recente riforma che, ri-pensando l'insieme delle incriminazioni in tema di informazione societaria, ha avuto, perlomeno, l'indubbio merito di ricondurre ad unità tali differenziati poli normativi. Detta “omogeneizzazione” dei due sistemi si rivela, però, ad un attento esame, più apparente che reale e risolvendosi, in definitiva, in una unificazione meramente formale, “topografica”, in un medesimo testo legislativo di disposizioni provenienti dal “vecchio” e dal “nuovo” diritto penale societario che continuano ad essere profondamente differenziate, a livello

¹ Ci si riferisce alla nota diagnosi di MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1988, p.424.

strutturale, sotto una molteplicità di aspetti, relativi alle tecniche di tutela, alle oggettività giuridiche e, inoltre, alle reali *chances* di concreta applicazione in un quadro di generale disarmo dello strumento penalistico in materia commerciale quale è quello tracciato dalla 366 del 2001.

Preliminare all'analisi delle peculiarità strutturali delle fattispecie preposte alla tutela del rapporto informativo tra operatori finanziari e Autorità di vigilanza rispetto alle tradizionali figure incriminatrici le false comunicazioni sociali è la ricostruzione delle esigenze che hanno presieduto all'introduzione di tali figure criminose nel nostro ordinamento. Le fattispecie incriminatrici le false comunicazioni alle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari cominciano a diffondersi solo a partire dai primi anni settanta, con i reati previsti dalla legge 216 del 1974. Prima di quel provvedimento legislativo mancavano quasi del tutto norme rivolte a sanzionare penalmente il falso in una comunicazione sociale diretta ad un destinatario pubblico. Le ragioni che hanno indotto tale rilevante mutamento nel quadro del diritto penale economico italiano sono da rintracciarsi nelle modificazioni che in quegli anni veniva subendo il nostro sistema di finanziamento delle imprese, che passava da un modello caratterizzato dalla centralità dell'intermediazione bancaria ad uno che vede assegnare una sempre maggiore rilevanza all'eterofinanziamento tramite il mercato borsistico e, dunque, al diretto appello al risparmio diffuso.

Sino a tutti gli anni sessanta l'intermediazione finanziaria è stata, in Italia, appannaggio pressoché esclusivo del sistema bancario², tanto che si è giunti a parlare, in un'analisi retrospettiva di tale periodo, di una vera e propria "monocultura del mutuo"³.

Tale modello, che vedeva il finanziamento alle imprese effettuarsi tramite il sistema creditizio, prevalentemente in mano pubblica, entra in crisi nei primi anni settanta, per una serie di ragioni che possono sostanzialmente ricondursi a tre fattori principali: l'accoglimento di opzioni culturali di matrice statunitense, dove preminente è il finanziamento alle imprese da parte del mercato borsistico, l'apertura internazionale dei mercati dei capitali e l'armonizzazione a livello comunitario della disciplina degli stessi. Come effetto di tali mutamenti si determina un nuovo tipo di sistema finanziario, che vede sempre più accentuarsi il ruolo del mercato borsistico e, dunque, dell'intermediazione

² Per un quadro della situazione dell'epoca, e per un efficace critica allo stesso, in termini di costi per le imprese derivanti dall'intermediazione bancaria, v. BARCA-MANGHETTI, *L'Italia delle banche*, Roma, 1976.

³ L'icastica espressione è di BELVISO, *Gli "intermediari finanziari" (tra storia e nomenclatura)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p.166.

finanziaria “estranea” al tradizionale circuito bancario⁴. Si assiste ad un progressivo accrescimento della quota di risparmio che non è più “mediata” dal sistema creditizio, ma che viene direttamente investita dalle famiglie nel circuito delle imprese o che, alternativamente, viene affidata a operatori finanziari diversi dai tradizionali istituti bancari, a soggetti che fanno per la prima volta la comparsa nel sistema finanziario italiano e che sono, almeno originariamente, privi di ogni specifica regolamentazione legislativa⁵.

Tale nuova situazione fa emergere inedite esigenze di tutela, rivelandosi del tutto disfunzionali i tradizionali presidi penalistici dell’informazione societaria ad offrire adeguata protezione agli interessi conoscitivi vantati dai “nuovi” risparmiatori – investitori nei confronti delle aziende che richiedono loro credito. Se fino ad allora erano parsi sufficienti le norme in tema di false comunicazioni sociali, mendacio bancario e truffa per apprestare tutela a coloro che dovevano decidere se effettuare determinati investimenti in un’impresa che richiedeva capitali di rischio, così più non era. E ciò in quanto era mutata (*rectius*, si era arricchita) la tipologia degli investitori, non più costituiti solo da pochi istituti bancari o da grandi società di investimento, tutti soggetti dotati di elevate competenze “tecniche” e rilevante forza economica, e pertanto ben in grado di leggere tra le “pieghe” di un bilancio o di farsi prestare idonee garanzie per i crediti che si erogavano, ma composti oramai anche da singoli piccoli risparmiatori, neanche in grado di poter leggere una documentazione contabile, i quali si limitavano ad acquistare quote azionarie di una società o di un fondo comune di investimento senza sapere pressochè nulla della vita delle prima o dei criteri gestionali del secondo. Le tradizionali norme incriminatrici in tema di informazione societaria si rivelano funzionali ai bisogni di protezione del potenziale investitore solo allorché questi si trovi in una posizione sociale ed economica non troppo distanziata da quella dell’impresa che gli chiede un finanziamento. Solo se le asimmetrie informative non sono eccessive, in quanto il potenziale investitore è in grado di leggere correttamente, di analizzare e comprendere la documentazione contabile offerta, si può immaginare che la tutela della trasparenza del mercato possa attuarsi con la mera

⁴ Sulla evoluzione del mercato finanziario nel nostro Paese cfr. MONTI-ONADO, *Il mercato monetario e finanziario in Italia*, Bologna, 1993, p.31.; G. VISENTINI, *L’evoluzione del sistema finanziario italiano. I problemi attuali*, in ID., *Tre lezioni*, Milano, 1995, p.3. In un’ottica penalistica cfr. ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997, p.10.

⁵ La prolungata assenza di una disciplina legislativa specificamente rivolta agli intermediari finanziari diversi dalle tradizionali imprese creditizie è da ultimo ricordata da BELVISO, *Gli “intermediari finanziari”*, cit., p.167, il quale rileva come bisognerà attendere la legge n.77 del 1983 per una prima regolamentazione del fenomeno nel nostro ordinamento. A livello penalistico, ZANNOTTI, *op. cit.*, p.12, ricorda come tale lacuna normativa sia stata una delle concause di fenomeni degenerativi di tipo fraudolento che hanno caratterizzato il nascente settore degli intermediari finanziari (allora) atipici, tra cui quello noto come scandalo *Europrogramme*.

imposizione di un obbligo penalmente sanzionato di rendicontazione a carico di chi chiede un finanziamento. Là dove le disparità socio-economiche tra gli attori del mercato finanziario (come nel caso di rapporto tra grande azienda e singolo investitore o per il rapporto tra intermediario professionale e piccolo risparmiatore) sono tali e tante da rendere praticamente impossibile al potenziale investitore una autonoma ricostruzione - alla luce del mero dato contabile pur predisposto in base alle *leges artis* - della reale situazione patrimoniale del richiedente, allora c'è bisogno di istituire organi pubblici che intermedino nel rapporto tra grande azienda offerente o intermediaria e singolo risparmiatore. Deve essere, in altri termini, l'Autorità pubblica che (in quanto dotata delle indispensabili competenze tecniche) deve *sostituirsi* alla massa dei piccoli risparmiatori nella lettura del dato contabile proveniente dall'impresa finanziaria e che della veridicità dello stesso innanzi a tale platea deve, in una certa qual misura, rendersi *garante*⁶. Solo in questo modo può colmarsi quel *gap* informativo tra grande impresa richiedente il credito o quella di intermediazione finanziaria e il singolo potenziale investitore la cui permanenza comporta, al contrario, il rischio di impedire l'evoluzione del mercato finanziario in senso moderno, stante la prevedibile riottosità del singolo risparmiatore ad investire direttamente in un'impresa la cui situazione patrimoniale gli è del tutto inintelligibile. La creazione delle Autorità pubbliche di vigilanza è un altro episodio di quell'interventismo pubblico nell'economia che è diretto a sanare i c.d. fallimenti del mercato (nel caso di specie quello relativo al divario informativo azienda offerente – piccolo risparmiatore che, se non colmato, avrebbe ostacolato l'ulteriore sviluppo del settore finanziario)⁷. Le autorità della natura della Consob sorgono, quindi, per assicurare una informazione societaria veritiera e credibile ai destinatari ultimi della stessa in un'epoca in cui tra questi ultimi si devono

⁶ Che questo sia il ruolo giocato dalle Autorità di vigilanza del settore risulta comprovato alla luce di quella giurisprudenza che configura una responsabilità civile della Consob per non essersi sincerata della correttezza dei prospetti informativi sottoposti al controllo della stessa, qualora, dalla sua mancata contestazione della credibilità degli stessi, sia derivato danno ad alcuni investitori per aver fatto affidamento sulla veridicità di detti prospetti informativi. In tal senso cfr. Cass. Civ., sez. I, 3 marzo 2001, n.3132, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, p.10, con nota di PERRONE, *Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob*.

⁷ Anche se deve precisarsi che il ricorso, per questo scopo, non già ad un organismo funzionalmente e burocraticamente collegato all'Esecutivo, ma ad autorità amministrative indipendenti, segna un momento di crisi della stagione dell'intervento pubblico dell'economia, o, per lo meno, di radicale mutamento dello stesso, che non si "tollera" più sia espressione immediata e diretta dell'indirizzo politico della maggioranza contingente, ma che si ritiene debba essere legittimato dal sapere specialistico di cui siano portatori i suoi organi di vertici. Su questo aspetto è per ora sufficiente rinviare a CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. Soc.*, 1994, p.420; AMATO, *Le autorità indipendenti*, in VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p.369. La fondamentale problematica della compatibilità di tale emergente modello di Pubblica Amministrazione con il principio della separazione dei poteri in un moderno stato liberal-democratico ed i suoi decisivi riflessivi in ambito penalistico sarà analizzata nel prossimo capitolo, al quale, pertanto, si rinvia anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

annoverare non soltanto gli investitori istituzionali ma altresì i rappresentanti di quel risparmio diffuso che per la prima volta accede direttamente alla Borsa e che è, per definizione, privo degli strumenti per sincerarsi in via autonoma dell'affidabilità di chi richiede un finanziamento⁸.

2. Il "ritardo" italiano e le sue ragioni: la centralità del sistema creditizio nel finanziamento alle imprese. Una riprova: la risalente incriminazione del mendacio bancario. L'assoggettare il mercato finanziario al controllo pubblicistico di un organo di controllo, ed il correlato sorgere di fattispecie incriminatrici le false ed omesse comunicazioni alle predette Autorità si realizza a far data, secondo la *vulgata*, solo nei primi anni settanta e, quindi, "30-40 anni dopo le principali leggi straniere"⁹. Ci si riferisce, con tutta probabilità, all'istituzione della SEC, avvenuta subito dopo la crisi del 1929¹⁰. Ma anche in ambito europeo l'Italia fu preceduta da altri ordinamenti nell'istituzione di un organismo pubblico di controllo dei mercati finanziari, come nel caso della Francia, dove la *Commission des Opérations de Bourse* (Cob) fu istituita nel 1967¹¹, al pari di quanto avvenne in Grecia¹². Le ragioni del "ritardo" italiano - peraltro solo relativo atteso che altri Paesi hanno istituito la loro autorità molto più tardi¹³ - sono da rintracciarsi, come già accennato, nella centralità

⁸ Che questa sia la *ratio* che presiede alla creazione delle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari è posto in luce da pressochè tutti coloro che si sono occupati della materia. Cfr., sia pur con qualche diversità di accenti, G. ROSSI, *L'informazione societaria e l'organo di controllo*, in *Riv. Soc.*, 1981, p.765; ID., *La tutela della maggioranza, la Consob e il giudice*, in FLICK (a cura di), *CONSOB. L'istituzione e la legge penale*, Milano, 1987, p.36; FLICK, *Accessi al settore finanziario e segnalazione degli intermediari: controlli, obblighi, responsabilità*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1994, p.1212; PREDIERI, *Lo Stato come riduttore di asimmetrie informative nella regolazione dei mercati finanziari*, in AAVV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p.63; CASSESE, *La Commissione*, cit., p.412; ZANNOTTI, *La tutela penale*, cit., p.30;

⁹ Questo il giudizio espresso da CASSESE, *La Commissione*, cit., p.412.

¹⁰ E sulla quale v. quanto illustrato *supra sub* par.4 cap. I.

¹¹ Sulla Cob cfr. la DUCOULOUX FAVARD, *Le rôle parajudiciaire de la CONSOB italiana et de la COB française*, in *Riv. Soc.*, 1983, p.699; ID., *Nuovi poteri per la Cob, Commission des Opérations de Bourse*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p.680.

¹² Ai sensi della legge 148/67. Per ulteriori informazioni su detta Autorità cfr. il sito della stessa www.hcmc.gr

¹³ E' il caso della Germania, in cui la Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel fu istituita dal Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) che forma parte essenziale del Zweites Finanzmarktförderungsgesetz nel luglio 1994. All'istituzione di un organo di vigilanza sul mercato dei valori mobiliari, di cui non si sentiva alcun bisogno in quel Paese, si dette luogo solo sotto la "pressione" del diritto comunitario. In tal senso v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 1996, p.513. La BAWe ha iniziato ad operare il 1° gennaio 1995, come si può leggere sul suo sito all'indirizzo www.bawe.de. L'iberica Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) fu creata con la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, a sua volta profondamente modificata dalla Ley 37/1998. In Portogallo, fu il decreto legge 142 - A/91 a creare la CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários), sostituito dal Codice dei Valori Mobiliari del 1999, sul quale v. le riflessioni di DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Delitti contro l'economia e mercati finanziari. Abuso d'informazione ed agguattaggio nel nuovo Codice dei Valori Mobiliari*

del sistema bancario nella intermediazione finanziaria nel nostro Paese. Questa riduceva al minimo le possibilità di inganno e di danno in capo agli investitori finali, ovverossia i piccoli risparmiatori che depositavano le loro risorse presso un istituto di credito, atteso che quest'ultimo è obbligato al rimborso nei confronti dei propri clienti¹⁴ e, dunque, il pregiudizio economico ultimo delle frodi societarie non poneva, almeno direttamente, seriamente in pericolo il risparmio diffuso. Se le condotte fraudolente delle società che richiedevano prestiti erano tali da condurre all'insolvenza queste ultime, il singolo correntista ne rimaneva del tutto indenne. L'unico soggetto che si ritrovava a dover subire il pregiudizio economico "finale" era l'istituto di credito che aveva concesso il finanziamento. Era, pertanto, quest'ultimo che aveva semmai bisogno di una tutela rafforzata da parte del Legislatore, la quale era stata del resto prontamente apprestata con la risalente introduzione del mendacio bancario ad opera dell'art.95 della legge bancaria del 1936¹⁵. Il rafforzamento della disciplina penalistica relativa all'informazione societaria - che ha caratterizzata tutti i Paesi occidentali a seguito del crollo finanziario di Wall Street - mentre negli Stati Uniti si è tradotta nella creazione della Sec, da noi ha dato luogo all'inasprimento "draconiano" delle pene in tema di falso in bilancio ed alla creazione della fattispecie di mendacio bancario¹⁶. Questa differenza si spiega in base alle diverse caratteristiche dei due sistemi finanziari. Là dove preminente è il ruolo del sistema bancario, dato che i finanziatori in via immediata e diretta del sistema delle imprese non sono i piccoli risparmiatori ma gli enti creditizi, non si avverte l'esigenza di creare un organismo che sappia leggere nelle pieghe dei bilanci e render "accessibile" tali dati contabili alla massa dei minuti investitori, quanto piuttosto di tutelare più adeguatamente il mondo delle banche, rafforzando la protezione penale dell'informazione loro indirizzata¹⁷.

portoghese del 1999, in *Riv. Tri. Dir. pen. ec.*, 2000, p.1. In Nuova Zelanda la Securities Commission fu costituita alla luce del Securities Act del 1978, come si può leggere sul sito dell'autorità all'indirizzo www.sec-com.govt.nz

¹⁴ Da ultimo, valorizza questa peculiarità come caratteristica che permetterebbe di connotare tipologicamente un differenziato sotto-sistema bancario all'interno del diritto penale dei mercati finanziari LOSAPPIO, *Offensività ed oggetto di tutela nel sotto-sistema del diritto penale bancario. II*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2001, p.46.

¹⁵ Sul quale reato sia sufficiente, in questa sede, il rinvio a FOFFANI, *Reati bancari*, in AAVV., *Manuale*, cit., p.498, e alla bibliografia ivi citata.

¹⁶ Rivelatasi peraltro inutile in ragione della sua sussidiarietà rispetto ai reati di truffa e false comunicazioni sociali che hanno *in toto* assorbito l'ambito applicativo della stessa. Su tale fenomeno, "classiche" rimangono le pagine di VASSALI, *L'art.95 della legge bancaria*, in *Banca, borsa, tit. Cred.*, I, 1959, p.357. La "inutilità" della fattispecie di mendacio bancario ha da ultimo indotto il legislatore delegato, con la legge 366 del 2001, a non prevedere più tale incriminazione nel ridisegnato diritto penale commerciale.

¹⁷ Peraltro, come è stato rilevato da CARRIERO, *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, in *Contr. Impr.*, 1999, p.696 e, quivi, spec. p.704 e s., il disegno legislativo del controllo sul mondo bancario vedeva assegnare un ruolo centrale alla Banca d'Italia che si atteggiava, già negli anni 20, e a maggior ragione dopo la legge

Né l'altra esigenza di tutela che ha presieduto la creazione di fattispecie incriminatrici le false comunicazioni ad organi di vigilanza, quella relativa alla veridicità del rapporto informativo non già tra società emittente e singolo risparmiatore ma tra intermediario finanziario e investitore finale, si presentava particolarmente accentuata, attesa la natura prevalentemente pubblica degli intermediari in questione, le banche¹⁸. L'essere queste sotto la diretta gestione della mano pubblica, ed in un certo senso assimilate, per tipo di controlli, a quelli propri della Pubblica Amministrazione, riduceva al minimo le possibilità di frode in danno degli investitori: vi era bisogno di autorizzazione preventive per ogni singola operazione che gli operatori intendessero realizzare¹⁹, era sempre evocabile lo "spettro" dello statuto penale della P.A.²⁰, il che, almeno sul piano del "diritto vivente", non faceva emergere particolari lacune di tutela²¹.

È solo con la privatizzazione degli istituti creditizi che tali "baluardi" a tutela della correttezza gestionale degli stessi vengono meno e si avverte l'esigenza di creare, o di accentuare là dove esistente, quella ben diversa tecnica di tutela relativa alla penale protezione dei flussi informativi indirizzati alle Autorità di vigilanza, sul modello di quanto si era venuto realizzando sul mercato borsistico prima, e su quello assicurativo poi²². Come è stato efficacemente affermato a proposito del d. lgs. 385 del 1993, con il "nuovo" T.U. in

bancaria del 1936, con tutte le caratteristiche di un'autorità indipendente *ante litteram*, quanto ad indipendenza organizzativa e funzionale dall'Esecutivo. Il che attesta, a parer nostro, che le diversità tra i due sistemi atenevano solo al diverso peso specifico che assumevano, nel finanziamento alle imprese, il mondo creditizio ed il mercato borsistico, ma non già alle esigenze di autonomia dal potere politico dell'Autorità di controllo dei mercati finanziari, esigenza la quale sarà oggetto, come chiarito, di un più puntuale approfondimento nel prossimo capitolo.

¹⁸ Ancora fino ai primi anni 90, oltre il 70% del sistema bancario era in mano pubblica, come posto in luce, tra i tanti, da TREQUATRINI, *Da banche pubbliche a banche del pubblico: il testo unico ed il processo di privatizzazione*, in *Bancaria*, 1994, p.32.

¹⁹ Lo ricorda LOSAPPIO, *Offensività*, cit., p.65.

²⁰ Ci si riferisce alla dibattuta questione dello statuto pubblicistico degli operatori bancari. Così, ad esempio, riteneva applicabile le norme sui falsi in atti pubblici a tutto il settore della "alta amministrazione bancaria", locuzione nella quale sembrano *de plano* rientrare le comunicazioni agli organi di vigilanza, MARINUCCI, *Gestione d'impresa*, cit., p.445. Sulla tematica dello statuto penale dell'operatore bancario v. ora, in un'ottica "retrospettiva", il quadro tracciato da MANES, *Le qualifiche penali nel settore del credito e dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p.599.

²¹ E' significativo come ancora in uno scritto del 1985 di NUVOLONE, *La tutela penale della funzione di Banca*, oggi in ID., *Ultimi scritti (1981-1985)*, Padova, 1987, p.213, non si faccia alcun cenno alla tutela dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia.

²² Già MARINUCCI, *Gestione d'impresa*, cit., p.446, aveva posto in luce come la privatizzazione degli istituti di credito "imponesse" la costruzione di un nuovo sistema di tutela delle esigenze connesse al risparmio pubblico, pur "affrancato" dallo statuto penale della P.A. Ai giorni nostri, rinvengono le ragioni di un modello di diritto penale bancario incentrato sulla tutela dell'informazione societaria in base all'ordinaria disciplina codicistica e delle funzioni di controllo di Bankitalia nell'ormai "consumato" processo di privatizzazione del settore, BRESCIA MORRA, in FERRO LUZZI-CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e el dispozionbi d'attuazione*, III, Milano, 1996, p.2008; LOSAPPIO, *Offensività*, cit., p.64.

materia creditizia, si è passati “dalle difese *delle* banche alla difesa *dalle* banche”²³ e ciò in quanto la privatizzazione delle stesse fa sì che oramai anche in esse possa “annidarsi” il pericolo di frodi ed inganni ai danni dei piccoli investitori e impone pertanto una disciplina analoga a quella degli altri intermediari finanziari.

3. *La legge istitutiva della Consob (l.216 del 1974) come primo esempio di tutela penale dell'interesse pubblico all'informazione societaria nell'ordinamento italiano. La proliferazione delle fattispecie di false comunicazioni ad organi di vigilanza negli anni 70 e 80 e il conseguente “caos” normativo.* Le esigenze di garantire una informazione societaria che fosse accessibile e “decifrabile” da parte di piccoli risparmiatori che per la prima volta accedevano, in misura rilevante, al mercato borsistico e, dunque, al diretto finanziamento alle imprese, hanno indotto all'istituzione della Consob con la legge 216 del 1974. Tale normativa conteneva la prime incriminazioni le false, omesse e ritardate informazioni al nuovo organismo di controllo. Si è detto che in tal modo si era venuto delineando, per la prima volta nel nostro sistema, una protezione non già dell'interesse “intraneo” del socio ma di quello del risparmiatore-investitore estraneo all'impresa, nell'ottica della tutela del risparmio ai sensi dell'art.47 Cost.²⁴. In realtà questo giudizio può essere solo parzialmente condiviso, atteso che, come già analizzato nel primo capitolo, le più remote fattispecie in tema di false comunicazioni sociali vedevano già inclusi nell'area degli interessi protetti quelli conoscitivi dei potenziali investitori, nella cui tutela abbiano anzi individuato la ragion d'essere della autonomizzazione di tali fattispecie da quelle “comuni” di truffa. La vera peculiarità della tecnica di tutela che per la prima volta si introduce nel nostro ordinamento consiste piuttosto nell'individuazione, quale destinatario immediato e diretto dell'informazione, di una Autorità pubblica di controllo e non già del potenziale investitore, che resta “sullo sfondo”, oggetto di una protezione solo eventuale e mediata. Immediatamente leso (e dunque bene protetto delle fattispecie in tema di false od omesse comunicazioni ai sensi della 216/74) è piuttosto l'attività di vigilanza e di controllo della Consob²⁵, questo nuovo bene-istituzione che si viene per la prima volta a configurare.

²³ Così PATERNITI, *Posizioni soggettive d'autore di reato e modello sanzionatorio nel decreto legislativo n.481/92*, in MARINI (a cura di), *Diritto penale e attività bancaria (d. lg. vo 14 dicembre 1992, n.481 e T.U. approvato con d. lg. vo 1 settembre 1993, n.385)*, Padova, 1994, p.84.

²⁴ In tal senso v. il giudizio espresso da ROSSI, *La tutela della maggioranza*, cit., p.36; ZANNOTTI, *La tutela penale*, cit., p.31.

²⁵ Lo riconosce, del resto, lo stesso ZANNOTTI, *La tutela penale*, cit., p.48.

L'interesse che presiede la creazione delle norme in questione può, in definitiva, definirsi "pubblico" più nel senso che è proprio ed esclusivo di un ente pubblico che non in quanto avente come generale destinatario il "pubblico" dei potenziali investitori. Ci troviamo d'innanzi ad un esempio tipico di tutela penale delle funzioni, come avremo modo di più articolatamente considerare nel prossimo capitolo.

Non è da credere che la disciplina penale in tal modo apprestata dalla 216/74 "brillasse" per la particolare incisività. Al contrario si trattava illeciti penali costituiti in gran parte di contravvenzioni punite con la sola ammenda²⁶, tant'è che autorevole dottrina considerò tali norme come espressioni di una sostanziale volontà di non punire²⁷. Per di più tali fattispecie ebbero una "tormentata" vita, caratterizzata da depenalizzazioni e ripenalizzazioni, ampliamenti e modifiche²⁸. Il diritto penale dell'informazione ad autorità di vigilanza dei mercati finanziari conosce un primo significativo ampliamento con la legge n.77 del 1983, la quale istituisce una nuova figura di intermediario finanziario rappresentata dai fondi comuni d'investimento²⁹. L'esigenza di tutelare i piccoli risparmiatori che vengono ad operare sul mercato borsistico non è più soddisfatta solo tramite una riforma delle società emittenti che ha come elemento caratterizzante l'istituzione di obblighi informativi nei confronti dell'Autorità di settore (come era avvenuto con la l.216/74), ma anche mediante la creazione di nuove figure di intermediari finanziari, a loro volta tenuti ad una serie di doveri comunicativi rispetto alla Consob, la cui omissione o la cui falsità ha penale rilevanza³⁰. Si assiste così, per la prima volta, alla creazione di

²⁶ L'originario decreto legge (n.95 del 1974) prevedeva anzi esclusivamente incriminazioni di questo tipo, e fu solo in sede di conversione parlamentare che furono introdotte previsioni delittuose, come ricorda ZANNOTTI, *La tutela penale*, cit., p.33.

²⁷ Cfr. M. ROMANO, *Osservazioni generali sulle nuove norme di diritto penale societario*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p.34. A proposito di tali incriminazioni pare fondato il sospetto che ci si trovasse innanzi ad un uso meramente simbolico del diritto penale a fini di tacitazione di emergenti istanze sociali di controllo dei mercati finanziari, con il corollario di lasciar sostanzialmente prive di una adeguata ed effettiva risposta tali istanze. Per una vigorosa critica a tale utilizzo simbolico del diritto penale v. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p.42 e s.

²⁸ Su tali fattispecie e sulle loro vicende cfr., per un quadro generale, PALMIERI, *Le false comunicazioni nella legge n.216/74 e nelle sue successive modificazioni*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1990, p.461.

²⁹ Sulla decisiva rilevanza di tale provvedimento legislativo nella costruzione di un moderno mercato finanziario cfr., nella dottrina commercialistica, BELVISO, *Gli "intermediari finanziari"*, cit., p.167; MINERVINI, *La Consob*, Napoli, 1989, p.27.

³⁰ Sulle fattispecie incriminatrici introdotte dalla 77 del 1983 cfr. BRICOLA, *La disciplina penale dell'intermediazione finanziaria nella legge n.77 del 23 marzo 1983*, in JAEGER-CASELLA (a cura di), *I fondi comuni d'investimento*, Milano, 1984, p.217; MAZZACUVA, *Fondi comuni d'investimento e false informazioni alla Banca d'Italia: profili penalistici*, ivi, p.285; M. ROMANO, *Fondi comuni di investimento mobiliare e disposizioni penali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, p.188; LA VILLA, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p.544; MENCARELLI, *Profili penali della legge sui fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, p.305.

due sottosistemi di obblighi di informazione ad Autorità di vigilanza dei mercati finanziari penalmente sanzionati: l'uno relativo alle società emittenti e l'altro proprio degli intermediari finanziari. Questa bipartizione sarà una caratteristica che accompagnerà il successivo sviluppo del sistema giuspenalisticco dei mercati finanziari e che, per quanto attenuata alla luce della riforma di cui alla l.366/2001 non è del tutto venuta meno, residuando una significativa traccia di tale distinzione nella configurazione di due distinte fattispecie, una relativa al falso nel prospetto informativo (norma con la quale si colpisce il falso "tipico" delle società emittenti), l'altra al falso od all'ostacolo alle Autorità di vigilanza. Altre modifiche, connotate da un sostanziale rafforzamento dei poteri della Consob sono contenute nella legge n.281 del 1985³¹. Alla stessa seguono altri provvedimenti legislativi come il D. lgs. 10 del 1992 e 85 del 1992, la l.561 del 1993, e il d. lgs.415 del 1996 (c.d. decreto Eurosim, attuativo di una serie di direttive comunitarie in tema di società di intermediazione finanziaria)³².

Dai primi anni novanta, in seguito al processo di "privatizzazione", tanto sul piano degli assetti proprietari quanto su quello della veste giuridica, del mondo bancario, inizia a svilupparsi un sottosistema penale creditizio che si struttura su moduli analoghi a quelli originariamente previsti per il mercato borsistico e per le società di intermediazione finanziaria, con un ruolo centrale attribuito alle fattispecie incriminatrici le false, le omesse e le ritardate comunicazioni all'organo di vigilanza. Vi è un'altra ragione che induce ad assoggettare a controllo pubblico l'intera area dell'intermediazione finanziaria, ed è rappresentato dal fenomeno del riciclaggio, che non sarebbe efficacemente contrastato da una disciplina del mercato finanziario che solo per alcuni degli operatori prevedesse forme di controllo pubblico³³. Si configurano in tal modo, nel settore bancario, incriminazioni

³¹ Sulle quali v. le considerazioni di MELCHIONDA, *Mercato dei valori mobiliari e tutela penale dell'informazione societaria*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, p.611; ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.37. Per la ricostruzione della tutela penale apprestata alla Consob dopo tale disposizione cfr. BARTULLI, *Commissione nazionale per le società e la borsa (disposizioni penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p.324 e, più in generale, per quanto concerne la disciplina penale del mercato dei valori mobiliari, MELCHIONDA, *Mercato dei valori mobiliari (tutela penale del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.

³² Sulle disposizioni incriminatrici contenute in questo provvedimento legislativo cfr. i commenti ai singoli reati contenuti in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commento al decreto legislativo 23 luglio 1996, n.415 di recepimento della direttiva Eurosim*, Padova, 1997. Per un quadro di sintesi dell'evoluzione delle fattispecie incriminatrici in questione cfr. ZANNOTTI, *op. cit.*, p.38.

³³ Individuano nella "lotta" al riciclaggio di denaro proveniente da reato una delle principali ragioni dell'assoggettamento a controllo pubblico di ogni tipo di intermediario finanziario SICA, *Norme antiriciclaggio e attività di vigilanza bancaria e finanziaria*, in *Mondo bancario*, 1995, p.52; BELVISO, *Gli "intermediari finanziari"*, cit., p.171. Il legame tra le fattispecie di riciclaggio e quelle in tema di intermediari finanziari è posta al centro degli scritti raccolti in MANNA (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000. Deve peraltro evidenziarsi come la disciplina pubblicistica a questo fine dettata ha visto progressivamente mutare lo scopo in

“gemellari”, nella loro struttura (ma non quanto a carico sanzionatorio, con tutte le discrasie di tutela ed i dubbi sull’irragionevole disparità che è facile immaginare), a quelle preposte alla tutela della Consob. Il processo può ricondursi sin alla l.281 del 1985³⁴, per poi vedere un ruolo centrale ricoperto dall’organica riforma dell’intero ordinamento bancario, prima con il d. lgs. 481 del 1992³⁵, e poi con il d. lgs. 385 del 1993, il nuovo Testo Unico in materia bancaria (d’ora in poi Tulb)³⁶.

Al quadro tracciato devono aggiungersi le disposizioni che si introducono per la tutela penale dell’Isvap, l’autorità di controllo del mercato assicurativo, che si struttura sulle linee di fondo di quanto previsto per Consob e Banca d’Italia³⁷, il che non deve stupire, atteso che le differenziazioni tra i diversi “segmenti” del mercato finanziario vengono progressivamente attenuandosi, in forza delle spinte comunitarie e dei processi di

vista del quale era prevista, passando sempre più in secondo piano quello del contrasto al riciclaggio in luogo di quello di assicurare la corretta gestione dei soggetti operanti sul mercato, con una sempre più insistita accentuazione sul rispetto degli *standard* prudenziali e dei requisiti non solo di onorabilità ma anche di professionalità di chi è chiamato a ricoprire cariche dirigenziali in tali società. Su tale mutamento di prospettiva sono unanimi tutti i commentatori. Cfr., sul punto, BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, Milano, 1991, p.117; MASI, *Prime note sulla legge antiriciclaggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p.139; ANTONUCCI, *Gli intermediari finanziari “residuali”. Dalla legge antiriciclaggio al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Rassegna economica*, 1994, p.245; BELVISO, *op. cit.*, p.173, che a proposito scrive di una vera e propria “eterogenesi dei fini”.

³⁴ Sulle incriminazioni a tutela di Bankitalia introdotte da tale provvedimento v. SEVERINO DI BENEDETTO, *Le fattispecie di omessa e falsa comunicazione alla Banca d’Italia nella legge 4 giugno 1985 n.285*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p.368. Su tali disposizioni cfr. altresì le trattazioni contenute in FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario (Reati bancari in senso stretto)*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1988, p.489; BARTULLI, *Banca (reati in materia bancaria)*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p.418; LEMME, *Reati bancari*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1992.

³⁵ Sulle cui disposizioni penalistiche v., oltre gli scritti raccolti da MARINI, *Diritto penale*, cit., D’AGOSTINO, *Le nuove disposizioni penali in materia di reati bancari (D. Lg. 14 dicembre 1992, n.481)*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1993, p.290.

³⁶ Sul quale, tra i penalisti, cfr. CARACCIOLI, *Il nuovo diritto penale bancario italiano: commento al T.U. 1° settembre 1993, n.385*, in *Impresa*, 1995, p.791; D’AGOSTINO, *Il nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: brevi considerazioni di carattere generale*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1993, p.786; ROSSI VANNINI, *Banca: reati in materia bancaria*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995, appendice, p.782; STORTONI-MEYER, *La tutela penale dell’attività di vigilanza della Banca d’Italia*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1994, p.823; BONINI, *L’art.140 testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia nel contesto attuale del diritto penale dell’economia*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1996, p.411; CERASE, *I nuovi reati bancari*, in *Cass. Pen.*, 1993, p.1864; CANO, *La tutela penale dell’informazione societaria dalla prospettiva della legislazione “Antitrust” all’evoluzione nel Testo Unico della nuova Legge Bancaria*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1996, p.445; CASTALDO, *Tecniche di tutela e di intervento nel nuovo diritto penale bancario*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1994, p.401; ZANOTTI, *La tutela penale della vigilanza bancaria*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1999, p.576; oltre alle analisi delle singole disposizioni incriminatrici contenute nei commentari di CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994; FERRO LUZZI-CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, cit.. In una prospettiva comparata e di riforma cfr. CASTALDO (a cura di), *La disciplina penale dell’attività bancaria: esperienze a confronto*, in *Studi Urbinati*, 1994-1995;

³⁷ Con la legge 9-1-1991 n.20, che integra la legge istitutiva dell’Isvap, l’intervento penale si è esteso al settore assicurativo, come riferisce PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, p.655. Sulle fattispecie incriminatrici contenute in tale legge cfr. BELLACOSA, *Assicurazione. XIII) Disposizioni penali in materia di assicurazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, III, Roma, 1991.

privatizzazione³⁸ e sempre più simili appaiono le esigenze di tutela: qui, come nel mercato del credito ed in quello borsistico, si tratta di tutelare il piccoli risparmiatori che timidamente si affacciano sul mercato dei capitali di fronte ad una situazione economica e ad una corrispondente rappresentazione contabile non decifrabile con le loro sole forze.

Tale sottosistema di tutela penale della vigilanza dell'Isvap si differenzia però in notevole misura da quello che pure ne costituisce l'originario modello, rappresentato dalle disposizioni incriminatrici le false, omesse, ritardate comunicazioni alla Consob e l'ostacolo alla sua attività previste dalla 216/74 e successive modifiche³⁹. A seguito del d. lgs. 174 del 1995, che ha depenalizzato molte delle originarie fattispecie incriminatrici introdotte nel 1991, residuano solo due previsioni di reato: la contravvenzione di non ottemperanza alle prescrizioni dell'Isvap (3° comma art.3 l.20/1991), punita con l'arresto fino a tre mesi, e quella di omessa o ritardata comunicazione all'Isvap di atti aventi contenuto patrimoniale che le società intendono porre in essere con soggetti controllanti o con società da quest'ultime controllate, allorché dall'atto in questione sia derivato pregiudizio delle garanzie poste nell'interesse degli assicurati (2° comma art.16 l.20/1991), punita con l'arresto fino a sei mesi⁴⁰. Si tratta di una tutela che solo in minima misura ricorda l'originario modello punitivo, composta esclusivamente di contravvenzioni e dove, per di più, la fattispecie più grave, quella dell'art.16 della legge 20 del 1991, non incrimina il falso in sé all'Isvap (tutelando quindi le funzioni di controllo di quest'ultima), ma solo quello da cui sia derivato un pregiudizio patrimoniale per gli assicurati, quasi una singolarissima anticipazione delle linee guida della riforma delle false comunicazioni sociali avvenuta con la l.366 del 2001. Il sottosistema della tutela penale dell'Isvap risulta,

³⁸ Mentre l'originaria regolamentazione dei soggetti operanti sul mercato finanziario, e dei prodotti loro offerti, originariamente si caratterizzava per una rigida compartimentazione, con la successiva evoluzione tali distanze sono andate via via attenuandosi: i processi di globalizzazione e di innovazione dei mercati hanno mutato radicalmente la situazione. In primo luogo è cambiata la medesima domanda, sempre più orientata verso forme di *full service*. Ciò ha indotto una sempre maggiore integrazione e sovrapposibilità degli strumenti offerti dai vari operatori del mercato finanziario, a prescindere dalla loro "provenienza" dal settore borsistico anziché quello assicurativo o creditizio. Su tale processo cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994, p.60 e, in una prospettiva penalistica, ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.18. Per quanto concerne specificamente il settore assicurativo, e la sua perdita di "specificità", cfr. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, ID., *Assicurazioni sulla vita, fondi assicurativi e fondi comuni di investimento*, in *Giur. comm.*, 1984, p.227.

³⁹ Seguendo un'intima esigenza di coerenza delle scelte repressive che era stata da tempo segnalata da attenta dottrina. Sul punto, cfr., infatti, MARINUCCI, *Gestione d'impresa*, cit., p.242, che lamentava all'epoca la totale mancanza di tutela penale dell'Isvap, benché organo deputato a controllare una categoria di imprese (quelle assicurative) che vedevano progressivamente accrescere il loro ruolo nell'economia nazionale anche per i numerosi "sconfinamenti" nel settore creditizio e finanziario. Analoghe considerazioni erano svolte da BRICOLA, *Profili penali del mercato finanziario*, in COSTI (a cura di), *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni Ottanta*, Milano, 1990, p.119.

⁴⁰ Su tali disposizioni incriminatrici v. BRUNO, *Banche ed assicurazioni: profili sanzionatori*, in *Cass. Pen.*, 1997, p.2620; CONTI, *I reati in materia di comunicazioni sociali*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto*, cit., p.182 e p.186.

dunque, presentare una dimensione “minimale” sia per tipologia di incriminazioni che per apparato sanzionatorio, il che rende ragione a chi, pur dopo l’avvenuta introduzione di una protezione penale per l’organo di controllo del mercato assicurativo con la l.20 del 1991, continua a parlare di una “minorata tutela del settore assicurativo”⁴¹.

Ultimo arrivato in questa “gara” alla tutela penale dell’Autorità di controllo dei mercati finanziari (pur con tutte le asimmetrie cui abbiamo ora accennato) è il settore dei fondi pensione. L’originaria disciplina istitutiva dei fondi pensione, l’art.3 della legge 241 del 1992, non prevedeva alcuna disposizione incriminatrice. Queste furono introdotte soltanto dalla l.335 del 1995, che ha introdotto nel d. lgs. 124 del 1993, attuativo della delega conferita dalla l.241 del 1992, un art.18 *bis* che prevede sanzioni penali ed amministrative, delineando un panorama normativo che ricalca gli schemi tradizionali del diritto penale dei mercati finanziari in quanto incentrato sulla tutela dell’autorità di vigilanza del settore, la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, prevedendo anche l’incriminazione dell’abusivismo⁴². Oltre ad essere sanzionato in via amministrativa l’inottemperanza alle prescrizioni di tale organismo, è punito con l’arresto da sei mesi a tre anni il fornire alla commissione segnalazioni, dati e documenti falsi⁴³.

Il quadro appena tracciato dell’evoluzione della disciplina penale del mercato finanziario permette ora di comprendere la complessiva valutazione in termini di asistematicità che la dottrina ha sinora dato di questa particolare branca del diritto penale dell’economia⁴⁴. L’affiancarsi di discipline penali preposte a tutelare l’attività di vigilanza delle varie Autorità di settore, il più delle volte soltanto parzialmente omogenee quanto a tecniche (ad una generale prevalenza del modello contravvenzionale si accompagnano significative e rigorose ipotesi delittuose) e ad oggetti di tutela (la protezione delle funzioni delle Autorità, ma si ricordi l’eccezione dell’Isvap), le profonde differenze ordine al carico sanzionatorio (da una pena massima di sei mesi di arresto per il falso all’Isvap si passava ai cinque anni di reclusione per il mendacio alla Banca d’Italia) , l’equiparazione *quoad poenam* tra condotte di disvalore profondamente disomogeneo (era il caso delle omesse, ritardate o incomplete comunicazioni alla Consob), l’ampio utilizzo della tecnica del rinvio e la

⁴¹ Così ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.101.

⁴² Per tale giudizio cfr. PEDRAZZI, *Fondi pensione (disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen., Aggiornamento*, Torino, 2000, p.297.

⁴³ Per un commento di queste disposizioni cfr. PEDRAZZI, *Fondi pensione*, cit., p.298.

⁴⁴ Per tale valutazione cfr., *ex plurimis*, PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.655; MELCHIONDA, *Mercato*, cit., p.1; ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.7.

codeterminazione delle condotte doverose (e, dunque, dell'area dell'illecito anche penale) ad opera degli atti normativi delle Autorità, avevano determinato un panorama normativo intriso di discrasie, al limite del caotico⁴⁵, e bisognoso tanto più di una razionalizzazione in quanto, dal punto di vista dell'evoluzione economica dei mercati finanziari, questi tendevano a convergere in sempre maggior misura, di modo che sempre meno risultava giustificabile una tale "selva" di incriminazioni. Non a caso, alcuni dei più autorevoli commentatori della materia, ritenevano ormai maturi i tempi per la costruzione normativa di una parte generale della disciplina del mercato finanziario⁴⁶, al cui interno collocare quella del diritto penale relativo allo stesso, una volta chiarito che la modellistica legislativa si incentrava su tre tipi di figure criminose ricorrenti, il mendacio, l'ostacolo all'autorità di vigilanza e l'abusivo esercizio dell'attività⁴⁷.

4. *L'opera di razionalizzazione e (parziale) depenalizzazione degli anni 90: dal testo Unico degli operatori bancari (d. lgs.385 del 1993) al Testo Unico degli intermediari finanziari (d. lgs.58 del 1998).* Agli auspici di una razionalizzazione dell'imponente congerie di incriminazioni in tema di intermediazione finanziaria non è rimasto insensibile il medesimo Legislatore che, in occasione di dare attuazione ad una serie di direttive comunitarie finalizzate all'armonizzazione della disciplina dei mercati del credito e di quello borsistico, ha provveduto ad accorpate e a ridisegnare l'intera materia in due testi unici, il Tulb (testo unico delle leggi in materia bancaria), cioè il d. lgs. 385 del 1993⁴⁸ ed il Tuif (testo unico dell'intermediazione finanziaria), ovvero il d. lgs. 58 del 1998⁴⁹. Questi due

⁴⁵ Un paradigmatico esempio della confusione, ai limite della non decrittibilità del sistema delle incriminazioni, è rappresentato dalla circostanza per cui in uno degli ultimi commentari del diritto penale dell'economia è riportata come vigente una formulazione dell'art.16 n.3 della l.20 del 1991, che appresta tutela penale all'Isvap, precedente a quella ultimo di cui alla modifica apportata con d. lgs. 174 del 1995. Cfr., in tal senso, CONTI, *I reati*, cit., p.182. Se la caoticità ed il carattere "alluvionale" degli interventi legislativi in materia ha tratto in inganno uno dei più valenti studiosi della materia, è facile immaginare il grado di conoscenza del sistema da parte del *quibus de populo*. L'accessibilità e la conoscibilità del precetto penale, che secondo l'insegnamento della sent.364/1988 della Corte costituzionale costituisce un preciso onere del Legislatore penale, è ben lungi dall'essersi qui realizzata.

⁴⁶ Così COSTI, *Informazione e mercato finanziario*, in *Banca Impresa Società*, 1989, p.205.

⁴⁷ Questo era l'auspicio autorevolmente avanzato da BRICOLA, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p.29 che giungeva a prefigurare un "diritto penale uniforme" in tema di mercato finanziario. Ritenevano, invece, non ancora maturi i tempi, stante le rilevanti peculiarità di disciplina caratterizzanti le varieguate tipologie di intermediari finanziari, per un unitario statuto penale degli operatori del mercato finanziario ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.3; LOSAPPIO, *Offensività*, cit., p.82.

⁴⁸ Sul quale v. i commenti di cui alla nota 36.

⁴⁹ Su tale importante provvedimento legislativo cfr., in generale, AAVV., *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998; LACAITA-NAPOLEONI (a cura di), *Il Testo Unico dei mercati finanziari*, Milano, 1998; RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria*, Milano, 1998; ALPA-CAPRIGLIONE (a cura di),

provvedimenti normativi presentano numerose analogie strutturali per quanto concerne l'intervento punitivo, e sul versante strettamente penalistico e su quello dell'illecito punitivo-amministrativo. In entrambi casi la tutela penale si impernia su tre soli modelli: l'incriminazione dell'abusivismo, delle falsità e degli ostacoli relativi all'Autorità di vigilanza del settore. Le precedenti figure criminose dell'omessa comunicazione o del ritardo nell'invio di notizie alle predette Autorità sono state depenalizzate seguendo le indicazioni della dottrina che si era occupata del tema, la quale aveva rilevato lo scarso disvalore che presentavano tali condotte in ordine alla medesima esigenza di tutela delle funzioni della Banca d'Italia e della Consob⁵⁰.

I due testi unici si connotavano, quindi, per una complessiva razionalizzazione non soltanto nel senso di una sistematizzazione e consolidamento delle figure d'illecito, ma anche in quello di un uso più parco della sanzione penale. A questi indubbi segnali positivi si accompagnavano però disposizioni di diverso segno, manifestazione di una persistenza nelle "cattive abitudini"⁵¹, come l'ampio utilizzo della tecnica del rinvio, l'equiparazione di fattispecie dal differente disvalore in un'unica generica previsione incriminatrice⁵², l'ampio spazio attribuito alla regolamentazione secondaria emanata dalle Autorità di settore che

Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, Padova, 1998; CAMPOBASSO (a cura di), *Testo Unico della finanza*, Torino, 2001, tutti con commenti alle disposizioni incriminatrici ivi contenute, specificamente rivolti ad analizzare le figure criminose del Tuif sono gli scritti di CONTI, *Profili penalistici del testo unico sull'intermediazione finanziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p.554; MUCCIARELLI, *La tutela penale dell'intermediazione finanziaria e della trasparenza dei mercati nel d. legisl. N.58 del 1998 (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 1998, p.1176; ID., *La tutela penale dell'intermediazione finanziaria e della trasparenza dei mercati nel d. legisl. N.58 del 1998 (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 1998, p.1299; VALENTI, *D. Lgs. 58/1998. Il sistema delle sanzioni penali e amministrative*, in *Le Società*, 1998, p.569; PISTORELLI, *Corporate governance. Il nuovo assetto delle responsabilità penali*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1999, p.294.

⁵⁰ Per questi auspici che hanno trovato un pronto (quanto inaspettato) accoglimento legislativo, sia pur parziale, cfr. FOFFANI, *La tutela della trasparenza della proprietà azionaria come esempio di anticipazione dell'intervento penale nella disciplina del mercato finanziario*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1995, p.35; BONINI, *Falsità, omissione, ritardo nelle comunicazioni e violazioni di divieti in materia di "SIM", tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1997, p.859; ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.207, anche se deve rilevarsi che, nel dibattito dottrinale si proponeva la depenalizzazione anche delle condotte di ostacolo all'attività degli organi di vigilanza, ritenute di non chiaro contenuto e pertanto suscettibili di entrare in contrasto con il principio di tassatività. Il Legislatore è sempre rimasto "sordo" a detto richiamo, tanto che anche nell'attuale "versione" dell'art.2638 c.c. tale modello criminoso è tuttora presente (sia pur con alcune limitazioni e accorgimenti che vorrebbero limitarne il contrasto con l'art.25 2° comma Cost.). Tra i primi commentatori del Tuif segnala il recupero del principio di offensività da parte dello stesso SGUBBI, *Le sanzioni*, in AAVV., *La riforma delle società quotate*, cit., p.294.

⁵¹ Così SGUBBI, *op. cit.*, p.300.

⁵² Era il caso, ad esempio, dell'art.174 Tuif, che sembrava accomunare informazioni profondamente eterogenee tra loro, come quelle destinate alla Consob con altre indirizzate al pubblico, come rilevato, oltre che da SGUBBI, *op. loc. ult. cit.*, da PORTOLANO, *Commento*, in ALPA-CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, III, Padova, 1998, p.1606.

pone sempre in crisi l'integrale rispetto del principio di legalità penale⁵³. Alcune locuzioni utilizzate per individuare i soggetti attivi di alcuni dei reati previsti dai due *corpus* normativi ponevano problemi in ordine al rispetto del principio di tassatività⁵⁴. Permanevano le asimmetrie sanzionatorie tra tipologie di offesa omogenee, quanto a disvalore penale⁵⁵, non era chiaramente risolta a livello legislativo la questione se il falso nel prospetto informativo integrasse l'art.174 Tuif o il 2621 c.c.⁵⁶. Le asimmetrie si accrescevano se si prendevano in considerazione le differenze con gli altri settori del mercato finanziario, ovverossia quello assicurativo e quello dei fondi pensione, la cui disciplina legislativa, succintamente ricordata nel paragrafo precedente, è rimasta del tutto intatta alla luce dei Testi unici in tema di banche ed intermediari finanziari. La "stagione riformista" degli anni novanta aveva certo dato un grande contributo razionalizzatore al sistema finanziario, ma permanevano ancora profonde differenziazioni nello statuto di operatori che venivano a

⁵³ La stessa dottrina commercialistica lamenta l'iper-regolamentazione secondaria affidata agli organi amministrativi dal d. lgs. 58/98 che si converte in un'eccessiva discrezionalità degli stessi nel disegnare l'area delle condotte osservanti. Cfr., tra gli interventi apparsi sul volume AAVV., *La riforma*, cit., p.349; ROSSI, p.355, che parla di un potere "quasi-legislativo" assegnato alla Consob e alla Banca d'Italia. Si pensi che addirittura l'area dei soggetti rientranti nell'area di applicabilità del Tuif può essere estesa dalla Consob con proprio regolamento, come posto in luce da BUONOCORE, *La riforma delle società quotate*, in AAVV., *La riforma*, cit., p.17. Significativo, in quest'ottica, è il titolo del saggio di M. RESCIGNO, *La Consob: un legislatore-giudice "dimezzato"?*, in *Stato e mercato*, 2001, p.107. E' di tutta evidenza che, se il ruolo assegnato alla regolamentazione secondaria appaia eccessivo agli occhi dei cultori delle dottrine commercialistiche, che pure sono connotate da un rapporto di gran lunga più "flessibile" con il principio di legalità, esso può facilmente apparire "insostenibile" sul versante penalistico. Per una denuncia del peso centrale assunto dai regolamenti della Consob nella descrizione del tipo normativo descritto dagli artt.169 e 171 Tuif, dal che se ne desumeva la illegittimità costituzionale per violazione dell'art.25 comma 2 Cost., sia consentito il rinvio a INFANTE, *Partecipazione al capitale e tutela dell'attività di vigilanza (artt. 169 e 171 d. lg. n.58 del 1998)*, in MANNA (a cura di), *Riciclaggio*, cit., p.263. Denunciano la natura di norma penale in bianco dell'art.169 Tuif ZANNOTTI, *Commento*, in CAMPOBASSO (a cura di), *Testo Unico della finanza*, III, Torino, 2001, p.1408; LUCCARELLI, *Commento*, in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico*, cit., p.918. Vi intravede una violazione della riserva di legge anche SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale*, cit., p.613. Per similari considerazioni relative all'art.140 Tulb, norma "gemella" rispetto al 169 Tuif, v. FOFFANI, *La tutela*, cit., p.26. Critiche analoghe muove all'art.174 Tuif BONINI, *La violazione degli obblighi di collaborazione con le Autorità di settore: inottemperanza a obblighi di comunicazione e tutela della trasparenza del mercato*, in MEYER - STORTONI (Coordinato da), *Diritto penale delle banche, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, 2002, p.145 e s.

⁵⁴ Era il caso della locuzione "chi svolge funzioni di direzione o di controllo". Generale era la segnalazione relativa alla dubbia compatibilità con il principio di precisione. Cfr., *ex plurimis*, per quanto concerne il Tuif, PEDRAZZI, *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen. Aggiornamento*, Torino, 2000, p.460, e, per quanto riguarda il Tulb, DASSANO, *L'art.35 della nuova legge sugli enti creditizi. Un mero aggiornamento dell'art.92 o un diritto penale speciale dell'impresa bancaria?*, in MARINI (a cura di), *Diritto penale*, cit., p.146.

⁵⁵ Che erano probabilmente dovute al divieto di introdurre nuovi delitti, contenuto nelle leggi-delega (che erano leggi "comunitarie", in cui tale divieto è una "clausola di stile") da cui sono poi scaturiti il Tulb ed il Tuif. In tal modo il Legislatore delegato, là dove ha avvertito nuove esigenze di tutela che reclamassero la sanzione penale, semmai per essere già state qualificate come delittuose similari condotte aggressive di altre Autorità di vigilanza, ha potuto avvalersi del solo modulo contravvenzionale. Rilevano tale limite FOFFANI, *Reati bancari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale*, cit., p.454; LOSAPPIO, *Offensività*, cit., p.81.

⁵⁶ Sulla "annosa" questione v., da ultimo, PEDRAZZI, *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, cit., p.463; SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale*, cit., p.554.

svolgere sempre più attività simili, l'auspicato diritto penale uniforme del mercato finanziario non si era ancora realizzato.

Questa era una situazione che appariva difficilmente sostenibile non solo in un'ottica strettamente penalistica, per l'evidente "frizione" rispetto al principio di uguaglianza, ma anche in ordine alla medesima funzionalità del sistema imprenditoriale, essendo evidente che un differenziato "rischio penale" per attività similari non si può non tradurre in una distorsione del meccanismo di allocazione delle risorse. Proprio per rispondere a queste esigenze di (ulteriore) razionalizzazione della disciplina delle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari il progetto Mirone prevedeva, tra i principi cui doveva ispirarsi la riforma della disciplina penale delle società commerciali, quello per cui bisognava "armonizzare e coordinare le ipotesi sanzionatorie riguardanti falsità nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ostacolo allo svolgimento delle relative funzioni e omesse comunicazioni alle autorità medesime da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, enti o soggetti sottoposti per legge alla vigilanza di tali autorità, anche mediante la formulazione di fattispecie a carattere generale". La via per la costruzione di un "macro-tipo" era aperta.

5. *Il "completamento" della razionalizzazione con il novellato 2.638 c.c. Il "preterintenzionale" ampliamento della punibilità: una nuova "regina" del diritto penale economico?* Si è giunti così alla legge 366 del 2001, la quale ha conservato pressoché inalterato, sul punto della riforma delle falsità e degli ostacoli alle Autorità di vigilanza, il testo del progetto Mirone. L'art.11 del testo legislativo, rubricato "disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali", prevede infatti, al n.1 lett. b, tra i principi e criteri direttivi cui doveva ispirarsi la riforma delle disposizioni incriminatrici concernenti le società commerciali, quello di "armonizzare e coordinare le ipotesi sanzionatorie riguardanti falsità nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ostacolo allo svolgimento delle relative funzioni e omesse comunicazioni alle autorità medesime da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, enti o soggetti sottoposti per legge alla vigilanza di tali autorità, anche mediante la formulazione di fattispecie a carattere generale; coordinare, altresì, le ipotesi sanzionatorie previste dai numeri 6), 7), 8) e 9) della lettera a) con la nuova disciplina del capitale sociale, delle riserve e delle azioni introdotta in attuazione della presente legge, eventualmente estendendo le ipotesi stesse a condotte omologhe che, in violazione di

disposizioni di legge, ledano i predetti beni". Un'ampia delega, come si vede, era stata conferita all'Esecutivo. Da tale disposizione si differenziava quella di cui all'art.11 lett. a n.2, la quale prevedeva che si dovesse creare una autonoma fattispecie di falso in prospetto informativo, risolvendo in tal modo una volta per tutte i dubbi esegetici - che avevano "tormentato" dottrina e giurisprudenza sotto la previgente disciplina - sulla riconducibilità di questa condotta al delitto di false comunicazioni sociali o di mendacio alla Consob. Il reato prefigurato dal n.2 lett. a art.11 l.366/2001 era strutturato come il "nuovo" falso in bilancio: ad una fattispecie contravvenzionale di pericolo si accompagnava una delittuosa di danno. Sul punto, come si vede, la delega era caratterizzata da maglie molto più stringenti rispetto a quelle in tema di falso od ostacolo alle Autorità di settore.

In attuazione della delega il Governo ha emanato il decreto delegato, "licenziato" dal Consiglio dei Ministri il 28/03/2002. Le disposizioni relative alle fattispecie in tema di falsità alle Autorità sono il novellato art.2623 c.c. (falso in prospetto) ed il novellato art.2638 c.c. (ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza).

L'art.2623 c.c. così ora recita: "Chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all'investimento o dell'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo a indurre in errore i suddetti destinatari è punito, se la condotta non ha loro cagionato un danno patrimoniale, con l'arresto fino a un anno. Se la condotta di cui al primo comma ha cagionato un danno patrimoniale ai destinatari del prospetto, la pena è della reclusione da uno a tre anni".

L'art.2638 prevede, invece, che: " Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di

società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni”.

Tralasciando, in questa sede l’analisi particolareggiata del falso in prospetto, in quanto i rilievi che possono effettuarsi sulle novità introdotte dalla riforma sono in gran parte identici, *mutatis mutandis*, a quelli relativi al riformato delitto di false comunicazioni sociali, vediamo ora di concentrare la nostra attenzione sul “nuovo” art.2.638 c.c..

Tale disposizione non è stata oggetto di un particolare dibattito tra i primi commentatori della travagliata riforma dei reati societari. Atteggiamento che, del resto, si è accompagnato alla tutto sommata “scarsa” attenzione mostrata dal medesimo Legislatore delegato, che - tanto nel testo originario del progetto Mirone quanto in quello della l.366/2001 - ha delineato una norma del tutto generica, imperniata sui concetti di armonizzazione e coordinamento della materia, priva di criteri precisi e univoci che potessero efficacemente delimitare il campo di intervento del Legislatore delegato, al quale sono quindi state rimesse quasi integralmente le scelte decisive in materia. Un comportamento ben diverso da quello seguito in tema di false comunicazioni sociali, evidentemente considerata la fattispecie “regina” della riforma. Il Legislatore delegato, peraltro, pare avere anch’egli mostrato scarsa considerazione della norma in esame, come può evincersi dalle poche righe che la relazione illustrativa al decreto delegato dedica al tema⁵⁷. Eppure la riforma ha “partorito” una norma che, per la sua formulazione letterale e, dunque, per il suo ambito applicativo, potrebbe ben diventare la fattispecie “principe” del nuovo diritto penale societario. Per comprendere come si possa addivenire a tali conclusioni è necessaria una sia pur sommaria analisi delle principali novità del novellato art.2638 c.c., rinviando al prosieguo della trattazione un più approfondito esame dei singoli elementi costitutivi il reato.

Un primo punto merita di essere salutato con favore: è stato compiuto un passo decisivo verso l’auspicato diritto penale uniforme dei mercati finanziari. Molte delle fattispecie previste in tema di falsità ed ostacoli alla Consob ed alla Banca d’Italia sono state abrogate e sostituite con quella di cui all’art.2638 c.c. Si è così eliminata quella discrasia sanzionatoria tra fattispecie omogenee quanto a disvalore che era uno dei principali limiti della previgente disciplina. Il percorso verso la costruzione di un unico macrotipo non può però ritenersi ancora concluso: non tutte le precedenti disposizioni in tema di falsità ed

⁵⁷ Relazione che è possibile visionare sul numero del 28/03/2002 del quotidiano giuridico telematico www.dirittoegiustizia.it, oltre che in appendice a MUSCO, *I nuovi*, cit., p.229 e s.

ostacoli alle Autorità di vigilanza sono state abrogate e sostituite dal nuovo 2638 c.c., anche all'interno del Tuif e del Tulb. Nell'elenco delle abrogazioni di cui all'art.8 del decreto delegato⁵⁸ non sono stati inclusi gli artt.139, 140 e 141 Tulb, né l'art.169 Tuif. La ragione di tale "omissione" va probabilmente ricercata nell'essere tali disposizioni incriminatrici rivolte a "chiunque" e non quindi solo a chi ricopre una carica direttiva all'interno di una società o di un consorzio⁵⁹, cioè i destinatari della previsione di cui all'art.2638 c.c. Per quanto la scelta di lasciar fuori dalla figura criminosa delineata da tale norma sia giustificata dall'esigenza di non incorrere in un eccesso di delega, atteso che l'art.11 lett. b l.366/2001 si riferiva solo a amministratori, direttori o sindaci di società ed enti soggetti alla vigilanza di tali autorità, è indubbio che continua in tal modo a permanere una rilevante discrasia tra le comunicazioni indirizzate ai predetti organi. Mentre quelle relative alla partecipazione al capitale in misura rilevante nelle società soggette alla vigilanza (è questo, sostanzialmente, l'oggetto della disciplina delle disposizioni incriminatrici del Tulb e del Tuif non abrogate) continua ad avvalersi di uno schema contravvenzionale, la tutela penale delle funzioni della Consob e della Banca d'Italia in tutte le altre ipotesi utilizza il solo modulo delittuoso. Permangono così tutta una serie di rilevanti asimmetrie in tema di prescrizione, tentativo, falso colposo⁶⁰ per condotte dal disvalore omogeneo.

Ma le disparità si accrescono là dove si consideri che il Legislatore delegato non pare aver modificato in alcun modo le disposizioni in tema di falsità, omissioni ed ostacoli all'Isvap ed alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione. Ciò si deduce dall'aver previsto, quale oggetto di abrogazione espressa nell'art.8 del decreto delegato, solo alcune delle norme incriminatrici del Tulb e del Tuif. Nulla è stato detto dei reati di cui alla l.20/1991 (e successive modifiche) e al d. lgs. 124/93. Certo, per quest'ultima norma, in tema di tutela

⁵⁸ Per un'analisi delle disposizioni abrogate cfr. la disamina di BERNASCONI, *Commento*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti*, cit., p.299 e s.; MONTICELLI, *Commento*, in LANZI – CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.314 e s.

⁵⁹ Si tratta, dunque, di reati comuni. In tal senso cfr. BONINI, *La violazione*, cit., p.151. Per tale qualificazione, a proposito degli artt.139 e 140 Tulb, v. anche SCIACCA, *False comunicazioni relative alla partecipazione al capitale di banche, di società appartenenti ad un gruppo bancario, o di intermediari finanziari*, in MARINI-PATERNITI (a cura di), *Dizionario dei reati contro l'economia*, Milano, 2000, p.286. Distingue, invece, per quel che riguarda le fattispecie del Tulb, MARINI, *Reati bancari*, cit., p.448 e p.451, il quale ritiene che alcune delle sottofattispecie rientranti nelle previsioni legali siano reati comuni, mentre altro siano da qualificarsi come reati "a soggettività ristretta", locuzione che, come noto, nel linguaggio dell'Autore corrisponde al sintagma "reati propri" come utilizzato dalla prevalente dottrina (cfr. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p.603). Per la natura di reato proprio dell'art.140 Tulb si pronunzia la SEVERINO DI BENEDETTO, *Comunicazioni relative alla partecipazione al capitale di banche, di società appartenenti ad un gruppo bancario e di intermediari finanziari*, in FERRO LUZZI-CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, III, Milano, 1996, p.2066. Analoghe considerazioni sono svolte in ordine all'art.141 Tulb da BONESSI, *Omesse o false comunicazioni relative a intermediari finanziari*, in MARINI-PATERNITI (a cura di), *Dizionario*, cit., p.453.

⁶⁰ Sulla configurabilità del falso colposo nel nostro ordinamento si rinvia all'ultimo capitolo della sez. II..

penale delle funzioni della Commissione di vigilanza sui fondi pensione, il decreto delegato non poteva intervenire, atteso che i fondi pensione possono essere istituiti non soltanto in forma societaria, ma anche come associazioni, ai sensi dell'art.4 del decreto delegato istitutivo, che rinvia espressamente all'art.36 c.c. Stando così le cose, non era possibile estendere anche alla Commissione di vigilanza dei fondi pensione la disciplina di cui all'attuale art.2638 c.c., dato che la delega ha per oggetto unicamente le società ed i consorzi e non già le associazioni. L'esigenza basilare che tutte le false comunicazioni all'Autorità di vigilanza del settore abbiano una medesima disciplina penale giustifica la mancata ricomprensione nell'art.2638 c.c. di quelle indirizzate alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione, che assoggetta al suo controllo anche figure soggettive diverse dalle società e dai consorzi.

Non si intravede invece ragione alcuna per escludere dal riordino ed armonizzazione operata con il decreto delegato la materia dei rapporti informativi con l'Isvap, la quale, anzi, si presentava come la maggiormente bisognosa di una *reductio ad unum* con le altre norme incriminatrici le falsità e gli ostacoli alle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, stante la sua maggiore dissonanza rispetto al modello "consolidato", rappresentata dal non tutelare *sic et simpliter* le funzioni dell'organo di controllo ma direttamente il patrimonio degli assicurati, atteso che l'omissione ed il ritardo di cui di cui all'art.16 comma 2 l.20/1991 è punito con l'arresto sino a sei mesi solo se ne deriva un pregiudizio per questi ultimi. Un reato di danno, per di più contravvenzionale e con una pena ridottissima, è veramente una rilevante anomalia nel sotto-sistema in esame.

Si deve, peraltro, notare, come tali lacune nel decreto delegato siano più apparenti che reali, dato che il tenore letterale del novellato art.2638 c.c. permette di ricondurre senz'altro allo stesso le false comunicazioni e gli ostacoli all'Isvap (e ben altro che questo, come vedremo) in base ad una malaccorta tecnica definitoria che, sul piano di una esegesi meramente letterale, finisce per fare della norma in questione una sorta di fattispecie *omnibus* ricomprensiva di qualsivoglia, non prevedibile né preventivabile, falsa informazione od ostacolo che si realizzi nell'ambito di un rapporto tra una società od un consorzio e la P.A. Il Legislatore è andato ben al di là di quello che probabilmente si proponeva (creare una fattispecie che unificasse le precedenti disposizioni incriminatrici le falsità e gli ostacoli alle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari) finendo per dettare una fattispecie generale a tutela di tutta l'attività di vigilanza svolta da *qualsiasi* organo della Pubblica Amministrazione nei confronti di *qualsiasi* società o consorzio.

Il punto centrale di questa abnorme dilatazione della portata applicativa della norma è rappresentato dalla locuzione “autorità pubbliche di vigilanza”, cui devono essere indirizzate le false comunicazioni e gli ostacoli per avere penale rilevanza, purché provenienti da alcuni organi apicali di una società o di un consorzio. Il Legislatore si è avvalso di tale nozione per delimitare il campo del penalmente rilevante sostituendola a quanto previsto dagli art.171 e 174 Tuif, 134 Tulb, che espressamente prevedevano, quali destinatari della condotta di mendacio e di ostacolo, la Consob e la Banca d'Italia. Ma l'univoco riferimento a questi enti non è stato riprodotto nel novellato art.2638 c.c., in luogo dell'anodino concetto di “autorità pubbliche di vigilanza”. Orbene, pare di tutta evidenza che la pubblica funzione di vigilanza non sia esercitata solo dalla Consob e dalla Banca d'Italia, ma da qualsivoglia pubblica amministrazione cui la legge conferisca un compito di controllo su qualsiasi settore della vita associata in cui siano coinvolte società e consorzi, i destinatari della riforma ai sensi dell'art.1 della legge delega.

Tale provvedimento (ma analogo rilievo può essere mosso al progetto Mirone, che conteneva un'identica disposizione) non specifica neanche quale debba essere l'oggetto della vigilanza penalmente tutelata ai sensi dell'art.2638 c.c.: nessun riferimento è fatto ai mercati finanziari, di modo che qualsiasi attività economica esercitata in forma societaria o di consorzio vede, ai sensi della *littera legis* del nuovo art.2638 c.c., una significativa tutela penale in capo alla Pubblica amministrazione chiamata per legge a vigilare sulla stessa.

Gli effetti di tale “preterintenzionale” estensione del penalmente rilevante che abbiamo creduto di rilevare in seguito alla formulazione della norma in esame sono quanto mai significativi: la nuova disposizione incriminatrice si applica anche all'Isvap⁶¹. Anche questa è, infatti, una “autorità pubblica di vigilanza”, anch'essa svolge controlli su società e consorzi. Ne consegue, pertanto, che dopo l'entrata in vigore del decreto delegato, le funzioni dell'organo di controllo del mercato assicurativo non sono tutelate solo alla luce della legge 20 del 1991. Non sono più unicamente l'omissione od il ritardo nelle comunicazioni all'Isvap da cui sia derivato un pregiudizio agli assicurati ad avere penale rilevanza, ma anche il falso *sic et simpliciter* ai sensi dell'art.2638 c.c. L'insieme di tali incriminazioni⁶² sembra così coordinarsi, ricomponendosi a sistema: l'omissione, il ritardo

⁶¹ In tal senso cfr. pure ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in ID. (a cura di), *Il nuovo*, cit., p.257; ZANNOTTI, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in GIARDA – SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.578.

⁶² L'art.16 l.20/1991 non è stato abrogato dal decreto delegato nel suo art.8, né sembra possa sostenersene una abrogazione tacita, non ravvisandosi alcuna incompatibilità logico-strutturale tra tale disposizione e quella di cui all'odierno art.2638 c.c.

ed il falso colposo (si ricordi che la la l.20/1991 prevede solo contravvenzioni) integrano un reato solo se da esse sia derivato un pregiudizio per i creditori⁶³. Là dove tali condotte sono poste in essere dolosamente, per l'omissione ed il ritardo continua ad avere applicazione solo la contravvenzione di cui all'art.16 l.20/1991, mentre la condotta indubbiamente più insidiosa per le funzioni dell'Isvap, quella di mendacio, assume penale rilevanza a prescindere da qualsiasi pregiudizio per gli assicurati. Il sistema scaturente dal combinato disposto tra l'art.16 2° comma della legge 20 del 1991 ed il novellato art.2638 c.c. si presenta, con una "astuzia della storia", come un disegno coerente.

Ma un altro ampliamento della punibilità, del tutto impreveduto dagli autori della riforma (non ve ne è traccia alcuna nei lavori preparatori e nella relazione d'accompagnamento, del resto parca di parole al limite del "mutismo" sul reato *de quo*), è possibile in riferimento all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (c.d. Autorità Antitrust) istituita con la legge 287 del 1990⁶⁴. Questa era (sinora) l'unica Autorità indipendente del tutto priva di tutela penale dei propri poteri di controllo⁶⁵. A tutela della stessa vi è "solo" una incisiva (si può arrivare alla sospensione dell'attività sino a trenta giorni) messe di poteri sanzionatori che colpiscono direttamente le medesime imprese soggette al suo controllo anche in caso di inottemperanza alle richieste di informazione dell'Autorità⁶⁶, configurando così una di quelle ipotesi di responsabilità diretta dell'ente già da tempo presenti nel nostro ordinamento e che hanno preceduto la disciplina generale dettata con il d. lgs. 231/2001⁶⁷.

⁶³ Il concetto di falso deve ritenersi implicitamente compreso in quelli di omissione e di ritardo, gli unici cui faccia espresso riferimento l'art.16 2° comma l.20/1991, dato che, a voler ritenere corretta l'opposta tesi, avremo la conclusione assurda per cui l'omissione od il ritardo colposo da cui siano derivati un pregiudizio agli assicurati sono penalmente rilevanti, mentre non lo sarebbe la condotta di falso, indubbiamente più grave.

⁶⁴ Tra i primi commentatori, concludono per la riferibilità dell'art.2638 c.c. anche all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio*, cit., p.257; ZANNOTTI, *L'ostacolo*, cit., p.579.

⁶⁵ Cfr. SEMINARA, *L'impresa ed il mercato*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale*, cit., p.688. "Sorpriendente" è ritenuta tale parsimonia nell'utilizzo della sanzione penale, a paragone di quanto fatto per altre autorità di vigilanza, da FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1991, p.871. L'avvalersi di sole sanzioni amministrativa per la tutela dell'Autorità Antitrust risulta conforme a quanto avvenuto negli altri Paesi occidentali, come rilevato da MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella l. 10.10.1990 n.297*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1991, p.645, il quale peraltro si mostra dubbioso, a p.650 del citato lavoro, circa la non applicabilità dell'art.2621 n.1 c.c. (nella formulazione originaria, all'epoca vigente) all'ipotesi di false comunicazioni a detta Autorità. La ragione dell'assenza di incriminazioni nella legge istitutiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a noi sembra da ascrivere al "ricalco", in quella sede effettuato, della disciplina dei trattati comunitari sulle competenze antitrust della Commissione europea, per definizione privi di tutela penale in quanto una potestà penale *stricto sensu* è stata finora *de facto* preclusa agli organismi comunitari.

⁶⁶ Su tali poteri cfr. MILITELLO, *op. cit.*, p.648; FOFFANI, *Legislazione*, cit., p.884.

⁶⁷ Come da ultimo ricordato da ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AAVV., *La responsabilità amministrativa*, cit., p.32.

La discrasia con la tutela della altre autorità di settore rappresentata dall'assenza di una disciplina penale⁶⁸ può dirsi oggi venuta meno, stante l'ampia previsione dell'art.2638 c.c. idonea a ricomprendere tutti i falsi e gli ostacoli a qualsiasi autorità pubblica di vigilanza. Né, per scongiurare tale esito, si può invocare una specialità della disciplina di cui alla l.287 del 1990 che dovrebbe pertanto prevalere sulla generale disposizione del codice civile. Tale rapporto di genere a specie non si dà, nel caso di specie, poiché i due apparati normativi hanno destinatari diversi: le sanzioni amministrative della 287/90 riguardano direttamente le imprese soggette all'Antitrust, mentre il 2638 c.c. si rivolge alle persone fisiche⁶⁹.

Ma questa norma "corre il rischio" di assicurare tutela penale a tutte le pubbliche autorità che svolgono funzioni di vigilanza, anche se non possono fregiarsi della qualifica di "indipendenti". Il Legislatore non si è affatto limitato a queste ultime, il concetto di indipendenza è rimasto confinato nel dibattito scientifico⁷⁰, non ha acquisito uno *status* legislativo. La conseguenza è che la norma in questione può essere facilmente intesa come rivolgentesi a qualsiasi Pubblica Amministrazione⁷¹. Anche un ministero, anche un ente territoriale minore potrebbe godere della tutela penale in questione⁷². Così, ad esempio, parrebbe giovare della norma in questione l'attività ispettiva del Ministero del Lavoro volta ad accertare il rispetto delle regole disciplinanti il lavoro subordinato, od una Regione nello svolgimento della sua attività di controllo sulla sussistenza dei requisiti per lo svolgimento di un pubblico servizio che sia stato oggetto di una concessione ad

⁶⁸ Che veniva lamentata da FOFFANI, *Legislazione*, cit., p.884, il quale paventava che il costo delle sanzioni amministrative sarebbe stato facilmente "scaricato" sui dipendenti e consumatori, restando sostanzialmente immune da qualsiasi sanzione l'ente autore dell'illecito.

⁶⁹ Sarà semmai in tema di responsabilità amministrativa degli enti che potrà dirsi che quella del d. lgs. 231/2001, richiamata dall'art. 3 del decreto delegato, vedrà prevalere, in tema di Autorità Antitrust, la disciplina dettata dalla legge istitutiva di quest'ultima in quanto speciale. Ma ciò vale solo per gli enti.

⁷⁰ Nel quale è, a sua volta, alquanto controverso, come si vedrà nel capitolo seguente.

⁷¹ Il concetto di Pubblica Amministrazione vede, infatti, uno dei suoi essenziali elementi definitivi nella titolarità di potestà pubblicistiche che la sovraordinano rispetto ai privati per la realizzazione di un interesse pubblico. In tal senso cfr., tra tanti, A. ROMANO, *Introduzione*, in MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, p.1, e ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, ivi, p.262. La locuzione "pubbliche autorità" è proprio a questo che sembra riferirsi: ad un'apparato pubblico che è una "autorità", cioè titolare di pubbliche potestà.

⁷² Alle medesime conclusioni perviene SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p.687; e, sia pure lamentando che si è così venuta a creare una norma carente sotto il profilo della determinatezza, FOFFANI, *La riforma dei reati societari: riflessi sulla disciplina penale delle banche e degli intermediari finanziari*, in MEYER – STORTONI (coordinato da), *Diritto penale della banca*, cit., p.492 e s.; ZANNOTTI, *L'ostacolo*, cit., p.579.

un'azienda privata, purché ricorra il presupposto che i soggetti passivi della vigilanza abbiano la forma di società o di consorzi⁷³.

