

# LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893 DA GENNARO ESCOBEDO

GIÀ DIRETTA DAL

**Prof. Avv. GIUSEPPE SABATINI**

## COMITATO SCIENTIFICO

**FERRANDO MANTOVANI**

Ordinario di diritto penale

**GIOVANNI CONSO**

Ordinario di procedura penale Pres. em. Corte Costituzionale

**CORRADO CARNEVALE**

Presidente di Sezione della Corte di cassazione

**PAOLO DELL'ANNO**

Ordinario di diritto amministrativo

**ORESTE DOMINIONI**

Ordinario di procedura penale

**ANGELO GIARDA**

Ordinario di procedura penale

**CARLO FEDERICO GROSSO**

Ordinario di diritto penale

**GIUSEPPE RICCIO**

Ordinario di procedura penale

**GIORGIO SANTACROCE**

Presidente della Corte di Appello di Roma

**VINCENZO SCORDAMAGLIA**

Ordinario di diritto penale

**GIORGIO SPANGHER**

Ordinario di procedura penale

**NATALE MARIO DI LUCA**

Ordinario di medicina legale

**PIETRO NOCITA**

Direttore Responsabile

**REDAZIONE:** FRANCESCO BRUNO, Titolare cattedra criminologia Univ. di Roma "La Sapienza"; DIANA CAMINITI, Magistrato; ANTONELLA DE BENEDICTIS, Avvocato; ALESSANDRO DIDI, Ricercatore procedura penale Univ. di Roma "Tor Vergata"; FILIPPO DINACCI, Professore associato procedura penale Univ. di Bergamo; FRANCESCO FALCINELLI, Avvocato; VANIA MAFFEO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; MARCO MARIA MONACO, Dottore di Ricerca procedura penale; GIUSEPPE NOVIELLO, Magistrato; NITTO FRANCESCO PALMA, Magistrato; GIADA PAPA, Avvocato; FEDERICA PUGLIESE, Avvocato; Dott.ssa FRANCESCA ROSSO; PIER GERARDO SANTORO, Avvocato; PAOLO SIRLEO, Magistrato; DELIO SPAGNOLO, Magistrato; ROBERTO STAFFA, Magistrato; Dott.ssa TIZIANA TREVISSON LUPACCHINI, Università "Tor Vergata" di Roma.

On line: [www.lagiustiziapenale.org](http://www.lagiustiziapenale.org) - webmaster e digital edition (ebook):

Spolia - [info@spolia.it](mailto:info@spolia.it)

Sede della Rivista: 00195 ROMA - Viale Angelico, 38

E-mail: [giustpen@gmail.com](mailto:giustpen@gmail.com)

Telefono (06) 321.53.95 - Fax (06) 372.25.74

Spedizione in abbonamento postale - Pubblicità inferiore 50%

ISSN 1971 - 4998

I signori abbonati sono pregati di leggere le avvertenze e le condizioni di abbonamento. I signori abbonati sono pregati di effettuare i versamenti direttamente a mezzo del Conto Corrente Postale n. 00725002 o del conto corrente bancario IBAN IT 13 B 02008 05167 000401287612.

L'Amministrazione non risponde dei versamenti effettuati a mezzo di agenti, agenzie librarie o librerie. I cambi di indirizzo non possono avere effetto immediato, ma hanno effetto per la spedizione relativa al fascicolo successivo.

## D O T T R I N A

### I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori (\*)

#### 1. La nozione di reato economico.

Il titolo di questa relazione sottende un'evidente pregiudiziale, poiché impone di chiarire in via preliminare la nozione di reato economico, la quale – è bene dirlo subito – è tutt'altro che univoca. Essa, infatti, viene applicata a prodotti normativi tra loro diversi. Ne deriva un uso linguistico della categoria dei reati economici alquanto disomogeneo.

