



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dipartimento di Scienze giuridiche 'Cesare Beccaria'

**IL REATO SOCIETARIO COME OPERAZIONE O
CAUSAZIONE DOLOSA DEL FALLIMENTO.
APORIE SISTEMATICHE NELLA REPRESSIONE
DELLA BANCAROTTA.**

Relatore:

Prof. Carlo Benussi

Correlatore:

Dott. Pietro Chiaraviglio

Tesi di Laurea Magistrale di

Edoardo FIORAMONTE

Matricola n. 792745

ANNO ACCADEMICO 2016 / 2017

A chi mi ha insegnato ad essere forte.

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	IV
---------------------------	----

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO DEL DELITTO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA.

1. Genesi ed evoluzione storica della bancarotta.....	1
2. Considerazioni generali: fattispecie incriminatrice e fallimento dell'imprenditore collettivo.....	8
3. Gli autori della bancarotta societaria quali garanti del bene giuridico tutelato ed il concorso mediante omissione.....	11
3.1. Gli amministratori.....	12
3.1.1. L'amministratore dissenziente, dimissionario, assente.....	20
3.1.2. L'art. 2639, primo comma, c.c.: l'amministratore di fatto, il prestanome ed il problema del consigliere di gestione.....	21
3.2. I direttori generali.....	26
3.3. I sindaci.....	28
3.4. I liquidatori.....	33
4. Il concorso dell' <i>extraneus</i>	34
5. L'oggettività giuridica del reato.....	36
5.1. La controversa oggettività giuridica della previgente bancarotta <i>da reato societario</i>	39
5.2. L'individuazione dell'evento offensivo.....	42
6. Il ruolo della sentenza di fallimento nell'economia del reato.....	45
7. Il trattamento sanzionatorio e il regime delle circostanze aggravanti.	54

CAPITOLO II
**LE IPOTESI ESCLUSIVE DELLA
BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA.**
L'art. 223, co. II, R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Premessa..... 61

Sezione (A)

La bancarotta da reato societario.

1.	Generalità: considerazioni sulla struttura e sulla natura del reato.....	63
2.	La condotta: le disposizioni penali societarie richiamate.....	66
3.	Il nesso di causalità: « <i>cagionato, o concorso a cagionare</i> »	81
4.	L'evento: il « <i>dissesto della società</i> ». La tesi dell'aggravamento.....	84
4.1.	False comunicazioni sociali e dissesto societario.....	90
5.	L'elemento psicologico.....	93

Sezione (B)

La causazione del fallimento con dolo o per effetto di operazioni dolose.

1.	Una norma di chiusura: l'incriminazione della causazione del fallimento.....	95
2.	Cagionare il fallimento « <i>con dolo</i> »	98
3.	Cagionare il fallimento « <i>per effetto di operazioni dolose</i> »	101
4.	La distinzione tra le due fattispecie: l'elemento psicologico.....	108
5.	Il <i>Merger Leveraged BuyOut</i> (MLBO) quale operazione dolosa.....	113
6.	La vicenda Parmalat: una rapida sintesi di alcune ipotesi qualificate “operazioni dolose”	118

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL CO. II, n.1 NELL'ECONOMIA COMPLESSIVA DELLA BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA.

1.	Inquadramento del problema.....	126
2.	La tesi dell'efficacia escludente dell'attuale bancarotta <i>da reato societario</i>	130
3.	Una diversa impostazione del problema. Operazione dolosa come infedeltà patrimoniale.....	135
3.1.	La ricerca di una sfera di autonomia della bancarotta <i>da operazioni dolose</i>	139
4.	L'aggravamento del dissesto come "valvola di sfogo" della bancarotta <i>da reato societario</i>	144
5.	Una nuova bancarotta preterintenzionale?	149
	<i>Alcune considerazioni conclusive</i>	154
	Bibliografia	161
	Sentenze	169

Introduzione.

L'economia moderna – per quanto riguarda il nostro paese – si è sviluppata con estrema rapidità, specie dal secondo dopoguerra in poi, in maniera tale da produrre ed introdurre cambiamenti altrettanto veloci e mutevoli. L'economia prevalentemente fondata sull'agricoltura ed il commercio, quest'ultimo soprattutto al dettaglio, ha progressivamente lasciato il campo all'avvento dell'industria, che a sua volta si è trasformata nel corso degli anni, così da abbandonare sempre più l'attività produttiva e manifatturiera, per svilupparsi nel nuovo settore del terziario ed in particolare in quello dei servizi.

Questa crescita tumultuosa ha indubbiamente permesso grandi passi in avanti al nostro sistema economico, ma non ha al contempo trovato un'analogia accelerazione anche negli altri settori che ad un simile sviluppo dovrebbero necessariamente accompagnarsi: primo fra loro è la cultura giuridica d'impresa, e più specificamente – per quanto qui interessa – la disciplina penalistica che presiede l'esercizio delle attività commerciali.

L'intervento penale nella sfera dell'economia, infatti, trova il suo epicentro nell'*impresa*, intesa come unità operativa, centro pulsante di attività e produzione di ricchezza: il confronto con tale realtà fattuale, che costituisce al tempo stesso la fonte e l'obiettivo da regolare e gestire, implica la necessaria interrelazione con altri settori e discipline, prime fra tutte quella giuridica civilistica e quella economica. È solo con una sinergia di conoscenze tra questi settori che si può adeguatamente comprendere ed operare in un ambito – quale è quello del diritto penale commerciale – che ruota appunto attorno all'impresa.

Il problema dell'interprete deriva, dunque, principalmente dal confronto con un sistema organico e unificato da uno stesso filo conduttore: un *corpus* normativo che comprende una serie di interventi legislativi spesso non ben collegati e raccordati fra loro, ed ancor più spesso separati da una grande differenza temporale.

Sotto quest'ultimo profilo, è senza dubbio emblematica la materia penalfallimentare ed in particolar modo la normativa che regola i reati di bancarotta fraudolenta societaria che, dal canto suo, assume assoluta centralità per due motivi fondamentali: in primo luogo, in quanto con lo sviluppo dell'economia moderna,

L'attività d'impresa con contenuti dimensionali più grandi, ad oggi, viene svolta pressoché esclusivamente in forma societaria; in secondo luogo, in quanto trattasi di reati drammaticamente alla luce della ribalta a causa della sempre più frequente e nutrita serie di dissesti di grandi imprese (Parmalat, Cirio, Giacomelli, Fin.part Spa, Guru, ecc.) che hanno come inevitabile conseguenza ricadute economiche di enorme rilievo per tutti i creditori, i quali, allorquando si parli di società di grandi dimensioni quotate in borsa, sono spesso costituiti anche dal pubblico dei risparmiatori.

Questi reati, e più precisamente quelli che costituiscono le ipotesi *esclusive* della bancarotta fraudolenta societaria (*ex art. 223, co. II, l. fall.*), come si diceva, possono elevarsi ad emblema della scarsa dimestichezza del nostro legislatore con la materia criminale nella sua particolare declinazione al livello di *economic offences*, ed il perché è presto detto.

Fra queste ipotesi si annovera anzitutto la c.d. bancarotta *da reato societario*, la cui “recente” trasformazione da reato di pericolo in reato di danno, avvenuta per mezzo della riforma dei reati societari (D. lgs. 11 aprile 2002, n.61), ha senz'altro segnato una tappa fondamentale non solo per la specifica materia dei reati fallimentari, ma anche più in generale per tutto il diritto penale dell'impresa, poiché è noto come l'art. 223, co. II, n.1, l. fall., da sempre istituisca una sorta di “cordone ombelicale” fra i due comparti essenziali di questo settore dell'ordinamento: quello penalfallimentare e quello penalsocietario.

Accanto a suddetta figura si aggiunge, poi, la c.d. bancarotta *per dolo o per effetto di operazioni dolose ex art. 223, co. II, n.2, l. fall.*, che da fattispecie storicamente considerata residuale e di chiusura, sta diventando sempre più, soprattutto negli ultimi anni, l'ordinaria formula di contestazione nella maggior parte delle vicende giudiziarie collegate ai *defaults* delle imprese societarie, e questa sua progressiva e sempre maggiore applicazione pratica va di pari passo con un'ambigua ed infelice formulazione della norma: in molti infatti definiscono questo reato – nel quale fatti a cavallo tra l'illecito civile e quello penale assurgono a condotte penalmente rilevanti – come una “figura enigmatica” dell'ordinamento.

Ad ogni modo, era quest'ultima, prima della riforma, l'unica ipotesi di bancarotta a richiedere un evento materiale rappresentato dal dissesto-fallimento. Ora, alla luce della rinnovata bancarotta *da reato societario*, non è più la sola, e ciò ha generato un guasto sistematico di non facile soluzione. Da più parti è stata denunciata un'interferenza normativa fra le due disposizioni tale per cui la fattispecie prevista dall'art. 223, co. II, n.2, l. fall., nella sua genericità ed indeterminatezza, avrebbe la capacità di assorbire la più recente ipotesi criminosa, vanificando gli sforzi del legislatore riformista.

In effetti, la contemporanea presenza delle due fattispecie dà adito, tuttora, ad uno dei tanti dubbi esegetici che assilla l'interprete, e rende più che mai attuali le severe parole di FRANCESCO CARNELUTTI che, nella laudativa recensione al fondamentale volume scritto nel 1955 da PIETRO NUVOLONE sul '*Diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*', scriveva: «*I reati fallimentari sono venuti su come piante selvatiche, fuori dal recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale; il difetto di coltivazione scientifica si avverte prima di tutto sul piano legislativo*»¹.

Numerosi, eterogenei ed ermeneuticamente creativi sono stati, d'altronde, i tentativi di giustificare la coesistenza delle due ipotesi di bancarotta fraudolenta contenute nello stesso capoverso dell'art. 223 l. fall., ed è proprio sulle teorie elaborate a tal fine che la presente tesi ha focalizzato l'attenzione, ricostruendone i passaggi argomentativi e profilandone i punti critici.

Prima di giungere al cuore di questa tematica, tuttavia, è parso comunque doveroso sia operare un compiuto approfondimento delle specifiche disposizioni oggetto di raffronto, cosicché siano forniti gli strumenti concettuali necessari ad una consapevole lettura comparativa, sia inquadrare su un piano generale il delitto di bancarotta impropria di cui all'art. 223 l. fall., sfiorando quei temi la cui cognizione costituisce indubbiamente un presupposto imprescindibile per ogni studio che si rivolga al reato fallimentare per antonomasia: il riferimento, in particolare, va all'elaborazione sempre più ampia della figura delle cosiddette

¹ F. CARNELUTTI, *Recensione a Nuvolone: Il diritto penale del fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 254.