6. *L'abuso della legislazione delegata ed i connessi dubbi di legittimità costituzionale.* Né una diversa conclusione rispetto alla generale applicabilità dell'art.2638 c.c. a tutti i rapporti tra enti imprenditoriali, da un lato, e P.A., dall'altro, potrebbe essere facilmente sostenuta alla luce della diversa volontà politica del Legislatore storico. A prescindere da ogni considerazione circa il "peso" esegetico che può assegnarsi a detto argomento, bisogna rilevare come di tale presunta volontà del Legislatore storico non pare esservi alcuna traccia, né a livello di relazioni illustrative né a livello di argomentazione sistematica.

Quanto al primo punto, già è stata illustrata la laconicità della Relazione di accompagnamento al decreto delegato. Ma molto di più non sembra esservi anche per quanto concerne il progetto Mirone,

In ordine alle considerazioni di carattere sistematico, è vero che, dall'abrogazione espressa unicamente di disposizioni incluse nel Tuif e nel Tulb, potrebbe desumersi che intenzione del Legislatore era solo quella di unificare la disciplina della tutela penale della Consob e della Banca d'Italia e non altro. Ma questa strada appare difficilmente percorribile alla luce di due osservazioni. In primo luogo, questa lettura del decreto delegato lo esporrebbe, sul punto, a dubbi di legittimità costituzionale sotto il rispetto del principio di uguaglianza, atteso che vi sono altre Autorità di vigilanza dei mercati finanziari (l'Isvap) che presiedono ad interessi del tutto omogenei, come visto, a quelli del mercato borsistico e bancario, e non si vede perché negare anche ad essi tale tutela. Ma, soprattutto, la non persuasività dell'argomento qui criticato poggia sulla genericità della delega. L'art.11 lett. b l.366/2001 prevede che si debba "armonizzare e coordinare le ipotesi sanzionatorie riguardanti falsità nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ostacolo allo svolgimento delle relative funzioni e omesse comunicazioni alle autorità medesime da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, enti o soggetti sottoposti per legge alla vigilanza di tali autorità, anche mediante la formulazione di fattispecie a carattere generale". La delega è imperniata sui concetti di "armonizzazione" e "coordinamento", quanto mai vaghi e suscettibili di legittimare qualsiasi concreta opzione punitiva del delegato. Sul punto, in realtà, la delega è

⁷³ Per la più esatta individuazione delle strutture i cui vertici sono legittimati alla realizzazione del reato in questione si rinvia al par. V del cap. II della sez. II.

inutilizzabile sul piano interpretativo per individuare i contorni del precetto attuativo. Il diritto penale è tutto nel decreto delegato, qui come in molti altri casi di criminalizzazione mediante delega⁷⁴. La “direttiva” di armonizzazione e coordinamento può solo indicare una “omogeneizzazione” delle discipline sanzionatorie, ma non si specifica neppure se ciò debba avvenire riconducendole ad unità “verso il basso” (prevedendo la sanzione amministrativa per tutte le falsità ed ostacoli a qualsiasi P.A. che vigili su una attività svolta da enti imprenditoriali) o “verso l’alto” (con sanzione penale). Tutto è rimesso al delegato. Ci troviamo qui di fronte ad un caso “di scuola” in cui sia i contestatori del meccanismo della legislazione delegata quale fonte nel diritto penale⁷⁵, sia i fautori della tesi tradizionale che ne riconosce la legittimità⁷⁶, parlano di incostituzionalità della legge delega per esser priva di rigore, analiticità e chiarezza⁷⁷. L’art.11 lett.b l.366/2001 ha fornito al delegato un “biancosegno”, e, pertanto, deve ritenersi contrastante con l’art.25 2° comma Cost. Le critiche che è possibile muovere, dunque, alla vasta penalizzazione operata con la previsione di cui all’art.2638 c.c. non possono risolversi in un’esegesi sistematica della disposizione in esame che, alla luce della legge-delega, ne restringa la portata ai soli mendaci ed ostacoli alle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari⁷⁸, ma si convertono in una denuncia di incostituzionalità della medesima l.366/2001 per “abuso parlamentare di delegazione legislativa”⁷⁹.

⁷⁴ Fenomeno lucidamente rilevato, in generale, nella disamina condotta da RIONDATO, *Riforma del diritto penale tributario tra abuso parlamentare della delegazione legislativa e abuso governativo della legislazione delegata*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2001, p.109.

⁷⁵ Si tratta di una posizione che, dall’originaria illustrazione in CARBONI, *L’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità*, Milano, 1970, p.249, ha raccolto progressivamente autorevoli adesioni. Cfr., in tal senso, MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1996, p.437; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.155; DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1999, p. 14.

⁷⁶ Cfr. MARINI, *Lineamenti*, cit., p.56; RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, Padova, 2000, p.28; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998, p.20; PAGLIARO, *Valori e principi nella bozza italiana di legge-delega per un nuovo codice penale*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1994, p.375; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998, p.42; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999, p.138; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, p.34.

⁷⁷ Queste sono le caratteristiche che dovrebbe aver una legge di delegazione in materia penale per esser compatibile con la particolare portata che in questo ramo dell’ordinamento assume il principio della riserva di legge secondo l’esposizione di M. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁸ In tal senso sembrano orientarsi le considerazioni di ALESSANDRI, *Ostacolo all’esercizio*, cit., p.257 e s., per il quale si dovrebbe ammettere l’operatività della norma in esame a tutela soltanto delle Autorità (Banca d’Italia, Consob, Isvap, Autorità Antitrust, Garante per le Comunicazioni e Garante per la privacy) che riscontrano costantemente, dall’ingresso nel mercato allo svolgimento dell’attività, il sussistere od il permanere dei requisiti di garanzia per il pubblico.

⁷⁹ Secondo la suggestiva espressione di RIONDATO, *op. ult. cit.*

Bisogna, però, avvertire che i sollevati dubbi di legittimità costituzionale hanno, realisticamente, ben poche *chances* di essere accolti, per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, è di comune esperienza che, col decorrere del tempo dall'emanazione di un decreto delegato, il ricordo della delega "sbiadisce" presso gli operatori del diritto, e, con esso, la possibilità che sia intesa e "valorizzata" la delineata perplessità di ordine costituzionale. A pochi anni da una delega, solo il testo del decreto delegato ha rilievo. Nessuno (quasi), ai giorni nostri, prende più in considerazione non solo la legge-delega per il codice civile e penale, che risalgono a molti decenni or sono, ma neanche quella per il nuovo codice penale di rito, molto più recente, per un'esegesi delle norme delegate o per sollevare dubbi di legittimità costituzionale sulle stesse.

Ma la seconda ed assorbente ragione di scetticismo sulle possibilità di accoglimento della descritta questione di legittimità costituzionale dell'art.11 lett. b l.366/2001 (e, dunque, dell'art.2638 c.c.) risiedono nell'invero riduttiva interpretazione che la Consulta e la Cassazione hanno fornito della precisione ed univocità dei principi ed i criteri direttivi che una legge-delega deve avere per essere conforme all'art.76 Cost.⁸⁰. Secondo l'insegnamento del giudice delle leggi, tale articolo della Legge fondamentale sarebbe rispettato addirittura se fosse rimesso al delegato la scelta se penalizzare e come una data materia oggetto di delega⁸¹. Per la giurisprudenza della Corte regolatrice, se una legge di delegazione tace sulle norme sanzionatorie preesistenti nell'ambito di una delle materia oggetto della stessa, ciò sta a significare che al Legislatore delegato è attribuito un indefinito potere di mutare l'assetto sanzionatorio⁸², il che, a ben vedere, è quanto si è verificato con l'art.11 lett. b l.366/2001.

Di fronte a tale quadro di assai "flebile" recezione giurisprudenziale delle esigenze, aventi rilievo costituzionale, di precisione ed univocità della delega in materia penale, appare difficile che venga accolta la (pur fondata) questione di legittimità costituzionale per genericità dell'art.11 lett. b l.366/2001 ed appaiono così aperte le porte per una lettura

⁸⁰ La dottrina costituzionalistica fa riferimento ai già considerati parametri di "analiticità, rigore e chiarezza". Cfr., per tutti, CERVATI, *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p.939.

⁸¹ In tal senso v. Corte cost. 49/1999, in *Cons. Stato*, 1999, II, p.345. Tale decisione è criticamente analizzata in RIONDATO, *op. ult. cit.*, p.124.

⁸² Per l'esposizione di tale giurisprudenza cfr. RIONDATO, *Riforma*, cit., p.125, il quale ne tra ragione per lamentare la "scarsa" sensibilità giurisprudenziale al rispetto delle prerogative parlamentari in tema di riserva di legge, che tramuta, in definitiva, il principio per cui la delega sarebbe legittima solo dove i suoi criteri direttivi fossero particolarmente stringenti, in quello opposto, per cui l'assenza di qualsiasi indicazione in tema di sanzioni si converte nella più ampia potestà sanzionatoria del delegato.

dell'art.2638 c.c. nel senso ampio (ma pur sempre riconducibile alla sua formulazione letterale) in precedenza illustrato.

A tale esito interpretativo si giungerà nel “diritto vivente” forse tra qualche anno, quando si saranno sedati i clamori suscitati dalla recente riforma dei reati societari. Anche l'art.2621 n.1 c.c., del resto, è stato “quiescente” svariati decenni prima di essere riscoperto come norma ad amplissima “presa punitiva” da parte della giurisprudenza.

Una nuova “regina” dell'informazione societaria pare allora essere nata⁸³. Il novellato art.2638 c.c. permette di assicurare tutela penale a tutte le pubbliche amministrazioni che svolgano attività di vigilanza su società e consorzi: dalla Banca d'Italia che controlla i più importanti istituti creditizi alla piccola realtà territoriale che accerta la sussistenza dei requisiti per il rilascio di una licenza o di una concessione. Una fattispecie *omnibus* dal contenuto troppo generico e ricomprensivo di sotto-fattispecie eccessivamente differenziate quanto a disvalore⁸⁴. Da qui sorge la necessità di una interpretazione della norma che tenti di ridurre e razionalizzare, per quanto è possibile, l'area di operatività della stessa. A tal fine deve procedersi ad un duplice livello: in un'ottica “intranca” alla norma, conferendo massima selettività possibile agli elementi costitutivi dal reato come disegnati dal Legislatore⁸⁵, e, in una prospettiva “sistematica”, conferendo il massimo rilievo al

⁸³ La fattispecie di cui all'art.2.638 c.c. assume, altresì, importanza perché è una delle pochissime che, nel disegno di riforma dei reati societari, è sfuggita alla logica di “patrimonializzazione” delle oggettività giuridiche, concretatasi nella previsione di un evento (quantomeno di pericolo) lesivo del bene patrimonio nella struttura di molte delle altre incriminazioni “novellate”. In tal modo essa evita quel processo di “bagatellizzazione” che accompagna il “ritorno” di molti reati societari nell'alveo della tutela del patrimonio individuale. Ancora una volta, questo dato dimostra quanto il Legislatore della riforma si sia ispirato al modello spagnolo. Nella recente codice iberico, il delitto di cui all'art.294, che delinea un'incriminazione gemellare al nostro 2638 c.c., essendo preposto alla tutela della potestà ispettiva nei confronti di società operanti su mercati soggetti a vigilanza amministrativa, è l'unico cui la dottrina riconosce la natura di un autentico reato di stampo socio-economico, essendo tutti gli altri reati societari iscritti in una mera logica di tutela del patrimonio individuale. In tal senso cfr., *ex plurimis*, MARTINEZ BUJÁN PEREZ – SUÁREZ MIRA RODRIGUEZ – FARALDO CABANA – BRANDARIZ GARCIA – PUENTE ABA, *Derecho penal económico*, Valencia, 2002, p.260; FARALDO CABANA, *Los delitos*, cit., p.518.

⁸⁴ Con il duplice rischio che sempre comportano tipi delittuosi di dimensioni così “macrospiche”: assoggettare a medesima pena fattispecie dal disvalore oggettivo e soggettivo ben diverso (con l'ovvia tensione con il principio di uguaglianza) o dare libero spazio alla più ampia dosimetria giudiziale per parametrare il *quantum* sanzionatorio alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'autore (con il conseguente rischio per il principio di legalità della pena).

⁸⁵ E' il caso, ad esempio, dell'inciso “comunicazioni previste in base alla legge” che dovrebbe essere inteso in senso rigoroso, come restrigente l'area delle comunicazioni rilevanti solo a quelle che hanno in disposizioni di legge una precisa ed univoca fonte, e non già a quelle che si fondano su un regolamento o altro atto della P.A. che ha nelle norme di legge solo una lontana e generica “autorizzazione”. Si tratta di un criterio che sarà successivamente approfondito *infra*, nel cap.I, sez.II, par.7, e del quale può però sin d'ora dirsi che costituisce una generalizzazione di quello proposto da SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, p.556, a proposito dell'ora abrogato 174 Tuif, per fornirne una lettura compatibile con la riserva di legge in materia penale.

criterio di specialità quale risolutivo del concorso apparente tra un illecito penale ed uno amministrativo ai sensi dell'art.9 l.689/1981⁸⁶.

Tralasciando per ora la prima indicazione, che sarà una costante “stella polare” nel prosieguo della trattazione, in ordine alla seconda bisogna precisare che l'operatività dell'art.2638 c.c. dovrà essere esclusa in riferimento a tutti quei rapporti tra società o consorzi e P.A. caratterizzati da falsità o da ostacoli all'attività pubblica di vigilanza allorché la disciplina statale di settore preveda già sanzioni amministrative in capo alle persone fisiche autrici di tale illeciti. In tal caso il criterio di specialità di cui all'art.9 l.689/1981 assicurerà la prevalenza dell'illecito amministrativo su quello penale. È il caso, ad esempio, della materia lavoristica, dove norme come l'art.27 l.264 del 1949 colpiscono con sanzione pecuniaria i datori di lavori che non effettuano comunicazioni alle Commissioni circoscrizionali per l'impiego. È il caso delle sanzioni amministrative che colpiscono chi non collabora con la Guardia di Finanza o con la Polizia Stradale, e che la giurisprudenza ritiene pacificamente speciali e, dunque, prevalenti rispetto all'art.650 c.p.⁸⁷. Non si può però sottacere la possibilità che dette indicazioni di prevalenza della disciplina punitivo-amministrativa di settore su quella generale dell'art.2638 c.c. potrebbero non essere seguite dalla giurisprudenza, atteso che gli illeciti amministrativi in questione hanno per oggetto condotte “ostruzionistiche” in genere e non specificamente quella di falsità. Inoltre, esse hanno la struttura di illeciti comuni, mentre il 2638 c.c. è un reato proprio. Di qui la possibilità che sia quest'ultima norma ad essere considerata speciale e, dunque, prevalente. Di contro a questa possibilità, milita la dilatazione abnorme che verrebbe in tal modo ad assumere la fattispecie incriminatrice in questione, che diverrebbe il ricettacolo di condotte illecite profondamente differenti tra loro in quanto a disvalore e ad allarme sociale. Potrebbe suggerirsi allora l'adozione di un criterio di specialità nell'accezione che gli ha dato parte della dottrina, per la quale il rapporto in questione si instaura anche tra norme tra loro in specialità bilaterale per specificazione, con prevalenza, tra i vari criteri proposti, della norma contenuta in una legge speciale anziché nel codice⁸⁸. Individuando un rapporto di tal genere tra l'art.2638 c.c. e le norme che

⁸⁶ Su cui v., in generale, SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1995, p.99; DOLCINI, *sub art.9*, in DOLCINI-GIARDA-MUCCIARELLI-PALIERO-RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle “Modifiche al sistema penale”*, Milano, 1982, p.66; PICA, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art.9 l. 24 novembre 1981, n.689: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *Giust. Pen.*, 1985, II, p.367.

⁸⁷ Per una sintetica rassegna delle decisioni in tal senso cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale*, cit., p.562.

⁸⁸ Ci si riferisce alla profonda analisi di G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, *passim*.

sanzionano gli ostacoli alle varie Pubbliche amministrazioni nei più svariati settori del vivere civile, potrebbe sostenersi che la specialità di queste ultime (quanto ad attività oggetto di disciplina, a singola Autorità specificamente protetta da ciascuna disposizione, a fonte legislativa) prevalga sulla specialità (quanto a condotta di mendacio della generale figura codicistica e in riferimento al novero dei soggetti attivi) della prima. Una strada che si presenta, però, molto accidentata, come si vede.

Di qui, di fronte allo spropositato macro-tipo “preterintenzionalmente” creato dal Legislatore, la grande rilevanza della via “interna” alla delimitazione della norma, che ci accingiamo a svolgere nei prossimi capitoli.

Capitolo Secondo

I soggetti attivi

Sommario: 1. Il recepimento legislativo della concezione funzionalista dei soggetti attivi nei *crimina propria*. Significatività e continuità quali criteri di equiparazione della sostanza alla forma. – 2. La rinnovata rilevanza del mero dato formale della nomina: un’inavvertita espansione di tutela. – 3. La responsabilità dei soggetti “inerti” e, in particolare, dei sindaci. Il differenziato statuto penale della stessa alla luce delle diverse discipline extrapenali in tema di rapporti con le Autorità di vigilanza e dei poteri e doveri di impedimento dell’evento da queste previste. 4. Le peculiarità delle fattispecie “plurifunzionali”: la concretizzazione del bene-funzione e l’emersione dei sotto-tipi. La selezione “strettamente legale” delle norme extrapenali di riferimento. 5. Lo svolgimento di un’attività di impresa quale parametro selettore dei soggetti attivi nell’art.2.638 c.c.

1. *Il recepimento legislativo della concezione funzionalista dei soggetti attivi nei crimina propria. Significatività e continuità quali criteri di equiparazione della sostanza alla forma.*

La nuova disciplina dei reati societari è caratterizzata da una rilevante novità in tema di descrizione dei soggetti attivi, che sono ora individuati non soltanto dal mero dato formale del possesso di alcune qualifiche ma altresì dal fattuale svolgimento di attività corrispondenti a quelle cui è legittimato chi ha una formale nomina da parte degli organi sociali, purché l’operato del soggetto “di fatto” amministratore, sindaco, direttore generale o liquidatore sia connotato dai requisiti della continuità e della significatività¹.

Individuando gli autori del delitto in questione tramite il riferimento alle funzioni da questi esercitate nell’ambito di certe imprese il legislatore ha “recepito” il risultato dell’evoluzione giurisprudenziale in ordine ai soggetti attivi del reato di false comunicazioni sociali. Come noto, l’originaria versione dell’art.2621 1° comma c.c. faceva riferimento, quali autori del reato, ai promotori, soci fondatori, amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori. Nella prassi giudiziaria si era posto il quesito se fossero penalmente sanzionabili coloro che, pur senza ricoprire formalmente alcuna delle predette cariche, ne svolgessero,

¹ Qui di seguito si riporta quanto previsto dal novellato art.2639 c. c. rubricato *Estensione delle qualifiche soggettive* : “Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall’autorità giudiziaria o dall’autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi”.

tuttavia, *de facto*, le relative funzioni. La risposta a tale interrogativo è stata, a livello giurisprudenziale, positiva².

Non altrettanto unanimemente favorevole si è mostrata, invece, la riflessione dottrinale. D'innanzi alla posizione di chi ritiene che i soggetti attivi dei reati propri debbano essere individuati in un'ottica "funzionalistica", con riferimento, cioè, a chi *de facto* svolga determinate attività, a prescindere dalla circostanza se ne abbia o meno titolo alla luce della disciplina extrapenale, stante il carattere primario e non meramente sanzionatorio dei precetti penali, che impone che essi vadano intesi e ricostruiti alla luce unicamente delle esigenze proprie espresse dal sistema penale³, e di fronte alle paradossali conseguenze dell'opposta tesi, che si risolverebbe in una vera e propria "mitridizzazione del rischio penale"⁴, vi erano i rilievi di chi constatava che la materialità del fatto di reato non si poteva cogliere, in molti casi, al di là della qualifica formale del soggetto che lo realizzava, la quale condiziona e plasma la condotta⁵. Ancora più criticamente, rispetto al citato indirizzo giurisprudenziale, si osservava come il ricorso al criterio "funzionale" obliterasse le

² Cfr., *ex plurimis*, Cass. Pen., 3-2-1999, in *Guid. Dir.*, 1999, n.19, p.64; Cass. Pen., 19-12-1996, in *Riv. Pen.*, 1998, p.91; Cass. pen., 19-12-1985, in *Giur. It.*, 1986, I, p.374; Cass. pen., 8-10-1982, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1984, p.690; Cass. pen., 6-2-1980, in *Giust. Pen.*, 1980, II, p.650.

³ Questo è il pensiero autorevolmente ribadito da MARINI, *Reati bancari*, in GALGANO (diretto da), *Trattato*, cit., p.386, il quale non intravede alcuna differenza tra la problematica dei soggetti di fatto e quella relativa, in generale, alla valenza che in ambito penalistico presentano termini ed istituti comuni ad altri rami del diritto, come "proprietà", "possesso", "famiglia". Come, in tali casi, il significato da attribuire a questi non va automaticamente ad identificarsi con quello ad essi attribuito in altri settori dell'ordinamento, ma va ricostruito alla luce delle concrete esigenze di tutela che presiedono all'incriminazione, altrettanto è a dirsi per la tematica dell'amministratore di fatto *et similia*.

⁴ Secondo l'efficace espressione di CONTI, *I soggetti*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, cit., p.238, il quale evidenzia come l'opposta tesi della rilevanza del mero dato formale avvantaggerebbe chi non può essere nominato amministratore (perché, in ipotesi, già incorso in altri gravi reati da cui sia conseguita la pena dell'interdizione da tali uffici), il quale potrebbe svolgere le funzioni corrispondenti alla qualifica senza dover risentire della minaccia penale relativa ad un patologico esercizio delle stesse. Favorevolmente alla punibilità dei soggetti di fatto si sono espressi anche NUVOLONE, *Il bilancio delle società di fronte alla legge penale*, in ID., *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, 1982, p.605; AZZALI, *Il delitto*, cit., p.33; ZUCCALA', *Il delitto*, cit., p.33; ID., *I reati*, cit., p.324; LA MONICA, *Reati societari*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p.959; ID., *Il delitto*, cit., p.129; ALIBRANDI, *I reati societari*, cit., p.17; NAPOLEONI, *I reati societari*, cit., p.39; CONTI – BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, in NUVOLONE (dir. da), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, p.119; GIULIANI BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., p.113; IADECOLA - LUONGO, *I reati societari*, Padova, 1995, p.44; BETTIOL R., *Reati societari*, cit., p.4; BRICCHETTI – CERVIO, *Il falso in bilancio*, cit., p.76; MANGANO, *Titolarità degli obblighi penali in materia fallimentare*, in *Giust. Pen.* 1986, II, p.437.

⁵ Così PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, p.224, sulla scia della risalente conclusione, che si può già rinvenire in BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., p.426, per la quale la qualifica soggettiva è, per tale tipologia di illeciti, elemento costitutivo del fatto, nel senso che è componente essenziale del disvalore penale dello stesso. Una delle prime prese di posizione critiche sulla punibilità dell'amministratore di fatto è di ESCOBEDO, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giust. Pen.*, 1933, III, p.685.

distinzioni tra le varie qualifiche soggettive minuziosamente operate dal Legislatore⁶, comportasse un inevitabile deficit di tassatività ed esponesse a censure in ordine al divieto di analogia in materia penale⁷. Le riserve erano ulteriormente avvalorate dal rilievo che, in ogni caso, l'attenersi ad un criterio meramente formale per l'individuazione dei soggetti attivi non avrebbe comportato gravissime lacune di tutela stante la punibilità dell'amministratore di fatto ricorrendo alla figura del concorrente esterno al reato proprio⁸. Tali diatribe sono state radicalmente superate dal Legislatore che ha tipizzato in criterio funzionalistico per l'individuazione dei soggetti attivi del reato, il che non può che salutarsi con favore⁹, essendosi così fugato una volta per tutte il dubbio che la riconduzione all'area del penalmente illecito di comportamenti certamente lesivi dei beni protetti (quali i falsi commessi dagli amministratori di fatto) avvenisse all'inaccettabile costo di un profondo *vulnus* al divieto di analogia in materia penale.

Nell'equiparare il dato fattuale dello svolgimento di determinate funzioni a quello formale della legittimazione all'esercizio delle stesse in base alla disciplina extrapenale si è seguito l'esempio di quanto già previsto in altri ordinamenti, come quello spagnolo¹⁰, francese ed inglese¹¹ e di quanto già da noi realizzato, prima limitatamente al diritto penale bancario con l'art.35 del d. lgs. 481\1992, che estendeva le disposizioni contenute nei Capi I, II e V del Titolo XI del Libro V del codice civile anche a chi svolgeva *funzioni* di amministrazione,

⁶ In tal senso v. PEDRAZZI, *Società commerciali*, cit., p.1998.

⁷ Cfr. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, p.206. Critici verso l'orientamento giurisprudenziale in questione sono altresì FIORELLA, *I principi generali*, cit., p.61; MIRTO, *Il diritto penale*, cit., p.140; FAIS, *Falsità nei bilanci e nelle scritture delle società commerciali*, Milano, 1958, p.40; MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.24 e, in un'ottica "retrospettiva", ID. (con la collaborazione della Masullo), *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, p.15. In un analogo ordine di idee si muove anche la profonda rimediazione sul tema di recente operata da MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002.

⁸ In tal senso v. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p.16; ID. *Diritto penale*, cit., p.25. A similari conclusioni giunge l'indagine di MARRA, *Legalità ed effettività*, cit., p.296.

⁹ Auspicava tale innovazione legislativa BRICOLA, *Lo statuto penale*, cit., p.147. Analogamente cfr. S. FIORE, *I caratteri del rapporto tra tecnica legislativa, principi di garanzia ed esigenze di tutela nella tipizzazione delle qualifiche soggettive*, in *Crit. Dir.*, 2001, p.77.

¹⁰ Per una analisi del cui diritto penale societario si veda FOFFANI, *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, in *riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1999, p.65. Sulla formula che equipara gli amministratori *de derecho* a quelli *de hecho* nei reati societari spagnoli cfr. DEL ROSAL BLASCO, *Los nuevos delitos societarios en el código penal de 1995*, in AAVV., *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*, Betanzos, 1998, p.90, e l'opera monografica di GARCIA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcellona, 1999.

¹¹ Come riferito da CONTI, *I soggetti*, cit., p.224; e DASSANO *L'art.35 del decreto legislativo n.481\92. Un mero aggiornamento dell'art.92 "Legge Bancaria" o un diritto penale speciale dell'impresa bancaria?*, in MARINI (a cura di), *Diritto penale e attività bancaria*, cit., p.143. Per un recente quadro comparatistico della disciplina penale relativa ai soggetti di fatto cfr. l'approfondita indagine di MARRA, *Legalità ed effettività*, cit., p.26 e s.

direzione e controllo in Enti Creditizi¹², e poi nel Tulb e nel Tuif, che si caratterizzavano per la presenza di disposizioni incriminatrici le false comunicazioni e gli ostacoli alla Banca d'Italia ed alla Consob che annoveravano tra i soggetti attivi chi svolgeva funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso le figure soggette alla vigilanza¹³.

Queste ultime disposizioni non possono essere però ritenute, sul punto, le dirette antesignane della tecnica legislativa di individuazione degli autori nei “nuovi” reati societari, dato che gli artt.171 Tuif e 134 Tulb includevano *sic et simpliciter* tra i soggetti attivi coloro svolgevano determinate funzioni, mentre le norme novellate vedono, quali autori, le “tradizionali” figure degli amministratori, sindaci, direttori generali e così via, cui vengono *ab externo* equiparati (in forza, cioè, del disposto dell’art.2639 c. c.) coloro che in modo continuativo e significativo esercitano i poteri inerenti a tali funzioni o qualifiche. L’estensione della punibilità ai soggetti di fatto si realizza allora in forza di una “clausola di equivalenza”, che equipara il fatto al dato formale, e non già in forza di una particolare formulazione della *littera legis* delle disposizioni incriminatrici, come avvenuto negli ancor recenti Tulb e Tuif. Le ragioni dell’abbandono di una tecnica legislativa che, per la prima volta, aveva visto intervenire il Legislatore sulla controversa questione della punibilità dei soggetti che fattualmente svolgevano certe funzioni¹⁴ sono probabilmente da individuarsi nei dubbi che avevano posto alcune delle perimetrazioni legislative dei soggetti attivi sotto il profilo del rispetto del canone della tassatività. In particolar modo, si era osservato che la locuzione “chi svolge funzioni di direzione” non era univoca, non potendo con certezza affermarsi se il Legislatore avesse inteso limitare la punibilità soltanto a chi svolgeva funzioni “corrispondenti” a quelle dei direttori generali¹⁵ o avesse voluto sanzionare penalmente anche il comportamento dei quadri direttivi di una azienda sino ad arrivare alla

¹² Su tale disposizione v. l’analisi di DASSANO, *L’art.35 del decreto legislativo*, cit., p.111.

¹³ Locuzione che era comunemente intesa come ricomprensiva *de plano* nel novero dei destinatari del precetto anche i semplici soggetti di fatto. Sul punto, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche su tale posizione, sia consentito il rinvio ad INFANTE, *Partecipazione al capitale*, cit., p.282. Cfr., però, ora, le riflessioni di MARRA, *Legalità ed effettività*, cit., p.126 e s., per il quale la tipizzazione legislativa del “criterio funzionalistico” nella selezione dei soggetti attivi non implica, necessariamente, il pieno recepimento dell’orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di amministratori di fatto, potendo “semplicemente” significare la restrizione dei soggetti legittimati al reato a coloro che, all’interno della schiera dei titolari di una data qualifica formale, esercitano *de facto* i poteri scaturenti dalla stessa.

¹⁴ Salvo alcune disposizioni *ante litteram* segnalate da FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1984, p.70.

¹⁵ Locuzione con la quale il Legislatore del 1942 aveva inteso escludere dal novero dei soggetti attivi dei reati societari tutti i dipendenti dell’impresa che non avessero poteri di direzione sull’andamento economico od amministrativo della stessa. In tal senso v. PISAPIA, *False comunicazioni sociali e bancarotta fraudolenta*, in ID., *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, p.313; MIRTO, *Il diritto penale*, cit., p.101. Sul punto cfr. altresì, NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.37, che così ricostruisce la *voluntas legislatoris* alla luce della sostituzione della locuzione “direttori generali” a quella di “direttori” di cui alla l.660 del 1931.

criminalizzazione, nel caso di enti creditizi, dei semplici direttori di filiale¹⁶. È stato, probabilmente, il timore di ricadere in tale “vizio di imprecisione” che ha indotto ad abbandonare la via dell’individuazione dei soggetti attivi tramite un mero criterio oggettivo - funzionale¹⁷ in luogo del più consolidato rinvio alle qualifiche formali di amministratore *et similia* che vengono poi estese anche ai soggetti di fatto in forza di una clausola generale di equiparazione. Detta regola generale di equivalenza è posta dall’art.2639 c. c., il quale non prevede però *tout court* che lo svolgimento di un atto che rientra tipicamente tra quelli che solo un amministratore, un sindaco o un direttore generale può compiere vale a far assumere il ruolo di soggetto attivo in uno dei reati in questione, ma richiede un *quid pluris* rappresentato dallo svolgimento di poteri inerenti alla qualifica o alla funzione con *continuità e significatività*¹⁸. È evidente l’intento del Legislatore della riforma di evitare interpretazioni eccessivamente formalistiche della regola dell’equivalenza tra il formale ed il sostanziale in tal modo introdotta. I due parametri selettivi in questione dovrebbero limitare l’area dell’equiparazione tra la titolarità di una posizione giuridica e lo svolgimento effettivo dei poteri in cui questa si concreta, anche se deve rilevarsi la non certa cristallina chiarezza della portata degli stessi¹⁹. Probabilmente l’obiettivo perseguito era quello di “ratificare” in via legislativa quel orientamento giurisprudenziale²⁰ per il quale l’amministratore di fatto può essere ritenuto penalmente responsabile soltanto allorché sia provata l’estraneità alla gestione del rappresentante legale, nel senso che se il primo partecipa soltanto ad alcuni atti di gestione, non gli si può rimproverare di non aver adempiuto ad alcuni dei doveri cui è tenuto l’amministratore. Se il soggetto di fatto

¹⁶ Tra i primi, ad evidenziare tale problematica, DASSANO, *L’art.35*, cit., p.146, le cui perplessità in ordine al rispetto del principio di tassatività venivano condivise da CRESPI, *La tutela dell’attività di vigilanza bancaria e creditizia*, in FERRO LUZZI – CASTALDI, (a cura di), *La nuova legge bancaria*, cit., p.1999 ; ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p.65; FOFFANI, *Reati bancari*, cit., p.450; BALZANO, *Commento*, in RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Commentario*, cit., p.921; SFORZA, *Commento*, in RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Commentario*, cit., p.949; CECI IAPICHINO, *Commento*, in ALPA – CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico*, cit., p.1579. FOFFANI, in *Reati bancari*, cit., p.450, pur ritenendo che la tipizzazione tramite il criterio funzionale fosse tutt’altro che ineccepibile sotto il profilo delle esigenze di determinatezza, reputava, per i reati previsti dal Tulb ed in forza della normativa specifica da questo delineata, che la questione potesse esegeticamente risolversi nel senso che la locuzione in questione “alludesse” soltanto ai vertici aziendali.

¹⁷ Come viene definito quello utilizzato nell’ora abrogato 171 Tuif da ZANNOTTI, *Commento*, cit., p.1415.

¹⁸ Sulla clausola di equiparazione in questione cfr. i primi commenti di ALESSANDRI, *I soggetti*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto*, cit., p.37 e s.; VENEZIANI, *Commento*, in LANZI – CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.186 e s.; DI GIOVINE, *L’estensione delle qualifiche soggettive*, in GIARDA – SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.5 e s.; MACCARI, *Commento*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti*, cit., p.213 e s.

¹⁹ E, soprattutto, del connotato della *significatività*, la cui vaghezza è oggetto delle riserve di MARRA, *Legalità ed effettività*, cit., p.160.

²⁰ Di cui è espressione Cass. Pen., sez. III, 16 novembre 1994, Pagano, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1996, p.689.

partecipa soltanto a singole operazioni tra quelle cui è tenuto il soggetto di diritto, non può assumere penale rilevanza il mancato adempimento degli (altri) doveri cui è tenuto quest'ultimo. Che questo fosse l'intento del Legislatore storico è comprovato dall'interpretazione della norma in questione che fornisce uno dei "padri" della stessa, che in tal senso la ricostruisce e che a tale indirizzo giurisprudenziale si richiama²¹.

Al di là di tale delimitazione del penalmente rilevante, non sembra che l'art.2639 c.c. possa fungere da radicale "sbarramento" al proliferare delle incriminazioni nei confronti di chi ha posto in essere un atto proprio degli organi apicali delle società compiendo, in ipotesi, un illecito penale (si pensi al "quadro" direttivo che invii una falsa comunicazione alla Banca d'Italia): anche qualora manchi il connotato della continuità (e si abbia cioè un'ipotesi di "ingerenza" isolata) sarà pur sempre possibile muovere un rimprovero a titolo di concorso dell'estraneo nel reato proprio. Di fronte ad un episodico comportamento commissivo "patologico" del soggetto di fatto la punibilità potrà essere esclusa ai sensi della clausola di equivalenza di cui all'art.2639 c.c., ma difficilmente altrettanto potrà dirsi in ordine all'art.110 c.p. Sostanzialmente, la continuità e significatività dello svolgimento dei poteri quali requisiti dell'equiparazione tra soggetto di fatto e quello di diritto hanno un efficace contenuto selettivo in ordine agli illeciti omissivi. Essi si risolvono nella precisazione che l'ingerenza singolare nell'agire proprio degli organi apicali non comporta automaticamente la responsabilità penale di chi si è "inserito" nell'attività gestoria riservata in ordine agli altri adempimenti (ulteriori a quello realizzato) cui sono tenuti i titolari delle qualifiche in questione. Per esemplificare: l'aver firmato una volta un bilancio non implica l'esser tenuto a tutti i doveri degli amministratori e non comporta, perciò, alcuna responsabilità per l'eventuale omessa convocazione dell'assemblea. Questo tipo di responsabilità sorgerebbe solo ove lo svolgimento dei poteri tipici degli amministratori fosse di carattere continuativo.

Come si vede, i parametri selettivi dell'art.2639 c.c. operano soltanto per le condotte omissive, per quelle attive ben difficilmente si sfuggirà ad una declaratoria di penale responsabilità ex art.110 c.p. anche qualora si compia un singolo atto di gestione, se questo è penalmente vietato. I requisiti della clausola di equiparazione si risolvono, allora, nella precisazione che gli episodici atti di gestione ad opera del "non legittimato" non valgono a fargli assumere le responsabilità omissive proprie del soggetto di diritto.

²¹ Ci si riferisce a MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.16, che è stato il coordinatore della sottocommissione penalistica che ha materialmente elaborato il testo del decreto legislativo 61 del 2002.

2. *La rinnovata rilevanza del mero dato formale della nomina: un'inavvertita espansione di tutela.* L'utilizzo di una clausola di equiparazione tra il dato formale e quello sostanziale in luogo di una definizione dei soggetti attivi del reato di stampo funzionale – oggettivo come avveniva, invece, con gli art.134 Tulb e 171 Tuif, gli immediati predecessori dell'art.2638 c. c., comporta un'espansione del novero dei possibili autori di reato che è passata del tutto “sotto silenzio” nei primi commenti alla riforma legislativa, probabilmente in ragione della assoluta mancanza di applicazione giurisprudenziale delle norme in tema di false comunicazioni alla Consob e alla Banca d'Italia, il che non ha permesso che questioni problematiche emergessero dalla concretezza del dibattito giudiziario e fossero offerte alla riflessione scientifica. Eppure, gli abrogati artt.171 Tuif e 134 Tulb escludevano del tutto qualsiasi rilevanza del mero dato formale, che torna ora ad avere invece un ruolo in ragione della “tradizionale” costruito normativo dei nuovi reati societari che vedono tra i propri autori le “classiche” figure dell'amministratore, del sindaco, del direttore generale ecc...

Nelle ipotesi in cui, viceversa, si tipizzava unicamente la posizione di chi svolgeva funzioni di amministrazione, direzione, controllo, i soggetti che solo nominalmente ricoprivano certi ruoli all'interno delle aziende, senza che a ciò si accompagnasse l'effettivo svolgimento dei corrispondenti poteri e doveri, non potevano ritenersi penalmente responsabili. La legittimazione a svolgere il ruolo di amministratore, direttore generale e sindaco presso le imprese soggette alla vigilanza della Banca d'Italia e della Consob era del tutto irrilevante ai fini della consumazione dei delitti di falsità ed ostacoli alle Autorità pubbliche di controllo, dato che essa non era condizione né necessaria (poiché doveva essere sanzionato anche chi, senza ricoprire formalmente alcuna carica, svolgeva determinate funzioni) né sufficiente (dato che ricoprire una certa carica non dava luogo a punibilità sino che a ciò non si fosse accompagnato l'effettivo esercizio dei relativi poteri) ai fini dell'integrazione del reato²².

²² Era questo un dato pressoché del tutto sfuggito ai commentatori delle disposizioni incriminatrici del Tuif e del Tulb. Così CRISCUOLO, *Commento sub art.42*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, Padova, 1997, p.357, riteneva che il criterio funzionale-oggettivo importasse soltanto un'espansione dell'applicazione della norma anche a chi esercitava funzioni di amministrazione, direzione, controllo, in tal modo implicitamente ritenendo che essa trovasse applicazione anche nei confronti di chi solo formalmente ricopriva tali cariche. Nel medesimo ordine di idee, analizzando le disposizioni penali del Tuif, pure CONTI, *Il commento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p.555, per il quale i precetti in questione erano diretti “anche” ai soggetti c.d. di fatto. Profonda analisi della questione era, invece, operata dal DASSANO, *L'art.35*, cit., p.138, il quale, adombrando la possibilità di attribuire tanto una portata *sostitutiva* del dato formale al criterio funzionale – oggettivo (nel qual caso la mera nomina sarebbe stata penalmente irrilevante), oppure una portata meramente *integrativa* dello stesso, optava, a p.166 del citato lavoro, per tale ultima soluzione. Gli argomenti a favore della stessa risiedevano nella *voluntas legislatoris*, che - alla luce della relazione illustrativa - veniva ricostruita come meramente ampliativa del penalmente rilevante, e nelle conseguenze paradossali dell'opposta soluzione, che si sarebbero risolte nel disincentivare i titolari formali delle qualifiche dall'adempiere ai loro doveri. Tali penetranti osservazioni non paiono, però, sufficienti a scalfire l'esegesi offerta nel

Il criterio funzionale – oggettivo, in altri termini, escludeva la punibilità dell'amministratore "testa di legno" (salvo, ovviamente, le ipotesi di concorso nel reato)²³.

Tale limitazione della responsabilità era, peraltro, limitata ai comportamenti omissivi dei "prestanome" atteso che una condotta commissiva degli stessi (si pensi ad un falso alla Consob cui avesse "collaborato" un amministratore di diritto usualmente "inerte") ben difficilmente avrebbe precluso un'affermazione di penale responsabilità degli stessi ai sensi dell'art.110 e s. c.p.²⁴ In altri termini, il solo criterio funzionale – oggettivo aveva una portata selettiva della punibilità specularmente opposta a quella che ha l'attuale art.2639 c.c. : mentre quest'ultimo esclude la rilevanza degli obblighi di agire penalmente sanzionati in capo all'amministratore di fatto "occasionale", altrettanto faceva l'illustrato parametro in ordine alla "testa di legno".

Tale limitazione di responsabilità è venuta ora meno: il mero dato formale della nomina comporta l'essere soggetto attivo dei reati propri in materia societaria, il che, se già nella situazione previgente era quanto si verificava per le fattispecie codicistiche, costituisce una novità per le incriminazione prima ricomprese nel Tuif e nel Tulb, tra cui quelle oggetto della presente indagine.

*3. La responsabilità dei soggetti "inerti" e, in particolare, dei sindaci. Il differenziato statuto penale della stessa alla luce delle diverse discipline extrapenali in tema di rapporti con le Autorità di vigilanza e dei poteri e doveri di impedimento dell'evento da queste previste. I profili maggiormente problematici che si pongono in riferimento alle consolidate categorie dei soggetti attivi dei reati societari attengono alla tematica della responsabilità omissiva. Anche le condotte commissive hanno dato luogo a profonde discussioni e a vivaci contrasti dottrinali e giurisprudenziali (che saranno considerati nel prossimo capitolo, dedicato al concetto di falsità nei reati oggetto della presente analisi), ma, su di esse, nessuno è mai giunto a porre in dubbio lo stesso *an* della punibilità: si controverte sul*

testo, atteso che sembrano risolversi in ragioni di opportunità "eccedenti" la portata letterale della norma. Come rilevato da MARRA, *op. cit.*, p.136, non sembra sufficiente il richiamo ad una "tenue" *voluntas legis* per arginare la debordante vitalità dell'opzione funzionalistica (chiaramente "tradotta", deve aggiungersi, in un testo normativo coerentemente espressivo della stessa). Nel senso espresso dal testo, ma con riferimento ad altre tipologie di illecito il cui autore è individuato tramite il criterio dell'esercizio delle funzioni, FIORELLA, *Il trasferimento*, cit. p.70.

²³ Su tali tematiche cfr., da ultimo, BULSO, *Profili problematici della responsabilità penale concorsuale dell'amministratore "inerte" per il delitto di bancarotta fraudolenta commesso dall'amministratore "di fatto"*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2001, p.189.

²⁴ Se non direttamente ai sensi delle norme di parte speciale, atteso che di chi invia, anche una sola volta, un falso alle Autorità di vigilanza, potrebbe sostenersi che abbia esercitato (non fosse altro che in quella occasione) le funzioni di amministrazione.

concetto di mendacio, sull'attitudine decettiva che lo deve caratterizzare, sulla valenza esimente del c. d. falso innocuo o di quello inutile, sulla portata sostanziale del principio *nemo tenetur se detegere* e sui suoi riverberi sulla tematica in questione, ma che vi siano condotte di falsità nelle comunicazioni alle Autorità pubbliche di vigilanza penalmente rilevanti è assolutamente indubitabile, alla luce della (banale) ragione della presenza di norme incriminatrici come quelle in esame.

Non altrettanto è a dirsi per il comportamento omissivo degli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori in caso di atteggiamento "inerte" degli stessi. Beninteso, il dubbio circa la penale rilevanza delle condotte omissive non concerne l'inadempimento di specifici obblighi di comunicazione penalmente sanzionati, cioè l'integrazione di un reato omissivo proprio, quanto l'omissione meramente agevolatrice di un'altrui agire illecito. Per tali casi una parte della dottrina aveva *tout court* negato che si potesse configurare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento da parte dei soggetti attivi dei reati societari là dove si trattasse di tipologie di illecito prive di evento naturalistico. L'itinerario logico seguito per giungere a tale conclusione si fonda sull'osservazione per cui la clausola di equivalenza disegnata dall'art.40 cpv. c.p. è unanimemente riconosciuta, nell'ambito delle realizzazioni monosoggettive dell'illecito penale, come limitata ai reati ad evento naturalistico, di modo che non si vedrebbero le ragioni per dar luogo ad una esegesi diversa nell'ipotesi di realizzazioni plurisoggettive, tale per cui in detti casi il termine "evento" debba identificarsi con quello di "reato", facendo così della citata disposizione la clausola generale di incriminazione della partecipazione omissiva ad un reato di mera condotta²⁵. Considerazioni ulteriormente sviluppate da quella recente impostazione dottrinale che intravede nell'identificazione tra il concetto di evento nel secondo comma dell'art.40 c.p. e quello di reato il frutto di una sovrapposizione tra le diverse clausole generali di incriminazione suppletiva²⁶ dell'art.110 c.p. e dell'art.40 cpv. c. p., tale da ingenerare una vera e propria interferenza, inammissibile in quanto generatrice

²⁵ Queste sono, come noto, le conclusioni cui autorevolmente giunge FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p.181. Analogamente v. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p.1284.

²⁶ Terminologia con la quale nell'opera della RISICATO, *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, *passim*, si fa riferimento a quelle disposizioni che, come gli artt.40 cpv., 56, 110 c.p. (e il 416 c.p.?), si combinano con previsioni di parte speciale configurando nuove fattispecie criminose "figlie" di tale combinato disposto. In altri termini, tali clausole sono le "generatrici" di quelle che vengono usualmente definite come forme di manifestazione del reato.

di un tasso di vaghezza ed incertezza nell'area del penalmente rilevante incompatibile con il principio costituzionale di tassatività²⁷.

Tali indicazioni, che, se seguite, ridurrebbero radicalmente l'area della punibilità a titolo di responsabilità omissiva, non hanno però avuto alcun riscontro nel c.d. "diritto vivente" ed hanno altresì incontrato i dissensi di larga parte della dottrina²⁸. Le ragioni di tale "insuccesso" sono probabilmente da ricondursi alla polisemia che il termine evento assume nel codice Rocco, tale da far intendere che, in molti casi, esso è utilizzato come sinonimo di fatto di reato²⁹. In tal senso orientano non soltanto disposizioni di parte speciale quali l'art.138 c. p. m. p.³⁰, ma norme di parte generale quali l'art.57 c.p.³¹ e

²⁷ Alla luce della distinzione operata dall'Autrice, *Combinazione ed interferenza*, cit., *passim*, fra la combinazione tra clausole generali di incriminazione suppletiva, la quale si ha allorché esse restano inalterate rispetto all'ipotesi in cui si presentano singolarmente, di modo che non vi è che una mera successione logica (il che sarebbe compatibile con il principio di legalità in materia penale) e l'interferenza tra le stesse, allorché i rispettivi elementi strutturali si contaminano tra loro prima che l'una o l'altra di esse abbiano trovato piena applicazione nei confronti di una fattispecie di parte speciale. In tali casi, l'ampliamento della tipicità diviene davvero abnorme ed estraneo ai canoni di un diritto penale di stampo liberale. Quest'ultima situazione è quanto si verificherebbe intendendo il termine "evento" nel secondo comma dell'art.40 come identificatesi nel termine "reato": prima di applicare integralmente il 40 capoverso ad una fattispecie di parte speciale secondo la sua logica "interna" (quella per cui esso si connota per il riferirsi esclusivamente a tipologie di illeciti con evento naturalistico), la sua fisionomia verrebbe "stravolta" dall'interferenza con l'art.110 c.p.

²⁸ Ammettono la partecipazione omissiva ad altrui reato di mera condotta, VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967, p.307; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p.69; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p.141; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p.182; BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p.1339; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., *passim*.

²⁹ E' noto, del resto, che il Rocco e molti dei commissari che hanno materialmente redatto il vigente codice ritenessero ogni illecito penale come reato di evento, ricostruendo a sua volta detto concetto in un'accezione "giuridica" e non già "naturalistica". Cfr., in tal senso, ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano - Torino - Roma, 1913, p.278 e s., e, quivi, spec. p.307, p.317, p.325. Analogamente cfr. pure MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, p.123; CECCHI, *L'evento nel reato*, Napoli, 1931; VANNINI, *Istituzioni di diritto penale*, Firenze, 1939, p.144; DE MARSICO, *Diritto penale*, cit., p.75. Non dissimilmente il CARNELUTTI, nelle sue *Lezioni di diritto penale. I. Il reato*, Milano, 1943, p.170, scomponiva il fatto di reato in due situazioni, quella iniziale (il principio) e quella finale (l'evento). Quest'ultima veniva, pertanto, ad esser presente in tutte le fattispecie incriminatici. Ritiene dommaticamente legittimo utilizzare il termine evento per indicare le azioni penalmente rilevanti MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1954, p.11 e s. Nella meno risalente dottrina, il riconoscimento della presenza di un evento anche in molti (od in tutti) i reati che vengono usualmente definiti di condotta è operato dal NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p.176, il quale ritiene che privi che privi di evento possano qualificarsi soltanto i reati omissivi propri. Su questa scia, rinviene un evento, perlomeno in tutti i delitti, da intendersi come il sostrato di fatto che, per quanto non cronologicamente distinguibile dalla condotta, lo è sicuramente sotto il profilo logico, e che indizia del disvalore d'offesa per cui un comportamento è stato eretto ad illecito penale, MAZZACUVA, *Il disvalore d'evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983. E' evidente che, se si postula la presenza di un evento in pressoché ogni fattispecie criminosa, vien meno in radice la possibilità di una lettura fortemente selettiva dell'area del concorso omissivo nel reato altrui in forza della teorica illustrata *sub* note 25-27.

³⁰ Norma che incrimina, "ferma in ogni caso la disposizione del secondo comma dell'art.40 c. p.", il militare che per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo non usa ogni mezzo possibile per impedire l'esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militare, di rivolta o di ammutinamento che si commette in sua presenza. Si è osservato, da parte di GRASSO, *Il reato*, cit., p.140, che il richiamo all'art.40 c.p. non avrebbe alcun senso se tale disposizione non disciplinasse la partecipazione omissiva al reato altrui.

l'art.116 c. p., che chiaramente identifica il “reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti” con “l’evento conseguenza della sua azione od omissione”³².

Il mancato affermarsi in seno al “diritto vivente” dell’impostazione che nega la possibilità di utilizzare l’art.40 cpv. c.p. al fine di criminalizzare il mancato impedimento dell’altrui condotta illecita ha comportato un proliferare di pronunzie giudiziarie di condanna in capo a quei componenti gli organi collegiali che non “neutralizzavano” l’operato illegale degli altri componenti il collegio. Il novero dei rei in materia economica si è così ben presto arricchito delle figure dell’amministratore e del sindaco “inerte”. Le tematiche afferenti gli amministratori e i sindaci vanno, però, trattate distintamente³³. La loro irriducibilità ad un profilo unitario discende dalla diversa disciplina extrapenale concernente detti organi, da cui derivano profonde differenze in ordine ai loro poteri di impedimento dell’altrui agire *contra jus* e, dunque, differenti soluzioni al quesito del se, ed in quale misura, possano essere chiamati a rispondere ai sensi di quanto previsto dal 40 cpv. c. p. in combinato disposto con le norme di parte speciale (e, nel nostro caso, con l’art.2638 c. c.).

Per quanto attiene alla figura degli amministratori, la questione della responsabilità penale di coloro che, pur non partecipando alla materiale realizzazione dell’illecito ad opera dei loro “colleghi”, non l’avevano tuttavia impedita, ha animato il dibattito penalistico italiano sin dall’entrata in vigore codice di commercio del 1882³⁴. Lo stato odierno dello stesso, una volta confutata la teorica del reato collegiale³⁵, si incentra esclusivamente sui limiti del

³¹ In tal senso v. BISORI, *L’omesso impedimento*, cit., p.1346.

³² Per questo argomento cfr. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p.362; BISORI, *L’omesso impedimento*, cit., p.1348. Quest’ultimo Autore ha replicato all’obiezione usualmente mossa ai fautori della punibilità del concorso omissivo in reato altrui ai sensi dell’art.40 comma 2 c. p., e che consiste nel “rimprovero” di attribuire un diverso significato al termine evento nelle ipotesi di realizzazione monosoggettiva dell’illecito (qui l’evento sarebbe solo il risultato naturalistico della condotta) da quello che vi si attribuisce nelle ipotesi di consumazione plurisoggettiva (evento = fatto di reato), sostenendo la piena coerenza di tale distinzione. In BISORI, *op. cit.*, p.1349, si afferma, infatti, che l’intento del Legislatore nell’utilizzare il termine “evento” nell’art.40 cpv. era quello di affermare che non è sufficiente l’omissione ad un comando penalmente sanzionato per aversi punibilità, ma occorre un *quid pluris* esterno all’agente, frutto della sua omissione e che rappresenti il disvalore del fatto tipico. Tale risultante esterna non può che essere l’evento in senso naturalistico per le ipotesi di realizzazione monosoggettiva mentre per le fattispecie plurisoggettive può ben identificarsi nell’altrui condotta illecita.

³³ Laddove nessun profilo problematico peculiare caratterizza lo statuto penale dei liquidatori e dei direttori generali. E’ significativo, ad esempio, che nessun particolare rilievo dedicano a tale figure le soggettive le approfondite disamine generali di ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., e di FIORELLA, *I principi*, cit. Sui direttori generali e sui liquidatori quali soggettivi attivi dei reati societari cfr. CONTI, *I soggetti*, cit., rispettivamente p.198 e p.205.

³⁴ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali elaborate sul punto nel XIX secolo cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I. I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, Milano, 1997, p.74.

³⁵ Sulla quale v. RENDE, *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, p.44; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, II, p.23. Per la confutazione di tale impostazione cfr. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p.75. Ribadisce le ragioni dell’inaccogliabilità della teoria FIORELLA, *I principi*, cit., p.141.

dovere di impedimento dell'altrui illecito imposto ai componenti gli organi collegiali. Mentre vi è chi ritiene che la responsabilità ex art.40 cpv. c.p. vada esclusa solo per l'amministratore che abbia impugnato la delibera societaria innanzi all'autorità giudiziaria per chiederne l'annullamento³⁶, altri reputano sufficiente che il componente l'organo collegiale abbia espresso il proprio voto dissenziente in sede di approvazione dell'atto "incriminato", dato che, nel nostro sistema, l'impugnativa delle deliberazioni consiliari costituisce una facoltà e non già un obbligo³⁷, ed in ragione della considerazione per cui l'impugnativa, in tale ipotesi, si risolverebbe nella denuncia di un reato che potrebbe esporre a conseguenze gravissime la società³⁸.

Quest'ultima constatazione risulta decisiva nel motivare l'adesione a detta impostazione. Infatti, la considerazione per cui l'obbligo di impugnativa equivarrebbe, in realtà, ad un obbligo di denuncia del reato, assume una importanza fondamentale per porre radicalmente in dubbio la punibilità della condotta del componente l'organo collegiale che si sia limitato ad esprimere il suo voto negativo sulla proposta di deliberazione. Qualificare tale comportamento come integrante tutti gli estremi di un reato omissivo improprio significherebbe individuare, in via esclusivamente interpretativa, un altro delitto di omessa denuncia del reato, di cui non vi è traccia alcuna nel sistema, e che contrasta con la logica di fondo di questo, per cui il semplice cittadino, colui il quale, cioè, non è un pubblico agente, è normalmente esentato da doveri positivi di collaborazione con l'autorità giudiziaria³⁹.

Per quanto attiene, invece, alla responsabilità dei sindaci "inerti", si deve rilevare come la questione, che in precedenza non era analizzata distintamente da quella relativa alla responsabilità dei componenti gli organi collegiali, sia divenuta di estrema attualità e soggetta ad autonoma tematizzazione in seguito al moltiplicarsi delle incriminazioni a carico dei sindaci negli ultimi due decenni dello scorso secolo. Per molti anni i repertori di giurisprudenza non hanno riportato traccia di decisioni sulla questione, mentre, a partire dalla metà degli anni ottanta vi è stata una vera e propria "scoperta", da parte della autorità giudiziaria, della responsabilità sindacale per omesso impedimento dell'altrui

³⁶ In tal senso cfr., per tutti, CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1957, p.538.

³⁷ Per questa argomentazione cfr. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p.81.

³⁸ In tal senso v. CONTI, *Diritto penale commerciale*, I, Torino, 1980, p.104.

³⁹ Ribadiscono il generale principio per cui gli obblighi di denuncia penalmente rilevanti devono essere espressamente previsti STELLA - PULITANO', *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1990, p.564, sub nota 38.

reato⁴⁰. In breve tempo gli *standard* elaborati in giurisprudenza per valutare la correttezza del comportamento dei sindaci hanno raggiunto vette di notevole rigore, ritenendosi sufficiente, ai fini di una declaratoria di penale responsabilità, il mancato attivare uno qualsiasi dei poteri inerenti al ruolo di garante che si era riconosciuto a tale organo sociale⁴¹. In tal modo si è, però, finito addirittura con l'eludere la garanzia minimale rappresentata dal nesso eziologico quale basilare criterio di imputazione obiettiva, atteso che l'inerzia dei sindaci veniva ad assumere penale rilevanza a prescindere dall'accertamento se detta omissione dei doveri loro imposti fosse cronologicamente collocabile in un momento antecedente la consumazione del reato che si doveva impedire, e se avesse avuto, pertanto, un'efficacia causale sullo stesso⁴².

Di fronte a questa dilatazione giurisprudenziale dell'area della responsabilità omissiva dei sindaci si deve registrare, nel medesimo periodo, l'emergere di un orientamento dottrinale che esclude *in toto* che i componenti il collegio sindacale possano essere chiamati a

⁴⁰ Così MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. Pen.*, 2000, p.49. Per una delle prime ricognizioni e valutazioni del *trend* giurisprudenziale in questione cfr. MAZZACUVA, *La responsabilità penale dei sindaci*, in *Le società*, 1989, I, p.379. Per considerazioni in una prospettiva di riforma cfr., invece, CADOPPI, *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci di società: spunti di lege ferenda*, in *Ind. Pen.*, 1986, p.496.

⁴¹ Ricostruiscono in tal senso la giurisprudenza che si è venuta formando sulla questione BRICCHETTI – TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 1995, p.23; IADECOLA, *Il problema del rapporto tra responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci*, in *Giust. Pen.*, 1995, II, p.245; MELCHIONDA, *La responsabilità*, cit., p.55.

⁴² Lo denunciano STELLA – PULITANO', *La responsabilità*, cit., p.566, cui *adde* MELCHIONDA, *La responsabilità*, cit., p.55, che vi intravede una sorta di "presunzione di causalità". Deve rilevarsi come tale svalutazione dell'esigenza di un rigoroso accertamento del nesso di condizionamento necessario tra l'antecedente che esprime il disvalore d'azione ed il conseguente che incarna il disvalore d'evento, ben lungi dal costituire una peculiarità della materia in esame, abbia costituito il filo conduttore di una folta serie di pronunzie giurisprudenziali che nei più svariati campi, dallo colpa medica alla produzione industriale, hanno surrettiziamente (e *praeter o*, anzi, *contra legem*) sostituito criteri di stampo probabilistico a quelli eziologici stabiliti dal Legislatore ai fini dell'imputazione obiettiva per tutti quei settori riconducibili alla c.d. società del rischio. Si tratta del fenomeno criticamente analizzato nello scritto di DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, p.32, e stigmatizzato nell'opera di STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim*. Deve, però, rilevarsi come le penetranti critiche rivolte a tale indirizzo di politica (giurisprudenziale) del diritto abbiano "lasciato il segno", a giudicarsi dal *revirement* giurisprudenziale in tema di responsabilità medica - uno dei primi settori in cui si è verificato il descritto "smottamento" delle garanzie legali in tema di imputazione obiettiva - dove Cass. Pen., sez. IV, 28\09\2000, n.1688, Baltrocchi; Cass. Pen., sez. IV, 29\11\2000, n.2139, Musto, hanno "ribadito" che soltanto la certezza del nesso di condizionamento necessario tra una condotta ed un evento può sorreggere l'accertamento di una relazione causale tra gli stessi. Tali decisioni sono state salutate con favore, in dottrina, da CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionare sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p.289. Anche al di là della responsabilità medica, la giurisprudenza ha di recente "riscoperto" la necessità che la sussistenza di un nesso causale sia acclarata con certezza, come risulta da Cass. Pen., sez. IV, 25\09\2001, n.1585, Sgarbi; Cass. Pen., sez. IV, 25\09\2001, n.1652, Covili, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002, p.737 e s., con nota favorevole di D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull' "oltre ogni ragionevole dubbio"*. Tale "restaurazione" giurisprudenziale della corretta ricostruzione del nesso causale è giunta di recente a compimento con Cass. Pen. Sez. Un., 10\07\2002, Franzese, in *Foro It.*, 2002, II, p.602, con nota adesiva della DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico - chirurgico al vaglio delle sezioni unite*.

rispondere per non aver impedito l'agire criminoso degli amministratori di una società. Punto di partenza di tale impostazione è la netta distinzione tra gli obblighi di protezione, quelli di controllo e quelli di sorveglianza⁴³. Mentre le prime due categorie caratterizzano chi, di fronte all'altrui *iter criminis*, è dotato del potere di evitare che esso giunga a compimento, gli obblighi di sorveglianza sono previsti in capo a chi non è munito di tali poteri impeditivi e, pertanto, può solo essere fatto carico di un obbligo di riferire a terzi dell'altrui *opus illicitum*. In detti casi, solo il destinatario della comunicazione è dotato del potere di evitare che l'evento abbia a realizzarsi. I destinatari dei soli doveri di sorveglianza non possono essere chiamati a rispondere ex art.40 cpv. c.p. del reato che essi erano tenuti a constatare e a comunicare a terzi, atteso che essi non potevano, in ragione delle loro forze, impedirlo. *Ergo*, essi non possono essere intesi come i destinatari del precetto di cui al 2° comma dell'art.40 c.p., dato che, mancando loro il potere di impedire il reato altrui, non li si può far carico del relativo dovere in base all'ovvio principio per cui *ad impossibilia nemo tenetur*⁴⁴.

A tale premessa maggiore segue poi la premessa minore relativa ai sindaci, e consistente nella constatazione che la disciplina dettata dal codice civile per tali organi sociali non prevede poteri impeditivi delle condotte illecite degli amministratori. Essi, ai sensi degli artt.2403 e 2408 c.c., hanno un mero dovere di informare l'assemblea dei soci delle irregolarità degli amministratori che abbiano constatato, ma, non essendo gerarchicamente sovraordinati agli stessi⁴⁵, non possono porre nel nulla tali atti illeciti. Sono perciò destinatari di meri obblighi di sorveglianza e non già di garanzia, in quanto privi di poteri impeditivi dell'operato criminoso altrui, dal che consegue che non possono mai essere chiamati a rispondere ai sensi dell'art.40 comma 2 c.p. per non aver impedito che gli amministratori realizzassero reati⁴⁶.

⁴³ Per tali differenziazioni v. la monografia della LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., *passim*.

⁴⁴ In questi casi, potranno essere chiamati a rispondere in sede penale dell'inadempimento degli obblighi di sorveglianza soltanto se il Legislatore ha specificamente elevato tale inosservanza a titolo autonomo di reato, secondo la ricostruzione della LEONCINI, *op. cit.*, p.154.

⁴⁵ Come evidenziato dalla TORRE, *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza nell'attività del collegio sindacale*, in *Ind. Pen.*, 2000, p.285.

⁴⁶ Quello appena sintetizzato è l'*iter* logico che sottende le prese di posizioni dottrinali che, negli ultimi due decenni, hanno radicalmente escluso la possibilità di una responsabilità penale dei sindaci per omesso impedimento dell'eventuale reato. In tal senso cfr. gli scritti di FIORELLA, *Il trasferimento*, cit., p.204; ID., *I principi*, cit., p.48; MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p.343; PATALANO, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Il Fisco*, 1983, p.2536; MELCHIONDA, *La responsabilità penale*, cit., p.75; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società di capitali*, Roma, 1997, *passim*; TORRE, *Posizione di garanzia*, cit., p.285; BISORI, *L'omesso impedimento*, cit., p.1393. Per la tesi "tradizionale" di chi ritiene che i sindaci possano essere

Invero singolare è, pertanto, la posizione in cui si è venuta negli ultimi anni a trovare la tematica della responsabilità dei sindaci per omesso impedimento dei reati degli amministratori, stretta tra le due polarizzazioni delle decisioni giudiziarie inclini a “sorvolare” sull’esigenza di un rigoroso accertamento causale e delle posizioni dottrinali dichiaratamente ostili a riconoscere qualsiasi margine di penale responsabilizzazione delle condotte “inerti” dei componenti il collegio sindacale.

Entrambi tali estremi non possono essere condivisi, e, se nulla vi è da dire a sostegno della tesi che richiede un rigoroso accertamento della causalità individuale ai fini dell’imputazione obiettiva⁴⁷, maggiore approfondimento merita quella che nega in radice che i sindaci possano essere chiamati a rispondere ex art. 40 cpv. c.p. A tale conclusione ostano tanto ragioni di carattere generale relative alla distinzione tra obblighi di garanzia ed obblighi di sorveglianza⁴⁸, quanto motivazioni specifiche relative al delitto di falsità ed ostacoli alle Autorità pubbliche di vigilanza.

Quanto alle prime, la distinzione tra obblighi di garanzia (che fonderebbero una pronuncia di responsabilità per reato omissivo improprio) ed obblighi di sorveglianza (che tale pronuncia non potrebbero sorreggere) risiederebbe nella circostanza per cui solo nel primo caso il destinatario di tali obblighi sarebbe titolare di poteri in grado di impedire l’evento-reato. Nel secondo caso egli sarebbe unicamente tenuto ad informare un terzo (il titolare del bene protetto) ed unicamente quest’ultimo si troverebbe nella posizione di impedire l’illecito. In sintesi, colui che è tenuto soltanto a riferire a terzi il dispiegarsi di un *iter criminis* non può vedersi riconosciuto il potere di impedire che questo venga portato a compimento, e, dunque, non lo si può far carico del correlativo dovere. Il postulato implicito della teorica in questione è che in tanto possa riconoscersi la figura di un garante in quanto questi possa, *con le sole sue forze*, impedire l’evento – reato⁴⁹. Se questi deve,

chiamati a rispondere ex art.40 cpv. c. p. cfr., invece, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p.55; CRESPI, *Reato plurisoggettivo*, cit., p.518; PEDRAZZI, *Gestione d’impresa*, cit., p.284; ZUCCALA’, *Il delitto di false*, cit., p.73; CONTI, *I soggetti*, cit., p.200; nonché, a livello della più recente manualistica, ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p.90 e s., il quale, peraltro, “rimprovera” alla giurisprudenza di non procedere agli opportuni accertamenti in tema di concreta impedibilità dell’evento-reato e di elemento soggettivo nel procedere a declaratorie di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci “inerti”.

⁴⁷ Per lo meno fino a quando il diritto vigente rimarrà imperniato su una tipologia delittuosa d’evento e non si percorreranno, ancor più di quanto oggi non sia, le vie di un “diritto penale del comportamento”. Sull’alternativa tra le due differenti tipologie di intervento penale che i tempi moderni pongono come snodo centrale del dibattito politico criminale, cfr. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in CURI – PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, p.35.

⁴⁸ Che meriterebbero ben altro approfondimento di quello che in questa sede si riuscirà soltanto ad abbozzare.

⁴⁹ Tale premessa fondamentale è messa chiaramente in luce da FIORELLA, *I principi*, cit., p.44, per il quale “l’art. 40 comma 2° c. p. nel parlare di obbligo di impedimento sembra propriamente riferirsi ad un obbligo di intervento così

invece, rivolgersi a terzi per frustare l'altrui agire criminoso (è il caso del sindaco che deve riferire all'assemblea e solo questa può eventualmente impedire che gli amministratori compiano i reati in programma), bisogna riconoscere che lo stesso è privo del potere impeditivo che legittima una pena in forza della clausola generale di cui all'art. 40 comma 2 c.p. Il ragionamento in considerazione, appena disvelato il fondamento nascosto su cui si regge, non sembra più tenere, per le conseguenze paradossali cui esso darebbe luogo. A seguirlo coerentemente dovrebbe negarsi addirittura che sia riconducibile all'area della responsabilità omissiva impropria il caso paradigmatico che sempre si porta ad esempio per illustrarne l'operatività: quello dell'inattività della madre di fronte ai malori del figlio minore da cui derivi poi la morte dello stesso. Che cosa si rimprovera alla sventurata madre in tali ipotesi? Di non essersi prontamente rivolta ad un medico, cioè di *non essersi avvalsa dell'opera di terzi* per impedire l'evento.

Se si volesse mantener fede al postulato implicito della distinzione tra posizioni di garanzia e posizioni di sorveglianza bisognerebbe allora qualificare la madre che in ipotesi non abbia cognizioni e competenze sanitarie come destinataria di un mero obbligo di sorveglianza e pertanto, esonerarla della responsabilità di cui all'art.40 comma 2 c. p., corollario che nessuno ha mai tratto tra i fautori della criticata teorica⁵⁰. Ne consegue, allora, che la necessità di rivolgersi a terzi per impedire un certo esito pregiudizievole non è ragione sufficiente per negare la qualifica di garante in capo a chi deve rivolgersi a tali soggetti. Se così fosse, del resto, non soltanto la madre che non ha conoscenze sanitarie non risponderebbe dell'evento morte del figlio, che poteva impedire rivolgendosi ad un medico, ma un che di analogo potrebbe dirsi per il datore di lavoro che non ha le conoscenze necessarie per apprestare un efficace piano di prevenzione dei rischi sui luoghi di lavoro. A ben poca cosa sarebbe ridotta l'operatività della clausola generale di incriminazione suppletiva disegnata dall'art.40 cpv. c.p. se fossero estromessi dal suo ambito di applicazione tutti i casi in cui l'evento poteva essere impedito se ci si fosse rivolti a terzi (ed è questo *potere* di avvalersi della collaborazione di terzi che fonda il *dovere* penalmente sanzionato).

penetrante da garantire seriamente l'impedimento del medesimo. La legge sempre cioè riferirsi all'ipotesi in cui il bene giuridico è proprio <<nelle mani>> dell'obbligato”.

⁵⁰ E' significativo che proprio in uno degli ultimi scritti in cui questa tesi viene riproposta si fa, quale caso di scuola illustrativo della responsabilità omissiva impropria, l'esempio della madre che, non potendo nuotare, è tenuta, se vuole evitare di rispondere di omicidio ai sensi dell'art.40 comma 2 c. p., ad invocare il soccorso del bagnino per salvare il figlio caduto in acqua. Così MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p.342. Se ci si fosse mantenuti fedeli alle premesse enucleate, si sarebbe dovuto disconoscere la titolarità di una posizione di garanzia in capo alla madre che non sapeva nuotare e che, dunque, non aveva, *in base alle sole sue forze*, il potere di impedire l'evento.

Gli esempi paradigmatici appena svolti, delineando gli effetti paradossali dell'impostazione che nega la titolarità di posizioni di garanzia in capo a chi solo rivolgendosi a terzi può avere qualche *chances* di impedire l'evento, ci permettono anche di ricostruire l'equivoco dogmatico di fondo su cui riposa tale teorica. Essa, dall'osservazione dell'equivalenza tra l'agire e l'omettere, ricava la conclusione per cui l'omissione di cui all'art.40 c. p., per essere penalmente rilevante, deve avere la medesima efficacia eziologia dell'azione cui detta disposizione si riferisce, e cioè che la salvezza del bene protetto dipenda realmente ed unicamente dall'intervento dell'obligato, sia, in altri termini, nelle "sue mani"⁵¹. Ma, in tal modo, non si valorizza a sufficienza il rilievo per cui l'art.40 c. p., disciplinando il nesso causale, si "limita" a richiedere che le condotte che esso prende in considerazione siano *una* delle condizioni necessarie per l'evento, non già che siano quelle da sole sufficienti a provocarlo. Detta norma non riproduce la distinzione tra causa ed occasione propria di una risalente elaborazione dottrinale⁵², non richiede un'efficacia causale "esclusiva" delle condotte ivi prese in considerazione, ma si "accontenta" di stabilire che esse siano una delle tante *condiciones sine qua non*, cioè che tali azioni ed omissioni abbiano una efficacia eziologica "concorrente" con la altre possibili concause⁵³. Come l'agire è causale anche se la condotta commissiva in tanto "produrrà" l'evento in quanto si uniscano alla stessa altre circostanze con-causali, le quali possono ben identificarsi in altre condotte umane, altrettanto è a dirsi per l'omissione. L'omissione della madre potrà dirsi causa della morte del figlio in quanto la si immagini non "irrelata", ma unitamente al possibile e mancato intervento salvifico del personale sanitario. L'omissione di cui al 40 cpv c. p. non è, dunque, al pari dell'azione di cui al primo comma dell'articolo, solo quella di chi ha "nelle mani" il bene protetto, ma anche quella di chi - cooperando con altri - poteva salvarlo, così come l'azione è anche quella di colui che solo cooperando con altri ha potuto pregiudicare l'oggetto giuridico del reato.

In generale, non può quindi negarsi ai sindaci la qualifica di garanti perché la maggior parte dei reati societari non sono da essi autonomamente impedibili, in quanto detta "neutralizzazione" potrà realizzarsi solo tramite la comunicazione all'assemblea dei soci

⁵¹ Così, quasi testualmente, FIORELLA, *I principi*, cit., p.45.

⁵² Così, ad esempio, STOPPATO, *Evento punibile*, Padova – Verona, 1898, p.60 e s. Sul ripudio di tali concezioni da parte dei compilatori del codice Rocco cfr. ora CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici (Parte I)*, in *Ind. Pen.*, 2001, p.662, nt.44.

⁵³ Sul rapporto causale il rinvio non può che essere al fondamentale contributo di STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975.

che potrà (se il reato non si è ancora consumato e se ne avrà la volontà) porre nel nulla l'agire irregolare degli amministratori.

Ciò che deve, peraltro, riconoscersi, è in che tali casi molto difficilmente riuscirà ad ricostruirsi *con certezza* un legame casuale tra le condotte omissive dei sindaci ed il reato realizzato dagli amministratori. Ciò potrebbe verificarsi solo allorché si possa ritenere, con un'alta credibilità razionale, che, qualora i sindaci avessero prontamente comunicato all'assemblea i loro "sospetti", questa avrebbe *sicuramente* impedito che gli amministratori portassero a compimento il loro agire criminoso. Valutazioni sull'efficacia eziologica del comportamento alternativo lecito dei sindaci, a sua volta legato al comportamento eventuale dell'assemblea dei soci⁵⁴, che comporterebbero, nella stragrande maggioranza dei casi, l'assoluzione per insufficienza di prove sul nesso causale⁵⁵.

Ma se ciò è vero nell'*id quod plerumque accidit*, non lo è sempre, e, in particolare, non lo è per quei casi in cui la legge attribuisce ai sindaci il potere di impedire essi stessi l'illecito degli amministratori. Ed è proprio quanto si verifica in tema di falsità nelle comunicazioni ad (alcune) Autorità pubbliche di vigilanze. I testi unici in materia finanziaria e creditizia hanno, infatti, da un lato rafforzato i poteri ispettivi sulle aziende disciplinate dal Tulf e dal Tuif e, dall'altro, hanno previsto peculiari obblighi informativi tra i sindaci e gli organi pubblici di controllo (la Banca d'Italia e la Consob)⁵⁶. L'art.52 Tulf e l'art.149 Tuif prevedono ora (rispettivamente per le aziende bancarie e per quelle quotate, e nei confronti della Banca d'Italia e della Consob) l'obbligo in capo ai sindaci di riferire senza

⁵⁴ Valutazioni che, pertanto, cumulano le difficoltà ricostruttive e probatorie della causalità omissiva, sulla quale cfr., per tutti, PALIERO, *La causalità nell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, p.821, con quelle proprie della causalità psichica, atteso che l'efficacia eziologica della condotta omissiva dei sindaci è subordinata ad una valutazione del comportamento futuro (rispetto alla comunicazione sindacale) e discrezionale di un soggetto terzo (per di più composito): l'assemblea dei sindaci. Sulla causalità psichica v., da ultimo, SERENI, *Istigazione al reato ed autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, p.8 e s., e spec. p.92 e s.; nonché CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in CANESTRARI – FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, p.187 e s., e spec. p.199, e, su posizioni radicalmente scettiche (che rischiano però di minare la funzione di garanzia della categoria causale), DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002, p.678 e s.

⁵⁵ Come lucidamente rilevato da FIORELLA, *I principi*, cit., p.47. Detta pratica impossibilità di ricostruire *con certezza* un nesso di condizionamento necessario tra la mancata doverosa denuncia (all'assemblea dei soci) sindacale e l'impedimento del reato degli amministratori, se raffrontata al significativo numero di declaratorie di condanna in capo ai componenti il collegio sindacale, suffraga ampiamente la diffusa opinione di un particolarmente elevato rigore giurisprudenziale che è arrivato ad enucleare, sul punto, delle (costituzionalmente inammissibili) ipotesi di responsabilità "di posizione".