Schematizzando, si parla di reati economici per indicare, ora alternativamente, ora congiuntamente, tre distinte classi di fattispecie incriminatrici:

a) la prima è quella dei reati che offendono gli interessi economici nazionali. Il riferimento è ad alcune delle fattispecie incriminatrici presenti nel titolo VIII c.p., il quale è notoriamente dedicato alla tutela di un composito e in parte anacronistico concetto di economia pubblica di tipo nazionalistico. Si pensi, per esempio, alle condotte di depauperamento delle materie prime e dei mezzi produttivi lesive del potenziale economico nazionale. È questa un impiego riduttivo della nozione di reato economico, del tutto inadeguato all'odierna dimensione globale dei fenomeni economici;

b) la seconda accezione della categoria dei reati economici comprende il complesso di illeciti penali connessi all'attività produttiva, ossia collegati alla logica di impresa e finalizzati al maggior profitto imprenditoriale (il quale può sostanzialmente anche nel contenimento dei costi dell'attività produttiva). In questa prospettiva la categoria del reato economico si allarga a dismisura, coinvolgendo, tra gli altri, i reati ambientali, tributari, quelli connessi alla sicurezza del lavoro e via dicendo. Questo uso linguistico dell'espressione "reati economici" ha un'impronta più criminologica, che normativa, perché fa riferimento al movente di profitto e al contesto imprenditoriale nel quale si ambienta il reato, più che al sostrato di offensività dei reati considerati;

c) la terza accezione dell'espressione reati economici fa riferimento alle fattispecie incriminatrici che presidiano, direttamente o indirettamente, le regole del confronto tra operatori economici, ossia le c.d. regole del gioco che disegnano il mercato, quale luogo giuridico, altrimenti invisibile. Da questa angolazione il mercato non è tanto il *locus naturalis* dominato dalle leggi della domanda e dell'offerta, ma un *locus artificialis*, e principalmente giuridico, venendo a coincidere con la regolamentazione delle attività economiche.

In realtà soltanto in quest'ultima accezione può parlarsi di reati economici in senso stretto, perché essa indica per l'appunto le fattispecie penali che sono chiamate ad assicurare l'effettività della disciplina giuridica del mercato.

Se si condivide questa presa di posizione circa la pregiudiziale delimitazione della nozione di reato economico, ne discende una conseguenza che interessa direttamente il tema delle tecniche normative: i reati economici risentono in modo particolare del rapporto di stretta complementarietà che lega la tutela penale alla disciplina extrapenale di base. Questa particolarità distingue i reati economici, che aggrediscono la ricchezza *in fieri*, dall'area contigua dei delitti contro il patrimonio, che offendono invece la ricchezza nella dimensione statica.

#### 2. Implicazioni sulla tecnica di formazione.

Da quanto si è osservato sopra discendono importanti implicazioni sulla tecnica di normazione.

(\*) È il testo della relazione svolta alla *Giornata del diritto penale dell'economia*, sul tema "Le scelte del legislatore, le ragioni dell'economia, i tempi del processo" (Lecco, 20-21 maggio 2011).

A) A differenza dei delitti contro il patrimonio, che sono saldamente ancorati all'offesa al bene giuridico, i reati economici inclinano naturalmente verso un'anticipazione della soglia della punibilità. Essi mettono in crisi la distinzione tradizionale tra pericolo astratto e pericolo concreto. Rispetto agli eventi economici – e segnatamente a quelli di tipo macroeconomico – è davvero difficile immaginare valutazioni di offesa o di pericolo ispirate a concretezza, soprattutto per la mancanza di leggi scientifiche di copertura in grado di guidare la valutazione del giudice. In breve. Anche quando il legislatore introduce espressamente il requisito del pericolo nella struttura della fattispecie incriminatrice (si pensi alle fattispecie codicistiche di aggioaggio, di cui agli artt. 501 e 501-bis c.p.), l'accertamento della loro attitudine alla lesione del regolare andamento del mercato tende fatalmente verso una generalizzazione dell'offesa, con conseguente formalizzazione della tutela.

B) Nel diritto penale dell'economia entra in crisi il bene giuridico nella sua tradizionale funzione di legittimazione critica dell'intervento punitivo. Si assiste allo spostamento della tutela penale sulle funzioni di governo dell'economia (si pensi alla fattispecie di abusivismo di cui all'art. 166 T.U. in materia di intermediazione finanziaria, incentrata sullo svolgimento di attività economiche senza prescritta abilitazione). Le stesse istituzioni societarie – quali criteri di aggregazione sistematica dei reati societari – altro non sono che la sintesi funzionale di fondamentali istituti del diritto commerciale.