“posizioni di garanzia”; all’oggettività giuridica patrimonialistica della bancarotta e al contenuto offensivo del delitto; al controverso ruolo della sentenza di fallimento nell’economia complessiva della fattispecie; e alle regole che presiedono il trattamento sanzionatorio.

CAPITOLO I

**INQUADRAMENTO DEL DELITTO DI BANCAROTTA
FRAUDOLENTA SOCIETARIA.**

SOMMARIO: 1. Genesi ed evoluzione della bancarotta. - 2. considerazioni generali: fattispecie incriminatrice e fallimento dell'imprenditore collettivo. - 3. Gli autori della bancarotta societaria quali garanti del bene giuridico tutelato ed il concorso mediante omissione. - 3.1. Gli amministratori. - 3.2. L'amministratore dissenziente, dimissionario, assente. - 3.3. L'art. 2639, primo comma, c.c.: l'amministratore di fatto, il prestanome ed il problema del consigliere di gestione. - 3.2. I direttori generali. - 3.3. I sindaci. - 3.4. I liquidatori. - 4. Il concorso dell'*extraneus*. - 5. L'oggettività giuridica del reato. - 5.1. La controversa oggettività giuridica della previgente bancarotta *da reato societario*. - 5.2. L'individuazione dell'evento offensivo. - 6. Il ruolo della sentenza di fallimento nell'economia del reato. - 7. Il trattamento sanzionatorio e il regime delle circostanze aggravanti.

1. Genesi ed evoluzione della bancarotta.

La ricognizione storica della legislazione penalistica dell'attività d'impresa rileva che gli architravi che ancora reggono l'attuale sistema hanno origini molto antiche e ci sono, in sostanza, consegnate dall'esperienza codicistica francese dei primi dell'800. In quella si trovano, infatti, i delitti di bancarotta e l'aggiotaggio (la truffa copriva qualche volta il territorio di ciò che oggi chiamiamo le false comunicazioni sociali), e in essi, il diritto penale dell'impresa si esauriva².

La bancarotta è, notoriamente, l'istituto più antico, antecedente allo stesso *ancien régime*, radicato in una risalente e feroce repressione dell'insolvenza del debitore³, e, successivamente, del commerciante. Il termine "*bancarotta*", nasce nel regime delle corporazioni medievali e deriva dal sistema con cui nelle fiere

² Cfr. artt. 402 – 405, e 419 *Code Pénal* (1810); A. ALESSANDRI, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, Convegno di studio «Enrico de Nicola»*, Milano, 2009. Per quanto riguarda la figura dell'aggiotaggio, essa germinava dalla legislazione annonaria, diffusa in economie pre-capitalistiche, in epoche di guerre e carestie, e quindi comprensibilmente centrata sul traffico e l'accaparramento di merci. Nella codificazione francese (art. 419 *Code Pénal* 1810) si sarebbe estesa anche ad altro, ai primi titoli rappresentativi di proprietà: gli arbori dei titoli mobiliari. L'idea di fondo, era quella di "manovre ostili" in danno dell'attività commerciale, tali da alterare la naturale determinazione del prezzo reale dei beni, dalle «merci» alle «carte o effetti pubblici». Per una pressoché identica impostazione in tema, rispetto alla disciplina napoleonica, v. ad esempio, l'art. 389 Codice Sardo-Italiano del 1859.

³ Per una disamina circa l'evoluzione della tutela del diritto di credito, dalla primitiva legislazione romana delle XII tavole sino al basso Medioevo, v. L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Torino, 1991, 4 ss.; G. NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1940, 7 ss.; S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Milano, 1930, 9 ss.; M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 3 ss.

venivano puniti i mercanti che non erano in grado di pagare i debiti, ai quali cioè i commissari rompevano il *banco*, in segno spettacolarmente didascalico e simbolico dell'espulsione del mercante (specie banchiere) dalla corporazione⁴.

Sempre agli statuti dei mercanti medievali, sorti nell'aureo periodo dei comuni e con il rifiorire delle attività commerciali, si deve, da un lato, il ritorno alla distinzione fra debitori insolventi di buona e di mala fede⁵ («*autentica conquista della romana sapienza, che scomparve nell'oscuro periodo del trionfo barbarico e dell'alto Medioevo, contrassegnato da un regresso sia commerciale che culturale*»)⁶; dall'altro lato, la prima organica e dettagliata disciplina del fallimento, istituito che, in alcuni Comuni si rivolgeva sia ai commercianti che ai non commercianti, mentre in altri era proprio dei soli commercianti⁷.

In ogni caso, a prescindere dall'applicabilità del fallimento o meno anche ai non commercianti, carattere comune a tutti i nostri statuti medievali, è la eccezionale severità verso i debitori commercianti insolventi, per i quali al fallimento si accompagnava, di regola, una presunzione di frode che era pressoché assoluta nei casi di fuga e di irregolare tenuta dei libri di commercio. In quest'ottica,

⁴ A. ALESSANDRI, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale*, cit., 22; S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, cit., 15, nota 1. Circa lo sviluppo della giurisdizione e degli statuti delle corporazioni delle arti e dei mestieri v. A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, 11 ss.

⁵ G. NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, cit., 11.

⁶ In questi termini M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 7. Basti rammentare il ritorno in auge, sia nella legge salica che nel diritto longobardo, oltre che dell'infamia nei confronti del debitore insolvente quale che fosse la causa dell'insolvenza, anche della sua esecuzione personale, in virtù della quale, lo stesso, andava incontro a schiavitù o, addirittura, morte. V. in proposito G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930, 593 ss.

⁷ Così lo *Statuto di Venezia* del 1244 e gli *Statuta et decreta Genovae* del 1498 e del 1589, prevedevano il fallimento come istituto comune a tutti gli insolventi, fossero o non commercianti. Viceversa, lo ritenevano applicabile ai soli commercianti i *Capitula de mercatoribus fugitivis*, contenuti negli *Statuta di Milano* del 1341 estesi a Piacenza nel 1343 e gli *Statuta di Firenze* del 1415 e del 1577. Questa diversità trova secondo LONGHI, una spiegazione nel fatto che laddove “il commercio non è più monopolio di una classe privilegiata, ma è una funzione cui partecipa ogni cittadino” (del genovese si diceva: *Genuesis ergo mercator*), l'applicabilità del fallimento ai soli commercianti non ha più ragion d'essere. Su tutto ciò v.: S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, cit., 15 ss.; A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione Statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, 310.

scriveva BALDO DEGLI UBALDI nel XIV secolo: «*nec excusantur ob adversam fortunam: est decoctor ergo fraudator*»⁸.

A tale posizione “assolutistica”, peraltro, non tardarono a manifestarsi reazioni. Viene attribuita al contributo di BENVENUTO STRACCA non solo la prima netta distinzione tra fallimento fortuito, colposo e doloso, ma anche l’elencazione di una serie di fatti costituenti presunzioni *juris tantum* di frode a carico del fallito. Questi fatti possono raggrupparsi in quattro principali categorie: alla prima appartengono tutti gli episodi di falso, soppressione, mancanza, ecc. dei libri contabili; alla seconda le sottrazioni, dissimulazioni ecc. delle mercanzie; alla terza il compimento di atti di disposizione in periodo sospetto; alla quarta, infine, tutte le attività dirette a procrastinare o dissimulare il fallimento imminente⁹. Al verificarsi di tali fatti, sul fallito incombe l’onere della prova contraria di non aver cioè, egli, causato il fallimento, il quale continua ad essere indiscutibilmente l’evento del delitto.

Alla luce delle accennate elaborazioni scientifiche, può affermarsi che nel secolo XVI il reato di bancarotta era già ben delineato nella dottrina ed elevato ad istituto giuridico dai contorni definiti. Tuttavia, la concezione dello STRACCA, pur segnando l’origine dell’attuale struttura della bancarotta, non venne trasfusa nelle leggi del suo tempo perché, anzi, l’avvento delle signorie, che si sostituirono ai liberi comuni, portò un inasprimento delle leggi contro i falliti, spiegabile anche con il languire del commercio e col desiderio d’impedire le esportazioni per mantenere l’abbondanza in *loco*¹⁰.

L’istituto fu razionalizzato nell’*Ordonnance* francese del 1673 (ispirata dal ministro Colbert, sotto il regno di Luigi XIV), la quale è considerata il primo codice

⁸ Cfr. M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 8-9; S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, cit., 14-15; nonché A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, *Reati fallimentari*, a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2014, 16.

⁹ Sulla concezione dello STRACCA v. M. PUNZO, op. cit., 9-10; S. LONGHI, op. cit., 17; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, op. cit., 16-17.

¹⁰ S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, cit., 17-18; A. LATTES, *Il diritto commerciale*, cit., 318. A Milano nel secolo XVI continuano ad imperare le costituzioni del 1541, le quali riproducevano i decreti ducali del 1415. Anche nel ducato di Firenze viene confermato il precedente statuto del 1415, e nel territorio della Santa Chiesa una bolla di papa Pio V del 1570 considera decotti fraudolenti, e punisce come ladri, anche con pene che arrivano fino alla morte, coloro che falliscono per negligenza, lusso, prodigalità o per soddisfare i loro capricci. Non meno rigoroso, pur escludendo la pena di morte, è lo statuto genovese del 1589. Severe sono anche le prammatiche napoletane del 1536, del 1662 e del 1744.

del commercio del tempo. In essa, per un verso, è riprodotto fedelmente il principio propugnato dallo STRACCA e cioè che taluni fatti (irregolare tenuta dei libri) debbano ritenersi presuntivi di frode, salva la prova contraria; mentre per altro verso, in ordine ad altri fatti (distrazione di effetti e simulazione di debiti), è stabilita una presunzione *juris et de jure* di frode senza possibilità di prova contraria. In quest'ultimo caso, peraltro, il fallimento cessava di essere l'evento del delitto di bancarotta: l'autore dei fatti elencati dall'art. 10 del titolo XI dell'ordinanza, infatti, invano avrebbe provato l'inesistenza di un nesso psichico o materiale tra fatto e fallimento, bastando la commissione del primo per dichiararlo bancarottiere. Per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio, per il colpevole di bancarotta è mantenuta la pena di morte, seppur rarissimamente applicata¹¹.