⁵⁶ Sulle modifiche che i Testi unici in questione hanno apportato alla disciplina dell'operato dei collegi sindacali cfr. RORDORF, *Il nuovo sistema dei controlli sindacali nelle società per azioni quotate* in *Foro it.*, 1999, V, p.238; FORTUNATO, *Doveri e poteri del collegio sindacale nelle società quotate*, in *Riv. Soc.*, 1999, p.33.

indugio le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza⁵⁷ e di trasmettere i verbali degli accertamenti svolti e ogni altro documento utile⁵⁸. Alla luce di tali obblighi, è evidente che i sindaci hanno ora il potere di impedire la consumazione di un reato di falsità nelle comunicazioni alla Consob ed alla Banca d'Italia da parte degli amministratori. Appena ne abbiano il sentore, potranno (*rectius* dovranno) comunicare tale irregolarità alle Autorità di vigilanza e, per ciò solo, il reato sarà impedito, in quanto risulterà privo di quell'attitudine decettiva che deve connotare un falso per renderlo penalmente rilevante. Ai sensi della nuova trama dei poteri previsti in capo ai collegi sindacali, anche i sostenitori della tesi che differenzia obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza dovranno riconoscere che, limitatamente alle aziende creditizie ed alle società quotate, e per quei reati che attengono ai rapporti comunicativi con le Autorità di settore, i sindaci sono dotati di autentici poteri impeditivi, dal che discende la loro qualifica in termini di garanti e la loro responsabilità ex art. 40 cpv. c. p.⁵⁹.

Se un componente il collegio sindacale sa⁶⁰ di un falso perpetrato in un documento che un amministratore deve inviare alla Consob o alla Banca d'Italia e non avverte quest'ultima, sarà senz'altro responsabile di non aver impedito un fatto di reato che poteva (e doveva) neutralizzare.

⁵⁷ Rileva MARRA, *Legalità ed effettività*, cit., p.153, a proposito del Tuif, come tale *corpus* normativo abbia individuato quale compito specifico del collegio sindacale quello del controllo di legalità sull'attività amministrativa.

⁵⁸ Su tali doveri dei sindaci nei confronti delle Autorità di vigilanza cfr. RORDORF, *op. cit.*, p.244; FORTUNATO, *Doveri e poteri*, cit., p.53; POMELLI, *Il nuovo ruolo del collegio sindacale secondo la comunicazione Consob n.DEM1025564 del 6 aprile 2001*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, p.162.

⁵⁹ Già SGUBBI, *Le sanzioni*, cit., p.315, aveva evidenziato come l'ampliarsi dei poteri ispettivi del collegio sindacale previsto dal Tuif si rivelasse foriero di un estendersi delle ipotesi di responsabilità penale ai sensi della clausola generale di cui al 40 cpv. c. p., ritenendo tali norme del "Decreto Draghi" quelle che presentavano la maggiore potenzialità espansiva rispetto al diritto penale societario.

⁶⁰ Tale consapevolezza è assolutamente imprescindibile nell'ottica di un rimprovero a titolo di dolo quale è quello di cui all'art.2.638 c.c. Essa deve essere assolutamente ribadita di fronte ad prassi giurisprudenziali che, in tema di responsabilità sindacale omissiva (ma più in generale di responsabilità dei componenti gli organi collegiali), si sono spesso "accontentate" di un dolo eventuale ancor più evanescente di quanto già non sia usualmente tale (dubbia) forma di dolo. Frequenti sono le pronunzie in cui la presenza dell'elemento doloso è stata desunta solo dalla sussistenza di "segnali d'allarme" nella gestione sociale. Il mancato attivarsi dei sindaci di fronte agli stessi è stato inteso come "accettazione del rischio" degli illeciti futuri e una volta realizzatisi questi, sono stati imputati ai componenti il collegio anche se costoro non si sono *neanche rappresentati il fatto di reato storicamente realizzato*, con pretermissione non solo del momento volitivo (intrinseca a quell'ambiguo criterio di imputazione soggettiva che è il dolo eventuale) ma addirittura di quello rappresentativo del dolo. Tali orientamenti giurisprudenziali, già criticamente segnalati da STELLA - PULITANO', *La responsabilità*, cit., p.568; ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p.91; e da MELCHIONDA, *op. ult. cit.*, p.63, sono stati oggetto, di fronte al loro prevalere nel "diritto vivente", delle lucide "denunce" di CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, p.1147; e di PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2000, p.1265. Tale rischio dovrebbe essere peraltro scongiurato, rispetto all'art.2638 c.c., stante la sua natura di delitto a dolo specifico, come tale incompatibile con il dolo eventuale secondo il tradizionale insegnamento, da ultimo ribadito da PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p.595 e s., e, *quivi*, spec. p.608.

Diversamente stanno le cose per i componenti i collegi sindacali di società estranee all'area della vigilanza di Consob e Banca d'Italia. Come abbiamo visto nel II capitolo della I sezione l'area di operatività dell'art.2638 c.c. è molto più ampia di quella precedentemente oggetto degli artt.134 Tulb, 171 e 174 Tuif. La disposizione codicistica in esame abbraccia ormai ogni rapporto tra società o consorzi e Pubblica Amministrazione. Tutte le falsità nelle comunicazioni ad una di predette autorità (la Consob, l'Autorità antitrust, un Ministero, sino al più piccolo dei Comuni cui una società è legalmente tenuta a fornire un'informazione su un settore sottoposto alla vigilanza di tale ente territoriale) sono penalmente rilevanti ai sensi del macro-tipo disegnato dal novellato art.2638 c.c. Ma, al di là dei sindaci di società soggette alla vigilanza della Consob e della Banca d'Italia, i componenti i collegi sindacali delle altre società che rientrano nell'ambito applicativo dell'art.2638 c.c. non sono tenuti a fornire alle Autorità di vigilanza di settore le informazioni sulle gravi irregolarità da loro riscontrate nella gestione societaria. A tanto, per esempio, non sono tenuti nei confronti dell'Autorità antitrust i componenti i collegi sindacali di società cui quest'ultima richieda informazioni nel corso della sua attività istituzionale.

L'assenza di doveri informativi analoghi a quelli previsti dagli artt.52 Tulb e 149 Tuif li priva della possibilità di impedire il reato di false comunicazione all'Autorità di vigilanza competente semplicemente avvisandola della falsità delle comunicazioni che gli amministratori intendono inviare.

Questo non vale, per le ragioni predette, ad escludere *tout court* una posizione di garanzia in capo ai sindaci per totale assenza di poteri impeditivi, dato che, in alcune limitate ipotesi (più di scuola che di realistica realizzazione), l'adempimento degli obblighi previsti dal codice civile per tutti i sindaci potrebbe impedire il fatto di reato costituito dalle falsità ad una Autorità pubblica di settore. Si ipotizzi il caso di un collegio sindacale che sia venuto a conoscenza del fatto che gli amministratori di una società concessionaria di un servizio pubblico di trasporto stiano falsificando dei documenti che dovranno essere inviati al competente assessorato regionale. I sindaci avranno il dovere di riferire questa grave irregolarità (non già alla Regione, in mancanza di norme analoghe all'art.149 Tuif) ma all'assemblea dei soci, e quest'ultima potrà a sua volta revocare gli amministratori, ai sensi degli artt.2383 e 2393 c. c., *prima* che le predette comunicazioni siano inviate. In detta ipotesi, l'adempimento dei doveri sindacali avrà impedito la realizzazione dell'illecito programmato dagli amministratori. Ma, come ognuno può immaginare, le possibilità che si verifichino, nella concreta vita societaria, episodi del genere di quello appena descritto,

sono alquanto rari. Bisogna ipotizzare che i sindaci vengano a conoscenza della falsificazione *prima* che gli atti mendaci siano inviati all'Autorità di controllo, che *prima* di questo momento venga convocata l'assemblea dei soci, la quale, una volta resa edotta della situazione, e sempre immaginando che, nel frattempo, i documenti in questione non siano stati inviati (essendosi in tal caso consumato il reato), decida di revocare gli amministratori (la qual cosa costituisce una semplice facoltà da parte dell'assemblea, non già un obbligo). La condotta dei sindaci è soltanto una delle tante concause che devono concorrere per impedire il reato, ed è estremamente improbabile che queste abbiano a verificarsi tutte contemporaneamente *prima* che la falsa comunicazione sia inviata. In assenza di norme, come il 149 Tuif, che impongano ai sindaci di comunicare ogni irregolarità *direttamente* all'Autorità di settore, è ben difficile riuscire ad attribuire, nel caso concreto di inadempimento dei doveri sindacali, efficacia impeditiva dell'altrui reato al comportamento alternativo lecito dei sindaci.

Si verifica così la situazione di uno statuto penale differenziato della responsabilità sindacale in riferimento all'art.2638 c.c. in base alla diversa disciplina regolante i rapporti con l'Autorità di vigilanza. Se questa prevede l'obbligo in capo al collegio di riferire ogni irregolarità (tra cui vanno ricompresi i tentativi di false comunicazioni all'Autorità), può affermarsi che, di fronte alla prova della consapevolezza *ex ante* del mendacio da parte dei sindaci, la responsabilità di questi per non aver impedito l'evento sarà quasi *in re ipsa*: la tempestiva comunicazione all'Autorità avrebbe privato di attitudine decettiva il falso. In assenza di tale obbligo informativo, l'accertamento causale in tema di efficacia eziologica del comportamento alternativo lecito dei sindaci condurrà pressoché sempre ad un esito assolutorio: pur se avessero riferito tutti i loro "sospetti" all'assemblea dei soci, ciò non sarebbe valso ad impedire l'evento-reato perché, in ipotesi, la comunicazione era stata già inviata al momento dell'assemblea o perché non è assolutamente certo che l'assemblea, se avesse saputo, avrebbe perciò solo revocato gli amministratori impedendo il mendacio. Come si vede, a parità di disciplina incriminatrice, lo statuto penale dei componenti l'organo sindacale è quanto mai differenziato a seconda della disciplina extrapenale di riferimento in tema di obblighi del collegio verso le Autorità di settore, il che ci permette di evidenziare un connotato non peculiare dell'art.2638 c.c., ma comune a tutte le fattispecie che potremmo definire "plurifunzionali".

4. *Le peculiarità delle fattispecie "plurifunzionali": la concretizzazione del bene funzionale e l'emersione dei sotto-tipi. La selezione "strettamente legale" delle norme extrapenali di*

riferimento. Il rilievo appena effettuato per cui lo statuto penale dei soggetti attivi (nel nostro caso dei componenti il collegio sindacale) di un medesimo reato ad offesa funzionale può essere profondamente differente in ragione della diversa disciplina che lega i diversi sottogruppi di tali soggetti (i sindaci di società vigilate dalla Consob ai sensi del Tuif, che si distinguono da quelli delle società concessionarie di un pubblico servizio vigilati dal competente assessorato regionale) viene a trovare giustificazione in base alla tecnica di tipizzazione adottata dal Legislatore nel costruire tale tipo di incriminazione.

Nel fornire tutela penale alle funzioni amministrative, due sono le vie astrattamente percorribili dal Legislatore. La prima consiste nel prevedere tante fattispecie quante sono le autorità che si desidera proteggere penalmente. Potremmo definire tale opzione come quella rivolta alla costruzione di fattispecie incriminative “monofunzionali”. È il sentiero percorso dal Legislatore italiano, in tema di disciplina penale dei mercati finanziari, fino alla recente riforma attuata col d. lgs.61 del 2002. Si avevano così differenti reati incriminanti le false comunicazioni alla Consob, alla Banca d’Italia, all’Isvap e così via. Lo statuto penale dei soggetti attivi di tali reati era differenziato e tale distinzione era visibile “*ictu oculi*”, stante la differenziazione delle fattispecie incriminative.

L’altra via che è possibile percorrere è quella della costruzione di un macro-tipo, cioè di una sola fattispecie che accomuni tutte le offese alle funzioni delle più svariate Autorità, purché siano accomunate da una comune modalità lesiva (che, nel caso in esame, è il mendacio). Avremo così l’opzione che potremmo definire quella delle fattispecie “plurifunzionali”. Tipico esempio ne è il novellato art.2638 c.c. La differenziazione dello statuto penale dei soggetti attivi non è però - per il solo fatto che si sia seguito il modello criminoso “plurifunzionale” anziché quello “monofunzionale” - venuta radicalmente meno, essa è solo meno “visibile”. Al di sotto del macro-tipo di nuovo conio legislativo continuano a vivere i sotto-tipi delle false comunicazioni a questa anziché a quella Autorità di settore. E non deve credersi che tale “sopravvivenza del molteplice” sia limitato allo statuto penale degli autori, potendo riguardare anche altri elementi del fatto di reato, *in primis* l’oggetto materiale. Il novero delle comunicazioni dovute alle Autorità, e sulle quali può cadere il mendacio incriminato, varia a seconda della disciplina relativa alle diverse Autorità: ciò che deve comunicarsi alla Banca d’Italia non sono i medesimi dati che si è tenuti a fornire all’Isvap anziché al Ministero delle attività economiche.

Queste persino banali considerazioni trovano il loro corretto inquadramento dogmatico nella funzione selettiva e ricostruttiva del tipo svolta dal bene giuridico. Se il fatto di reato è correttamente delineato solo alla luce di una corretta individuazione del bene protetto, di

modo che si possono pienamente intendere gli elementi della fattispecie obiettiva solo alla luce dell'interesse tutelato dalla norma⁶¹, ne consegue che al variare del secondo muterà anche il primo. Nell'ipotesi di fattispecie ad "offesa plurifunzionale", è evidente che al variare dell'Autorità le cui funzioni sono protette, muterà anche l'area della punibilità. Le funzioni cui è assicurata tutela penale sono differenti, pur in una loro tendenziale omogeneità strutturale; lo attesta il fatto stesso che il Legislatore abbia istituito differenti Organismi pubblici di vigilanza e non già uno solo. A diversità di funzioni (cioè di beni protetti) corrisponderà una differenziazione dei fatti di reato, pur sotto la "squama" di una comune lettera della legge.

Quanto appena espresso, del resto, è già implicito nella teorica della "concretizzazione" del bene protetto richiamata nel capitolo precedente⁶². Se i reati che tutelano l'azione amministrativa in realtà proteggono i singoli procedimenti e provvedimenti, e se si deve accentrare l'attenzione, nella fattispecie concreta, sul singolo procedimento, è logico corollario che, a parità di *littera legis*, i fatti di reato (e, dunque, l'area della punibilità) siano diversi a secondo delle varie categorie di procedimento, cioè della normativa che disciplina le diverse tipologie di azione amministrativa. Ciò che è offensivo di un dato tipo di procedimento potrà non spiegare alcun profilo di lesività per un'altra tipologia procedimentale.

Il fenomeno appena descritto, che potremmo definire "la persistenza dei sotto-tipi" pur di fronte ad una fattispecie *omnibus* che avrebbe dovuto eliminare le disarmonie del molteplice, non è, in fin dei conti, niente di diverso da quello recentemente "rinvenuto" nel corso di un'indagine comparatistica relativa ai delicati rapporti tra esigenze di ricodificazione e la complessità della legislazione complementare⁶³. Là dove si è optato per il "prosciugamento" della legislazione penale complementare, topograficamente "prossima" alla disciplina extrapenale di riferimento, ed al suo "incanalamento" nell'alveo di poche generali fattispecie codicistiche, si è dato vita a poche norme incriminatrici, ma ad amplissimo spettro, colme di elementi normativi che richiamavano implicitamente la disciplina di riferimento, vere e proprie norme in bianco. E ciò in quanto "l'alternativa alla moltiplicazione tassativa dei precetti penali, in una società complessa che intende effettivamente disciplinare materie specialistiche, non è costituita dall'eliminazione di quei

⁶¹ Per la più esaustiva "lezione", nella moderna dottrina, delle reciproche interrelazioni e rapporti tra la categoria del fatto e quella del bene protetto, cfr. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., *passim*.

⁶² E sulla quale, per tutti, v. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p.207; ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p.188.

⁶³ Ci riferiamo agli scritti raccolti da DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione*, cit., *passim*.

precetti, ma dal loro nascondimento in fonti subordinate o extrapenali, richiamate con la tecnica dell'elemento normativo, della norma in bianco o del rinvio"⁶⁴.

Se, dunque, la costruzione normativa di un macro-tipo non riesce ad "annichilire" le differenze tra i sotto-tipi preesistenti e "permanenti" (a livello di legislazione di riferimento extrapenale), massimamente questo fenomeno si verificherà allorché, come nel nostro caso, si addivenga ad un fattispecie "ad offesa plurifunzionale": la diversità delle Autorità che costituiscono i soggetti passivi del reato implica per definizione una differenza tra i beni pregiudicati. Al variare della singola Autorità, muteranno il bene e la disciplina oggetto di implicita "remissione normativa" e, dunque, il fatto di reato.

Da tale fenomeno, inevitabile frutto della complessità del post-moderno, non si deve però trarre la "sconsolata" conclusione della futilità dei tentativi di "inversione della rotta" rispetto alla "dispersione del diritto penale in mille rivoli"⁶⁵, cioè del carattere inane degli sforzi di codificazione, di razionalizzazione mediante l'elaborazione di poche fattispecie generali in luogo della smisurata gamma delle incriminazioni ipersettoriali e monofunzionali⁶⁶. A favore di ciò milita la "classica" considerazione della maggior conoscibilità (e per ciò solo maggiore efficacia generalpreventiva) delle poche fattispecie codicistiche⁶⁷ in luogo della

⁶⁴ Così DONINI, *La riforma della legislazione*, cit., p.37. Analoghe considerazioni, in specifico riferimento al "caso" spagnolo, sono svolte, nell'ambito della medesima ricerca, da FOFFANI – PIFARRE' DE MONER, *La legislazione penale speciale in Spagna*, cit., p.215 e s. Similmente, in ordine alla recente depenalizzazione in tema di alimenti, CASTRONUOVO, *Depenalizzazione e modelli di riforma penale: il "paradigma" del sistema di illeciti in materia di alimenti*, in *Ind. Pen.*, 2001, p.308 e s. Considerazioni critiche sull'aspirazione ad intervenire penalmente in materia economica mediante clausole legislative astratte erano poste già al centro delle riflessioni di PEDRAZZI, *Odierno esigenze economiche*, cit., p.1105, il quale rilevava che "l'astrattezza che caratterizza la previsione legislativa non riesce né a tracciare con soddisfacente certezza i confini dell'illecito, né a esprimere una valutazione universalmente valida delle singole fattispecie. Poiché anche questo va considerato: che, a seconda delle circostanze concrete, può mutare il significato ed il valore di certi schemi di condotta (...). I risultati del metodo legislativo non soddisfano, quindi, né sotto il profilo della certezza né sotto quello del realismo valutativo".

⁶⁵ Secondo l'espressione di BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS – PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, p.54.

⁶⁶ Di recente, ribadisce la "sensatezza" delle istanze di razionalizzazione e ricodificazione della penalità esistente, pur nella consapevolezza che il fenomeno di implicita "remissione normativa" alle discipline extrapenali di riferimento "svaluta" di molto la portata selettiva del penalmente rilevante che a tali operazioni si è ritenuto di poter tradizionalmente attribuire, INSOLERA, *Il diritto penale complementare*, in *Ind. Pen.*, 2002, p.7 e s.

⁶⁷ Cfr., però, ora le "paradossali" conclusioni cui giunge SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p.1193, per il quale l'incertezza del diritto provocata dalla sua "parcellizzazione" è funzionale ad una sua maggiore efficacia in termini generalpreventivi, poiché induce i consociati, da un lato, ad astenersi da tutto ciò che anche in misura minima presenti un "rischio penale" e, dall'altro, a farsi *promotori* di certezza, mediante "concertazioni", intese, "protocolli etici", atti a porre confini netti all'indistinta linea divisoria tra il vietato ed il consentito. Dette "provocazioni" paiono essere la generalizzazione, a livello di sistema penale nel suo complesso, delle considerazioni già svolte in ordine alle esigenze di determinatezza delle singole incriminazioni da parte di chi aveva rilevato che l'efficacia intimidativa della pena è direttamente proporzionale all'incertezza della fattispecie, che impedisce all'autore potenziale di fare assegnazione su un sicuro calcolo del rischio. In tal senso cfr. MALINVERNI, *Funzione e natura della pena*, in *Studi economico – giuridici dell'Università di Cagliari*, Padova, 1961, p.5; BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, p.92. Tali considerazioni, peraltro, come non risultano in grado di sopravanzare le ragioni che militano a favore della tassatività delle singole

miriade di incriminazioni della legislazione complementare⁶⁸, ma anche una considerazione che ci suggerisce l'analisi delle fattispecie in esame e che è stata già svolta in sede di perimetrazione delle comunicazioni che possono dar luogo alla falsità penalmente rilevanti alle Autorità. Nell'interpretare tale elemento della fattispecie obiettiva, si era precisato che potevano integrare il tipo esclusivamente le comunicazioni previste dalla legge, e non già quelle previste da atti normativi secondari emanati dalla P.A. Lo imponeva la garanzia della riserva di legge in materia penale⁶⁹. Tale indicazione è suscettibile di essere generalizzata nel senso che il rinvio alla disciplina extrapenale reso necessario dalla tecnica legislativa delle fattispecie ad "offesa plurifunzionale" non comporta un recepimento indeterminato di tutte le disposizioni che compongono la disciplina di riferimento, ma soltanto di quelle aventi rango legislativo. Le macrofattispecie che impongono la implicita "remissione normativa" alle discipline di settore non sono così equivalenti alle norme specialistiche che penalizzano "a tappeto" tutte le inosservanze della regole di settore, anche quelle meramente regolamentari e secondarie. Esse non possono, perciò, essere considerate *sic et simpliciter* delle norme penali in bianco⁷⁰.

fattispecie incriminatrici, così non paiono decisive al fine di abbandonare l'opzione di razionalizzazione e di riduzione a coerenza sistematica dell'intero ordinamento penale. Esse, come rilevato dallo stesso MALINVERNI, *op. ult. cit.*, p.6, e da PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1879, p.90, sono in grado di confutare le spiegazioni in termini di mera coazione psicologica dei postulati di determinatezza delle singole incriminazioni e dell'intero sistema delle stesse, ma non già le esigenze di garanzia che vi presiedono. Ma il progetto di razionalizzazione e chiarificazione dell'area della punibilità è retto non solo da ragioni che rinviano alla mera "dignità" dell'uomo, ma anche da considerazioni strettamente "utilitaristiche" (cioè generalpreventive) quale quelle per cui il dubbio generalizzato e continuo sulla propria libertà d'azione ne impedisce l'esercizio all'onesto, ma non già al disonesto, di modo che una legislazione penale dagli incerti confini produrrebbe il deleterio effetto di lasciare, quali unici soggetti operanti nell'ambito delle materie penalmente "ambigue", i meno propensi a seguire i richiami dell'ordinamenti. Così PALAZZO, *Il principio*, cit., p.166. Sul c.d. *aura-effect*, ovverossia sulla tendenza dei cittadini più onesti e scrupolosi a non effettuare non solo le condotte chiaramente illecite, ma anche quelle la cui liceità non è del tutto palese, il che provoca la conseguenza che a realizzare quest'ultime siano solo i meno onesti e scrupolosi, cfr. pure le riflessioni di CADOPPI, *La nuova configurazione dell'art.5 c.p. ed i reati omissivi propri*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p.252, e, in ordine alla specifica tematica della responsabilità dei componenti gli organi societari collegiali, CRESPI, *La giustizia penale nei confronti*, cit., p.1163. Unico realistico "rimedio" a tale situazione è una chiara distinzione legislativa tra il penalmente lecito ed il penalmente riprovato.

⁶⁸ Sul sempre vivo dibattito cfr. ora le considerazioni di FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p.137, e di GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass. Pen.*, 2001, p.3581.

⁶⁹ Così sez. II, cap. I, part.7; sez. I, cap. II, par.6.

⁷⁰ Detta critica, che non si è potuto ancora muovere alla neonata incriminazione di cui all'art.2638 c.c., è stata avanzata nei confronti di fattispecie similari presenti in altri ordinamenti. Questa è, ad esempio, la conclusione cui addivene parte della dottrina spagnola nell'analisi dell'art.294 del codice penale iberico, norma "corrispondente" all'art.2.638 c.c. L'art.294 c.p. sp. incrimina, infatti, gli organi apicali di società operanti sui mercati e soggetti a supervisione amministrativa che negano o impediscono l'attività ispettiva delle persone o degli organismi addetti a tale supervisione. Come si vede, si tratta di una fattispecie "plurifunzionale", finalizzata alla protezione non di questa o di quella Autorità di vigilanza, ma di tutte indistintamente. Ne deriva, come rilevato da DEL ROSAL BLASCO, *Los nuevos delitos societarios*, cit., p.132, che per sapere ciò che può essere impedito dai vertici di una data società (e cioè per conoscere i

Essendo il rinvio soltanto “implicito”, è possibile un’esegesi che lo intenda limitato alle fonti legali, e tale possibilità, in materia penale, è doverosa per l’interprete fedele al dettato costituzionale. Le sotto-fattispecie che continuano a comporre il macrotipo possono essere delineata soltanto a livello legislativo.

Venendo ad applicare quanto ora delineato al settore della condotta omissiva dei sindaci, ne risulterà che gli obblighi di riferire alla Consob ed alla Banca d’Italia che possano far sorgere una responsabilità ex art.40 2° comma c.p. saranno solo quelli che abbiano una fonte immediata nella legge, e non già quello previsti soltanto da atti normativi dell’Amministrazione. Ciò in piena conformità alle conclusioni cui è giunto chi ha maggiormente approfondito, da ultimo, la tematica delle fonti dell’obbligo di impedimento dell’evento. Interrogandosi sullo spazio che è possibile assegnare, a tal fine, al regolamento, si è ritenuto che il principio di stretta legalità imponga una sua partecipazione alla definizione di posizione di garanzia unicamente nella misura in cui attui e specifichi una posizione di protezione o di controllo già stabilita da una fonte primaria⁷¹, di modo che soltanto un regolamento attuativo-esecutivo possa contribuire a delineare l’area di operatività della responsabilità per mancato impedimento dell’evento⁷².

Dai rilievi appena svolti deriva un’importante corollario in tema di delimitazione della responsabilità penale dei componenti il collegio sindacale per non aver resa edotta la Consob o la Banca d’Italia (le uniche due autorità nei cui confronti esista un obbligo informativo da parte dei sindaci) di un dato che sia stato poi oggetto di una mendace comunicazione da parte degli amministratori. Questa non potrà fondarsi su obblighi informativi del tenore di quelli previsti dalle deliberazioni Consob di “ultima generazione”⁷³, che impongono ai sindaci il dovere di riferire non soltanto sulle mere illegittimità nella gestione sociale, ma anche sul semplice indice di rischio economico delle attività intraprese dagli amministratori. Quali che siano le conseguenze di stampo civile od amministrativo che conseguano all’inadempimento di tali obblighi⁷⁴, a noi pare che stante

margini della fattispecie incriminatrice), bisognerà esaminare i vari statuti normativi che disciplina le attività di supervisione cui sono soggette le varie categorie di società. Ciò fa dell’art.294 c.p. un tipo estremamente “aperto”, che viene tacciato da DEL ROSAL BLASCO, *Los nuevos delitos societarios*, cit., p.132, di essere una norma penale in bianco molto discutibile sotto il profilo del rispetto del principio di legalità.

⁷¹ In tal senso v. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, p.625.

⁷² Così GIUNTA, *op. loc. ult. Cit.*, sub nota 36.

⁷³ Sulle quali v. il quadro tracciato da POMELLI, *Il nuovo ruolo*, cit., p.154 e s.

⁷⁴ Sul punto cfr. POMELLI, *Il nuovo ruolo*, cit., p.168.

la mancanza di un loro immediato referente legislativo (il 149 Tuif prevede un obbligo informativo limitato alle irregolarità nella gestione sociale, non all'opportunità economica della stessa), essi non possano fondare una declaratoria di responsabilità penale ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p. Si tratta, come è di tuta evidenza, di regolamenti non certo di tipo "esecutivo".

Se gli amministratori hanno comunicato alla Consob dati falsi sulla rischiosità economica delle operazioni intraprese, i sindaci, anche se hanno consapevolmente omesso di fornire tali dati all'Autorità di settore (in tal modo non privando di attitudine decettiva la condotta degli amministratori), non potranno essere penalmente chiamati a risponderne⁷⁵.

Di fronte, dunque, a fattispecie "plurifunzionali", non bisogna ritenere che la necessaria attività di integrazione e specificazione del tipo che necessariamente saranno chiamate a svolgere le discipline extrapenali di riferimento renda del tutto equivalente tali disposizioni a norme penali in bianco che sanzionino l'inosservanza di ogni disposizione, per quanto secondaria, della regolamentazione di settore. Opererà, al contrario, una selezione "improntata alla stretta legalità" delle norme di riferimento. Solo quelle di rango legislativo - attengono all'individuazione delle comunicazioni aventi rilievo penale o all'attribuzione di poteri impeditivi dell'altrui illecito - potranno avere diritto di cittadinanza nella ricostruzione dei sotto-tipi che delineano la variabile area della punibilità.

5. *Lo svolgimento di un'attività di impresa quale parametro selettore dei soggetti attivi nell'art.2.638 c.c.* Le condotte criminose previste dal novellato art.2.638 c.c. non vedono, tra i loro destinatari, indistintamente tutti gli organi apicali di una società o di un consorzio cui un'Autorità pubblica di vigilanza chieda una informazione che ritiene utile per l'espletamento della sua attività istituzionale, né, tanto meno, criminalizzano chiunque si veda rivolger una richiesta di collaborazione da parte di detti enti e vi "replichi" inviando false informazioni agli stessi o con una delle altre modalità di cui alla disposizione incriminatrice. Non si è seguito, in Italia, l'esempio di quanto sancito in alcuni ordinamenti, come quello francese e britannico, dove, rispettivamente, la Cob, l'organo di vigilanza sui mercati finanziari, e il Serious Fraud Office (SFO), l'autorità preposta all'indagine sulle frodi rilevanti, possono richiedere informazioni e documenti a *chiunque* esse ritengano in

⁷⁵ Il problema che si è in questa sede esaminato postula una risposta positiva al quesito relativo alla penale rilevanza delle valutazioni alla stregua dell'art.2638 c.c. Per la dimostrazione di questo (allo stato) tacito assunto si rinvia al capitolo successivo.

grado di collaborare utilmente alle loro attività di vigilanza⁷⁶. In detti ordinamenti si è, evidentemente, di fronte ad un reato comune, frutto della massimizzazione della tutela penale delle funzioni delle autorità di controllo, laddove il nostro Legislatore ha optato per la costruzione di un reato proprio, che non offre una protezione a 360° all'attività di vigilanza, ma "ritaglia", in una prospettiva di valorizzazione del canone della frammentarietà, le condotte meritevoli di pena tra quelle astrattamente offensive del bene protetto in forza della particolare posizione di vertice in cui vengono a trovarsi determinati soggetti nell'organizzazione di certi enti⁷⁷.

Una volta chiariti, nei paragrafi precedenti, i profili problematici che pongono alcune figure di autori tra quelle legislativamente tipizzate, si deve ora incentrare l'analisi sul concetto di "società, enti o altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti", che individua i soggetti giuridici i cui organi apicali possono realizzare le condotte incriminate nell'art. 2. 638 c.c.

Un punto giova preliminarmente ribadire: la locuzione in esame non legittima interpretazioni che "riducano" la tutela penale della norma in esame alle sole Autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Questa era, con tutta probabilità, l'intenzione dei compilatori la norma⁷⁸, ma la loro volontà è stata verosimilmente "tradita" da una formulazione del testo normativo che non offre appigli per un'esegesi del genere. Come già chiarito nel cap. II sez. I, la locuzione "autorità pubbliche di vigilanza" è talmente onnicomprensiva che non si vede come si possa limitarla esclusivamente alla Consob, alla

⁷⁶ Su questo aspetto dei poteri conferiti alla Cob v. DUCOULOUX FAVARD – RONTCHEVSKY – BEZARD, *Infraction boursières*, Parigi, 1997, p.89. Per quanto concerne le similari potestà dello SFO cfr. ARLIDGE – PARRY – GATT, *Arlidge and Parry on fraud*, Londra, 1996, p.423 e s.

⁷⁷ Di recente, evidenzia lo stretto legame tra il moltiplicarsi delle ipotesi di incriminazione "ad ampia soggettività" ed il fenomeno della pubblicizzazione degli oggetti di tutela rappresentato dalla protezione penale delle funzioni MARRA, *Legalità ed effettività*, cit., p.139 e s. Per tale Autore, là dove si opta per una tutela "ad ampio spettro" delle prerogative riconosciute ad una struttura pubblica, diviene indifferente la persona (e, dunque, la titolarità di una qualifica formale da parte della stessa) di chi ponga in essere una condotta disfunzionale rispetto all'operato della predetta organizzazione. Tale condivisibile rilievo del Marra non deve, però, indurre a ritenere che ogni qual volta si opti per il modello della tutela penale delle funzioni, si sia "necessitati" all'adozione di reati comuni. Il Legislatore, infatti, nella costruzione di un tipo criminoso, decide al contempo di apprestare protezione penale ad un dato interesse e i limiti di questa alla luce degli apprezzabili controinteressi, di modo che non aver proceduto alla introduzione di reati comuni preposti alla tutela delle Autorità pubbliche di vigilanza – come avvenuto in altri ordinamenti – è indicativo di una lettura "non massimalista" della necessità di tutela (penale) delle pubbliche funzioni.

⁷⁸ Lo attesta, tra l'altro, il primo commento elaborato da uno dei "padri" del testo normativo, MUSCO, che nel suo *I nuovi reati societari*, cit., p.186, fa esclusivo riferimento alle autorità di regolamentazione "del mercato" e ad una riconduzione codicistica di fattispecie che in precedenza ne erano al di fuori. È evidente che si ha riguardo, in tale ricostruzione, soltanto alle previgenti ipotesi di mendacio alla Consob, alla Banca d'Italia ed all'Isvap, senza prefigurare il carattere generale ed amplissimo della norma scaturita dalla riformulazione dell'art.2.638 c.c., ora in grado di assicurare tutela penale, come visto nel cap. II sez. I, a tutte le pubbliche amministrazioni che svolgano un'attività di vigilanza.

Banca d'Italia *et similia* ed escludervi, invece, l'ultimo dei comuni che eserciti una attività di vigilanza sulle società operanti nel suo agro. Ogni qual volta una pubblica amministrazione eserciti un'attività di vigilanza su una attività economica, essa sarà suscumbibile nel concetto di "autorità pubblica di vigilanza" di cui all'art.2.638 c.c. e si vedrà riconoscere la relativa tutela⁷⁹.

Manca qualsiasi termine, nella formula normativa utilizzata, che ne permetta una lettura restrittiva che la riferisca ai soli mercati finanziari. La situazione italiana è diversa da quanto verificatosi in Spagna, dove l'art.294 del codice penale iberico, corrispondente al nostro art.2638 c. c., incrimina gli organi apicali di società che operano in *mercati soggetti a supervisione amministrativa* che neghino o impediscano l'attività ispettiva degli organismi ispettivi. Una parte della dottrina di quel Paese fornisce una lettura di tale disposizione che ne limita la portata operativa con riferimento alle società che svolgono un'attività finanziaria, e con esclusione, pertanto, dall'area della tutela penale della generica attività di vigilanza o di polizia come quella che possono esercitare gli ispettori del lavoro o della sicurezza sociale⁸⁰. Tale possibilità esegetica è, però, preclusa all'interprete della disposizione italiana, atteso che nella *littera legis* della stessa fa difetto quella locuzione, "società che operano in *mercati* soggetti alla supervisione amministrativa" che aveva fornito il (debole) appiglio sul quale parte della dottrina spagnola ha elaborato l'illustrata interpretazione restrittiva. Di tali locuzioni e termini non vi è, però, traccia, nella disposizione italiana. La macro – fattispecie di cui all'art.2.638 c.c. non è caratterizzata da alcun elemento semanticamente pregnante che possa farla intendere come operante con esclusivo riferimento ai mercati finanziari.

Né a detta conclusione può addivenirsi in forza di una interpretazione storica che affermi la preminenza della *voluntas legislatoris* sulle potenzialità applicative che il dato letterale offre. Anche prescindendo dalla considerazione dello scarso peso che viene usualmente attribuito all'interpretazione storica laddove non si riveli di mero conforto a soluzioni

⁷⁹ Sostanzialmente in tal senso si pronunzia anche SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p.687. Tale Autore, invero, non compie un'elencazione dei soggetti passivi del reato *de quo* in cui si affermi che non solo le autorità amministrative indipendenti risultano tutelate dall'art. 2.638 c. c., ma include tra quelle protette dalla norma anche le autorità di vigilanza sui servizi pubblici, e tra queste, nell'ordinamento italiano, hanno un ruolo di primaria rilevanza gli enti pubblici territoriali.

⁸⁰ Così, ad esempio, si pronunziano MARTINEZ BUJÁN PEREZ – SUÁREZ MIRA RODRIGUEZ – FARALDO CABANA – BRANDARIZ GARCIA – PUENTE ABA, *Derecho penale económico*, cit., p.262; TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos societarios*, in DEL ROSAL BLASCO (a cura di), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, p.284; VALLE MUÑIZ, *sub art.294*, in QUINTERO OLIVARES – VALLE MUÑIZ (dir. e coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, 1996, p.1329. Detta opinione non è, però, unanime in senso alla dottrina iberica, registrandosi anche voci, come quella della FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, cit.,p.523, che includono tra le autorità cui è assicurata tutela penale anche gli organismi di vigilanza sulle cooperative.

esegetiche cui si è pervenuti per altre vie, nel caso di specie bisogna rilevare come tale operazione semplicemente non sia possibile atteso che non è in alcun modo “rinvenibile” un *topos* da cui risulti una volontà legislativa di tal fatta. Né dalla legge delega⁸¹, né dalla relazione di accompagnamento al decreto delegato⁸² emerge, infatti, una volontà del Legislatore storico in tal senso orientata⁸³. E se già è quanto mai dubbio che la *voluntas legislatoris* possa prevalere su argomenti di carattere letterale e sistematico, è certo che a ciò non possa addivenirsi qualora tale volontà non risulti da alcunché e si debba “leggerla” nell’animo dello stesso. L’unica intenzione che può rilevare è quella manifestata, non già quella che era (forse) presente nel “foro interiore” del Legislatore.

Una volta fugato definitivamente il dubbio sulla legittimità di una interpretazione “restrittiva” della norma, emerge come centrale la individuazione di quali siano i soggetti tenuti a quelle informazioni il cui mendacio integra il 2638 c.c. Il punto è quanto mai delicato, atteso che è utilizzata una locuzione dall’amplissimo contenuto quale “società, enti o soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti”, che è talmente generica da poter indurre a ritenere che non soltanto le società di capitali e le cooperative siano le persone giuridiche i cui organi apicali possono commettere il falso. La genericità dei termini utilizzati potrebbe astrattamente far ricondurre agli stessi anche un’associazione. Tale conclusione potrebbe essere rafforzata dalla considerazione che l’art.2638 c.c. individua quali figure i cui organi di vertice sono capaci commettere il fatto di reato non soltanto i soggetti *sottoposti* per legge alle autorità, ma anche quelli semplicemente *tenuti ad obblighi* nei loro confronti. Le locuzioni sono talmente ad ampio spettro semantico da poter far ritenere che anche nell’ambito di un’associazione o un comitato che siano tenuti a comunicare ad una qualsiasi P.A. delle

⁸¹ La cui laconicità e (al contempo) genericità sul punto è stata illustrata *sub* par. 5 e 6 del cap. II sez. I.

⁸² Pubblicata in appendice a MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.229 e s.

⁸³ Soltanto nella relazione al decreto delegato, a proposito del reato *de quo*, in MUSCO, *op. cit.*, p.241, la pena prevista viene spiegata in forza della grande rilevanza che, in un sistema di libero mercato, hanno le funzioni di controllo delle pubbliche autorità di vigilanza. La locuzione “libero mercato” - a prescindere dalla intrinseca debolezza di un’esegesi fondato su un mero inciso della relazione di accompagnamento ad un decreto delegato - non è in grado, a nostro parere, da legittimare interpretazioni che restringano la protezione penale alle sole autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Anche le imprese non finanziarie soggette all’autorità antitrust operano in un mercato concorrenziale, ed anche qui l’attività di controllo ha grande rilevanza. Medesima cosa è da dirsi rispetto alle società di lavoro interinale rispetto al controllo del Ministero del Lavoro e così via. A ben vedere, non potrebbe neanche sostenersi, sulla scia di tale “misero” dato, una riduzione del penalmente rilevante ai soli mendaci provenienti da società operanti in una situazione di concorrenza (limita, invece, la tutela penale apprestata dall’art.2638 c.c. alle sole agenzie di vigilanza dei “mercati”, ALESSANDRI, *Ostacolo all’esercizio*, cit., p.257), per la palese irragionevolezza, sul piano degli interessi protetti, di una siffatta distinzione. Basti por mente all’assurda conclusione dell’irrelevanza penale del falso al Ministero competente posto in essere da una società che, in situazione di monopolio, eroga un fondamentale servizio pubblico di fronte alla rilevanza penale del mendacio al Ministero del Lavoro realizzato dalla più piccola delle società di lavoro interinale.

informazioni concernenti la propria situazione economica, le figure apicali potranno rispondere ai sensi dell'art.2.638 c.c. qualora dette comunicazioni siano false. Questa conclusione parrebbe addirittura scontata per le fondazioni, che tipicamente sono soggette a penetranti controlli da parte della amministrazione pubblica e che svolgono un'attività qualificabile come economica.

Detta interpretazione della norma darebbe peraltro luogo ad una davvero poco comprensibile singolarità, quale quella di una disposizione che, unica nel panorama della riforma dei reati societari e, più in generale, del diritto societario, riguarderebbe anche soggetti giuridici diversi dalle società e dai consorzi⁸⁴. È facile, pertanto, in forza di argomenti sistematici, scongiurare tale esito affermando che solo le società commerciali e le cooperative (e gli organi apicali di queste) possono essere intese come i destinatari dei precetti in questione.

Però, in tal modo non si rende ragione dell'opzione del legislatore delegato che, per quanto non specificato nella relazione di accompagnamento, ha costruito l'ampia locuzione in questione in vista di chiare istanze di tutela. Queste si sostanziano nell'esigenza di assicurare penalmente la veridicità delle comunicazioni provenienti da quegli organismi di risparmio gestito che non assumono forma societaria. Come è noto, il risparmio collettivo che si indirizza sui mercati finanziari viene gestito dai c.d. fondi comuni di investimento, che, per quanto siano inseriti in un'azienda che ha veste societaria, sono sempre dotati di una distinta soggettività giuridica, proprio a garanzia degli investitori, i quali vedono il proprio investimento curato dal gestore dei fondi (la società di intermediazione mobiliare) senza che si confonda con il patrimonio di questi. Si tratta, in altri termini, di quello strumento giuridico noto come patrimonio separato. Per evitare che i fondi del singolo risparmiatore vengano a confondersi con quelli propri della società che li gestisce, si costituisce un nuovo soggetto giuridico, il fondo, caratterizzato dalla separatezza patrimoniale. È per assicurare la tutela penale della veridicità delle comunicazioni provenienti da tali soggetti di diritto che, con tutta verosimiglianza, si è utilizzata la genericissima locuzione in esame. Ricondurre alle comunicazioni penalmente rilevanti solo quelle provenienti da società e cooperative condurrebbe all'assurdo esito di estromettere dal penalmente rilevante proprio le comunicazioni - quelle provenienti dagli

⁸⁴ Di illegittimità costituzionale per eccesso di delega non potrebbe, invece, parlarsi, atteso che, se è vero che l'art.1 della legge 366 del 2001 conferiva la delega al Governo per la riforma della disciplina delle società commerciali e dei consorzi, l'art.11 lett. b, specificamente dedicato alle incriminazioni degli ostacoli alle autorità pubbliche di vigilanza, precisava che la disciplina in questione avrebbe dovuto riguardare "società, enti o soggetti" sottoposti per legge alle predette autorità.

organismi di risparmio gestito sui mercati finanziari - che hanno storicamente costituito la radice di tale tipo di incriminazioni nel nostro ordinamento e che sono state le uniche cui, con tutta probabilità, il Legislatore aveva posto mente. A tacer d'altro, la "sostituzione" degli artt.134 Tuib e 171 Tuif con il novellato 2.638 c.c. si sarebbe risolta con la depenalizzazione delle maggior parte dei mendaci nelle comunicazioni colpiti da quelle norme. Conclusione assolutamente paradossale ed inaccoglibile.

Il vero è che i compilatori materiali della norma (e, prima ancora, quelli della legge delega 366 del 2001) non avevano posto particolare attenzione alla genericità della locuzione "società, enti o altri soggetti sottoposti alle autorità pubbliche di vigilanza" (ampia al punto tale da includere potenzialmente anche le associazioni, le fondazioni ed i comitati), perché avevano fatto implicitamente conto sulla "portata selettiva" dei destinatari delle comunicazioni, le Autorità, che essi identificavano unicamente con quelle di vigilanza sui mercati finanziari. Se gli unici soggetti passivi della norma fossero stati la Consob, la Banca d'Italia e l'Isvap, si sarebbero *de plano* escluse dal tipo le comunicazioni provenienti da comitati, associazioni e fondazioni, figure che non sono in alcun caso soggette alla vigilanza delle predette autorità. Se fosse riuscito l'obiettivo di "limitazione all'ambito finanziario" della erigenda macro-fattispecie in tema di ostacolo alle pubbliche autorità di vigilanza, tale risultato esegetico poteva dirsi conseguito. Ma così non è stato, per le ragioni esposte nei paragrafi 5 e 6 del cap. II sez. I ed in questo succintamente riproposte. L'amplessima locuzione "pubbliche autorità di vigilanza", non "limitata" né dalla legge delega né dalle relazioni illustrative, è ben suscettibile di essere intesa come ricomprensente tutte le pubbliche amministrazioni che svolgono un'attività di vigilanza. Gli unici fattori selettivi delle comunicazioni penalmente rilevanti sono allora quelli della provenienza soggettiva delle informazioni in questione e del tipo di attività che queste hanno per oggetto. Mentre quest'ultima è descritta in termini abbastanza analitici (quella relativa alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dei soggetti alla vigilanza o ai beni posseduti o amministrati per conto terzi), il primo è caratterizzata dalla genericità dei termini utilizzati. L'interprete si trova allora stretto tra lo Scilla di ridurre forzosamente le figure soggettive in questione alle società commerciali e alle imprese (con l'assurda esclusione dei fondi comuni di investimenti o degli organismi di investimento stranieri operanti sui mercati italiani privi di veste societaria) e il Cariddi di includervi anche le associazioni, le fondazioni ed i comitati (con l'altrettanto incomprensibile conseguenza di individuare nell'art.2.638 c.c. l'unico reato "societario" che non si limita a disciplinare penalmente l'attività d'impresa).

Una via d'uscita a tale dilemma pare, però, a parere dello scrivente individuabile. Essa conduce a ritenere che le figure soggettive di provenienza delle comunicazioni rilevanti (e, dunque, quelle al cui interno debbono collocarsi i soggetti attivi del reato *de quo*) siano soltanto quei soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche (non solo le società commerciali e le cooperative, quindi) che svolgono un'attività di impresa. Detta conclusione si regge da un lato su un argomento di carattere topografico-sistematico, per così dire "esterno" al tenore letterale della norma in esame. Esso si sostanzia nell'essere detta disposizione collocata tra quelle del codice civile in tema di reati societari. Il codice civile conosce unicamente incriminazioni relative all'attività di impresa e sarebbe davvero singolare immaginare che l'art.2.638 c.c. sia l'unica disposizione che si sottragga a tale logica.

L'altro argomento, che potremmo definire "interno", in quanto afferente il tenore letterale della disposizione in esame, attiene alla tipologia strutturale dei soggetti attivi individuati dal Legislatore⁸⁵. Se autori del reato in questione sono gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori, che tipo di soggetto di diritto avremmo d'innanzi? Uno che svolge attività d'impresa. E ciò in quanto anche figure giuridiche soggettive non imprenditoriali possono esser tenute a rendere conto ad una P.A. della propria situazione patrimoniale (si pensi ad una fondazione), ma queste non devono *necessariamente* strutturarsi mediante *amministratori, sindaci e liquidatori*. Questi organi societari appaiono, al contrario, caratterizzare gli enti di provenienza delle comunicazioni rilevanti ai sensi dell'art.2.638 c.c. Nel senso che solo i soggetti di diritto che, in ambito fisiologico, devono essere dotati di amministratori e di sindaci e, nel contesto patologico di dissoluzione dell'impresa, devono vedere operare le figure dei liquidatori, possono ricondursi all'area di operatività della disposizione incriminatrice. Questo non accade *necessariamente* per le associazioni, i comitati e le fondazioni. Queste figure soggettive possono non dotarsi di un collegio sindacale e possono non veder mai operare, anche nel momento terminale della loro vita, i liquidatori⁸⁶.

⁸⁵ L'oggetto delle comunicazioni non pare avere altrettanto rilievo nell'individuazione degli enti di cui all'art.2638 c. c. Ciò in quanto, mentre il primo comma della disposizione specifica che le informazioni sono soltanto quelle relative alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del soggetto alla vigilanza, il secondo comma, con la sua onnicomprensiva portata, dà rilievo anche a quelle comunicazioni prive di incidenza patrimoniale. Il punto è oggetto di maggiore approfondimento nel capitolo successivo.

⁸⁶ Ad esempio, perché l'assemblea di una moritura società ha deciso di destinare il proprio patrimonio ad un ente benefico, o perché il fondo ormai esiguo (rispetto ai suoi scopi statutari) di una fondazione viene attribuito, ai sensi della normativa codicistica, ad un'altra fondazione dagli obiettivi simili.

Se ne trae la conclusione che i soggetti di diritto da cui devono provenire le comunicazioni rilevanti ai sensi dell'art.2.638 c.c. (e che ci permettono di individuare quali soggetti attivi di tale fattispecie gli organi apicali degli stessi) sono soltanto quelli che svolgono attività di impresa e che sono per legge tenuti ad obblighi nei confronti delle pubbliche amministrazioni che vigilano su un dato settore della vita economica. Sono da ricondursi agli stessi, pertanto, non soltanto le società commerciali e le cooperative, ma altresì i fondi comuni di investimento e gli organismi, italiani e stranieri (purché soggetti alla vigilanza delle autorità italiane in quanto operanti sul nostro mercato) che, senza veste societaria, gestiscono risparmio. Sono invece da escludere dall'area di operatività della norma le persone giuridiche e gli altri soggetti di diritto che non svolgono attività di impresa⁸⁷.

La conclusione che si è in tal modo raggiunta è di fondamentale importanza tanto ai fini dell'esatta perimetrazione dei soggetti attivi del reato in questione quanto per l'individuazione delle tipologie di comunicazione suscettibili di avere penale rilievo ai sensi della stessa.

⁸⁷ Cioè, tipicamente, le associazioni, le fondazioni ed i comitati. Deve, peraltro, rilevarsi come per la dottrina e le giurisprudenze civilistiche di gran lunga dominanti ritengono che, se uno di predetti enti svolga *de facto* un'attività di impresa che risulti *prevalente* rispetto alle attività non imprenditoriali, debba essergli applicato lo statuto dell'imprenditore. Tale qualificazione si estende anche al settore penale e, nel caso di specie, importa che gli organi apicali di detti enti siano da includersi tra i soggetti attivi dell'art.2638 c.c.? A noi pare che, se l'esercizio di un'attività imprenditoriale in termini "assorbenti" inferisca l'assunzione della qualifica di imprenditore, ben difficilmente si potrà sfuggire al relativo statuto penale. La responsabilità *ex art.2638 c. c.* in capo a questi enti dovrà, allora, affermarsi o negarsi a seconda che si riscontrino o meno norme di legge che li sottopongano alle autorità pubbliche di vigilanza o che comunque impongano obblighi nei confronti di quest'ultime.

Capitolo Terzo

Le condotte di falso e di occultamento

Sommario: 1. L'oggetto materiale: le comunicazioni penalmente rilevanti. Tipicità od atipicità delle stesse? L'irrilevanza di quelle aventi fonte esclusivamente regolamentare 2. Il mendacio nelle valutazioni. Alla ricerca di un significato per la qualifica di materialità del falso 3. La situazione economica degli enti soggetti a vigilanza ed il falso qualitativo 4. Il dolo specifico del fine di ostacolo quale parametro selettore della tipicità. 5. Il mendacio agli organi di controllo come fattispecie di pericolo concreto. Postille in ordine al legittimo grado di anticipazione della tutela penale nelle fattispecie "ad offesa funzionale", al bene protetto nei reati di falso ed alla meritevolezza di pena delle ipotesi di falsità di cui all'art.2.638 c. c.. 6. L'oggetto ed il metro della prognosi di pericolo. La differenziata attitudine decettiva richiesta per la punibilità in ragione dei differenti bagagli cognitivi e competenze "investigative" delle varie Autorità. 7. L'essenzialità dell'informazione mendace ai fini delle decisioni dell'Autorità. Il falso inutile. 8. L'occultamento di fatti: un reato omissivo proprio? Gli illeciti amministrativi di mera omissione ed il connotato modale dei mezzi fraudolenti nell'art.2638 c.c. 9. La condotta di nascondimento nel "precedente" art.2621 n. 1 c.c. 10. Conclusioni: la sostanziale superfluità di una specifica previsione della condotta di occultamento.

1. *L'oggetto materiale: le comunicazioni penalmente rilevanti. Tipicità o atipicità delle stesse? L'irrilevanza di quelle aventi fonte esclusivamente regolamentare.* L'analisi dell'oggetto materiale delle condotte di mendacio, ovvero sia delle comunicazioni la cui falsificazione è penalmente rilevante ai sensi dell'art.2.638 c.c. è già stata iniziata nell'ultimo paragrafo del capitolo precedente, là dove, per individuare quali fossero i soggetti attivi del reato in questione, è stato necessario precisare quali possano essere le "società, gli enti e gli altri soggetti" tenuti ad obblighi nei confronti delle Autorità. Si è così chiarito che essi possono essere identificati soltanto con quei soggetti di diritto, diversi dalle persone fisiche, che esercitano un'attività d'impresa. Se tale conclusione è stata di fondamentale rilievo per l'individuazione degli autori di quel reato proprio che l'art.2638 1° comma c.c. disegna, non meno importante si rivela per l'esatta ricostruzione di quali possano essere le comunicazioni suscettibili di avere penale rilievo ai sensi della predetta norma. Un dato può dirsi, infatti, già acclarato: le comunicazioni che costituiscono l'oggetto materiale delle condotte di mendacio in questione sono soltanto quelle che provengono da uno dei predetti enti.

A questo punto ci si deve, peraltro, domandare se tali comunicazioni siano soltanto quelle previste dalla legge, nel senso che la fonte esclusiva dell'obbligo di fornire determinate informazioni alle Autorità è posto in tutti i suoi elementi costitutivi dalla fonte legislativa (residuando un mero compito di specificazione tecnica in capo alle Autorità), o se integrino

l'oggetto materiale del reato anche quelle comunicazioni che hanno solo nella normazione secondaria dell'Amministrazione la loro fonte.

Il problema non è meramente "di scuola", atteso che nella normativa extrapenale di riferimento sussistono numerosi esempi tanto di obblighi informativi del primo tipo quanto del secondo. Per rimanere solo nel settore dei mercati finanziari, si può addurre come esempio del primo tipo di obblighi quello previsto dal 3° comma dell'art.120 Tuif, che impone, a carico di società con azioni quotate, il dovere di informare la Consob delle partecipazioni in misura superiore al 10% nel capitale di società non quotate¹. Come esempio del secondo tipo, si veda l'obbligo, già considerato in precedenza, gravante sui sindaci, di informare la Consob sull'indice di rischiosità economica delle operazioni intraprese dagli amministratori. Esso non ha altra fonte che l'attività normativa secondaria di tale Autorità², che trova nella legge solo un'amplissima autorizzazione "di massima" a prevedere tale genere di obblighi informativi. Uno di questi "biancosegni" è rappresentato, ad esempio, dall'art.107 Tulb, che fa obbligo di inviare alla Banca d'Italia, con le modalità ed i termini da essa stabiliti, segnalazioni periodiche, nonché ogni altro dato e documento richiesto.

Rispetto alle fattispecie che hanno costruito lo "stampo" sul quale è stato ricalcato l'art.2638 c. c., ovvero sia l'art.134 Tulb e l'art.171 Tuif, le conclusioni che si erano raggiunte in sede dottrinale propendevano per un concetto latissimo di comunicazioni penalmente rilevanti, ricomprendente tutto il "flusso informativo" che a qualsiasi titolo veniva ad instaurarsi tra le società soggette alla vigilanza, da un lato, e la Consob e la Banca d'Italia dall'altro³. Questa tesi non può, però, sotto il vigore del novellato art.2638 c.c. , essere più sostenuta, atteso che nella formulazione di detta disposizione è presente in inciso che non compariva, invece, nelle incriminazioni "primogenitrici". Si fa riferimento alla locuzione "comunicazioni previste in base alla legge". Tale individuazione legislativa della fonte delle comunicazioni suscettibili di costituire l'oggetto materiale del reato *de quo* non può che essere inteso come avente una portata selettiva delle informazioni penalmente rilevanti. Il Legislatore ha evidentemente inteso abbandonare una

¹ Su questo e, più in generale, sugli obblighi di comunicazione imposti dalla disciplina del mercato finanziario, in un'ottica penalistica, si rinvia a SEMINARA, *La tutela penale del mercato*, p.539, per quanto concerne specificamente la Consob; a FOFFANI, *Reati bancari*, cit., p.472, con riferimento alla Banca d'Italia e, in generale, a BONINI, *La violazione degli obblighi*, cit., *passim*.

² Su tale obbligo informativo si rinvia a POMELLI, *Il nuovo ruolo*, cit., p.162 e s.

³ In tal senso v., a proposito dell'art.134 Tulb, ZANOTTI, *La tutela penale*, cit., p.582; FOFFANI, *Reati bancari*, cit., p.472; DONATO, *Commento sub art.134*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico*, cit.,p.664; con riferimento all'art.171 Tuif, SEMINARA, *La tutela penale*, cit., p.544; CECI IAPICHINO, *Commento*, cit., p.1.583.

penalizzazione “a tappeto” di *ogni* mendacio in *qualsiasi* comunicazione tra il soggetto vigilato e l’Autorità di controllo che era, invece, la situazione che si era verificata⁴ sotto il vigore degli artt.134 Tulb e 171 Tuif. A meno di non fornire una *interpretatio abrogans* del ricordato inciso, ad esso va attribuita la funzione di precisare che non è l’integrale “flusso informativo” ad essere assistito dalla tutela penale, ma soltanto quello che possa dirsi “previsto dalla legge”.

Evidentemente, il baricentro della questione si sposta allora sull’esegesi di detta espressione. Vanno intese come riconducibili alla stessa unicamente gli obblighi informativi la cui precisa “identità” può già trarsi dal solo testo legislativo o anche quelli che hanno nella previsione del Legislatore soltanto una lontana “autorizzazione di massima” alle Autorità di richiedere, in via astratta e generale, le informazioni che esse riterranno maggiormente opportune per l’espletamento dei loro compiti funzionali, di modo che soltanto dalla normazione secondaria può desumersi l’esistenza di un obbligo di siffatto genere?

Per quanto, come già ricordato⁵, la locuzione in questione sia stata introdotta su suggerimento della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, che ha inteso sostituirla con quella di comunicazioni “imposte dalla legge” - originariamente prevista dai componenti la commissione di esperti che ha materialmente redatto il decreto delegato - proprio per includere nell’oggetto materiale del reato *de quo* le comunicazioni aventi fonte esclusivamente nella normazione secondaria delle Autorità, tale esegesi non può essere accolta per la semplice ragione che essa fornisce della disposizione in esame una lettura incostituzionale.

L’includere, tra gli obblighi informativi penalmente rilevanti, quelli che non abbiano altra “base” legislativa che l’appena ricordato art.107 Tulb, significa fornire una ricostruzione del precetto penale in esame che contrasta persino con la “compromissoria” giurisprudenza costituzionale che, sino a tutti gli anni ottanta, si “accontentava” che le legge specificasse i presupposti, contenuti, caratteri e limiti dell’incriminazione per riputarla compatibile con l’art.25 2° comma Cost. *A fortiori* un’impostazione del genere letteralmente “cozza” con i più rigorosi standard inaugurati dalla sent.282 del 1990 della Consulta. Pertanto, conformemente ai canoni della illegittimità del rinvio a fonte normativa secondaria⁶ e della

⁴ Teoricamente, stante il pressoché totale “silenzio” giurisprudenziale su tali fattispecie.

⁵ Nel par.5 del cap. II sez. I.

⁶ Sul quale v. i par. 6 e 7 cap. I, sez. II.

selezione “strettamente legale” delle disposizioni extrapenali di riferimento⁷, che abbiamo ritenuto di poter individuare quali “condizioni di legittimità” della tutela penale di funzioni⁸, possiamo affermare che la protezione delle stesse mediante fattispecie volte a sanzionare penalmente le falsità alle Autorità pubbliche di vigilanza è legittima limitatamente a quegli obblighi di comunicazione legalmente stabiliti o a quelle richieste di comunicazioni che, per il singolo caso, provengono da dette Autorità. Un obbligo generale di informazione che abbia, al contrario, la propria fonte in un atto normativo delle Autorità è, invece, insuscettibile di ricevere tutela penale in conformità all’art.25 comma 2 Cost.

Una conclusione di siffatto genere, tra l’altro, è anche quella preferibile per “porre riparo” alla vastissima estensione del penalmente rilevante cui il Legislatore ha “preterinzialmente” dato luogo con l’introduzione di una macro-fattispecie che incrimina ogni mendacio a qualsiasi pubblica amministrazione che provenga da un ente che svolga attività di impresa. La delimitazione “interna” della portata della norma, in forza di una valorizzazione della capacità selettiva dei suoi elementi pregnanti, che avevamo individuato nel cap.II della sez. I come uno dei compiti che l’interprete avrebbe dovuto perseguire, viene ampiamente concretata con la lettura appena fornita di che cosa si debba intendere per “comunicazione previste in base alla legge”. In sintesi, queste coincideranno con quelle che, in base ad una previsione legislativa, possano già “individuarsi” e interpretativamente ricostruirsi, ivi incluse quelle che, per il singolo caso, il testo di legge autorizza a richiedere da parte dell’Autorità.

2. Il mendacio nelle valutazioni. Alla ricerca di un significato per la qualifica di materialità del falso. La prima condotta incriminata nel “nuovo” art.2638 c.c. consiste nell’esposizione di fatti materiali non corrispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni. Viene utilizzata una qualificazione dei fatti non corrispondenti al vero la cui esposizione sostanzia il mendacio in questione. Essi devono essere *materiali*, ancorché oggetto di valutazioni. Quale è la portata di questa specificazione legislativa? È evidente che essa deve essersi vista riconosciuta, nelle aspettative del Legislatore, una capacità selettiva del penalmente rilevante. Con detta qualificazione si è voluto chiarire che l’esposizione di un fatto non rispondente al vero, per quanto afferente la situazione patrimoniale e finanziaria dei

⁷ Su cui cfr. par. 4 cap. II sez. II.

⁸ Non le uniche, giova ribadirlo, ma unitamente a quelle in tema di lettura “offensivista” e concretizzatrice dell’oggettività giuridica che siamo venuti sviluppando in tutto il cap. I sez. II e che troveranno il loro puntuale “banco di prova” nella ricostruzione delle condotte che ci accingiamo ora a svolgere, ed insieme, altresì, a quelle in tema di determinatezza che saranno sviluppate nel capitolo successivo.

soggetti vigilati od i beni di terzi da questi posseduti e gestiti, non costituisce sempre e comunque una condotta incriminata ai sensi dell'art.2638 c. c., ma che questo reato può ritenersi integrato soltanto allorché il fatto "falso" sia materiale, ancorché suscettibile di valutazioni.

Questa attitudine selettiva della locuzione in questione non è, però, di agevole ricostruzione. Con la specificazione in questione, il Legislatore della riforma ha inteso, su suggerimento del Senato, "omogeneizzare" la descrizione della condotta a quella del reato di false comunicazioni sociali, in cui pure compare la medesima locuzione⁹. Il rinvio alla portata che detta espressione assume nelle nuove "bagatelle" che costituiscono ora le fattispecie di false comunicazioni sociali non appare, però, decisivo per l'individuazione del significato da attribuire alla qualifica di materialità del falso. Infatti, i primi interpreti dei novellati artt.2621 e 2622 c. c. hanno sostanzialmente fornito una *interpretatio abrogans* dell'inciso in questione, ulteriore riprova della sciatta tecnica legislativa utilizzata nella riforma dei reati societari.

Lo sforzo dei primi commentatori è stato integralmente rivolto alla (riuscita) dimostrazione che, con detta locuzione, non si è inteso recepire quella impostazione, rimasta minoritaria sotto il vigore della precedente formulazione dell'art.2621 n.1 c. c., che escludeva dal novero delle condotte integranti tale reato le falsità in tema di valutazioni, facendo residuare penale rilevanza esclusivamente a quelle relative ai fatti¹⁰. L'opposta e prevalente (tanto in dottrina quanto in giurisprudenza) opinione¹¹ non è stata legislativamente "smentita" con l'introduzione della qualificazione in termini di materialità, dato che la permanente rilevanza penale delle valutazioni è attestata dall'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", cui non si vedrebbe altrimenti quale altro significato poter

⁹ Ricostruisce così la genesi del sintagma in questione MUSCO, *I nuovi*, cit., p.189.

¹⁰ Per tale tesi cfr. WEILLER, *Fatto falso ed occultamento nei bilanci*, in *Riv. It. Dir. pen.*, 1931, p.380; ANTOLISEI, *Manuale*, p.134; MORSELLI, *Le false comunicazioni sociali*, cit., p.240; LANZI, *Le false comunicazioni sociali nella giurisprudenza degli ultimi quindici anni (1960 - 1974)*, in *Ind. Pen.*, 1975, p.268.

¹¹ Per la quale cfr. CARACCIOLI, *I reati di mendacio e valutazioni*, Milano, 1962, p.86; ID., *Il bilancio di esercizio e la dichiarazione dei redditi. Sanzioni penali*, in *Il fisco*, 1985, p.2262; RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1965, p.47; GIULIANI BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., p.96; PEDRAZZI, *Società commerciali*, cit., p.355; BARTULLI, *Tre studi*, cit., *passim*; NAPPI, *Falso e legge*, cit., p.9; ELLERO – NORDIO, *Reati societari*, cit., p.52; DI NICOLA, *Funzione del bilancio e false comunicazioni sociali*, in *Cass. Pen.*, 1981, p.478; ZUCCALA', *Il delitto*, cit., p.20; ID., *Le false*, cit., p.491; NAPOLEONI, *Reati societari*, p.96; PERINI, *Il delitto*, cit., p.343; MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, cit., p.91; ID., *Le false comunicazioni*, cit., p.63; TAGLIARINI, *Le disposizioni penali in materia di società e consorzi*, in RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 1985, p.675; CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., p.224. Analogamente BRICCHETTI – CERVIO, *Il falso*, cit., p.192, cui si rinvia altresì per l'analisi della dominante giurisprudenza in tal senso orientata.

attribuire¹². Ad avvalorare ulteriormente l'assunto si è osservato che solo intendendo come penalmente rilevanti le valutazioni è possibile attribuire una funzione alle disposizioni legislative in tema di scostamento lecito per le valutazioni estimative che costituiscono una delle più rilevanti novità introdotte nella disciplina delle ipotesi di falso in bilancio¹³. In tal senso orienta anche un'analisi sistematica del decreto delegato alla luce della legge di delegazione, la quale, imponendo che "l'Esecutivo adotti idonei parametri per le valutazioni estimative", implicitamente assicurava la permanenza della penale rilevanza del mendacio sulle valutazioni, di modo che fornire una diversa esegesi delle disposizioni del decreto delegato equivarrebbe a fornirne una lettura incostituzionale per violazione dell'art.76 della Legge Fondamentale¹⁴. Alla luce delle argomentazioni che precedono, si è dunque dedotto che la locuzione "fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni", per quanto obiettivamente "infelice", non vale ad escludere la penale rilevanza delle falsità nelle valutazioni.

Le conclusioni raggiunte in sede di analisi degli artt.2621 e 2622 c .c. sono riferibili, a nostro parere, anche al significato che l'identica locuzione assume nell'art.2638 c. c., di modo che si può continuare ad affermare che le falsità in tema di valutazioni nell'ambito delle comunicazioni alle Autorità pubbliche di vigilanza non sono state depenalizzate¹⁵.

Non tutti gli argomenti che, per fondare detta tesi, sono stati elaborati in sede di analisi delle fattispecie di false comunicazioni sociali sono "trasferibili" all'art.2638 c. c. Sono qui evidentemente inutilizzabili quelli che fanno riferimento alla previsione legale, relativa agli art.2621 e 2622 c.c., di parametri e percentuali di scostamento lecito in tema di valutazioni

¹² In tal senso v. l'interpretazione "autentica" di MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.44, per il quale il Legislatore della riforma, accortosi del rischio che la qualificazione in termini di materialità potesse condurre alla esclusione della penale rilevanza delle valutazioni, ha avvertito il bisogno, contraddicendosi in termini, di correre ai ripari inserendo l'inciso in questione. Considerazioni analoghe sono svolte da GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi*, cit., p.700; ID., *False comunicazioni sociali*, in ID. (a cura di), *I nuovi illeciti*, cit., p.19 e s.. Concludono, altresì, per la permanente rilevanza penale delle valutazioni, PULITANO', *False comunicazioni sociali*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto*, cit., p.162; FOFFANI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in GIARDA – SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.263; LANZI – PRICOLO, *Commento*, in LANZI – CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.26.

¹³ Così v. SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p.677.

¹⁴ Per tale argomentazioni cfr. MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.44; LUNGHINI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2001, p.1009.

¹⁵ Sotto il vigore della previgenti incriminazioni in tema di tutela penale della Consob e della Banca d'Italia il punto appariva pacifico ai commentatori. Cfr., *ex plurimis*, ZANOTTI, *La tutela penale della vigilanza*, cit., p.606. Isolata era rimasta la voce della CECI IAPICHINO, *Commento*, cit., p.1583, che sulla scia dell'opinione di Antolisei, riteneva che solo i fatti potessero essere oggetto di mendacio ai sensi dell'art.171 Tuif. Tra i primi commentatori della nuova normativa, rileva la penale rilevanza del mendacio in valutazione alla stregua del novellato art.2638 c.c., ZANNOTTI, *L'ostacolo*, cit., p.584.

estimative. Nulla di analogo si riscontra per la fattispecie di ostacolo alle Autorità. Ma è più che sufficiente l'argomento per cui l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", riferito ai fatti materiali, non può avere altra funzione che quella, per l'appunto, di assicurare la penale rilevanza del mendacio nelle valutazioni. A suffragare questa impostazione, del resto, conducono tanto l'analisi dell'intenzione del Legislatore storico quanto il raffronto sistematico.

Quanto alla prima, la previsione della locuzione in questione anche per la fattispecie di ostacolo alle Autorità è avvenuta, come in precedenza ricordato, su suggerimento del Senato per rendere omogenee l'incriminazione in questione con quelle di false comunicazioni sociali. Ed è evidente che tale omogeneità possa sussistere solo là dove si postuli che, come negli artt.2621 e 2622 c.c. l'espressione in esame fonda la penale rilevanza del mendacio estimativo, altrettanto debba dirsi per l'art.2638 c.c. Detta conclusione viene ulteriormente rafforzata da considerazioni afferenti la tecnica legislativa cui il nostro Legislatore è solito ricorrere nella perimetrazione delle falsità penalmente rilevanti. Alla nostra recente esperienza normativa non manca, infatti, un caso in cui si è univocamente ritenuto che, con una data formulazione, si fossero intese escludere le valutazioni dall'area della penale rilevanza del falso. È quanto accaduto con l'art. 4 lett. F della l.516 del 1982, come novellato dal d. l. 83 del 1991, là dove incriminava la frode fiscale compiuta "utilizzando documenti attestanti fatti *materiali* non rispondenti al vero". Detta locuzione era comunemente interpretata come ostativa a che le false valutazioni potessero integrare il tipo in questione¹⁶. Se è, dunque, sufficiente utilizzare il sintagma "fatti materiali" per negare la penale rilevanza del mendacio estimativo, il non essersi limitato allo stesso, ed averlo anzi accompagnato dall'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", è la più evidente riprova della permanente punibilità della falsità nelle valutazioni anche per le comunicazioni indirizzate alle Autorità pubbliche di vigilanza.

Così stando le cose, può sorgere però il dubbio che la qualificazione in termini di materialità dei fatti difformi dal vero non svolga alcuna autentica funzione nella descrizione del tipo. Ed in effetti è stato sostenuto che la locuzione in questione appaia "il frutto di una superfetazione che nulla aggiunge e nulla toglie"¹⁷.

¹⁶ Così RAMPIONI, *La fattispecie di frode fiscale prevista nell'art.4, lett. f della l.7 agosto 1982, n.516*, in FIANDACA – MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, Milano, 1992, p.186; PADOVANI, *Commento all'art.6 d.l. 16.3.1991, n.83*, in *Leg. Pen.*, 1992, p.52; NANNUCCI, *Le recenti modifiche della legge n.516\1982*, in *Il fisco*, 1991, p.3.479; CARACCIOLI, *Profili penali del nuovo bilancio*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 1993, p.1147; PERINI, *Valutazioni di bilancio e false comunicazioni sociali*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 1995, p.543; NAPOLEONI, *Reati societari*, cit., p.179.

¹⁷ Così si è espresso SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p.677.

Con tutta probabilità, il requisito in questione pare essere il frutto di un'erronea "trasposizione" nell'ordinamento italiano del concetto di *materiality* che connota alcune ipotesi di mendacio nell'ambito del diritto penale dell'economia statunitense. Le ipotesi di *false declarations* ad una autorità giudiziaria o di *false statements* ad un organo dell'Amministrazione sono penalmente rilevanti in quanto *material*, ovverosia in quanto cadono su informazioni che hanno un'attitudine potenziale ad influenzare l'esito della procedura nel corso della quale dette informazioni sono richieste. In altre parole, deve trattarsi di informazioni rilevanti per le Autorità procedenti¹⁸. In sintesi, un falso privo della *materiality* è un falso che non cade su un'informazione rilevante per il destinatario della comunicazione¹⁹. Siamo, dunque, in presenza di quello che, per la nostra tradizione giuridica, è un falso inutile. Se si voleva, con tale terminologia d'importazione, escludere la penale rilevanza delle informazioni mendaci che non interessano alle Autorità pubbliche di vigilanza in quanto estranee ai compiti che esse perseguono con la richiesta delle stesse, si tratta invero di ben poca cosa, atteso che, con gli ordinari mezzi esegetici, la penale irrilevanza del falso inutile è un dato che può dirsi acquisito per una riflessione penalistica, come quella italiana, da sempre attenta ai profili dell'offesa²⁰. Del resto, la tesi della "concretizzazione dei beni protetti" che si è in questa sede accolta, non può che condurre all'estromissione dal tipo delle condotte di falso che non si rivelano pericolose per il concreto procedimento amministrativo in vista del quale una data informazione è richiesta. Potrebbe, peraltro, sostenersi che, di fronte ad una giurisprudenza non sempre attenta ad evitare i pericoli di "allontanamento" da un coerente diritto penale improntato ai canoni

¹⁸ In tal senso cfr. BRICKEY, *Corporate criminal liability. A treatise on the Criminal Liability of Corporations, their Officers and Agents*, III, Wilmette, Illinois, 1984, p.146; PODGOR, *White collar crime in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, 1993, p.183.

¹⁹ Così v. ARKIN - DUDLEY - EISENSTEIN - RAKOFF - RE - SIFFERT, *Criminal liability of the business community*, New York, 1992, IV, n.17-16. Sugli standard che la Sec richiede per considerare una comunicazione falsa come *material* cfr. il quaderno redatto dalla *Federal Bar Association* e pubblicato dall'AMERICAN LAW INSTITUTE, *Insider trading and other securities fraud*, Philadelphia, 1985, p.5. Per una critica a tale concetto come elaborato dall'Autorità statunitense per la regolamentazione dei mercati finanziari, in ragione della sua onnicomprensività ed arbitrarietà, v. WOLFSON, *A critique of the Securities and Exchange Commission*, in *Emory Law Journal*, 1981, p.145.

²⁰ Per la non punibilità del falso inutile, sia pur con diversità di accenti, cfr. DE MARSICO, *Falsità in atti*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p.582; DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, Napoli, 1979, p.30; MAZZA, *Offensività e coscienza dell'antidoverosità della condotta nel falso documentale*, in DINACCI - LATAGLIATA-MAZZA, *Riflessioni ed esperienze sui profili oggettivi e soggettivi dei falsi documentali*, Padova, 1986, p.18; RAMACCI, *La falsità ideologica*, cit., p.242; PANNAIN, *I problemi del falso innocuo, inutile e superfluo e del falso consentito*, in *Giust. Pen.*, 1960, p.121; GIACONA, *Appunti in tema di falso c.d. grossolano, innocuo, inutile*, in *Foro it.*, II, 1993, p.494; PREZIOSI, *Falso innocuo e falso consentito*, in RAMACCI (a cura di), *Le falsità*, cit., p.152; MEZZETTI, *La condotta nelle fattispecie pertinenti al falso documentale*, ivi, p.312.

dell'offesa²¹, l'aver espressamente stabilito il requisito della rilevanza dell'informazione mendace non appare del tutto inutile. Tale rilievo non risulta, però, convincente, data l'estrema improbabilità che l'aggettivo "materiale" possa essere letto, nel concreto dell'esperienza giuridica, come sinonimo di rilevante. Che questo possa essere il significato del corrispondente aggettivo *material* nel lessico giuridico statunitense, dal quale il Legislatore nostrano ha verosimilmente (e malamente) tratto "ispirazione", non importa automaticamente che gli operatori interni possano attribuirvi il medesimo significato, dato il diverso significato che il termine viene ad assumere nella lingua italiana. Se l'interprete riterrà di dover escludere il falso inutile dalla portata dell'art.2638 c.c., lo farà per (condivisibili) considerazioni di carattere generale afferenti il bene protetto nelle incriminazioni in tema di obblighi informativi, non già in forza di un'improvvida imitazione di un lessico legislativo a noi estraneo. Neanche per questa via si riesce, allora, ad assicurare una portata selettiva alla qualificazione in termini di materialità dell'esposizione di fatti difforni dal vero.