C) Ancora: a differenza dei delitti contro il patrimonio, i reati economici mostrano un grado di autonomia modesto dalla disciplina extrapenale di base. Nei reati contro il patrimonio, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno da tempo valorizzato un'ermeneutica autonomistica delle nozioni civilistiche che affiorano a livello di tipicità. Le nozioni di altruità, patrimonio, cosa mobile, profitto non sono di fatto elementi normativi perché, come noto, non vengono intesi alla stregua del significato che tali nozioni hanno nel diritto civile. Diversamente, l'accessorietà del diritto penale dell'economia fa sì che il vincolo del diritto extrapenale di base costituisca un forte cordone ombelicale, con conseguente avvicinamento della tipicità penale alla violazione della disciplina extrapenale. Si pensi alle nozioni di bilancio, relazione, prospetto, dividendo, riserva legale, revisione contabile, ecc. Esse non possono che avere nell'ambito della fattispecie penale lo stesso significato che hanno nel diritto commerciale.

#### 3. Le ricadute sull'ambito applicativo e sulle tecniche di accertamento dei reati economici.

Il carattere accessorio dell'intervento punitivo nel campo economico sembra rievocare e riabilitare la concezione sanzionatoria del diritto penale. In un primo tempo l'esperienza legislativa italiana lo conferma: la formulazione originaria dei reati societari contenuti nel codice civile del 1942 si caratterizza per l'uso di clausole sanzionatorie – si pensi a quelle poste a tutela del capitale sociale – che davano rilevanza penale alla violazione di un elenco, nemmeno sempre bene assortito, di articoli del codice civile contenenti la disciplina commerciale. Anche la vecchia fattispecie di false comunicazioni sociali – che pure non era costruita attraverso la tecnica del rinvio – consentiva di dare rilevanza a qualunque scostamento dal vero contabile. [F. Galgano, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, p. 19]. E la pregressa giurisprudenza non ha mancato di percorrere questa strada, con una fedeltà alla lettera della legge notoriamente rigoristica al punto da includere tra i fatti penalmente rilevanti le false comunicazioni aventi un unico destinatario, solitamente l'operatore bancario.

Ma anche le normative più recenti presentano in parte questa caratteristica. Si pensi ad alcune fattispecie previste nel T.U. in materia di intermediazione finanziaria, come quelle di gestione infedele (art. 167), confusione di patrimoni (art. 168) partecipazione al capitale (art. 169), irregolare acquisto di azioni (art. 172), omessa alienazione di partecipazioni (art. 173).

Da qui un'evidente tendenza alla formalizzazione, all'anticipazione e dilatazione della tutela. Il reato economico si avvicina molto alla violazione della legge extrapenale. Ciò accentua, sul piano processuale, la dimensione "cartolare" dell'accerta-

mento probatorio, fortemente condizionato dagli strumenti della consulenza tecnica e della perizia, i quali, a loro volta, non sempre riescono a correggere l'impronta che ha dato all'accertamento l'organo che ha investigato in sede penale o extrapenale [amplius E. Amodio, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1502 s.].

Gli effetti dell'accessorietà del diritto penale dell'economia si riverberano anche sul piano della colpevolezza, smorzandone la funzione selettiva. L'appiattimento della tutela penale sulla violazione della disciplina extrapenale lascia spazio alla figura del delitto contravvenzionale, di fatto colposo. A ciò contribuisce la presunzione, avallata dalla Corte costituzionale (già con la sentenza 364/1988), che l'operatore economico conosca la normativa penale ed extrapenale integratrice, con la conseguenza di escludere ogni spazio alla rilevanza dell'*error iuris*. Da questa angolazione, la condizione di dubbio nell'interpretazione del diritto, tutt'altro che rara in questo tormentato settore dell'ordinamento, è destinata a costituire per l'operatore economico un ulteriore fattore di rischio, che può essere azzerato solo con la scelta per l'inazione. Diversamente la sequenza "hai previsto, sei rimasto nel dubbio, nondimeno hai agito" porta, seppure in modo assai discutibile, alla configurazione della *scientia iuris*.

Più precisamente, il carattere per lo più neutro della condotta tipica tende a normativizzare il dolo, ossia a depurarlo delle sue componenti psicologiche (le quali vengono esaltate di regola da referenti naturalistici assenti nei reati economici), determinandone la scoloritura a favore di criteri di imputazione a tutto concedere colposi. Questo fenomeno è stato efficacemente denunciato – poco più di un decennio fa – da autorevole dottrina [C. Pedrazzi, *Tamonto del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1266 s.], la quale ha osservato che "Concentrare la rappresentazione su di un modello cartaceo – ridurre il fatto alla fattispecie – vorrebbe dire abbandonare il terreno concreto della 'coscienza e volontà' dell'azione od omissione, psicologicamente ambientata". E ancora: la confusione di piani tra potenza e atto "va oltre il mero stratagemma probatorio, per avvalorare il perversimento di concetti e istituti" [C. PEDRAZZI, *Tamonto del dolo*, cit., p. 1266].