Benché fosse nato in un contesto di nascente *capitalismo commerciale*, l'istituto si adattò e si sviluppò benissimo nel nascente, e poi rigoglioso, *capitalismo industriale*¹². Nella codificazione francese la funzionalità alle moderne esigenze di certezza negli scambi commerciali e garanzia di solvibilità, avanzate dalla borghesia in ascesa, era presente, anche se con vistosi retaggi del passato. Una prima importante novità fu quella di limitare il fallimento e la bancarotta unicamente alla sola classe dei debitori commercianti¹³. Rimaneva invece l'affiancamento dell'insolvenza alle condotte truffaldine e frodatorie, connaturato all'origine della bancarotta, tant'è che questa e la truffa erano accomunate nello stesso titolo («*Banqueroute et Escroquerie*»)¹⁴.

¹¹ Le disposizioni relative alla bancarotta (*TITRE XI: Des fallites et banqueroutes*) sono queste (trad. in S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, cit., 20, nota 1):

“n.10. Dichiariamo bancarottieri fraudolenti coloro che avranno distratti i loro beni, presentati debiti supposti, e dichiarato superiormente alla somma dovuta ai vari creditori.

n.11. I negozianti e mercanti tanto all'ingrosso quanto al minuto, e i banchieri, che al loro fallimento non presentarono i registri e giornali cui erano tenuti a norma di questa ordinanza, potranno essere trattati come bancarottieri fraudolenti.

n.12. I bancarottieri fraudolenti saranno perseguiti in via straordinaria o puniti colla morte.”

¹² Per questa terminologia v. di recente G. RUFFOLO, *Lo specchio del diavolo. La storia dell'economia dal paradiso terrestre all'inferno della finanza*, Torino, 2006, 32.

¹³ Dall'impostazione francese, la quale influenzò gran parte delle altre legislazioni d'Europa (tra cui quella italiana), si distaccheranno il modello tedesco e quello anglosassone, sia per quanto riguarda l'estensione del sistema concorsuale e del reato di bancarotta anche ai non commercianti; sia per quanto riguarda la tecnica legislativa di individuazione delle fattispecie criminose. Per tutto ciò v. S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, cit., 20 ss.

¹⁴ Artt. 402 – 405 *Code Pénal* (1810).

Per la prima volta la bancarotta viene distinta in semplice e fraudolenta, entrambe strutturate secondo un accentuato sistema casistico: all'ipotesi semplice, il *code de commerce* Napoleonico dedicava gli artt. 586-587, i quali elencavano una serie di fatti presuntivi di colpa, salva la prova contraria da parte del fallito, comprendenti specialmente i casi dei debitori che avessero dilapidato le loro sostanze per prodigalità, lusso od incuria, oppure le avessero sperperate in operazioni di grave imprudenza; quanto alla bancarotta fraudolenta, con l'art. 593 venivano aumentate le ipotesi ricorrendo le quali la frode sarebbe stata presunta *juris et de jure* (per le quali valgono le stesse considerazioni fatte in ordine all'art. 10 dell'ordinanza del 1673), e con l'art. 594 si stabiliva una presunzione *juris tantum* di frode a carico del fallito che non avesse tenuto o che avesse tenuto irregolarmente i libri, ovvero, che essendo munito di salvacondotto non si fosse presentato in giudizio¹⁵.

Da qui in poi le due figure avranno fisionomie costanti (improvvida gestione vs distrazione), ma con migrazioni dall'una all'altra di sottofattispecie, con modesti cambiamenti formali, collegate però a pesanti ricadute sanzionatorie (per la condotta fraudolenta erano previsti i lavori forzati a tempo).

Merita infine di essere segnalata la legge francese sui fallimenti del 28 maggio 1838, che va a sostituire integralmente il libro III del codice del 1807 e, in particolare, sopprime l'ultima traccia di presunzioni *juris tantum* in materia di bancarotta fraudolenta¹⁶. Tale legge, tornando all'esperienza italiana, sarà (quasi) integralmente trapiantata nel codice Albertino del 1842, e questo sarà ripreso, con delle integrazioni decisamente rilevanti ai fini della presente trattazione, dal codice di commercio per il regno d'Italia del 1865, che a sua volta sarà riprodotto con qualche elaborazione da quello del 1882, il quale costituisce, per quanto riguarda il

¹⁵ M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 12-15.

¹⁶ La disciplina in tema di bancarotta fraudolenta è data dal solo art. 591, il quale prevede che: «sarà dichiarato reo di bancarotta fraudolenta e punito colle pene stabilite dal codice penale ogni commerciante fallito, che avrà sottratti i suoi libri, stornato o dissimulato parte del suo attivo, o che nei suoi libri o nelle sue scritture, od in atti autentici o privati, ovvero nel suo bilancio, si sarà fraudolentemente riconosciuto debitore di somme da esso non dovute». Trad. in G. RONCAGLI, *Raccolta dei codici commerciali degli Stati d'Italia paragonati col codice di commercio francese aggiuntavi la nuova legge sui fallimenti 28 maggio 1838*, Bologna, 1856.

libro relativo al fallimento, il *prius* storico della nostra attuale legge fallimentare. In essa, la figura delittuosa in esame risulta tecnicamente redatta, sia pur con qualche temperamento, allo stesso modo rispetto al passato, e cioè attraverso il metodo casistico.

Sin qui, si è visto lo sviluppo del reato di bancarotta dell'imprenditore individuale (c.d. *propria*).

Come accennato, però, a far data dal primo codice del commercio dell'Italia unita, un'importante novità venne introdotta nell'ambito del diritto penale dell'impresa: in questo documento legislativo, si rinviene la prima incriminazione della bancarotta c.d. *impropria o societaria*, sia fraudolenta che semplice. Infatti, con i nuovi artt. 699 e 704, il legislatore intese punire «*quei soci amministratori che secondo i diversi casi preveduti, avessero per loro fatto colposo o doloso tratto a fallimento la società*»¹⁷ (anche se a ben vedere, con specifico riguardo all'ipotesi fraudolenta, tra i cinque casi elencati dalla norma soltanto l'ultimo prevede il fallimento come evento del delitto)¹⁸. Probabilmente, l'allarme suscitato in quegli anni dalle diffuse iniziative societarie improvvisate o fraudolente (soprattutto a Genova, una delle principali piazze commerciali dell'epoca) costituisce la ragione che ha portato all'introduzione della novella. Invero, dai lavori preparatori al codice del 1865, emerge chiaramente l'esigenza di creare efficaci guarentigie contro coloro che costituivano società non serie, né per mezzi né per scopo, simulando potere di credito e di capitali ed abusando dell'altrui buona fede¹⁹.

¹⁷ *Raccolta dei lavori preparatori dei codici del regno d'Italia. (Codice del commercio), Tornata del 24 maggio 1965, Palermo, 1865.*

¹⁸ L'art. 704 del codice del commercio del 1865 così disponeva: «*Nel caso di fallimento della società, sono colpevoli di bancarotta fraudolenta e puniti a norma del codice penale gli amministratori*

1° Che hanno omesso con dolo di pubblicare il contratto sociale nei modi stabiliti dalla legge;

2° Che hanno falsamente indicato il capitale sottoscritto o versato;

3° Che hanno dato ai soci dividendi manifestamente non sussistenti, ed hanno con ciò diminuito il capitale sociale;

4° Che hanno con dolo fatto prelevamenti superiori a quelli fissati nell'atto di società;

5° Che hanno cagionato con dolo o per conseguenza di operazioni dolose il fallimento della società».

¹⁹ La preoccupazione viene manifestata in occasione della discussione sulla conservazione (o abrogazione) dell'autorizzazione governativa ai fini della costituzione di una società di capitali (anonime o in accomandita per azioni): v. *Raccolta dei lavori preparatori dei codici del regno d'Italia, op. cit., Tornata del 20 maggio 1865.* Per una ricostruzione storica della disciplina delle

Con il codice del commercio del 1882, la bancarotta societaria viene “trasferita” nel capo relativo ai «*Reati di persone diverse dal fallito senza complicità in bancarotta*»; i soggetti attivi del reato, vengono identificati non più genericamente nella figura degli amministratori, bensì, più specificamente, in quella degli «*amministratori e dei direttori di società in accomandita per azioni od anonima*»²⁰; ai fatti già incriminati dalla disciplina previgente si aggiungono, mediante un richiamo ai relativi articoli, quelli che costituirebbero l'imprenditore individuale fallito colpevole di bancarotta, a seconda dei casi, semplice o fraudolenta²¹.

A livello sistematico, lo schema seguito dal legislatore del 1942 segue l'impostazione adottata dal codice del 1882, e così, anche oggi, il delitto di bancarotta societaria è collocato nel Capo II del Titolo VI della legge fallimentare, dedicato ai «*Reati commessi da persone diverse dal fallito*». D'altronde, la responsabilizzazione di soggetti diversi dal fallito è ineluttabile quando ad incorrere nella procedura concorsuale è un ente collettivo, penalmente incapace²². Per quanto riguarda, invece, l'odierna fisionomia del reato, essa se per certi versi resta ancorata ad una struttura e a delle formule tratlative e ormai anacronistiche, per altri versi, ha subito un profondo lavoro di revisione.

società per azioni in Italia dall'unità in avanti, v. A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., 205 ss., nonché CAMERA DEI DEPUTATI: Servizio studi legislazione e inchieste parlamentari, *Ricerca sulle società commerciali. Linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, in *Quaderni di studio e legislazione*, Roma, 1968, 23 ss.

²⁰ In ciò il legislatore del 1942 si è discostato: gli artt. 223 e 224 l. fall. individuano i soggetti attivi del reato di bancarotta, rispettivamente fraudolenta e semplice, senza fare riferimento a determinati tipi di società commerciali bensì, soltanto alla carica ricoperta dal soggetto agente, il che implica la punibilità a titolo di bancarotta impropria anche per gli amministratori, direttori e liquidatori di società in nome collettivo o in accomandita semplice.

²¹ V. art. 863 codice del commercio del 1882.

²² C. PEDRAZZI, *Sub art. 223*, in C. PEDRAZZI - F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, GALGANO (a cura di), Bologna, 1995, 255. Nel capo in questione vengono ricomprese, inoltre, figure delittuose che hanno a protagonisti il curatore, i creditori e i terzi, le quali però, non sono in alcun modo assimilabili, se non nella comune cornice fallimentare, ai reati dell'imprenditore e del socio illimitatamente responsabile dichiarati falliti.

2. Considerazioni generali: fattispecie incriminatrice e fallimento dell'imprenditore collettivo.

Nel solco lasciato dal legislatore del 1882, l'art. 223 primo comma del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. "legge fallimentare"), estende le pene stabilite dall'art. 216 del medesimo testo agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite, qualora abbiano commesso alcuno dei fatti di bancarotta fraudolenta ivi previsti²³.