Prima di abbandonare il campo e rifugiarsi, pertanto, in una *interpretatio abrogans* del requisito della materialità, appare però opportuno esplorare altri itinerari interpretativi.

A noi pare che il connotato in questione possa essere inteso come il referente letterale di quelle impostazioni che escludono, dall'area di penale rilevanza delle incriminazioni in tema di falsi, le informazioni "proiettate al futuro".

Come noto, larga parte della dottrina ha da tempo precisato che gli enunciati previsionali, ovverosia quelli afferenti situazioni non ancora verificatesi, non possono ritenersi integrare il concetto di falso, che per definizione concerne accadimenti presenti o passati dei quali possa predicarsi la veridicità o la falsità²². Il problema della punibilità di un enunciato previsionale a titolo di falso si è concretamente posto per il c.d. bilancio – tipo, cioè per un quadro prognostico delle *future* risultanze economiche (evidentemente solo previste), che è cosa ben diversa dal tradizionale bilancio, che costituisce un mero quadro *storico* delle risultanze *già* maturate. Di fronte al quesito se valutazioni di spese future "esagerate",

²¹ A volte si rinvencono decisioni come Cass., sez. V, 6 novembre 1975, Pansa, in *Cass. Pen.*, 1976, p.1031, per la quale il falso non può reputarsi inutile (e, dunque, non punibile) in quanto relativo a fatti già documentati. Esprime adesione a questa tesi NAPPI, *Falso e legge penale*, cit., p.176. Detta conclusione non può, a parer nostro, in alcun modo condividersi, attesa l'assenza di *qualsiasi* pericolo per il bene protetto nei vari reati di falso (come lo si individui in relazione alle differenti incriminazioni) allorché il destinatario della comunicazione è *già* in possesso del dato falsificato. In tali casi, il rimprovero penale non può che venire a fondarsi su considerazioni afferenti la pericolosità soggettiva dell'autore anziché quella oggettiva della condotta. Il tema del falso inutile sarà, comunque, ripreso nel par.7 del presente capitolo.

²² In tal senso v. BRICOLA, *Lo statuto penale*, cit., p.125; PEDRAZZI, *Profili penali*, cit., p.1133; ANCESCHI, *Falsità da prospetto, poteri di controllo della Consob e sanzioni in tema di sollecitazione al pubblico risparmio*, in *Giur. Comm.*, II, 1989, p.794

formate da un concessionario pubblico per ottenere condizioni più vantaggiose per il rinnovo della concessione, integrassero o meno l'art.2621 n.1 c. c., la giurisprudenza rispose positivamente, provocando le reazioni critiche della dottrina che ribadì come le enunciazioni "rivolte al futuro" non possano qualificarsi in termini di veridicità o falsità²³.

Gli enunciati previsionali sono estranei alle condotte di mendacio in quanto essi non si risolvono in dichiarazioni di scienza (che possono avere per oggetto un *quid* già verificatosi), le uniche di cui possa predicarsi la falsità o la veridicità. La loro non riconducibilità alla categoria del falso viene a fondarsi sulle medesime ragioni per le quali si ritengono non integranti ipotesi di falsità i c.d. atti dispositivi, cioè quelli che non si concretano in una dichiarazione di scienza ma in una mera manifestazione di volontà del proprio autore. Il contenuto di tali documenti non è narrativo di una situazione già verificatasi, ma illustrativo di una volontà che, come tale, è "proiettata al futuro". Ne consegue che essi sfuggono ad una valutazione in termini di falsità o veridicità, atteso che tutto ciò che è rivolto al futuro può essere "disatteso", giammai vero o mendace²⁴.

L'esclusione degli enunciati previsionali e volitivi da quelli che possono ritenersi integranti ipotesi di falso deve, però, essere precisata, nel senso di evidenziare come, il più delle volte, detti enunciati postulino delle dichiarazioni di scienza, sulle quali si fondano. Questo è ciò che si verifica ogni qual volta, in tanto si opera una previsione o si manifesta un'intenzione, in quanto si è di fronte ad un certo dato della realtà. Può anzi affermarsi che pressoché nessun enunciato previsionale o volitivo non si fondi sulla rappresentazione (anche soltanto implicita) della situazione storica che ne costituisce la premessa. Se ciò è vero, ne deriva che, rispetto al dato storico che funge da presupposto per la dichiarazione "rivolta al futuro", è ben possibile predicarsi la falsità, e la sua conseguente penale rilevanza.

Come è stato efficacemente affermato a proposito degli enunciati previsionali, ognuno di essi "riposa pur sempre su una serie di dati del presente o del passato, dei quali

²³ Si tratta della decisione del Trib. Roma, 29 marzo 1980, in *Giur. Comm.*, 1981, II, p.499, con nota critica di MUSCO, *Bilanci "anomali" e false comunicazioni sociali: identificazione inevitabile?*. La sentenza d'appello, conformandosi a tali critiche, ha disatteso le conclusioni cui era giunto il giudice di prime cure. Cfr. App. Roma, 14-10-1981, in *Giur. Mer.*, 1983, p.713, con nota adesiva di ALIFUOCO, *Riflessioni sul bilancio - tipo*. Si esprime recisamente contro la punibilità dei bilanci - tipo, in quanto documenti previsionali, per ciò solo estranei al concetto di falso, anche FOFFANI, *Reati societari*, cit., p.235.

²⁴ In tal senso l'opinione dottrinale prevalente, per la quale v. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, p.49 e p.155; DE MARSICO, *Falsità*, cit., p.575; ALESSANDRI, *Osservazioni sulle notizie false, esagerate o tendenziose*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1973, p.720; ZUCCALA', *Il delitto*, cit., p.21 e 43; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.217; PERINI, *Il delitto*, cit., p.274. NAPPI, *Falso e legge*, cit., p.143, pone in luce come detta opinione sia prevalente anche in giurisprudenza.

costituisce in modo più o meno diretto la proiezione: di guisa che occorre verificare con attenzione se quella che formalmente si propone come una mera previsione non implichi, in effetti, un'alterazione dei fatti, attuali o precorsi, che costituiscono la base logica, espressa o tacita, dell'enunciato"²⁵. Analogamente, ci si è da tempo pronunziati anche rispetto agli atti dispositivi, là dove, distinguendo tra atto di volontà e narrativa del fatto storico che funge da premessa, si è reputato che questa può ben reputarsi mendace ed integrante, pertanto, un'ipotesi di reato²⁶.

Queste precisazioni in ordine alla tesi che esclude dal novero delle falsità gli enunciati previsionali e dichiarativi meritano di essere accolte. Esse si risolvono nella chiarificazione per cui ogni dichiarazione rivolta al futuro poggia su una certa rappresentazione di un dato della realtà, e questo può ben essere falso, può ben ingannare il destinatario della comunicazione frustrandone gli interessi, e detto pregiudizio è penalmente sanzionabile dal Legislatore. Un'ipotesi del genere può senza dubbio verificarsi, conformemente ai canoni generali in tema di falsità, anche per le comunicazioni rivolte alle Autorità pubbliche di vigilanza. Ne deriva, allora, che di fronte a comunicazioni inviate agli organismi di controllo da parte dei soggetti vigilati, bisognerà sceverare la dichiarazione rivolta al futuro dalla narrativa della situazione verificatasi che ne funge da premessa. Solo rispetto a quest'ultima potrà chiedersi se sono stati integrati tutti gli estremi di cui all'art.2638 c.c.

Orbene, questo compito di chiarificazione concettuale è l'unico cui pare interpretativamente destinabile il requisito della materialità del fatto difforme dal vero. Esso può essere inteso come sinonimo di fatto "storicamente verificatosi", ed escludere, pertanto, dall'area della punibilità, gli enunciati che abbiano ad oggetto una situazione futura. Il connotato della materialità afferisce, infatti, esclusivamente agli accadimenti già realizzatisi, di quelli futuri potendosi parlare soltanto in termini di probabilità di realizzazione. Così inteso, il requisito in questione vale sostanzialmente ad escludere le opinioni, previsioni, congetture, cioè le valutazioni di tipo eminentemente soggettivo²⁷.

Certo, il percorso esegetico che siamo venuti delineando non attribuisce una vasta attitudine selettiva al requisito in esame, risolvendosi esso unicamente nella chiarificazione legislativa di un risultato già desumibile alla luce della teoria generale del falso, ma, a

²⁵ Così NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.215.

²⁶ Così già VIROTTA, *Genuinità del documento e falsità materiale*, in AAVV., *Scritti in onore di Manzini*, Padova, 1954, p.514. Similmente si pronunzia anche NAPPI, *Falso e legge*, cit., p.143.

²⁷ Analogamente cfr. GIUNTA, *Quale futuro*, cit., p.931; ID., *False comunicazioni*, cit., p.20; FOFFANI, *La nuova disciplina*, cit., p.263; BRICCHETTI, *Falso in bilancio: "doppio binario" sul danno*, in *Guid. Dir.*, 2001, p.40 e p.46.

prescindere dal rilievo che non è certo estraneo all'uso legislativo inserire nelle disposizioni di parte speciale dei termini che hanno la sola funzione di richiamare l'operatività di consolidati principi di portata generale²⁸, bisogna evidenziare come questa sia l'unica possibilità che residui all'interprete che intenda evitare di fornire una *interpretatio abrogans* dello stesso. Scartata l'ipotesi dell'irrelevanza penale delle valutazioni, e d'innanzi all'assoluta impraticabilità di una lettura che identifichi il requisito in questione con il concetto di irrilevanza del dato falsificato rispetto alle determinazioni che dovrà prendere il destinatario della comunicazione (stante la distanza semantica che separa il concetto di *material* proprio del lessico giuridico statunitense da quello italiano di materiale) non resta che intenderlo come sinonimo di "fatto storico", escludente, pertanto, la penale rilevanza degli enunciati previsionali e volitivi.

3. *La situazione economica degli enti soggetti a vigilanza ed il falso qualitativo.* Precisato il significato da attribuire alla qualifica di materiale dei fatti, bisogna chiedersi quale sia l'esatta portata della locuzione "sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei soggetti sottoposti alla vigilanza" oppure "sui beni posseduti od amministrati dalla società per conto terzi" che individua l'oggetto di tali fatti. Un dato appare indubbio: le comunicazioni di cui al primo comma dell'art.2638 c. c. sono soltanto quelle economicamente rilevanti. Una opzione legislativa, questa, che potrebbe suscitare perplessità alla luce della sua disfunzionalità rispetto all'oggettività giuridica del reato *de quo*, per quanto essa si ponga in linea di continuità con i predecessori immediati dell'art.2638 c. c., ovverosia il 134 Tulb ed il 171 Tuif, anche essi aventi per oggetto le sole comunicazioni relative alle condizioni economiche delle società o le attività da esse svolte per conto degli investitori.

Infatti, se il bene protetto dalla norma è l'interesse informativo delle Autorità, a sua volta strumentale al corretto esercizio dell'attività istituzionale di queste ultime, cioè il bilanciamento di interessi in concreto tra la libertà d'impresa ed il contrapposto interesse in vista del quale l'Autorità è stata istituita od un certo compito di vigilanza è stato affidato alla P. A., in forza della locuzione in questione fuoriescono dall'ipotesi di mendacio tutte

²⁸ E' il fenomeno che si verifica, a tacer d'altro, nelle ipotesi di illiceità espressa, là dove termini come "arbitrariamente", "illegittimamente", e simili danno espresso e superfluo rilievo all'antigiuridicità in sede di parte speciale. Su tale fenomeno cfr. PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1967, p.65; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.486. Peraltro, per una recente rimediazione su tale ultimo tema, nella quale si confuta la tradizionale bipartizione tra figure di illiceità espressa (prive di autentica funzione nella struttura dell'illecito) e quelle di illiceità speciale, cfr. l'opera della MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002.

quelle falsità non suscettibili di assumere rilievo patrimoniale, anche se esse possono ricoprire non secondaria importanza per l'attività amministrativa di bilanciamento tra contrapposti interessi. Si pensi, ad esempio, alla P. A. che debba decidere se rinnovare o meno una concessione di un pubblico servizio e richieda all'azienda erogatrice di conoscere i precedenti penali dei suoi amministratori. È evidente, in tal caso, che l'informazione in questione non sia di secondaria importanza in ordine alla decisione del rinnovo o alle modalità cautelari che si potranno prevedere nel provvedimento amministrativo da adottare, ma la falsità nella relativa comunicazione alla P.A. è priva di rilievo, ai sensi del primo comma dell'art.2638 c. c., in quanto l'informazione in questione non è attinente alla situazione finanziaria dell'azienda.

Il dato appena rilevato non deve essere, peraltro, "drammatizzato", atteso che, se il falso alle Autorità non avente rilievo patrimoniale non integra la condotta di mendacio di cui al primo comma, esso risulterà pur sempre un ostacolo alle funzioni della predetta ed integrerà, pertanto, il reato di cui al capoverso dell'art.2638 c.c.²⁹.

Senza enfatizzare troppo il carattere "patrimoniale" dei dati su cui deve cadere la falsità, atteso che anche quelle prive di incidenza finanziaria possono integrare l'art.2638, nel suo secondo comma³⁰ e, al solo scopo di un'*actio finium regundorum* tra il primo ed il secondo comma della disposizioni in esame, bisogna precisare che integrano il tipo descritto dalla prima parte di questa solo quelle comunicazioni cui sia possibile assegnare un'incidenza economica, ne fuoriescono, invece, quelle "patrimonialmente indifferenti". Si tratta, peraltro, di una valutazione che deve essere fatta in riferimento alla specifica vicenda di

²⁹ Secondo quanto già rilevato, a proposito dell'art.134 Tuif, da STORTONI – MEYER, *La tutela penale*, cit., p.833. A tali A., il quadro che si veniva delineando appariva, peraltro, dotato di intrinseca razionalità, atteso che la condotta di falso era punita più gravemente di quella di mero ostacolo, il che non suscitava meraviglia là dove il soggetto passivo era legislativamente individuato nella Banca d'Italia e, dunque, era chiaro il retroterra "patrimoniale" degli interessi in gioco, di modo che il falso economicamente rilevante era sanzionato con maggiore severità di quello "economicamente indifferente". Questo dato è, però, venuto meno con l'ultima riforma, la quale ha dilatato a dismisura il novero dei soggetti passivi, come già chiarito. Coerentemente si è prevista la medesima pena per le condotte di mendacio prive di rilievo patrimoniale (sussumibili nel concetto di ostacolo e dunque nel secondo comma dell'art.2638 c.c.) e quelle dotate di incidenza economica (di cui al primo comma c.c.). Peraltro, l'odierna opzione legislativa da luogo a non pochi problemi. *In primis* delinea un connotato dell'oggetto materiale del falso espressamente tipizzato – quello della "situazione economica" qui in esame – del tutto privo di reale portata selettiva, atteso che tutto ciò che ne fuoriesce rientra nel secondo comma dell'articolo. *In secundis*, configura una incriminazione generale a carattere residuale quale quella della fattispecie di ostacolo quanto mai sospetta di illegittimità costituzionale per violazione del canone della tassatività, come chiariremo nel prossimo capitolo.

³⁰ Non pare, quindi, che tale locuzione possa essere intesa come il fondamento legittimante un'interpretazione riduttiva della norma, che ne limiti i soggetti passivi alle sole Autorità di vigilanza dei mercati finanziari. A proposito dell'art.2638 c.c. non sono "ripercorsibili" i passaggi di ZANOTTI, *La tutela penale*, cit., p.598, in ordine all'art.134 Tuif, per il quale, riferendosi l'art.134 1° comma alle sole falsità sulle condizioni economiche degli enti vigilati dalla Banca d'Italia, se ne deduceva che l'oggettività giuridica era limitata alla sola vigilanza di carattere economico. Tale operazione appare oggi di difficile esperibilità in quanto lo stesso art.2638 c. c. annovera un secondo comma che assoggetta alla *medesima sanzione* penale (tra l'altro) i mendaci privi di rilievo economico.

volta in volta in esame. Così, ad esempio, se normalmente è economicamente irrilevante il falso nella comunicazione relativa alle persone degli amministratori (essendo gli stessi economicamente “fungibili”), non sempre tale indifferenza sussisterà. Si pensi alla società che assume come collaboratore uno degli indiscussi esperti in un dato settore. Tale notizia ha una evidente incidenza economica e, pertanto, il falso relativo alla stessa nelle comunicazioni inviate alle Autorità di controllo integrerà il primo comma del reato *de quo*. Un'altra questione relativa all'incidenza delle comunicazioni sulla “situazione economica, patrimoniale o finanziaria” degli enti soggetti alla vigilanza ha determinato l'insorgere di un dubbio che deve essere fugato. In particolare, ci si è chiesti se il sintagma in questione è in grado di legittimare interpretazioni riduttive che estromettono dal penalmente rilevante il c.d. falso qualitativo, quello cioè che cade non già sull'entità di una spesa ma sulla causale del medesimo³¹ (ad es. una sponsorizzazione in luogo di un finanziamento illecito ai partiti). Tale conclusione non pare sostenibile rispetto all'art.2638 c. c. In conformità all'opinione prevalente formatasi sul punto in ordine alla precedente formulazione dell'art.2621 c. c., la punibilità del falso qualitativo deve essere affermata perché ai destinatari della comunicazione interessa conoscere non soltanto un dato risultato economico, ma anche *come* questo si sia formato³². Se questo non è forse più vero rispetto al nuovo delitto di false comunicazioni sociali, in forza della caratterizzazione in termini esclusivamente patrimoniali del bene protetto e della previsione di incisive soglie quantitative³³, continua ad esserlo, invece, per le Autorità di controllo e, dunque, nell'ambito dell'art.2638 c. c. Tale reato non conosce soglie di punibilità e, quel che più rileva, ha un'oggettività giuridica per cui si rivela essenziale la conoscenza delle *modalità di formazione della situazione economica* dei sottoposti alla vigilanza. Se il bene protetto, come l'abbiamo individuato, consiste nel bilanciamento tra la libertà d'impresa e l'esigenza di bilanciarvi i contrapposti interessi per la cui protezione è stata istituita una data Autorità di vigilanza, per quest'ultima non è certo secondario sapere *come* tale libertà d'impresa viene in concreto esercitata. Ne si può tacciare tale esegesi teleologica di “rottura” del tenore letterale della norma e di risolversi, pertanto, in un procedimento analogico *in*

³¹ In tal senso pare orientato MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.48, a proposito, però, del “nuovo” 2621 c. c. e non già del 2638 c. c.

³² In tal senso cfr., con varie sfumature, PERINI, *Il delitto*, cit., p.625; PEDRAZZI, *Società commerciali*, cit., p.355; FOFFANI, *Reati societari*, cit., p.243; NAPOLEONI, *I reati societari*, cit., p.228. Di contrario avviso, sotto il vigore della precedente formulazione dell'art.2621 c.c. erano, invece, COLOMBO, *La moda*, cit., p.719; MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, cit., p.127; MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.106 e s.

³³ Così MUSCO, *I nuovi reati*, p.49.

malam partem, in quanto è evidente che una determinata causale od un'altra non è irrilevante rispetto alla valutazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria di un ente. Come che sia, anche qualora si volesse ritenere che il falso qualitativo non integri il primo comma dell'art.2638 c. c., esso sarà pur sempre sussumibile nel secondo comma di tale fattispecie criminosa. In definitiva, si può ben affermare che il connotato della situazione "economica, patrimoniale o finanziaria" su cui deve cadere il mendacio appare scarsamente selettivo, atteso che le comunicazioni prive di tale requisito risulteranno pur sempre integrare l'art.2638 c. c. in forza del suo secondo comma. Ennesimo esempio di un Legislatore frettoloso, probabilmente più attento a risolvere determinate "sofferenze" della quotidianità - che la scoperta dei "crimini dei colletti bianchi" nel "diritto vivente" aveva fatto emergere - anziché a dettare una coerente riforma priva, in quanto tale, tanto di (evidenti) lacune quanto di inutili superfetazioni come quella appena esaminata.

4. *Il dolo specifico del fine di ostacolo quale parametro selettore della tipicità.* Terminata la perimetrazione dell'oggetto materiale della condotta di mendacio, dobbiamo accentrare l'attenzione sui connotati strutturali della medesima. Il primo dato che va preso in considerazione è la natura di reato a dolo specifico dell'illecito descritto dal novellato art.2.638 c.c. Tale fattispecie si caratterizza per la sua finalizzazione all'ostacolo delle funzioni di vigilanza delle Autorità. A questo elemento non può riconoscersi una portata meramente soggettiva, afferente esclusivamente l'intenzione perseguita dall'autore con la realizzazione di un falso all'Autorità, ma va rilevata una prioritaria attitudine selettiva già del fatto tipico. Anzi, la valenza tipizzante del fine di ostacolo deve essere considerata precedentemente rispetto a tutti gli altri elementi della fattispecie obiettiva, atteso il fondamentale ruolo che essa assume nell'individuazione del medesimo oggetto giuridico e, dunque, nella ricostruzione degli altri elementi del fatto di reato, i quali, come noto, ricevono la più compiuta chiarificazione concettuale alla luce dell'interesse protetto.

La valenza descrittiva del fatto propria del dolo specifico costituisce un dato che solo progressivamente si è venuto affermando nella riflessione giuridica italiana, per di più con modalità e percorsi che non rimandano a postulati finalistici, ma che sono coerente espressione di quella "opzione per un diritto penale del fatto offensivo" che costituisce un dato caratterizzante la nostra elaborazione scientifica, in piena conformità con i supremi principi penalistici della nostra Costituzione³⁴.

³⁴ Qualsiasi rinvio bibliografico con pretese di esaustività sarebbe al contempo smisurato ed incompleto. Pertanto, si rinvia, per tutti, a FIORE, *Il principio di offensività*, cit., *passim*, per una compiuta fondazione costituzionale e per una ricognizione del suo pressoché generale riconoscimento in ambito dottrinale ed a MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*,

Se l'opinione tradizionale individuava nel dolo specifico un mero dato di stampo soggettivo, caratterizzante esclusivamente la colpevolezza ed atto a dar rilievo ai profili motivazionali ed all'emersione del tipo d'autore in sede di *an* della punibilità³⁵, l'emersione del canone costituzionale dell'offensività ed il timore che l'incriminazione, con tale tecnica legislativa, di condotte *in sé* lecite potesse spostare il fulcro del rimprovero penale dall'oggettiva pericolosità delle condotte alla soggettiva pericolosità degli agenti, aveva indotto parte della dottrina a suggerire un'interpretazione - perlomeno per le fattispecie a condotta neutra - che le rileggeva nel senso che l'integrazione del fatto postuli l'*idoneità* dello stesso al raggiungimento del fine tipizzato. In tal modo la punibilità dell'agente non era più direttamente *fondata* sul suo atteggiamento interiore conflittuale con l'ordinamento, ma su quanto da lui compiuto che, in quanto idoneo a realizzare un fine illecito, era *oggettivamente* pericoloso. L'atteggiamento interiore antisociale, manifestato dal fine illecito perseguito, viene così a costituire non già il *fondamento* della punibilità ma un suo mero *limite* (nel senso che condotte egualmente idonee a realizzare il fine ma poste soggettivamente in essere per un altro scopo non integrano la fattispecie criminosa), in piena concordanza con i postulati di un diritto penale del fatto³⁶. Sulla scia di queste

cit., p.427, per la constatazione che la riflessione sui reati a dolo specifico, mentre ha condotto alla soggettivizzazione dell'ordinamento penale nell'esperienza tedesca, si è informato da noi sui canoni di una lettura oggettivante degli stessi.

³⁵ In tal senso cfr., *ex plurimis*, la classica trattazione di MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955. Non mancavano, peraltro, Autori che, sin negli anni cinquanta, avevano intravisto una *potenzialità oggettiva* del fine tipizzato nel senso di una attitudine descrittiva *già* della condotta. In tal senso v. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1950, p.261, per il quale "la finalità dell'azione è appunto la potenza insita in essa di produrre, in determinate circostanze, determinate ripercussioni. Si evita così di considerare l'azione unicamente a posteriori, in base a ciò che in effetti, e forse accidentalmente, ha rapporto; ma si evita pure di riconoscere come solo criterio i vagheggiamenti, magari aberranti, dell'agente". Tali intuizioni precorritrici non erano, però, poste a fondamento di una teorizzazione generale che ponesse come tratto peculiare dell'intera categoria dei reati a dolo specifico (o a quella sua *species* rappresentata dai reati a dolo specifico con condotta *in sé* lecita) l'attitudine tipizzante del fine.

³⁶ Il primo a suggerire questa lettura dei reati a dolo specifico fu il BRICOLA nella sua fondamentale *Teoria generale*, cit., p.87. In poco tempo si moltiplicarono le adesioni alla citata ricostruzione, per le quali cfr. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, p.84; ALESSANDRI, *Art.27 comma I*, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della costituzione*, Roma - Bologna, 1991, p.85; FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva dei delitti di bancarotta semplice*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, p.650; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p.1212; PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.461; PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2000, p.498; MANTOVANI, *Il principio di offensività nel codice penale peruviano*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002, p.409; FOFFANI, *Reati societari*, cit., p.252; VIGANO', *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p.211; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.286; MANNA, *Il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego: dal patrimonio all'amministrazione della giustizia, sino all'ordine pubblico ed all'ordine economico*, in ID. (a cura di), *Riciclaggio*, cit., p.56 e s.; FORTE, *L'elemento soggettivo del riciclaggio*, ivi, p.205 e s.; PASELLA, *Violenza*, cit., p.257; fino a dar luogo ad approfondimenti monografici come quello di GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, ed a recezioni manualistiche, come avvenuto per PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1993, p.354; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., p.428; VALENTI, *Principi di materialità ed offensività*, cit., p.256.

riflessioni si è giunti ad equiparare i reati a dolo specifico alla figura del tentativo, quanto a struttura³⁷, ed a chiarire che il fine perseguito, rendendo ragione dell'illecito, è rivelatore dell'interesse protetto³⁸.

³⁷ Così MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.428. Si oppone a questa lettura PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., *passim*. Tale Autore sviluppa una peculiare posizione, per la quale il fine tipizzato svolge una funzione *esclusivamente* sul piano del fatto di reato, senza che ne residui alcunché in sede di colpevolezza. A livello di fattispecie oggettiva, il fine manifesterebbe la necessità di un “rapporto di strumentalità” che il fatto – base dovrebbe rappresentare rispetto allo stesso, e che a sua volta è indicativo di un obiettivo “conflitto di interessi” tra l'interesse dell'agente e quello protetto dall'ordinamento. Detta relazione di strumentalità non dovrebbe, però, essere intesa come richiedente l'accertamento in concreto dell'idoneità rispetto all'obiettivo perseguito, analogamente a quanto si verifica nel tentativo, atteso che, come precisato a p.514 e s. dell'opera citata, la consumazione nei reati a dolo specifico si verifica allorché sono integrati tutti gli elementi della fattispecie – base legislativamente descritta, laddove nel tentativo il momento di perfezionamento dell'illecito può determinarsi soltanto attraverso un giudizio *per relationem* di prossimità e pericolosità oggettiva rispetto al fine preso di mira. In sintesi, il momento consumativo nel tentativo è rimesso al giudice (alla luce del parametro dell'idoneità), mentre nei reati a dolo specifico è tassativamente individuato dal Legislatore, il che esclude l'idoneità quale connotato del fatto – base.

A questa impostazione è stato replicato da GELARDI, *Il dolo specifico*, cit., p.135 e s., che la volontà finalistica è sempre diretta alla realizzazione di un interesse. Non basta, però, sostituire alla volontà il suo oggetto (l'interesse) per “oggettivare” la stessa. L'oggettivazione della volontà si ha soltanto con la realizzazione (sia pur parziale) di essa. Se la volontà non si esterna in atti (quelli che possano rendere ragione di un giudizio di idoneità) non può dirsi oggettivata. Un interesse non estrinsecato in atti idonei alla sua realizzazione rimane una mera finalità soggettiva, è preso in considerazione dall'ordinamento come pura volontà. Risulta non comprensibile come l'interesse perseguito dall'agente, se non si realizza nemmeno parzialmente, possa reputarsi in conflitto “oggettivo” con quello protetto. Si conclude, pertanto, con l'affermazione che la criticata teoria si risolve in un “mero cambio delle etichette” (p.139 *op. ult. cit.*), non in grado di fugare i dubbi sulla legittimità di incriminazioni che si reggano soltanto sul perseguimento di un fine riprovato.

In effetti non si vede come si possa evitare un giudizio in termini di idoneità nell'accertamento della relazione di strumentalità. Se questa richiede che il mezzo descritto dal Legislatore debba essere già la parziale realizzazione del fine, in quanto momento *necessario* al pieno verificarsi del risultato “finale” (così PICOTTI, *op. cit.*, p.502), non si riescono ad individuare altri parametri, per accertare in concreto tale *necessità*, e muovendoci in un'ottica *ex ante* quale è quella dei reati a dolo specifico, che non siano quelli propri di un giudizio prognostico. A meno che di tale giudizio *in concreto* si voglia fare a meno, reputando sufficiente quello postulato dal Legislatore, *una volta per tutte*, nella “costruzione” dell'incriminazione. Ma, in tal modo, si dà una lettura dei reati a dolo specifico che ne fa delle fattispecie di pericolo presunto. Peraltro, la medesima impostazione che, a partire dalla fine degli anni settanta, ha ri-legittimato la tecnica incriminatrice dei reati di pericolo astratto (cfr. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p.173; PULITANO', *L'errore di diritto*, cit., p.169; ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p.66; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo ed i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, p.689), ha, nella consapevolezza del carattere “problematico” di detti illeciti penali rispetto alla generale direttiva dell'offensività *accertabile in concreto* dei fatti incriminati, posto dei severi limiti alla legittimità dell'utilizzo di tali fattispecie. In particolare modo, esse sarebbero legittime soltanto là dove non si possa a fare a meno delle stesse perché un giudizio in concreto sull'offesa è, allo stato delle conoscenze attuali, impossibile, di modo che esse costituiscono l'unica forma di protezione possibile per i beni giuridici. E detti casi sono stati identificati con quelli in cui non si può (ancora) affermare con sicurezza la pericolosità di date condotte ed in quelli in cui l'offesa dipenda dal cumularsi di una molteplicità di condotte. Al di fuori di detti limiti, fattispecie di pericolo astratto appaiono quanto mai dubbie sotto il profilo della loro legittimità costituzionale, di modo che all'interprete “si impone” la necessità di una loro ri-lettura in chiave di pericolo concreto, valorizzando, a tal fine, i “termini pregnanti” che detta operazione consentano (così, per tutti, MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., p.416). Orbene, dare di tutte le fattispecie a dolo specifico una lettura in termini di pericolo presunto, rifiutando l'utilizzo dell'elemento “pregnante” rappresentato dalla finalità tipizzata per intenderle come fattispecie di pericolo concreto, significa postulare dei reati di pericolo astratto al di là dei (limitati) settori in cui la legittimità della loro presenza è ammessa dalla dottrina maggiormente propensa ad ammettere la costituzionalità di tale tecnica incriminatrice.

³⁸ Una precisazione appare opportuna al proposito. Detta capacità individuatrice del bene protetto e detta idoneità al raggiungimento dello stesso paiono essere necessari soltanto nei reati a dolo specifico con condotta in sé (penalmente) lecita. Solo qui, infatti, è esclusivamente il fine perseguito ad essere illecito ed a rilevare, pertanto, il disvalore penale del reato, il che equivale a sostenerne, in un ordinamento penale orientato alla tutela dei beni giuridici, il ruolo centrale nell'emersione dell'oggettività giuridica del reato. Là dove, invece, il fatto – base risulta già penalmente rilevante, esso è (per definizione) già offensivo di un bene giuridico *diverso* da quello menomato dall'eventuale realizzazione del fine

In conformità alla predetta impostazione, ne consegue la fondamentale rilevanza del fine tipizzato nell'art.2638 c.c. Esso, ben lungi dall'essere pressoché superfluo nell'economia della fattispecie, come ritenuto da alcuni dei commentatori le similari figure criminose che sono servite da "stampo" per la fattispecie in questione³⁹, si rivela, al contrario, centrale, in quanto illustra le ragioni della criminalizzazione una condotta altrimenti lecita, quale quella di chi "espone fatti difformi dal vero"⁴⁰. Essa sarà penalmente rilevante in quanto oggettivamente (cioè idonea a) e soggettivamente diretta ad ostacolare le funzioni di vigilanza della Pubblica Amministrazione. Tale finalizzazione rivela, quindi, il bene protetto dalla norma e ne "disegna" il fatto tipico, richiedendo l'idoneità alla realizzazione di detto ostacolo. Permette, altresì, di escludere la penale rilevanza del falso grossolano, di quello innocuo e di quello inutile, e manifesta la natura giuridica di reato di pericolo concreto della fattispecie. Tutti questi aspetti saranno oggetto di specifico approfondimento nei prossimi paragrafi.

tipizzato. La conformità di questo tipo di incriminazioni ai canoni di un diritto penale dell'offesa pare, allora, non discutibile. In tali ipotesi, la costruzione dei reati a dolo specifico può ben assolvere la funzione di selezionare unicamente *tipi d'autore*. Il che non deve suscitare scandalo atteso che, là dove è assicurato il *prius* della presenza di un fatto offensivo, le *ulteriori* selezioni penalistiche possono ben operarsi alla luce di considerazioni afferenti i profili personalistici propri della colpevolezza. Per analoghe considerazioni relative ai reati a dolo specifico cfr. VIGANO', *Stato di necessità*, cit., p.212 e s. Negare detta possibilità di selezione in forza della riprovevolezza soggettiva (allorché si sia in presenza di un fatto comunque offensivo) costituirebbe un'ulteriore esempio di quella "ritrosia" della cultura penalistica italiana alla compiuta valorizzazione degli aspetti dell'illecito riconducibili alla categoria dell'autore di recente "denunciata" da DONINI, *La sintassi del rapporto fatto\autore nel "Progetto Grosso". Inflazione penale, sudditanza al processo ed eticizzazione della responsabilità nell'articolato di parte generale redatto dalla commissione in Crit. Dir.*, 2001, p.257 e s. In quest'ottica, ne deriva che la funzione selettiva del fatto-base (nel senso che esso è connotato dall'idoneità al raggiungimento del fine) viene svolta dal dolo specifico *soltanto* nelle ipotesi di reati a condotta (penalmente) neutra. Addivene alle medesime conclusioni in ordine al carattere dell'idoneità, sia pure alla luce di considerazioni parzialmente diverse, GELARDI, *Il dolo specifico*, cit., p.265.

³⁹ In tal senso v., in ordine all'art.42 del d. lgs. 415 del 1996, MEYER, *Commento, all'art.42 d. lgs. 23 luglio 1996 n.415*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1997, p.955; in riferimento alle norme relative al mercato creditizio che risultano costruite sul medesimo modello, DONATO, *Commento*, cit., p.663; CERASE, *I nuovi reati bancari*, in *Cass. pen.*, 1993, p.1065; VILLA, *Vigilanza bancaria, moral suasion, sanzioni penali*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p.128; in ordine all'art.171 Tuif, ZANNOTTI, *Commento*, cit., p.1416; CECI IAPICHINO, *Commento*, cit., p.1578; BALZANO, *Commento*, cit., p.923. Peculiare la posizione di FOFFANI, *Reati bancari*, cit., p.476, che, rilevando l'assenza di capacità selettiva della finalità di ostacolo, suggerisce di intenderla come una sorta di implicita clausola di esiguità del fatto. Per CRESPI, *La tutela dell'attività di vigilanza*, cit., p.2002, il dolo specifico di ostacolo aveva, invece, la funzione di chiarire che il falso alla Consob e alla Banca d'Italia non integrava il (precedente) delitto di false comunicazioni sociali. Accedono, invece, alla medesima impostazione in tema di dolo specifico "sposata" nel testo, in riferimento all'art.171 Tuif, SEMINARA, *La tutela penale*, cit., p.545; PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.461; MUCCIARELLI, *La tutela penale dell'intermediazione*, cit., p.1184; BRICCHETTI – CERVIO, *Il falso*, cit., p.413.

⁴⁰ Un ordinamento che non persegua, infatti, astratti scopi di eticizzazione della vita associata, non può legittimamente assicurare tutela penale ad un preteso interesse alla "trasparenza assoluta". Peraltro, come dimostrato dall'*excursus* storico illustrato da MALINVERNI, *Sulla teoria del falso*, cit., p.155 e s. e p.181 e s., anche là dove si giunse a teorizzare, nella riflessione teorica, un onnicomprensivo "diritto alla verità" astrattamente suscettibile di protezione giuridica, non si giunse mai a trasfondere tale elaborazione concettuale in concrete previsioni criminose, di modo che esso rimase pressoché sempre un "fantasma".

5. *Il mendacio agli organi di controllo quale fattispecie di pericolo concreto. Postille sul legittimo grado di anticipazione della tutela penale nelle fattispecie “ad offesa funzionale”, sul bene protetto nei reati di falso e sulla meritevolezza di pena delle ipotesi di falsità di cui all’art.2.638 c. c..* La strutturazione in termini di reato a dolo specifico delle fattispecie di falsità alle Autorità pubbliche di vigilanza rende evidente la natura di reati di pericolo concreto delle medesime⁴¹. Per reputare integrata la fattispecie bisognerà accertare se, nel caso di specie, la comunicazione difforme dal vero inviata all’organismo di controllo fosse in grado, in una prospettiva *ex ante*, di ostacolare le funzioni dell’organo di controllo⁴², il che richiede un accertamento in concreto da parte del giudice. Una volta precisato, infatti, che le fattispecie ad offesa funzionale non sono *necessariamente* riconducibili alla logica della seriazione dei beni giuridici⁴³, e che tra i reati di questo tipo ad essa non riducibili vi è anche la fattispecie di cui all’art.2638 c. c., viene a cadere la possibilità di leggerla come incriminazione di pericolo astratto nei confronti di un generico bene finale quale l’economia pubblica od il risparmio⁴⁴. Se l’unico interesse che possiamo

⁴¹ Conformemente a tutte le fattispecie a dolo specifico in cui la caratterizzazione tipizzante dello stesso, nel senso dell’idoneità quale connotato del fatto - base, rende palese la natura di reati di pericolo concreto delle stesse, come esplicito da MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., p.430.

⁴² Del tutto isolata ed inaccettabile, in riferimento al previgente art.171 Tuif, l’opinione della VANGELISTI, *Commento*, in RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico*, cit., p.926, per la quale il reato si integrerebbe soltanto se l’organo di controllo in seguito alla falsa informazione avesse preso una decisione diversa da quella che avrebbe altrimenti adottato. Ma in tal modo si trasformava surrettiziamente il reato *de quo* in una fattispecie di danno, mentre la sua natura di delitto a dolo specifico ne attesta la struttura in termini di illecito di pericolo. In tal senso depone anche la sua natura di reato di falso, la cui stessa elaborazione, come ricordato nel cap. I della sez. I, è frutto del processo di anticipazione legislativa dal danno al pericolo. Costituiscono, inverò, una assoluta novità, più unica che rara, le fattispecie con condotta di falso ed evento di danno patrimoniale di cui alla recente riforma dei reati societari, le quali hanno, del resto, pienamente meritato le critiche di risolversi in un mero duplicato delle tradizionali figure delittuose di danno a tutela del patrimonio. Al di là di tale recente “incidente” legislativo, non si ha notizia di fattispecie di falso con evento di danno, la *ratio* dell’autonoma incriminazione dei mendaci consistendo, appunto, nell’esigenza di anticipazione della tutela penale.

⁴³ Possono certo esserlo, come ricordato nel cap. I sez. II, là dove il Legislatore individua il solo bene finale che presiede all’azione amministrativa oggetto di tutela penale. Qualora, però, l’agire dell’Amministrazione è preposto alla tutela non di un solo bene finale ma di una pluralità di interessi contrapposti, costituendo il *proprium* dell’azione amministrativa tutelata il continuo e rinnovatesi bilanciamento tra gli stessi, nessuno di questi beni finali può essere assunto ad oggetto finale di protezione alla cui luce è possibile effettuare l’inquadramento predicato dalla teorica della seriazione. Orbene, come precisato nel cap. I, questo è quanto si verifica in ordine al novellato art.2638 c.c.

⁴⁴ In tal senso si orientano, oltre gli Autori citati sub par.3 cap. I sez. II, anche i commenti dedicati in Spagna alla similare fattispecie dell’art.294 del codice penale iberico. Pressoché generalizzata è la conclusione per cui detta incriminazione tutela l’economia pubblica, di modo che la si qualifica in termini di reato di pericolo astratto. In tal senso cfr. FARALDO CABANA, *Los delitos*, cit., p.518; MARTINEZ BUJÁN PEREZ – SUÁREZ MIRA RODRIGUEZ – FARALDO CABANA – BRANDARIZ GARCIA – PUENTE ABA, *Derecho penal económico*, cit., p.260; TERRADILOS BASOCO, *Los delitos*, cit., p.283; MARTINEZ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal*, cit., p.257; DEL ROSAL BLASCO, *Los nuevos delitos*, cit., p.131; VALLE MUNÍZ, *sub art.294*, cit., p.1328; GONZÁLEZ RUS, *sub art.294*, in COBO DEL ROSAL (dir. da), *Compendio de derecho penal español*, Madrid – Barcellona, 2000, p.529. Tale diffusa conclusione non deve, peraltro, stupire, atteso che, nella riflessione scientifica iberica, l’autonomia concettuale della categoria della tutela penale delle funzioni non è ancora stata appieno valorizzata, rimanendo essa non chiaramente distinta dalla vicinore tematica delle oggettività giuridiche collettive. In tal senso, emblematica è la recente

reputare protetto dalla norma in questione è quello del buon andamento delle Autorità, e se la presenza del dolo specifico caratterizza una condotta – base (altrimenti penalmente neutra) nel senso che essa deve possedere in concreto tale idoneità ad ostacolare le Autorità, e se detta attitudine, in quanto elemento della fattispecie obiettiva, deve essere accertata dal giudice al fine di reputare integrato il reato, ne consegue che ci troviamo di fronte ad un reato di pericolo concreto. Detta qualificazione non deve essere considerata una singolarità in tema di tutela penale delle funzioni, potendo anzi sostenersi che il grado massimo di anticipazione di tale tecnica incriminatrice sia rappresentato proprio dalla soglia del pericolo concreto, nel cui rispetto si concreta, quindi, un'altra di quelle “condizioni di legittimità” della tutela penale di funzioni che siamo venuti enucleando.

Il punto merita di essere adeguatamente precisato.

Se le fattispecie “ad offesa funzionale” in tanto si legittimano in quanto si superi la diffusa convinzione per cui gli unici oggetti di protezione penale possono essere quelli preesistenti all'operato del Legislatore⁴⁵, vengono a cadere le ragioni usualmente addotte per “giustificare” le incriminazioni di pericolo astratto⁴⁶. Queste, come ricordato nel paragrafo precedente⁴⁷, si sostanziano nella necessità di assicurare protezione penale a beni che sono tipicamente lesi da “classi di azione”, che nel loro seriale cumularsi li pregiudicano, e nella considerazione che, nell'attuale stadio di sviluppo tecnologico, non si può attendere la certezza scientifica che una data condotta sia lesiva della salute dell'uomo per

monografia della SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000, che non individua un netto profilo differenziale tra la problematica dei beni collettivi e quella che, nell'elaborazione scientifica italiana, è nota come tutela di funzioni. In tale orizzonte concettuale, individuandosi sempre un macro-bene come l'economia pubblica “alle spalle” di ciò che viene da noi definito “funzione amministrativa”, la qualificazione in termini di pericolo astratto delle relative fattispecie è pressoché “necessitata”. Non può, peraltro, sottacersi, come la predetta analisi non possa definirsi unanime neanche nell'ambito della riflessione scientifica spagnola, in seno alla quale sono presenti voci “in controtendenza” che, in sintonia con la tesi qui sostenuta, re-inquadrano l'art.294 del c.p. iberico come fattispecie a tutela della Pubblica Amministrazione. In tal senso v. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción*, in AAVV., *El nuevo código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998, p.243. E' evidente che, in tal modo, è iniziato quel processo di autonomizzazione concettuale della tematica della tutela penale delle funzioni da un indistinto e vago concetto di bene collettivo.

⁴⁵ A pena di rinunciare, altrimenti, a beni quali l'amministrazione della Giustizia, il buon andamento della P. A., al “tradizionale” concetto di “proprietà” o “all'innovativa” categoria della “privacy” o della “trasparenza societaria”, in quanto tutti tramati da insiemi normativi che ne “tratteggiano” il volto, come precisato nel par.4 cap. I sez. II. Al contrario, ribadiscono di recente il tradizionale assunto della preesistenza del bene protetto all'intervento legislativo quale unica possibilità di evitare la volatilizzazione della funzione di garanzia dello stesso RAMPIONI, *Il problema del bene*, cit., p.120; MANTOVANI, *Il principio di offensività nel codice*, cit., p.399 e s.

⁴⁶ Si adotta qui l'usuale bipartizione tra reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto o presunto, in luogo della non ancora generalizzata tripartizione presunto – astratto – concreto proposta, tra gli altri, da PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., *passim*.

⁴⁷ E come da ultimo chiaramente ribadite nella quarta edizione di FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.180 e s.

incriminarla e, pertanto, *in dubio pro societate*. Orbene, dette argomentazioni, deve rilevarsi, sono comprensibili soltanto con riferimento *a beni non creati dal Legislatore*. Solo rispetto ad oggettività giuridiche che *preesistono* al suo intervento è possibile affermare che la pericolosità di certe condotte rispetto alle stesse è assolutamente incerta (e che non si possono attendere i tempi della scienza⁴⁸). Rispetto ad interessi definiti legislativamente, detta argomentazione è assolutamente inintelligibile. Il Legislatore “crea” interessi artificiali alla luce del bagaglio di conoscenze raggiunto in un dato momento, il che esclude che possa parlarsi di quell’assenza di certezze che legittima il ricorso al principio di precauzione⁴⁹.

Un che di analogo può affermarsi anche in riferimento all’altra tipologia di offesa che legittima l’attenuazione del canone dell’offesa, cioè l’ipotesi del pregiudizio derivante da una “classe di azioni”. In tali casi, siamo di fronte a beni non suscettibili di protezione in base a fattispecie di pericolo concreto in quanto è soltanto la reiterazione delle condotte che risulta lesiva (tipicamente è il bene ambiente che presenta dette caratteristiche). D’innanzi a queste caratteristiche del bene che si è deciso di proteggere, il Legislatore non può che ricorrere al pericolo astratto, dato che i connotati di cui sopra sono da lui immutabili. Ma è proprio questo dato che *viene meno* rispetto ai beni di *creazione legislativa*. Essendo questi “modellabili”, in quanto non “ontologicamente” dati, ma legislativamente “creati”, cade la necessità di ricorrere al pericolo astratto. L’argomento “dell’unica via” viene meno.

Tutto ciò risulta con massima evidenza nel caso di tutela penale delle funzioni, cioè di protezione del buon andamento della P.A. Nel disegnare unitamente il procedimento amministrativo e le fattispecie preposte alla sua tutela, si può *sempre* costruire l’uno come oggetto della concreta offesa da parte delle seconde⁵⁰. Inoltre, se le incriminazioni in tema di funzioni non fossero costruite secondo il modello del pericolo concreto, esse sarebbero meramente sanzionatorie del precetto amministrativistico⁵¹, con il conseguente venir meno

⁴⁸ Ma, sul punto, v. ora le decise critiche di STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim*.

⁴⁹ Ovverosia, con le categorie penalistiche, il ricorso al modello dell’illecito di pericolo astratto. Sul principio di precauzione, in un’ottica penalistica, cfr., da ultimo, le considerazioni della TORRE, *Limiti tabellari e tolleranza giuridica nelle attività rischiose*, in *Ind. Pen.*, 2002, p.259 e s.

⁵⁰ Ma l’asserzione pare suscettibile di generalizzazione per tutti i beni giuridici “ad elevato tasso di normativizzazione”.

⁵¹ Sul definitivo superamento di una concezione meramente sanzionatoria del diritto penale cfr. le classiche pagine di ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997, p.53; BETTIOL – PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, p.103.

di quelle peculiarità di tecniche di tutela e di quell'insieme di garanzie che sole possono legittimare il ricorso allo strumento penalistico.

Se il Legislatore crea un bene protetto unitamente alle incriminazioni che vi assicurano tutela, egli deve pensare il primo e le seconde nella prospettiva dell'integrale realizzazione dei principi costituzionali, tra cui quello di offensività. Il "sacrificio" dello stesso - che inevitabilmente comporta il ricorso a fattispecie di pericolo astratto - è legittimo solo se allo stesso inducono le caratteristiche "ontologiche" degli interessi protetti, non già se a ciò conduce una libera opzione legislativa.

Ne discende, da quanto appena illustrato, che i timori in tema di "caduta di garanzie" legate al concetto di bene giuridico, là dove si postuli il superamento della tesi della sua necessaria preesistenza all'intervento legislativo⁵², vengono meno ricostruendo la posizione "creativa" del Legislatore non già in termini di mero arbitrio, quanto piuttosto di "onere" (costituzionalmente fondato)⁵³. Se si intende assicurare tutela penale alle funzioni pubbliche, cioè estendere l'area delle fattispecie incriminatrici poste a protezione della P. A., si è "onerati", oltre a rispettare le "condizioni di legittimità" finora enucleate, a ricorrere (per lo meno) al modello del pericolo concreto. L'ulteriore anticipazione della tutela penale (*id est* il ricorso al pericolo astratto) è costituzionalmente preclusa. Al di là della misura in cui il modello del pericolo astratto è l'unico praticabile (cioè per alcune caratteristiche "ontologiche" di determinati beni), il ricorso al medesimo si risolve nell'inammissibile creazione di illeciti di mera infedeltà.

L'esegesi dell'art.2638 c.c. in termini di pericolo concreto si rileva, da queste considerazioni, ulteriormente rafforzata.

Ma l'aver individuato, alla luce del fine tipizzato di ostacolo alle funzioni delle Autorità, in queste ultime l'oggetto giuridico del reato, permette di trarre un'altra postilla, di carattere non generale come quella che precede, ma pur sempre "ad ampio spettro", relativa alla meritevolezza di tutela di cui alle ipotesi di falsità e, in particolare, a quella di cui all'art.2638 c. c..

⁵² Nel che è individuarsi, verosimilmente, le ragioni della "ritrosia" di tante parte della dottrina ad ammettere la piena legittimità del modello delle fattispecie "ad offesa funzionale".

⁵³ Se, in un'epoca precedente la piena valorizzazione del dettato costituzionale, si riteneva che il Legislatore fosse sostanzialmente libero in ordine ai fini della politica criminale, là dove spettava all'interprete la ricostruzione dei mezzi attraverso cui questa si attuava (così la "classica" lezione di NUVOLONE, *I mezzi ed i fini nella scienza del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1948, p.38 e s.), con il riconoscimento della portata "vincolante", per il Legislatore come per l'interprete, del testo costituzionale, ad una relativa libertà dei fini legislativi corrispondono i mezzi "costituzionalmente vincolati" così come individuati dalla riflessione giuridica.

L'interesse tutelato è il buon andamento delle Amministrazioni che svolgono funzioni di vigilanza. In particolar modo si incrimina il concreto pericolo alle medesime. Ma detto pregiudizio ha come necessario "passaggio" la realizzazione di una falsità in danno delle Autorità⁵⁴, il che sta a significare che una condotta mendace può vedersi riconosciuta una oggettività giuridica *diversa* dalla fede pubblica o dai "sucedanei" di questa evanescente categoria giuridica.

Come noto, la riflessione giuridica sulla fattispecie di falso è stata, per molti lustri, dominata dall'esigenza di individuare un bene giuridico per gli stessi che non si riducesse ad un mera perifrasi della condotta incriminata, quale in definitiva è il concetto di fede pubblica. Quest'ultimo, figlio del processo di "pubblicizzazione" degli oggetti di tutela che si è verificato a partire dal codice napoleonico⁵⁵, è, per la sua onnicomprensività, del tutto idoneo ad assolvere alle tradizionali funzioni di garanzia proprie del bene giuridico⁵⁶. La "ricerca" di altre oggettività giuridiche, meno consone a letture del tutto formali ed inoffensive del panorama delle incriminazioni in *subiecta materia*, ha visto muoversi l'elaborazione scientifica in due direzioni. La prima ha tentato il recupero di canoni propriamente penali tramite la teorica del reato plurioffensivo⁵⁷. La seconda, invece, si caratterizza per l'attribuzione di un connotato "probatorio" al bene protetto nelle fattispecie di mendacio. Esse sarebbero dirette ad assicurare l'attitudine di certi documenti a provare una situazione giuridicamente significativa, in quanto avente rilievo per

⁵⁴ Non può in alcun modo condividersi l'opinione, formulata da ELLERO – NORDIO, *Reati societari*, cit., p.293, a proposito del previgente art.134 Tulb, per cui esso, connotato da un fine di ostacolo e non già di inganno, segna un avanzamento della soglia di tutela penale, essendo sufficiente non già che la condotta dell'agente sia indirizzata a deviare l'attività di controllo con l'inganno, ma unicamente a renderla difficile. Non sarebbe pertanto necessaria, ai fini del perfezionamento del reato, l'idoneità ingannatoria della condotta. Questo *iter* logico, se l'abbiamo bene inteso, risulta inaccoglibile, e non soltanto perché fa del reato in questione una fattispecie di pericolo presunto il cui disvalore va ad incentrarsi soltanto sull'atteggiamento antidoveroso dell'agente, ma anche perché è completamente dimentico del dato letterale, che vede un'incriminazione basata sull'esposizione di fatti difformi dal vero. Non si intende incriminare ogni e qualsiasi atto idoneo ad ostacolare, ma solo quelli che si concretano in una narrazione non rispondente a realtà. Pare evidente che l'ostacolo qui tipizzato è quello che si attua tramite il falso. A ritenere diversamente, inoltre, si confonderebbe il primo comma dell'art.2638 c.c. con il secondo, che incrimina le *altre* tipologie di ostacolo, diverse, evidentemente, dal mendacio. Questa conclusione si tra, inoltre, *ad abundantiam* dal testo normativo che, in riferimento alla seconda modalità tipizzata nel 1° comma dell'art.2638 c. c., quella di occultamento, prevede quale suo connotato l'utilizzo di "*altri mezzi fraudolenti*". È evidente che tale locuzione attesta (qualora se ne avvertisse ancora il bisogno) che anche la condotta di esposizione di fatti difformi dal vero deve avere *valenza fraudolenta* (cioè di idoneità all'inganno).

⁵⁵ *Ut supra* ricordato nel cap. I sez. I.

⁵⁶ Come è stato acutamente rilevato da MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.210, non essendo la fede pubblica altro che l'equivalente concettuale di un (penalmente inaccettabile) "diritto alla verità". Per una recente sintesi di tutti i "limiti" del concetto di fede pubblica, cfr. S. FIORE, *Ratio di tutela*, cit., p.17 e s.

⁵⁷ Sulla quale cfr. i riferimenti di cui al par.6 cap. I sez. I.

l'interesse giuridicamente rilevante del destinatario della comunicazione⁵⁸. Ne deriva che, là dove una condotta formalmente riconducibile al paradigma incriminatore non pone in pericolo detta attitudine probatoria (falso grossolano) o l'interesse cui questa è strumentale (falso innocuo od inutile), non deve reputarsi perfezionato il reato. Quest'ultimo orientamento si è progressivamente imposto⁵⁹, anche alla luce delle "insufficienze" che si erano venute individuando nella concezione plurioffensiva⁶⁰. Di recente, peraltro, la materia è stata rimeditata e si è suggerito di rinunciare del tutto ad un'autonoma categoria di bene giuridico protetto dalle fattispecie di falso, reputando tali fattispecie accomunabili unicamente in ragione della medesima modalità di lesione, e non già in forza di una comunanza di oggettività giuridica⁶¹. L'argomento cardine sul quale si fonda tale rilettura è quello per cui, se si conviene che in tanto può reputarsi integrato il falso in quanto, oltre la fede pubblica, sia posto in pericolo l'altro interesse rispetto al quale questa è strumentale⁶², oppure, in una prospettiva "probatoria", se si addivene alla conclusione per cui è essenziale accertare se la falsificazione documentale poteva avere un impatto su quel rapporto giuridico alla cui prova era destinata⁶³, non si vede ragione per non riconoscere direttamente a tale interesse il rango di bene protetto dalle norme in tema di falso. Inoltre, tale ricostruzione, si afferma, è l'unica che permette di spiegare appieno la non punibilità del falso inutile, atteso che l'inutilità del falso si può predicare soltanto alla luce dell'interesse sottostante⁶⁴.

⁵⁸ In tal senso cfr. già CARNELUTTI, *Teoria del falso*, cit., p.3. Lo sviluppo maggiormente analitico di tale tesi è rappresentato dall'opera del MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.17 e p.247 e s. Aderiscono a tale impostazione DE MARSICO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, in AAVV., *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, p.434; ID., *Falsità*, cit., p.566; GALIANI, *Le falsità in scrittura privata*, Napoli, 1970, p.58; E. GALLO, *Il falso processuale*, Padova, 1973, p.69; CRISTIANI, *Fede pubblica*, cit., p.176; DINACCI, *Bene giuridico e dolo nelle falsità documentali*, in DINACCI – LATAGLIATA – MAZZA, *Riflessioni ed esperienze*, cit., p.28; SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Milano, 1963, p.6.

⁵⁹ Sostanzialmente a tale ricostruzione delle falsità si rifanno le più recenti trattazioni manualistiche, quali FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.586; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.400. Detta tesi è reputata quella prevalente in giurisprudenza da RAMPIONI, *Il problema del bene giuridico*, cit., p.133.

⁶⁰ Per le quali v. il dibattito illustrato nel par. 6 cap. I sez. I.

⁶¹ In tal senso cfr. la monografia di S. FIORE, *Ratio della tutela*, cit., *passim*. Peraltro, tale proposta non è che l'attualizzazione di impostazioni analoghe già elaborate nel XIX secolo, per una cui illustrazione si rinvia al quadro tracciato da MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.146 e s.

⁶² Così per chi ancora "presta fede" al concetto di fede pubblica e che, per temperarne i rigori, si muove nell'ottica della plurioffensività. Emblematica, in tal senso, è la posizione di CARACCIOLI, *Reati di mendacio*, cit., p.4, *sub* nota 3.

⁶³ Così, sostanzialmente, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.568; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.400.

⁶⁴ Quello appena sunteggiato è l'iter argomentativi di S. FIORE, *op. ult.*, cit., p.79 e s., e p.112 e s. Tale conclusione costituisce a sua volta il punto di partenza, per l'A., per dimostrare l'inutilità della gran parte delle fattispecie di falso,

A tale ricostruzione si potrebbe replicare che essa si tradurrebbe nella ri-proposizione della screditata categoria dei “delitti vaghi”, cioè di quelli privi di un autonomo bene protetto⁶⁵. Ricondurre il profilo unitario della categoria dei falsi unicamente alla medesimezza della modalità aggressiva potrebbe dar luogo ad una riemersione delle concezioni plurioffensive⁶⁶.

Tali considerazioni non paiono, almeno *prima facie*, prive di valore. In effetti suscita perplessità immaginare una fattispecie astratta che non sia preposta alla tutela di un determinato bene protetto, non già nel senso che ogni incriminazione debba necessariamente avere un oggetto giuridico specifico, ma per lo meno nel senso che *tutte* le fattispecie concrete sussumibili sotto una comune incriminazione debbano avere il medesimo interesse protetto.

Né, si deve rilevare, la tesi sull’inesistenza di una specifica oggettività giuridica che presiede alla categoria dei falsi è l’unica in grado di fornire un plausibile spiegazione della non punibilità del falso inutile. A detta conclusione si può pervenire anche in un’ottica che riconosca valenza probatoria al bene protetto. Se il Legislatore assicura tutela penale ad un documento là dove esso ha valenza probatoria rispetto agli interessi giuridicamente rilevanti della vita di relazione, là dove il falso è inutile (in quanto irrilevante per tutti i possibili interessi suscettibili di essere incisi dallo stesso) potrebbe sostenersi che non ci troviamo d’innanzi a *quel* documento (cioè quello avente *valore probatorio*) che si è inteso proteggere. In tali casi l’atto su cui cade la falsità potrebbe benessere ritenuto estraneo all’oggetto materiale dell’incriminazione⁶⁷.

Senza voler ulteriormente approfondire il punto, che meriterebbe un ben altro livello di analisi, si potrebbe forse sostenere che entrambe le tesi che odiernamente si “contendono

atteso che esse sono “doppiate” dalle altre incriminazioni che assicurano tutela ai vari interessi finali, di modo che si propone l’abrogazione della gran parte dei reati di falso. Considerazioni simili a quelle appena illustrate sono sviluppate da RAMPIONI, *Il problema del bene*, cit., p.142. Anche MANTOVANI, *Il principio di offensività nel codice*, cit., p.403 ritiene che nei reati contro la fede pubblica il vero bene giuridico sia l’interesse patrimoniale, amministrativo, giudiziario, fiscale offeso dalla falsificazione dello specifico documento.

⁶⁵ Così NAPPI, *Falso e legge*, cit., p.30. Come rilevato da FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.427, sia pure a proposito della concezione plurioffensiva dei falsi, “la pretesa di includere anche questi ultimi interessi nell’area della tutela presupporrebbe un legislatore inammissibilmente disposto a concedere una sorta di protezione in bianco ad interessi di incerta consistenza e suscettivi di specificazione soltanto caso per caso”. Detta obiezione è, del resto, quella che veniva usualmente mossa ai più risalenti sostenitori della tesi per cui i delitti di falso non hanno una medesima oggettività giuridica ma soltanto una comune modalità di lesione. In tal senso v., *ex plurimis*, MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.146.

⁶⁶ Questo è il timore, a proposito della ricostruzione di S. Fiore, manifestato da PREZIOSI, *Falso innocuo*, cit., p.180.

⁶⁷ In tal senso si esprimono Autori che pur non aderiscono, *sic et simpliciter*, alle tesi della natura probatoria degli interessi protetti dai reati di falso. Cfr. RAMACCI, *La falsità ideologica*, cit., p.242; PREZIOSI, *Falso innocuo*, cit., p.152.

il campo” in ordine all’oggettività giuridica dei falsi “peccano per eccesso”. Nessuna delle due impostazioni riesce a dare una spiegazione unitaria della vasta congerie delle ipotesi di mendacio presenti nel nostro ordinamento. La tesi della natura probatoria degli interessi protetti “dimentica” le fattispecie con struttura analoga a quella dell’art.2638 c. c., in cui il Legislatore ha, una volta per tutte, individuato il bene alla cui messa in pericolo è strumentale la falsità incriminata⁶⁸. La tesi che nega che sia concettualmente individuabile un autonomo bene protetto *in ogni ipotesi* di falso (identificato in un “sucedaneo” di carattere probatorio della fede pubblica) pare non valorizzare appieno che, accanto a figure criminose in cui l’interesse finale sotteso al carattere probatorio dei documenti è tipizzato dal Legislatore, ve ne sono altre in cui tale perimetrazione non è compiuta legislativamente, il che forse lascia intendere che oggetto della protezione penale sia il (potenziale) valore probatorio del documento rispetto a *tutti* gli interessi (potenzialmente) suscettibili di assumere rilievo nella vita associata. In tali ultimi casi non si dovrebbe, peraltro, necessariamente rinunciare alle categorie del falso innocuo e di quello inutile, atteso che, là dove il mendacio cada su un documento che, per le peculiarità del caso concreto, non è probatoriamente strumentale ad offendere tali interessi, si dovrà qualificare il documento in questione come atipico.

Peraltro, quale che sia la valutazione della tesi che riduce tutte le ipotesi di falso a mere modalità di lesione che non denotano *mai* una particolare oggettività giuridica, merito indubbio dell’ultima versione della stessa pare essere il *test* escogitato per “saggiare” la ragionevolezza politico – criminale delle incriminazioni dei falsi. Se l’analisi giurisprudenziale evidenzia come la maggior parte delle stesse non siano *mai* state contestate se non in concorso con la truffa, l’abuso d’ufficio o altre tradizionali incriminazioni codicistiche (per lo meno nella forma tentata), ne emerge l’assoluta inutilità, anche se non si condivida il postulato per cui la medesimezza dell’interesse protetto con l’incriminazione “finale” (essendosi negata l’autonomia concettuale dell’oggettività dei falsi) ne palesi la mera “duplicazione” di tutela⁶⁹. In un’ottica di integrale valorizzazione dell’*extrema ratio*, infatti, con tale *test* si evidenzia il “fallimento” di quell’operazione legislativa rappresentata dall’anticipazione della tutela penale che si era tentata con la creazione dei reati di falso, come analizzato nel cap. I sez. I. Dalla circostanza

⁶⁸ Lo stesso S. FIORE, *Ratio*, cit., p.70, individua una delle ragioni della non accettabilità della tesi che assegna valenza probatoria al bene protetto nelle ipotesi di falso alla luce della estrema disomogeneità delle stesse, che non consente la ricostruzione di una comune oggettività giuridica.

⁶⁹ Così S. FIORE, *Ratio*, cit., p.133.

dell'assenza di un autonomo spazio per le incriminazioni che dovrebbero anticipare la tutela, essendo queste pressoché sempre contestate in concorso formale con i reati "a valle", deriva l'inutilità delle prime. In tale ottica si è, quindi, sostenuto che le uniche incriminazioni in tema di falsi dotate di ragionevolezza politico – criminale, e suscettibili pertanto di essere conservate nell'ordinamento, sono quelle "non doppiate" da altre incriminazioni, e che costituiscono l'unica ipotesi di tutela penale del bene protetto rispetto a quella modalità di aggressione rappresentata dal mendacio⁷⁰.

Questo pare essere il caso della falsità di cui all'art.2628 c. c., che non può ritenersi sempre concorrente con altre incriminazioni. Il *test* suggerito, quindi, dalla dottrina che ha sottoposto a revisione critica le tradizionali categorie in tema di falsità, può dirsi aver avuto esito positivo in ordine alla meritevolezza di tutela dell'interesse protetto dall'art.2.638 c.c. rispetto alle condotte di mendacio ivi tipizzate.

Detta incriminazione, anche alla luce di detto *test*, non è palesemente irragionevole, in quanto finalizzata alla tutela di interessi da modalità aggressive non altrimenti prese in considerazione nel panorama dei reati⁷¹.

6. *L'oggetto ed il metro della prognosi di pericolo. La differenziata attitudine decettiva richiesta per la punibilità in ragione dei differenti bagagli cognitivi e competenze "investigative" delle varie Autorità.* La presenza di un fine tipizzato di ostacolo alle Autorità di vigilanza ci ha fatto concludere per la natura di reato di pericolo concreto dell'ipotesi di

⁷⁰ Cfr. S. FIORE, *Ratio*, cit., p.147 e s.

⁷¹ Senza che, con ciò, si intenda affermare che, accanto alla meritevolezza di pena, sussista un effettivo bisogno di pena che renda necessario ricorrere allo strumento penale. Sulla distinzione tra questi due concetti cfr. il chiarificante contributo di M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1992, p.39. In ordine alle falsità che "passano indenni" il vaglio proposto da S. FIORE, *op. loc. ult. cit.*, il medesimo Autore precisa che si potrebbe in molti casi fare a meno dello strumento penale, potendosi adottare sanzioni amministrative quali la sospensione dell'attività o la chiusura dello stabilimento. Tale via, si deve qui evidenziare, appare quanto mai opportuna proprio rispetto alle incriminazioni relative alle Autorità di vigilanza. Queste, il più delle volte, sono gli organismi predisposti all'autorizzazione ad operare in dati settori, di modo che la più efficace forma di prevenzione delle condotte illecite potrebbe essere rappresentata dalla minaccia della revoca del permesso concesso, senza arrivare ad utilizzare il deterrente della sanzione penale. Parrebbe qui evocabile con successo il modello di un "diritto sanzionatorio" evocato da HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bogotá, 1999, p.31 e s. e da noi suggerito da PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., p.476 e s.; ID., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 1993, p.1021 e s. Non è questa la via, peraltro, su cui il nostro Legislatore si è indirizzato con la riforma dei reati societari, là dove è prevista la responsabilità amministrativa per le persone giuridiche in forza del decreto legislativo 231/2001, ma con esclusione proprio di quelle sanzioni interdittive che dovrebbero costituire il "cuore" di un diritto sanzionatorio nel senso predetto. Con tali previsioni si è assistito, invece, ad un perfetto esempio di diritto penale neoliberista che, come già ricordato nel par. 2 cap. I, sez. I, trasferisce al diritto penale la gestione del problema criminalità, soprattutto in ambito economico, proprio per affrancare le altre branche del diritto, e dunque i cittadini, dai *lacci e laccioli* di una politica criminale pervasiva dell'intero ordinamento. Così espone efficacemente (criticandola) la concezione liberista del diritto penale dell'economia EUSEBI, *Brevi note*, cit., p.49 e s. Considerazioni similari in BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa*, cit., p.123 e s.; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p.176.

falsità di cui all'art.2638 c.c. Tale concretezza risiede nella necessità dell'accertamento giudiziale dell'idoneità all'ostacolo della condotta di falso incriminata, la quale, a sua volta, postula evidentemente l'idoneità ingannatoria della stessa. Del resto l'attitudine decettiva quale requisito essenziale del concetto penalistico di falso è un risultato cui la prevalente dottrina è da tempo pervenuta⁷². Detta ricostruzione del falso come *imitatio* e non già mera *immutatio veri* si fonda sulla *ratio* della punibilità dei mendaci. Se le incriminazioni in questione sono dirette ad evitare che si pervenga a dei giudizi "falsati" in forza di informazioni non corrispondenti al vero, dette comunicazioni sono punite in quanto si assoggetta a pena anche ciò che da luogo al pericolo di un giudizio falsificato. Ne deriva, pertanto, che il perfezionamento del reato postula l'accertamento di tale pericolo, ovverosia l'idoneità ingannatoria della condotta posta in essere⁷³.

Tali argomentazioni poggiano sull'implicito postulato che l'unico forma di legittima anticipazione della tutela penale sia quella che si attua nelle forme del pericolo concreto. La risalente conclusione per cui il concetto penalistico di falso abbia, quale suo proprio requisito costitutivo, quello dell'attitudine decettiva della condotta pare proprio essere un'ipotesi di pratica applicazione di quel generale canone esegetico per il quale, là dove vi sono "elementi pregnanti" che lo consentano, l'interprete è tenuto ad intendere la fattispecie criminosa che esamina come un reato di pericolo concreto⁷⁴. Si può, anzi, ritenere che le problematiche tradizionalmente oggetto di esame in tema di falsi non siano state altro che la trattazione *ante litteram* della tematiche proprie dell'offensività⁷⁵. La

⁷² Cfr., in tal senso, DE MARSICO, *Falsità in atti*, cit., p.584; MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.250; MANZINI, *Trattato*, cit., p.825; PANNAIN, *I problemi del falso innocuo, inutile o superfluo e del falso consentito*, in *Giust. Pen.*, 1960, p.126; BETTIOL, *Ancora in tema di falsità ideologica*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p.963; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p.203; PADOVANI, *La coscienza dell'offesa*, cit., p.1542; MANTOVANI, *Sul diritto penale*, cit., p.17; FLORA, *Manuale per lo studio*, cit., p.110; MAZZA, *Offensività e coscienza*, cit., p.17; CONTI, *Diritto penale*, cit., p.335; RAMPIONI, *Il problema del bene*, cit., p.116 e p.125; DINACCI, *Profili*, cit., p.7; PERINI, *Il delitto*, cit., p.403; MEZZETTI, *La condotta nelle fattispecie*, cit., p.312; PREZIOSI, *Falso innocuo*, cit., p.147; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.539; NAPPI, *Falso e legge*, cit., p.169; GIACONA, *Appunti*, cit., p.437 e s.; PILLA, *In tema di non punibilità del falso in atto pubblico*, in *Giust. Pen.*, 1997, p.277; LAGHI, *Falso innocuo*, cit., p.297; CIAMPA, *Tipicità e rilevanza*, cit., p.897. Del resto, come rilevato nella indagine storica condotta da MIRTO, *La falsità*, cit., p.3 e s., l'identificazione del falso con l'*imitatio veri* ed il ripudio di una concezione che lo ritenesse integrato con la sola *immutatio veri* era un passo già compiuto presso gli stessi giuristi romani.

⁷³ Così, con cristallina chiarezza, MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.247 e s.

⁷⁴ In tal senso cfr. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.416 e s.

⁷⁵ Così la critica all'inafferrabile concetto di fede pubblica ha "anticipato" la questione sull'ammissibilità ed i limiti di tutela dei beni collettivi; l'attitudine decettiva della condotta di mendacio è stata una "anticipazione" delle tesi che individuavano nel solo pericolo concreto il grado legittimo di anticipazione della tutela penale; l'esigenza di arricchire il contenuto del dolo della consapevolezza dell'*imitatio veri* ha preceduto la teorica della coscienza dell'offesa. In sintesi, può ben dirsi che la riflessione scientifica sui falsi abbia costituito l'aurorale "presa di coscienza" di problematiche centrali per l'odierno assetto del sistema penale. La loro trattazione in sede di parte speciale attesta come, non soltanto

tradizionale tesi dell'attitudine ingannatoria del falso si coniuga perfettamente con la "recente" conclusione sull'idoneità rispetto al fine tipizzato nei reati a dolo specifico con fatto - base penalmente lecito perché sono entrambe espressione della medesima esigenza: ridurre al minimo le ipotesi di pericolo presunto⁷⁶.

Alla stregua di considerazioni "vecchie e nuove" sulle ipotesi di falso, il primo passo per considerare integrato il fatto tipico descritto dall'art.2638 c. c. consiste nell'accertamento dell'idoneità ingannatoria della condotta⁷⁷. Alla domanda su *che cosa* debba risultare "insidioso", ovvero su che cosa debba cadere la falsità, la risposta è stata già in parte fornita là dove si è analizzato l'oggetto materiale del reato, nei paragrafi I, II, III. Avranno rilievo solo le comunicazioni alle Autorità il cui profilo sia ricostruibile alla luce delle disposizioni di legge e quelle specificamente richieste dalle predette Autorità nel singolo caso. Oltre detti requisiti, occorre, peraltro, accertare appunto detta idoneità ingannatoria. Su quali "elementi" cadrà quest'indagine e in base a quali "parametri"? In altri termini, quali l'oggetto ed il metro di quella (prima) prognosi di pericolo rappresentata dall'attitudine decettiva della condotta?

Nella risposta a tale quesito non può che rifarsi alle analisi che, con maggiore profondità, hanno affrontato il tema del giudizio prognostico relativo al pericolo quale elemento costitutivo di una fattispecie incriminatrice. Esso deve essere accertato con una valutazione *ex ante*⁷⁸ che abbia ad oggetto *tutte* le circostanze presenti *al momento del perfezionamento della condotta* (o dell'evento) tipizzata⁷⁹. Non può dividersi, infatti, la

nell'iter storico della produzione legislativa la parte generale costituisca un *posterius* rispetto alla parte speciale, ma che qualcosa di simile si è verificato anche a livello di elaborazione teorica.

⁷⁶ Di cui, comunque, continua a residuare un ambito di legittimità, specie per le attività "tecnologicamente pericolose", come già ricordato nel par. 4 del presente capitolo. Sulla costruzione delle fattispecie di pericolo, non può che rinviarsi, oltre alle opere ivi citate, a FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AAVV., *Beni e tecniche della protezione penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987.

⁷⁷ Analogamente cfr. MUSCO, *I nuovi*, cit., p.189.

⁷⁸ In quanto non costituisce un evento naturalistico, ma un mero attributo di una condotta (come nel nostro caso) o di un evento, esso non può essere accertato in una logica *ex post* (rispetto alla quale lo stesso concetto di pericolo, che si identifica nella *probabilità* del danno finisce di perdere di significato: *ex post* vi è il danno o non vi è nulla), esso può essere oggetto soltanto di una valutazione *ex ante*. Così, sulla scia già di ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p.300; CANESTRARI, *Reato di pericolo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p.3; ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, p.36; MANTOVANI, *Il principio di offensività nel codice*, cit., p.412.

⁷⁹ Si tratta del c.d. giudizio prognostico a base totale, per il quale, oltre ad ANGIONI, *op. ult. cit.*, p.52; cfr. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p.26; MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., p.63; ARDIZZONE, *Crollo di costruzione ed altri disastri dolosi*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, p.278; MANTOVANI, *Il principio di offensività nel codice*, cit., p.413; VIGANO', *Stato di necessità*, cit., p.422; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., p.415; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1993, p.183; VALENTI, *I principi*, cit., p.249; e, sia pure con diversa terminologia, GRASSO, *L'anticipazione della tutela*, cit.,

tradizionale tesi della rilevanza delle sole circostanze conosciute o conoscibili dall'agente al momento del perfezionamento del reato⁸⁰, atteso che detta decurtazione della base del giudizio non ha alcuna ragion d'essere in un ordinamento a base oggettivistica, in cui l'accertamento di un'offesa potenziale o reale deve precedere qualsiasi valutazione relativa alla personalità del reo⁸¹. Essa risulta unicamente il frutto di "inquinamenti" soggettivistici, di stampo positivista (per le posizioni più risalenti)⁸² o finalista (per quelle più recenti)⁸³.

L'attitudine decettiva della condotta deve essere valutata, quindi, alla luce di tutte le circostanze conosciute dal giudice purché verificatesi anteriormente o contemporaneamente alla stessa, a prescindere dalla loro conoscibilità da parte degli autori di questa. Si trae da ciò un primo importante corollario: non integra gli estremi del reato in questione l'esposizione di fatti difformi dal vero in ordine ad una notizia già acquisita con assoluta certezza dall'organo di vigilanza, di modo che nessuna comunicazione di secondaria importanza possa far sorgere il dubbio, in capo allo stesso, della sua non veridicità. Ritenere altrimenti significherebbe eliminare il requisito

p.701. Detta impostazione era già embrionalmente esposta da RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, Padova, 1968, p.248.

⁸⁰ Per tale impostazione cfr. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, p.134; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. II. La struttura della fattispecie penale oggettiva*, Milano, 1952, p.96 e p.102; e, di recente, sia pure con alcune peculiarità, PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p.362.