In effetti, la volatilizzazione delle componenti del dolo investe sia il momento intellettuale della rappresentazione, che quello strettamente volontaristico.

Quanto al primo, si pensi ai reati commessi in ambito collegiale (reati degli amministratori, dei sindaci e via discorrendo), il cui riflesso processuale è la pluralità di imputati. La rappresentazione viene anticipata dalla giurisprudenza "all'antefatto della potenzialità" [C. Pedrazzi, *Tamonto del dolo*, cit., p. 1266], con la sua conseguente diluizione in relazione a una molteplicità di antecedenti sintomatici. Si pensi alla giurisprudenza che – sebbene smentita da alcuni recenti ripensamenti – pretende di provare il dolo sulla base dei c.d. segnali di allarme, quali indizi di effettiva rappresentazione [F. Giunta, *La responsabilità penale dei sindaci per omesso impedimento della bancarotta*, in *Dir. prat. società*, 2010, n. 2, p. 45 s.]. La colpa viene promossa a dolo, con un'evidente semplificazione probatoria, la cui portata risulta ulteriormente ampliata nei casi in cui la teoria dei segnali di allarmi viene calata nel contesto della responsabilità per l'omesso impedimento dell'evento. È fin troppo evidente che per questa via il giudice esonera se stesso dal più gravoso compito di accertare il dolo di concorso.

Con riguardo al momento volontaristico del dolo, assume rilievo il ruolo del dolo eventuale e torna a giocare la sua partita colpevolista la disciplina del dubbio.

Com'è noto, tradizionalmente la figura del dolo eventuale trova il suo ambito operativo privilegiato nei delitti di lesioni personali e omicidio, dove risulta tradizionalmente problematico il suo discrimine dalla colpa con previsione, di cui all'art. 61, n. 3, c.p., quale forma meno grave di colpevolezza.

Senonché, sempre più spesso il dolo eventuale viene ravvisato oggi anche (ma non solo) nell'ambito dei reati economici, i quali sono per lo più previsti esclusivamente nella forma dolosa. Qui il dolo eventuale finisce per amplificare la portata del divieto, facendolo scattare in presenza del solo dubbio che possa realizzarsi il fatto tipico. In breve, il dolo eventuale introduce, in modo surrettizio, un obbligo di astensione dalla condotta, non solo quando vi è certezza che si realizzi il reato, ma

anche nel caso di dubbio, ossia di semplice rappresentazione. Questa condizione psicologica si traduce in un divieto di agire, ossia nella stasi, che nel mondo economico – dinamico per eccellenza – costituisce già di per sé un pregiudizio. Detto altrimenti: quando (come accade nel campo economico) l'ambientazione del dolo eventuale lo separa dalla sponda della contigua fattispecie colposa (come avviene invece nei delitti di omicidio e lesioni personali), il dolo eventuale diventa dirimente in ordine alla sussistenza o meno del reato. Questo fenomeno rimane in ombra nelle impostazioni tradizionali della colpevolezza che vedono nel dolo eventuale una forma meno intensa di appartenenza soggettiva del fatto. Nel campo dei delitti economici l'enfatizzazione giurisprudenziale del dolo eventuale si gioca essenzialmente sul piano della tipicità. Una siffatta impostazione si salda con il rischio, sopra segnalato, di semplificazione probatoria delle componenti volontaristiche, oltre che rappresentative, del dolo: è sufficiente la prevedibilità dell'evento di reato e nondimeno lo svolgimento della condotta tipica, per dedurre la sussistenza del dolo nella sua forma quanto meno eventuale.

#### 4. Quali rimedi al tendenziale formalismo dei reati economici?

Di fronte alla formalizzazione e alla perdita di autonomia del diritto penale nel campo economico, si aprono tre diverse prospettive, tra di loro diverse, ma tra le quali è possibile un coordinamento.