Con l'art. 216 l. fall. vengono disciplinate in un'unica disposizione tre ipotesi di bancarotta fraudolenta piuttosto articolate ed eterogenee, che possono essere commesse dall'imprenditore commerciale dichiarato fallito: bancarotta c.d. patrimoniale (comma 1 n.1), c.d. documentale (comma 1 n.2) e c.d. preferenziale (comma 3). Tutte e tre le ipotesi di reato si qualificano ulteriormente come *prefallimentare* o *postfallimentare* a seconda che i fatti criminosi siano perpetrati in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento oppure successivamente (commi 2 e 3).

Da un punto di vista strutturale, le differenze tra gli articoli citati riguardano essenzialmente le qualificazioni soggettive penalmente rilevanti e l'oggetto materiale della condotta criminosa che, nel caso dell'art. 223 l. fall., non è costituito da beni propri dell'autore del reato, bensì, dai beni dell'ente sui quali l'autore medesimo esercita poteri di gestione o di controllo; ed anche per ciò che concerne l'ipotesi di bancarotta documentale, le scritture contabili sulle quali ricadrà l'attività antidoverosa saranno quelle di pertinenza della società fallita²⁴.

Restano comunque fermi i due elementi salienti della bancarotta, ossia, la subordinazione della punibilità dei fatti commessi all'apertura della procedura

²³ Lo stesso meccanismo opera, con riguardo alla bancarotta semplice, tra l'art. 224 e l'art. 217; e, con riguardo ai fatti di bancarotta commessi dall'istitutore, tra l'art. 227 e gli artt. 216 e 217.

²⁴ Cfr. A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit. 181; C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 290 ss.; C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 745; N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, III ed., 2016, 229; G. COCCO, *Sub. art. 223*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., F. PALAZZO - C.E. PALIERO (a cura di), Padova, 2007, 1260 e 1266-1267; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *Reati fallimentari e societari*, 1988, 7.

concorsuale, e la direzionalità offensiva dei fatti medesimi nei confronti dello stesso interesse giuridico²⁵ (*infra*, cap. I, § 4).

La soggezione al fallimento presuppone che la società (sia di persone sia di capitali) abbia ad oggetto un'attività commerciale e non presenti i requisiti dimensionali elencati dall'art. 1, secondo comma, l. fall.²⁶ Inoltre, l'inosservanza dell'obbligo di registrazione *ex art.* 2200 c.c. non esclude l'ipotesi di fallimento, pertanto i reati fallimentari possono commettersi anche nelle società irregolari o di fatto²⁷; lo stesso vale per le società semplici che esercitino attività commerciale, le quali si qualificano come società in nome collettivo irregolari²⁸; infine, ai sensi dell'art. 147, quinto comma l. fall. (come modificato dal d. lgs. n.5/2006) sono assoggettate al fallimento in estensione anche le società occulte di cui il fallito (quale imprenditore individuale) risulti essere socio illimitatamente responsabile²⁹.

Naturalmente, posto che l'art. 223 l. fall. non distingue a seconda dei vari tipi di società commerciali, l'attribuzione delle responsabilità penali deve necessariamente adattarsi alle rispettive peculiarità strutturali (p. es. il direttore generale e il sindaco sono figure che si incontrano solo nelle società di capitali e cooperative). Resta il fatto, però, che la norma in questione non possa applicarsi, stante il divieto di analogia in *malam partem*, ad entità collettive di altra natura quali le associazioni, riconosciute o meno, ed i consorzi con attività esterna non

²⁵ Cfr. per tutti, A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 182.

²⁶ «Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila».

²⁷ C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 257; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, vol. II, cit., 51.

²⁸ Cfr. per tutti G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, M. CAMPOBASSO (a cura di), V ed., Milano, 2010, 138.

²⁹ Per un approfondimento in tema v. M. MALESANI, *Sub. art. 147*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, Milano, 2013, 1000 ss.

costituiti in forma di società che, in quanto esercenti attività commerciali, sono soggetti al fallimento³⁰.

Il compito di accertare l'esistenza di una società e la riferibilità alla medesima di un'impresa commerciale spetta al giudice fallimentare, cui è devoluto anche il compito di risolvere i delicati problemi della fallibilità della società estinta, occasionale, occulta o apparente. Tuttavia, l'efficacia vincolante di tali accertamenti per il giudice penale, non esime quest'ultimo dal potere-dovere di accertare l'esistenza delle qualificazioni soggettive postulate dalla norma in esame, e che le stesse risalgano al tempo delle condotte tipiche³¹ (a differenza di ciò che avviene per le qualifiche di imprenditore e di socio illimitatamente responsabile, il cui accertamento resta riservato al giudice fallimentare)³².

Oggetto di molte critiche è stato il sistema con cui l'estensione della punibilità ad amministratori, direttori generali ecc. è stata realizzata: ossia, adottando la tecnica normativa c.d. rinvio plurimo o a catena³³. Tuttavia, le ipotesi di bancarotta impropria non svolgono una funzione esclusivamente e meramente estensiva delle fattispecie base a nuove categorie di soggetti attivi, ma aggiungono nella medesima cornice delittuosa una serie di figure peculiari, quali la bancarotta determinata da *reato societario* (ex art. 223 comma 2 n.1) o cagionata «*con dolo o per effetto di operazioni dolose*» (ex art. 223 comma 2 n.2), che non hanno riscontri nella bancarotta dell'imprenditore e dell'istitutore.

³⁰ C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 257. In tema di fallimento di associazioni e di consorzi con attività esterna v. A. VENTURELLI, *Sub. art. 1*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, cit., 5 ss. e V. COMERCI, S. CHINAGLIA, *Sub. art. 146*, in A. MAFFEI ALBERTI, *id.*, 937 ss.

³¹ C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 258.

³² A tal proposito, le Sezioni Unite hanno stabilito che nel giudizio per bancarotta propria, il giudice non può sindacare i presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore ex art. 1 l. fall., né quelli oggettivi attinenti allo stato di insolvenza dell'impresa ex art. 5 l. fall., essendo tali questioni di competenza esclusiva del giudice fallimentare, la cui decisione ha efficacia di giudicato anche in sede penale: Cass., Sez. Un., ud. 28 febbraio 2008, n. 19601, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss., con nota di AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*.

³³ Tecnica da sempre criticata da ANTOLISEI, perché «*la formula che ne è derivata potrebbe far pensare che per la sua applicazione basti sostituire al termine "imprenditore" i termini "amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori", e al fallimento individuale il fallimento della società, quando così non è*». Cfr. A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 12 e 200. V. anche G. CASAROLI, *Sub. art. 223*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, cit., 1518-1519 ss.

Di queste ipotesi “aggiuntive” ed esclusive della bancarotta societaria, e del rapporto intercorrente tra queste, si parlerà nei capitoli seguenti; qui, è sufficiente rilevare come questo *quid pluris*, che peraltro non si traduce sul piano sanzionatorio, ma in un arricchimento delle fattispecie, è indice di un più intenso rigore legislativo, che sottende valutazioni di presumibile maggiore gravità e diffusività delle conseguenze dannose del reato, in ragione delle più vaste dimensioni dell’impresa societaria e della dissociazione, che essa spesso implica, tra proprietà, vale a dire rischio economico, e potere di gestione³⁴.

3. Gli autori della bancarotta societaria quali garanti del bene giuridico tutelato ed il concorso mediante omissione.

Come si è anticipato, laddove l’attività d’impresa venga svolta in forma societaria, rispondono del delitto di bancarotta gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori; e naturalmente, ai fini della punibilità, va tenuto conto delle cariche sociali ricoperte al momento della realizzazione delle condotte illecite, essendo irrilevante che esse siano venute meno al momento della dichiarazione di fallimento³⁵.

Tali soggetti, c.d. intranei, oltre a realizzare in prima persona il delitto di bancarotta, possono, quali garanti degli interessi penalmente tutelati, concorrere nel reato commesso da altri soggetti qualificati anche solo omettendo di impedirlo, in forza del combinato disposto di cui all’art. 40, co. II c.p., e dell’art. 110 c.p.

L’«*obbligo giuridico*» al quale si riferisce l’art. 40 cpv., c.p., è quell’obbligo “di garanzia” che postula nel soggetto una posizione senz’altro essenziale ai fini della tutela del bene protetto³⁶. Il carattere *giuridico* dell’obbligo in parola rimanda al complesso di *poteri e doveri* che vengono normativamente definiti per ciascuna

³⁴ C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 288-289.

³⁵ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 259; G. CASAROLI, *Sub. art. 223*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, cit., 1519. V. in giurisprudenza: Cass. pen., Sez. V, dep. 28 dicembre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 1637;

³⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2015, 519. L’esistenza di detto obbligo impeditivo contraddistingue il concorso per omissione dalla mera *connivenza*, che si ha quando il soggetto assiste passivamente alla perpetrazione di un reato, che ha la possibilità materiale, ma non l’obbligo giuridico di impedire.

funzione societaria³⁷ poiché, com'è stato efficacemente affermato, «*le fonti legali delle diverse posizioni di garanzia, concorrendo a determinare la figura-base del reato omissivo improprio, acquistano (...) un'indubbia efficacia integratrice della norma incriminatrice*»: tali fonti «*descrivendo quelle situazioni alle quali si ricollega il nascere dell'obbligo di impedimento dell'evento, contribuiscono alla configurazione del precetto penalmente sanzionato*»³⁸.

Per queste ragioni, nelle pagine che seguono, accanto all'individuazione dei tratti fondamentali che caratterizzano ogni qualifica soggettiva presa in considerazione dall'art. 223 l. fall., si è dato spazio al contenuto della *posizione di garanzia* che discende da ciascuna di esse, con particolare riguardo a quella di amministratori e sindaci, dal momento che la loro incriminazione a titolo di bancarotta costituisce indubbiamente il caso più frequente nella prassi.

3.1. Gli amministratori.

In generale, gli «amministratori» sono coloro che hanno diretti e concreti poteri di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi, spazianti su tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; titolari (per lo meno nelle società di capitali) di un rapporto organico con la società, della quale possono avere la rappresentanza verso i terzi (salvo diversa disposizione nell'atto di nomina)³⁹.

Limitando l'attenzione alle società di capitali, i soggetti titolari del potere amministrativo sono nominati, nelle società per azioni e nelle cooperative che abbiano adottato il sistema tradizionale ovvero il sistema monistico, dall'assemblea ordinaria, fatta eccezione per i primi amministratori che sono nominati nell'atto costitutivo (cfr. artt. 2383 e 2542 c.c.); nella società in accomandita per azioni, l'atto costitutivo deve indicare i soci accomandatari, i quali ricoprono la carica gestoria

³⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 276.

³⁸ In questi termini: G. GROSSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 248-9.