⁸¹ Così, efficacemente, ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p.52 e s., per il quale, "dato che la condotta tipica è un elemento oggettivo del reato e che principio generale proprio dell'elemento oggettivo del reato è l'assoluta assenza di limiti nel modo del suo accertamento, e dato anche che le circostanze presenti al momento della condotta, specificando la condotta concreta conforme alla condotta tipo, afferiscono ad essa, dunque fanno parte anch'esse dell'elemento oggettivo, ne deriva a fil di logica che anche per il loro accertamento nessun limite è consentito". Tale A. aggiunge, a p.181 dell'opera citata, che tale modo intendere il giudizio prognostico in tema di pericolo è l'unico che consenta di delineare una autonomo spazio al rimprovero colposo nelle fattispecie di pericolo. Le colpa, infatti, venendosi a fondare su una valutazione anch'essa *ex ante* ma a base parziale (oltre i dati conosciuti, solo quelli *conoscibili* dall'agente), si differenzia dal giudizio di pericolo per la più limitata base di questo. Intendere anche quest'ultimo come relativo alle sole circostanze conoscibili significherebbe identificarlo con i presupposti del rimprovero colposo e rendere, di conseguenza, uno dei due elementi superfluo. Quest'ultimo argomento è condiviso pure da CANESTRARI, *Reato di pericolo*, cit., p.5.

⁸² Come dimostrato dall'*excursus* storico di GIACONA, *Il concetto di idoneità*, cit., p.21 e s. e p.218 e s., in ordine allo strutturalmente simile tema dell'idoneità nel delitto tentato, gli iniziali pronunciamenti dottrinali, nella riflessione scientifica ottocentesca, sulla necessità di un giudizio prognostico a base totale per l'accertamento di tale requisito, vennero successivamente sopravanzati dall'opposta tesi che affondava le sue radici nelle valutazioni di pericolosità incentrate sulla figura dell'autore proprie del positivismo.

⁸³ Ogni qual volta, infatti, ci si pronunzi a favore di un modello di illecito penale in cui gli elementi oggettivi della fattispecie vengono "plasmati" da considerazioni afferenti l'autore, è *in re ipsa* il pericolo che le esigenze stigmatizzanti (tanto in un'ottica preventiva quanto retributiva) che quest'ultimo inevitabilmente richiama pongano nel nulla la essenziale funzione di garanzia rappresentata dall'*oggettività* della categoria di fatto di reato, sul cui fondamentale valore cfr. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., *passim*. Per similari considerazioni cfr., ora, VIGANO', *Stato di necessità*, cit., p.203.

dell'idoneità ingannatoria, facendo degradare l'illecito in questione ad un delitto di mera infedeltà⁸⁴.

Accanto a questa ipotesi di conoscenza del dato oggetto di falsificazione da parte dell'Autorità in un momento precedente o concomitante quello perfezionativo del reato *de quo*⁸⁵, bisognerà valutare l'attitudine decettiva della condotta alla luce di regole tecniche e d'esperienza. Infatti, ogni giudizio di pericolo è composto da due elementi, la base ed il metro dello stesso. Se l'oggetto è rappresentato dall'insieme delle circostanze che caratterizzavano la condotta, il metro della valutazione è costituito dall'insieme delle regole che permettono di affermare tale concreta situazione come pericolosa per il bene protetto. Esso è l'insieme delle leggi causali e delle leggi di esperienza probabilistiche che permettono di trarre da un *corpus* di dati (altrimenti) informi e privo di significato un'asserzione di pericolosità su un dato fatto⁸⁶. Esso è, in altri termini, il paradigma nomologico che consente di affermare che una condotta concreta (nel nostro caso il mendacio x) è pericolosa (nel nostro caso atto ad ingannare il destinatario dell'informazione).

⁸⁴ La soluzione proposta è analoga a quella avanzata dalla migliore dottrina in ordine al più "classico" dei reati che incrimina l'indadempiamento ad un obbligo di informazione : l'omessa denuncia di reato. In tal senso cfr.: FIANDACA, *Lesività e dolo nel delitto di omessa denuncia di reato*, in AAVV., *Studi in memoria di S. Costa*, Milano, 1982, p.102; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.338. Soluzione analoga è propugnata da MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.459, per le (una volta penalmente rilevanti) ipotesi di omissione di comunicazioni alla Consob e da MANTOVANI, *Il principio di offensività nel codice*, cit., p.412, per tutte le ipotesi di omessa informazione. Ad analoghe conclusioni, per i reati di falso, potrebbe pervenirsi anche ricorrendo alla categoria del falso inutile: il mendacio che cade su un dato già conosciuto per certo dal destinatario della comunicazione è inutile per l'autore (ed inoffensivo per il bene protetto). Come chiarito da MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.17, se le disposizioni incriminatrici il falso proteggono il valore probatorio di un documento, in assenza di tale valenza probatoria (perché il dato è già acquisito con certezza), vengono meno le ragioni della punibilità. Analogamente, a proposito della precedente versione dell'art.2621 n.1 c. c., era stato correttamente rilevato da PERINI, *Il delitto*, cit., p.510, che, là dove l'informazione nascosta era già nota al destinatario della medesima, non poteva ritenersi integrato il delitto di false comunicazioni sociali. Sembra potersi, quindi, delineare la regola generale per cui, in tutti i casi in cui si delineino obblighi informativi penalmente sanzionati a tutela di funzioni (siano esse quelle relative all'amministrazione della giustizia, al controllo dei mercati finanziari o a quant'altro), la sanzione sia irrogabile soltanto allorché la notizia non sia già posseduta dal beneficiario di tale obbligo (la qual cosa diverrebbe, dunque, un requisito di punibilità non scritto).

⁸⁵ Dovendosi formulare il giudizio prognostico sulla pericolosità di una data condotta senza tener conto delle circostanze successive alla medesima, in ragione della natura necessariamente *ex ante* di ogni prognosi di pericolo. In tal senso, cfr. ANGIONI, *op. ult. cit.*, p.198. Ne deriva che, se il dato falsificato è venuto a conoscenza dell'autorità *prima* che la comunicazione mendace le sia pervenuta, ma *successivamente* all'invio della medesima, il reato dovrà ritenersi consumato. Ciò in quanto, essendo le fattispecie di falso ipotesi di pericolo e non già di danno, quel che rileva è potenzialità all'inganno, non già l'attuale verificarsi dello stesso. Deve, peraltro, precisarsi che residua un'ipotesi in cui la venuta a conoscenza del dato veridico successivamente all'invio della comunicazione falsa può condurre all'esclusione dell'idoneità ingannatoria della condotta. Ciò potrà verificarsi allorché tale successiva conoscenza appaia molto probabile, di modo che le regole d'esperienza alla cui luce effettuare in concreto il giudizio prognostico di pericolo conducano ad un risultato negativo del medesimo. In tal senso, con generale riferimento ai reati di pericolo, v. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p.108 e s.

⁸⁶ Così, chiaramente, ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p.125 e s.

Come si individuano tali regole? La risposta, specie di fronte a regole governate da principi indeterministici, in quanto afferenti non già a fenomeni fisici ma psicologici o sociali⁸⁷ quali quelli che involge la tematica dei falsi, non può che consistere nel rinvio all'esperienza (preferibilmente a quella qualificata del tecnico). In ordine a quella particolare categoria di reati di pericolo concreto rappresentata dai falsi, a noi pare evidente che le "regole d'esperienza" in tema di attitudine decettiva delle condotte si fondino (e, pertanto, sanciscano) sul riconoscimento di una differenziata idoneità ingannatoria, *a parità di mendacio*, in ragione della diversità del destinatario: se questi è una persona avveduta e altamente competente nel settore cui si riferisce la comunicazione mendace sarà più difficile trarlo in inganno rispetto a quanto accada con una persona ingenua o del tutto digiuna di competenza specialistiche. Per ingannare quest'ultimo occorreranno artifici con un notevolmente minor grado di "insidiosità" rispetto a quanto accada rispetto al primo. Questa è una elementare regola d'esperienza (in ordine alla sussistenza di quel pericolo che, nelle fattispecie di falso, è rappresentato dall'attitudine decettiva della condotta), la cui fondatezza pare difficilmente confutabile. Alla luce di questa trova piena conferma quell'impostazione dottrinale che, in tema di idoneità ingannatoria propria dei falsi, ha da tempo chiarito che non ha alcun peso specifico, nell'economia delle fattispecie, la generica rilevabilità dell'inganno, occorrendo invece accertare se il mendacio fosse in grado di trarre in errore il destinatario specifico della comunicazione, nel valutare la qual cosa non potrà che assegnarsi rilievo decisivo alle competenze e conoscenze di quest'ultimo⁸⁸. Del resto, questa conclusione non è che la coerente applicazione della teorica della concretizzazione dei beni giuridici già analizzata (e condivisa) nel cap. I della presente sezione. Se ciò che rileva, infatti, è la specifica idoneità ingannatoria di quel determinato documento che viene in gioco in quel contesto concreto (e cioè il concreto pericolo che

⁸⁷ Sulla distinzione tra regole deterministiche ed indeterministiche cfr. ANGIONI, *op. ult. cit.*, p.151.

⁸⁸ Così MALINVERNI, *op.ult. cit.*, p.267, per il quale "se il documento fosse destinato, con altri, quale scrittura di comparizione in un processo di falso civile, onde essere fatto esaminare da un perito calligrafo, per integrare l'offesa occorrerebbe un'imitazione notevolmente abile, e basterebbe una falsità facilmente rilevabile dal perito, anche se non grossolana, a togliere valore probatorio al documento. Viceversa, se, ad esempio, il testamento olografo falsificato fosse destinato alla prova nei confronti di parenti rozzi ed illetterati, sarebbe pur sufficiente una falsificazione alquanto grossolana, purché non rilevabile dai soggetti ai quali la prova veniva esibita". Al medesimo ordine di idee pare, ora, richiamarsi il LUNGHINI, *La nuova disciplina*, cit., p.1011, là dove, a proposito del "nuovo" reato di false comunicazioni sociali, sostiene che "l'idoneità a trarre in inganno i destinatari deve essere valutata prendendo in considerazione sia la comunicazione sia i destinatari di questa, quindi per – ad esempio – una comunicazione diretta ai soli soci, sarà possibile valutare in relazione alle singole persone se sia possibile o meno l'inganno; qualora invece sia indirizzata a categorie aperte e non concretizzabili (ad es. il pubblico), il giudice dovrà valutare l'idoneità in relazione ad un destinatario modello (...): ovviamente non potrà essere considerata come figura modello il commercialista smaliziato, capace di leggere tra le pieghe di un bilancio o di una comunicazione sociale, stante la qualificazione non tecnica del destinatario tipo".

quello specifico interesse probatorio ha corso), è ovvio che bisognerà porre attenzione alla “susceptibilità all’inganno” del destinatario di quella determinata comunicazione⁸⁹.

L’idoneità ingannatoria va parametrata alle competenze e conoscenze del destinatario della comunicazione: il fatto non risulterà integrato non soltanto in caso di grossolanità assoluta (quella rilevabile *ictu oculi* da chiunque), ma anche per quella “relativa”⁹⁰.

Se, dunque, le competenze e le conoscenze del destinatario della comunicazione difforme dal vero hanno un ruolo decisivo per l’accertamento dell’idoneità ingannatoria della medesima, dal che deriva un’esigenza di concretizzazione del giudizio prognostico, ciò è tanto più vero là dove le Autorità che costituiscono il beneficiario dell’obbligo di comunicazione sono così diverse tra loro: le competenze e le capacità di “lettura” di un dato contabile che ha il personale della Consob è certamente diverso da quello dell’addetto ad un Assessorato regionale che deve decidere se una società, in forza del bilancio che la stessa gli ha trasmesso, ha quella solidità finanziaria tale da poterle concedere la gestione di un servizio pubblico locale. Il macro – tipo di cui all’art.2638 c. c. non riesce ad impedire la “segmentazione” della figura criminosa in tante sottofattispecie quante sono le (potenzialmente innumerevoli) Autorità cui si è apprestata tutela penale. Anche qui si conferma il destino delle fattispecie “plurifunzionali” alla scomposizione per sottogruppi⁹¹.

In ragione della diversificata capacità “investigativa” delle varie Autorità (i poteri di richiesta di documenti ai soggetti vigilati sono, per esempio, ben diversi tra quelli conferiti all’Autorità Antitrust e quelli conferiti al Ministero dell’Economia) e delle diverse competenze tecniche del personale delle stesse, bisognerà riconoscere una differente capacità di “lettura” e di decrittazione delle (spesso complesse) comunicazioni loro inviate. Ne deriva un differente *standard* che il mendacio perpetrato deve integrare a seconda del bagaglio di conoscenze proprio delle varie Autorità pubbliche di vigilanza. Esso sarà tendenzialmente più elevato quanto maggiore sarà la valentia tecnica (cioè il personale

⁸⁹ Ad ulteriore riprova che la sistematica dei falsi ha costituito l’anticipazione, in sede di riflessione teorica sulla parte speciale, delle più significative questioni relative al concetto di bene giuridico successivamente emerse in sede di analisi generale del sistema.

⁹⁰ Cioè nelle ipotesi di falso c.d. innocuo, nella terminologia adottata da Cass. Sez. un., 30\04\1983, Bandinelli, in *Cass. Pen.*, 1984, 504, sulla quale v. ora MEZZETTI, *La condotta*, cit., p.312. Come noto, esiste peraltro un diverso significato di falso “innocuo”, che ne fa un che di molto simile al falso inutile. Su tale altra accezione e sulle ipotesi di falso innocuo alle Autorità cfr. le considerazioni del paragrafo successivo.

⁹¹ Certo, il giudizio sull’idoneità ingannatoria di una condotta dovrà sempre essere dato in concreto, in relazione alle singole vicende e senza indebite generalizzazioni per gruppi di Autorità. Ma è chiaro che sarà pur sempre possibile il formarsi di regole d’esperienza che affermino la normale attitudine decettiva di un certo tipo di falso per una data P.A. ed al contrario la grossolanità dello stesso per un’altra Amministrazione.

specializzato ed i mezzi a disposizione) della P.A. destinataria della comunicazione⁹², pur sempre ribadendo, peraltro, la necessità di un accertamento *in concreto* del requisito in esame⁹³.

7. *L'essenzialità dell'informazione mendace ai fini delle decisioni delle Autorità. Il falso inutile.* Il giudizio prognostico a base totale sull'attitudine decettiva della condotta non è che il *primo* delle valutazioni nei cui esiti positivi si sostanzia il connotato dell'idoneità rispetto al fine tipizzato: l'ostacolo alle funzioni delle Autorità. Affinché, infatti, un organismo pubblico di controllo sia ostacolato da attività che concernono gli obblighi informativi dei soggetti sottoposti alla sua vigilanza occorre non soltanto che lo stesso sia ingannato, ma altresì che, a seguito di ciò, la sua attività istituzionale sia frustrata, il che, in termini di fattispecie di pericolo, sta a significare la necessità dell'accertamento della idoneità all'inganno ed il successivo accertamento che l'inganno perpetrato fosse idoneo ad ostacolare le funzioni proprie dell'organo pubblico.

Questa rilevanza della fase successiva (in chiave ipotetica, cioè nell'ottica della prognosi di pericolo) al mendacio è ciò cui, nelle consolidate categorie dell'elaborazione scientifica in tema di falsità, si dà nome di falso inutile e di falso innocuo.

Il falso inutile è quello che viene cadere su un dato che non ha nessun rilievo per il destinatario della comunicazione, su un dato, quindi, che è privo di quella valenza

⁹² Così, ad esempio, il marchio mancato uniformarsi ai parametri dichiarati per la valutazione di un cespite patrimoniale potrà reputarsi condotta inidonea a trarre in inganno la Consob ma non altrettanto potrà dirsi per gli uffici di un piccolo comune che non possono valersi di personale specializzato.

⁹³ Altro e diverso problema, cui si può in questa sede soltanto accennare, è quello relativo all'*onus probandi* di tale requisito. Potrebbe obiettarsi alla ricostruzione qui delineata che, impernandosi essa su una valenza dell'attitudine decettiva della condotta così sfaccettata e multiforme, potrebbe dar luogo ad una *probatio diabolica* se si pretendesse dalla pubblica accusa la dimostrazione dell'assenza, nel caso concreto, in capo all'Autorità destinataria della falsa comunicazione, delle competenze e conoscenze atte a "neutralizzare" il mendacio realizzato. Una simile obiezione non pare, però, in grado di infirmare la ricostruzione proposta. Come evidenziato dalla dottrina processualpenalistica, la presunzione di non colpevolezza quale regola probatoria impone che sia la pubblica accusa "a fare la prima mossa". Essa sta a significare che, una volta che gli elementi dell'accusa siano stati *sufficientemente provati*, la difesa dovrà fornire elementi a discarico. In ogni caso, non si potrà iniziare da richieste di discolpe nei confronti dell'imputato. Così, per tutti, ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. Giur. Treccani*, p.7. Si precisa ancora che, una volta provato il fatto costitutivo di responsabilità da parte della pubblica accusa, all'imputato basta far sorgere il dubbio su quello impeditivo per conseguire il proscioglimento. Così ILLUMINATI, *op. ult. cit.*, p.5. Da quanto precede, deriva che all'accusa è fatto onere di provare le circostanze che, nell'*id quod plerumque accidit*, attestano la colpevolezza dell'imputato. Solo di fronte a questo risultato probatorio già acquisito l'imputato potrà (se lo vorrà) attivarsi per insinuare il dubbio (che gli è sufficiente) sull'esistenza di circostanze peculiari che infirmano la regola d'esperienza che si fonda sull'*id quod plerumque accidit*. Trasponendo tali categorie alla tematica in oggetto, pare delinearsi un quadro per cui l'accusa deve provare che vi è stata un'alterazione del vero normalmente atta ad ingannare *quella specifica autorità cui il mendacio era indirizzato*. Soltanto una volta raggiunto tale standard probatorio (quello corrispondente alla regola d'esperienza per cui un falso con determinate caratteristiche è *in generale* idoneo ad ingannare una data Autorità), potrà reputarsi "a carico dell'imputato" la prova che, nel caso concreto, la condotta non ha avuto alcuna attitudine decettiva. Nessuna *probatio diabolica* si cela, quindi, nella ricostruzione qui prospettata.

probatoria oggetto di tutela penale secondo i fautori delle concezioni probatorie del bene protetto in tema di falso⁹⁴. Inutile è, dunque, quel mendacio privo del requisito della *materiality* nella terminologia giuridica statunitense⁹⁵.

La non punibilità del falso inutile non può, però, dirsi, una conclusione unanimemente condivisa in sede dottrinale, non essendo mancato chi ha rilevato come, in molti casi, non possa parlarsi di falso inutile in quanto la giuridica rilevanza di un documento non è sempre individuabile sin dal momento della sua formazione o falsificazione⁹⁶. Questa obiezione si sostanzia, se abbiamo bene inteso, nell'osservazione per cui il giudizio prognostico che sorregge le valutazioni di pericolo non può dare esito negativo, rispetto ad alcune ipotesi di falso, perché tra le circostanze che caratterizzano la condotta al momento della sua realizzazione non vi è quella di una sua specifica finalizzazione ad un dato interesse, rispetto al quale il mendacio in questione possa dirsi del tutto inutile.

Tale osservazione, come si vede, sta e cade con l'impossibilità, in una logica *ex ante*, di individuare sin dal momento perfezionativo del reato (quello in cui ha da "retrodatarsi" il giudizio prognostico di pericolo) l'interesse che sottende quello alla veridicità della documentazione. Detto "limite" non si riscontra *mai*, però, là dove il medesimo Legislatore ha individuato l'interesse alla cui luce è richiesta, a pena di sanzioni penali, la veridicità di determinate comunicazioni. In questi casi è sempre possibile, sin dal momento consumativo del reato, effettuare un giudizio di prognosi postuma sul pericolo che ha corso l'interesse del destinatario dell'informazione. Ciò in quanto questo è già tipizzato.

Ciò si verifica nell'ipotesi dell'art.2638 c.c. Qui è chiaramente (*rectius* legislativamente) individuato l'interesse cui è strumentale la valenza probatoria dei documenti oggetti materiali del reato: il corretto svolgimento delle funzioni delle Autorità di vigilanza. Alla luce del rilievo che, rispetto a detto interesse come si è specificato nel caso di specie (secondo la più volte ricordata opera di concretizzazione dei beni giuridici), presenta un dato mendacio, è *sempre* possibile effettuare una valutazione in termini di utilità \ inutilità del medesimo.

Esemplificando, immaginiamo che, rispetto ad una richiesta della competente Autorità diretta a conoscere tutte le operazioni finanziarie relative ad un dato cliente, l'ente

⁹⁴ Per questa o similari definizioni del falso inutile cfr. DINACCI, *Profili*, cit., p.30; MAZZA, *Offensività*, cit., p.18; GIACONA, *Appunti in tema*, cit., p.494; MALINVERNI, *Teoria*, cit., p.287; RAMACCI, *Le falsità*, cit., p.242; PANNAIN, *I problemi*, cit., p.121; PREZIOSI, *Falso innocuo*, cit., p.152.

⁹⁵ Sul punto cfr. il par.2 del presente capitolo.

⁹⁶ Per tale rilievo cfr. NAPPI, *Falso e legge*, cit., p.175.

soggetto a vigilanza invii un prospetto riassuntivo di tutte le operazioni compiute nell'ultimo anno finanziario relative a tutti i clienti dello stesso e che, in ordine ad alcuni di essi, *diversi* da quello per cui la richiesta è stata formulata, siano state commesse della falsità. Anche qualora queste siano idonee a trarre in inganno l'Autorità, l'art.2638 c. c. non potrebbe dirsi perfezionato per assenza di quel requisito di fattispecie che è l'idoneità all'ostacolo delle funzioni dell'Autorità. Infatti, in ordine a quello specifico procedimento amministrativo nel corso del quale l'informazione su un dato cliente è stata richiesta, la falsità concernente altri è del tutto irrilevante: l'assenza di disfunzionalità per il bene protetto, così come è stato concretizzato, attesta l'inutilità del relativo falso.

Un che di analogo può dirsi in ordine al falso innocuo, qualora lo si intenda come categoria limitrofa al falso inutile e non lo si ritenga una mera duplicazione concettuale dello stesso o del falso grossolano. Chi non lo intende come quel falso la cui inidoneità all'inganno è soltanto relativa, perché non accertabile da chiunque, ma soltanto dal destinatario che abbia determinate conoscenze e competenze, ne da una definizione per cui esso è il "falso inoffensivo per la sua concreta inidoneità di aggressione degli interessi probatori consacrati nel documento"⁹⁷. Evidente è la prossimità di tale categoria a quella del falso inutile, di modo che le considerazioni svolte in ordine all'art.2638 per tale seconda categoria sono riferibili anche alla prima⁹⁸.

L'idoneità all'ostacolo che il fine tipizzato implicitamente richiede è la risultante di due diversi giudizi prognostici, uno relativo all'attitudine ingannatoria della condotta, l'altro all'idoneità dell'inganno a frustrare gli scopi degli organi di controllo. Se il primo giudizio da esito negativo, potremo escludere il fatto di reato in quanto ci troveremo d'innanzi ad un falso grossolano. Se è il secondo giudizio a fornire esito negativo, avremo un falso inutile o innocuo che dir si voglia.

In conclusione, può affermarsi che, una volta individuato il bene protetto (le c.d. funzioni) nel buon andamento della P.A. che vigila su dati settori dell'economia, ed una volta chiarito che questo deve essere ricostruito in un ottica concretizzatrice (deve essere quindi identificato con lo specifico procedimento amministrativo nel corso del quale la fattispecie concreta assume rilievo), è la rilevanza (da accertare in concreto alla luce dell'idoneità rispetto al fine) rispetto a detto procedimento che permette di ritenere integrato il fatto di reato. Se questo attiene ad un obbligo informativo - come è per l'art.2638 c. c. - è allora

⁹⁷ Così, per tutti, GIACONA, *Appunti*, cit., p.181.

⁹⁸ Nel medesimo senso anche PREZIOSI, *Falso innocuo*, cit., p.151, il quale le ritiene figure assimilabili tra loro.

l'essenzialità del dato veridico che l'Autorità avrebbe dovuto ricevere a decidere dell'integrazione del *Tatbestand*. Là dove il dato oggetto di falsificazione non abbia a svolgere alcuna funzione nell'ambito del procedimento amministrativo nel corso del quale è stato fornito, non incida cioè in alcun modo sull'esito dello stesso, l'art.2638 c. c. non potrà reputarsi integrato perché la concreta falsità in esame è risultata priva di idoneità ad ostacolare le funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza.

8. *L'occultamento di fatti: un reato omissivo proprio? Gli illeciti amministrativi di mera omissione ed il connotato modale dei mezzi fraudolenti nell'art.2638 c.c.* La seconda condotta incriminata concerne l'occultamento, totale o parziale, con altri mezzi fraudolenti, dei fatti che le figure assoggettate alla vigilanza avrebbero dovuto comunicare in ordine al medesimo oggetto delle ipotesi di falsità.

Il primo dubbio che tale descrizione dell'*opus illicitum* pone è relativo alla natura omissiva della condotta in tal modo incriminata. Di fronte alla risposta positiva formulata da alcuni dei primi commentatori la norma⁹⁹ e da una parte della dottrina che in tal senso si orientava per le analoghe formulazioni delle fattispecie che hanno preceduto l'art.2638 c. c. e che ne hanno costituito, al contempo, il "calco"¹⁰⁰, si è rilevato come il connotato modale dei "mezzi fraudolenti" che devono accompagnare la condotta di occultamento deponga decisamente per la natura commissiva della stessa¹⁰¹. In effetti il rilievo è da solo risolutorio della questione relativa alla natura giuridica della condotta di occultamento: se questa si realizza con l'utilizzo di "altri mezzi fraudolenti" è evidente che ci troviamo d'innanzi ad un'*agere* e non certo ad un *omittere*.

Ma altre argomentazioni suffragano ulteriormente detta conclusione. In primo luogo si deve osservare che molte delle incriminazioni le falsità alle varie Autorità sono "doppiate", nella legislazione di settore, da illeciti amministrativi che colpiscono le corrispondenti

⁹⁹ Per MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.189, "la seconda condotta incriminata appare di natura omissiva".

¹⁰⁰ In ordine all'art.42 del c.d. decreto Eurosim, CRISCUOLO, *Commento*, cit., p.360; per quanto concerne l'art.134 Tulb, ELLERO – NORDIO, *Reati societari*, cit., p.288; LEMME, *Reati bancari*, cit., p.5; GALLISAI – PILO, *Tutela dell'attività di vigilanza bancaria e finanziaria*, in MARINI – PATERNITI (a cura di), *Dizionario*, cit., p.557; con riguardo all'art.171 Tuif, SEMINARA, *La tutela*, cit., p.544; ROSSI VANNINI, *Tutela dell'attività di vigilanza*, in MARINI – PATERNITI (a cura di), *Dizionario*, cit., p.549; CECI IAPICHINO, *Commento*, cit., p.1583; relativamente all'art.134 Tulb ed all'art.171 Tuif CONTI, *I reati*, cit., p.176.

¹⁰¹ Così SEMINARA, *False comunicazioni*, cit., p.687, per il quale tale requisito "priva di rilievo la mera omissione assistita da dolo specifico, che quindi trasmigra nella previsione successiva". Ritiene che il riferimento all'uso dei mezzi fraudolenti valga ad individuare una condotta commissiva e non già omissiva anche ZANNOTTI, *L'ostacolo*, cit., p.586, il quale intravede in tale imprecisa terminologia un contrasto con il principio di tassatività.

ipotesi omissive¹⁰², di modo che una lettura che includesse nella condotta di occultamento anche la mera omissione priverebbe molti illeciti amministrativi di ogni possibilità di applicazione¹⁰³. In secondo luogo, un che di analogo deve dirsi in riferimento alla previsione incriminatrice del secondo dell'art.2638 c.c. Questa punisce i medesimi soggetti attivi del primo comma che, in qualsiasi forma, consapevolmente ostacolano le funzioni delle autorità, anche *omettendo le comunicazioni dovute*. La condotta omissiva integra, pertanto, la fattispecie di cui al secondo comma della disposizione in esame e ciò impedisce di attribuire il medesimo significato alla condotta di occultamento di cui al primo comma. Essa non può che consistere in un *agere*, essendo il mero *omittere* già penalmente rilevante ai sensi della fattispecie di ostacolo di cui al capoverso dell'art.2.638 c. c. (oltre che, in molti casi, già colpito da una sanzione amministrativa).

Alla luce delle considerazioni che precedono si deve ritenere che alla condotta in esame vada riconosciuta natura di ipotesi commissiva. Detta conclusione non placa le inquietudini dell'interprete in ordine all'esatta portata dell'occultamento in esame, atteso che un suo autonomo significato non pare facilmente individuabile. Scongiurata la sua identificazione con la semplice omissione, ci si trova d'innanzi all'esigenza di ricostruirne una portata in termini d'azione ma diversi da quelli propri della falsità, già autonomamente tipizzata nella prima parte dell'art.2638 1° comma c. c. Prima di "arrendersi" alla ridondanza di una previsione normativa, è infatti doveroso esperire tutte le vie che permettano di enucleare un significato della stessa che non conduca ad una *interpretatio abrogans*. Di fronte all'oscurità del testo normativo ed al silenzio serbato, sul punto, dalla relazione illustrativa¹⁰⁴, appare allora utile esaminare la portata che l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale attribuivano alla condotta di "nascondimento" così come prevista dalla precedente "incarnazione" dell'art.2621 n.1 c. c., che, come sappiamo, ha costituito la originaria matrice delle fattispecie in tema di falsità alle Autorità¹⁰⁵.

¹⁰² Sui rapporti tra il previgente art.174 Tuif e gli illeciti amministrativi omissivi di cui all'art.193 Tuif, ad esempio, cfr. SEMINARA, *La tutela*, cit., p.563. Per gli illeciti amministrativi di cui al Tulb cfr. CECI IAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, in FERRO LUZZI – CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, cit., p.2105.

¹⁰³ Per tale argomento cfr. PERINI, *Il delitto*, cit., p.452 e s.

¹⁰⁴ La quale fornisce, anzi, argomenti per sostenere l'assoluta identificazione tra la condotta in esame e quella di mendacio, atteso che la *Relazione*, in MUSCO, *I nuovi*, cit., p.241, precisa che "la norma prevede due fattispecie delittuose diverse per modalità di condotta ed evento offensivo: la prima centrata sul falso commesso allo fine di ostacolare le funzioni di vigilanza; la seconda sulla realizzazione intenzionale dell'evento di ostacolo attraverso qualsiasi condotta (attiva o omissiva)". Come si vede, nessun autonomo spazio è riconosciuto alla condotta di occultamento.

¹⁰⁵ Ciò pur nella consapevolezza, come precisato a proposito dell'art.134 Tulb da ZANOTTI, *La tutela penale*, cit., p.581, che la similitudine con l'art.2621 c. c. (nella sua precedente formulazione) non deve indurre l'interprete a

9. *La condotta di nascondimento nel “precedente” art.2621 n.1 c. c.* La formulazione originaria dell’art.2621 n.1 c. c. annoverava tra le condotte incriminate, accanto a quella di chi espone fraudolentemente fatti difformi dal vero, quella di chi nasconde fatti. In ordine a tale seconda modalità di realizzazione dell’illecito ci si è da sempre chiesti il significato della stessa e se, in particolare, essa potesse intendersi come un’ipotesi omissiva. Una parte della dottrina rispondeva affermativamente, giungendo così ad enucleare, nell’ambito della previsione codicistica, accanto ad un illecito d’azione, un vero e proprio reato omissivo proprio¹⁰⁶. A tale ricostruzione sono state mosse, però, varie obiezioni. Oltre alla precisazione che il verbo nascondere evoca etimologicamente un condotta attiva¹⁰⁷, si è rilevato che, dovendo il nascondimento in questione pur sempre afferire a bilanci, relazioni e comunicazioni sociali, esso non può che concernere una condotta attiva: quella di chi forma od invia una comunicazione sociale in cui si “nasconde” qualche dato rilevante per il destinatario, di modo che ci troveremmo pur sempre d’innanzi ad una condotta commissiva, che sarebbe però falsa non già in ragione di un *mendacio*, bensì di una *reticenza*¹⁰⁸. Si è così sostenuto che l’ipotesi in esame non sarebbe dissimile da quella di cui all’art.479 c.p. che, punendo anche il pubblico ufficiale che omette dichiarazioni da lui ricevute, incrimina “soltanto l’omissione che determina l’infedeltà rispetto al vero della dichiarazione, non quella che si risolve nella totale mancanza della comunicazione stessa: in altri termini, l’omissione che, investendo una singola parte (o più

lasciarsi guidare dell’illusione che i risultati interpretativi raggiunti in ordine a quest’ultimo siano automaticamente trasponibili al reato in esame. Il corretto rilievo dell’Autore pare, però, principalmente riferibile alla diversa selettività, in ordine alle comunicazioni rilevanti, che il requisito della fraudolenza aveva rispetto a quello del fine di ostacolo all’Autorità (e più in generale alla diversità dei fatti di reato scaturente dall’eterogeneità beni protetti), e non pare infirmare l’utilità di una ricerca che, per individuare un autonomo significato penalistico di una data descrizione normativa di una condotta, ripercorra a ritroso il percorso storico che ha portato alla sua genesi al fine di acclarare la portata di tale descrizione al suo primo apparire nell’ambito della fattispecie – madre.

¹⁰⁶ In tal senso cfr. ZUCCALA’, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, cit., p.28; ID., *Le false comunicazioni. Problemi*, cit., p.721; CONTI, *Diritto penale*, cit., p.247; CARACCIOLI, *Reati di mendacio*, cit., p.87; LA MONICA, *Il delitto*, cit., p.478; MIRTO, *Il diritto penale*, cit., p.145; TAGLIARINI, *Le disposizioni penali*; FURIA, *Falso in bilancio e frode fiscale*, Milano, 1971, p.39. Rileva, peraltro, IACOVIELLO, *Il falso ideologico per omissione*, in *Cass. Pen.*, 1996, p.425, che soltanto rapidi cenni, salvo eccezioni, si trovavano sino a pochi anni or sono nelle trattazioni specialistiche, e ancor più sporadiche erano le decisioni giudiziarie che trattavano della questione. Questa avrebbe acquisito solo recentemente una maggiore rilevanza in seguito al generalizzarsi della tendenza, proprio dello stato sociale, di moltiplicare gli obblighi di agire penalmente sanzionati.

¹⁰⁷ Così PERINI, *Il delitto*, cit., p.451, il quale altresì chiarisce che se il Legislatore avesse voluto incriminare la mera inazione, avrebbe ben potuto utilizzare formule dall’inequivoco significato quali “tacciano fatti” o “omettono di comunicare”.

¹⁰⁸ Queste, in sintesi, sono le osservazioni di MORSELLI, *Il reato*, cit., p.145; ALIBRANDI, *I reati societari*, cit., p.199; AZZALI, *Caratteri e problemi*, cit., p.375; PEDRAZZI, *Un concetto controverso*, cit., p.1566; LANZI, *Le false comunicazioni*, cit., p.269; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.233; FOFFANI, *Reati societari*, cit., p.244.

singole parti) del messaggio, assume, in rapporto all'aspettativa di completezza dell'informazione in esso racchiusa, l'implicito significato di (falsa) attestazione dell'inesistenza dei fatti taciuti"¹⁰⁹.

Queste (corrette) osservazioni non paiono essere altro che la specificazione di quelle che è possibile formulare in ordine al generale tema dell'ammissibilità di un falso ideologico per omissione. Di fronte al moltiplicarsi di voci favorevoli ad una realizzazione in forma omissiva delle tradizionali ipotesi di falso, sono state mosse decisive obiezioni. Sul presupposto che la quantità di informazioni che caratterizzano un evento è amplissima, e che non tutta la mole di dati che è disponibile su un dato evento può essere comunicata (a pena dell'ingestibilità del rapporto comunicativo e della non decifrabilità di quanto trasmesso), si è osservato che la massa delle informazioni potenzialmente disponibili non può che essere selezionata, e che l'unico criterio di rilevanza plausibile è lo scopo dell'atto comunicativo¹¹⁰. Alla luce di questo scopo, può dirsi realizzata un'omissione allorché un dato rilevante non è comunicato. Questo si verifica se una data comunicazione non è inviata o se è evidente, nella comunicazione inviata, che mancano del tutto i dati relativi ad un certo settore cui il destinatario è interessato. Ben diversa è l'ipotesi in cui si invia una comunicazione ma senza che si faccia riferimento a tutti i dati rilevanti e senza che di ciò sia fatta menzione alcuna: dato che il presupposto implicito di ogni comunicazione è che esse abbiano ad oggetto *tutti i dati* rilevanti per il ricevente (essendosi definita comunicazione solo quella trasmissione di informazione relativa ai dati significativi), tale mancanza implica un'attestazione di inesistenza del dato rilevante, e *falsa* tutta la comunicazione¹¹¹. Il disvalore delle due situazioni è ben differente: allorché un dato rilevante sia semplicemente omissivo, il destinatario dello stesso è consapevole di non aver ricevuto notizia di ciò a cui pur aveva interesse. Si tratterà certo di un che di disfunzionale, ma il ricevente la comunicazione incompleta potrà attivarsi altrimenti per conseguire l'informazione significativa. Non sapendo se una data situazione si sia *in rerum natura*

¹⁰⁹ Così NAPOLEONI, *op. loc. ult. cit.* Similmente PERINI, *Il delitto*, cit., p.413.

¹¹⁰ Così IACOVIELLO, *Il falso*, cit., p.1425, sulla scia della riflessione di VAN DIJK, *Testo e contesto*, Bologna, 1980, p.168 e s.

¹¹¹ Molto efficacemente si è addotto l'esempio da parte di IACOVIELLO, *Il falso ideologico*, cit., p.1426, del verbale di perquisizione in cui si taccia il rinvenimento di droga. Ciò equivale ad una falsa attestazione implicita che nulla di rilevante è stato rinvenuto oltre quello di cui al verbale. Questo Autore precisa, a p.1427 del lavoro citato, che a decidere se ci troviamo d'innanzi ad una semplice comunicazione incompleta (quella esplicitamente priva di dati rilevanti) o falsa (quella che implicitamente attesta l'inesistenza di un dato rilevante) è il contesto linguistico e pragmatico, cioè, in altri termini, l'insieme delle regole semantiche e d'esperienza che permettono l'attribuzione di significati socialmente univoci agli enunciati. Similmente cfr. anche NAPPI, *Falso e legge*, cit., p.121.

realizzata, non agirà sul presupposto che lo fosse. Ben più grave è la situazione in cui vi sia stata un'implicita attestazione dell'insussistenza di una data situazione. In tal caso il pregiudizio arrecato è ben maggiore: se il destinatario della comunicazione cade nell'inganno non si attiverà per ricercare altrimenti il dato veridico, ed agirà ritenendo per certo che una data situazione non si è verificata. In tal caso ci troviamo, con tutta evidenza, di fronte al disvalore tipico del falso (*rectius*, dell'inganno cui il falso è prodromico). Ne deriva che, in linea generale, la vera omissione (cioè la mancanza del dato rilevante che non si risolve in un'implicita attestazione dell'inesistenza della stesso) non può integrare un falso ideologico¹¹².

È questo l'*inter* logico che, applicato alla condotta di nascondimento tipizzata nella precedente formulazione dell'art.2621 n. 1 c. c., aveva indotto larga parte della dottrina a negare il carattere omissivo della stessa. Si era così rilevato che la fattispecie non incriminava chi semplicemente taceva, ma soltanto chi, nella cornice di una comunicazione caratterizzata da una minimale apparenza di completezza in ordine al tema che ne forma oggetto, non diceva tutto quel che doveva dire, lasciando così credere ai destinatari della medesima l'inesistenza di quanto non era stato riferito¹¹³. Ne era conseguita una qualificazione dell'attività di nascondimento come condotta mista: attiva quanto alla comunicazione, omissiva quanto alle deficienze di quest'ultima rispetto a ciò che si pretendeva dal suo autore¹¹⁴. Peraltro, giunti a negare la natura pienamente omissiva della condotta di nascondimento, è stato facile compiere il passo successivo ed individuarvi una condotta commissiva in nulla concettualmente distinguibile dal mendacio suscumbibile nella locuzione "esposizione di fatti difformi dal vero". Sul presupposto, infatti, che il falso "reticente" in tanto concreta un mendacio in quanto si risolve nell'affermazione di ciò che non è vero¹¹⁵, si è negato ogni momento omissivo nella condotta di nascondimento, non intravedendo nell'usuale modo di intendere la stessa altro che

¹¹² In tal senso cfr. IACOVIELLO, *op. cit.*, p.1427.

¹¹³ In tal senso v. PEDRAZZI, *Un concetto controverso*, cit., p.1566; MORSELLI, *Il reato*, cit., p.148; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.235.

¹¹⁴ Così NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.236. Analogamente FOFFANI, *Reati societari*, cit., p.244. Il medesimo orientamento cominciava anche a trovare, nell'ultimo periodo di vigenza del "vecchio" art.2621 n. 1 c. c., i favori della giurisprudenza. Condivide la qualificazione del nascondimento come condotta a struttura mista Cass. Pen., sez. V, 19\10\2000, Mattioli, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2001, p.1081.

¹¹⁵ PERINI, *Il delitto*, cit., p.412, rilevava che "nel bilancio nel quale si ometta di indicare (ad esempio) i debiti verso le banche, o un bene strumentale, oppure una voce di costo, è condotta penalmente rilevante non per ciò che si *nasconde* ma per la falsità di ciò che si *afferma*".

un'inutile specificazione della falsità già colpita, in via generale, dall'art.2621 n.1 c.c.¹¹⁶. Quel che rileva, in tali casi, non è l'inerzia in sé, ma la falsa attestazione implicita che da questa scaturisce e che già è sussumibile sotto il concetto di esposizione di fatti difformi dal vero¹¹⁷.

10. *Conclusioni: la sostanziale superfluità di una specifica previsione della condotta di occultamento.* Neanche il "rinvio" all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi sotto il vigore del previgente art.2.621 n.1 c. c. a proposito della modalità del nascondimento ci ha permesso, quindi, di attribuire alla previsione della condotta di occultamento nell'art.2638 c. c. – chiaramente "figlia" della prima – un preciso significato distinto da quello della modalità di esposizione di fatti difformi dal vero.

Una volta negata la sua riconducibilità alla categoria del reato omissivo proprio, non è rimasta altra possibilità che qualificarla come vera e propria condotta di mendacio, come tale già rientrante nella previsione della prima parte del 1° comma dell'art.2638 c. c., quella relativa all'esposizione di fatti difformi dal vero al fine di ostacolare le Autorità. Né ad una diversa esegesi si potrebbe addivenire accogliendo quella impostazione che, in tema di nascondimento nel "vecchio" falso in bilancio, aveva suggerito di intenderlo come "falso per soppressione"¹¹⁸, semmai valorizzando il requisito modale dell'utilizzo degli "altri mezzi fraudolenti". A prescindere dalla genericità di tale locuzione, questa operazione è preclusa dal doversi realizzare *anche* la condotta di occultamento, come quella di "esposizione di fatti difformi dal vero", *nelle comunicazioni* alle Autorità. Ne deriva, allora, che non può

¹¹⁶ Per PERINI, *Il delitto*, cit., p.412, essendo di palmare evidenza che dire il falso e tacere il vero sono due facce della medesima medaglia, risulta chiaro come gli esempi usualmente prospettati di falso per omissione rientrano già nella prima modalità esecutiva del (previgente) art.2621 n. 1 c. c., senza necessità di ricorrere all'incriminazione del nascondimento. Raggiunge simili conclusioni, in ordine alla natura commissiva della condotta di nascondimento nel "vecchio" art.2621 n. 1 c. c., pure M. MANTOVANI, *Le false comunicazioni tra azione ed omissione*, intervento al II Convegno italo – spagnolo di diritto penale commerciale *La tutela penale dell'informazione societaria*, Pavia, 21 – 23 settembre 2000. Del resto, con generale riferimento alle varie ipotesi di falsità, deve rilevarsi come la giurisprudenza abbia sempre ritenuto che le attestazioni implicite integrino la condotta di mendacio. Sul punto cfr. l'*excursus* giurisprudenziale di NAPPI, *Falso e legge*, cit., p.123.

¹¹⁷ Così, pressoché testualmente, PERINI, *op. ult. cit.*, p.415. Tale Autore, a p.500 e s. dell'opera citata, per attribuire un significato autonomo alla condotta di nascondimento nell'ora abrogato art.2621 n.1 c. c., propone allora di intenderla come incriminatrice del "falso per soppressione" dei documenti che potevano essere conosciuti dai titolari di poteri ispettivi sulle scritture contabili. Tale ipotesi ricostruttiva della condotta di nascondimento, per quanto animata dal lodevole intento di evitare una *interpretatio abrogans* della modalità in questione, non pare, almeno *prima facie*, accoglibile, atteso che, là dove il Legislatore ha, in altri contesti normativi, voluto con certezza assicurare la penale rilevanza del falso per soppressione, ha utilizzato altre, "inequivoche" espressioni, quali "distruggere, sopprimere od occultare un atto pubblico" nell'art.490 c.p. o quelle analoghe in tema di reati fallimentari, di modo che attribuire al sintagma "nascondimento di fatti" un significato di criminalizzazione del falso per soppressione non pare sfuggire alle critiche di un'applicazione analogica *in malam partem* del dettato normativo.

¹¹⁸ Così, come già ricordato, PERINI, *op. loc. ult. cit.*

“passare per tale via” la criminalizzazione di condotte prodromiche al momento della comunicazione alle Autorità, quali quelle di soppressione o distruzione di documenti potenzialmente utili a detti organismi pubblici¹¹⁹.

Anche la soluzione “mediana” della condotta “a struttura mista” conduce, in realtà, ai medesimi esiti, dato che il momento omissivo (che dovrebbe costituire il *quid pluris* differenziatore rispetto alle “semplici” ipotesi attive) non rileva penalmente *in sé*, ma in quanto dotato - in forza delle attese socialmente diffuse di completezza della comunicazione - di attitudine decettiva rispetto al significato comunicativo complessivo. Ciò che si rimprovera all’agente non è l’essere rimasto inerte, ma l’aver posto in essere una comunicazione atta ad ingannare il destinatario, e, pertanto, atta ad ostacolare le funzioni di quest’ultimo¹²⁰. Le ragioni della punibilità si fondano anche qui su un’azione, e non già su un’omissione¹²¹. Ciò che rileva è l’idoneità ad ostacolare le funzioni delle Autorità che discende da una condotta di mendacio e non già da una condotta meramente omissiva. Il disvalore che si incrimina è quello scaturente da una ipotesi di falsità e non di omissione: non è il pregiudizio che deriva dal non aver avuto un’informazione rilevante che si aveva il diritto di avere (cioè quello tipico dell’omissione) che viene qui in rilievo, ma quello dell’aver ricevuto (*rectius*, il pericolo di ricezione di) un dato significativo difforme dal vero (cioè il pregiudizio tipico del mendacio). Che ci si trova di fronte ad una (superflua) specificazione della condotta di “esposizione di fatti difformi dal vero” risulta, inoltre, evidente alla luce del “test” relativo alla sussumibilità delle ipotesi riconducibili al c.d. “falso per reticenza” in quello *tout court* commissivo. Quali ipotesi di “nascondimento di fatti” non integrano la prima delle modalità offensive tipizzate dal novellato art.2638 c. c.? Quando occultare un fatto rilevante per l’Autorità pubblica di vigilanza destinataria della comunicazione in modo atto ad ingannarla non equivarrà ad esporre alla stessa un fatto

¹¹⁹ Al limite, tali condotte potranno assumere penale rilievo ai sensi del secondo comma dell’art.2638 c. c., ma ciò non è di alcun aiuto all’individuazione dell’esatto significato da attribuire a tale modalità lesiva di cui al primo comma della disposizione.

¹²⁰ Per quanto comunque desumibili dai principi (in tema di offensività), il Legislatore, probabilmente per fugare ogni contraria “tentazione” giurisprudenziale, ha chiaramente statuito che la condotta di occultamento deve realizzarsi al medesimo fine (quello di ostacolo) della condotta concretatesi nell’esposizione di fatti difformi dal vero, il che importa, come già ricordato per questo tipo di reati a dolo specifico, l’idoneità all’ostacolo della fattispecie concreta, da accertare con un giudizio di prognosi postuma a base totale. Tale idoneità all’ostacolo deve fondarsi, a sua volta, sull’attitudine decettiva della condotta, come chiarito (sia pure *ad abundantiam*) dal Legislatore con l’inciso “mezzi *fraudolenti*” quale connotato modale dell’occultamento. Ne consegue che quanto detto nei paragrafi precedenti, in ordine alla valutazione del pericolo concreto che caratterizza la condotta (e quindi in tema di rilevanza dell’informazione ecc..), vale anche per la modalità lesiva cui si allude con il termine “occultamento”.

¹²¹ Rispetto al previgente art.134 Tulb, ritiene che la condotta di nascondimento non sia altro che una duplicazione di quella dell’esposizione di fatti difformi dal vero, e che, pertanto, ci si trovi pur sempre d’innanzi ad una condotta commissiva, MARINI, *Reati bancari*, cit., p.415.

difforme dal vero dotato di attitudine decettiva? Negare che sussistano sofferenze bancarie o che i propri dirigenti abbiano precedenti penali non significa affermare il contrario? Tutto sembra condurre alla conclusione per cui la (barocca) categoria della falsità “a struttura mista” è una mera specificazione del mendacio che si sostanzia nell’esposizione di fatti difforni dal vero, forse utile a fini di chiarificazione della portata della norma, ma priva di qualsiasi rilievo nell’economia della fattispecie incriminatrice.

Ad una contraria conclusione (circa la “superfluità” della specificazione nel disegnare l’area del penalmente rilevante) non condurrebbero, peraltro, neanche le tesi che intravedessero una effettiva autonomia della c.d. falsità per reticenza¹²² o che, addirittura, attribuissero alla condotta in esame natura propriamente omissiva, atteso che, in ogni caso, le fattispecie concrete cui si riferirebbe “l’occultamento dei fatti” alla luce di tali impostazioni sarebbero pur sempre penalmente rilevanti (e con il medesimo trattamento sanzionatorio) in forza dell’onnicomprendente previsione del secondo comma dell’art.2638 c. c., incriminante il mero ostacolo alle Autorità.

Questo dato di fatto pone ancora una volta in evidenza la solo “apparente” selettività della locuzione utilizzata, il che pone in luce l’invero singolare tecnica di tipizzazione adottata dal Legislatore nella costruzione dell’art.2.638 c. c., per la quale, ad una minuta descrizione delle modalità di offesa del bene funzionale ai sensi del primo comma, segue una clausola generale di penalizzazione “a tappeto” di *tutte le altre modalità offensive* (non meglio specificate) e con *il medesimo trattamento sanzionatorio* in forza del secondo comma, delineando così una tecnica di intervento la cui ragionevolezza e tassatività è quanto mai dubbia, come verrà chiarito nel prossimo capitolo.

¹²² Valorizzando, ad esempio, la previsione di *altri* mezzi fraudolenti quale connotato della condotta di occultamento rispetto a quella di esposizione di fatti difforni dal vero. Giova, peraltro, ribadire, che, se l’intento di evitare una *interpretatio abrogans*, alla luce del principio di conservazione dei valori giuridici, deve costituire una “stella polare” per l’interprete, esso non può forzatamente condurre ad attribuire un’autonoma portata a qualsiasi specificazione normativa quando, al termine di un’analisi storica e sistematica della fattispecie, non si addivenga all’individuazione di alcuna ragionevole funzione di una dato inciso. Ciò è tanto più vero quando ci si trovi di fronte ad un prodotto normativo – quale la recente riforma dei reati societari – che non brilla davvero per coerenza e sistematicità. In casi come questi si rivela come non mai attuale uno dei più tradizionali compiti della dogmatica, quello consistente nell’emersione dell’unitarietà ordinamentale “nascosta” dalla (apparente) pluralità delle specificazioni normative. Come è stato, infatti, in un altro contesto autorevolmente affermato da PULITANO’, *Illiceità espressa*, cit., p.85, “che la legge possa contenere dei termini privi di effettive utilità normativa, per ragioni di utilità linguistica o di altro genere, non è affatto un’assurdità, ma un’ipotesi logicamente ammissibile e storicamente ragionevole”.

Capitolo Quarto

Le condotte ostruzionistiche e l'irragionevolezza di una clausola generale di incriminazione a tutela delle funzioni

Sommario: 1. L'ostacolo alle funzioni quale norma di chiusura e le perplessità in ordine al principio di precisione. La tipicità dell'illecito amministrativo, l'atipicità di quello penale e le perplessità in ordine al principio di ragionevolezza. 2. Un tentativo di soluzione: una "rilettura" in chiave di evento. Le insufficienze della stessa. Un test giurisprudenziale quale controprova. 3. L'impraticabilità di una fattispecie causalmente orientata ad "evento normativo" non legislativamente determinato. Il 2.638 2° comma c. c. come reato "vago" ed il rischio di incentrare il disvalore di fattispecie sul mero momento soggettivo. 4. Necessità di frammentarietà dell'intervento penale anche in caso di tutela delle funzioni. Proposte di "riscrittura" della fattispecie quale soluzione ottimale e di interpretazione "riduttiva della vaghezza" quale "male minore".

1. *L'ostacolo alle funzioni quale norma di chiusura e le perplessità in ordine al principio di precisione. La tipicità dell'illecito amministrativo, l'atipicità di quello penale e le perplessità in ordine al principio di ragionevolezza.* In precedenza siamo già giunti alla conclusione, analizzando ora questa ora quella delle varie locuzioni che apparentemente conferiscono portata selettiva alle modalità di lesione tipizzate nel 1° comma dell'art.2638 c. c., che tale attitudine delimitatrice del tipo era, in realtà, soltanto apparente, atteso che quanto, in forza di esse, fuoriesce "dalla porta" del 1° comma della disposizione rientra "dalla finestra" del 2° comma della stessa, il quale incrimina i medesimi soggetti attivi del primo comma che, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle Autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni. Questo è ciò che si verifica, ad esempio, per il mendacio nelle comunicazioni prive di incidenza economica: pur se tali informazioni non cadono sulla "situazione economica, patrimoniale e finanziaria" dei soggetti alla vigilanza, le falsità che eventualmente le caratterizzano possono ben qualificarsi come un ostacolo alle funzioni delle Autorità. È emersa, quindi, nell'analisi strutturale dell'incriminazione di cui al novellato art.2638 c. c., l'utilizzo di una ben singolare tecnica legislativa, connotata da analitiche descrizioni delle modalità lesive incriminate (e, dunque, da una rigorosa delimitazione del penalmente rilevante) che vengono poi seguite da una clausola di riserva che può ben tradursi nel seguente modo: "fuori dalle ipotesi chiaramente individuate nel primo comma, tutte le altre modalità offensive del bene protetto sono anch'esse assoggettate alla medesima pena". Tale norma di chiusura pare significare che, quali che siano le *species* espressamente individuate in un dato enunciato normativo, in ogni caso è

assoggettato a pena tutto il *genus* cui queste appartengono. Quale sia l'utilità di una minuta descrizione della *species* come quella di cui all'art.2638 c. c. non è, allora, dato comprendere. Lo sforzo del Legislatore nella dettagliata descrizione delle condotte di mendacio e dell'oggetto materiale delle stesse (e, di conseguenza, quello dell'interprete nella più possibile esatta ricostruzione delle medesime) non pare definibile altrimenti che come inane, salvo intravedervi l'intento di realizzare un'italica ipotesi di *Regelbeispiele*¹. Non pare essere stato questo, peraltro, l'obiettivo perseguito con la formazione dell'attuale art.2638 c. c. 2° comma². In realtà, la clausola di chiusura di cui al secondo comma trovava una ragion d'essere nel precedente quadro normativo. Questo vedeva anche le fattispecie madri dell'attuale art.2638 incriminare tanto il mendacio quanto ogni altra condotta ostativa delle funzioni delle Autorità, ma assoggettavano il mero ostacolo ad un differenziato (più lieve) trattamento sanzionatorio: il 171 Tuif ed il 134 Tulb prevedevano la reclusione fino a cinque anni per il falso alla Consob ed alla Banca d'Italia, ma "si limitavano" a sancire l'arresto fino ad un anno per chi altrimenti ostacolasse le funzioni di vigilanza dei predetti enti. La direttrice politico – criminale che traspariva appariva, almeno *prima facie*, ragionevole: mentre per il generico ostacolo era sufficiente il ricorso ad una fattispecie contravvenzionale, quello qualificato dalla falsità meritava, per la sua maggiore insidiosità una (significativa) pena delittuosa. Si reputavano, pertanto, le funzioni delle Autorità meritevoli di una tutela penale a 360°, ma le varie modalità di lesione non venivano tutte "appiattite" in una medesima considerazione valorativa: si aveva cura di distinguere tra le stesse. Tale ragionevole differenziazione è venuta, invece, integralmente meno con l'ultima riforma dei reati societari³, là dove si è assistito all'equiparazione sanzionatoria tra il mendacio e le altre (non legislativamente tipizzate) modalità di lesione del bene protetto. L'eliminazione della diversificazione sanzionatoria non è stata, peraltro, neanche "compensata" da una diversa formulazione della fattispecie di ostacolo che fosse atta a neutralizzare le accuse di eccessiva vaghezza al dettato normativo che erano state formulate da alcuni dei commentatori le incriminazioni – archetipo.

¹ Sui limiti che devono essere rispettati, per non incorrere nella violazione del principio di tassatività, nei casi di esemplificazione legislativa del penalmente rilevante cfr., da ultimo, MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.116 e s. Sulle *Regelbeispiele* nell'esperienza giuridica tedesca, cfr. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p.320 e s.

² I "padri" della norma, ben lungi dal considerarla come relativa all'intero *genus* cui appartengono le *species* di cui al primo comma, l'hanno considerata come relativa ad un ulteriore stadio di offesa rispetto a quello proprio delle condotte di mendacio. Tale punto, e le ragioni che militano per il rigetto di questa tesi, costituiscono oggetto dell'approfondimento svolto nei paragrafi successivi.

³ Una "inspiegabile" equiparazione sanzionatoria caratterizzava, a dire il vero, anche una delle fattispecie "primogenitrici", l'art.174 Tuif, che veniva perciò fatta oggetto delle critiche di PORTOLANO, *Commento*, cit., p.1608.

Chiedendosi che cosa rientrasse nelle fattispecie di ostacolo alle Autorità che hanno preceduto il secondo comma dell'art.2638, la risposta che si forniva usualmente era quella per cui la previsione incriminatrice ricomprendeva tutti i comportamenti, comunque tenuti, che ostacolassero la attività degli organi di vigilanza, quali le condotte ostruzionistiche, o quelle elusive o dilatorie rispetto alle richieste della Consob o della Banca d'Italia⁴. La pressoché tautologica risposta al quesito su che cosa dovesse intendersi per "ostacolo"⁵ aveva determinato l'insorgere di perplessità in ordine al mancato rispetto del principio costituzionale di determinatezza. Si era così sostenuto, per le fattispecie in questione, che esse risultavano scarsamente caratterizzate sotto il profilo della tassatività, tanto da far sì che fosse " il magistrato, in concreto, a fungere da agente della morale economica, delimitando le fattispecie astratte ed individuando i fatti da punire effettivamente"⁶. Numerose si stavano facendo le voci che contestavano la legittimità costituzionale delle stesse sotto il profilo della carenza di determinatezza⁷.

Ma altri dubbi di legittimità costituzionale era possibile muovere alle stesse (e lo sono oggi in ordine all'art.2638 2° comma c. c.), questa volta non in punto di determinatezza ma di assenza di ragionevolezza *tout court* dell'incriminazione⁸. Il dato di partenza è rappresentato dalla constatazione dell'esistenza di una numerosa congerie di disposizioni, nell'ambito delle normativa specialistica relativa alle varie Amministrazioni che svolgono funzioni di vigilanza sulle attività economiche, che assoggettano già a sanzione

⁴ Sia consentito, sul punto, il rinvio ad INFANTE, *Partecipazione al capitale*, cit., *passim*.

⁵ Si era ad esempio sostenuto, a proposito dell'art.134 2° comma Tulb, da parte di CLEMENTE, *Commento*, cit., p.665, che "prima del concretizzarsi di indirizzi giurisprudenziali in proposito, appare difficile ipotizzare una casistica dei principali comportamenti che possano rientrare nella fattispecie". Ma in tal modo, come è evidente, si rinuncia del tutto al soddisfacimento dell'esigenze cui presiede il principio di precisione delle fattispecie incriminatrici, e che esige che queste si pongano come *guida* dell'agire giudiziale, e non ne siano semplicemente *guidate*.

⁶ ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., p.175.

⁷ Critici sul rispetto del canone della tassatività da parte di dette figure criminose, con diversità di accenti che andavano dalle mere perplessità sino all'aperta denuncia, PALAZZO, *Introduzione*, cit., p.271; SGUBBI, *Le sanzioni*, cit., p.302; GUERRINI, *La tutela*, cit., p.101; PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.660; STORTONI - MEYER, *La tutela penale dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia*, cit., p.833; MUCCIARELLI, *La tutela penale dell'intermediazione*, cit., p.1184; MEYER, *Commento all'art.42 d. lgs. 23 luglio 46 n.415*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1997, p.956; ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., p.214; CANO, *La tutela penale dell'informazione societaria*, cit., p.465; FORLENZA, *Pene severe per insider trading ed aggio*, in *Guid. Dir.*, 1998, n.191, p.166 ; MASI, *Le condotte illecite*, cit., p.95.

⁸ E ciò tanto nella "tradizionale" prospettiva di fondazione di tale parametro sull'esigenze di uguaglianza di cui all'art.3 Cost. quanto in quell'ottica che lo intende come categoria autonoma, sinonimo dell'eccesso di potere legislativo. Per tale impostazione cfr. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989.

amministrativa tutta una serie di condotte ostruzionistiche nei confronti delle Autorità⁹. Nell'ipotesi di una qualificazione multipla di una concreta condotta ostruzionistica, ai sensi dell'art.2638 2° comma c. c. e di uno di tali illeciti amministrativi, pare evidente che debba essere solo quest'ultimo a trovare applicazione, in ossequio alla regola della specialità di cui all'art.9 della l.689 del 1981. L'illecito amministrativo apparirà, infatti, il più delle volte, molto più dettagliato di quella fattispecie *omnibus* costituita dall'art.2638 2° comma c. c. e, dunque, in quanto sottofattispecie di questo, sarà l'unico ad essere applicato. Avremo però, in tal modo, l'assurda conseguenza di una previsione incriminatrice la cui portata applicativa si ricava *a contrario* da quella delle fattispecie amministrative punitive che le fanno da corona¹⁰, il che non può che far insorgere dubbi di legittimità costituzionale. Se il Legislatore ha tipizzato, infatti, alcuni illeciti amministrativi speciali rispetto all'indistinto contenitore di cui all'art.2638 2° comma c. c., lo ha fatto, evidentemente, perché li ha ritenuti di una gravità non tale da giustificare una risposta penale. Risulta, allora, incomprensibile come sia possibile elevare al rango di reato la norma di chiusura, verosimilmente pensata per non far sfuggire alla sanzione quelle condotte cui non si è nemmeno posto mente al momento della tipizzazione degli illeciti amministrativi. Nella gran parte dei casi tali aggressioni risulteranno dotate non già di un'eguale capacità offensiva di quelle colpite con sanzioni amministrative, ma addirittura di una minore, atteso che il Legislatore non vi ha "posto mente". In sintesi, il ricorrere ad una clausola generale di incriminazione atipica (con i suoi evidenti problemi di legittimità costituzionale per violazione del principio di tassatività), pone, qualora sia accompagnata dalla previsione di una serie di illeciti amministrativi tipizzati, palesi problemi di violazione del canone della ragionevolezza delle opzioni incriminatrici e, dunque, dubbi di legittimità delle stesse in ordine al principio di uguaglianza¹¹.

Di fronte a tali perplessità è stata formulata un'ipotesi ricostruttiva di tali fattispecie ostacolo che, nelle intenzioni dei proponenti, avrebbe dovuto fugare i dubbi di legittimità

⁹ A mero titolo di esempio, si pensi a tutti quegli illeciti amministrativi relativi alle comunicazioni rifiutate, omesse, incomplete o tardive nei confronti della Consob, della Banca d'Italia, dell'Isvap e dell'Autorità Antitrust su cui cfr., ora, CONTI, *I reati*, cit., p.185 e s.

¹⁰ Rileva tale dato, intravedendovi ragioni di profonda perplessità sulla tecnica legislativa adottata, SGUBBI, *Le sanzioni*, cit., p.313.

¹¹ Tale ultimo problema non si poneva, invece, all'epoca dell'introduzione di tali fattispecie nel nostro ordinamento, con la l.216 del 1974, atteso la pressoché totale assenza di sanzioni amministrative a tutela delle Autorità (ed all'inverso parco uso che, in generale, si faceva dell'illecito punitivo amministrativo). È solo quando tale modello sanzionatorio è prepotentemente ri-apparso sulla scena che il Legislatore, non rivedendo le sue iniziali scelte in tema di clausole generali di incriminazione delle condotte ostruzionistiche alle Autorità, ha verosimilmente dato luogo all'insorgere di un vizio di ragionevolezza sopravvenuta.

sulle stesse. Essa ha progressivamente riscosso numerosi consensi, tanto da essere stata condivisa dai redattori dell'ultima riforma dei reati societari e da essere stata verosimilmente posta a fondamento dell'equiparazione sanzionatoria tra le condotte previste dal primo e quelle di cui secondo comma dell'art.2638 c. c. All'analisi della stessa è dedicato il paragrafo seguente.

2. *Un tentativo di soluzione: una "rilettura" in chiave di evento. Le insufficienze della stessa. Un test giurisprudenziale quale controprova.* Nel tentativo di superare le obiezioni che, in termini di eccessiva vaghezza delle stesse, venivano mosse alle fattispecie di ostacolo che hanno "preceduto" l'art.2.638 2° comma c. c., i redattori di tale disposizione l'hanno "pensata" come fattispecie di danno¹² all'agire delle Autorità, e precisamente come delitto caratterizzato dalla presenza di un vero e proprio evento di ostacolo alle funzioni di quest'ultima¹³, in cui il detto ostacolo deve essere inteso come "ogni tipo di attività che impedisce all'autorità pubblica di vigilanza di esercitare le sue funzioni"¹⁴. Si tratta, con tutta evidenza, di una recezione di quell'impostazione dottrinale che - sotto il vigore delle incriminazioni che sono state il paradigma di quella attuale - hanno tentato di replicare a chi denunciava la illegittimità costituzionale delle stesse che era possibile una "rilettura" in chiave di reati di evento di quest'ultime. Si è così affermato, ad esempio a proposito dell'art.174 2° comma Tuif, che una interpretazione dello stesso come norma di chiusura, suscettibile di fornire penale rilievo ad ogni ipotesi di agire pericoloso per le Autorità, pur astrattamente possibile, doveva essere rigettata, in favore di una esegesi che richiedesse il danno, cioè un effettivo intralcio alle attività di vigilanza, in base alle indicazioni della legge delega che aveva riservato la sanzione penale soltanto alle più gravi infrazioni¹⁵. Si sosteneva, in analogo ordine idee, che l'interpretazione in termini di evento sarebbe stata

¹² La qualifica come reato di danno MUSCO, *I nuovi*, cit., p.190.

¹³ In tal senso si esprime chiaramente la *Relazione* di accompagnamento al decreto legislativo, pubblicata in MUSCO, *I nuovi*, cit., p.241.

¹⁴ Così MUSCO, *I nuovi*, cit., p.191. Similmente pure SEMINARA, *False comunicazioni*, cit., p.687, il quale, però, "mette in guardia" sull'indeterminatezza del verbo "ostacolare". Considerazioni analoghe svolge anche ZANNOTTI, *L'ostacolo*, cit., p.586. Condivide la qualificazione in termini di reato di evento di danno, a proposito dell'art.2638 2° comma c.c., PALLADINO, *Commento*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti*, cit., p.210.

¹⁵ Questo è uno degli argomenti addotti da SEMINARA, *La tutela penale*, cit., p.564, a giustificazione dell'assunto. Condivide questa impostazione ZANNOTTI, *Commento*, cit., p.1433.

idonea a fugare qualsiasi dubbio di vaghezza della fattispecie¹⁶. Similmente si richiedeva un'effettiva lesione alle funzioni delle Autorità per reputare integrato l'art.171 2° comma Tuif¹⁷. Analoghe conclusioni erano tratte in ordine all'art.134 2° comma Tulb¹⁸ in forza dei principi di materialità e di offensività: la sua "rilettura" come reato di evento a forma libera avrebbe consentito, inoltre, di individuare un ragionevole discrimine tra l'illecito amministrativo e quello penalmente rilevante¹⁹.

Nella ricostruzione dell'art.2638 2° comma c. c. come reato di evento²⁰ a forma libera sono da rinvenirsi, verosimilmente, le ragioni di una equiparazione sanzionatoria tra il primo ed il secondo comma della disposizione. Se, in pressoché tutte le previsioni che hanno preceduto l'art.2638 c. c., la fattispecie di ostacolo era caratterizzata da un trattamento sanzionatorio (a volte notevolmente) inferiore a quello cui era soggetta la condotta di mendacio²¹, averla intesa come un reato di danno spiega l'equiparazione in questione²².

¹⁶ In tal senso v. SFORZA, *Commento*, in RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico*, cit., p.946, che giungeva a parlare di un vero e proprio "evento naturalistico" che, in quanto tale, avrebbe reso legittimo il ricorso ad una fattispecie a forma libera.

¹⁷ Così VANGELISTI, *Commento*, cit., p.927. La CECI IAPICHINO, *Commento*, cit., p.1584, qualificava tale illecito come reato di evento a forma libera. Analogamente v. pure BRICCHETTI – CERVIO, *Il falso*, cit., p.416.

¹⁸ Qualificano tale disposizione come fattispecie causalmente orientata BRICCHETTI – CERVIO, *Il falso*, cit., p.384.

¹⁹ Per dette argomentazioni cfr. FOFFANI, *Reati bancari*, cit., p.478.

²⁰ E' singolare che il percorso interpretativo percorso da una parte della dottrina italiana per "salvare" l'art.2638 2° comma c. c sia del tutto "omologo" a quello di larga parte della dottrina spagnola animata da similari propositi in ordine all'art.294 c. p. sp. Una norma che incrimina la negazione o l'impedimento dell'attività ispettiva sulle società operanti sui mercati soggetti a supervisione amministrativa è stata intesa come perfezionantesi soltanto là dove si integri un *impedimento assoluto de la misma*. In tal senso cfr. VALLE MUÑIZ, *sub art.294*, in QUINTERO OLIVARES – VALLE MUÑIZ, *Comentarios*, cit., p.1331; MARTINEZ BUJÁN PEREZ – SUÁREZ MIRA RODRIGUEZ – FARALDO CABANA – BRANDARIZ GARCIA – PUENTE ABA, *Derecho penal económico*, cit., p.264 e p.266; MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit., p.261.

²¹ Faceva eccezione il solo art.174 Tuif, in cui la condotta di mendacio era punita, oltre che con l'arresto da sei mesi a tre anni, al pari di quella di ostacolo, con l'ammenda da dieci a cento milioni, al contrario di quella prevista per l'ostacolo che partiva da un minimo di venticinque milioni. Le peculiarità di questa soluzione avevano suscitato le (condivisibili) critiche di PORTOLANO, *Commento*, cit., p.1608.

²² Anche tale scelta suscita, peraltro, delle perplessità, atteso che la fattispecie asseritamente di danno (il 2638 2° comma) è punita con la medesima pena del semplice pericolo (quello di cui al mendacio del 1° comma). Tale "singolarità" spicca ancor di più là dove si tenga presente che la Relazione di accompagnamento al decreto legislativo qualifica espressamente come "meno gravi" le condotte di cui al secondo comma. In tal senso cfr. *Relazione*, in MUSCO, *I nuovi*, cit., p.241. Al di là di tali mancate "messe a punto" nella Relazione illustrativa - a loro volta probabile "indizio" di una mancanza di unanimità tra gli stessi compilatori circa la natura, di danno o di pericolo, della fattispecie di ostacolo - è ragionevole ritenere che il pensiero del Legislatore retrostante all'equiparazione sanzionatoria in questione sia quello per cui la condotta di falsità si caratterizza sia per un minor disvalore d'evento (atteso che essa comporta il semplice pericolo per il bene protetto) rispetto a quello della fattispecie di danno, ma che esso è "compensato" da un maggior disvalore d'azione: quello proprio del mendacio. Anche tale spiegazione della opzione legislativa non risulterà, però, in alcun modo appagante, almeno per i fautori dell'impostazione che nega l'autonomia del disvalore d'azione nel diritto penale, intravedendovi una mera proiezione dell'attitudine offensiva per il bene protetto. In tal senso cfr., da ultimo, MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.390. Per costoro, se, con DELOGU, *Lo strumento nella teoria generale del reato*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1974, p.274, una particolare modalità di lesione è

Inoltre, essa pare in grado di rendere ragione del rapporto che si viene ad instaurare tra una disposizione penale “di chiusura” (e perciò solo in una certa misura atipica) e le ben tipizzate figure di illecito amministrativo in cui si sanziona un ostacolo alle Autorità. L’assoggettamento a sanzione penale della fattispecie residuale non risulterebbe irragionevole, atteso che essa colpirebbe non già il mero pericolo per il corretto andamento delle Autorità, ma un *quid pluris*: l’effettivo ostacolo alle medesime. Solo allorché si sia realizzato tale evento di danno potrà intervenire il diritto penale; prima di tale momento vi sarà spazio solo per l’illecito amministrativo, con l’eccezione di quel pericolo che è dato dal mendacio, la cui peculiare insidiosità legittima la sanzione penale. Il quadro che ne deriverebbe non sarebbe privo di una sua (apparente) razionalità: al pericolo per le funzioni delle Autorità consegue di norma la mera sanzione amministrativa; fa eccezione il pericolo derivante da falsità, la cui maggiore carica offensiva lo rende bisognoso di sanzione penale. Infine, su una scala di progressione offensiva, si colloca il danno al buon andamento delle Autorità, sempre bisognoso della sanzione penale.

Tale quadro, a prima vista coerente, risulta però, ad uno sguardo maggiormente approfondito, quanto mai ingannevole, atteso che esso poggia su un postulato affermato più che dimostrato: quello della natura di fattispecie di evento (di danno) dell’art.2638 2° comma c. c. Un’analisi che si spinga oltre le mere petizioni di principio conduce alla conclusione che ci trovi d’innanzi ad un mero travestimento verbale, insuscettibile di conferire natura “tassativa” a condotte *omnibus*, la cui descrizione in termini tanto generici legittimerà sempre qualsiasi interpretazione che dilati i confini della fattispecie all’inverosimile.

La prima ragione dell’insufficienza della teorica in esame è nel carattere polisemico del termine utilizzato per descrivere il fatto di reato, il quale consiste nell’ostacolare le funzioni delle Autorità in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni alle stesse dovute. Il termine ostacolo sembra più alludere al pericolo corso dalle Autorità che non al danno, atteso che la terminologia legislativa per indicare la frustrazione assoluta degli scopi degli apparati pubblici è connotata piuttosto dall’utilizzo del termine “impedimento”²³. A quest’ultimo si ricorre per indicare il danno, là dove il termine ostacolo caratterizza il mero pericolo. Questo è quanto si verifica, ad esempio, per il fine di impedire od ostacolare il

assunta come elemento costitutivo in funzione del suo ripercuotersi, in più od in meno, sul disvalore d’evento, sarà privo di senso tipizzare una modalità di lesione (quella di mendacio del primo comma) per assoggettarla alla medesima pena di tutte le altre modalità lesive.

²³ Un cenno in tal senso, a proposito dell’art.134 2° comma Tulb, in LEMME, *Reati bancari*, cit., p.5.

libero esercizio del voto quale obiettivo qualificante un'associazione di tipo mafioso²⁴. Tale dato emerge con assoluta evidenza proprio in tema dei reati dei privati contro la P. A.²⁵. Analizzando le “tradizionali” previsioni codicistiche, si nota con chiarezza che il Legislatore criminalizza tanto l'effettivo impedimento alle attività della stessa quanto il mero turbamento di quest'ultime. Questo è evidente nell'art.338 c. p., in cui viene punita la violenza o la minaccia ad una pubblica autorità costituita in collegio diretta ad impedirne, *in tutto od in parte* l'attività, o a turbare comunque la stessa. Qui è chiaramente differenziato l'impedimento assoluto (*id est* la frustrazione degli scopi perseguiti dalla P.A., e, dunque, il danno al buon andamento della stessa) da quello parziale e dal turbamento dell'attività (cioè il mero frapporre ostacoli all'operato della P.A. che pure sono stati superati dalla stessa, ovverossia il mero pericolo per le sue funzioni)²⁶. Ma le medesima cosa è a dirsi per l'art.340 c. p., dove chi cagiona l'interruzione di un ufficio o di un servizio pubblico (integrando un danno per il buon andamento della P.A.) è punito al pari di chi si “limita” a turbare la regolarità dello stesso (realizzando un mero pericolo)²⁷. Il Legislatore utilizza, dunque, il termine “impedimento” per indicare la barriera invalicabile per la P. A., cioè la frustrazione dei suoi scopi istituzionali, quindi il danno, là dove il termine ostacolo *et similia* è utilizzato per alludere alla mera difficoltà relativa, cioè al pericolo. Non si vede perché, allora, si debba attribuire valenza di evento di danno al termine ostacolo nell'art.2638 2° comma c. c., tanto più là dove è emerso che - nelle tradizionali incriminazioni delle aggressioni dei privati al buon andamento della P. A. - il Legislatore ha inteso punire tanto il pericolo quanto il danno alle funzioni della medesima, affiancando l'impedimento al mero turbamento, di modo che il termine ostacolo può ben essere inteso come ricomprensivo di tali diversi gradi di offesa.

²⁴ Pare evidente che, mentre l'impedimento è l'assoluta frustrazione del libero esercizio del voto, l'ostacolo è la semplice maggiore difficoltà dello stesso. Sul 416 bis c.p. non può che rinviarsi, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, a FORTI, *sub art.416 bis*, in CRESPI – STELLA – ZUCCALA', *Commentario*, cit., p.1057 e s.

²⁵ Avevamo già ritenuto, infatti, nel cap. I sez. II che le fattispecie ad offesa funzionale non siano altro che moderne ipotesi incriminative delle aggressioni al buon andamento della P.A. provenienti dai privati.