La prima è di tipo interpretativo: quanto più la fattispecie è formale ed è gravemente punita, tanto più si rende necessaria la valorizzazione dell'interpretazione teleologica, al fine di bilanciare l'accessorietà con la sussidiarietà. Come noto, il diritto penale economico è parte del tutto. Ne consegue che l'intero ordinamento ben può diventare un criterio di interpretazione dei reati economici. La storia recente è costellata invece di occasioni mancate. *Exempla docent*: perché punire, attraverso interpretazioni formalistiche, il falso in bilancio che si sostanzia in scostamenti dal vero contabile minimi, quando in questi casi la dottrina civile nega l'impugnabilità dell'approvazione del bilancio. Altro esempio: secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, siccome la frode in commercio tutela il bene superindividuale e indisponibile dell'economia pubblica, dovrebbe essere punito il negoziante che, per non scontentare il cliente, del quale non può soddisfare la specifica richiesta, gli consegna una merce di qualità superiore di quella richiesta al prezzo di quest'ultima. Nessun giudice civile darebbe ragione a quel cliente ove, per ipotesi del tutto scolastica, questi lamentasse un danno per la consegna non dichiarata di un prodotto di qualità superiore di quello richiesto. Fin qui le risorse dell'interpretazione sul piano della fattispecie oggettiva. Sul versante soggettiva, una corretta ermeneutica non può che portare invece alla rivalutazione del dolo e delle sue componenti rappresentative e volontaristiche. È del resto la strada percorsa dalla recente giurisprudenza in materia di responsabilità degli amministratori e dei sindaci per l'omesso impedimento dell'evento realizzato dagli amministratori delegati [Cass. pen., Sez. V, 16 aprile - 22 settembre 2009, n. 36595, B.M., De Jure].

La seconda prospettiva è di tipo radicale: il riferimento è all'abbassamento del profilo punitivo, nel tentativo di coniugare tra loro la minore intensità della risposta sanzionatoria con la maggiore pervasività dell'intervento punitivo. Detto altrimenti: la depenalizzazione, ossia la sostituzione della gran parte delle pene attualmente comminate con la sanzione amministrativa, è una scelta di politica legislativa che ben si concilia con un'accentuazione del carattere accessorio del sistema punitivo in materia economica, essendo l'illecito amministrativo tipicamente formale e incentrato su comportamenti di mera inosservanza. Naturalmente, si avverte l'esigenza di accentuare le competenze tecniche delle pubbliche amministrazioni alle quali devolvere l'effettività della risposta sanzionatoria extrapenale. Questa prospettiva, peraltro, può coniugarsi efficacemente con l'intensificazione della responsabilità dell'ente collettivo, con conseguente spostamento dell'asse della punizione dalla persona fisica, spesso mera esecutrice di reati nell'interesse o vantaggio altrui, alla *societas*, vera artefice della politica criminale d'impresa.

La terza soluzione, per così dire intermedia, è quella di mantenere l'impronta penale degli illeciti economici, delimitando

però l'intervento punitivo con elementi di tipicità in grado di contenere la deriva delle interpretazioni formalistiche, che appiattiscono la tutela penale sulla violazione della disciplina extrapenale dell'attività economica. E' la strada battuta – in modo estremo e parossistico - dalla riforma dei reati societari del 2002, che ha inserito nelle fattispecie incriminatrici requisiti di patrimonialità (quali, il danno patrimoniale, l'idoneità ingannatoria, il fine di profitto), elementi di delimitazione formale (come le soglie), finalizzati a impedire l'insorgere del processo, una forma di dolo, quella intenzionale, pressoché sconosciuta nel disegno originario del codice Rocco. È questa una opzione politico-criminale che riflette una concezione "forte" della tipicità penale, come limite per il giudice piuttosto che come tecnica di descrizione di una tipologia di aggressione empiricamente esistente. Essa soprattutto reagisce all'odierna accessorietà dei reati economici rendendo di fatto ancillare l'intero diritto penale dell'economia rispetto ai delitti contro il patrimonio.

Come si diceva, le tre prospettive delineate si possono coniugare. La prima rimane la più ambiziosa dal punto di vista culturale perché punta a far dialogare, nella prospettiva della loro necessaria complementarietà, il legislatore e il giudice. Intraprenderla è compito del legislatore; alla giurisprudenza spetta coltivarla.

FAUSTO GIUNTA