³⁹ G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 255; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I reati ed illeciti depenalizzati, fallimentari, societari, bancari e tributari*, a cura di L. CONTI, Milano, 1985, 117; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, vol. I, Torino, 1980, 81; G. CASAROLI, *Sub. art. 223*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, cit., 1519.

di diritto (cfr. art. 2455 c.c.); nella s.r.l., in mancanza di diversa previsione statutaria, resta ferma la regola per la quale l'amministrazione è affidata ad uno o più soci, nominati con decisione dei soci (cfr. art. 2474 c.c.).

Nel sistema tradizionale, la società per azioni non quotata può avere sia un *amministratore unico* sia una pluralità di amministratori, che formano in tal caso il *consiglio di amministrazione* (art. 2380-bis, co. III, c.c.). Alle società quotate è invece imposta l'amministrazione pluripersonale (art. 147-ter, T.u.f.), e lo stesso vale per le società che abbiano adottato un sistema di *governance* di tipo dualistico (dove l'organo è chiamato *consiglio di gestione*: art. 2409-nonies, co. I e II, c.c.) o monistico (art. 2409-sexiesdecies, e ss., c.c.). In tutti questi casi in cui l'amministrazione è affidata a più persone, l'attività è esercitata *collegialmente* salva la possibilità di delegare determinate attribuzioni ad un comitato esecutivo o ad uno o più dei componenti dell'organo amministrativo⁴⁰.

L'eventualità che gli amministratori operino in regime collegiale (mentre per i sindaci la collegialità costituisce la regola)⁴¹, ripropone il problema della responsabilità penale nell'ipotesi in cui i reati di bancarotta societaria vengano perpetrati per il tramite di delibere del C.d.A. (o del C.S. nel caso dei sindaci). L'approccio alla problematica costituito dalla categoria del *reato collegiale*⁴² non trova consensi nella dottrina attuale secondo cui la commissione del reato mediante atto collegiale costituisce soltanto una modalità di concorso di più persone (tutte intranee) nello stesso reato⁴³, sicché la responsabilità penale, avendo natura

⁴⁰ In base all'attuale disciplina (art. 2381, IV co., c.c.) non possono essere tuttavia delegati: a) la redazione del bilancio di esercizio; b) la facoltà di aumentare il capitale sociale e di emettere obbligazioni convertibili per delega; c) gli adempimenti posti a carico degli amministratori in caso di riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite; d) la redazione del progetto di fusione o di scissione. Su tutto ciò, cfr. G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 264.

⁴¹ Nel senso che la collegialità per i sindaci rappresenta la regola v. C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., 741, nota 84; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 184.

⁴² Che sarebbe, secondo D. RENDE (*Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, 44 ss.), «quello commesso da persone costituite dalla legge in collegio, come organo di una persona giuridica pubblica o privata, per compiere atti giuridici leciti, anzi doverosi, di natura amministrativa, giudiziaria o di diritto privato, le quali persone, nell'esercizio delle loro funzioni, commettono uno o più reati».

⁴³ Cfr. A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 87-8; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 184; L. CONTI, *Reati in materia di società*, op. cit., 99 ss.

personale, dovrà essere valutata alla luce del concreto comportamento di ogni singolo membro dell'organo collegiale, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo⁴⁴.

Ovviamente non sorgono questioni per quanto, di penalmente rilevante, gli amministratori abbiano attivamente compiuto (ad es. redazione od approvazione un bilancio falso) o volontariamente omissivo (ad es. allorquando l'amministratore, previo concerto con gli altri membri del collegio, abbia garantito a costoro il proprio il disimpegno, contribuendo il tal modo alla realizzazione del reato da tutti voluto): soccorreranno, al riguardo, le norme sul concorso «doloso» di persone nel reato unitamente alla norma fallimentare violata e non, si badi, le disposizioni che regolano la responsabilità civile dell'organo collegiale: è impensabile, invero, ancorare la valutazione della responsabilità penale all'adempimento delle formalità richieste dall'art. 2392, III co., c.c. per l'esonero dalla responsabilità civile⁴⁵.

Maggiori problemi si pongono, invece, allorquando si debba affermare una responsabilità *omissiva* degli amministratori, muovendo loro il rimprovero di non aver *vigilato* sull'operato degli altri amministratori e di non aver *impedito* la commissione del reato (e quindi al di fuori di contributi attivi e diretti alla realizzazione del delitto che seguano a precedenti accordi collusivi con gli altri membri del consiglio).

Lo schema evocato è, dunque, quello della clausola generale di cui all'art. 40 cpv., c.p., in connessione con quelle norme civilistiche dalle quali emerge la specifica *posizione di garanzia* ricoperta dagli amministratori, e cioè: l'art. 2381 c.c., il quale stabilisce un dovere generale a carico degli stessi di «*agire in modo informato*», collegato al diritto di richiedere agli organi delegati «*che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*» (co. VI) e, più in generale, ad un dovere di periodica informazione gravante sui delegati, tenuti a riferire, almeno ogni sei mesi, «*sul generale andamento della gestione e sulla sua*

⁴⁴ Cfr. G. COCCO, *Sub. art. 223*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 1244; L. CONTI, *Reati in materia di società*, op. cit., 102.

⁴⁵ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 279; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 184; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2011, 26; P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento. Corso di lezioni*, Milano, 2003, 122.

prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo per le loro dimensioni o caratteristiche»⁴⁶ (co. V); l'art. 2392 c.c., che prevede, al primo comma, l'obbligo di «adempiere ai doveri che discendono dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze» e, al secondo comma, dopo aver richiamato l'art. 2381 co. III, sancisce la responsabilità solidale degli amministratori qualora, «essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»; infine, l'art. 2394 c.c., che prevede l'obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale nei confronti dei creditori.

Da tali norme è desumibile un principio di ordine generale con il quale viene fissato l'obbligo giuridico di ogni singolo amministratore di impedire gli atti pregiudizievoli (di cui sia a conoscenza) per la società, i soci, i creditori e i terzi, ossia gli atti pregiudizievoli per quella rete di relazioni societarie la cui integrità è affidata dalla legge alle cure dell'organo amministrativo⁴⁷. Il problema che si pone, in proposito, è quello di stabilire, in primo luogo, l'ampiezza che assume tale obbligo alla luce delle modifiche, introdotte dalla riforma del 2003, riguardanti le dinamiche informative nell'ambito del consiglio di amministrazione⁴⁸; e, in

⁴⁶ Sul ruolo centrale che il legislatore ha inteso assegnare all'*informazione* ed alla trasparenza, sia come canone dell'agire del buon amministratore sia come strumento di «tracciabilità» dei comportamenti anche al fine della ricostruzione dei profili di responsabilità, v. P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADDESSA e G. B. PORTALE, Vol.2, Assemblea - Amministrazione, Torino, 2007, 835 ss.

⁴⁷ A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria. Distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2013, 24; R. BRICCHETTI - R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2003, 19; G. COCCO, *Sub. art. 223*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 1244. In giurisprudenza v. fra le tante: sul crack delle banche di Sindona, Cass. pen., Sez. V, ud. 26 giugno 1990, in *Cass. pen.*, 1991, vol. I, 845, nonché in *Cass. pen.*, 1992, 1607-8, con nota di M. ANGELINI, *Responsabilità per bancarotta fraudolenta dell'amministratore assente*; Cass. pen., Sez. V, ud. 28 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 1630; più recentemente, Cass. pen., Sez. V, ud. 24 maggio 2006, n. 36764, in *CED Cass. pen.*, 2006; Cass. pen., Sez. V, ud. 3 giugno 2005, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, vol. I, 255 ss., con nota di V. CARDONE - F. PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*.

⁴⁸ Con la riforma societaria (d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6) l'obbligo a contenuto impeditivo di cui all'art. 2392 co. II, c.c., non è più collegato ad un *generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione* (che si è dimostrato difficilmente esigibile). Gli amministratori hanno oggi il "dovere di agire informati" e ciascun amministratore privo di delega ha il potere di chiedere informazioni

secondo luogo, quali poteri astrattamente impeditivi siano nella disponibilità del singolo amministratore. Questioni, quelle *testé* accennate, il cui esame non può prescindere dall'enucleazione dei presupposti fondanti la responsabilità penale, per concorso nel reato mediante omissione, del componente del C.d.A. Pertanto, a questo fine, occorrerà dimostrare:

a) la conoscenza, da parte dell'amministratore, di *fatti pregiudizievole* in itinere; – tale conoscenza (da intendersi come dato sostanziale e non formale, non essendo richieste particolari modalità di acquisizione della stessa) costituisce, da un lato, il risultato della doverosa vigilanza, dall'altro, la premessa informativa indispensabile per qualsivoglia attività di impedimento⁴⁹. Ed è sotto questo profilo che assume rilevanza il dovere degli amministratori privi di deleghe «*di agire in modo informato*», la cui attivazione, secondo l'interpretazione che pare preferibile, dovrebbe avvenire solo in presenza di elementi di criticità contenuti nelle informazioni ricevute dagli altri membri esecutivi del consiglio (o eventualmente attraverso altri canali informativi), non potendosi pretendere una condotta tesa a scrutare tutti gli ambiti dell'attività gestoria alla ricerca di segnali d'allarme circa il compimento di specifiche operazioni illecite⁵⁰.

b) l'omissione dell'azione doverosa; – al riguardo, occorre chiedersi quali siano queste azioni il cui esercizio, in astratto, costituisca un potere idoneo ad impedire l'evento penalmente rilevante, poiché è «*la misura dei poteri che definisce la*

agli organi delegati; sulla base delle informazioni ricevute, i consiglieri senza deleghe “*valutano*” (collegialmente) l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e il generale andamento della gestione (ex art. 2381 co. III). Si tratta di modificazioni che, come è stato sottolineato in giurisprudenza, hanno indubbiamente alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe. V. Cass. pen., Sez. V, ud. 10 febbraio 2009, n. 9736, in *Cass. pen.*, 2011, III, 1182, con nota di I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*.

⁴⁹ Cfr. A. ALESSANDRI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 89; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 21.