²⁶ Sull'art.338 c.p. ed in particolare sui concetti di impedimento e di turbamento cfr. FIANDACA –MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.288.

²⁷ Su tale fattispecie non può che rinviarsi, in questa sede, all'analisi di SEMINARA, *sub art.340*, in CRESPI – STELLA – ZUCCALA', *Commentario breve*, cit., p.889 e s., e di C.F. GROSSO, *Interruzione*, cit., p.364. Il rinvio a tale reato è tanto più significativo dato che, come già rilevato nel par.2 del cap. I della sez. II, di esso è, almeno astrattamente, possibile una lettura (che a volte affiora “inconsapevolmente” in dottrina ed in giurisprudenza) che ne fa una “clausola generale” di incriminazione di *tutte le possibili* offese dei privati alla P.A. (di modo che *ogni* fattispecie ad offesa funzionale non sarebbe altro che una figura speciale rispetto all'art.340 c.p.).

Il termine ostacolo non pare, quindi, in grado di selezionare le lesioni rilevanti, includendo nell'art.2638 2° comma c. c. soltanto quelle attuali con esclusione di quelle meramente potenziali. Del resto, come fare a distinguere, in un *continuum* quale è l'attività della P. A., il mero pericolo dal danno? Il termine di un procedimento amministrativo (cioè il provvedimento che lo conclude) è l'atto introduttivo di un altro procedimento amministrativo. Ciò che risulta dannoso in riferimento ad un dato procedimento, cioè la mancata adozione del provvedimento che si sarebbe dovuto adottare in assenza della condotta di ostacolo, risulta di mero pericolo in ordine al procedimento amministrativo che in quel provvedimento ha uno degli atti iniziali. Così, ad esempio, la mancata presentazione alla convocazione stabilita dall'Autorità risulta essere una frustrazione (cioè un danno) per il procedimento amministrativo che era diretto all'audizione in questione: l'interesse dell'Autorità era sentire i dirigenti di un'azienda sottoposta alla sua vigilanza; detto interesse è stato frustrato. Ma tale frustrazione del primo procedimento è un mero pericolo per l'esito del secondo procedimento cui il primo era strumentale. Si ipotizzi che l'Autorità volesse conoscere i dati in possesso dei dirigenti le aziende di un certo settore prima di modificare la normativa sullo stesso: la mancata audizione degli organi apicali di un'azienda può porre in pericolo tale obiettivo, ma non è detto che lo impedisca: i dati in questione possono essere acquisiti in altra maniera. L'assenza di continuità nell'agire amministrativo rende difficile selezionare il mero pericolo dal danno rivolto in generale al corretto andamento della P. A.²⁸.

²⁸ In tale conclusione non si deve, però, intravedere un contraddizione con quanto sostenuto nel cap. I sez. II a proposito della graduabilità dell'offesa anche rispetto ai beni - funzione. La possibilità di distinguere il pericolo dal danno sussiste anche in riferimento alle fattispecie ad offesa funzionale, come già chiarito in quella sede. Tale distinzione resta, però, una *possibilità*, il cui invero è subordinato ad una tecnica legislativa che individui o il procedimento oggetto della tutela penale o, perlomeno, il tipo di procedimenti protetti dalla disposizione incriminatrice, consentendo così all'interprete la necessaria opera di concretizzazione. Questo è quanto si verifica, ad esempio, con la condotta di mendacio di cui al 1° comma dell'art.2638 c. c.. L'esser costruita come falsità evidenzia che il tipo di procedimenti amministrativi oggetto di tutela sono quelli "informativi". Rispetto agli stressi può ben distinguersi l'assenza di pericolo (l'Autorità già possiede l'informazione corretta), il pericolo (un'informazione corretta è resa più difficile da raggiungere) ed il danno (è assolutamente impedito il raggiungimento di un'informazione corretta). Inoltre, l'aver individuato il procedimento oggetto di immediata tutela penale permette anche di ricostruire quello rispetto al quale questa è strumentale: il procedimento in cui i dati richiesti dovranno essere valutati in vista dell'adozione di un provvedimento. Anche rispetto a quest'ultimo sarà allora possibile distinguere il mero pericolo dal danno. Ma tutto ciò è possibile a condizione che il Legislatore tipizzi la tipologia procedimentale della P. A. cui una data incriminazione appresta tutela. Così non accade là dove termini così generici come "ostacolare" siano *i soli* ad indicare l'area del penalmente represso. Il processo di "concretizzazione" del bene giuridico non può "operare nel vuoto", ma solo allorché sia individuato legislativamente, *nel genere*, la tipologia degli interessi in concreto offendibili. Ciò è vero anche per la tutela penale delle funzioni. Che le stesse *possano* essere oggetto di una tutela penale conforme ai principi supremi di tale diritto, non implica che *ogni* fattispecie ad offesa funzionale *necessariamente* lo sia. La conformità al modello costituzionale sarà assicurata solo allorché risultino osservate alcune *condizioni di legittimità* che siamo venuti enucleando, tra cui quella ora in esame, che richiede una tipizzazione legislativa delle tipologie procedimentali oggetto di tutela penale, a pena di creare fattispecie carenti di tassatività come, per l'appunto, quella di cui al seconda comma dell'art.2638 c. c.

Che la ricostruzione in esame non sia molto distante da ciò che viene usualmente definita una mera “frode delle etichette” (in ordine alla qualificazione come reato di danno anziché di pericolo dell’illecito *de quo*) risulta comprovato alla luce della medesimezza dei risultati cui si perviene in base alla stessa ed a quelli in concreto ottenuti da applicazioni giurisprudenziali di norme di analogo tenore che pure postulano una ricostruzione in termini di fattispecie di pericolo delle stesse. Per i fautori della tesi in questione, “possono qualificarsi come ostacolo i comportamenti ostruzionistici o di mancata collaborazione, come l’opposizione ad ispezioni, il ritardo ingiustificato, il comportamento pretestuoso nella trasmissione di documenti, ecc..”²⁹. Ma questi sono i medesimi risultati esegetici cui si perviene nell’applicazione giurisprudenziale di tali disposizioni nell’ordinamento francese, l’unico tra quelli a noi vicini per tradizione e cultura che possiamo considerare, atteso l’assenza di decisioni giudiziarie da noi ed in Spagna e la mancanza di incriminazioni di siffatto tenore in Germania. Analizzando, infatti, i reati di ostacolo alla funzione ispettiva della Cob (l’equivalente transalpino della Consob)³⁰, la dottrina francese fa riferimento agli orientamenti giurisprudenziali maturati in ordine ai gemellari reati di ostacolo all’attività degli ispettori del lavoro, unanimemente considerati fattispecie di pericolo. Sono reputati integrare i reati in questione il non presentarsi alle audizioni cui si è convocati, negare l’accesso ai proprio locali, fornire una documentazione incompleta o una rassegna inesatta dei dati richiesti³¹. Come si vede, anche in esperienze giuridiche non aduse a “s sofisticate riletture” in termini di fattispecie casualmente orientate con evento di danno, il risultato ultimo cui si perviene in ordine al contenuto da assegnare alle fattispecie *omnibus* di ostacolo alla P. A. è il medesimo cui addivengono coloro che assegnano la natura giuridica di fattispecie di danno all’art.2638 c. c. Che ci si trovi innanzi ad una vera e propria “truffa delle etichette” si rivela, allora, qualcosa più di un sospetto. Le ragioni di una impraticabilità dell’interpretazione in termini di reato di evento sono già state, in parte, illustrate, altre saranno esaminate nel prossimo paragrafo.

3. *L’impraticabilità di una fattispecie causalmente orientata ad “evento normativo” non legislativamente determinato. Il 2.638 2° comma c. c. come reato “vago” ed il rischio di*

²⁹ Per tale elencazione cfr. MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.191.

³⁰ Sui quali v. VÉRON, *Droit pénal des affaires*, Parigi, 1997, p.208 ; GAUTHIER – LAURET, *Droit pénal des affaires*, Parigi, 1994, p.441 ; DUCOULOUX FAVARD – RONTCHEVSKY, *Infractions*, cit., p.89 e s.

³¹ Ricostruiscono in tal senso la giurisprudenza in tema di ostacolo all’attività degli ispettori del lavoro, VÉRON, *op. cit.*, p.208; DUCOULOUX FAVARD – RONTCHEVSKY, *op. cit.*, p.94.

incentrare il disvalore di fattispecie sul mero momento soggettivo. L'errore di fondo della ricostruzione in tema di reato di evento dell'art.2638 2° comma c. c. poggia sull'equivoco che sia sufficiente intendere un'incriminazione come fattispecie casualmente orientata per conferirle *eo ipso* determinatezza. Ma ciò è possibile unicamente a condizione che l'evento, unico elemento del reato tipizzato legislativamente, sia rappresentato da una modificazione del mondo esterno empiricamente percepibile, sia cioè un evento in senso naturalistico e non già giuridico³². Solo a questa condizione può sostenersi che una incriminazione a forma libera sia rispettosa del canone costituzionale della tassatività³³, atteso che la presenza di un *quid* fenomenologicamente percepibile quale risultante delle condotte illecite non (altrimenti) descritte permette una selezione di queste non rimessa all'arbitrio del singolo giudice ma all'attitudine tipizzante delle leggi scientifiche che rendono ragione dell'imputazione causale³⁴. Ma detta capacità tassativizzante che deve riconoscersi ai reati casualmente orientati ad evento naturalistico non sussiste, automaticamente per quelli in cui l'evento ha un carattere meramente normativo³⁵; in cui, cioè, esso non è costituito da una modificazione del mondo esterno empiricamente percepibile ma, come nel caso di specie, da un pregiudizio funzionale che, per essere percepito come tale, necessita che si conoscano le regole che disciplinano un dato procedimento amministrativo e che ne individuano lo scopo. Soltanto alla luce di queste potrà affermarsi se ci si è uniformati o meno al paradigma normativo dell'agire pubblico, se

³² Non è certo questa la sede per ripercorrere la disputa sul concetto di evento che per lungo tempo ha diviso la dottrina italiana. Ci si limita pertanto a rinviare, per il "punto della situazione" e per le ulteriori indicazioni bibliografiche, a MAZZACUVA, *L'elemento oggettivo del reato*, in AAVV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p.42 e s.

³³ Nella più recente manualistica valorizza ampiamente l'attitudine tipizzante dell'evento ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AAVV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, I, 2000, p.150, per il quale non può dubitarsi della determinatezza delle fattispecie casualmente orientate, perché anche se la condotta non è descritta analiticamente, la fattispecie è determinata in quanto lo è l'evento.

³⁴ Le quali leggi scientifiche assolvono, quindi, ad una fondamentale funzione "tassativizzante", come chiarito nella fondamentale opera di STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., *passim*. Sul meccanismo di tipizzazione "interna" che assicura l'evento nelle fattispecie casualmente orientate cfr. PALIERO, *Le fattispecie "casualmente orientate" sono davvero "a forma libera?"*, in *Riv. It. Dir. proc.pen.*, 1977, p.1502; DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, p.103 e s.; e BRICOLA, *Teoria*, cit., p.50, il quale, peraltro, ha avuto sempre cura di utilizzare la locuzione di evento *naturalistico* a proposito della compatibilità delle fattispecie casualmente orientate con il principio costituzionale di determinatezza.

³⁵ Come chiarito già da PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AAVV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p.32, per il quale i problemi di precisione nella descrizione normativa del tipo possono risolversi col ricorso al modello delle fattispecie casualmente orientate soltanto qualora vi sia un evento naturalistico a lesività ben caratterizzata, oggettivata in vicende esteriori circoscrivibili e rilevabili in concreto senza troppa difficoltà, il che non si verifica là dove vengano in gioco interessi diffusi o comunque privi di un solido substrato naturalistico. Da ultimo, riprende tali considerazioni e vi fonda la "denunzia" di indeterminatezza dell'ora abrogato art.174 2° comma Tuif PORTOLANO, *Commento*, cit., p.1608. Riflessioni simili, tra i primi commentatori dell'art.2638 2° comma c.c., sono ora svolte da ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., p.260.

questo è stato frustrato nei suoi scopi istituzionali e se, pertanto, vi è stato l'asserito "evento" offensivo. L'ostacolo alle funzioni degli organi di vigilanza non può essere allora inteso come un che di naturalistico, suscettibile di un accertamento in termini empirico – materiali, atteso che esso viene a cadere non già su un elemento della realtà naturalistica, ma su una funzione, cioè su un *quid* che è possibile individuare soltanto attraverso parametri valutativi – normativi. Ci troviamo di fronte, con tutta evidenza, ad un classico elemento normativo della fattispecie, anzi, ad un elemento normativo in cui si esaurisce pressoché integralmente la descrizione del fatto di reato³⁶.

Peraltro, come è noto, l'utilizzo di termini normativi nelle disposizioni incriminatrici è da sempre ritenuto "problematico" sotto il profilo del rispetto del principio di precisione. Non certo, però, nel senso che al Legislatore sarebbe *tout court* precluso il ricorso ad elementi che non siano descrittivi nella "costruzione" del tipo, ma nella più limitata accezione del necessario rispetto di determinati canoni quali fattori che assicurano la precisione di fattispecie caratterizzate dalla presenza di elementi normativi. Tali fattori sono stati individuati nella specificazione legislativa dei parametri normativi alla cui luce operare il procedimento di qualificazione di un elemento del reato³⁷ e nella possibilità di delineare con precisione l'ambito ed il contenuto delle norme che servono ad applicare la qualificazione normativa al caso concreto³⁸. Entrambi tali requisiti di precisione degli elementi normativi fanno difetto al concetto di ostacolo quale elemento caratterizzante l'art.2638 2° comma c. c. Alla luce di tale disposizione non si può in alcun modo ricostruire quali fossero i parametri normativi cui il Legislatore avrebbe fatto riferimento per qualificare un dato comportamento (o l'esito dello stesso per chi insiste nella lettura del reato *de quo* come d'evento) e, *a fortiori*, non si può delineare con precisione il contenuto degli stessi. Non essendo con certezza individuati i parametri normativi che permettano univocamente di poter qualificare un dato comportamento come un ostacolo, l'esatto contenuto della disposizione è quanto mai nebuloso. Rientrerebbe nella portata applicativa della norma, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, l'omessa presentazione ad una convocazione delle Autorità, il semplice ritardo nella risposta alle richieste delle stesse (la

³⁶ E che pone in maniera ancora più incisiva l'esigenza di una precisa descrizione legislativa del penalmente rilevante rispetto a quanto si verifica in fattispecie a preponderanza di elementi normativi, come rilevato da PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p.312.

³⁷ Sulla stesse cfr. le indagini di BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p.188; PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p.429.

³⁸ Su tale parametro cfr., *ex plurimis*, MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.75.

criminalizzazione di una mancanza di zelo?)³⁹, la trasmissione incompleta di dati. E perché no, ci si deve allora domandare, il contravvenire ad un'ordinanza di un'Autorità che imponesse ad una persona soggetta alla sua vigilanza di tacere su una data questione?⁴⁰. In tutti questi casi, chi potrebbe affermare che vi è stata una condotta ostruttiva al punto da integrare la previene di cui all'art.2638 2° comma c. c.? Chi, in altri termini, potrebbe affermare che il ritardo nel rispondere alle sollecitazioni dell'Autorità si è prolungato al punto da renderlo un vero e proprio "ostacolo" alla stessa o che debba riconoscersi tale portata ostativa alle dichiarazioni di una persona cui l'Autorità aveva imposto il "riserbo" su una data questione? La risposta non può che essere quella per cui la medesima Autorità sarebbe il solo soggetto che potrebbe ragionevolmente accertare la portata ostativa delle predette condotte: l'indeterminatezza dei concetti normativi caratterizzanti le fattispecie "ostative" rispetto alle pubbliche funzioni fa sì che sia la medesima P. A. titolare di tali funzioni ad essere arbitra della fattispecie. Se, infatti, l'elemento normativo è quello qualificato da una norma diversa dalla disposizione incriminatrice, e se il campo di dette norme non viene individuato dal Legislatore penale, esso sarà frutto dell'autonomia normativa dell'ente cui è apprestata tutela: ostacolerà una data Autorità chi non si uniformerà ai precetti di questa (chi non risponderà nel termine da questa stabilito o chi commenterà le proprie operazioni economiche al di là dei limiti dalla stessa delineati, ecc...). Oltre a delineare una tutela penale meramente sanzionatoria di precetti

³⁹ E quale sarebbe il ritardo massimo tollerabile, il cui superamento dovrebbe dar luogo al perfezionamento della fattispecie *de qua*? La norma tace su questo (come su ogni altro) punto fondamentale per la ricostruzione del precetto. Tutto è rimesso all'apprezzamento del giudice del singolo caso, in totale dispregio delle istanze di garanzia in vista delle quali è "sorto" il principio di determinatezza. Astrattamente (e provocatoriamente) potrebbe sostenersi che il semplice "farsi negare" ad un funzionario di un'Autorità che domandi, per telefono, chiarimenti, integri la fattispecie in esame.

⁴⁰ Un caso che non si deve ritenere meramente di scuola, atteso che, come riportato in un redazionale di *Panorama*, n.34 del 2002, p.117, la Consob ha di recente "invitato" il maggiore azionista di una importante società a non rilasciare alcuna dichiarazione sulle o.p.a. lanciate dalla sua azienda. Se il destinatario di tale ordine vi dovesse contravvenire e ricoprisse una delle cariche che individuano i soggetti attivi del reato *de quo*, si renderebbe egli responsabile di ostacolo alle Autorità? Il quesito evidenzia una (ulteriore) ragione di illegittimità costituzionale della norma in questione. Essa, proprio in virtù della sua genericità, è suscettibile di essere intesa come criminalizzatrice di vere e proprie modalità di esercizio di un diritto costituzionalmente garantito. È questo quanto si verifica nell'esempio riportato, atteso che la libertà di esprimere il proprio pensiero è una fondamentale diritto costituzionalmente garantito, che può essere penalmente limitato soltanto qualora trasmodi in un'istigazione od in una apologia di reato così come "rilette" dalle interpretazioni adeguatrici alla Costituzione operate dalla Consulta a partire dagli anni settanta (cfr. il quadro tracciato da MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.347 e s.). Tale attitudine criminalizzatrice di libertà costituzionalmente garantite deve riconoscersi alla fattispecie in esame là dove essa dovesse essere applicata secondo il modello francese in cui, come ricordato nel paragrafo precedente, si reputa integrante il reato di ostacolo agli ispettori della Cob là dove si rifiuti agli stessi l'accesso ai locali di una data azienda. Ma tale condotta è, nel nostro ordinamento, lecita espressione della libertà di domicilio e di impresa e, in assenza di previsioni legislative che conferiscano *expressis verbis* tali poteri ispettivi ad una data Autorità, non può essere assoggettata a sanzioni penali.

appartenenti ad altri rami dell'ordinamento⁴¹, si configura per tal via una vera e propria "autotutela penale" delle Autorità⁴² che viola palesemente la riserva di legge in materia penale, e che si pone antitetivamente rispetto a quel corollario del canone della determinatezza che è stato individuato nell'esigenza che - a fini di conoscibilità oggettiva della norma - la portata di questa non sia *in toto* rimessa alle determinazioni del soggetto passivo⁴³.

Anche a prescindere dagli aspetti da ultimo segnalati, certo è che amplissimo è il contenuto della disposizione incriminatrice di cui all'art.2638 2° comma c. c., e del tutto indeterminato⁴⁴. Essa impone, sanzionandolo penalmente, un dovere di collaborazione con le Autorità pubbliche di vigilanza, la cui genericità è tale da indurre a ritenere che soltanto con estrema difficoltà potrebbe essere "salvato" da una Corte Costituzionale innanzi alla quale la relativa questione venisse eccepita⁴⁵.

Queste conclusioni vengono ulteriormente rafforzate in forza di considerazioni attinenti il pericolo di letture "soggettivizzanti" dell'art.2638 2° comma c. c. che potrebbero essere adottate dalla giurisprudenza che fosse chiamata ad applicare una disposizione tanto vaga. Una delle maggiori novità della nuova fattispecie di ostacolo rispetto ai suoi predecessori è la presenza, nel testo normativo, di un avverbio afferente l'elemento soggettivo del reato. Alla luce della *littera legis* della disposizione, l'ostacolo deve

⁴¹ Precisa che il principio di tassatività vieta la creazione di precetti meramente sanzionatori, che risultano del tutto oscuri ed inintelligibili al destinatario delle norme incriminatrici, MOCCIA, *La promessa*, cit., p.111.

⁴² Già stigmatizzata da ZANNOTTI, *La tutela*, cit., p.172; ID. *Commento*, cit., p.1409.

⁴³ Per detto corollario del principio di precisione, non ancora pienamente valorizzato ed approfondito, e che meriterebbe ben altro approfondimento dei pochi cenni che in questa sede vi si dedicano, cfr. MANNA, *Tutela penale*, cit., p.68, che lo ha elaborato in sede di critica alla concezione fattuale del bene onore.

⁴⁴ Ci troviamo d'innanzi ad una disposizione il cui tenore letterale consente all'interprete un'estensione a volontà della sua portata, nel che si è da sempre rinvenuto il principale indizio dell'assenza di tassatività di una fattispecie incriminatrice, come di recente ricordato da MOCCIA, *La promessa*, cit., p.31.

⁴⁵ Per quanto sia vero, come rilevato dalla D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, p.314, che l'atteggiamento prevalente della Consulta sia diretto a salvare le fattispecie "indiziate" di un tasso di vaghezza costituzionalmente intollerabile tramite "riletture tassativizzanti" delle stesse, tale orientamento è parso di recente incrinarsi, specie in forza della sent.34 del 1995, pubblicata in *Giur. Cost.*, 1995, p.352 e s. Con tale decisione si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.7 bis comma 1 d.l. 416 del 1989, convertito nella l.39 del 1990, con il quale si puniva lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si adoperava per ottenere dalla competente autorità diplomatica il rilascio del documento di viaggio occorrente. La Corte ha rilevato che l'espressione "non adoperarsi" impedisce di stabilire con precisione quanto l'inerzia del soggetto che si sia intesa sanzionare raggiunge la soglia penalmente apprezzabile. Non risulta in alcun modo possibile stabilire né il grado dell'inerzia punibile, né il tempo entro il quale la condotta doverosa ipotizzata dal Legislatore debba essere compiuta, di modo che l'applicazione della norma rimane affidata all'arbitrio dell'interprete, violando così l'art.25 comma 2 Cost. in punto di tassatività. Ma le medesime considerazioni possono ben essere riferite anche all'art.2.638 2° comma c. c., il quale risulta essere addirittura più vago della disposizione espunta dal sistema con la citata decisione del giudice delle leggi.

realizzarsi *consapevolmente*. La Relazione illustrativa tace sulla funzione che tale inciso dovrebbe avere nell'economia della fattispecie ed in effetti forte è l'impressione che esso non ne svolga alcuna. Trattandosi infatti di un delitto, è pacifico che, in assenza di espressa previsione della responsabilità per colpa, soltanto il dolo può reggere un giudizio di rimprovero per il reato in questione il che non può che significare che l'agente deve per lo meno essersi rappresentato il fatto di reato, cioè deve esserne stato consapevole. Se ciò discende indubitabilmente dalle regole di parte generale, il ribadirlo in sede di descrizione della singola incriminazione pare una mera ridondanza, immeritevole di qualsiasi altra considerazione che non sia il l'auspicio dell'uso del "rasoio di Occam" da parte di un futuro Legislatore⁴⁶. Non può però sottacersi il rischio che, come accaduto per altre fattispecie ad amplissimo spettro, la giurisprudenza sia tentata dal selezionare il penalmente rilevante alla luce di considerazioni afferenti il momento soggettivo di disvalore. In ordine alla precedente versione dell'abuso ufficiato, "universalmente" tacciata di vaghezza⁴⁷, si era avvertito come alcuni orientamenti giurisprudenziali incentrassero (ed accertassero) il disvalore penale della fattispecie sul dolo specifico che la caratterizzava: la prova che l'atto amministrativamente illegittimo era diretto al proprio vantaggio costituiva la prova che si trovava d'innanzi ad un illecito penale e non già ad un mero illecito amministrativo⁴⁸. Un che di analogo potrebbe verificarsi per l'art.2638 2° comma c. c. : di fronte a condotte che non si può dire con certezza che superino la soglia del penalmente tollerabile (per l'assoluta genericità della previsione normativa) potrebbe farsi largo la soluzione per cui decisivo dovrà ritenersi l'atteggiamento soggettivo dell'agente: se questi aveva la piena consapevolezza dell'intralcio arrecato alle Autorità dovrà ritenersi integrato il reato *de quo*, altrimenti il perfezionamento dello stesso dovrà negarsi. Ma questa "via di fuga" di fronte alla vaghezza della fattispecie appare un rimedio peggiore del male, atteso

⁴⁶ Una spiegazione a tale previsione normativa può forse essere fornita alla luce dell'evoluzione storica della fattispecie in questione. In tutti i predecessori dell'art.2638 c. c. il reato di ostacolo aveva natura contravvenzionale. Contrapposta alla tesi di gran lunga dominante che ne ammetteva quindi una responsabilità anche a titolo di colpa vi era una impostazione dottrinale che, al fine di ridurre la vastissima portata della stessa, aveva suggerito di intenderla limitata alle offese dolosamente arrecate, cioè a quelle poste in essere con la consapevolezza dell'attitudine ostativa di quanto realizzato. In tal senso cfr. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.389; SFORZA, *Commento*, cit., p.947; PORTOLANO, *Commento*, cit., p.1609. E' probabile che l'inciso consapevolmente sia stato inserito, al fine di recepire legislativamente detta tesi, nelle prime versioni della bozza di decreto delegato, in cui l'art.2638 2° comma c. c. manteneva una natura contravvenzionale. La sua "permanenza" nel dettato normativo anche in seguito alla trasformazione dell'illecito in questione in una fattispecie delittuosa può essere allora il frutto di una mera dimenticanza.

⁴⁷ Sul punto sia consentito il rinvio ad INFANTE, *Disciplina intertemporale*, cit., p.836 e s.

⁴⁸ Ricostruiscono così tale orientamento giurisprudenziale FIANDACA – MUSCO, nella seconda edizione del loro *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p.242.

che delinea una modalità tipizzante per note soggettive che è unanimemente ritenuta incompatibile con un diritto penale del fatto quale è il nostro⁴⁹.

4. *Necessità di frammentarietà dell'intervento penale anche in caso di tutela penale delle funzioni. Proposte di "riscrittura" della fattispecie quale soluzione ottimale e di interpretazione "riduttiva della vaghezza" quale "male minore".* L'analisi appena svolta ci ha permesso di concludere che l'art.2638 2° comma c. c. si pone in insanabile contrasto con i principi costituzionali di precisione delle fattispecie incriminatrici - in quanto la norma è irrimediabilmente vaga – e di uguaglianza (alla luce del canone della ragionevolezza), poiché si appresta la sanzione penale nei confronti di offese atipiche mentre sono tipizzate quelle amministrative. Né tali conclusioni possono essere poste in dubbio dalla ricostruzione della figura delittuosa come reato di evento, atteso che, anche a voler intendere l'ostacolo come un evento, non si è certo alle prese con un evento naturalistico, ma con un concetto eminentemente giuridico, e fanno qui totalmente difetto i requisiti alla cui osservanza è subordinato un utilizzo legislativo degli elementi normativi conforme alle esigenze di tassatività.

Le conclusioni cui siamo pervenuti in ordine alla illegittimità costituzionale di un clausola generale di tutela penale delle funzioni che, proprio in quanto generale, incrimina in maniera indifferenziata *tutte* le possibili modalità di lesione al predetto bene, ci permette di enucleare un'altra di quelle "condizioni di legittimità" delle fattispecie ad offesa funzionale che stiamo individuando nella presente ricerca. Alludiamo alla necessità di una valutazione legislativamente differenziata – già a livello di *an* della pena – delle diverse tipologie offensive di un bene funzionale, cioè, in altri termini, alla necessità che anche in tale settore dell'ordinamento criminale sia rispettata l'esigenza di frammentarietà che è un generale canone informatore dello stesso. Se ci chiediamo, infatti, quale sia, in definitiva, il "peccato originale" di una fattispecie *omnibus* quale è quella di cui all'art.2638 2° comma c. c., si dovrà rispondere che esso non risiede tanto nella possibilità che la stessa sia letta come un mero delitto di infedeltà, criminalizzatore della semplice trasgressione alle Autorità⁵⁰, atteso che, se da un lato è possibile in generale una ricostruzione in termini di concreta lesività delle fattispecie ad offesa funzionale⁵¹, detta lettura è certamente

⁴⁹ In tal senso cfr. ZANOTTI, *Principio di determinatezza*, cit., p.150; MAZZACUVA, *Il fatto tipico*, cit., p.47.

⁵⁰ Così, a proposito dell'art.174 2° comma Tuif, SGUBBI, *Le sanzioni*, cit., p.302.

⁵¹ Come riteniamo di aver chiarito nel cap. I della presente sezione.

possibile (e, dunque, doverosa, per l'interprete fedele al dato costituzionale) per quelle incriminazioni, tra queste, che sono delle vere e proprie clausole generali e che meno ostacoli frappongono, pertanto, ad esegesi adeguatrici al principio di offensività. Le clausole generali non si rivelano necessariamente problematiche in ordine alle esigenze di lesività⁵². Il vero "tallone di Achille" di norme di siffatto genere risiede, piuttosto, nel non porre distinzioni tra le varie modalità di lesione, nell'equipararle tutte al medesimo giudizio legislativo di disvalore, il che non corrisponde, però, ad una loro comunanza di disvalore come avvertita socialmente, venendo meno quella aderenza tra la valutazione legale e quella sociale che è la *ratio* profonda dell'esigenza di determinatezza in materia penale. Le indagini che da tempo hanno illustrato fondamento e contenuto del principio di tassatività dell'illecito penale hanno chiarito che il canone della determinatezza è rispettato allorché via sia la massima corrispondenza possibile tra le strutture linguistiche di cui sono costituite le fattispecie descrittive e le strutture valutative attribuite dalla società a quei fatti⁵³, di modo che viene assicurata quella tendenziale uniformità tra i giudizi (dis)valoriali del Legislatore e quelli della società in cui deve riconoscersi uno dei tratti caratterizzati la democraticità di un ordinamento penale di uno stato liberaldemocratico⁵⁴. E proprio questa corrispondenza la ragione della determinatezza dei reati casualmente orientati (ad evento naturalistico). Rispetto agli stessi può dirsi che, tutelando i più importanti beni giuridici, il disvalore che rivela l'evento offensivo è pressoché immutato quale che sia la condotta produttiva dello stesso⁵⁵. Altrettanto non può, però, dirsi per il buon andamento della P. A. (*id est* le funzioni delle pubbliche Autorità di vigilanza). Non si può certo affermare che sia *socialmente identico* il giudizio (dis)valoriale tra l'offesa conseguente ad una falsità e quella derivante dall'inosservanza ad un provvedimento amministrativo, tra la trasmissione

⁵² Che le ragioni dell'offesa non si pongano necessariamente su un orizzonte di compatibilità con quelle della determinatezza è un dato acquisito sin dalle prime riflessioni critiche verso letture dal principio di lesività che attribuivano allo stesso non già una funzione di chiarificazione degli elementi del reato, ma un ruolo additivo rispetto agli stessi. Per dette "riserve" cfr. NUVOLONE, *Premessa alla ristampa di ID. I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p.15 e s.

⁵³ Così la fondamentale lezione di PALAZZO, *Il principio*, cit., p.408. Cenni già in DEAN, *Il rapporto*, cit., p.75.

⁵⁴ In tal senso cfr. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p.409. La già "classica" ricostruzione di Palazzo risulta, pertanto, presentare forti assonanze con la "rivalutazione" delle *Kulturnormen* operata di recente, a livello manualistico, da CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi*, cit., p.63, e p.87 e s. e, in precedenza, da CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I e II, Padova, 1988.

⁵⁵ Come chiarito da PALAZZO, *Il principio*, cit., p.412. A livello manualistico, riprende tali considerazioni MAZZACUVA, *Il fatto*, cit., p.51, per il quale, in ordine ai beni della vita e dell'incolumità individuale, la semplice realizzazione dell'evento esprime da sola il necessario contenuto di disvalore del fatto realizzato. Altrettanto non è a dirsi di altri beni, e si adduce l'esempio del patrimonio come interesse in suscettibile di ricevere tutela penale tramite fattispecie a forma libera.

di documenti incompleti e disordinati e il rifiuto di recarsi ad un'audizione cui si è stati convocati. Troppe diversi sono gli stadi dell'offesa, le tipologie d'autore, le istanze preventive, la ponderazione con i contro-interessi che entrano in gioco, e, in una parola, la meritevolezza ed il bisogno di pena per dar legittimamente luogo ad una indifferenziata valutazione penale. La fattispecie ostacolo delineata dal 2° comma dell'art.2638 c. c. non è espressiva di un tipo unitario quanto a disvalore, che permetta di riconoscere un'omogeneità tra tutte le sottofattispecie ad esso riconducibili⁵⁶.

Una tutela penale a 360° dell'agire della P.A. è (forse) costituzionalmente lecita, ma non tramite una clausola generale che tutto livelli. Là dove non ci si trovi di fronte a beni "supremi" la cui offesa è avvertita come talmente grave da accomunare in un solo giudizio tutte le condotte produttive della stessa, al Legislatore non resta altra via che quella di ricorrere alla costruzione di un illecito *modale*, in cui la descritta tipologia di offesa sia espressiva di un omogeneo disvalore dei fatti in essa sussumibili⁵⁷.

Del resto, se le caratteristiche modali del reato partecipano dell'*essenza* dello stesso⁵⁸, non possono che essere rimesse all'esclusiva individuazione del Legislatore, a pena di violare anche il principio di stretta legalità in materia penale (oltre quello di determinatezza). Abbiamo, invece, già osservato nel paragrafo precedente come, con l'art.2.638 2° comma, si assista ad una sorta di autotutela penale delle Autorità, che sono le sole a poter sindacare il grado dell'offesa loro arrecata meritevole di sanzione penale⁵⁹.

⁵⁶ Così PALAZZO, *Introduzione*, cit., p.271 e p.273, il quale, a proposito dell'art.174 2° comma Tuif, ne afferma il contrasto con le ragioni della determinatezza in quanto non riesce ad esprimere un contenuto di disvalore omogeneo, essendo innumerevoli e diversissimi – quanto, appunto, a disvalore – i fatti suscettibili di ostacolare le funzioni di vigilanza. La locuzione "ostacolo alle funzioni" si rivela, cioè, uno di quegli elementi onnicomprensivi che, per quanto magari non logicamente indeterminati, riflettono realtà del tutto eterogenee quanto al loro significato sociale, e che devono, pertanto, essere banditi da una tecnica legislativa rispettosa del principio di determinatezza.

⁵⁷ E la controprova più evidente è proprio nelle tradizionali fattispecie codicistiche incriminatrici delle offese dei privati alla P. A. (tenendo presente che la tutela penale delle funzioni altro non pare essere che l'emersione di nuove tipologie criminose appartenenti al medesimo genere). Sarebbero rispettose dei principi costituzionali di ragionevolezza e tassatività ipotesi di violenza e resistenza a pubblico ufficiale (sulle quali v. il quadro tracciato da SEMINARA, *sub art.340*, cit., p.882 e s., nonché, anche per la ricostruzione dell'evoluzione storica delle stesse, PASELLA, *Violenza*, cit., p.248 e s.) prive dei requisiti modali della violenza e minaccia? La risposta negativa pare quasi scontata: esse diverrebbero delle incriminazioni "contenitore", vaghe ed inclusive di troppe tipologie eterogenee di offesa. Le note modali in questione sono strumentali a selezionare condotte *omogenee* (in quanto a valutazione sociale) in punto di disvalore. Per le stesse ragioni, un medesimo giudizio di illegittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza dovrebbe darsi dell'art.340 c.p. là dove lo si intendesse come clausola generale di incriminazione di tutte le modalità di lesione dei privati nei confronti della P. A., secondo l'esegesi dello stesso (criticamente) illustrata nel par.2 del cap. I della sez. II.

⁵⁸ Cioè delle ragioni per cui certe situazioni concrete sono gravi al punto che *sempre*, là dove se ne ravvisino gli estremi, la libertà di chi le ha poste in essere merita di essere sacrificata a tutela del contrapposto interesse, come precisato nel par.7 cap. I sez. II.

⁵⁹ Deve precisarsi che è (forse) possibile fornire una tutela a 360° delle funzioni (cioè del buon andamento della P.A.) con una sola incriminazione rispettosa, al contempo, della stretta legalità e della determinatezza in materia penale, ma

Da quanto precede risulta pienamente confermato il giudizio di illegittimità costituzionale della norma già avanzato, in via di ipotesi, nei paragrafi precedenti. Il suo carattere “onnicomprensivo” confligge con l’attuale giudizio di disvalore sociale che le offese al buon andamento della P. A. (cioè alle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza) suscitano. Il valore del bene protetto non è tale da consentire equiparazioni, a livello di previsione incriminatrice, tra tutte le modalità lesive dello stesso⁶⁰.

È questa una conclusione che non può, però, lasciare, completamente soddisfatti, dato che immaginare un quadro normativo privo del secondo comma dell’art.2638 c. c., in forza dell’ipotetico accoglimento dell’eccezione di legittimità qui ipotizzata, farebbe residuare gravi lacune di tutela. Si pensi soltanto alle falsità nelle comunicazioni prive di immediate rilievo economico. Esse, in forza dell’inciso “sulla situazione patrimoniale, economica o

al sicuro prezzo di creare una disposizione irragionevole per disfunzionalità teleologica. La compatibilità con la riserva di legge è assicurata dall’incriminazione dell’inosservanza dei soli provvedimenti e non degli atti normativi dell’Amministrazione, secondo l’impostazione accolta nel cap. I della presente sezione. La determinatezza (cioè la corrispondenza tra il giudizio valoriale negativo del Legislatore e della società) è, in un certo senso, assicurata dal “livellamento verso il basso” della sanzione penale. Se, infatti, il *quantum* di pena per una serie variegata di tipologie offensive è individuata in quella “proporzionata” alla condotta *meno lesiva*, non si assoggetta alla pena più grave una modalità offensiva “esigua”. Certo, vi sarà anche qui uno scarto tra la valutazione legale e quella sociale, ma, operando essa *in bonam partem*, non potrà dar luogo ad una declaratoria di illegittimità costituzionale. Questo è quanto si è, verosimilmente, verificato in ordine all’art.650 c.p. (per un quadro sul quale cfr. CERQUA, *sub art.650*, in CRESPI – STELLA – ZUCCALA, *Commentario*, cit., p.1919). Il blando trattamento sanzionatorio spiega perché, pur di fronte a riproposti dubbi di incostituzionalità in tema di mancato rispetto della riserva di legge (sui quali cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.57) e del principio di precisione (cfr. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.51), l’art.650 c.p. sia finora “sopravvissuto”. Questo genere di considerazioni erano alla base di quelle voci dottrinali che, rispetto ai primi “predecessori” dell’art.2638 2° comma c.c., avevano prima auspicato, e poi salutato con favore, che il Legislatore avesse equiparato la pena a quella dell’art.650 c.p. In tal senso cfr. GUERRINI, *La tutela*, cit., p.102. Considerazioni del tenore appena illustrato non possono, però, oggi, riproporsi a fondamento della legittimità dell’art.2638 2° comma c. c., dato che la tutela penale onnicomprensiva ivi realizzata, ben lungi dal parametrarsi al minimo disvalore tra quello delle varie tipologie offensive in esso sussumibili, si “orienta verso l’alto”, attesa la natura delittuosa dell’incriminazione, per cui è prevista una pena che nel massimo raggiunge i quattro anni di reclusione: dopo l’aggravamento, la più grave delle incriminazioni del “novellato” codice civile.

Anche a prescindere dalla specifica questione della fattispecie ostativa in esame, deve evidenziarsi come una tutela penale delle funzioni a 360° che, per essere rispettosa della *ratio* di garanzia delle esigenze di determinatezza, livelli la previsione edittale alla pena proporzionata alla condotta con minor grado di disvalore, si riveli irragionevole in punto (non già di eguaglianza) ma di idoneità allo scopo. Nell’ottica di una sempre più valorizzata giustificazione generalpreventiva in senso positivo dell’intervento penale, questo si vede assegnato oggi il compito di “fattore di evidenziazione” dell’importanza che per il Legislatore ha (e che, dunque, per i consociati deve avere) il valore protetto da una data disposizione. In tal senso cfr. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, cit., p.53, e, ora, il contributo di DE VERO, *L’incerto percorso e le prospettive di approdo dell’idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002, p.439 e s., e spec. p.449 e s. Se tanto è, il prevedere pene lievi per una macro-fattispecie, fa sì che le sottofattispecie ad elevato disvalore siano “bagatellizzate”, screditando così il precetto e le *chances* di realizzazione delle finalità perseguite dal sistema penale. Questo è quanto potrebbe accadere, *de jure condendo*, se, per fugare le critiche in tema di vaghezza della fattispecie in esame, la si modificasse nel senso di prevedere una pena blanda, come per l’art.650 c.p. e magari in consonanza con quella recente “riscoperta” del modello contravvenzionale che ne fa il *topos* delle fattispecie “a minimo coefficiente di rispetto dei principi costituzionali”.

⁶⁰ Inoltre, come più volte ricordato, una volta rigettata la tesi che vi intravede una fattispecie con evento di danno, “riacquistano” pieno vigore le perplessità, in ordine alla mancata osservanza dell’art.3 Cost., di una tecnica incriminatrice che assoggetta a sanzione penale le aggressioni non tipizzate, evidentemente di portata residuale, ed alla sola sanzione amministrativa quelle tipizzate, verosimilmente maggiormente offensive e già note ad un’analisi di stampo “criminologico”, se hanno meritato lo “sforzo” di tipizzazione legislativa.

finanziaria dei soggetti alla vigilanza” che perimetra le comunicazioni penalmente rilevanti ai sensi del 1° comma dell’art.2638 c. c., integrano la disposizione incriminatrice soltanto in forza della clausola di chiusura del suo secondo comma. Eppure l’attitudine offensiva delle stesse è, spesso, non inferiore di quelle avente sicura valenza patrimoniale. Si pensi alle comunicazioni mendaci in ordine ai precedenti penali di alcuni dei dirigenti di un’azienda sottoposta alla vigilanza di un’Autorità, cui quest’ultima abbiano richiesto tali informazioni per decidere se rinnovare una data concessione di un servizio pubblico o se ammetterla ad operare su un dato mercato finanziario. La carica lesiva di tali falsità rispetto al bene protetto come lo si è qui individuato (l’attività amministrativa di bilanciamento tra la libertà d’impresa e quell’interesse contrapposto in vista del quale una data potestà di vigilanza è stata attribuita ad una certa Amministrazione) è notevole. Ma un’eventuale espunzione dal sistema del capoverso dell’art.2638 2° comma c. c. lascerebbe tale mendacio privo di rilievo penale, delineando una palese irragionevolezza in tale sotto-sistema.

Per neutralizzare del tutto i rischi che una simile eventualità abbia a verificarsi e, nel contempo, per sancire la definitiva inutilizzabilità penalistica di una clausola generale che assicuri in maniera indifferenziata tutela a 360° alle pubbliche funzioni, la “via maestra” non può che essere quella di una “riscrittura” della fattispecie. Un ipotetico (e, allo stato, alquanto improbabile) Legislatore riformista dovrebbe rimodellare la tutela penale delle Autorità pubbliche di vigilanza nel senso di assicurare eguale protezione nei confronti di tutte le falsità nelle comunicazioni ad esse indirizzate, abbiano o meno valenza economica, poiché anche quelle prive della stessa possono ben avere un’elevata attitudine lesiva del bene che si è deciso di proteggere. Dovrebbe poi rinunciare all’idea che, nell’ambito della stessa previsione edittale, possano essere assoggettate al medesimo trattamento sanzionatorio le altre tipologie che possono realizzarsi a danno della P.A. e che sono attualmente ricomprese nell’art.2638 2° comma c.c.: quelle di natura omissiva e quelle risolvendosi nell’inosservanza dei provvedimenti delle Autorità⁶¹.

⁶¹ Peraltro, nell’ambito dei rapporti privati – Amministrazione, queste non sono le uniche tipologie di aggressione sinora emerse. Al di là delle altre modalità offensive dell’agire pubblico che richiedano la necessaria attività di strumentalizzazione dei pubblici poteri da parte dell’*intraneus* all’apparato amministrativo (si pensi all’abuso d’ufficio, alla corruzione, alla concussione, ecc...), l’aggressione al buon andamento della stessa può verificarsi anche tramite le ipotesi di violenza o minaccia al pubblico agente per impedirgli di realizzare il suo compito istituzionale. Un Legislatore che volesse allora assicurare una tutela *penale* a 360° della P.A. nei confronti delle offese ad essa arrecabili dai privati (a prescindere ora dalla ragionevolezza di tale opzione panpenalistica) e fosse consapevole dell’esigenza (costituzionale) di evitare fattispecie *omnibus* che tutte le condotte - quale che sia il loro disvalore - equiparino, dovrebbe costruire tante incriminazioni di portata generale (la cui “naturale” collocazione sarebbe quella codicistica) quante sono tali modalità offensive. Si potrebbe così avere una disposizione incriminatrice le falsità alla P. A., una che generalizzi il modello ingiunzionale (rispetto alla quale residuerebbero, peraltro, i dubbi in termini di vaghezza riferiti

Esse sono troppo differenziate, quanto a disvalore, per essere accomunate e “livellate” in un’unica macro – incriminazione. È, anzi, quanto mai opportuno, in una prospettiva *de jure condendo*, estromettere dette tipologie aggressive dall’area dell’illecito penale. Proprio la presenza di Autorità di vigilanza che, il più delle volte, oltre che a controllare i soggetti vigilati, *regolano* l’attività degli stessi, concedendo gli indispensabili provvedimenti autorizzatori, induce a ritenere che la migliore risposta sanzionatoria ad un illecito omissivo o trasgressivo di quanto imposto da un atto amministrativo sia quella che si concreta nella sospensione o nella revoca di detta concessione. Le sanzioni interdittive amministrative non soffrono, infatti, di quel congenito *deficit* di efficienza dell’apparato sanzionatorio amministrativo che viene a volte invocato come rilevante ostacolo ad una più incisiva opera di depenalizzazione⁶².

Al di là, però, dell’auspicato quadro normativo che potrà emergere da un eventuale intervento riformatore del futuro Legislatore, al giurista spetta anche il compito di delineare, nei limiti del possibile, un’interpretazione “riduttiva dei danni” che fattispecie genericissime come l’art.2638 2° comma c. c. possono comportare. Nell’eventualità che la illustrata questione di legittimità costituzionale della disposizione in questione non venga sollevata e/o accolta, ed in attesa di quel *Godot* rappresentato dall’auspicato intervento legislativo appena delineato, dopo aver individuato il “bene maggiore” rappresentato da quest’ultimo, si tratta ora di ricostruire il “male minore” costituito da un’esegesi il meno distante possibile dai principi supremi che dovrebbero informare l’intervento penale.

In tale opera, un primo punto deve essere perentoriamente affermato: per quanto l’incriminazione a maglie larghe della fattispecie di ostacolo astrattamente lo consentirebbe, fuoriescono dall’ambito applicativo della disposizione tutte quelle condotte che costituiscono estrinsecazione di diritti di libertà costituzionalmente garantiti. Ci troviamo qui, con tutt’evidenza, di fronte a quelli che alcuni definiscono limiti taciti della norma penale⁶³. Non si deve, allora, in alcun modo ipotizzare che l’uomo d’affari cui la

ora all’art.650 c.p.), un’altra relativa all’omissione di informazioni dovute, tutte collocate dopo le già note fattispecie di resistenza e violenza a pubblico ufficiale.

⁶² Su tale indesiderato corollario della politica di depenalizzazione cfr. la variegata considerazioni di GIUNTA, *Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1986, p.742 e s.; MANTOVANI, *Le “modifiche al sistema penale” del 1981: risultati ed indicazioni di una ricerca empirica*, in *Ind. Pen.*, 1986, p.446 e s.; AMENDOLA, *Il diritto penale e la tutela della salute*, in DE ACUTIS – PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, p.442; BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. Pen.*, 2001, p.753.

⁶³ Secondo il classico insegnamento di NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p.218; ripreso ed approfondito da LANZI, *La scriminante dell’art.51 c. p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983; per cui, se la formulazione letterale di una disposizione incriminatrice pare includere nel penalmente rilevante anche ciò che è oggetto di garanzia costituzionale, qualora l’oggetto dell’incriminazione sia più ampio di quello della garanzia prevista

Consob ha “suggerito” il più assoluto riserbo sulla propria operazione finanziaria in corso (un episodio storicamente verificatosi come ricordato nel paragrafo precedente) possa essere ritenuto responsabile del reato di ostacolo alle Autorità qualora contravvenisse a detta indicazione: l’esigenza di evitare turbative all’attività istituzionale della P.A. non è mai stata da alcuno ipotizzata come limite (evidentemente implicito) alla garanzia di cui all’art.21 Cost.

Un che di analogo deve sostenersi pure a proposito dell’ipotetico rifiuto di far accedere il personale delle P.A. in determinati locali, che in altri ordinamenti (segnatamente quello francese, come visto nel secondo paragrafo) costituisce una delle ipotesi normalmente riconducibili alle fattispecie di ostacolo alle Autorità. Nel nostro ordinamento, come noto, la possibilità di ispezioni, perquisizione e sequestri in locali riconducibili al concetto di domicilio è subordinata, ex art.14 Cost., ad una riserva di legge. In tanto potrà, dunque, ritenersi la relativa richiesta legittima da parte di una Autorità - e pertanto, il rifiuto di acconsentire alla stessa potrà reputarsi integrante il capoverso dell’art.2.638 c. c. - in quanto si potranno individuare disposizioni di legge che conferiscano a determinate Amministrazioni potestà ispettive sui locali delle aziende assoggettate alla vigilanza di queste. La risposta al quesito se il rifiuto di far accedere personale della Autorità pubbliche di vigilanza (cioè della P.A. che esercita funzioni di vigilanza) ai proprio locali integri o meno la disposizione in questione varierà, pertanto, a seconda che la legislazione di settore abbia conferito a questa o a quella Amministrazione una potestà di tipo ispettivo. Ne consegue, pertanto, che in ipotesi bisognerà fornire soluzione positiva al quesito se il rifiuto è frapposto agli Ispettori del Lavoro e negativo qualora esso concerna degli inviati della Consob. Ancora una volta, emerge quella differenziazione per sotto-tipi che è un portato ineliminabile delle disposizioni incriminatrici “plurifuzionali”⁶⁴: là dove si crea una macro-fattispecie, essa “maschera”, ma non elimina le differenze derivanti delle diverse discipline (legislative) di riferimento.

Al di là di tale prima, importate, delimitazione, bisogna ricondurre all’incriminazione in questione tutte le tipologie offensive poste in essere dai privati nei confronti delle P.A. che vigilano sull’attività degli stessi fatta eccezione per quelle già prese in considerazione da

dalla Legge Fondamentale, il contrasto con la stessa non vale ad escludere *in toto* la costituzionalità della disposizione di legge, ma individua, rispetto alla stessa, un limite scriminante rappresentato dai casi riconducibili alla previsione delle norme supreme. Ribadiscono il limite alla potestà punitiva dello Stato rappresentato dai diritti oggetto di garanzia costituzionale, FIANDACA, *Il “bene giuridico”*, cit., p.66; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., p.344; MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato*, cit., p.81.

⁶⁴ Come rilevato nel par.4 del cap.II della presente sezione.

altre, più specifiche disposizioni. Ne deriva che l'art.2638 2° comma c. c. punisce le falsità (prive di incidenza economica, già rilevanti ai sensi del 1° comma della disposizione), le omissioni e le inosservanze dei provvedimenti delle Autorità (ne fuoriescono i regolamenti al fine di evitare esegesi contrastanti con la riserva di legge in materia penale). Non sono riconducibili al tipo criminoso le condotte caratterizzate da violenza⁶⁵ e minaccia, in quanto già rilevanti ai sensi delle disposizioni del codice penale cui è da riconoscersi natura speciale rispetto all'art.2638 2° comma c. c.⁶⁶.

Le condotte di mendacio, omissione di informazioni e di inosservanza a provvedimenti devono poi essere caratterizzate da una accertata idoneità in concreto ad ostacolare le funzioni di vigilanza delle Autorità. Lo impone tanto la valenza “pregnante” del termine “ostacolo”, che consente letture conformi al principio di offensività (e, dunque, impone tali interpretazioni, alla luce della vincolatività costituzionale dello stesso), quanto la medesimezza di previsione sanzionatoria col 1° comma, che è un reato di pericolo concreto, nonchè le considerazioni svolte nel capitolo precedente in ordine all'*onere costituzionale*, per un Legislatore che intenda assicurare tutela penale a beni “artificiali”, di ricorrere soltanto a modelli punitivi che consentano un accertamento in concreto del pericolo corso o del danno inferto al bene giuridico. Si dovrà, pertanto, escludere l'integrazione del tipo allorché il dato falsificato od omesso risultasse già acquisito all'Autorità richiedente, o allorché esso fosse – in base ad un accertamento *ex ante* a base totale – inutile rispetto alla realizzazione degli scopi istituzionali dell'ente pubblico. Analogamente si dovrà decidere nel caso in cui il mancato rispetto di quanto previsto da un'ingiunzione amministrativa risulti inidoneo a pregiudicare i predetti fini istituzionali.

Un'ultima “limitazione” alla portata “onnivora” della norma può delinearsi, in consonanza a quanto suggerisce la dottrina iberica in riferimento alla similare incriminazione dell'art.294 del codice penale spagnolo: di fronte ad una disposizione che incrimina colui che nega od impedisce, in un mercato soggetto a supervisione amministrativa, l'attività ispettiva delle

⁶⁵ Di recente, per una rimeditazione del concetto di violenza nel nostro ordinamento, cfr. VIGANO', *La tutela penale della libertà individuale. I. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002.

⁶⁶ Tale conclusione potrebbe essere posta in dubbio da chi osservi che le disposizioni del codice penale hanno natura di reati comuni, mentre quella qui in esame è un reato proprio. La specialità ha dunque, da qualificarsi come reciproca, il che apre le porte alla possibilità di un concorso formale tra reati. Dette conclusioni non risultano, però, condivisibili alla luce delle considerazioni di chi, come G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., *passim*, ritiene che anche molti casi di specialità reciproca siano riconducibili alla disciplina di cui all'art.15 c.p., ed individua una di tali ipotesi proprio là dove vi sia un reato comune con condotta specializzante ed un reato proprio con condotta generica. Anche non volendosi condividere tale impostazione, si può comunque pervenire alle conclusioni sostenute nel testo alla luce di considerazioni in tema di assorbimento o consunzione. Per una recente valorizzazione dei parametri valoriali quali criteri risolutivi del concorso apparente di norme, cfr. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati. Per una microfisica del molteplici*, Padova, 2002, p.375 e s.

persone, organi od enti ispettori, si è addivenuti alla conclusione che in tanto potrà ritenersi consumato il reato in quanto sia riscontrabile almeno un'inerzia di fronte ad una *richiesta per iscritto* dell'Autorità. Detta soluzione è motivata in base all'osservazione che molti degli illeciti amministrativi, che pure in quell'ordinamento "doppiano" la citata disposizione, postulano tale previa richiesta, di modo che ciò che è stabilito per il meno non può che esserlo anche per il più⁶⁷. Detta interpretazione può essere "trasposta" anche nel nostro ordinamento in riferimento al secondo comma della disposizione in esame. Negare, rispetto alla stessa, l'operatività di un parametro selettivo dell'illecito penale previsto per alcuni dei (meno gravi) illeciti amministrativi significa fornirne una palese interpretazione contraria al canone dell'*extrema ratio*, il che appare improprio in sede di tentativo di un'esegesi che "riduca al minimo" la distanza dai principi nel caso in cui la prospettata questione di legittimità costituzionale della norma non venga sollevata o accolta.

Certo è che, per quanti sforzi si possano compiere per delimitare il vago reato previsto dall'art.2638 2° comma c. c., residua un'ineliminabile (in via interpretativa) "parificazione penale" di tipologie di offesa profondamente differenti, nel che è da individuarsi un patente contrasto con le esigenze cui presiede il principio di determinatezza che è possibile risolvere soltanto con un intervento della Corte costituzionale (che lascerebbe, come evidenziato, pericolosi vuoti di tutela) o – preferibilmente – con un intervento riformatore del Legislatore.

⁶⁷ Per tale argomento cfr. VALLE MUÑIZ, *op. cit.*, p.1330; TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos societarios*, cit., p.284; MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit., p.261. Detta conclusione non è, però, unanime in seno alla dottrina spagnola, non mancando voci come quelle di RODRÍGUEZ MOURULLO, *El nuevo*, cit., p.247, che, proprio dall'espressa previsione normativa della previa richiesta della P.A. quale presupposto della condotta di cui agli illeciti minori e della mancanza di tale inciso rispetto all'art.294 c.p. sp., traggono (ulteriore) ragione per affermare la patente contraddizione della norma col principio di *intervención mínima* e col carattere frammentario dell'illecito penale.

Capitolo Quinto

Il nemo tenetur se detegere quale limite scriminante delle incriminazioni in tema di false od omesse comunicazioni alle Autorità

Sommario: 1. Il ciclico ritorno della questione agli “onori delle cronache”. - 2. Le obiezioni al principio e la loro confutazione. - 3. Le fonti internazionali e comunitarie. - 4. La fonte “interna” del principio e la natura giuridica dello stesso.

1. *Il ciclico ritorno della questione agli “onori delle cronache”*. Il moltiplicarsi degli obblighi informativi penalmente sanzionati ha determinato l’insorgere del quesito relativo alla possibilità che l’adempimento degli stessi si converta in un vero e proprio dovere di autodenuncia. È questo il tema relativo alla configurabilità di una generale esimente rispetto ai reati di omesse o false comunicazioni, frutto della necessità di non autoincriminarsi rispetto ad un pregresso *opus illicitum*, che ha dato luogo ad un vivace dibattito, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, nell’ultimo decennio di vigenza dell’art.2621 n.1 c.c. Deve, peraltro, evidenziarsi come la vigenza di un generale principio qualificabile *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale - che possa fungere da circostanza di non punibilità¹ rispetto alle fattispecie incriminatrici le false ed omesse comunicazioni qualora l’adempimento del precetto comporti l’emersione della precedente attività illecita - non possa ritenersi una problematica emersa solo di recente nel dibattito penalistico e con specifico riferimento al solo delitto di false comunicazioni sociali. Anche una superficiale analisi giurisprudenziale dimostra infatti la pluralità, diacronica e sincronica, di pronunzie in cui detto principio trova enunciazione. Proprio in riferimento ad uno dei “predecessori” dell’art.2638 c.c. sono state adottate decisioni in cui si rinviene la locuzione *nemo tenetur se detegere* per indicare il principio giustificativo della non punibilità di chi commetta un falso alla Consob per nascondere la propria precedente condotta illecita². Il che del resto non deve stupire, atteso che il proliferare degli obblighi

¹ Utilizziamo tale generica terminologia fino a che non saremo riusciti, come ci proponiamo, ad illustrare la precisa natura giuridica del delineato principio.

² Con riguardo alle fattispecie di omesse comunicazione alla Consob previste dalla legge 216 del 1974, la Pret. Roma, 21 luglio 1984, cit. in BRICOLA, *Profili penali dell’informazione societaria (tra una giurisprudenza di tipo “sezionale” e la legge n.281 del 1985)*, in *Giur. comm.*, 1987, p.19, affermava che il potere della Consob di richiedere dati e notizie, atti o documenti ad amministratori, sindaci e direttori generali di società sottoposte al suo controllo, al fine di accertare l’esattezza e completezza dei dati ad essa comunicati, non può estendersi fino a comprendere sotto comminatoria di sanzioni penali, anche la richiesta di testimonianza *contra se* da parte di destinatari di altri autonomi precetti normativi penalmente sanzionati, rientrando nell’inviolabile diritto di difesa di ognuno la facoltà di tacere o addirittura di mentire in ordine a propri fatti costituenti reato. Tale decisione veniva salutata con favore dal Bricola nello

penalmente sanzionati di comunicazione alle P. A., in uno con il dovere dei pubblici ufficiali di denuncia all'Autorità Giudiziaria dei reati di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni, fa di tutte le Amministrazioni destinatari di questi obblighi informativi una sorta di "ausiliari" della pubblica accusa³, la qual cosa induce inevitabilmente a chiedersi se le garanzie relative al diritto di non autoincriminarsi nei rapporti tra l'autore di un reato e la pubblica accusa siano estensibili alle Amministrazioni "ausiliare" di questa. Il caratterizzarsi di questa problematica come tipica delle fattispecie incriminatrici le false od omesse comunicazioni alle Autorità è, del resto, comprovato dall'analisi del dibattito relativo alle omologhe previsioni dei Paesi di *common law*, dove uno degli snodi "canonici" della riflessioni sulle norme in tema di *false statements* alle Amministrazioni è rappresentato proprio da detta tematica⁴.

Anche da noi, del resto, la questione è da tempo venuta "all'ordine del giorno" in riferimento a *tutti* i rapporti comunicativi tra il privato ed un'Autorità pubblica, a prescindere da quale sia l'ambito di operatività di questa. E così, lo stesso anno in cui si ammetteva il *nemo tenetur se detegere* rispetto al falso alla Consob, la Corte regolatrice sosteneva che non integrava il delitto di calunnia l'affermare – da parte di un reo confesso – la falsità del verbale relativo alle precedenti proprie dichiarazioni autoincriminanti, in quanto in ciò risiedeva l'unica possibilità di difesa dell'imputato⁵. Il principio per cui il diritto alla difesa

scritto appena citato. In senso adesivo v. ora SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in AAVV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p.561.

³ E' significativo, in quest'ordine di idee, che il RORDORF, nel suo *Il nuovo sistema*, cit., p.239, qualifichi la Consob, alla luce della trama normativa del Tuif, come organo ausiliario della pubblica accusa.

⁴ Nel Regno Unito ci si è chiesti se integri una *reasonable excuse* rispetto alle richieste di chiarimenti e documentazioni provenienti dal *Serious Fraud Office* il rifiuto di fornirli per evitare l'emersione di un proprio precedente reato, ma le Corti britanniche hanno risposto negativamente al quesito, di modo che anche queste ipotesi di mancata collaborazione si reputano perfezionanti il reato di *Contempt of Court* ai sensi del *Financial Service Act*. Per queste informazioni, e per un'ampia illustrazione del sistema delle incriminazioni in tema di informazione alle Autorità di vigilanza dei mercati nel Regno Unito, cfr. ARLIDGE – PARRY – GATT, *op. cit.*, *passim*, e spec., per quanto concerne il tema del presente capitolo, p.424, 439, 442. Gli autori, peraltro, sono critici rispetto a tale orientamento giurisprudenziale, intravedendovi una violazione delle garanzie poste dall'art.6 CEDU (punto che sarà da noi approfondito nel paragrafo 3) nonché di quelle di cui al Patto dei diritti civili e politici. In tal senso cfr. ARLIDGE – PARRY –GATT, *Arlidge and Parry on Fraud*, cit., p.449 e s.

Parzialmente diversa si presentava la situazione nel "diritto vivente" statunitense, dove, secondo quanto riferisce la BRICKEY, *Corporate criminal*, cit., p.190 e s., la prevalente giurisprudenza federale riconosceva, sin dal 1962, la "*Exculpatory no*" *exception* nei confronti di chi commettesse un *false statement* ad un'Agenzia federale per occultare una propria precedente attività criminosa. Al citato testo della Brickey si rinvia per un'analitica disamina tanto delle decisioni in cui si esprimeva l'orientamento maggioritario in questione quanto di quelle pronunziate dalle Corti d'Appello federali che, dissentendo dall'opinione prevalente, disconoscevano la "*Exculpatory no*" *exception*. Tale posizione di minoranza è stata successivamente fatta propria dalla Suprema Corte che, nella sua attuale fase "conservatrice", nel caso *Brogan v. United States* del 1998 (pubblicato in BRICKEY, *Corporate and white collar crime*, New York, 2002, p.313 e s.), con l'opinione dissenziente del giudice Stevens, ha negato alla precedente realizzazione di un crimine qualsiasi rilievo giustificativo di un falso alle Autorità.

⁵ Cfr. Cass., 2 maggio 1984, in *Cass. Pen.*, 1985, p.1079.

“autorizzerebbe” pure a commettere delle falsità in astratto penalmente rilevanti - qualora questo si riveli l'unico modo per non autoincriminarsi - si trova pure alla base delle decisioni con cui, negli anni sessanta, la Corte di Cassazione escluse che potesse ritenersi responsabile ai sensi degli art.495 e 496 c.p. il conducente di un veicolo privo di patente che, fermato dalla polizia stradale, dichiarasse a questa di possedere la patente per non autodenunciarsi del (allora vigente) reato di guida senza patente⁶. Più in generale, non sono mancate voci autorevoli che hanno ritenuto la garanzia costituzionale del diritto alla difesa non operante soltanto nel momento processuale, ma anche in quello antecedente, di modo che essa veniva ricostruita come posta a protezione anche del *potenziale imputato* in tutti i suoi rapporti con la pubblica Autorità, pure con riguardo ad un procedimento penale meramente eventuale e futuro⁷, ed altre autorevoli voci che hanno affermato un'ampia applicazione analogica dell'art.384 c. p.⁸. Ma anche sotto il vigore del codice Zanardelli si propugnava, da parte di alcuni settori dottrinali e giurisprudenziali, una valenza scriminante del diritto alla difesa al di là degli stretti limiti delle disposizioni espresse dei codici sostanziali e di rito⁹. Come si vede, anche se non si ricorreva al brocardo *nemo tenetur se detegere*, la tematica della possibile efficacia esimente del diritto alla difesa (e di quello al mendacio quale suo possibile corollario) anche in un ambito non esclusivamente processuale non può certo dirsi un che di radicalmente nuovo

⁶ Per tali pronunzie v. Cass., 5. Dicembre 1966, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1968, p.278 e s.; Cass. , 21 giugno 1966, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1967, p.382, successivamente “ratificate” dalle Sezioni Unite con Cass. Sez. un., 4 maggio 1968, in *Cass. Pen. mass. Ann.*, 1968, 669. Tali decisioni erano salutate favorevolmente, in dottrina, da BADELLINO, *Sul fondamento ed i limiti del c.d. diritto al mendacio come facoltà contenuto del diritto di difesa*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1968, p.278 e s.

⁷ In tal senso cfr. PALADIN, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in *Giur. Cost.*, 1965, p.314 e s., sulla scia della giurisprudenza (allora) *liberal* della Suprema Corte Statunitense. Prima ancora, riteneva che l'art.2621 n.1 c.c. non si applicasse nell'ipotesi di occultamento di illegale pagamento di utili, non potendo una norma incriminatrice imporre un obbligo di autodenuncia, BALSOMINI, *False comunicazioni e illegale ripartizione di utili: problemi di concorso*, in *Temi marchigiana*, 1963, p.683.

⁸ Questa era l'opinione dello SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948, p.108 e s. Accenti simili si rinvengono anche in NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p.166.

⁹ Cfr. il dibattito illustrato da CIVOLI, *Dei delitti contro la fede pubblica*, in PESSINA (dir. da), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, VIII, Roma – Milano – Napoli, 1913, p.107, *sub* nota 1, a proposito dell'art.279 c.p. Zanardelli che incriminava chiunque attestava falsamente al pubblico ufficiale l'identità o lo stato della propria od altrui persona o fatti dei quali l'atto che il p.u. andava formando doveva provare la verità, qualora ne potesse derivare un pubblico o privato nocumento. L'Autore riferisce che, già sotto l'impero del codice sardo, si discuteva se nell'area di operatività della norma (e di quelle analoghe che l'avevano preceduta) dovessero essere incluse le dichiarazioni emesse da un imputato sotto interrogatorio, e prendeva posizione per la soluzione positiva. Anche se la problematica in questione si riferiva, con tutta evidenza, ad un momento *già* processuale, essa pare significativa di come ci sia da sempre chiesti se la valenza scriminante del mendacio quale facoltà del diritto di difesa non avesse, in ipotesi, un fondamento ed una portata più vasti di quelli delineati dalle singole disposizioni del codice sostanziale e di quello di rito che non ricollegavano sanzioni penali a determinati casi di mendacio alle Autorità posti in essere dagli imputati.

per la nostra riflessione giuridica. Ancora prima che “tornasse agli onori delle cronache” in ragione del moltiplicarsi, negli ultimi anni, delle incriminazioni per falso in bilancio che hanno fatto nuovamente emergere come centrale la questione, essa aveva trovato risposta positiva in alcune, anche risalenti pronunzie giurisprudenziali e dottrinali. Il che non deve stupire dato che la stessa costituisce uno snodo centrale in ordine all’intera tematica degli obblighi di informazione penalmente sanzionati, in quanto è espressione dell’interrogativo se il Legislatore possa, con la previsione di tali fattispecie, far *de facto* venir meno il *privilege against self-incrimination* solennemente riconosciuto in ambito processuale, configurando un obbligo di dichiarazione *contra se* in un momento precedente quello *stricto sensu* processuale.

Anche se non può, quindi, ritenersi che la questione della valenza sostanziale del *nemo tenetur se detegere* sia afferente in via “esclusiva” alla tematica delle false comunicazioni sociali, certo è che, nel ciclico “inabissarsi e riemergere” della stessa nella riflessione scientifica italiana, l’analisi relativa alla precedente versione dell’art.2621 c.c. ha costituito l’ultima sede in cui si sia approfondito l’argomento.

La commistione tra *mala gestio* societaria e *mala gestio* pubblicistica, che ha caratterizzato negli ultimi lustri il sistema economico del nostro Paese sino ad arrivare a quei limiti estremi che hanno preso giornalmisticamente il nome di “Tangentopoli”, aveva fatto sì che l’accusa di falso in bilancio venisse mossa ad ogni azienda che avesse preso parte a vicende concussorie o corruttive: laddove era individuata una concussione o una corruzione si contestava anche il falso in bilancio mediante il quale si erano occultati fondi destinati al finanziamento del pubblico agente¹⁰.

D’innanzi ad un tale quadro ci si era posti il quesito se i vertici delle società potessero addurre, per giustificare il falso in bilancio commesso, la necessità di non autoincriminarsi, in quanto è di tutta evidenza che se si pretende l’obbligo, da parte di chi ha occultato fondi neri per vicende concussorie e corruttive di dichiararlo nel bilancio, a pena di rispondere

¹⁰ Alle interrelazioni tra tali reati sono dedicati gli scritti raccolti in MANNA (a cura di), *Falso in bilancio, concussione e corruzione: esperienze a confronto*, Bari, 1998. Tra questi v. ID., *Relazione introduttiva*, p.10, dove il falso in bilancio viene qualificato come un vero e proprio reato-mezzo per la commissione dei più gravi reati contro la pubblica amministrazione. La sempre più accentuata importanza che il delitto di false comunicazioni sociali ha assunto nella prassi giudiziaria in seguito all’emergere di quel fenomeno cui è stato dato il nome di “Tangentopoli”, è posta in evidenza anche, tra gli altri, da FOFFANI, *Lotta alla corruzione*, cit, p.958; G.E. COLOMBO, *La “moda” dell’accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. Soc.*, 1996, p.717; MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, 1996., p.1; ID., *Lo straordinario sviluppo delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale*, in INSOLERA - ACQUAROLI (a cura di), *Problemi attuali del diritto penale dell’impresa*, Ancona, 1997, p.91; MUSCO, *Diritto penale societario*, cit., p.58. In generale, sui fenomeni degenerativi relativi al rapporto politica – amministrazione – economia che sono saliti agli onori delle cronache nei primi anni novanta e sulle questioni che hanno posto nel dibattito penalistico, cfr., anche per le ulteriori indispensabili indicazioni bibliografiche, MANNA, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1999, p.116.

ex-2621, si fa loro carico di un obbligo di autoincriminazione.

La giurisprudenza di legittimità, dopo prime timide aperture in senso affermativo alla fine degli anni '80¹¹, dai primi anni '90 in poi ha fornito una risposta decisamente negativa al quesito, argomentando che il principio in questione ha valenza generale solo in ambito processuale, là dove in campo sostanziale la sua operatività è ristretta ai reati ricompresi nella lista di cui all'art.384 c.p.¹².

Tali conclusioni giurisprudenziali hanno trovato l'autorevole avallo di una parte della dottrina, la quale ha ulteriormente approfondito le ragioni che si frapporrebbero al riconoscimento di una generale valenza del *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale¹³.

2. Le obiezioni al principio e la loro confutazione. La pluralità delle motivazioni addotte a

¹¹ Ci si riferisce a Cass., 21 gennaio 1987, Musselli, in *Cass. Pen.*, 1988, p.379, per la quale non è ipotizzabile il delitto di false comunicazioni sociali nel caso in cui nelle scritture contabili non siano riportati i proventi e le attività ricavate da azioni delittuose. Ciò in quanto, pur rientrando formalmente le false attestazioni nella previsione normativa, esse non sono punibili perché nessuno può essere obbligato a fornire prove a suo carico di reati commessi. Nella medesima linea si è poi inserita Cass., 14 marzo 1989, De Nile, in *Cass. Pen.*, 1990, p.2208. Si tratta delle pronunzie che hanno dato lo spunto per le più ampie riflessioni (adesive alle citate conclusioni giurisprudenziali) di ZANOTTI, "Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali", in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1989, p.174 e s., che ha dato il la all'ultimo (in senso cronologico) dibattito sulla sussistenza di tale principio in ambito sostanziale e non solo processuale. Favorevolmente alla valenza sostanziale del citato principio, anche se con percorsi argomentativi talvolta differenziati, oltre agli autori citati *sub* nota 1, si sono espressi anche MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, cit., p.179; ID., *Lo "straordinario" sviluppo delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative*, in *Crit. Dir.*, 1995, p.298; ZUCCALA', *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1989, p.754; DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 1995, p.121; MUSCATIELLO, *Falso in bilancio e reati connessi: una moderna disapplicazione del nemo tenetur se detegere*, in MANNA (a cura di), *Falso in bilancio*, cit., p.144; BRUNELLI, *Il falso nel bilancio consolidato di gruppo: un problema sottovalutato*, in *Ind. Pen.*, 1999, p.58; MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993, p.74; FOGLIA MANZILLO, "Nemo tenetur se detegere: un limite all'applicazione del reato di falso in bilancio?", in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, p.237; BUSSON, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p.1481. Nell'ambito della dottrina germanica, sostiene la prevalenza del *nemo tenetur se detegere* sugli obblighi informativi penalmente sanzionati, individuando nel principio uno dei limiti di carattere generale a tale tipologia di incriminazioni, VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, p.76.

¹² Per tale orientamento giurisprudenziale cfr. Cass., 22 gennaio 1992, Zampini, in *Cass. Pen.*, 1992, 2198; Cass., 5 dicembre 1995, Bianchini, in *Cass. Pen.*, 1996, 1588; Cass., 1 settembre 1999, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p.1480; Cass., 21 gennaio 1998, Cusani, in *Ind. Pen.*, 1999, p.309, per una cui nota critica (sul punto) sia consentito il rinvio a INFANTE, *Tra il dire*, cit., p.310. Anche la Corte costituzionale aveva affermato la valenza esclusivamente endoprocessuale del principio in Corte cost., 30 luglio 1984, n.236, in *Giur. cost.*, 1984, p.1666, con la quale, peraltro, si era ribadito un orientamento risalente sino a Corte cost., 7 febbraio 1963, n.10, in *Giur. cost.*, 1963, p.80.

¹³ Adesivamente al prevalente orientamento giurisprudenziale v. PEDRAZZI, *Società commerciali*, cit., p.361; AZZALI, *Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1991, p.400; PULITANO', *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1999, p.1271; ID., *False comunicazioni*, cit., p.171; FOFFANI, *Lotta alla corruzione*, cit., p.961; ID., *Reati societari*, cit., p.248; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p.355; ID., *Le cause di esclusione della colpevolezza*, in AAVV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p.270; PERINI, *Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1999, p.538; ID., *Il delitto*, cit., p.581; VIGANO', *Stato di necessità*, cit., p.303; NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.292; BRICCHETTI - CERVIO, *Il falso in bilancio*, cit., p.244; ARCESE, *Il principio di inesigibilità nei reati fallimentari e societari*, in *Riv. Pen. ec.*, 1991, p.126; CORCIULO, *Falsi in bilancio e redditi illeciti*, in *Riv. Pen. ec.*, 1992, p.254.

confutazione di una generale valenza sostanziale del *privilege against self-incrimination* è sostanzialmente riconducibile a quattro tipi di argomentazione: 1) la natura eccezionale dell'art.384 c.p. che, in quanto derogatorio rispetto alla regola generale posta dall'art.61 n.2 c.p., non può trovare applicazione al di fuori dei casi in esso letteralmente previsti¹⁴; 2) il paradossale trattamento di maggior favore di cui goderebbe che ha già commesso un reato che intende occultare tramite un falsità od una omessa comunicazione rispetto a colui che realizza “solo” uno di tali ultimi reati¹⁵; 3) la pratica impossibilità di addivenire alla conoscenza della *notitia criminis* per i reati criminologicamente “senza vittima” se si ammettesse una generale rilevanza del *nemo tenetur se detegere*¹⁶; 4) la riconducibilità del principio alla categoria della inesigibilità, il che non consentirebbe di darvi applicazione al di fuori dei casi configurati dal legislatore a pena di configurare una inafferrabile scusante metalegale che condurrebbe al “rammollimento”, quanto non “all’annullamento” del diritto penale¹⁷.

Queste argomentazioni non paiono però sufficienti per una confutazione radicale del principio in questione, atteso che l'esito ultimo cui conducono non può che lasciare perplessi: nulla impedirebbe al Legislatore di creare fattispecie incriminatrici che impongano obblighi di dichiarazioni *contra se*, anche se tali obblighi non possono avere nessuna cittadinanza in ambito processuale. A che varrebbe, allora, assicurare solennemente il diritto a non autoaccusarsi in tale sede qualora nella fase pre-processuale si potrebbe legittimamente prevedere un obbligo del genere? Unicamente ad autorizzare

¹⁴ Così PEDRAZZI, *Società commerciali*, cit., p.361; BRICCHETTI - CERVIO, *Il falso*, cit., p.244; FOFFANI, *Lotta alla corruzione*, cit., p.961; PERINI, *Ai margini*, cit., p.575; ID., *Il delitto*, cit., p.606.

¹⁵ Questo argomento è particolarmente valorizzato da PERINI, *Ai margini*, cit., p.547; ID., *Il delitto*, cit., p.588.

¹⁶ Questo è un *iter* argomentativo non particolarmente seguito nell'ambito della nostra dottrina e giurisprudenza ma che altrove costituisce un classico *topos* motivazionale per negare rilevanza generale al principio. E' questo, ad sempio, il caso della Suprema Corte canadese che restringe la portata del *privilege against self-incrimination* in ambito sostanziale ai soli *true crimes* (che vengono anche definiti *mala in se* nella terminologia del giudice costituzionale canadese), mentre lo nega per i *regulatory crimes* (definiti anche come *mala quia vetita*), in quanto quest'ultimi, essendo *victimless*, non verrebbero a conoscenza dell'Autorità se non imponendo posizioni di garanzia e obblighi di comunicazione che possono anche, talvolta, comportare il dovere di fornire dichiarazioni *contra se*. Espone la giurisprudenza costituzionale canadese, condividendone sostanzialmente le motivazioni e le conclusioni, BUTLER, *Funke v. France and the right against self-incrimination: a critical analysis*, in *Criminal Law Forum*, 2001, p.488, al quale anche si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche sul punto.

¹⁷ Per utilizzare le icastiche espressioni del PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1962, p.150. Riconducono a questa ragione l'impossibilità di applicare il principio in questione al di là dei limitati ambiti di cui all'art.384 c.p., PULITANO', *Nemo tenetur*, cit., p.1276, che vi scorge il pericolo di un utilizzo della categoria dell'inesigibilità tale da farne un grimaldello in sede interpretativa che arrivi ad esiti di vera e propria deresponsabilizzazione, e PERINI, *Ai margini*, cit., p.563.

l'elusione della garanzia costituzionale di cui all'art.24 comma 2 Cost.¹⁸. La dottrina più sensibile ad evitare facili aggiramenti dei principi ha tentato di replicare a tale penetrante osservazione riconoscendo una limitata portata sostanziale al principio in questione ma solo limitatamente agli obblighi di comunicazione imposti al fine di assicurare la corretta amministrazione della giustizia e non già per quelli legati alla protezione di altri interessi¹⁹. Questa posizione non pare però sufficiente a scongiurare i rischi di una facile disapplicazione della garanzie difensive assicurate dalla nostra Legge Fondamentale, dato che ogni norma che imponga una dichiarazione veridica, nella parte e nella misura in cui si risolve in un dovere di autodenuncia, si pone in contrasto con la garanzia costituzionale del diritto alla difesa, poichè si atteggia "oggettivamente" a espediente normativo per la pratica elusione della stessa. Che differenza vi sarebbe, ad esempio, tra una norma che imponesse agli intermediari finanziari di denunciare all'Autorità giudiziaria le operazioni di riciclaggio di cui questi si fossero resi partecipi (fattispecie incriminatrice che, in quanto preposta ad ottenere autoincriminazioni, sarebbe incostituzionale per la tesi da ultimo in esame), e quelle, come l'art.2638 c. c., che impongono obblighi di comunicazione delle operazioni svolte da tali soggetti alle Autorità pubbliche di vigilanza? Essendo quest'ultime organi della P. A., qualora le dette informazioni, oggetto di un obbligo di comunicazione penalmente sanzionato, rivelassero una ipotesi di riciclaggio, esse avrebbero il preciso dovere di comunicarle all'Autorità giudiziaria. Le esigenze di evitare un facile aggiramento delle garanzie difensive, come ognuno vede, sussistono in entrambi i casi.

Ma oltre a questa fondamentale osservazione, bisogna rilevare come nessuna delle argomentazioni addotte a sostegno della tesi negativa di una generale rilevanza sostanziale del *nemo tenetur se detegere* appaia insuperabile.

Non lo è quella che argomenta l'impraticabilità di una applicazione analogica dell'art.384 c.p. alla luce dell'aggravante teleologica di cui all'art.61 n.2 c.p. che renderebbe manifesto il suo carattere eccezionale²⁰. A prescindere, infatti, dalla questione della stessa permanente vigenza di tale ultima disposizione²¹, non pare possa affermarsi che tra le due

¹⁸ E' questo l'argomento principe di ZANOTTI, "Nemo tenetur", cit., p.196, che pare invero difficilmente confutabile.

¹⁹ Così NAPOLEONI, *I reati*, cit., p.192. Al medesimo ordine di idee pare riconducibile anche la posizione di PULITANO', *Nemo tenetur*, cit., p.1274, per il quale l'interesse ad ottenere dichiarazioni autoincriminanti non può legittimamente assurgere, ex art.24 Cost., a bene protetto penalmente.

²⁰ Così, oltre gli autori citati *sub* nota 6, NAPOLEONI, *op. cit.*, p.292.

²¹ Che si ritiene tacitamente abrogata, dopo la riforma del reato continuato, da VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, p.62. Tale opinione è oggi condivisa, nella manualistica, da FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.396; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p.514.

disposizioni possa configurarsi un vero e proprio rapporto di regola-eccezione²² dato che diversi sono i quadri di vita che le due norme hanno per oggetto. Mentre l'aggravante di cui all'art.61 n.2 si riferisce ad una situazione connotata da scelte opportunistiche dettate dall'interesse all'impunità dell'agente, l'esimente supposta "eccezionale" ha per oggetto una situazione di conflitto psicologico tale da rendere inesigibile un comportamento conforme a quello prescritto²³. Gli ambiti di operatività delle due disposizioni non coincidono neppure parzialmente, stante l'estraneità all'aggravante della connessione teleologica dei reati dell'elemento tipico e peculiare della situazione cui si riferisce l'art.384 c.p. : il conflitto motivazionale dell'agente nella scelta tra una azione lecita ed una illecita. Il raccordo tra queste due norme non può, dunque, essere inteso alla stregua di un rapporto regola - eccezione, ma deve essere ricostruito come una relazione di complementarità, risultando entrambe le disposizioni manifestazioni di principi fondamentali dell'ordinamento che operano in ambiti diversi ed incompatibili, dato che i presupposti di fondo che caratterizzano questi campi di applicazione sono tra loro radicalmente alternativi : la libertà o la necessità di agire illecitamente da parte dell'autore.

Ma anche al di là di tali argomentazioni, in nessun caso l'art.61 n.2 c.p. può essere richiamato per escludere il principio qui in esame, dato che ritenere operante tale disposizione nei casi già esaminati significa dare già per risolta in senso positivo la questione se si sia effettivamente in presenza di due reati, cioè se si è verificato il presupposto per l'applicazione di tale norma. È evidente che, così operando, si cade in un circolo vizioso ermeneutico, dato che si pretende di dimostrare la punibilità della falsa o omessa comunicazione da una disposizione che invece la presuppone²⁴.

Né maggiore fortuna ha l'argomento per cui l'operatività sostanziale del *nemo tenetur se detegere* andrebbe negata poiché essa darebbe luogo ad una esimente contrastante con il principio di uguaglianza, in quanto verrebbe assoggettato ad un trattamento migliore chi ha commesso due reati (quello base e la falsità o l'omissione che l'occulca) anziché chi ha

²² Gli autori che, per negare la valenza sostanziale del principio in questione, adottano tale argomento, lo riconducono alle riflessioni contenute in FLICK, *L'esimente speciale dell'art.384 c.p. e l'aggravante generale dell'art.61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in Riv. It. dir. Proc. Pen., 1964, p.215. Merita di essere rilevato, peraltro, come, in tale scritto, il chiaro Autore delinea un rapporto di specialità tra l'art.61 n. 2 c.p. e il 384 c.p., ma allo scopo non già di suggerire una interpretazione restrittiva di quest'ultimo, ma, al contrario, per fondarne la prevalenza, ai sensi dell'art.15 c.p., ogni qual volta esso venga apparentemente a concorrere con la disposizione in tema di aggravanti. Parrebbe allora possibile trarre da tale impostazione addirittura un'ulteriore sostegno alla operatività in ambito pre-processuale del *privilege against self-incrimination*.

²³ In questo senso cfr. ZANOTTI, *Nemo tenetur*, cit., p.182; MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, cit., p.179.

²⁴ In tal senso v. BUSSON, *Il commento*, cit., p.1483.

ne ha commesso solo uno²⁵. L'argomento prova invero troppo: se fosse fondato travolgerebbe non soltanto la valenza sostanziale del diritto a non autoincriminarsi, ma anche quella processuale. Anche in tal ultimo caso, infatti, si privilegia chi ha commesso due reati anziché chi ne ha realizzato uno solo (colui che dichiara il falso all'Autorità giudiziaria per non far emergere la propria reità e non chi fa analoghe dichiarazioni per tutelare il collega o un amico). Più in generale, è il meccanismo proprio di tutte le cause di non punibilità (impregiudicata, per ora, la questione della natura giuridica di quella in esame) quello di favorire chi commette un reato in presenza dei requisiti costitutivi di queste anziché chi li perfeziona in assenza degli stessi.

Soltanto apparente maggiormente suadente è la tesi per cui ammettere l'esimente in questione per i reati *victimless* comporterebbe il rischio di inaridire le fonti delle *notitiae criminis*²⁶. A prescindere dal rilievo per cui tutti i principi "costituzionali" hanno una funzione restrittiva del penalmente rilevante²⁷, di modo che non può ad essi rimproverarsi di rendere impercorribili determinati sentieri per la criminalizzazione, si deve rilevare come le accennate preoccupazioni appaiano eccessive. Anche qualora fosse *de plano* riconosciuta la valenza sostanziale del *privilege against self incrimination*, non sarebbe con ciò venuta meno la possibilità che si venga a conoscenza di un reato, per quanto "artificiale" o a "condotta neutra", sol che si abbia l'accortezza (che al Legislatore non sembra sia mai mancata) di moltiplicare le posizioni di garanzia, di controllo e di sorveglianza²⁸, ad esempio prevedendo organi direttivi di natura collegiale in modo che vi

²⁵ PERINI, *Ai margini*, cit., p.546, afferma che ci troveremmo, in tal caso, innanzi ad una evidente disparità di trattamento a favore di chi ha commesso più illeciti penali, con conseguente violazione dell'art.3 Cost.

²⁶ Per tale considerazione v. BUTLER, *Funke v. France*, cit., p.502.

²⁷ Cfr. la fondamentale lezione di BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p.14 e s. Tale rilievo risulta decisivo per confutare argomentazioni simili a quelle esposte nella nota precedente, per cui la vigenza del principio oggetto della presente analisi dovrebbe essere negata in forza dei molteplici obblighi di comunicazione, penalmente sanzionati, previsti dal nostro ordinamento, ad esempio in materia fallimentare e tributaria. In tal senso v. PERINI, *Ai margini*, cit., p. 570 e s. A prescindere dal rilievo che in tal modo si attua una palese inversione metodologica, pretendendo di confutare un principio che si afferma avere rango costituzionale alla luce di disposizioni legislative ordinarie, e a prescindere dall'ulteriore rilievo per cui il principio in esame non pone radicalmente in dubbio la legittimità di tali norme, ma solo la loro applicabilità qualora si rivelassero essere uno strumento per imporre un obbligo di autoincriminazione, bisogna rilevare come sia nella dinamica genetica di tutti i canoni che si pretendono regolatori della potestà punitiva in materia penale l'attitudine a porre in dubbio la legittimità di alcune delle vigenti fattispecie incriminatrici o, più in generale, alcuni caratteri di un sistema penale. Lo stesso principio di legalità, come è noto, e come ci ricordano da ultimo MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p.15 e s., è sorto in un'ottica polemica con il sistema penale vigente all'epoca della sua teorizzazione. In misura minore, medesima cosa è accaduto per il principio di colpevolezza, la cui elaborazione scientifica, sin dalle riflessioni di PORZIO, *La responsabilità penale nella Costituzione italiana. Premessa all'interpretazione dell'art.27 della Costituzione*, Napoli, 1961, ha avuto come obiettivo polemico alcune norme del codice improntate sullo schema della responsabilità oggettiva. E un che di analogo può dirsi per il principio di offensività, per quello di determinatezza e per quello di rieducazione quale fine della pena.

²⁸ Sulle cui distinzioni e meccanismi operativi v. la monografia della LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, cit., *passim*.

siano sempre dei soggetti che, non avendo commesso un precedente reato, non possano invocare la delineata causa di non punibilità²⁹. Deve anzi rilevarsi come, in un'ottica preventiva, la pacifica operatività di un principio come quello qui sostenuto, unitamente al moltiplicarsi degli obblighi di informazione e delle occasioni di controllo, potrebbe persino rivelarsi maggiormente funzionale all'emersione del pregresso *opus illicitum*: si moltiplicherebbero infatti le contraddizioni tra le dichiarazioni (in ipotesi false) e le risultanze contabili e la pluralità delle fonti e dei destinatari farebbe emergere con maggiore facilità tale discrepanza.

L'unico argomento, a confutazione di una valenza pre-processuale del principio in esame, che presenta, indubbiamente, un elevato margine di plausibilità, è quello relativo alla natura di scusante³⁰ dell'invocata esimente³¹, che come tale, non sarebbe suscettibile di applicazione al di là dei limiti espressamente previsti dal Legislatore³²: ammettere la possibilità di una generale valenza scusante della categoria dell'inesigibilità³³ comporterebbe il rischio di mettere seriamente in crisi la "tenuta" del sistema³⁴, o secondo le più recenti impostazioni dottrinali, darebbe luogo ad un significativo *vulnus* al principio di precisione³⁵.

²⁹ E' questo il nucleo di verità che conteneva la superata (e oggi non riproponibile) teorica del reato collegiale, per la quale v. RENDE, *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, p.44, e per la cui confutazione cfr., da ultimo, FIORELLA, *I principi*, cit., p.141. Tale nucleo di verità risiede nella banale considerazione per cui molti dei reati in materia di informazione societaria non potrebbero realizzarsi se gli organi collegiali svolgessero i loro compiti di controllo e prevenzione secondo il disegno legislativo, e ciò anche qualora fosse pacificamente riconosciuta l'operatività del *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale.

³⁰ Per una chiara distinzione tra la categoria delle cause di giustificazione e quella delle scusanti cfr. il quadro tracciato da M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1990, p.55. Sulle scusanti cfr. ora l'approfondito contributo della VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2002.

³¹ Nessuno degli autori favoriti alla stessa ha mai posto in dubbio rilevato la natura di scusante, sostanzialmente riconducibile all'inesigibilità, del *nemo tenetur se detegere*, per quanto in alcuni casi si faccia ripetuto riferimento al diritto alla difesa ed all'art.24 Cost. anziché all'art.27 della stessa, come evidenziato da PERINI, *Ai margini*, cit., p.542.

³² Cfr., *ex plurimis*, MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., p.130.

³³ Secondo quanto propugnato, come noto, da SCARANO, *La non esigibilità*, cit., *passim*.

³⁴ Così PETROCELLI, *op. loc. ult. cit.* Del resto, come è stato rilevato da FORNASARI, *Le cause di esclusione*, cit., p.269, la categoria dell'inesigibilità non appartiene al tradizionale strumentario concettuale della scienza penalistica italiana. Lamenta la scarsa considerazione che riscuote, anche in una prospettiva di riforma, l'ipotesi di un maggiore utilizzo della categoria dell'inesigibilità e delle scusanti nel dibattito penalistico italiano, DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel "Progetto Grosso"*, cit., *passim*.

³⁵ Recentemente, è stato correttamente rilevato da VIGANO', *Stato di necessità*, cit., p.284 e s., come l'obiezione "decisiva" alla valenza metalegale dell'inesigibilità non stia nella presunta "mancanza di tenuta" del sistema. Ad essa farebbe da contraltare il rispetto integrale delle istanze che presiedono al principio di colpevolezza e, quel che più rileva, la constatazione per cui l'affermazione incondizionata di un imperativo si rivela, alla lunga, disfunzionale rispetto allo scopo stesso di tutela dei beni giuridici: un ordinamento che, ad esempio, condanni una madre che abbia rubato del pane per sfamare i propri figli, rischia nel complesso di perdere legittimazione presso la generalità dei

Anche tale considerazione non si rivela, però, decisiva ai fini di una radicale confutazione del *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale. E ciò anche qualora si condividesse la “tradizionale” qualificazione giuridica dell’esimente in questione come causa di esclusione della colpevolezza. Il carattere generico ed indeterminato della categoria dell’inesigibilità, se osta ad un riconoscimento della stessa come scusante metalegale potenzialmente riferibile a ogni fattispecie incriminatrice, non impedisce che *tutte* le cause di esclusione della colpevolezza siano non suscettibili di applicazione analogica: se la *ratio* delle scusanti è nell’anormalità dei processi motivazionali³⁶, e se è ben comprensibile che il generico rinvio alla efficacia scusante di ogni tipo di anomalia motivante possa ritenersi contrastante con elementari esigenze di certezza del diritto, ciò non esclude che di un determinato (in quanto già legalmente tipizzato come fattore escludente la colpevolezza) *iter* motivazionale possa farsi applicazione analogica, se sussiste una lacuna non intenzionale nell’ordinamento³⁷. Una volta ricondotta la “circospezione” con cui si valuta la generalizzazione dell’efficacia scusante dell’inesigibilità ad istanze di determinatezza³⁸, si può applicare analogicamente una determinata scusante se di questa è ben chiara la *ratio* e l’ambito di applicazione, in modo che l’estensione dell’area di liceità penale risulti delimitata da parametri e coordinate precise³⁹.

consociati, con conseguente indebolimento dell’efficacia generalpreventiva di tutte le norme dello stesso. *Rebus sic stantibus*, l’unica istanza che si frappone alla valenza il più ampia possibile della categoria dell’inesigibilità risiede, dunque, nell’esigenza di precisione dell’ordinamento penalistico.

³⁶ Sul tema cfr. la recente monografia di VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000. Sulla *ratio* delle scusanti cfr., però, ora, le precisazioni della VENAFRO, *Scusanti*, cit., p.165, per la quale essa non risiederebbe tanto nella anormalità del processo motivazionale, bensì nell’assenza di un contrasto *soggettivo* tra l’agente ed i valori espressi dal sistema normativo, idoneo alla formulazione di un giudizio individualizzato in ordine al rimprovero penale.

³⁷ Che è, come noto, uno dei postulati perché possa darsi luogo ad un procedimento analogico, come da ultimo ribadito da MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., p.125. Per alcune riserve nei confronti di tale limite v., però, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p.80.

³⁸ Sulle quali v., da ultimo, MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., *passim*.

³⁹ Secondo la ricostruzione suggerita da MANNA, *L’art.384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, I, 1996, p.93, il quale propugna un’applicazione analogica del 384 c.p. anche a favore del convivente *more uxorio*. In tal caso nulla pare, infatti, frapporsi all’operatività del procedimento analogico. Ci troviamo d’innanzi ad una lacuna non intenzionale, atteso che il Legislatore del 1930 non poteva certo rappresentarsi la rilevanza sociale che ha attualmente assunto il fenomeno delle “famiglie” di fatto e l’auspicata interpretazione analogica non pare minare radicalmente la certezza del diritto, dato che potranno beneficiare della suggerita esegesi solo una ben determinate classe di beneficiari: i conviventi *more uxorio* il cui rapporto, per intensità e durata, sia equiparabile a quello del coniuge per quanto concerne il conflitto motivazionale che sorgerebbe se fossero chiamati a rendere dichiarazioni incriminanti il proprio *partner* di vita. Come si vede, non si tratta certo del ricorso ad un concetto talmente generico da mettere irrimediabilmente in crisi i margini della liceità penale nel nostro ordinamento. Del resto, va rilevato come il medesimo PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., p.155, lasciasse aperte le porte alla possibilità di una applicazione analogica di singole disposizioni in tema di assenza di colpevolezza, pur ritenendo impraticabile il rinvio, in tale opera, ad un generico concetto di inesigibilità.

Peraltro, è opinione dello scrivente che non vi sia necessità di percorrere questa via per fondare una generale valenza del *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale, in quanto la natura giuridica dello stesso non pare riconducibile alla categoria della (assenza di) colpevolezza⁴⁰. Un primo indizio della sua natura veniva già offerto dal Nuvolone, il quale, distinguendo tra limiti taciti della norma penale (quelli che, in quanto espressione di un base logica assoluta, non hanno necessità di una espressa previsione legislativa) e limiti espressi (frutto della mera volontà contingente del Legislatore)⁴¹, qualificava quello di cui è manifestazione l'art.384 c.p. come un limite che poteva anche venire non esplicitato dal Legislatore, in quanto espressione di un principio generale, e ne propugnava conseguentemente una applicazione più ampia di quella derivante dalla *littera legis*⁴². Questa "intuizione" sul carattere generale del principio *de quo* trova significative conferme alla luce di una pluralità di dati normativi, alcuni anche dal carattere non esclusivamente penalistico. Ad esso pare, infatti, informarsi anche la disciplina processualcivile dell'istituto del giuramento, là dove si prevede, nell'art.2739 c.c., che esso non possa avere per oggetto un fatto illecito, dato che "sarebbe incivile porre il responsabile nell'alternativa tra giurare il falso e riconoscere un comportamento illecito"⁴³. Rientrando nell'alveo delle disposizioni propriamente penalistiche, appare significativo come sia

⁴⁰ Ed è questa una delle ragioni per la quali, al fine di fondare una valenza sostanziale del *nemo tenetur se detegere*, non si ritiene di percorrere la via indicata da BRUNELLI, *Il falso nel bilancio*, cit., p.58 e s., a proposito del (precedente) art.2621 n.1 c. c., e dalla CECI IAPICHINO, *Commento*, cit., p.1584, in ordine all'ora abrogato art.171 Tuif. Per questi Autori, chi commetteva un falso in bilancio od alla Consob al fine di occultare il proprio precedente agire criminoso non era punibile perché faceva difetto, rispettivamente, il peculiare dolo specifico che, in forza dell'avverbio "fraudolentemente", avrebbe connotato il "vecchio" art.2621 n.1 c. c. o il fine specifico di ostacolo alla Consob ai sensi dell'art.171 Tuif. Il fine di "autotutela" perseguito dall'agente si riteneva, evidentemente, incompatibile con quello tipizzato dal Legislatore. Al di là della controvertibilità di tale argomentazione (non può escludersi, infatti, che l'obiettivo di salvarsi dal grave nocimento alla libertà rappresentato dalla autoincriminazione "transiti" necessariamente per il fine intermedio di inganno ai soci e creditori o di ostacolo alla Consob), il "punto debole" di tale impostazione sta nell'affidare il riconoscimento di una valenza sostanziale del *privilege against self incrimination* all'utilizzo discrezionale di una data tecnica di tipizzazione (quello imperniata sul dolo specifico) da parte del Legislatore. Se questi costruisce un'incriminazione in tema di obblighi informativi come fattispecie a dolo specifico, vi sarebbe spazio per l'esimente *de qua*; se, al contrario, "si accontenta" del dolo generico, bisognerebbe negarvi qualsiasi attitudine scriminante. Ma in tal modo si lascerebbe il Legislatore del tutto arbitro della garanzia in questione. In tale ordine di idee, peraltro, si dovrebbe ritenere legittima la ipotetica norma che imponesse, a pena di sanzione penale, a chi commetta un certo reato, di denunciarlo entro un dato termine, solo che si abbia l'accortezza di non prevedere alcuna ipotesi di dolo specifico.

⁴¹ Per questa distinzione cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p.57.

⁴² Estendendolo ad ogni contrasto con qualsiasi interesse pubblico alla verità, non solo a quello preordinato alla corretta amministrazione della giustizia. O anche riferendolo all'imputato che mentisse circa i propri precedenti giudiziari. Per queste riflessioni v. NUVOLONE, *op. cit.*, p.166.

⁴³ Sic MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, II, Torino, 1995, p.221, *sub* nota 16. Disposizione, questa, notevolmente significativa, atteso che essa attesta come sia recessivo, rispetto all'interesse a non fornire *contra se* dichiarazioni suscettibili di avere penale rilievo, non solo l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia, ma anche quelli privatistici ad ottenere soddisfacimento per le proprie pretese giuridiche accampando una pretesa alla più assoluta trasparenza nei confronti della controparte.

sempre stata esclusa la punibilità dell'autofavoreggiamento nel cui concetto, costituendo quello delineato dal 378 c.p. un reato a forma libera, pare possano rientrare tutte le ipotesi di *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale⁴⁴. E che tale mancata incriminazione sia il frutto di un principio generale dell'ordinamento pare confermato dall'osservazione che a tale scelta ci si è mantenuti fedeli anche con la introduzione di "nuove" e "moderne" fattispecie incriminatrici dell'attività di "approfondimento dell'offesa" figlie, in certo senso, del favoreggiamento, come i delitti di riciclaggio e di reimpiego di capitali illeciti⁴⁵: anche qui non si è reso punibile chi pone in essere le condotte in questione per mascherare la propria precedente attività criminosa. Come si vede, molteplici sono gli "indizi" circa una valenza generale, sistematica, del principio *de quo*, ma prima di dare definitiva risposta al quesito se in effetti così sia, e di tracciarne i confini⁴⁶, appare indispensabile individuarne la radice ultima, cioè la fonte e la *ratio*, in modo da chiarirne la posizione nella gerarchia delle fonti e risolvere il consustanziale quesito sulla natura giuridica dello stesso.

3. *Le fonti internazionali e comunitarie*. Le fonti della valenza sostanziale (e sovraordinata alla legge ordinaria) del diritto a non autoaccusarsi che possono individuarsi sono plurime. Alcune di esse si collocano a livello internazionale, e, precisamente, sono riconducibili alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata per l'ordinamento italiano con la legge n.848 del 1955⁴⁷. La Corte di Strasburgo, quella dedicata all'accertamento del rispetto della Convenzione da parte degli Stati firmatari, ebbe a condannare nel 1993 la Francia poiché vi era la possibilità che essa facesse uso di alcune norme penali del suo ordinamento che punivano la mancata produzione di

⁴⁴ Sulla natura di reato a forma libera del favoreggiamento personale cfr. PIFFER, *sub art.378*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, p.960, cui si rinvia anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche sul punto. Da ultimo, sulle ragioni che presiedono alla mancata incriminazione dell'autofavoreggiamento v. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv .it. Dir. Proc. Pen.*, 2000, p.843 ss.

⁴⁵ Sui quali v., da ultimo, ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997; nonché MANNA (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi*, cit.

⁴⁶ Le norme da ultimo individuate quale espressione del *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale hanno tutte natura di leggi ordinarie e nulla potrebbe escludere, pertanto, che altre disposizioni ordinarie (quelle incriminatrici le false od omesse comunicazioni) possano derogare al presunto principio generale in esso espresso.

⁴⁷ Sulla quale v. oltre alla "classica" trattazione di CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969; STARACE, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali*, Bari, 1992; e, dopo la riforma della Corte, RUSSO - QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della corte di Strasburgo*, Milano, 2000. Di recente, per una ricognizione dell'impatto della Convenzione sul diritto penale italiano cfr. DEL TUFO, *Il diritto penale italiano al vaglio della giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Crit. Dir.*, 2000, p.457.

documenti qualora fossero richiesti dall’Autorità pubblica per indurre il destinatario di un accertamento erariale a fornire la prova della sua condotta illecita: tali disposizioni furono ritenute in contrasto con l’art.6 della Convenzione, che garantisce il diritto ad un giusto processo, corollario indispensabile del quale è il diritto a non fornire la prova della propria colpevolezza anche *prima che sia iniziato* procedimento penale⁴⁸.

Discende da questa interpretazione che la Corte di Strasburgo fa dell’art.6 della Convenzione⁴⁹, che il fondamento (*rectius*, uno degli stessi) di una generale valenza sostanziale del *privilege against self-incrimination* all’interno dell’ordinamento italiano (in seguito alla legge di ratifica) è rappresentato dalla citata Convenzione. Il giudice italiano, ai sensi di quel fondamentale canone esegetico per cui l’ordinamento interno deve essere interpretato, nei limiti del possibile (cioè della “violenza aperta” alla lettera della legge), in maniera conforme agli impegni assunti in sede internazionale⁵⁰, dovrebbe “ricostruire” le fattispecie incriminatrici le false od omesse comunicazioni nel senso che esse siano limitate dalla valenza sostanziale del *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Ma vi è di più, dato che, se la Corte di Strasburgo enuclea solo principi di diritto che hanno, nel nostro ordinamento, il mero rango di legge ordinaria (come sono, in genere, quelli scaturenti dall’esecuzione di trattati internazionali), e che, pertanto, ben possono vedersi derogare da norme di legge ordinarie (salva la responsabilità internazionale del nostro Stato e quella risarcitoria prevista dalla Convenzione), ben diversamente devono

⁴⁸ Così Cedu, 25 febbraio 1993, Funke, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, serie A, n. 256, 1993, p.30. Nel caso esaminato dalla Corte in tale occasione, veniva in rilievo il caso del ricorrente al quale era stata richiesta la documentazione dei suoi conti bancari esteri. Al rifiuto di questi, gli veniva applicata una sanzione amministrativa, mentre non si era ancora attivato il procedimento penale per il reato (previsto dall’art.413-bis 1 del Codice delle Dogane) di mancata esibizione di documenti per il quale era prevista la pena da 10 giorni ad un mese di reclusione. Prima ancora che iniziasse il procedimento penale, fu presentato il ricorso alla Corte, lamentando che l’obbligo penalmente sanzionato ad esibire documenti dai quali possa evincersi al propria reità contrasta con l’art.6 della Convenzione che, garantendo il giusto processo, assicura altresì la garanzia di quel suo presupposto indispensabile che è il diritto a non autoincriminarsi. La Corte di Strasburgo fu della medesima opinione e condannò pertanto la Francia per violazione dell’art.6 della Convenzione. Su tale sentenza v. BUTLER, Funke v. France, cit.; NAISMITH, *Self-incrimination – Fairness or Freedom?*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, p.229; DENNIS, *Instrumental protection, human right or functional necessity? Reassessing the privilege against the self – incrimination*, in *Criminal Law Journal*, 1995, p.342; FROMELL, *The European Court of Human Rights and the right of accused to remain silent: can it be invoked by taxpayers?*, in *British Tax Review*, 1994, p.598. Sulla giurisprudenza della Cedu in tema di diritto a non autoincriminarsi v. pure le riflessioni di VERVAELE, *Nemo tenetur se ipsum accusare. An interesting decision in Strasbourg*, in *Agon*, 1994, n.3, p.3. Nella dottrina italiana cfr. le considerazioni della MAUGERI, *Il regolamento n.2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. II. I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1999, p.1002; ID., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p.856.

⁴⁹ Ed alla quale si è mantenuta fedele anche nell’evoluzione giurisprudenziale degli anni successivi, come illustrato (criticamente rispetto all’impostazione della Corte) da BUTLER, Funke v. France, cit., p.499 e s., e (in senso adesivo) dalla MAUGERI, *Il regolamento*, cit., p.1003 e s.

⁵⁰ Su questo fondamentale principio interpretativo v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1992, p.302.

valutarsi le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Quest'ultima adotta (ma, in realtà, contribuisce a costruire in misura significativa⁵¹) quale parametro delle sue decisioni il diritto comunitario, che, come è noto, si pone in posizione sovraordinata rispetto alla legislazione ordinaria alla luce della posizione rinforzata nella gerarchia delle fonti assunta in base all'art.11 della Costituzione⁵². Nella sentenza *Orkem*⁵³, la Corte ebbe a ritenere che alla Commissione era precluso richiedere, nell'ambito della sua attività istituzionale diretta ad accertare che le normative comunitarie in tema di concorrenza non fossero eluse, alle società commerciali l'esibizione di documenti che potessero costituire ammissione di aver violato la disciplina *antitrust* comunitaria. E ciò in quanto tale imposizione integrerebbe una violazione del diritto alla difesa che costituisce, nel sistema delle fonti comunitarie come ricostruito dalla Corte del Lussemburgo, uno dei principi supremi di quell'ordinamento, superiore cioè anche alla stessa normazione comunitaria ordinaria⁵⁴: "la Corte di giustizia annovera così il diritto di non testimoniare contro se stessi tra le prerogative della difesa, prescrivendone l'osservanza in qualsiasi procedimento, amministrativo e giudiziale, sia nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario che degli ordinamenti giuridici degli stati membri"⁵⁵. Risulta dunque vietato, ai sensi delle norme fondamentali del diritto comunitario, richiedere

⁵¹ Come è noto, in un ordinamento come quello comunitario, che si colloca "a mezza strada" tra quelli di *common law* e quelli di *civil law*, alla Corte del Lussemburgo è riconosciuta una posizione tale per cui "qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di Giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative". Così si è espressa Corte cost., 11 luglio 1989, n.389, in *Giur. cost.*, 1989, I, p.1765. Sul punto v. LOTITO, *Diretta applicabilità delle norme comunitarie ed efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1990, p.161.

⁵² Secondo l'esegesi fornita dalla Consulta nella fondamentale Corte cost., 8 giugno 1984, n.170, in *Giur. cost.*, 1984, I, p.1098. Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana sul punto cfr. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo - comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p.58 e s. Per una panoramica dei più recenti sviluppi della stessa v. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea. Dal trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Torino, 1998, p.384 e s. Merita, peraltro, di essere rilevato che anche l'art.117 della Cost., come recentemente novellato ai sensi della legge costituzionale, sembri poter fungere da fonte della sovraordinazione del diritto comunitario su quello interno.

⁵³ Corte di Giustizia, 18 ottobre 1989, n.347/87, *Orkem*, in *Racc.*, 1989, p.3551,

⁵⁴ Sulla sentenza *Orkem v. BALDI*, *Giurisprudenza comunitaria in materia di diritti della difesa*, in *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 1996, p.361, MAUGERI, *Il regolamento*, cit., p.995, BUTLER, *Funke v. France*, cit., p.493. In generale, sul diritto a non fornire prove contro se stessi nell'ambito della giurisprudenza comunitaria cfr., oltre agli autori ora citati, GOFFIN, *Observation, le droit au silence*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1994, p.464; SAGGIO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Doc. giust.*, 1993, c.276; RINOLDI, *Poteri d'inchiesta della Commissione comunitaria nel campo della concorrenza e rispetto dei diritti della difesa*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1990, p.773.

⁵⁵ Così BALDI, *op. cit.*, p.362.

coattivamente ad una *persona giuridica* in un *procedimento amministrativo* (il caso Orkem concerneva infatti un'azienda sospettata di aver violato la normativa europea sulla concorrenza) da parte di un pubblica Autorità⁵⁶ dichiarazioni da cui sia desumibile la propria responsabilità. E se ciò è vero per le persone giuridiche, *a fortiori* deve valere per le persone fisiche.

Questa ricostruzione dei principi supremi dell'ordinamento comunitario, ed in particolare, tra questi, del diritto alla difesa comprensivo del *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale, permette una volta per tutte di fondare la vigenza di questa esimente come principio generale del nostro ordinamento, ben al di là degli "angusti" limiti dell'art.384 c.p. Il diritto comunitario (e *a fortiori* un suo principio supremo) prevale pacificamente su una norma di un ordinamento degli Stati membri con esso contrastante. Laddove il giudice italiano riscontri un contrasto tra una fattispecie incriminatrice che imponga un obbligo di comunicazione e il rispetto dell'esigenze sottese al *nemo tenetur se ipsum accusare*, è tenuto a far prevalere queste ultime in quanto aventi rango di norme comunitarie: le disposizioni interne contrastanti dovranno essere disapplicate. Ci troviamo in tal caso innanzi ad una ipotesi di quel sindacato di costituzionalità diffuso che, in base al paradigma comunitario, ogni giudice interno di ogni Paese membro può esercitare sulle disposizioni del proprio ordinamento; fenomeno nel quale è stata individuata una delle più diromponenti caratteristiche che la comunitarizzazione degli ordinamenti europei comporta⁵⁷. La ricerca di una fonte sovraordinata alle disposizioni di legge ordinarie che potesse fondare la valenza generale di una valenza sostanziale del *privilege against self-incrimination* può dunque dirsi approdata ad un rassicurante approdo: tale fonte esiste ed

⁵⁶ La Corte di Giustizia ha, infatti, precisato, nelle decisioni successive al caso Orkem, che la garanzia comunitaria del diritto a non fornire prove della propria responsabilità riguarda soltanto i rapporti con le pubbliche Autorità caratterizzati da una potestà sanzionatoria (anche solo indiretta) da parte di queste ultime. Nell'ambito dei rapporti tra privati, come nell'ipotesi di un procedimento civile, non sussiste, a livello comunitario, detta garanzia. Per tali sviluppi della giurisprudenza della corte del Lussemburgo cfr. BALDI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ Come è stato acclarato dalle indagini di RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1996; ID., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia ("influenza", poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art.177 Tr. CEE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1997, p.1135. Deve precisarsi che tale "sindacato di costituzionalità diffuso" non può esercitarsi su tutte le norme dell'ordinamento di uno Stato membro, atteso che il controllo di conformità all'ordinamento comunitario, ed in ispecie ai suoi principi fondamentali può avere per oggetto solo materie che già presentano uno stretto collegamento col diritto comunitario, nel senso che sono già parzialmente disciplinate dallo stesso o che, comunque, rientrano nella sfera di competenza degli organismi comunitari e potranno perciò essere oggetto, in futuro, di regolamentazione comunitaria. Per detta ricostruzione della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo sulla perimetrazione dell'oggetto dei diritti fondamentali previsti a livello comunitario cfr. STROZZI, *Diritto istituzionale*, cit., p.216 e s. Tale limitazione dell'ambito di applicazione dei principi supremi dell'ordinamento comunitario non sembra costituire, deve rilevarsi, un ostacolo all'applicazione del *nemo tenetur se detegere* alle fattispecie incriminatrici italiane che sono usualmente richiamate quali esempi di norme confliggenti con il principio (false comunicazioni sociali, falso alla Consob, falso alla Banca d'Italia) dato che queste riguardano tutte materie già oggetto di disciplina comunitaria e, pertanto, rientrano *de plano* nella sfera di applicazione dei principi supremi di quell'ordinamento come ricostruiti dalla Corte di Giustizia.

è di ambito comunitario, cioè si colloca prossima al massimo grado nella gerarchia delle stesse⁵⁸. La nostra ricerca non può però ancora dirsi conclusa, sia perché la garanzia comunitaria non ha per oggetto tutte le ipotesi di obblighi di comunicazione penalmente sanzionati previsti dal nostro ordinamento, ma solo quelli afferenti le materie di competenza comunitaria⁵⁹, sia perché dobbiamo ancora precisare la natura giuridica dell'esimente in analisi.

4. *La fonte "interna" del principio e la natura giuridica dello stesso.* Lo schema logico seguito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla Corte di Strasburgo prevista dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituisce un significativo indizio per la individuazione della fonte esclusivamente interna del principio in esame e per la chiarificazione della sua natura giuridica.

Un'attenta analisi delle motivazioni delle sentenze delle corti europee attesta come il principio ultimo cui viene ricollegato il *nemo tenetur se detegere* non sia quello di colpevolezza: le istanze che hanno presieduto al suo riconoscimento non sono, dunque, riconducibili al denominatore dell'inesigibilità. Il che è, del resto, facilmente comprensibile allorché si consideri che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo risale al 1950, e all'epoca il principio di colpevolezza non era certo inteso come un canone informatore della legislazione penale assolutamente inderogabile, di modo che è esso non è stato incluso tra le garanzie minimali assicurate dalla Convenzione, e su di esso non si è potuta, pertanto, fondare l'impostazione di cui è espressione la sentenza Funke. Un che di analogo può dirsi per l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, per la quale il principio di colpevolezza non assurge al rango di diritto fondamentale dell'ordinamento comunitario⁶⁰. Inoltre, l'affermazione del principio nella sentenza Orkem non può certo ricondursi alla categoria della inesigibilità dato che il ricorrente, in tal caso, era una

⁵⁸ Come è noto, secondo la giurisprudenza della Consulta, le norme comunitarie possono derogare persino le norme costituzionali, con il solo limite dei principi supremi del nostro ordinamento. Così Corte cost., 21 aprile 1989, n.232, in *Foro it.*, 1990, I, p.1855.

⁵⁹ Come precisato *sub* nota 57.

⁶⁰ Come da ultimo ricordato dalla MAUGERI, *Il regolamento*, cit., p.960 e s. Del resto, come già rilevato da PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1993, p.1039 e s., il diritto punitivo amministrativo in materia economica, come è quello comunitario, va sempre più sviluppando forme di responsabilità che prescindono dai tradizionali criteri d'imputazione riconducibili alla colpevolezza per svilupparne altri, maggiormente funzionali, ispirati al principio dell'assunzione del rischio per lo svolgimento di determinate attività.

persona giuridica, rispetto alla quale il rinvio al concetto di inesigibilità appare difficilmente praticabile.

La fondazione del *nemo tenetur se ipsum accusare* ha avuto allora un'altra matrice, rispetto a quella usualmente invocata nel dibattito italiano. Essa è stata individuata nei principi del giusto processo, e precisamente, nella presunzione d'innocenza quale connotato fondamentale che deve avere qualsiasi procedimento penale affinché possa qualificarsi "giusto" ai sensi dell'art.6 della Convenzione e del diritto comunitario (e, oggigiorno, anche ai sensi del novellato art.111 della Costituzione).

La violazione della Convenzione rilevata nella sentenza Funke concerneva tanto il principio del giusto processo (di cui all'art.6 comma 1 della Convenzione) quanto quello della presunzione d'innocenza (di cui all'art.6 comma 2 della stessa)⁶¹, ma più in generale, deve rilevarsi come il *nemo tenetur se detegere* non possa avere, in qualsiasi ordinamento (tanto italiano quanto comunitario) altra fondazione che la presunzione d'innocenza⁶² come elemento caratterizzante il concetto di giusto processo. Se ci si chiede quali sono le ragioni che, in ultima istanza, ostino al disconoscimento del principio in esame, esse sono usualmente individuate, come ricordato, nell'esigenza che le garanzie del diritto alla difesa solennemente assicurate in ambito processuale non vengano eluse in quello sostanziale. Per quanto di "intuitiva" evidenza, tale osservazione non può dirsi però pienamente esaustiva, non riesce a dare piena ragione delle conclusioni ultime cui approda. E ciò in quanto il postulato implicito in essa è quello per cui il diritto alla difesa⁶³, come garantito dall'art.24 Cost., includa il diritto al mendacio. Ma così non è, atteso che il diritto di cui all'art.24 delle Legge Fondamentale assicura soltanto il diritto al contraddittorio: le garanzie apprestate da tale disposizione costituzionale sono comuni a tutti i rami dell'ordinamento processuale italiano ed in questi, ad eccezione di quello penale, non è in alcun modo facoltizzato il mendacio processuale della parte, il quale trova anzi rigide sanzioni, come attestano i reati di falso giuramento e di frode processuale. Anche a prescindere dalle disposizioni incriminatrici, nell'ambito del processo civile (ed in quello amministrativo che alle norme del primo fa rinvio) la parte deve comportarsi secondo lealtà, ed affermare il falso è reputata una grave scorrettezza suscettibile di sanzioni

⁶¹ Come posto in evidenza dalla MAUGERI, *op. cit.*, p.1002.

⁶² Sulla quale v., da ultimo, GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1998, p.1168.

⁶³ Sul quale, in generale, cfr. VOENA, *Difesa* in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, X, 1988; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1994, p.466.

processuali⁶⁴. Tutto ciò non desta la minima perplessità, atteso che il nucleo razionale della garanzia di cui all'art.24 Cost. (cioè della norma che assicura protezione costituzionale al carattere comune del diritto di difesa in ogni ordinamento processuale) risiede non già del diritto al mendacio, bensì in quello al contraddittorio⁶⁵.

Quanto detto non esclude, però, che vi sia una garanzia costituzionale del diritto al mendacio qualora questo sia l'unico strumento per evitare autoincriminazioni, solo richiede l'individuazione di un parametro costituzionale di riferimento diverso dal (solo) art.24 della Costituzione⁶⁶, in quanto rifletta non già le generiche caratteristiche che deve avere il diritto di difesa in *ogni tipo di processo* (queste si limitano alla possibilità di un contraddittorio effettivo), ma quelle proprie del diritto alla difesa *nel processo penale*. Chi ha analizzato con maggior cura il fondamento del *nemo tenetur se detegere* in ambito processuale ha individuato la sua ragion d'essere nella presunzione d'innocenza⁶⁷: e questa, e dunque l'art.27 comma 2 della Costituzione che fonda, in combinato disposto con l'art.24 della Legge Fondamentale, il principio in questione⁶⁸ (ed oggi si dovrebbe aggiungere, all'insieme di queste norme, anche il novellato art.111 Cost).

Quanto rilevato in ambito processuale vale anche in quello sostanziale. Il fondamento ultimo dell'invocato principio ci pare essere la garanzia costituzionale del giusto processo, giusto in quanto comprensivo della presunzione d'innocenza. Se fosse lecito al Legislatore configurare obblighi penalmente sanzionati di autoincriminazione, l'osservanza di tale precetto farebbe venir meno (eluderebbe) la garanzia di un giusto processo (in quanto l'imputato non potrebbe avvalersi dell'iniziale favore rappresentato dalla presunzione d'innocenza) per il proprio reato che si è denunciato: non si potrebbe supporre questo reato come non realizzato poiché ciò equivarrebbe a supporlo colpevole di inadempimento

⁶⁴ Cfr., al proposito, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Torino, 1995, p.302 e s. Sull'esistenza di obblighi legali di verità in ambito processualcivile v. anche GREVI, "Nemo tenetur se detegere". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 7.

⁶⁵ Come già rilevato da BADELLINO, *Sul fondamento*, cit., p.286.

⁶⁶ L'astrattezza ed indeterminatezza della formula costituzionale ivi utilizzata è, del resto, uno dei luoghi più frequentati dalla riflessione dottrinale. Cfr., per tutti, VOENA, *Difesa*, cit., p.5 e s.

⁶⁷ Cfr. GREVI, "Nemo tenetur se detegere", cit., p.12, sub nota 17. Anche chi si è maggiormente occupato della presunzione d'innocenza ha individuato il legame genetico tra questa ed il *privilege against self-incrimination*. Cfr., ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p.191, il quale rileva come su di essa si fondi l'esclusione di postulare doveri di collaborazione in capo all'imputato. In questo senso v. anche MAUGERI, *Le moderne*, cit., p.798. Da ultimo, su questi temi, sul versante processualistico, cfr. DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1027.

⁶⁸ Così GREVI, *op. cit.*, p.46.

rispetto all'obbligo di denunciare il proprio *opus illicitum*⁶⁹. Gli obblighi di incriminazione importano la rinuncia ad un processo penale "giusto" (in quanto inclusivo della presunzione d'innocenza) quale unico strumento di accertamento autoritativo del penalmente rilevante: i presupposti della restrizione della libertà personale non vedrebbero più come snodo centrale un'accertamento caratterizzato da una particolare disciplina⁷⁰ e da un peculiare onere probatorio per l'accusa, quello caratterizzato dall'ostacolo della considerazione di non colpevolezza⁷¹. Ritenere legittimo un dovere di comunicazione là dove esso importi l'autoincriminazione significa rinunciare alla fondamentale equazione per cui l'irrogazione di una pena postula un reato accertato con un processo penale "giusto", cioè, tra le altre cose, caratterizzato dalla presunzione d'innocenza⁷², da un iniziale *handicap* per la pubblica accusa che compensi la posizione di superiorità dello Stato nei confronti dell'imputato.

Da quanto ora illustrato, emerge con chiarezza che il fondamento ultimo del *nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale non risiede nel principio di colpevolezza, e dunque non è l'art.27 1° e 3° comma della Costituzione il parametro di riferimento, ma l'esigenza di processo connotato dalla presunzione d'innocenza quale fondamentale requisito per la restrizione della libertà personale (oltre le fonti "esterne" rappresentate dalla Convenzione e dal diritto comunitario). L'interesse cui è strumentale la valenza sostanziale del *privilege against self incrimination* è quello dell'esclusività dell'accertamento processuale a quale fonte di "verità penalmente rilevanti". Se così è, il parametro costituzionale di riferimento è dato dal combinato disposto degli articoli 24, 27 2° comma e (oggi) 111 della Costituzione. La radice ultima del principio in esame risiede in un'ipotesi di conflitto tra norme (quelle

⁶⁹ Uno dei due processi penali attivati verrebbe privato del carattere di "dubbiosità" che sempre deve caratterizzare l'iniziale ipotesi accusatoria, ai sensi di quella tradizionale ed autorevole opinione che individua l'essenza del processo penale nel "dubbio". Per l'equazione tra processo penale e dubbio cfr. la classiche pagine di BELLAVISTA, *Il processo come dubbio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967, p.764.

⁷⁰ Che il processo penale "viva" e sia conforme al suo modello costituzionale non tanto in quanto funzionale all'emersione della verità materiale, ma (almeno in egual misura) in quanto sia rispettoso di determinate forme che assicurino razionalità e tutela dalla prevaricazione è un dato acquisito nel dibattito italiano almeno a far data dal fondamentale saggio di NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

⁷¹ Locuzione in tutto e per tutto coincidente con quella di presunzione d'innocenza, coma da ultimo ribadito da GAROFOLI, *op. cit.*

⁷² Se si ammettesse la legittimità di una norma che imponesse ai cittadini incorsi in un reato A di denunciarlo entro un dato termine, a pena di incorrere nel reato B, ci troveremmo d'innanzi alla seguente paradossale situazione: una volta realizzato A, al momento di decidere se commettere B (ed in tal modo "godere", nell'eventualità in cui si apra un procedimento penale, della possibilità di proclamarsi innocenti tanto rispetto ad A quanto a B) o se autodenunciarsi, ci si troverebbe di fronte alla scelta se rinunciare ad un processo penale "giusto" – quello relativo ad A, atteso che la propria autoincriminazione elimina *de facto* la presunzione d'innocenza e l'onere probatorio in capo all'accusa – o se avvalersi di tale garanzia costituzionale *al costo di commettere un'ulteriore illecito penale* (B).

che impongono l'obbligo di denuncia e quelle costituzionali appena indicate), che si risolve con la prevalenza delle norme sulla presunzione d'innocenza e sul giusto processo.

In questo modo siamo anche in grado di rispondere al quesito sulla natura giuridica dell'esimente in questione: se essa si fonda su alcune norme costituzionali che rendono lecito un fatto normalmente illecito (il falso e l'omissione integranti un dato tipo criminoso) in ragione della prevalenza di un dato valore giuridico (quello di un processo penale caratterizzato dalla presunzione d'innocenza)⁷³ su un altro (quello della protezione dei beni giuridici offesi dalle condotte di omissione e mendacio), non ci troviamo di fronte ad una scusante bensì ad una causa di giustificazione, già presente nel nostro ordinamento⁷⁴ e operativa in base al combinato disposto tra l'art.111, il 27 comma 2, il 24 Cost. e l'art.51 del codice penale.

Non si tratta di una applicazione analogica dell'art.384 c.p., di un'espansione delle ipotesi di inesigibilità come legislativamente tipizzate, ma della rigida applicazione di un ambito di liceità già normativamente preformato⁷⁵. E, precisamente, la menzogna o l'omissione di

⁷³ Cioè che all'emersione di "verità penalmente rilevanti" presieda *unicamente* quello "strumento conoscitivo" rappresentato da un processo penale "giusto", in quanto caratterizzato dal binomio presunzione d'innocenza – onere probatorio a carico dell'accusa.

⁷⁴ Anche se in buona misura misconosciuta, il che non deve però stupire oltre misura, atteso che, come ribadito da MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p.136, "va tenuto sempre presente che dal diritto esistente da tempo, come dal nuovo diritto che si forma continuamente, possono ricavarsi facoltà legittime o doveri, e quindi ipotesi di conformità all'ordinamento, finora non prese in considerazione, ad es. perché non ancora pervenute all'esame della giurisprudenza, o perché erroneamente disconosciute". Il non frequente riconoscimento giurisprudenziale della scriminante in questione da un lato non deve però essere enfatizzato, come attestano gli esempi riportati *sub* nota 1, e dall'altro può trovare spiegazione nel relativamente recente moltiplicarsi degli obblighi di comunicazione penalmente sanzionati, il cui notevole incremento nell'ultimo secolo è riconducibile alla dimensione solidaristica assunta dallo stato moderno e che è stata una dei maggiori fattori di criminalizzazione come posto in luce da PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., p.36 e s. Il fenomeno è, del resto, comune a tutti i Paesi occidentali avanzati. Anche nell'ordinamento tedesco, la generale valenza del *nemo tenetur se detegere* è stata messa in crisi dal moltiplicarsi degli obblighi di informazione penalmente sanzionati figli del carattere solidaristico che è venuto ad assumere lo Stato nell'ultimo secolo, come evidenziato da VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, cit., p.75. A conforto di questa tesi sta il rilievo di ZANOTTI, *op. cit.*, p.193, per cui ancora all'epoca di emanazione del codice Rocco, l'art.384 c.p. aveva una valenza esaustiva rispetto alle istanze di cui è espressione il brocardo *nemo tenetur se detegere*, nel senso che tutti in casi in cui assumeva rilievo l'esercizio dello *jus mentiendi* trovavano espressa disciplina nel 384 c.p. E' stato il successivo moltiplicarsi delle fattispecie incriminatrici le false od omesse comunicazioni a dimostrare l'insufficienza del citato articolo ed a indurre a chiedersi se non ci fosse un'altra e più generale fonte per l'invocata esimente.

⁷⁵ Cadono così le preoccupazioni di chi, come PERINI, *Ai margini*, cit., p.569, ritiene il principio della generale valenza sostanziale del *nemo tenetur se ipsum accusare* si tramuterebbe in "un'aberrante scusante" che renderebbe non punibile il sequestro di ostaggi al fine di assicurarsi l'impunità o (a p.576 dell'opera citata) l'omicidio del latitante per sottrarsi alla cattura. Queste preoccupazioni hanno ragion d'essere solo se si intende l'esimente in esame come frutto di un del tutto generico concetto di inesigibilità. Anche qualificandola come scusante, peraltro, tali esiti non appaiono necessitati, dato che, come già implicito in ZANOTTI, "Nemo tenetur", *passim*, l'esimente in questione avrebbe per oggetto solo i doveri dichiarativi. Essi avrebbero, evidentemente, la natura di elementi oggettivi che delimitano l'area di operatività della scusante, come avviene per tutte le cause di esclusione della colpevolezza conosciute, come, in generale, illustrato da VIGANO', *Stato di necessità*, cit., p.326 e s. L'individuata natura di causa di giustificazione esclude, però, in radice questi timori. Essendosi la *ratio* della non punibilità individuata in un conflitto di valori normativizzati, risulterà *de plano* la natura recessiva della tutela di quelli che sottendono il *nemo tenetur se detegere* qualora il bene contrapposto

una informazione cui si sia penalmente tenuti risulterà integrare una causa di giustificazione ai sensi delle individuate norme, salvo che ci trovi innanzi ad un'incriminazione per favoreggiamento personale, riciclaggio *et similia*, dove la clausole di esclusione dell'autofavoreggiamento permettono di qualificare la condotta occultatrice del precedente reato proprio come un fattore escludente lo stesso fatto tipico⁷⁶. Al di fuori di quest'ultima ipotesi, avremo una causa di giustificazione di tipo "personale", cioè di quelle che operano solo in riferimento a determinate persone o categorie di rapporti, conformemente al brocardo per cui *quod licet Jovi non licet bovi*⁷⁷. La ragione della natura relativa della scriminante del *nemo tenetur se ipsum accusare* è facilmente ricostruibile, ora che se ne è chiaramente indicato il fondamento ultimo. Essa discende dall'essere la

sia di così altro grado come la vita o la libertà personale. In tali casi non ci sarà bilanciamento che tenga: prevarranno sempre le istanze di protezione di questi valori supremi dell'ordinamento. In altri termini, l'esclusione della natura di scusante (per sua natura "refrattaria" ad una delimitazione imperniata sul bilanciamento degli interessi in conflitto) in luogo di quella di scriminante costituisce il più sicuro fondamento per eliminare la possibilità di applicazioni aberranti dell'individuato principio.

⁷⁶ E ciò in quanto, come precisato da PALAZZO, *Introduzione*, cit., p.168, e da PULITANO', *Politica criminale*, in MARINUCCI - DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p.40, il Legislatore descrive il fatto tipico in modo da contemperare gli interessi contrapposti che usualmente vengono in gioco nella protezione di un dato bene giuridico, in quanto allo stesso connessi. Per tali contro-interessi "prossimi" verranno individuate cause di esclusione della tipicità. Qualora vengano in rilievo interessi "lontani" dall'oggetto di tutela, tali risultare tangenti rispetto a questo solo in casi particolari, non vi provvederà la singola norma incriminatrice, ma le varie cause di giustificazione. In tal caso avremo un'ipotesi di fatto tipico giustificato. Più in generale, è stato rilevato da MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., p.136, che l'opera di bilanciamento tra interessi contrapposti taglia trasversalmente l'intera struttura illecito. Dalla selezione dei fatti punibili alla scelta delle situazioni alle quali riconoscere efficacia scriminante sino alla stessa articolazione ed esecuzione delle sanzioni, l'ordinamento procede ad altrettante ponderazioni e scelte tra interessi potenzialmente contrastanti. Riferendo tale costruzione generale al *nemo tenetur se detegere*, avremo che esso configura un'ipotesi di assenza di tipicità in reati che, come l'art.378 c.p., prevedono espressamente la non incriminazione dell'autofavoreggiamento, ed un'ipotesi di scriminante là dove manca un'espressa previsione ad opera della singola norma incriminatrice.

Peraltro, una diversa lettura, che conferisca valenza di causa di giustificazione al *nemo tenetur se ipsum accusare* anche là dove è espressamente previsto dalle singole norme di parte speciale, è possibile alla luce delle precisazioni operate da VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1984, p.1641 e s., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, *La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza*, II tomo, Milano, 1997, p.893 e s. Il chiaro Autore, a p.927 e s. del citato contributo, evidenzia l'imprecisione in cui sarebbero incorsi coloro che, sulla scia di Binding, continuano a scindere gli elementi del fatto di reato dall'antigiuridicità oggettiva sulla sola base della previsione dei primi nella norma incriminatrice e della seconda in principi generali dell'ordinamento. Ma tale distinzione si rivela fallace, atteso che la corrispondenza fatto – previsione incriminatrice di parte speciale e causa di giustificazione – principio generale espresso dalle clausole di parte generale, se si rispecchia nel modo ordinario di redazione delle norme, si trova sbilanciata rispetto a formulazioni insolite rispetto a quello schema. Sviluppando quest'ordine di idee, potrebbe forse sostenersi che la clausole di parte speciale che conferiscono espresse rilievo al *nemo tenetur se detegere* debbano leggersi come afferenti esse stesse l'area della cause di giustificazione non già quella del fatto di reato. Quale che sia la soluzione preferibile, il punto fondamentale che in questa sede preme evidenziare è quello per cui l'esimente che abbiano qui cercato di ricostruire e fondare si colloca nell'area della fattispecie oggettiva e non già di quella subiettiva, come sinora si era sempre sostenuto.

⁷⁷ Si tratta di quelle cause di giustificazione per cui mentre un fatto è conforme all'ordinamento se commesso da A, è da ritenersi antigiuridico rispetto ad ogni altra persona, di modo che il ricorrere di una scriminante di questo tipo non rende lecito il fatto automaticamente per tutti i concorrenti nel medesimo. Su questa categoria cfr. DELITALA, *Adempimento di un dovere*, in ID., *Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p.468; DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica*, in *Arch. Pen.*, 1972, p.176; MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, cit., p.136; VIGANO', *Stato di necessità*, cit., p.318.

presunzione d'innocenza una garanzia prevista a favore dell'imputato in un dato procedimento, che non può dunque operare per chiunque altro non rivesta tale caratteristica soggettiva: come in ambito processuale non avrebbe alcun senso, per un testimone, invocare la considerazione di non colpevolezza per giustificare il proprio inadempimento all'obbligo di collaborazione con l'Autorità, altrettanto è da dirsi in ambito pre-processuale. Il carattere relativo della causa di giustificazione in questione permette anche di considerare del tutto conformi al sistema la previsione "in se" di obblighi di comunicazione penalmente sanzionati. Questi non saranno costituzionalmente illegittimi⁷⁸ ma solo non vedranno tra i loro destinatari una particolare categoria di soggetti: coloro che, adempiendovi, farebbero emergere il loro precedente operato criminoso⁷⁹.

Per incidens, merita forse di essere rilevato come l'iter argomentativo appena svolto permetta anche di precisare la natura giuridica della causa di non punibilità delineata dall'art.384 c.p.⁸⁰, che, dalla prevalente dottrina, è ritenuta una ipotesi scusante riconducibile alla categoria dell'inesigibilità⁸¹. Alla luce di quanto esposto risulterà chiaro come l'art.384 c.p. delinea una causa di non punibilità polivalente: limitatamente all'autore del precedente reato ed alla condotta di questi consistente nell'inottemperanza ad un dovere di collaborazione legalmente imposto avremo una pacifica applicazione del *nemo tenetur se detegere*, cioè della causa di giustificazione riconducibile al combinato disposto degli articoli 24, 27 2° comma e 111 della Costituzione⁸², per le altre ipotesi contemplate in

⁷⁸ Non può, infatti, affermarsi la illegittimità costituzionale di una fattispecie incriminatrice che, nell'ampiezza della sua formulazione letterale, pare includere nel penalmente rilevante anche ciò che è oggetto di garanzia costituzionale, qualora l'oggetto dell'incriminazione è più ampio di quello della garanzia prevista dalla Legge Fondamentale. In tal caso, il contrasto con la norma costituzionale non vale ad escluderne *in toto* la costituzionalità della disposizione di legge, ma individua, rispetto alla stessa, un limite scriminante rappresentato dai casi riconducibili alla previsione costituzionale, secondo il meccanismo posto in luce da NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p.218; LANZI, *La scriminante dell'art.51 c. p.*, cit., *passim*.

⁷⁹ La natura relativa o personale della causa di giustificazione rappresentata dai profili sostanziali del *privilege against self-incrimination* suggerisce anzi di incentivare la creazione di posizioni di garanzia, obblighi di informazione e di impedimento. Questi non verranno vanificati dalla conformità all'ordinamento delle condotte omissive o di mendacio (che, in quanto giustificate, non sarebbero impedibili), atteso che, per la generalità dei consociati estranei al reato che si intende occultare, le condotte in questione permangono anti-giuridiche.

⁸⁰ Sulla quale, in generale, cfr. MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art.384 c.p.*, Napoli, 1992.

⁸¹ In tal senso v. SCARANO, *La non esigibilità*, cit., p.66; PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in ID., *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, p.170; DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, p.35; PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, p.241; PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., p.142; FLICK, *L'esimente speciale*, cit., p.219; FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p.1327; FORNASARI, *Il principio*, cit., p.212; ZOTTA, *Casi di non punibilità*, in COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, p.529; PULITANO', *Nemo tenetur*, cit., p.1276; PERINI, *Il delitto*, cit., p.595; ID., *Ai margini*, cit., p.558.

⁸² Dal che discende la superfluità di un'espressa disposizione legislativa per tali ipotesi, la cui liceità deriva direttamente da norme costituzionali. Quest'ultimo rilievo vale, però, solo per l'oggi e non già all'epoca dell'emanazione della

tale disposizione si tratterà, invece, di una vera e propria scusante, e quindi di un'area di non punibilità nel sistema derivante *in toto* da una specifica opzione del Legislatore in tal senso⁸³.

Al termine della presente analisi, siamo dunque giunti alla conclusione che quel principio che da alcuni anni si usa da noi definire valenza sostanziale del *nemo tenetur se detegere* ha un sicuro fondamento costituzionale (oltre che comunitario) ed una natura giuridica di causa di giustificazione, col che risultano fugati i principali ostacoli, relativi alla sua fonte e ai pericoli che pone il dare rilievo ad un "ontologicamente impreciso" concetto di

norma, in cui l'assenza di una costituzionalizzazione della presunzione d'innocenza non rendeva il Legislatore necessitato ad alcun riconoscimento del *nemo tenetur se ipsum accusare*. Rileva anzi il CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p.86, come il codice di procedura penale del 1930 (coevo all'attuale codice penale, e, dunque, a quanto previsto dall'art.384 c.p.) fosse ispirato all'opposto principio della presunzione di colpevolezza. A favore di questo si era, del resto, da sempre pronunziato uno dei principali artefici di quel codice, come risulta da MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1920, p.95; ID., *Trattato di diritto processuale italiano secondo il nuovo codice*, I, Torino, 1931, p.180. Per una dettagliata ricostruzione del dibattito in tema di presunzione d'innocenza cfr. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, p.10 e s.

⁸³ Una chiarificazione pare doverosa, per evitare fraintendimenti che possano indurre e negare la fondatezza dell'inquadramento qui proposto in ragione delle paradossali conseguenze cui esso darebbe luogo. A volte viene mossa, per confutare qualsiasi "tentazione" di riconoscere all'esimente di cui all'art.384 c.p. natura diversa da quella di scusante, un'obiezione fondata su quella "prova del nove" che è l'applicabilità della legittima difesa. Si afferma, in tali casi, che, se si vedesse nella disposizione in questione una causa di giustificazione, si dovrebbe disconoscere la possibilità di una legittima difesa in capo alla vittima di un sinistro stradale che - avuto sentore che l'autore dello stesso si accinge a distruggere le tracce della frenata che comprovano la negligenza nella sua guida la notte prima che sul posto si rechi il perito incaricato di ricostruire la dinamica dell'incidente - si apposti sul luogo dello stesso ed impedisca con modica *vis* tale frode processuale. Se si riconoscesse in tale frode processuale un'ipotesi di fatto giustificato, bisognerebbe ritenere colui che l'ha impedita responsabile dei delitti di lesione o di violenza privata, il che appare francamente assurdo. L'indubbia esattezza di tale osservazione non pare, però, in grado di indurre a negare a tutte le ipotesi attualmente ricomprese nell'art.384 natura di causa di giustificazione. L'individuato fondamento del *nemo tenetur se deteger* pare, al contrario, il più adatto a rendere ragione della diversità di natura giuridica tra alcune sotto-fattispecie ed altre tutte riconducibili alla citata previsione codicistica. Se la sua valenza sostanziale, in definitiva, si fonda sulle ragioni che inducono a riconoscere a livello costituzionale il binomio presunzione d'innocenza - onere probatorio a carico dell'accusa quali connotati indefettibili del processo penale, i limiti di tale causa di giustificazione sono gli stessi che, a livello processuale, connotano il diritto a non collaborare dell'imputato. Orbene, questi si sostanziano nel diritto al silenzio ed al mendacio, cioè a *non fornire (nuove) prove contro se*, e non già nel diritto ad *eliminare le prove preesistenti*. Oggetto di garanzia costituzionale è il divieto di far dell'imputato in quanto "persona" (essere libero e consapevole) un mezzo di prova, cioè di ricavare dai comportamenti consapevoli nuovi elementi di prova, non già un inesistente diritto ad alterare il quadro probatorio preesistente. Ciò che si intende garantire è il non essere costretti - sotto minaccia di sanzione penale - ad un comportamento positivo che fornisca agli inquirenti prove non ancora esistenti, non il diritto a distruggere quelle già venute alla luce. Ne deriva che è solo l'area dei comportamenti *successivi* al primo reato ad essere "coperta" dal *nemo tenetur se ipsum accusare*: all'autore di un reato non si può imporre di creare elementi di prova a suo carico. Gli si può imporre di non distruggere quelli già venuti ad esistenza col fatto stesso di aver realizzato un illecito penale. In altri termini, sono le dichiarazioni dell'imputato ad essere oggetto della garanzia del *privilege against self incrimination*. Così, pacificamente, è nell'alveo originario del principio in questione, quello processuale, ed estensione non certo maggiore gli si deve riconoscere in ambito pre-processuale. Ne deriva che la frode processuale non è "coperta" dall'individuata causa di esclusione dell'antigiuridicità. L'operatività del 384 c.p. rispetto alla stessa risponde unicamente alla logica dell'inesigibilità. Sulla scia delle riflessioni che dette possibili obiezioni hanno suscitato, bisogna quindi ribadire quanto già sinteticamente affermato in INFANTE, *Nemo tenetur se detegere in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2001, p.852: l'oggetto della causa di giustificazione individuata, e le sottofattispecie di cui all'art.384 c.p. che la integrano, è soltanto quello relativo all'*inottemperanza ad un dovere di collaborazione* penalmente imposto all'autore di un reato. Tutto ciò che fuoriesce da un dovere di collaborazione - cioè tutto ciò di diverso dalla pretesa che l'autore di un illecito penale fornisca *nuovi* elementi di prova contro se - non rientra nell'oggetto della scriminante in esame e non può ritenersi, pertanto, giustificato, di modo che la legittima difesa è, in tali ipotesi, ben configurabile.

inesigibilità, i quali hanno finito per ostacolarne un più ampio riconoscimento in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza italiane.

Ne deriva, pertanto, che tutti gli obblighi informativi alle Autorità assistiti da sanzione penale, tanto per le ipotesi di falsità quanto per quelle di omissione, trovano tale limite scriminante. L'art.2638 c. c. non potrà, pertanto, dar luogo ad una declaratoria di penale responsabilità nei confronti di chi ha commesso il reato *de quo* per evitare l'emersione del proprio precedente *opus illicitum*.

Né si deve temere che l'individuata causa di giustificazione dia luogo ad effetti talmente "dirompenti" da indurre a "ritrattare", in base all'argomento per assurdo, i risultati cui si è giunti. *In primis*, bisogna rimarcare che l'individuata scriminante ha dei limiti che delineano in modo rigoroso la sua attitudine giustificativa delle falsità e delle omissioni negli obblighi comunicativi assistiti da tutela penale. Essa ha un ambito di applicazione ristretto ai soli illeciti penali *già realizzati* e non opera rispetto a quelli *futuri*: se un falso alle Autorità è commesso per agevolare la realizzazione di un'ulteriore fattispecie penalmente rilevante, non ci troviamo di certo innanzi ad un'ipotesi "coperta" dal *nemo tenetur se detegere*⁸⁴. Un altro limite significativo della causa di giustificazione in questione è, come già ricordato, quello relativo alla sua natura "personale" o "relativa", col che vengono a cadere i timori di una "neutralizzazione" di tutte le disposizioni volte ad assicurare tutela penale agli obblighi informativi: queste saranno inapplicabili nei confronti di chi ha infranto il divieto in esse sancito per occultare la propria precedente condotta illecita, ma non già agli altri correi e a chi aveva una posizione di garanzia fondante l'obbligo di impedire tale reato⁸⁵.

⁸⁴ Come implicitamente od esplicitamente affermato da tutti i sostenitori della valenza sostanziale del principio. Cfr., *ex plurimis*, MAZZACUVA, *Il falso*, cit., p.179.

⁸⁵ Particolare rilevanza va assegnata, tra i soggetti che non possono invocare la delineata scriminante, alle persone giuridiche responsabili ai sensi del d. lgs.231\2001. L'estromissione di tali figure soggettive dal novero dei destinatari della garanzia in questione discende *de plano* dalla ricostruzione della natura giuridica di tale responsabilità come amministrativa, secondo la terminologia adottata dal medesimo Legislatore, e che ha trovato il consenso, in dottrina, di M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o assicurazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, p.393 e s.; SPAGNOLO, *Relazione al Convegno Responsabilità penale o amministrativa delle persone giuridiche? D. lgs. 8 giugno 2001 n° 231*, Lecce, 9 – 10 novembre 2001. Se la responsabilità degli enti avesse effettivamente natura amministrativa, l'esclusione della valenza sostanziale del *nemo tenetur se detegere* discenderebbe pacificamente dai principi, dato che la garanzia in questione afferisce esclusivamente al settore penale. Senza voler prendere posizione sulla natura del modello punitivo disegnato dal d. lgs.231\2001, si deve, peraltro, rilevare che anche se si qualificasse la responsabilità in questione come penale – secondo la tesi di PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., p.499; DE VERO, *Struttura e natura*, cit., *passim*; MANNA, *Relazione al Convegno Responsabilità penale o amministrativa delle persone giuridiche?*, cit., – non discenderebbe *eo ipso* l'operatività del *nemo tenetur se ipsum accusare* anche per le persone giuridiche. Come suggerito, infatti, da C. F. GROSSO, *Relazione al Convegno Responsabilità penale o amministrativa delle persone giuridiche?*, cit., optare per la natura penale della responsabilità in questione non importa automaticamente riconoscere l'operatività del medesimo *standard* di garanzie costituzionali previsto per le persone fisiche. Ciò in quanto i principi penalistici inseriti nella Carta fondamentale furono pensati esclusivamente per le persone fisiche che si vedevano minacciare la propria libertà personale, di modo che esse non sono *sic et simpliciter* trasponibili, nella *stessa misura*, in capo a quei "nuovi" soggetti del sistema penale che sono le persone giuridiche. Se la

Al di là, peraltro, di tali “confini” normativi della causa di giustificazione *de qua*, si deve evidenziare come la stessa non sempre sarà invocata da chi, pure, potrebbe in astratto avvalersene, il che si verificherà ogni qual volta la non punibilità per una ipotesi di falsa od omessa comunicazione potrebbe essere ottenuta soltanto svelando il proprio precedente reato che sia più gravemente punito di questa. Si ipotizzi che l'autore di un delitto di riciclaggio si veda contestata la violazione dell'art.2.638 c.c. per aver comunicato ad un'Autorità pubblica di vigilanza informazioni false, condotta da lui realizzata per evitare l'emersione del reato di cui all'art.648 *bis* c.p. Stante il significativo divario edittale tra le due previsioni incriminatrici (la pena prevista nel massimo per il riciclaggio è il triplo di quella in tema di ostacolo alle Autorità), ben difficilmente verrà addotta a “giustificazione” del fatto descritto nell'art.2.638 l'avvenuta violazione dell'art.648 *bis* c.p. La scriminante qui delineata verrà invocata, e dovrà quindi trovare pratica applicazione, soltanto allorché – unitamente alle ipotesi di false od omesse comunicazioni – venga acclarato e contestato il precedente reato che si è inteso occultare, oppure allorché il mendacio e l'omissione di comunicazioni contestati siano stati posti in essere al fine di nascondere un illecito penale punito meno gravemente di queste. Solo in tali casi verrà ragionevolmente invocata la valenza sostanziale del *nemo tenetur se detegere*. Ma tali ipotesi, deve rimarcarsi, appaiono essere le meno problematiche in una prospettiva di realizzazione degli obiettivi cui presiedono le disposizioni incriminatrici gli “inadempimenti” agli obblighi di comunicazione. In esse, infatti, il precedente agire criminoso è “venuto alla luce”, di modo che può sostenersi che, in un certo senso, il fine ultimo delle incriminazioni in tema di rapporti comunicativi tra due soggetti (far sì che il “creditore” dell'informazione venga a conoscenza dei dati noti al “debitore” della stessa) sia stato, sia pure con ritardo, raggiunto. Là dove, invece, la scriminante *de qua* non venga invocata (perché lo si potrebbe fare solo confessando il reato più grave) residuerà l'applicazione della disposizione incriminatrice le mendaci od omesse comunicazioni. Ma in tali casi avremo che una norma, come l'art.2638 c. c., la quale sanziona le “disfunzioni” in un rapporto

riflessione di Grosso ha per oggetto precipuamente la dimensione costituzionale del principio di colpevolezza, le considerazioni ivi sviluppate paiono riferibili anche a quella garanzia costituzionale che è oggetto della presente analisi. La presunzione d'innocenza e l'onere probatorio in capo all'accusa quali connotati strutturali di un processo penale costituzionalmente “giusto” appaiono strettamente inerenti all'*argumentum libertatis* – al pari di tutti i tradizionali principi di garanzia in materia penale, come da ultimo ricorda DONINI, *Teoria del reato*, cit., p.18 e s. – per essere riferiti anche alle persone giuridiche. Per quanto il tema non possa essere qui sviluppato, a noi pare che sia eccessiva la distanza tra le tradizionali istanze di tutela della libertà personale - fondamento ultimo dei principi di garanzia in materia penale - e le esigenze di tutela dei beni gravitanti nell'orbita di un ente, per far discendere anche in riferimento alle persone giuridiche, dall'utilizzo di una qualificazione in termini penalistici della responsabilità ex d. lgs.231\2001, l'integrale applicazione di tutti i canoni di garanzia (tra cui quello della valenza sostanziale del *privilege against self incrimination*) elaborati alla luce dell'*argumentum libertatis*.

informativo doveroso tra due soggetti, troverà applicazione là dove i dati che il soggetto passivo era tenuto a comunicare non sono venuti “alla luce”, il che non risulta eccessivamente “distonico” rispetto alle esigenze che hanno indotto alla previsione di incriminazioni di tal fatta. In definitiva, una sia pur sommaria analisi degli effetti pratici cui darebbe luogo un generalizzato riconoscimento della valenza sostanziale del *nemo tenetur se detegere* ha condotto alla conclusione che esso non metterebbe in “irrimediabile” crisi la funzionalità del sistema delle incriminazioni in materia di obblighi informativi. Anche in forza di tali considerazioni può, dunque, ribadirsi che le fattispecie che assicurano tutela penale ai doveri di comunicazione alle Autorità si “imbattono” nel limite scriminante rappresentato dall’esigenza di non incorrere in un’autoincriminazione rispettando il precetto di norme quali l’art.2.638 c.c.

Capitolo Sesto

La colpevolezza

Sommario: 1. Dolo specifico e dolo generico nel diritto penale dell'economia e nelle fattispecie ad offesa funzionale. - 2. L'ostacolo nell'art.2638 1° comma c. c.: finalità immanente (nella condotta) o trascendente (la condotta)? - 3. La morte del falso colposo e la sua trasfigurazione nella responsabilità delle persone giuridiche. - 4. La consapevolezza dell'ostacolo quale elemento caratterizzante l'art.2638 2° comma c. c. La crisi della funzione ordinatrice della parte generale derivante del proliferare di fattispecie "a dolo arricchito".