⁵⁰ In senso contrario, talora, pare essersi pronunciata la giurisprudenza: cfr. Cass. pen., Sez. V, 22 settembre 2009, n. 36595, in *Le società*, n.7/2010, 886 ss., con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra «agire informato» e poteri di impedimento*. Nel senso del testo invece cfr. Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, pag. 37, in *Penale contemporaneo* on line, con nota di A. INGRASSIA, *La suprema corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*

*possibilità di adempimento della posizione di garanzia»⁵¹. In altri termini, il criterio fondamentale che dovrebbe essere seguito, per individuare il limite della garanzia esigibile, è quello della *corrispondenza fra poteri e doveri*, nel senso che il singolo amministratore, una volta venuto a conoscenza di fatti pregiudizievoli *in fieri*, è *obbligato a fare ciò che può fare*⁵². In estrema sintesi, si deve rilevare che, alla luce della disciplina civilistica, l'amministratore *non può direttamente* impedire il compimento di fatti criminosi perché *non ha il potere* di adottare, *individualmente*, provvedimenti *direttamente* impeditivi. Il consigliere non esecutivo può innescare il meccanismo in astratto idoneo, insieme al verificarsi di altre condizioni, ad impedire la realizzazione di un fatto criminoso, ma l'effettivo impedimento dell'evento presuppone *sempre* l'opera *almeno* di un soggetto terzo: il pubblico ministero⁵³; il giudice⁵⁴; il presidente del C.d.A (al quale si può chiedere la convocazione del consiglio affinché, *ex art. 2381 co. III, c.c.*, avochi a sé le operazioni oggetto della delega, ovvero revochi la stessa); il presidente del collegio sindacale (al quale si può chiedere di effettuare dei controlli approfonditi); ecc.⁵⁵*

c) la sussistenza di un nesso di causalità tra l'omesso esercizio di poteri (astrattamente) impeditivi e la realizzazione del reato; – Profilo il cui accertamento

⁵¹ F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 563.

⁵² Cfr. F. CENTONZE, *La suprema corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, I, 115 ss., nota a *Cass. pen.*, Sez. V, dep. 19 giugno 2007, n. 23838.

⁵³ Al quale l'amministratore si può rivolgere affinché attivi il procedimento di cui all'art. 2409 c.c., ma soltanto nel caso di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e solo nel caso di *irregolarità di gestione* capaci di produrre un *danno alla società*;

⁵⁴ Ad es. nel caso di impugnativa della delibera consiliare, che sia *contraria alla legge o allo statuto*, da parte dell'amministratore assente o dissenziente, *ex art. 2388 c.c.* Strumento, questo, che può rivelarsi potenzialmente assai efficace, seppur soltanto nei casi in cui la delibera non sia *self executing*, cioè costituisca solo un passaggio essenziale di un più complesso *iter* criminoso diretto a realizzarsi compiutamente in un momento successivo. Cfr. F. CENTONZE, *Id.*, 118; P. CHIARAVIGLIO, *Id.*, 892-3.

⁵⁵ In un'ottica diversa rispetto a quella del testo, si pone la giurisprudenza ove richiede che il garante debba attivare non solo i poteri ricostruibili alla luce della normativa che disegna la sua posizione di garanzia, bensì anche quelli «di fatto», connessi o meno alla propria funzione, la cui esistenza deve essere rinvenuta dal giudice caso per caso. Cfr. *Cass. pen.*, Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 185 ss., con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*; si veda anche *Cass. pen.*, Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, in *Cass. pen.*, 2011, 4424, con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, ove la Corte sostiene che «non è richiesta (...) la presenza di formali e tipizzate leve impeditive dell'evento pregiudizievole».

nel caso concreto, soprattutto alla luce di quanto detto *sub b)*, si rivela assai problematico. L'inerzia dell'amministratore non esecutivo deve essere stata *condizione necessaria* del reato commesso dal delegato e pertanto deve dimostrarsi, per converso, che il reato non sarebbe stato realizzato se fosse stato tenuto il comportamento doveroso. Il problema è, insomma, quello della causalità omissiva⁵⁶.

d) la sussistenza dell'elemento psicologico richiesto per l'integrazione del reato. – Ai fini della configurabilità del dolo di concorso per omesso impedimento occorre provare, in capo al soggetto inerte, accanto alla consapevole e volontaria omissione dell'azione doverosa, la concreta rappresentazione dell'evento lesivo che poi si verificherà o, in altre parole, la previsione dei possibili esiti penalmente rilevanti del fatto altrui non impedito⁵⁷. Qualora la prova di tale elemento manchi, la responsabilità penale di detto soggetto non sussisterebbe, residuando nei suoi confronti, eventualmente, ove si ravvisino profili di negligenza, una responsabilità civile a titolo di colpa per inadempimento di doveri di vigilanza e controllo⁵⁸.

È da segnalare, tuttavia, che nella prassi giudiziaria emerge una tendenza a semplificare drasticamente il problema del dolo attraverso formule di stampo presuntivo (del tipo “non poteva non sapere”) che tradiscono un'inaccettabile fungibilità tra *conoscibilità* ed effettiva *conoscenza*: in particolare, questo orientamento, che si manifesta sovente nei confronti dell'amministratore non esecutivo o dell'amministratore «di diritto» per l'omesso impedimento del fatto materialmente realizzato, rispettivamente, dall'amministratore delegato ovvero dall'amministratore «di fatto», riconosce la sussistenza del *dolo eventuale* tutte le volte in cui al “garante” si rimprovera di aver rinunciato ad accertare ed

⁵⁶ Ampiamente trattato dalla nota sentenza *Franzese* (Cass., Sez. un., ud. 10 luglio 2002, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, II, 1133 ss.), i cui principi sono stati successivamente sviluppati, con riferimento al concorso di persone nel reato, nella sentenza *Mannino* (Cass., Sez. un., ud. 12 luglio 2005, n. 33748, in *Cass. pen.*, 2005, VI, 3732 ss., con nota di G. BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*). Su tutto ciò, cfr. F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, II, 759 ss.; si vedano anche le considerazioni di A. INGRASSIA, cit., § 2.2.

⁵⁷ v. Cass. pen., Sez. V, dep. 19 giugno 2007, n. 23838, in *Le società*, n.7/2008, vol. II, 901.

⁵⁸ In questo senso, cfr. F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 569; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 187-8.

approfondire i c.d. “segnali d’allarme”, e cioè specifici profili d’illiceità⁵⁹, che l’esercizio corretto dei suoi poteri avrebbe consentito di cogliere. In altri termini, data la presenza di indici di “allerta”, il mancato espletamento dell’attività di controllo viene considerato, in giurisprudenza, come accettazione del *rischio* del verificarsi di un *qualsiasi* evento criminoso, non voluto ma (che potrebbe essere) previsto come possibile⁶⁰.

La confusione che la menzionata interpretazione genera tra la categoria del dolo eventuale e quella della *colpa cosciente* è ampiamente denunciata in dottrina: il riconoscimento del primo, infatti, lungi dal fondarsi su dati psichici indicativi di una *previsione effettiva* di una *definita* classe di eventi, in concreto rappresentati e consapevolmente “accettati”, viene ancorato alla sola rappresentazione astratta, se non persino alla mera rappresentabilità del fatto che qualcosa di illecito possa accadere⁶¹. La giurisprudenza, cioè, prescinderebbe dal fondamentale accertamento circa la percezione e la valutazione da parte dell’amministratore dei segnali d’allarme quali indici di specifici fatti-reato, ritenendo sufficiente, ai fini della prova del dolo (eventuale), la loro semplice presenza⁶². È evidente – si sostiene – che si tratta di una inammissibile «*scorciatoia probatoria*» tesa a superare le difficoltà pratiche incontrate dai giudici in ordine all’accertamento dell’elemento psicologico richiesto ai fini dell’integrazione del reato⁶³.

⁵⁹ Per i quali, peraltro, osserva D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le società*, n.7/2008, vol. II, 904: «che cosa la giurisprudenza intenda per “segnali d’allarme”, resta concettualmente non definito, e sostanzialmente affidato a variegata (tutt’altro che indiscutibili) casistiche di casi concreti».

⁶⁰ Cfr. fra le tante: Cass. pen., Sez. V, ud. 29 marzo 2012, n. 23091, in *CED Cass. pen.*, 2012, rv. 252803; Cass. pen., Sez. V, 28 marzo 2009, n. 21581, in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 243889; Cass. pen., Sez. V, ud. 24 aprile 2000, n. 5619, in *Cass. pen.*, 2001, V, 1622; Cass. pen., Sez. V, ud. 6 maggio 1999, n. 7583, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1198.

⁶¹ v. A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 189; I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell’amministratore senza delega*, cit., 1191 ss.; A. ALESSANDRI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell’impresa*, op. cit., 92-3; V. CARDONE - F. PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell’amministratore*, cit., 268-9; R. BRICCHETTI - R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, cit., 26; F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 570; A. D’AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 27; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1276-7.

⁶² v. in tema le osservazioni di D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi*, cit., 906 ss.

⁶³ Per tutti, v. A. ALESSANDRI, id., 91-2; F. ZAMBELLI, *La responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta dell’amministratore di fatto e di diritto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, II, 955.

3.1.1. L'amministratore dissenziente, dimissionario, assente.

Messe in luce le linee teoriche del concorso mediante omissione dell'amministratore componente dell'organo collegiale, è possibile tentare di stabilire in che termini si possa ritenere responsabile a tale titolo l'amministratore dissenziente, dimissionario ovvero assente⁶⁴.

Per quanto concerne *l'amministratore dissenziente*, si è già detto che l'adempimento delle formalità previste ai fini esonerativi della responsabilità civile dal comma terzo dell'art. 2392 c.c. non assume rilevanza in sede penale, dove, al contrario, valore determinante va attribuito ai comportamenti reali ed all'effettiva volontà del soggetto, in ossequio alle regole generali del concorso di persone nel reato. Si pensi al trattamento che altrimenti sarebbe riservato all'amministratore che, pur facendo risultare formalmente il proprio dissenso, si sia adoperato in realtà per la realizzazione dell'illecito, oppure all'amministratore che, viceversa, pur essendosi attivamente opposto, non abbia ottemperato, per negligenza o per altri motivi, a quanto prescritto dalla norma sopra indicata. Pertanto, l'adempimento o l'inadempimento delle formalità in parola, rileverà soltanto come indice sintomatico del reale comportamento e dell'effettiva volontà di dissentire dell'amministratore stesso.

Rilievi analoghi possono essere svolti per il caso dell'*amministratore dimissionario*. Anche se le dimissioni rappresentano la forma più icastica di dissenso, pur tuttavia, specie laddove manchi un rapporto di immediatezza rispetto alla deliberazione illecita, non è impensabile l'ipotesi in cui siano null'altro che una manovra da parte di chi abbia invece concorso realmente ed effettivamente al compimento del reato (posto che le dimissioni, in questo caso, potrebbero rappresentare un *commodus discessus* da un'operazione non riuscita ed un modo di mascherare i precedenti propositi). Senza contare, inoltre, che la rinuncia all'incarico potrà certamente avere una qualche rilevanza sul piano soggettivo, ma non pare altrettanto incisiva a livello oggettivo, quale sufficiente dimostrazione di aver fatto quanto nelle possibilità per impedire il compimento del fatto criminoso,

⁶⁴ In tema, v. L. CONTI, *Reati in materia di società*, op. cit., 104-5; R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), Milano, 2007, 2153.

se non accompagnata ad ulteriori iniziative quali, ad es., la segnalazione all'autorità giudiziaria, ovvero la comunicazione ad altri organi sociali⁶⁵.

Pressoché irrilevante, poi, è l'*assenza* in quanto tale, che di per sé ha un valore equivoco, potendo essere ispirata da una pluralità di motivi ben distinti⁶⁶. Ciò che acquista determinante rilievo ai fini penali è, anche qui, l'indagine da svolgersi in rapporto alle singole situazioni, sull'effettiva condotta del soggetto qualificato, sulla sua efficacia causale rispetto alla realizzazione del fatto illecito e, dal punto di vista psicologico, sulla sua preordinazione al raggiungimento dello scopo criminoso.

3.1.2. L'art. 2639, primo comma, c.c.: l'amministratore di fatto, il prestanome e il problema del consigliere di gestione.

L'amministratore *di fatto* è colui che pur senza aver ricevuto un'investitura formale all'interno della compagine societaria ovvero nei casi di nullità, decadenza o annullamento dell'atto di nomina, eserciti effettivamente i poteri tipici connessi al ruolo ed alla qualifica di amministratore formale⁶⁷.

L'art. 2639 c.c. introdotto con la riforma societaria (d.lgs. 11 aprile 2002 n.61), sotto la rubrica «*Estensione delle qualifiche soggettive*» stabilisce, al comma 1°, che «*per i reati previsti dal presente titolo*», vale a dire per i reati societari, debbano essere equiparati «*al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge*», sia i soggetti che esercitino «*in modo continuativo e significativo i poteri inerenti alla qualifica o alla funzione*», sia i soggetti tenuti «*a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata*».

⁶⁵ v. F. ZAMBELLI, *La responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta dell'amministratore di fatto e di diritto*, cit., 950. In giurisprudenza v. Cass. pen., Sez. V, dep. 30 gennaio 2012, n. 3714, in www.leggiditalia.it.

⁶⁶ Una ricostruzione della responsabilità omissiva dell'amministratore assente è stata teorizzata da M. ANGELINI, *Responsabilità per bancarotta fraudolenta dell'amministratore assente*, cit., 1606.

⁶⁷ Per una definizione di amministratore di fatto cfr. R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, op. cit., 2156 ss.; P. PALLADINO, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cass. pen.*, 2005, vol. V, 3088 ss.; F. ZAMBELLI, *La responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta dell'amministratore di fatto e di diritto*, cit., 945; F. MUCCIARELLI, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Le società*, 1989, vol. I, 122;

Con la prima forma di «equiparazione» menzionata, il legislatore, recependo le opinioni dottrinali e giurisprudenziali del tempo, ha tipizzato la figura dell'amministratore *di fatto*, circoscrivendone tuttavia il campo applicativo ai soli reati societari. Tale limitazione ha portato la dottrina a chiedersi se l'art. 2639 co. I, c.c., impedisca di attribuire rilevanza alla figura in parola anche in ambito penalfallimentare. La soluzione per lo più accolta è stata quella negativa, poiché si ritiene che la norma svolga una funzione non «*incriminatrice*» bensì «*definitoria*» dei limiti di rilevanza dell'assunzione *di fatto* dei ruoli tipici all'interno della società⁶⁸. I criteri postulati dalla disposizione («*continuatività*» e «*significatività*» dell'esercizio dei poteri tipici)⁶⁹, pertanto, dovrebbero essere utilizzati quali *canoni interpretativi* funzionali all'individuazione e all'incriminazione dell'amministratore di fatto altresì in relazione ai reati fallimentari, e ciò anche perché, da un lato, se così non fosse, si paventerebbe il pericolo che in materia fallimentare la responsabilità penale di detto soggetto venga ancorata a criteri meno rigidi rispetto a quelli fissati in materia societaria, generandosi in tal modo un'ingiustificata disparità di trattamento⁷⁰; dall'altro lato, si deve riconoscere che proprio in relazione al settore della bancarotta (oltre che in quello civilistico) la prassi recepita dal legislatore della riforma ha trovato il suo terreno più «fertile»⁷¹.

⁶⁸ Cfr. P. PALLADINO, *L'amministratore di fatto*, cit., 3094; G. COCCO, *Sub. art. 223*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 1250, il quale ritiene che il mancato riferimento ai reati fallimentari costituisca un difetto di coordinamento; in giurisprudenza v. tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36630, in *Riv. pen.*, 2004, 197. *Contra* I. CARACCIOLI, *Sul continuo allargamento della figura dell'«amministratore di fatto»*, in *Impresa*, 2005, 504, secondo il quale «*il legislatore ha normativizzato una figura (...) solo per una data categoria di reati*» per cui «*in tutte le altre categorie di reati non si può ricorrere alla responsabilità autonoma di un presunto amministratore di fatto*». Secondo l'autore, una soluzione contraria sarebbe «*in contrasto con un'interpretazione sistematica e comporterebbe un'analogia in malam partem*». Nello stesso senso v. A. MANNA, *Lineamenti generali del diritto penale dell'impresa*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2010, 24.

⁶⁹ Requisiti che non comportano necessariamente l'esercizio di *tutti* i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale. Cfr. Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2013, n. 45671, in www.leggiditalia.it.

⁷⁰ Cfr. V. CARDONE - F. PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*, cit., 260.

⁷¹ Cfr. ad es., Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 1999, n. 14103, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, f. 4, 86. Sul punto v. R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, op. cit., 2158 ss.; P. VENEZIANI, *Sub. art. 2639 c.c.*, in *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n.62 sulla tutela del risparmio*, A. LANZI - A. CADOPPI (a cura di), Padova, 2007, 311.

Invero, oggi come in passato, la giurisprudenza resta ferma nel privilegiare, nel contesto penalfallimentare, quella teoria “sostanzialistica” per la quale «i destinatari delle norme di cui agli artt. 216 e 223 l. fall. vanno individuati in base alle concrete funzioni esercitate (e quindi in base alla loro concreta possibilità di ledere il bene protetto dalla norma), non già rapportandosi alle mere qualifiche formali, ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento della qualifica ricoperta»⁷². D'altronde, una soluzione diversa implicherebbe la creazione di ampie zone di impunità, posto che un comodo meccanismo per evitare la responsabilità penale sarebbe quello di svestirsi della qualifica formale e continuare ad amministrare nell'ombra della compagine sociale⁷³.

Ma vi è di più. Il soggetto che, ai sensi della disciplina dettata dall'art. 2639 c.c., assume la qualifica di amministratore *di fatto*, poiché chiamato a rispondere quale diretto destinatario del disposto penale (e non già alla stregua del concorso dell'*extraneus*), è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore *di diritto*. In tal senso, pertanto, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assumerà la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, tra i quali andranno ricomprese le condotte di altri amministratori (di fatto o di diritto), in applicazione della regola di cui all'art. 40 co. II, c.p.⁷⁴

Per converso, allorquando l'impresa sia gestita da un amministratore di fatto, le questioni circa l'eventuale rilevanza penale dell'omesso impedimento del reato da esso realizzato si ripetono nei confronti degli amministratori di diritto. A tal riguardo, in base ai principi menzionati, dovranno essere risolti i casi non

⁷² Cfr. Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2013, n. 45671, in www.leggiditalia.it.

⁷³ V. CARDONE - F. PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*, cit., 257-8. Tuttavia, in epoca antecedente alla riforma, in dottrina si registravano anche voci dissenzienti rispetto all'orientamento (che comunque era nettamente prevalente) che ammetteva la responsabilità diretta dell'amministratore di fatto a titolo di bancarotta. Tra queste spicca l'opinione di C. PEDRAZZI, il quale rilevava che la responsabilità penale si riacciava alla carica prima che all'intrinseca tipologia dell'attività: l'autore si opponeva ad una dilatazione della figura dell'amministratore, contestando l'impossibilità di isolare la funzione dal titolo, sul presupposto che gli spunti tratti dagli effetti materiali del comportamento apparivano insufficienti, incerti e lesivi del principio di tassatività. Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 263 ss.

⁷⁴ Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 11649, in *Fisco online*, 2012; Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2013, n. 45671, in www.leggiditalia.it; P. VENEZIANI, *Sub. art. 2639 c.c.*, op. cit., 303.

infrequenti di amministratori *prestanome* ovvero c.d. «*teste di legno*» i quali, non avendo fatto alcunché per impedire il reato altrui, si difendano affermando semplicemente di non aver avuto alcun ruolo nella società e di essere stati lo strumento inconsapevole dell'amministratore di fatto.

In simili ipotesi, quindi, dovrà valutarsi se l'inerzia sia stata mantenuta nella precisa consapevolezza dell'altrui condotta integrante i tratti tipici del reato ovvero accettando il rischio che tali condotte fossero poste in essere, ed in ogni caso, trattandosi di fatti interni all'agente, la prova di ciò dovrà ricavarsi volta per volta dagli elementi di fatto a disposizione, non essendo sufficiente la sola circostanza di essersi prestati ad accettare la carica, configurandosi, in caso contrario, una responsabilità "da posizione" incompatibile con alcuni principi cardine del nostro ordinamento fra i quali, in *primis*, quello sancito dall'art. 27 comma 1, Cost.⁷⁵

Per quanto concerne, infine, l'altra forma di «equiparazione» postulata dall'art. 2639, co. I, c.c., cioè quella diretta a chi è «*tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata*», la sua ragione fu rinvenuta nella necessità di introdurre un criterio che consentisse l'applicazione della disciplina penale societaria anche ai modelli di amministrazione e controllo, diversi da quello ordinario, che sarebbero successivamente stati introdotti con l'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003 n.6⁷⁶, ossia: il sistema *dualistico*, che si fonda su un consiglio di gestione ed un consiglio di sorveglianza cui compete il controllo sulla gestione societaria, l'approvazione del bilancio, la nomina e la revoca dei consiglieri di gestione; e il sistema *monistico*, basato su un consiglio di amministrazione ed un comitato,

⁷⁵ Cfr. E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, in *Trattati*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2013, 36; v. anche V. CARDONE - F. PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale: responsabilità penale dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 298, il quale mette in luce, in chiave critica, quell'orientamento giurisprudenziale che avalla un rigido automatismo tra carica ricoperta e responsabilità penale dell'amministratore *prestanome* servendosi della seguente formula: «*la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) o l'accettazione del rischio che questi si verifichino (dolo eventuale) possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale*». Cfr., ad es., Cass. pen., Sez. V., ud. 26 gennaio 2006, n. 7208, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, vol. II, 1020; Cass. pen., Sez. V., ud. 9 febbraio 2010, n. 11938, in *Cass. pen.*, 2011, 691 ss., con osservazioni di M. BENDONI, *La responsabilità dell'amministratore in carica per i reati commessi dall'amministratore di fatto*.