1. *Dolo specifico e dolo generico nel diritto penale dell'economia e nelle fattispecie ad offesa funzionale.* Le più approfondite indagini sull'attuale stadio di sviluppo del diritto penale dell'economia hanno acclarato la natura profondamente "normativizzata" delle incriminazioni che compongono tale branca del diritto criminale. Il proliferare di fattispecie a struttura sanzionatoria, la ricostruzione della responsabilità penale come agire disfunzionale rispetto a ruoli sociali la cui comprensione è subordinata all'esatta perimetrazione delle discipline di settore che modellano tali ruoli, il moltiplicarsi delle fattispecie preposte alla tutela delle funzioni di controllo pubbliche hanno fatto sì che oramai si possa ben sostenere che l'agire degli operatori economici sia "penalmente condizionato": il fatto stesso di svolgere una data attività economica è penalmente illecito, a meno che non si rispetti l'imponente disciplina extrapenalistica ad essa relativa, la cui inosservanza comporta il varcare la soglia del rischio penalmente tollerato¹.

Tale quadro rivela significativi punti di tangenza con la tematica che ci occupa, atteso che detto atteggiarsi del moderno diritto penale dell'economia risulta essere, per tanta parte, frutto del modellarsi delle relative incriminazioni come fattispecie ad offesa funzionale. Là dove non si tutela più (o non soltanto) un dato interesse di una certa categoria di soggetti interessati ad un dato mercato (la comunità dei soci anziché quella degli investitori, quella degli utenti o dei lavoratori) ma è in primo luogo l'attività pubblica di bilanciamento in concreto tra tali contrapposti interessi che viene in rilievo quale oggettività giuridica, la stessa individuazione delle condotte portatrici di disvalore deve necessariamente "transitare" per la previa ricostruzione delle disciplina che le Autorità pubbliche di settore dettano. Abbondano così le fattispecie a modello ingiunzionale, si accresce il peso che la disciplina extrapenale di riferimento assume nell'economia del sistema

¹ Fondamentale, per tale ricostruzione del moderno volto del sistema penale, il contributo di SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., *passim*.

commercialpenalistico, si disvela come centrale il fenomeno dell'amministrativizzazione dell'intervento penale. In altri termini, è il crescente affermarsi della tutela penale delle funzioni che comporta, in larga misura, la rilevata progressiva "normativizzazione" del diritto penale economico.

Detto ineliminabile² fenomeno da luogo a problemi - rispetto alla "tenuta" dei tradizionali principi di garanzia in materia penale - non soltanto a livello di fattispecie obiettiva, come quelli che abbiamo sinora esaminato (in tema di offensività, tassatività, riserva di legge, diritto di difesa), ma anche a quello di fattispecie subiettiva. Interrogandosi, infatti, sui riverberi che il tracciato quadro dell'attuale stadio di sviluppo del diritto penale economico produce a livello di elemento soggettivo del reato, ci si è avveduti di trovarsi innanzi ad un agire doloso che si innesta su un fatto antiggiuridico che è già trasgressivo di regole di settore, spesso cautelari, di organizzazione del lecito: è un dolo pieno di colpa³. Continuare a predicare, anche per tale settore dell'ordinamento, l'irrilevanza della conoscenza del precetto, salva la deroga apportata dalla sentenza n.364\1998 della Consulta, e in piena aderenza ai canoni di una rigorosa *Schuldtheorie*, si risolve nel rendere praticamente evanescente ogni possibile criterio discretivo tra dolo e colpa nella fattispecie a "struttura neutra"⁴ o, per utilizzare altra terminologia, in quelle prive di "significatività paradigmatica"⁵. Molto indicativamente, uno dei primi esempi che - nell'ambito del dibattito italiano - si sono addotti in ordine alle inevitabili sovrapposizioni tra dolo e colpa cui conduce il dogma dell'estraneità della *scientia juris* alla prima delle due forme di colpevolezza, è stato fornito proprio da uno dei predecessori (anzi, dal

² Che abbiamo già visto essere, nel capitolo I della presente sezione, figlio del carattere "interventista" che assume lo stato sociale di diritto ai nostri tempi e del carattere "misto" dell'economia di questo modello di stato. Là dove ci si rifiuta, a livello di ideologia "costituzionale" delle moderne liberaldemocrazie, di assegnare una volta per tutte la preminenza ad uno dei tanti interessi che confliggono sul mercato (sia quello dei datori di lavoro o dei lavoratori, dei soci o dei creditori, dei consumatori o dei soggetti inquinati dallo svolgimento di una data attività industriale), e là dove, nel contempo, si riconosce che compito degli apparati pubblici è quello di intervenire nel sociale per modificarlo e non solo limitarsi a riconoscere e proteggere le posizioni già acquisite nel "libero" dispiegarsi della smithiana "mano invisibile", è giocoforza attribuire rilievo centrale (e, dunque, potenzialmente *anche* penale) all'attività mediatrice in concreto svolta dalla P. A. A meno che non si auspichi un ritorno ad un diritto penale neoliberista, non ci dovrà porre l'obiettivo di negare legittimità alla tutela penale delle Autorità, quanto, piuttosto, si dovrà perseguire l'intento di *razionalizzare* tale modello di tutela (nel senso di conformarlo, tanto in via interpretativa quanto di riforma, al volto costituzionale dell'illecito penale) .

³ Secondo l'icastica espressione di DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto ed analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 1999, p.5.

⁴ Così, come noto, DONINI, *op. ult. cit.*, p.29.

⁵ Come definite nella monografia di BELFIORE, *Contributo alla teoria*, cit., *passim*, il quale pure, al termine di un'indagine condotta alla luce di altre premesse, giunge a conclusioni simili a quelle di Donini in tema di insufficienza della *Schuldtheorie* ai fini della giustificazione di un rimprovero compiutamente doloso nell'ambito delle incriminazione prive di un disvalore agevolmente accessibile nella parallela sfera di conoscenza del "laico".

primogenitore) dell'art.2638 c. c., cioè dalla contravvenzione di cui all'art.5 della l.216 del 1974, la quale incriminava (tra l'altro) le omesse comunicazioni alla Consob in tema di partecipazione al capitale sociale posseduto delle società soggette alla vigilanza della predetta Autorità. Tali comunicazioni dovevano avvenire allorché si superava una certa frazione del capitale sociale posseduta. Detta percentuale andava calcolata secondo le modalità stabilite dalle regolamentazioni emanate dalla medesima Consob. *Quid juris* nell'ipotesi in cui si errasse nell'applicazione dei parametri stabiliti dall'organo di controllo, e, per tale ragione, si omettesse l'informazione dovuta nelle comunicazioni inviate alla Consob? Come è stato efficacemente osservato, il soggetto in questione "omette inconsapevolmente nel tentativo di adempiere ad un obbligo di legge, pur tenendo una condotta cosciente e volontaria. Ma non percepisce neppure la possibilità o l'opportunità dell'azione dovuta perché ignora compiutamente il comando. E se il suo errore è sicuramente colpevole per difetto, ad es., di informazione, verrà giustamente sanzionato, rimproverandosi al soggetto non già un'intenzionalità inesistente, ma una colpevolezza effettivamente colposa, per trascuratezza nell'adempimento volontario dei propri obblighi. In caso contrario, ritenendo dolosa la sua omissione, quando essa sarebbe punibile per colpa? Solo in caso di dimenticanza, di colpa incosciente? Tale colpa incosciente, peraltro, dovrebbe innestarsi sull'esatta conoscenza degli obblighi: giacché, altrimenti, l'incoscienza dell'omissione dipenderebbe ancora una volta da *error juris* e, inerendo ad un comportamento comunque cosciente e volontario, non varrebbe ad escludere il dolo. Ma allora, *incredibile dictu*, mentre per aversi dolo non sarebbe richiesta la conoscenza dell'illecito, propria la colpa la presupporrebbe, non risultando ricostruibili ipotesi colpose al di fuori della contestuale conoscenza dell'antigiuridicità, perché (sulla base di quelle premesse) chi sconosce la legge non dimentica proprio nulla, non dimentica ciò che non sa, e quindi agisce pur sempre con <dolo>"⁶.

In generale, là dove la fattispecie incriminatrice è altamente "normativizzata" (e questo è il caso di molte delle fattispecie ad offesa funzionale), là dove essa è maggiormente distante da regole culturali condivise o, perlomeno, significativamente presenti nel gruppo sociale e professionale dei destinatari del precetto, mantener fermo il "dogma" dell'esclusione del diritto dall'oggetto del dolo equivale a far degradare questa forma di colpevolezza in quella della colpa, cioè nella mera *suitas* accompagnata dall'inosservanza di una regola

⁶ Per l'illustrazione di tali paradossali conclusioni cui conduce la *Schuldtheorie* riferita alla fattispecie "a condotta neutra" in questione, cfr. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p.288 e s., il quale taccia la dogmatica tradizionale di addivenire, in tali casi, ad un autentico "mostro giuridico".

extrapenale. Chi esercita abusivamente una data professione, chi svolge una certa attività oltrepassando i limiti stabiliti dal relativo statuto, chi non comunica informazioni dovute all'Autorità di settore, è portatore di un dolo pressoché indistinguibile dalla colpa se ignora la normativa che prevede la necessità di un'autorizzazione per l'esercizio di una data professione, il rispetto di determinate condizioni per rendere legittimo lo svolgimento di una certa attività, l'adempimento di obblighi informativi. Fondamentali esigenze di rispetto della legalità, in tema di distinzione tra dolo e colpa, e del principio di colpevolezza – che non può che richiedere un *surplus* di soggettiva rimproverabilità nell'agire doloso rispetto a quello colposo che giustifichi il maggior trattamento sanzionatorio del primo rispetto al secondo - sorregge quella posizione dottrinale che ripropone con forza la necessità della *scientia juris* quale componente del dolo nei reati a “condotta neutra”⁷.

La condivisibilità di tale impostazione appare ancora maggiore con riferimento al diritto penale preposto alla tutela delle funzioni. Ogni qual volta, in tali casi, l'agire disfunzionale del privato rispetto al buon andamento della P.A. non appaia oggetto di un divieto socialmente diffuso frutto di una *Kulturnorm* (ad esempio per l'istituzione di una Amministrazione di “nuovo conio” o per la recente emersione degli interessi che questa è chiamata a temperare in concreto) e la consapevolezza di tale agire disfunzionale richiede, pertanto, necessariamente la conoscenza della disciplina di settore, la prova di quest'ultima in capo all'autore del fatto di reato appare indispensabile per giustificare un rimprovero a titolo di dolo.

Non si deve ritenere, peraltro, che il ricorso alla teorica appena richiamata ed ai suoi snodi argomentativi sia un che di indispensabile rispetto ad ogni fattispecie ad offesa funzionale al fine di rendere ragione della rimproverabilità dolosa della stessa. A volta tutto questo non è necessario e, precisamente, ciò si verifica nell'ipotesi di reati a dolo specifico. Come non si è mancato di rilevare, la previsione del dolo specifico evita – col rilievo che viene in tal modo assegnato ai fini ed ai moventi dell'azione illecita – di far degradare il dolo, sul postulato dell'irrelevanza dell'ignoranza dell'antigiuridicità, a mera *suitas*⁸. Parrebbe essere questo il caso della figura delittuosa prevista dal 1° comma dell'art.2638 c. c.,

⁷ Da un lato valorizzando al massimo la portata dell'art.47 3° comma c. p., dall'altra negando che qualsiasi ricostruzione in generale del combinato disposto dei rapporti tra tale disposizione e l'art.5 c. p. possa essere ostativa alla ricostruzione di un dolo che, per ogni incriminazione, sia atto a rendere ragione della differenziazione tra la colpevolezza dolosa e quella colposa. In tal senso cfr. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., *passim*; ID., *Teoria*, cit., p.293 e s.; ID., *Dolo e prevenzione generale*, cit., p.37 e s.; BELFIORE, *Contributo*, cit., spec. p.230 e s. Tale posizione si fa progressivamente strada nella ricostruzione del dolo in materia commercialpenalistica. In tal senso cfr., ad esempio, MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma*, cit., p.143, che riferisce la descritta elaborazione al “nuovo” diritto penale tributario introdotto dal d. lgs.74 del 2000.

⁸ Per tale osservazione cfr. DONINI, *Dolo e prevenzione generale*, cit., p.6.

caratterizzata dal fine di ostacolare le Autorità pubbliche di vigilanza, la cui rilevanza ai fini della ricostruzione della fattispecie obiettiva abbiamo già segnalato, e di cui dovremo ora indagare la portata in sede di colpevolezza⁹.

2. *L'ostacolo di cui al 1° comma dell'art.2638 c. c.: finalità immanente (nella condotta) o trascendente (la condotta)?* La fattispecie di falso alle Autorità pubbliche di vigilanza è stata considerata da tutti i primi commentatori retta da un dolo specifico¹⁰, al pari di quanto accadeva per i predecessori della stessa che erano modellati secondo la medesima struttura¹¹. A tale qualificazione dell'elemento soggettivo del reato *de quo* si perviene evidenziando che, ai fini del perfezionarsi dello stesso, è sufficiente che l'autore agisca al fine di ostacolare le Autorità, non essendo necessario la realizzazione di detto obiettivo, il quale, dunque "giace" oltre il fatto di reato, nella sfera di rappresentazione e volizione del soggetto attivo.

Una parte di commentatori le disposizioni incriminatrici che hanno funto da "calco" per quella attualmente in esame, hanno però evidenziato la scarsa selettività di tale elemento psicologico incentrato sul fine di ostacolo alle Autorità. Si è, infatti, osservato che è difficile immaginare un'ipotesi in cui all'invio doloso di una falsa comunicazione alla Banca d'Italia o alla Consob non si accompagni l'intento di ostacolarne i relativi poteri, di modo che

⁹ Peraltro, la figura criminosa in questione parrebbe essere una di quelle fattispecie incriminatrici che, per quanto preposte alla tutela penale di funzioni, non paiono comunque abbisognare, già a livello di mera analisi della condotta, di un "arricchimento" del dolo in termini di *scientia juris* per giustificare un rimprovero a titolo di colpevolezza dolosa che sia distinguibile da un rimprovero meramente colposo. Ciò in quanto si tratta di un'ipotesi di falso, di modo che la pregnanza, in termini di disvalore, che è generalmente (cioè dalla società) riconosciuta al mendacio, fa sì che chi lo ponga in essere sia, nell'*id quod plerumque accidit*, consapevole del pregiudizio che arreca con essa. Per quanto, infatti, non possa giuridicamente parlarsi di un inesistente "diritto alla verità" di portata universale, certo è che propalare informazioni false non possa definirsi una condotta (dal punto di vista delle *Kulturnormen*) "neutra". Chi consapevolmente la pone in essere sa, il più delle volte (e salvo verificare che egli non si sia soggettivamente rappresentato un falso grossolano od innocuo), di star realizzando un che dotato di un significativo disvalore, di modo che il suo agire cosciente e volontario già integra una caratterizzazione soggettiva distinguibile dalla mera *culpa juris*. Ci troviamo, dunque, d'innanzi ad uno quegli illeciti penali che sono stati icasticamente definiti reati a condotta solo "parzialmente" neutra da BONINI, *La "lotta per diritto" di un "gagliardo" giurista bolognese della seconda metà '800. Giuseppe Ceneri e i processi penali*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2002, p.382. All'interno della vasta congerie delle fattispecie ad offesa funzionale dobbiamo, dunque, differenziare le falsità dalle norme penali in bianco, dalle ipotesi di inosservanza di provvedimento, dai reati omissivi impropri. Solo in questi ultimi casi l'inclusione della coscienza dell'illecito nel dolo è l'unico modo per giustificare una autonomia concettuale del rimprovero doloso da quello colposo.

¹⁰ Dolo indubbiamente specifico viene definito quello della fattispecie di false comunicazioni alle autorità da MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.190. Condividono tale qualificazione del dolo che sorregge il 1° comma dell'art.2638 c. c. la PALLADINO, *Commento*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti*, cit., p.210; ORSI, *Passa per il codice*, cit., p.79; SANTORIELLO, *Commento al d. lgs. 61 del 2002*, in *Il fisco*, 2002, p.12.365; ALBERTINI, *Commento*, in LANZI – CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.184; ZANNOTTI, *L'ostacolo*, cit., p.586.

¹¹ Per un quadro degli autori che inquadravano le fattispecie delittuose che hanno preceduto l'art.2638 1° comma c. c. tra i reato a dolo specifico, sia consentito il rinvio ad INFANTE, *Partecipazione al capitale e tutela dell'attività di vigilanza*, cit., p.279 e s.

risulta pressoché evanescente il dolo specifico che connoterebbe la figura in esame: esso non svolgerebbe alcuna autentica funzione nell'economia della fattispecie¹². Tali considerazioni critiche non appaiono, almeno *prima facie*, del tutto infondate. Ad esse non può replicarsi, in ordine all'attuale art.2638, che tale dolo specifico avrebbe l'importante funzione di chiarire che le falsità ad un'Autorità di vigilanza di mercati finanziari non integra il delitto di false comunicazioni sociali¹³, stante la chiara delimitazione del novero dei soggetti passivi dei novellati artt.2621 e 2622 c. c. ai soci e creditori. Né risulta convincente l'obiezione di quanti hanno sostenuto che ben potrebbero darsi casi di false comunicazioni indirizzate agli organi di vigilanza poste in essere per finalità diverse da quelle perturbatorie delle loro funzioni, come, ad esempio, mendaci realizzati per ragioni di carattere erariale¹⁴. A tali rilievo può sempre opporsi che la norma si limita a richiedere che il falso alle Autorità sia sorretto dall'intento di ostacolare le funzioni di queste, a prescindere dall'ulteriore obiettivo (di evasione fiscale, di riciclaggio di denaro sporco od altro) cui detto ostacolo è strumentale. L'opposta opinione condurrebbe all'assurda conseguenza che la fattispecie in esame sarebbe integrata soltanto allorché lo scopo ultimo in vista del quale si è dato corso all'illecito sia stato quello di frustrare gli obiettivi delle Autorità, con esclusione di tutte le ipotesi in cui detto fine sia soltanto il mezzo per realizzare altro. In altri termini, l'unico "tipo di autore" che sottenderebbe la figura criminosa in esame sarebbe quello di chi vuole un ostacolo "fine a se stesso". Ma la stessa esistenza di detta categoria di soggetti attivi appare di assai improbabile verifica empirica e là dove si riscontrasse che un operatore economico pone in essere reati di una tale gravità senza altra motivazione che quella di arrecare disturbo agli organi di controllo, saremmo prossimi all'area dei soggetti di cui si discute la capacità di intendere e di volere¹⁵ anziché alla categoria criminologicamente ben nota dei colletti bianchi che delinquono in base ad un lucido e razionale calcolo dei benefici e dei rischi.

¹² In tal senso, in ordine all'art.42 del d. lgs. 415 del 1996, MEYER, *Commento*, cit., p.955; BALZANO, *Commento*, cit., p.923. In riferimento alle norme relative al mercato creditizio che risultano costruite sul medesimo modello, DONATO, *Commento*, cit., p.663; CERASE, *I nuovi reati*, cit., p.1065; VILLA, *Vigilanza bancari*, cit., p.128. In ordine all'art.171 Tuif, ZANNOTTI, *Commento*, cit., p.1416; CECI IAPICHINO, *Commento*, cit., p.1578; BALZANO, *Commento*, cit., p.923.

¹³ In tal senso cfr. CRESPI, *La tutela dell'attività di vigilanza*, cit., p.2002, per il quale il dolo specifico di ostacolo aveva la funzione di chiarire che il falso alla Consob e alla Banca d'Italia non integrava il (precedente) delitto di false comunicazioni sociali, il quale era invece sorretto da una diversa finalità, quella di frode ai soci e creditori.

¹⁴ Per dette argomentazione v. CRISCUOLO, *Commento*, cit., p.360; VANGELISTI, *Commento*, cit., p.927.

¹⁵ Per un tentativo di evidenziare come i decorsi motivazionali anomali (in quanto abnormemente distanti dalla logica della congruità mezzi\scopi) possano essere intesi come un (mero) indizio di possibili disturbi psichici atipici (necessitante, peraltro, di ulteriori, seri e comprovati riscontri di carattere medico-clinico ai fini di una decisione

Né l'utilità che il predetto dolo specifico assolverebbe nell'economia della fattispecie potrebbe essere fondato sulla rilevante funzione di individuazione del bene protetto e di descrizione dello stesso fatto di reato (nel senso di richiederne la concreta idoneità allo scopo) che la moderna dogmatica assegna alla categoria in questione, per lo meno rispetto alle condotte in sé lecite¹⁶. Tale via¹⁷ si rivela, a ben vedere, impraticabile. In primo luogo, i risultati cui essa giunge – in termini di ricostruzione del bene protetto e di adeguatezza della condotta realizzata a porlo in pericolo – potrebbero essere raggiunti, in ordine ai falsi, in forza di quella lettura, da tempo dominante in dottrina, che ne rifiuta una ricostruzione in termini esasperatamente formalistici ed esclude che il falso grossolano e quello inutile siano riconducibili alle previsioni incriminatrici in tema di mendacio¹⁸. In secondo luogo, qualora al fine tipizzato dal Legislatore non si riesca ad attribuire alcuna altra funzione che quello di individuazione del bene protetto e di qualificazione in termini di concreta pericolosità della condotta vietata, senza che lo stesso si riveli atto a selezionare determinati processi motivazionali – tra tutti quelli che possono indurre a realizzare un fatto di reato - come i soli che integrano un tipo criminoso, potrà ben sostenersi che il predetto fine svolge una rilevante funzione a livello di fatto ma che nessuna funzione è possibile attribuirvi in sede di colpevolezza. Se, in altre parole, non pare possibile discernere ipotesi in cui la condotta vietata è realizzata con l'obiettivo stabilito dal Legislatore da quelle in cui detto obiettivo è assente (ad esempio là dove non si riescano ad individuare falsità alle Autorità poste in essere in assenza dello scopo di ostacolare le stesse), ci troveremo in presenza di un c.d. dolo specifico che risulterà ben poco "colpevole". Il fine tipizzato ricoprirà un significativo ruolo nell'ambito del fatto di reato (chiarendo che la condotta deve essere in concreto idonea a ledere il bene protetto) ma nessuno in sede di colpevolezza. Ci troveremo, in tali casi, di fronte ad una finalità immanente alla condotta che disvela l'apparenza di un dolo specifico¹⁹. È questo è quanto

assolutoria), sia consentito il rinvio ad INFANTE, *Il lucido delirio ed il futile motivo. Note in tema di imputabilità*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2000, p.1566.

¹⁶ Si tratta di quell'impostazione cui si è aderito in sede di descrizione del fatto di reato, alla cui trattazione (cap.III della presente sezione) si rinvia per gli indispensabili riferimenti bibliografici.

¹⁷ Che si era imboccata, credendo di individuarvi la chiave di volta per superare i rilievi critici di chi disconosceva qualsiasi funzione selettiva al c.d. dolo specifico nei reati di falso alle Autorità, in INFANTE, *Partecipazione al capitale*, cit., p.279 e s.

¹⁸ Anche per la ricostruzione del dibattito relativo ai reati di falso si rinvia al cap. III sez. II.

¹⁹ Secondo la terminologia di GELARDI, *Il dolo specifico*, cit., p.156 e s., di autentico dolo specifico può parlarsi soltanto allorché ci si trovi d'innanzi ad una *finalità trascendente* la condotta, in quanto si situi *oltre* la stessa, di modo che la realizzazione di quest'ultima costituisca solo un "primo passo" in vista della verifica dell'obiettivo tipizzato

sembrerebbe verificarsi in ordine all'art.2638 1° comma c. c.: se la condotta di mendacio deve essere connotata dall'idoneità ad ostacolare le Autorità (vuoi per le generali acquisizioni in tema di mendacio, vuoi per il rilievo tipizzante del fine legislativamente stabilito), potrebbe ben affermarsi che volere l'ostacolo significa volere ne più ne meno che la condotta vietata. Il presunto dolo specifico avrebbe un oggetto coincidente con il dolo generico: nel reato in esame non sussisterebbe quell'eccedenza dei presupposti soggettivi di rimproverabilità sull'insieme degli elementi costitutivi dell'offesa in cui si compendia il dolo specifico. Saremmo in presenza di un che di simile a quanto verificatosi sotto il codice Zanardelli in tema di omicidio, dove la previsione di un dolo caratterizzato dal "fine di uccidere" non si è rivelato d'ostacolo al (corretto) riconoscimento che la previsione incriminatrice dell'assassinio era sorretta dal dolo generico.

È questa la logica conclusione che può trarsi "tirando le somme" delle osservazioni critiche sulla reale portata del fine di ostacolo nelle fattispecie che hanno funto da calco per il 2.638 1° comma c. c. E a tale conclusione si è giunti da parte di chi, a proposito dell'art.134 1° comma Tulb, ha sostenuto che: "nel delitto di false comunicazioni alla Banca d'Italia la punibilità del falso deve essere correlata non solo con l'idoneità della condotta a creare un'apparenza difforme dal vero, ma anche con la <rilevanza> del mendacio stesso e, cioè, con l'attitudine dell'informazione infedele ad *ostacolare le funzioni di vigilanza*. L'idoneità del falso, nella sua duplice e complementare accezione, non è, quindi, un elemento di tipicità ulteriore e distinto rispetto alla falsità; il *fine di ostacolare le funzioni di vigilanza* non trascende il fatto tipico, ma è ad esso immanente. Il dolo che si configura non è specifico, ma intenzionale, dolo, comunque, incompatibile con il dolo eventuale"²⁰. A livello di colpevolezza, dunque, il fine tipizzato dal Legislatore avrebbe la sola funzione di escludere il dolo eventuale e dovrebbe, pertanto, dar luogo ad un dolo intenzionale²¹ e non già ad un dolo specifico.

La delineata ricostruzione del dolo sotteso alle fattispecie che hanno preceduto l'art.2638 1° comma c. c. (ed a quest'ultima facilmente trasponibile) non pare, però, in grado di far definitivamente "naufragare" la tradizionale ricostruzione dell'elemento soggettivo in questione in termini di dolo specifico. È certo vero che non sempre la formula "al fine di" si

dal Legislatore e preso di mira dall'agente. Là dove, al contrario, ci troviamo di fronte ad una *finalità immanente* alla condotta tipica, che ne designa l'intrinseca direzione finalistica, non fuoriuscendo dalla stessa, allora viene meno la stessa opportunità di distinguere tra dolo generico e dolo specifico, dal momento che l'oggetto è identico.

²⁰ Così LOSAPPIO, in CONTENTO – LOSAPPIO, *Artt.130 – 143, 161*, estratto dal volume in corso di pubblicazione AAVV., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2002, p.110.

²¹ Su tale figura dolosa cfr., in generale, PROSDOCIMI, *Reato doloso*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996, p.246.

rivela correlata ad un dolo avente un oggetto ulteriore rispetto al fatto di reato, potendo verificarsi ipotesi di dolo specifico meramente apparente, ma questa è conclusione esegetica che – stante il principio di conservazione dei valori giuridici - deve essere scongiurata nei limiti del possibile, cioè ogni qual volta non si riveli essere l'unica interpretazione possibile (o, per lo meno, l'unica costituzionalmente corretta). Diversamente operando, infatti, si negherebbe qualsiasi valore, con riferimento all'art.2638 c. c., all'opzione legislativa di utilizzare la formula "al fine di ostacolare" in luogo di quella "intenzionalmente ostacola". A volte tale conclusione è necessitata. È questo il paradigmatico caso della formulazione dell'omicidio doloso presso il codice Zanardelli, dove il fine di uccidere doveva accompagnare l'azione di uccidere. Ma proprio tale esempio di scuola permette di enucleare il parametro di individuazione di un dolo specifico soltanto apparente (in quanto immanente alla condotta). Ciò si verificherà allorché all'oggetto della finalità tipizzata non sia possibile attribuire un significato più esteso di quello dei termini utilizzati per descrivere la condotta vietata. Nell'ipotesi di chi uccide al fine di uccidere, vi è una perfetta sovrapposizione tra l'oggetto dell'obiettivo perseguito ed il fatto realizzato: non si può pertanto individuare quello snodarsi progressivo tra mezzo (che si deve realizzare per la perfezione del reato) e fine (che non è necessario che si realizzi) che costituisce l'essenza del dolo specifico. Questa categoria può darsi soltanto allorché la condotta costituisca soltanto il "primo tempo" di quel "secondo tempo" dato dal fine (che, in quanto logicamente successivo, trascende la stessa). È questo il senso della nota definizione dei reati a dolo specifico come illeciti di pericolo con dolo di danno²². Questa evidenza plasticamente come la tipologia di reato in questione si caratterizzi per una struttura a "duplice stadio".

Orbene, a parer nostro è possibile una lettura in tali termini dell'art.2638 1° comma c. c. Detta disposizione si compendia nell'incriminare chi commette un falso al fine di ostacolo. Per quanto sia vero che in tanto vi possa essere un falso in quanto la difformità dal vero sia atta all'inganno (falso non grossolano) ed abbia per oggetto un dato rilevante per il destinatario (falso non inutile), di talché la condotta di mendacio deve integrare pur sempre un pericolo per il bene protetto, è possibile assegnare interpretativamente alla finalità in questione un oggetto ulteriore rispetto a detto grado di pericolo. In altri termini, al fine in esame può riconoscersi il significato di una stadio ulteriore di offesa rispetto a quello già realizzato dalla condotta – base, di modo che si possa delineare anche per tale reato la struttura "a due tempi" che abbiamo visto essere propria dei reati a dolo specifico,

²² Così v., ad esempio, MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.429.

fornendo in tal modo una lettura della fattispecie coerente rispetto alla definizione di “reati di pericolo con dolo di danno” che a questi viene riferita.

Tale possibilità ermeneutica è assicurata dalla polisemia che abbiamo già visto connotare il termine “ostacolo”²³. Questo ha una vaghezza tale da poter includere indifferentemente tanto il pericolo (remoto, prossimo, imminente) quanto il danno (tenue, significativo, ingente). Se tale polivalenza semantica non è suscettibile di una *reductio ad unum* nell’ambito dell’art.2638 2° comma c. c.²⁴, la medesima cosa non è a dirsi rispetto al primo comma. Ciò in quanto, in forza del “banale” (e sancito *ex art.12* preleggi) canone esegetico per cui alle parole del dettato legislativo deve attribuirsi il significato risultante dalla connessione delle stesse, la portata del termine “ostacolo” può ben essere differente tra il primo ed il secondo comma dell’art.2638 c. c. , stante la diversità dei termini cui detto elemento è collegato nelle due previsioni. Mentre nell’art.2638 2° comma c. c., essendo tale vocabolo l’*alfa* e l’*omega* della previsione incriminatrice, che in esso si esaurisce pressoché integralmente, non è possibile alcuna “riduzione” della sua onnicomprensività (con l’effetto di includere nella portata del divieto il pericolo più remoto ed improbabile al pari del danno più ingente e manifesto), questa è realizzabile rispetto al 1° comma della disposizione, e, precisamente, nel senso che l’ostacolo ivi previsto (che costituisce il fine in vista del quale l’agente deve porre in essere l’azione vietata) si identifica con uno stadio di offesa ulteriore rispetto a quello già consumato dalla condotta di mendacio. Detta conclusione può sostenersi rispetto al fatto di reato descritto dal 1° comma dell’art.2638 c. c. poiché qui la finalità dell’ostacolo “si innesta” su una condotta *già* pericolosa per il bene protetto, di modo che un’esegesi che non intenda risolversi in un’*interpretatio abrogans* della stessa non può che attribuirvi un significato logicamente ulteriore rispetto allo stadio offensivo raggiunto dal fatto di reato. Il grado di offesa di tale fatto è rappresentato dal pericolo che il mendacio realizzato sia caduto su un’informazione rilevante per l’Autorità che lo ha ricevuto e che la stessa cada in errore, risultandone ingannata. Se ricostruissimo il fine di ostacolo nel senso che questo richieda la mera consapevolezza di tal pericolo frutto della condotta vietata, lo intenderemmo come finalità immanente alla stessa e, pertanto, come un dolo specifico meramente apparente. È possibile intenderlo, invece, in maniera differente e, cioè, nel senso che esso postula non soltanto la volontà di arrecare un pericolo all’interesse conoscitivo delle Autorità ma l’intenzione di *arrecarvi un danno*. Si

²³ Cfr. il cap.IV della presente sezione.

²⁴ Al punto tale da legittimare la conclusione che tale disposizione contrasta con il principio costituzionale di precisione, come sostenuto nel cap. IV.

potrà riconoscere l'autentica natura di dolo specifico al predetto obiettivo allorché lo si intenda come volontà di tenere all'oscuro l'Autorità sulla verità che si sarebbe dovuta comunicare e che si è invece celata, e non soltanto volontà di rendere più disagiata il suo accertamento. È questo l'unico modo di assegnare alla finalità in questione una portata trascendente lo stadio di offesa già integrato dalla condotta.

Ci si potrà obiettare che la qui suggerita ricostruzione, se tiene ferma l'usuale qualificazione dell'elemento soggettivo del reato in questione, lascia pressoché inalterata la già lamentata scarsa capacità selettiva del dolo specifico in questione. Pochissimi sarebbero i casi di non punibilità per dolo specifico che non sarebbero riconducibili al dolo generico (la coscienza e volontà della sola condotta vietata). In fin dei conti, bisognerà negare il perfezionamento del delitto *de quo* pur in presenza di un falso rilevante ed atto all'inganno soltanto allorché l'agente, pur consapevole di aver posto in essere tale mendacio, e dunque conscio del pericolo arrecato al buon andamento dell'Autorità, sia tuttavia convinto che la stessa comunque riuscirà a "venir a capo" della faccenda, ad esempio perché confida che altri soggetti tenuti all'obbligo informativo adempiano al loro dovere. In pratica, il dolo specifico in questione esclude dalla punibilità soltanto di colui che pone in essere la condotta in questione per il pericolo di inganno ad essa intrinseco, ma senza volere che l'Autorità venga ingannata. Chi mai deciderà di commettere il reato in tale situazione psicologica? Unicamente un (improbabile) agente che intenda soltanto render maggiormente difficoltoso l'accertamento della verità o "farlo slittare" e che agisca, pertanto, con un singolare "dolo di ritardo"²⁵.

²⁵ Tale ipotesi non pare esser del tutto di scuola. Si ipotizzi il caso di un amministratore di un'azienda in gravi difficoltà finanziarie che spera di risolverle, da lì a poco, grazie ad un ingente prestito che sta negoziando. Qualora un'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari gli richieda un quadro riassuntivo della situazione finanziaria della società entro un termine antecedente quello della ragionevole conclusione delle trattative per il sospirato fido, ed egli ritenga che l'emersione di tale assetto patrimoniale potrà condurre al fallimento della stessa, possiamo ben immaginare che egli invii una relazione falsa alla predetta Autorità. L'amministratore in questione, che si è attivato per il prestito "salvifico", è consapevole che, al momento in cui conseguirà il sospirato fido, verrà forse alla luce la falsità della comunicazione che ha descritto in termini non realistici gli assetti patrimoniali della società. Nel comportamento del predetto amministratore potranno forse intravedersi gli estremi di una condotta di bancarotta (punibile in caso di fallimento) ma non già il dolo specifico dell'art.2638 1° comma c. c. come qui ricostruito. Un altro esempio potrebbe consistere nel caso del dirigente di azienda che comunichi dati falsi per occultare una fattispecie di riciclaggio cui non ha concorso (altrimenti sarebbe da lui invocabile la scriminante del *nemo tenetur se detegere* per l'impostazione qui accolta). L'autore di tale mendacio, pur consapevole che la inverosimiglianza dei dati comunicati darà ben presto luogo ad indagini che faranno emergere la falsità degli stessi (e, quindi, non agendo con l'intento di ingannare durevolmente l'ente di controllo), lo realizza contando di guadagnare tempo per preparar la fuga in un Paese straniero unitamente all'autore del reato di riciclaggio. Qualora il suo piano non dovesse andare a buon fine, egli dovrà rispondere certo del reato di favoreggiamento, ma non già di quello di cui all'art.2638 1° comma c. c. per difetto di dolo specifico. La sussistenza di un "dolo di ritardo" dell'attività di accertamento delle Autorità pubbliche di vigilanza, come tale escludente il dolo di ostacolo (da intendersi come volontà di inganno), non pare dunque inevitabilmente destinato ad essere relegato tra le mere esercitazioni accademiche.

Il fine trascendente è talmente prossimo alla condotta, è così poco eccedente la stessa, che soltanto con estrema difficoltà riescono ad immaginarsi ipotesi di volontaria realizzazione della stessa in assenza dello scopo legislativamente tipizzato.

L'indubbia esattezza di tali rilievi non appare tale da indurre a rinnegare l'itinerario logico seguito, per la semplice ragione che una scarsa selettività del dolo specifico di ostacolo è pur sempre preferibile a nessuna selettività dello stesso e, soprattutto, a negare qualsiasi rilievo all'opzione legislativa di avvalersi della locuzione "al fine di ostacolare" anziché di quella "intenzionalmente ostacola".

Non può, peraltro, sottacersi che tale concettualmente gravosa ricostruzione di un significato in termini di autentico dolo specifico all'elemento soggettivo dell'art.2638 1° comma c. c. risulta del tutto "vanificata" dalla portata onnicomprensiva della previsione di cui al 2° comma della predetta disposizione. Come già chiarito²⁶, la fattispecie di ostacolo ivi delineata si rivela essere un clausola generale di incriminazione di tutte le condotte di mendacio, pericolose per il buon andamento delle Autorità, che fuoriescano dalle modalità tipizzate dal primo comma. Se ciò sta a significare, a livello di oggetto materiale di reato, che il mendacio privo di rilievo patrimoniale rifluisce nel 2° comma dell'art.2638 c. c., un che di analogo deve dirsi, in punto di colpevolezza, per quanto attiene alle condotte di falso non assistite da un dolo specifico di ostacolo da ricostruirsi - *ut supra* illustrato – come intento di ingannare le Autorità. Le (già improbabili) ipotesi di chi agisca con l'intenzione di rendere meramente più disagiata l'operato degli organi di controllo, senza voler ingannare la P. A., saranno estromesse dall'area della punibilità del primo comma della previsione in esame solo per ricadere in quella del secondo: esse integreranno certo l'ostacolo di cui all'art.2638 cpv. c. c.²⁷.

Conclusione quest'ultima paradossale, specie là dove si è proceduto ad una totale equiparazione sanzionatoria tra le due previsioni incriminatrici, e che attesta, ancora una volta, tutte le deficienze di una tecnica legislativa frettolosa pensata più per ovviare ad "urgenze" passate che non per rispondere, con un disegno di ampio respiro, a razionali istanze repressive e preventive.

3. La morte del falso colposo e la sua trasfigurazione nella responsabilità delle persone giuridiche. L'unica novità di rilievo introdotta dalla riforma è relativa proprio all'elemento

²⁶ Nel cap. IV della presente sezione.

²⁷ Anche negli esempi riportati nella nota 25, si dovrà rispondere oltre che (eventualmente) di bancarotta e di favoreggiamento personale, anche di ostacolo alle Autorità in forza del secondo comma dell'art.2638 c.c.

soggettivo nell'ambito delle falsità alle Autorità ed è rappresentata dal venir meno della punibilità a titolo di colpa di tali mendaci. La strutturazione in termini contravvenzionali di molte delle previgenti incriminazioni poste a tutela delle funzioni di vari organi di controllo dei mercati aveva, infatti, fatto insorgere il dubbio che le stesse ammettessero un criterio di imputazione soggettivo di stampo colposo, accanto a quello tradizionale, in tema di falsi, costituito dal dolo. Ci si era così interrogati, in dottrina (anche qui in assenza di decisioni giurisprudenziali), sulla configurabilità del c.d. falso colposo.

La punibilità a titolo di colpa del falso, per quanto fosse stata una possibilità da tempo conosciuta (e non aprioristicamente scartata per una sorta di "ontologica" incompatibilità tra il falso ed il rimprovero a titolo di colpa) da parte della meno recente dottrina in tema di mendacio²⁸, e per quanto fosse stata autorevolmente auspicata, in sede di riforma del diritto penale commerciale²⁹, era stata oggetto, una volta introdotte fattispecie contravvenzionali di falso alle Autorità di vigilanza, di divaricate prese di posizione relative alla configurabilità di un falso colposo. In assenza di statuizioni giurisprudenziali, gli autori che si erano occupati del tema non avevano assunto un atteggiamento comune, ben presto dovendosi registrare due differenziati orientamenti in ordine alla punibilità di chi comunicava dati difforni dal vero alla P.A. per negligenza, imprudenza, imperizia od inosservanza delle regole tecniche. Di fronte alla prevalente tesi positiva, si contrapponeva la pur vasta schiera di chi sosteneva l'incompatibilità del mendacio col rimprovero colposo³⁰, sia pur, molto spesso, con impostazioni in cui detta conclusione era maggiormente affermata che argomentata. Coloro che, al contrario, hanno minutamente ed articolatamente approfondito le ragioni della loro opposizione al falso colposo³¹ l'hanno

²⁸ Già CARNELUTTI, *Teoria del falso*, cit., p.89, nel 1935 riteneva che il problema del falso colposo fosse meritevole – per lo meno in linea politica – di essere discusso. Analogamente, due decenni dopo, si esprimeva MALINVERNI, *Sulla teoria*, cit., p.278.

²⁹ In tal senso v., infatti, le riflessioni di BRICOLA, *La disciplina*, cit., p.242 e 244; ID., *Profili penali*, cit., p.119. Già da alcuni lustri, deve inoltre segnalarsi, il successivo dibattito sul falso colposo era stato "anticipato" e risolto (nel senso della configurabilità dommatica di tale figura) da MARINUCCI, *Gestione d'impresa*, cit., p.434, il quale aveva precisato che altro è domandarsi dell'opportunità politico – criminale del falso colposo, altro è, in virtù di fallaci postulati ontologicizzanti, escludere la distinzione tra falso (schema di offesa a beni giuridici) e colpa (criterio di attribuzione della responsabilità dell'offesa).

³⁰ La più approfondita disamina della varie posizioni trovasi in BONINI, *La violazione degli obblighi*, cit., p.159 e s., cui si rinvia anche per un analitico quadro bibliografico.

³¹ Cfr., per la tesi di chi esclude la configurabilità del falso colposo, oltre le sintetiche ma "centrali" argomentazioni di CRESPI, *Brevi note*, cit., p.272, e di MUCCIARELLI, *Tutela penale*, cit., p.1182, l'ampia disamina condotta da BONINI, *Falsità, omissione, ritardo*, cit., p.865; ID., *La violazione degli obblighi*, cit., p.159; ID., *Sulla colpevolezza del falso contravvenzionale in comunicazioni relative al "mercato finanziario" (con una postilla circa la "dispersione del diritto penale in mille rivoli")*, relazione al Convegno *Le fattispecie dolose nel diritto penale dell'economia fra tradizioni dogmatiche e nuove prospettive di politica criminale*, Trento, 9 – 10 ottobre 1998, che è senza dubbio

motivata in base ad argomentazioni di carattere sistematico (l'esser tutte le fattispecie delittuose di falso punite solo a titolo di dolo), di meritevolezza di pena (l'esser il falso colposo soggettivamente meno riprovevole di alcune omissioni sanzionate solo in via amministrativa), dogmatiche (l'esser intrinseco all'azione mendace un *animus decipiendi*). Nessuna di dette motivazioni è, però, pienamente convincente. Non quella di carattere sistematico, atteso che è pienamente intraneo alla logica del sistema che modelli criminosi punibili soltanto a titolo doloso a livello delittuoso lo siano, invece, anche a titolo di colpa rispetto alla previsione di contravvenzioni. Un che di simile si verifica, ad esempio, per quanto attiene alla ricettazione rispetto all'incauto acquisto, senza che alcuno abbia ritenuto di dover trarre da ciò la conclusione della natura esclusivamente dolosa dell'art.712 c. p.³² Del resto, la maggiore capacità repressiva che la normale punibilità della colpa comporta a livello contravvenzionale è "compensata" dalla minor severità (in tema di prescrizione, tentativo, sospensione condizionale ecc...) della disciplina generale delle contravvenzioni rispetto a quella dei delitti³³.

Né risolutivo si rivela l'argomento relativo alla minor meritevolezza di pena del falso colposo rispetto ad omissioni sanzionate solo in via amministrativa. La tesi non convince atteso che il falso colposo è, prima di tutto un falso, e cioè un *quid* atto all'inganno, di modo che il suo disvalore obiettivo è *sempre* maggiore rispetto a quello della *mera omissione* di informazioni dovute. Nel caso di falso, anche meramente negligente, il destinatario crede di aver ricevuto la notizia che aveva diritto ad acquisire e può, quindi, cadere in errore, il che non si verifica mai in caso di omissione. Lo stadio di offesa raggiunto da un fatto di falso è maggiore, con riguardo ad un dato interesse informativo, rispetto a quello rappresentato dalla mera inerzia. Già a livello di *Tatbestand*, il mendacio è portatore di un disvalore maggiore della condotta omissiva.

Né maggiormente convincente si rivela l'argomento della pretesa necessaria inerenza dell'*animus decipiendi* alla condotta ingannatoria. Non sembra sussistere un rapporto di complicazione necessario tra il contribuire a porre in circolazione un'informazione mendace e la consapevolezza di ciò, indi la volontà di ingannare i destinatari. Pone in essere una dichiarazione falsa anche il testimone che crede di fornire all'autorità

l'Autore che, con maggiore acribia e spessore argomentativo, ha tentato di dimostrare l'implausibilità di un rimprovero a titolo di colpa del mendacio.

³² Sull'elemento soggettivo di tale reato si rinvia a FORNARI, *Commento*, in CRESPI – STELLA – ZUCCALA' (a cura di), *Commentario*, cit., p.2124 e s.

³³ Per altre penetranti considerazioni critiche rivolte all'argomento sistematico ai fini dell'esclusione del falso colposo dal sistema, cfr. LOSAPPIO, *op. ult. cit.*, p.104 e s.

giudiziaria una fedele narrazione delle vicende accadute, il che, invece, non è per un difetto della memoria del testimone. Il falso colposo del testimone è, dunque, “ontologicamente” ben ipotizzabile, dipendendo la sua criminalizzazione solo da opzioni di politica criminale³⁴. E non sono forse colpose le condotte di quei componenti gli organi collegiali che non vigilano a sufficienza sull’operato dei loro “colleghi” pur di fronte a ben riconoscibili “segnali d’allarme”?³⁵.

L’argomento della necessaria inerenza della volontà di ingannare alla condotta decettiva presenta, però, l’indubbio merito di aver fatto emergere il vero retroterra culturale e dogmatico che presiede alla “ritrosia” nell’ammettere la configurabilità di un falso colposo. Esso risiede, a ben vedere, nell’accoglimento di postulati di stampo finalistico³⁶, per i quali la struttura ontologica³⁷ dell’azione mendace richiede necessariamente una sua caratterizzazione dolosa. Pur non potendosi, in questa sede, approfondire la tematica dell’implausibilità dell’ipotesi finalistica³⁸, gli esempi sinora adottati a riprova della empirica verificabilità del falso colposo paiono costituire un’ulteriore ipotesi di falsificazione della stessa³⁹, da sempre stretta tra lo Scilla della normativizzazione del dolo ed il Carriddi di

³⁴ Ed infatti, il par.163 del codice penale della Repubblica Federale di Germania conosce l’ipotesi della falsa testimonianza colposa, come ricorda MARINUCCI, *Gestione d’impresa*, cit., p.434.

³⁵ Si tratta, a ben vedere, di quelle ipotesi che sono state qualificate, da una giurisprudenza maggiormente preoccupata di colmare lacune di tutela che di rimanere nei rigorosi limiti della legalità penale, come dolose, dando così luogo ai più che giustificati strali di CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri*, cit., p.1147; e di PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., p.1265. In tali opere, i due chiari Autori non lamentavano forse che si fosse punito come doloso un atteggiamento soggettivo al più qualificabile come colposo? E non è questa la più evidente delle riprove empiriche della naturalistica sussistenza del falso colposo?

³⁶ Come aveva già ben inteso MARINUCCI, *Gestione d’impresa*, cit., p.434, dove aveva contestato, a chi negava l’ontologica possibilità di un falso colposo, di far dell’ontologia fuori posto, confondendo il proprio tipo *ideale* di diritto penale, composto non da offese a beni giuridici, ma da violazione di doveri, con il diritto penale *vigente* che tiene ben distinti il piano del falso come offesa a beni giuridici da quello della colpa come criterio di attribuzione della responsabilità di quell’offesa.

³⁷ Per una recente critica all’ontologismo sotteso alla dogmatica welzeliana cfr. le relazioni di ROXIN e di HASSEMER al Convegno *Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giuspenalistica*, Napoli, 25 – 26 ottobre 2002.

³⁸ Per la quale ci si limita a rinviare, oltre ai contributi di cui alle note successive, alle “classiche” analisi di PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in ID, *Saggi di diritto penale. Seconda serie*, Padova, 1965, p. 45 ss.; PEDRAZZI, *Il fine dell’azione delittuosa*, cit., p.261; M. GALLO, *La teoria dell’azione finalistica nella più recente letteratura tedesca*, (1950), ristampa, Milano, 1967; VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., p.893 e s.

³⁹ Tra i quali va annoverato quello da ultimo esposto da MARINUCCI, a proposito della vicenda legislativa e dogmatica dei delitti aggravati dall’evento, nella sua *Relazione al Convegno Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giuspenalistica*, Napoli, 25 – 26 ottobre 2002.

una soggettivizzazione del fatto di reato, che sostituisca l'imprescindibile funzione del disvalore di evento con un eticizzante disvalore d'azione⁴⁰.

In definitiva, non sussistono argomentazioni che fungano da insuperabile barriera dogmatica alla configurabilità di un falso colposo⁴¹.

L'aver "sgombrato il campo" da tali perplessità permette di impostare la discussione sul terreno suo proprio, ovvero sia quello dell'opportunità politico – criminale di tale criterio di imputazione soggettiva per il mendacio. La risposta al quesito pare debba essere positiva. D'innanzi ad una serie di reati, quali i mendaci attinenti all'informazione societaria, che si verificano per lo più all'interno di strutture complesse - in cui la pluralità dei centri decisionali e la stratificazione delle "linee di comando" rende sempre più ardua la ricostruzione e l'accertamento di un atteggiamento doloso in capo a chi ha posto in essere solo una piccola frazione dell'azione globalmente illecita - pare opportuno affiancare, al tradizionale bagaglio delle incriminazioni dolose, fattispecie sanzionatorie relative a chi non tenuto "sotto controllo", pur avendone la possibilità, le fonti di rischio affidate alla sua cura e sorveglianza. In altri termini, si tratterebbe di assoggettare a pena i componenti degli organi collegiali, sindaci od amministratori, che sono rimasti inerti di fronte a preoccupanti "segnali d'allarme" o che non hanno apprestato strutture organizzative adeguate a prevenire gli illeciti dolosi dei loro "colleghi" e dipendenti. Questo dovrebbe essere l'elettivo campo di applicazione del falso colposo.

Tali considerazioni non sembrano, peraltro, essere state prese in considerazione dal Legislatore che, proprio col d. lgs.61 del 2002, ha previsto una fattispecie soltanto delittuosa di falso ed ostacolo alle Autorità, senza sancire espressamente la punibilità anche a titolo di colpa della stessa⁴². Il falso colposo, prima ancora di aver "vita giurisprudenziale", sarebbe stato definitivamente eliminato dall'intervento chiarificatore del Legislatore⁴³.

⁴⁰ Per tale penetrante critica alla dogmatica finalistica cfr. la *Relazione* di FIANDACA al Convegno *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 25 – 26 ottobre 2002. Per similari considerazioni cfr. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.388 e s.

⁴¹ In tal senso, cfr. ora anche, con ricchezza e chiarezza di argomentazioni, LOSAPPIO, *op. ult. cit.*, p.103 e s.

⁴² Secondo MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p.186, e ZANNOTTI, *L'ostacolo*, cit., p.577, l'estromissione del falso colposo dall'area del penalmente rilevante sarebbe stata suggerita, al Legislatore, dalla Banca d'Italia.

⁴³ Auspicato dal BONINI, *La violazione degli obblighi*, cit., p.164, per por fine alla disputa scientifica sullo stesso.

Non può, però, mettersi la parola fine al relativo dibattito, atteso che, oltre ad alcune fattispecie “residue” di falso alle Autorità non sostituite dall’art.2638 c. c.⁴⁴, *tutti* i mendaci che integrano tale delitto *anche oggi sono imputabili a titolo di colpa*. Per la precisione, le false comunicazioni alle Autorità daranno luogo a responsabilità dell’ente i cui organi di vertice non vigilano diligentemente in modo da evitare che detti reati si realizzano o al cui interno non sia stata approntata una struttura organizzativa adeguata alla prevenzione di tali illeciti. Sarà, infatti, applicabile la disciplina di cui al d. lgs.231 del 2001 (responsabilità amministrativa delle società) in forza dell’art.25-ter di tale testo, ivi inserito dal d. lgs.61 del 2002⁴⁵. E , se volessimo qualificare con i tradizionali schemi penalistici del dolo e della colpa, che natura avranno i criteri di imputazione soggettivi di cui agli artt.5, 6 e 7 del d. lgs.231 del 2001⁴⁶? A noi pare che essi stabiliscano anche la semplice responsabilità colposa dell’ente per il reato dei suoi dipendenti o dirigenti. Oltre che nell’ipotesi in cui costoro agiscano in forza di una determinata politica d’impresa, la responsabilità dell’ente sussiste anche qualora il reato si sia realizzato per la mancanza degli opportuni controlli, inclusivi di strutture organizzative adeguate allo scopo. Nello sforzo di disegnare una responsabilità delle persone giuridiche conforme al principio di colpevolezza, il Legislatore delegato⁴⁷ ha dunque enucleato una serie di normali (non bisognosi, cioè, di espressa previsione per ogni illecito) criteri di imputazione soggettiva che sono riconducibili alle consolidate categorie del dolo e della colpa. E, in seguito all’estensione della responsabilità delle persone giuridiche anche ai reati societari, può ben sostenersi che il falso colposo continui ad avere giuridico rilievo. Esso non solo non è morto, ma in conformità agli auspici della più avveduta dottrina⁴⁸, si è “trasfigurato” in uno degli illeciti

⁴⁴ In quanto non si riferiscono agli organi apicali degli enti soggetti alla vigilanza delle Autorità e costituiscono, per lo più, reati comuni. Su dette incriminazioni cfr., *ex plurimis*, BONINI, *op. ult. cit.*

⁴⁵ Sull’estensione della responsabilità degli enti anche ai reati societari cfr. GUERRINI, *Commento*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti*, cit., p.242 e s.; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto*, cit., p.47 e s.; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa*, in GIARDA – SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.65 e s.; PUTINATI, *Commento*, in LANZI – CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.233 e s.

⁴⁶ Sugli stessi, oltre alle opere citate nel par.7 del cap. I sez. I, cfr., su posizioni parzialmente differenti, PULITANO’, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002, p.405 e s., e MANNA, *Relazione al Convegno Responsabilità penale o amministrativa delle persone giuridiche? D. lgs. 8 giugno 2001 n° 231*, Lecce, 9 – 10 novembre 2001.

⁴⁷ Che l’intento di questi fosse quello di enucleare, accanto a criteri oggettivi di imputazione, criteri soggettivi che ponessero la neo-nata disciplina al riparo da censure di incostituzionalità per violazione dell’art.27 Cost., è un dato pacifico. *Ex plurimis* cfr. MANNA, *Relazione al Convegno Responsabilità penale o amministrativa delle persone giuridiche? D. lgs. 8 giugno 2001 n° 231*, Lecce, 9 – 10 novembre 2001.

⁴⁸ Di recente cfr., ad esempio, LOSAPPIO, *op. ult. cit.*, p.109, il quale ha rilevato che la colpa, intesa come mancato adempimento dell’obbligo di apprestare i presupposti materiali per il diligente espletamento delle funzioni attribuite ai singoli dirigenti ed impiegati, più che da una sanzione penale connessa a presupposti di imputazione soggettiva

delle persone giuridiche derivanti da reato, con ciò ponendo le premesse per una sua futura comparsa nel “diritto vivente” ma, anche, per l’approfondimento delle problematiche ad esso inerenti ad altra sede, e precisamente, alla già imponente letteratura sui criteri soggettivi di imputazione previsti per la responsabilità degli enti.

4. *La consapevolezza dell’ostacolo quale elemento caratterizzante l’art.2638 2° comma c. c. La crisi della funzione ordinatrice della parte generale derivante dal proliferare di fattispecie “a dolo arricchito”.* Al contrario del 1° comma dell’art.2638 c. c., la fattispecie di ostacolo prevista nel capoverso del predetto articolo non si caratterizza per la presenza di un dolo specifico, ma per quella di un dolo “qualificato” dall’avverbio consapevolmente. Colpevole del predetto reato risulterà essere soltanto chi *consapevolmente* ostacola le funzioni delle Autorità. La presenza dell’avverbio in questione suscita fondate perplessità, atteso che, per regole generali, già la *suitas ex art.42 c. p.*, e senz’altro il dolo in forza dell’art.43 c. p. richiedono che il fatto di reato sia posto in essere perlomeno coscientemente.

Per non privare l’inciso in questione di qualsiasi significato nell’economia della fattispecie, molti tra i primi commentatori l’hanno inteso come escludente il dolo eventuale⁴⁹. L’utilizzo di avverbi selettivi del dolo di fattispecie non costituisce, del resto, una singolarità del reato in questione, ma è il frutto di un *trend* legislativo che, per quanto recente⁵⁰, si è rapidamente affermato. Nell’intento di escludere la punibilità a titolo di dolo eventuale si registrano così utilizzi dell’avverbio consapevolmente nell’ambito delle fattispecie di

estremamente mortificati, potrebbe essere contrastata in modo più efficace mediante strumenti di responsabilizzazione diretta delle persone giuridiche.

⁴⁹ Cfr. MUSCO, *I nuovi*, cit., p.191; PALLADINO, *Commento*, cit., p.211; SANTORIELLO, *Commento*, cit., p.12365; ORSI, *Passa per il codice*, cit., p.78; ZANNOTTI, *L’ostacolo*, cit., p.589;

⁵⁰ Salvo, infatti, “remoti” antecedenti quali la previsione di un dolo qualificato in tema di insolvenza fraudolenta, la tendenza in questione ha preso le mosse dall’utilizzo dell’avverbio intenzionalmente in sede di riforma, nel 1997, del delitto di abuso di ufficio. Sul significato attribuibile a detto avverbio in tale reato, sia consentito il rinvio ad INFANTE, *Disciplina intertemporale*, cit., p.863 e s.

cessione e detenzione del materiale pedopornografico⁵¹ e di questo e della locuzione intenzionalmente in tema di reati societari così come da ultimo novellati⁵².

Se questo era l'obiettivo perseguito dal Legislatore, certo è da segnalarsi con favore la sostituzione della locuzione "consapevolmente" all'avverbio "intenzionalmente", originariamente inserito nello schema di decreto delegato⁵³. Si evita, in tal modo, di legittimare interpretazioni escludenti, dalle forme di dolo compatibili con la fattispecie in esame, anche il dolo diretto⁵⁴.

Peraltro, l'oramai invalso utilizzo di tali "elementi di arricchimento" del dolo nella più recente legislazione comporta il rischio, ancora non compiutamente avvertito, di dar luogo ad una profonda crisi della medesima ripartizione tra parte generale e parte speciale del diritto penale, erodendo progressivamente la funzione ordinatrice che la prima dovrebbe avere sulla seconda⁵⁵. Se, infatti, il Legislatore si preoccupa soltanto di escludere da questa o quella fattispecie di nuovo conio la punibilità a titolo di dolo eventuale, senza neanche porsi il dubbio se le definizioni di parte generale *già* impediscano, in molti casi, la configurabilità del dolo eventuale⁵⁶, si legittimano, con l'argomento *a contrario*, letture del

⁵¹ Sullo stesso cfr. CADOPPI, *sub art.3 l. 3 agosto 1998, n.269*, in ID. (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 1999, p.570, nonché le interessanti riflessioni di BONINI, *La violazione degli obblighi*, cit., p.164. Su tali elementi soggettivi v. anche il contributo della CURI, *Tra forme intermedie di dolo e colpa: un requisito soggettivo comune per il cittadino europeo*, in *Ind. Pen.*, 2001, p.493 e s., e, quivi, spec. p.500, in cui si sostiene che gli stessi possono essere considerati (si deve ritenere in base ad un argomento *a contrario*) segni di una forma di responsabilità da rischio, intermedia tra dolo e colpa, e suscettibile di ricoprire, in prospettiva di riforma, lo spazio oggi assegnato al dolo eventuale e alla colpa cosciente.

⁵² Sul particolarmente intricato elemento soggettivo del delitto di false comunicazioni sociali, che si atteggia come una "selva" in cui sono compresenti dolo specifico e dolo intenzionale, cfr., *ex plurimis*, MUSCO, *I nuovi*, cit., p.80; SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p.679; MANNA, *La riforma dei reati societari*, cit., p.114; GIUNTA, *Commento*, in ID. (a cura di), *I nuovi illeciti*, cit., p.28; LANZI – PRICOLO, *Commento*, in LANZI – CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.34 e s.; PULITANO, *False comunicazioni*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto*, cit., p.165 e s.; FOFFANI, *La nuova disciplina*, in GIARDA – SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati*, cit., p.272 e s.

⁵³ E cui ancora si fa riferimento nella relazione ministeriale al decreto, così come risulta dalla sua pubblicazione in MUSCO, *I nuovi*, cit., p.241.

⁵⁴ Secondo la tesi sostenuta a proposito dell'art.323 c. p., da, tra gli altri, MANNA, *Luci ed ombre*, cit., p. 28. Sul punto, sia consentito rinviare a INFANTE, *Disciplina intertemporale*, cit., p.866 e s., anche per le più opportune indicazioni bibliografiche su quanti, invece, bipartendo il dolo soltanto in intenzionale ed eventuale, non estromettono il c.d. dolo diretto dal novero dei criteri soggettivi di imputazione dell'abuso di ufficio.

⁵⁵ Di recente, per una profonda ed articolata analisi dei rapporti tra parte generale e parte speciale di un sistema penale, e dei rischi che le concrete scelte incriminatrici di parte speciale comportano in termini di elusione, se non di vero e proprio "tradimento", della pur (nominali) opzioni di garanzia introdotte in sede di parte generale, cfr. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2002, p.42 e s.

⁵⁶ E' noto che, negli ultimi lustri, la riflessione scientifica italiana si sia posta il quesito se la corrente interpretazione giurisprudenziale del dolo eventuale non travalichi i confini che, nel nostro ordinamento, sono assegnabili al rimprovero doloso. A detto quesito si è data risposta prevalentemente positiva, di conseguenza proponendosi letture fortemente riduttive del dolo eventuale quali quelle proposte da PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., *passim*; ed EUSEBI, *Il dolo*

dolo eventuale “ad ampio spettro” per tutto il restante sistema penale⁵⁷ e così facendo si fa perdere alla parte generale la sua funzione unificatrice del sistema. L’interprete non tenderà più a cercare le regole che stabiliscano - in linea generale (e salvo eccezioni) - la distinzione tra dolo (eventuale) e colpa (cosciente), ma, di volta in volta, si porrà il quesito se le logiche preventive e repressive cui presiedono le varie incriminazioni rendano “adeguato” questo o quel criterio di imputazione soggettiva. Il rapporto regola – eccezione risulterà invertito, e alla parte generale, al di là delle generose affermazioni di principio dell’art.16 c. p., si attribuirà, forse, una mera portata residuale. Anche il modello che la recente tecnica legislativa evoca può risultare funzionale⁵⁸, ma non è quello della nostra esperienza giuridica. Esso segna l’abbandono di quella valenza unificatrice che si è sempre attribuito alla parte generale ed alle sue definizioni e che, negli ultimi anni, ha visto accentuare il suo valore nel dibattito scientifico e nei progetti di riforma in vista di quel recupero della certezza (del diritto) perduta che è uno dei primi obiettivi di ogni organica modifica del nostro sistema penale⁵⁹.

Il proliferare di fattispecie a dolo qualificato si rivela dunque, un ulteriore sintomo di quella crisi “da senescenza” di cui soffre il nostro codice. L’ormai eccessivamente lunga attesa di quel *Godot* rappresentato dalla nuova codificazione induce il Legislatore a ricercare “scorciatoie” di parte speciale le quali rischiano però, derogando ai nessi sistematici tra le

come volontà, cit., *passim*. Non è mancata neanche l’opzione “radicale” – ma pienamente coerente con il dato normativo testuale ed con l’intenzione storica dei compilatori il codice – di chi ha evidenziato come le definizioni legislative di dolo e di colpa cosciente estromettono tutto ciò che *non è voluto* (nel senso di oggetto, per lo meno, di dolo c.d. diretto) dall’area del rimprovero doloso. In tal senso, cfr. i contributi di FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa*, cit., p.228 e s.; ID., *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2000, p.820 e s.; ID., *Problematiche attuali del dolo eventuale tra forme intermedie di colpevolezza ed istanze definitorie*, in corso di pubblicazione negli atti del Convegno “Verso un codice penale modello per l’Europa – La parte generale – Responsabilità penale delle persone giuridiche, offensività, esiguità, forme intermedie tra dolo e colpa”, Parma, 29-30 settembre 2000.

⁵⁷ Trae, infatti, da queste ipotesi legislative di dolo qualificato un argomento per sostenere che le stesse postulano implicitamente la categoria del dolo eventuale, CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p.317.

⁵⁸ Del resto, è invero prossimo a quello dei Paesi di *Common law*.

⁵⁹ Il dibattito sul valore ed i limiti delle definizioni in materia penale, sempre vivo in un contesto culturale come il nostro caratterizzato da una significativa presenza di tale tecnica legislativa, si è arricchito negli ultimi anni dei contributi raccolti in CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali in diritto penale*, Padova 1996. Si deve, inoltre registrare, la significativa proposta di fare un uso sempre più massiccio della tecnica definitoria, come suggerito da MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, cit., p.65. Né si deve ritenere che si sia innanzi a mere “suggestioni” dottrinali, atteso che il (penultimo) progetto di nuova codificazione penale, quello noto come Progetto Grosso, si caratterizza per un ampio utilizzo delle definizioni in sede di parte generale, al dichiarato scopo ridurre - nei limiti del possibile - quella che viene ritenuta un troppo ampio margine lasciato alla discrezione giudiziale. L’articolato della parte generale di un nuovo codice penale elaborato dalla commissione ministeriale presieduta dal Prof. C.F. Grosso è pubblicato, con l’annessa relazione, sul sito internet del Ministero di Giustizia www.giustizia.it. La precedente relazione illustrativa dei principi ai quali ci si è attenuti nella redazione del progetto è pubblicata in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, p.600 e ss, nonché, unitamente ai documenti elaborati dalle sotto-commissioni e dai singoli commissari, in C. F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale II*, Padova, 2000.

generali regole ordinarie e le singole opzioni criminalizzatrici, di erodere sempre più la coerenza e la razionalità dell'ordinamento penale. Rischio tanto più difficilmente tollerabile allorché si evidenzia la sostanziale superfluità di tali tipologie di dolo qualificato.

Pare essere questo il caso dell'avverbio consapevolmente nell'art.2638 2° comma c. c. Si ammetta pure che la sua funzione sia quella di escludere la punibilità a titolo di dolo eventuale (supponendo la legittimità di tale figura nel nostro ordinamento, il che non è pacifico) dell'autore del fatto previsto dalla disposizione. Dato che essa incrimina chi cagiona un ostacolo, e dato che, come visto nel cap. IV della presente sezione, il termine ostacolo qui assume un significato comprensivo tanto del danno quanto del pericolo, chi vuole una condotta da cui possa derivare un danno al soggetto passivo e sia di ciò conscio (ne accetta il rischio), consapevolmente ostacola (cioè pone in pericolo) l'Autorità, e ciò è sufficiente per integrare il dolo qualificato di cui all'art.2638 2° comma c. c. Invero scarsa è la capacità selettiva dell'elemento soggettivo in esame se esso si risolve nella consapevolezza del pericolo. Potendosi la fattispecie in esame presentare tanto nelle forme del danno quanto del pericolo (per l'evanescenza dei suoi elementi costitutivi), già in base alle regole generali in tema di dolo poteva sostenersi che questo sussiste soltanto allorché si sia consapevoli del pericolo arrecato. Il vero è che, all'ambiguità e all'inafferrabilità che un delitto come quello in esame presenta già a livello di fatto di reato⁶⁰, è illusorio pensare di ovviare tramite filtri selettivi a livello di colpevolezza: là dove è incerto l'oggetto del rimprovero, lo stesso addebito soggettivo non può che presentare confini oscuri.

Né pare possibile assegnare altre funzioni al predetto avverbio.

Anche qualora, ad esempio, non si volesse ritenere la coscienza dell'offesa componente strutturale del dolo in forza delle definizioni di cui all'art.43 comma 1 c. p. ed all'art.49 comma 2 c. p.⁶¹, non si potrebbe reputare che la funzione della locuzione in esame sia quella di richiedere tale consapevolezza in deroga alla regola generale di segno opposto. Ciò in quanto il fatto di reato consiste nell'ostacolare le Autorità di vigilanza, di modo che la mera rappresentazione e volizione di tale fatto – per quanto intesa in termini esangui – non può non ricomprendere la rappresentazione del pregiudizio arrecato alla P. A. Per come è strutturata la fattispecie in esame, infatti, non essendovi scarto alcuno tra tipicità e

⁶⁰ Caratteristiche illustrate nel cap. IV della presente sezione.

⁶¹ Ribadisce, di recente, l'inerenza del momento valutativo rappresentato dall'offesa all'oggetto del dolo, M. GALLO, *Appunti di diritto penale. II. Il reato Parte II. L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p.78 e s.

offensività⁶², volere il fatto significa necessariamente volere l'offesa, e tutto ciò a prescindere dall'inciso in esame.

Né allo stesso potrebbe attribuirsi il compito di recepire l'elaborazione dogmatica che richiede la *scientia juris* ai fini del rimprovero doloso nelle fattispecie a condotta neutra⁶³. Essendo il 2638 2° comma c. c. un contenitore onnicomprensivo, al suo interno rientreranno tanto sotto-fattispecie "pregnanti" (falsità che non cadono su dati economicamente rilevanti ma, ad esempio, sui precedenti penali degli organi apicali dei soggetti vigilati) quanto sotto-fattispecie prive di "significatività paradigmatica" (ad esempio l'inosservanza ad un provvedimento dell'Autorità). Orbene, per queste ultime, potrà ben sostenersi che in tanto dovrà ritenersi integrato il dolo in quanto l'agente sia consapevole di aver trasgredito ad un comando impostogli dall'Amministrazione, ma per addivenire a tale risultato non è necessario attribuire alcun ruolo all'avverbio consapevolmente, è sufficiente applicare le regole codicistiche di cui all'art.47 c. p. Se oggetto del dolo è il fatto descritto dalla norma incriminatrice, e se questa ricomprende un elemento normativo⁶⁴ quale l'ostacolo alle Autorità⁶⁵, la rappresentazione di questo ostacolo è elemento essenziale del dolo di fattispecie. Se non si conosce il comando dell'Autorità, non ci si può rappresentare e volere l'ostacolo alla medesima. Ne deriva che la consapevolezza dell'illiceità speciale in esame (che, nell'esempio fatto, si risolve nel sapere del provvedimento che ingiunge di tenere il comportamento che non si è adottato) è pacifica anche a se si volesse rimanere fermi alla più tradizionale delle visioni dell'oggetto del dolo, quella che esclude ogni momento valorativo dallo stesso con l'eccezione, per l'appunto, degli elementi normativi del fatto⁶⁶.

Ne consegue che la locuzione in questione non svolge alcuna specifica funzione in seno al reato descritto dall'art.2638 2° comma c. c.⁶⁷. Il dolo di tale fattispecie richiede per lo meno

⁶² L'indeterminatezza della fattispecie deriva proprio da tale dato: tutto ciò che ostacola (per quanto in misura esigua) le Autorità è criminalizzato, senza che venga fornito alcun criterio che permetta *ex ante* di perimetrare i margini della condotta vietata.

⁶³ Ci si riferisce al pensiero di Donini e Belfiore già illustrato nel 1° paragrafo del capitolo.

⁶⁴ Sui rapporti tra dolo ed elementi normativi fondamentale resta il contributo di PULITANO', *L'errore di diritto*, cit., *passim*. Sul punto v. ora anche MORGANTE, *L'illiceità speciale*, cit., p.157 e s.

⁶⁵ Nel caso di specie, per la precisione, il fatto di reato si esaurisce in tale elemento normativo.

⁶⁶ Nella più recente manualistica, ribadiscono tale tradizionale impostazione, FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in AAVV., *Introduzione al sistema penale*, II, cit., p.185 e s.; CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi*, cit., p.274 e s.

⁶⁷ Analogamente, v. il "cenno" dedicato alla questione da ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., p.260. Deve ritenersi che giunga alle medesime conclusioni sulla "inutilità" dell'avverbio consapevolmente nell'economia della fattispecie, in

la consapevolezza (*rectius*, la volizione in forza della generale previsione codicistica⁶⁸) del pericolo arrecato all’Autorità, e dunque la coscienza di offendere il bene protetto. Detto elemento psicologico, per essere integrato nelle sotto – fattispecie a “condotta neutra”, può richiedere la consapevolezza della normativa extrapenale di riferimento che si viola, ma anche a questo risultato poteva addivenirsi pur senza ricorrere a figure qualificate di dolo. Ne risulta una sostanziale superfluità dell’inciso in questione, cui non residua altro che una “funzione di richiamo” nei confronti del giudice relativa all’esigenza che sia pienamente comprovato, rispetto alle condotte prive di significatività paradigmatica, la *scientia juris* quale elemento fondamentale per ritenere ivi sussistente il dolo. Una sorta di “ritorno al passato”, ovvero a quella risalente elaborazione dogmatica che, una volta “scoperti” gli elementi di illiceità speciale – tra i quali vennero inizialmente inclusi anche le ipotesi di dolo qualificato – vi attribuì il compito di mero avvertimento legislativo, al giudice “formalista”, di fare accurata applicazione della disciplina generale in tema di elemento psicologico⁶⁹. Se tale conclusione, rispetto agli elementi normativi del fatto, può apparire oggi il frutto di una “sottovalutazione” della “scoperta” dogmatica allora compiuta, non altrettanto può dirsi per il riconoscimento, in capo al dolo “arricchito” di cui al 2638 2° comma c. c., di una mera funzione di richiamo dei principi generali. Esso non è che l’ennesimo riprova di una “scarsa” attenzione che il Legislatore della riforma, evidentemente attratto da altre “emergenze”, ha posto nel disegnare la fattispecie in esame.

quanto si limita a precisare che il dolo che integra il 2638 2° comma c.c. è quello generico, ALBERTINI, *Commento*, cit., p.184.

⁶⁸ Evidenza con forza la natura volontaristica del dolo, sulla base delle conclusioni cui è tornata la moderna scienza psicologica, EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., *passim*, nonché ID., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, p.1053 e s. Ribadisce che ricostruire il dolo in termini volontaristici e non di mera rappresentazione è stata una precisa scelta del codificatore del 1930 e che non può, dunque, esser posta nel nulla dalle opzioni esegetiche dell’interprete, FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa*, cit., p.228 e s.; ID., *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica*, cit., p.820 e s.

⁶⁹ Ricostruisce la vicenda la MORGANTE, *L’illiceità speciale*, cit., p.12 e s.

CONCLUSIONI

Legittimità e limiti della tutela penale delle funzioni

Al termine dell'indagine relativa al delitto di ostacolo alle pubbliche Autorità di vigilanza, può sostenersi che l'inquadramento come fattispecie ad offesa funzionale si sia rivelato quanto mai fruttuoso tanto ai fini di una ricostruzione generale di tale tecnica di tutela penale quanto per una più ampia comprensione della specifica incriminazione in esame.

È emerso come la tutela penale delle funzioni non sia un radicale *quid novi* rispetto al panorama delle incriminazioni proprie di uno Stato sociale di diritto. Essa si rivela, al contrario, nient'altro che la moderna terminologia volta a designare quelli che venivano usualmente definiti "reati dei privati contro la Pubblica Amministrazione". Il proliferare degli stessi non dipende dall'apparire di una nuova – e incompatibile con i postulati garantistici di uno Stato di diritto – tipologia criminosa, ma dall'espandersi del ruolo "interventista" dello Stato che assume, nel XX secolo, una dimensione anche "sociale". La radicale contestazione della legittimità delle fattispecie ad offesa funzionale pare allora nascondere, sotto le migliori intenzioni, un forse inconsapevole auspicio di un diritto penale minimo coincidente con un diritto penale neo-liberista.

Alla luce di tali premesse, discende, in via di massima, una legittimità della tutela penale delle funzioni. Essa deriva dal rilievo costituzionale della dimensione "sociale" ed "interventista" dei moderni ordinamenti occidentali.

Tale legittimità del modello punitivo non è, però, tale da fugare ogni perplessità sulle fattispecie ad offesa funzionale. Il riconoscere compatibile con le caratteristiche di uno Stato sociale di diritto determinate istanze repressive non equivale a legittimare qualsiasi scelta punitiva che tenti di soddisfarle: un "volto costituzionale" dell'illecito penale deve essere individuato anche rispetto alla tecnica in questione. Oltre alla legittimità, bisogna indagare anche i limiti delle fattispecie ad offesa funzionale.

E tanto si è ritenuto, in questa sede, di poter fare.

Seguendo l'iter delineato, significative conclusioni si sono tratte.

Si è affermata la possibilità di una lettura in termini di offensività di molti degli illeciti penali preposti a protezione di funzioni, si è enucleato il legittimo grado di anticipazione della tutela penale delle stesse (con esclusione della legittimità del pericolo presunto per i beni - funzione), si è individuato un criterio "strettamente legale" quale parametro selettivo dei fenomeni di remissione normativa alla disciplina extrapenale di settore, si sono ricostruiti

gli *standard* per la costruzione di fattispecie ad offesa funzionale rispettose delle esigenze di determinatezza, si è richiesta la *scientia juris* là dove il fatto incriminato sia totalmente rimesso alle determinazioni normative delle Autorità di settore.

Con una formula riassuntiva, si può affermare che il quadro che ne è emerso ha permesso di enucleare “legittimità e limiti” della tecnica di tutela in oggetto.

Successivamente, il raffronto della fattispecie specificamente in esame con tale modello ha permesso di individuare percorsi esegetici che ne delineano un volto conforme al suo modello costituzionale e che, laddove ciò non sia possibile (come per l’indeterminata previsione del 2° comma dell’art.2638 c. c.), ne “tratteggiano” gli elementi costitutivi in una prospettiva di riforma.