⁷⁶ Cfr. A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D. lgs. 11 aprile 2002, n.61*, A. ALESSANDRI (a cura di), Milano, 2002, 38 ss.; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 18.

costituito al suo interno, composto da amministratori indipendenti, a cui compete la vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società e del sistema amministrativo e contabile.

Anche in questo caso, tuttavia, si prospettano delle incognite circa l'eventuale estensione del criterio in esame a settori diversi dal diritto penale societario di cui al Titolo XI del libro V del codice civile, come appunto il settore penalfallimentare. Si tratta di dubbi che, dopo l'entrata in vigore nel 2002 dell'art. 2639 c.c., sono stati solo parzialmente superati con l'art. 223 *septies*, co. II, disp. att. al cod. civ. (introdotto con la riforma del diritto delle società del 2003). Tale disposizione, infatti, statuisce che “*ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato di controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con la specificità di tali organi*”.

Poiché è possibile ritenere che il riferimento alle «*leggi speciali*» ricomprenda anche le disposizioni penali in esse contenute, la questione, per i soggetti considerati dal citato articolo, potrebbe considerarsi risolta⁷⁷. Il problema rimane aperto invece per l'affermazione della responsabilità penale per bancarotta dei componenti del consiglio di gestione, nell'ambito del sistema dualistico (il sistema monistico, infatti, postula pur sempre la presenza di «amministratori», idonei quindi ad essere diretti destinatari dell'art. 223, l. fall.).

Al riguardo, autorevole dottrina⁷⁸ ha ritenuto che, malgrado la carenza del dato positivo⁷⁹, si debba aderire a quella medesima teoria “sostanzialistica” prospettata

⁷⁷ Anche se non si può celare che la disposizione in realtà fu introdotta essenzialmente per consentire l'utilizzazione dei sistemi di *governance* dualistico e monistico anche nelle società emittenti azioni quotate nei mercati regolamentati. Cfr. *Relazione al D. lgs. n. 6/2003*, § 16; G. MINERVINI, *Sub artt. 2380 c.c. – 223-septies disp. att. al cod. civ.*, in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2003, 393.

⁷⁸ A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 192-3;

⁷⁹ Carenza a cui, a rigore, non potrebbe sopperire nemmeno il co. I dell'art. 223, disp. att. al cod. civ., poiché tale disposizione rende applicabili ai singoli componenti degli organi di amministrazione e controllo dei sistemi dualistico e monistico, le disposizioni del codice civile, ove compatibili. Lo stesso dicasi per l'art. 2380, co. III c.c., il quale, postulando un collegamento di tipo integrativo tra la disciplina (civilistica) degli amministratori del sistema tradizionale, e quella del consiglio di amministrazione del sistema monistico e del consiglio di gestione del sistema dualistico, prende in considerazione gli organi in sé e non i singoli componenti. Cfr. G. MINERVINI, *Sub artt.*

dalla giurisprudenza in relazione all'amministratore di fatto, a sostegno della quale, peraltro, detta dottrina fornisce un argomento idoneo a mettere in luce uno dei paradossi in cui si cadrebbe qualora si optasse per una soluzione eccessivamente legata al dato letterale dell'art. 2639 c.c.: con tale disposizione, infatti, sussisterebbe certamente una copertura normativa per l'affermazione della responsabilità dell'amministratore di fatto (o del consigliere di gestione) a titolo di uno qualsiasi dei reati societari richiamati dall'art. 223 cpv., n.1, l. fall.; tuttavia – e qui starebbe l'assurdità – se attraverso la commissione di questi illeciti si realizzasse la ben più grave conseguenza del dissesto della società, il soggetto agente non potrebbe essere direttamente punito a titolo di bancarotta *da reato societario* perché il testo dell'art. 2639 c.c. non fa menzione dei reati fallimentari.

Deve riconoscersi che la suddetta argomentazione ha senz'altro il merito di palesare l'esistenza di un'illogicità giuridica. Senonché, per quanto suggestiva possa essere, è altresì dubbio che possa acquisire valore dirimente ai fini della risoluzione del problema di cui si discorre, poiché i fatti di bancarotta fraudolenta impropria non si esauriscono nella bancarotta *da reato societario*, ma si completano anche con altre fattispecie criminose per le quali, pertanto, i termini della questione persisterebbero.

3.2. I direttori generali.

I direttori generali sono titolari di poteri di esercizio e di alta gestione sicuramente assimilabili a quelli degli amministratori, ma si contraddistinguono rispetto a questi ultimi per avere un rapporto di lavoro dipendente con la società. Tali soggetti coadiuvano il consiglio di amministrazione nell'espletamento delle sue mansioni, ne eseguono le delibere, e sono forniti in misura più o meno ampia di poteri deliberativi e di rappresentanza⁸⁰.

2380 c.c. – 223-septies disp. att. al cod. civ., 392, il quale peraltro critica questa sovrapposizione di rinvii adottata dal legislatore della riforma.

⁸⁰ Cfr. A. BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975, 27 ss. e 110 ss.; P. ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, vol. 4, *Amministratori, direttore generale*, Torino, 1991, 461 ss.

L'art. 2396 c.c. – l'unico dedicato alla figura in parola – stabilendo che «*le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati (...)»*», conferma l'esistenza di una posizione di garanzia che accomuna i direttori generali agli altri soggetti qualificati.

Ora, mentre il divieto di dare esecuzione a direttive illegittime degli amministratori discende dalla disciplina generale del concorso, dalla posizione di garanzia deriva, come si è già visto, un vero e proprio obbligo giuridico di vigilanza e di impedimento che, ovviamente, nel caso dei direttori generali, non potrà non risentire dei confini entro i quali gli stessi esercitano i compiti in concreto affidati e della loro subordinazione gerarchica rispetto agli amministratori. Ad essi, concretamente, sarà aperta soltanto la strada di una segnalazione al consiglio di amministrazione (di fronte ad iniziative degli organi delegati), ovvero al collegio sindacale o ad apparati pubblici, salva, beninteso, la verifica dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità omissiva secondo i criteri già indicati⁸¹.

Generalmente si ritiene che i direttori generali abbiano il controllo dell'intera impresa e che, pertanto, la responsabilità per bancarotta non possa essere estesa, mediante un'applicazione analogica in *malam partem*, ai semplici direttori di singoli uffici, reparti o stabilimenti⁸². Tuttavia, è stato anche osservato che la natura generale della direzione riguarda, piuttosto, la qualità della stessa e cioè il fatto che il direttore, per l'ambito della materia a lui affidata, goda di un considerevole margine gestionale di autonomia (pur nella subordinazione all'organo amministrativo). In quest'ottica è stato ritenuto non indispensabile che l'ufficio di direzione faccia riferimento all'intera impresa⁸³.

Anche la nozione di direttore generale, al pari di quella di amministratore, va estesa a tutti i soggetti che, *di fatto*, svolgono quelle mansioni ed esercitano quei

⁸¹ v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 285.

⁸² Così implicitamente F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 1985, cit., 119; v. anche G. CASAROLI, *Sub. art. 223*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, cit., 1524.

⁸³ v. P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, cit., 112.

poteri che spettano ai direttori nominati dall'assemblea o per disposizione dell'atto costitutivo *ex art. 2396 c.c.*⁸⁴

3.3. I sindaci.

Nella società per azioni e nella società in accomandita per azioni sono previste forme più o meno incisive di controlli: alcuni “esterni”, come ad es. quello affidato alle società di revisione per le società con azioni quotate in borsa; altri “interni”, tra cui spicca quello affidato al *collegio sindacale*. Nell'ambito della s.r.l., la nomina del collegio sindacale è obbligatoria solo se la società è tenuta alla redazione del bilancio consolidato, ovvero se controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti, ovvero se non ricorrono le condizioni stabilite per la redazione del bilancio di esercizio in forma abbreviata (cfr. art. 2477 c.c.); Nelle cooperative la nomina è obbligatoria negli stessi casi previsti per la s.r.l., nonché quando la società emette strumenti finanziari non partecipativi (cfr. art. 2543 c.c.).

Nel sistema *dualistico* l'organo di controllo è il *consiglio di sorveglianza*. Ad esso sono attribuiti gli stessi doveri che nel modello tradizionale competono al collegio sindacale, ma con una peculiarità: si tratta di un organo sovraordinato rispetto al consiglio di gestione dal momento che, come si è avuto modo di accennare (*supra*, cap. I, § 3.1.2.), nomina e revoca i suoi componenti⁸⁵. Nel sistema *monistico*, invece, l'organo di controllo non è separato da quello di gestione, bensì costituito al suo interno. Tale circostanza, tuttavia, «*non determina un minor rigore dell'attività di controllo, poiché la professionalità, l'indipendenza, i doveri e i poteri di tale comitato coincidono con quelli del collegio sindacale, e possono anzi essere integrati da codici di comportamento*»⁸⁶.

⁸⁴ v. G. COCCO, *Sub. art. 223*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 1258; G. CASAROLI, *Sub. art. 223*, in A. MAFFEI ALBERTI, op. cit., 1524; L. CONTI, *Reati in materia di società*, op. cit., 83. *Contra*, C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 271-2, il quale tiene comunque in considerazione la possibilità di fondare la responsabilità penale del direttore generale *di fatto* sul piano della preposizione institoria; M. PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957, 25 ss.

⁸⁵ v. sul punto M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 297.

⁸⁶ In questi termini v. *Relazione al D.lgs. n.6/2003*, § 6.II

Pur non potendosi escludere che fatti di bancarotta vengano realizzati direttamente dai componenti del collegio sindacale (come nel caso contemplato dall'art. 2386, ult. co., c.c., laddove per cessazione dell'amministratore unico o di tutti gli amministratori, ad essi viene demandata – in attesa delle nuove nomine – l'ordinaria gestione della società)⁸⁷, la punibilità dei sindaci, normalmente, viene affermata in relazione alla loro condotta omissiva concorrente con il fatto commissivo di reato posto in essere dagli *amministratori*⁸⁸ (mentre per la responsabilità omissiva del sindaco per il fatto commissivo del *collegio sindacale*, valgono *mutatis mutandis* le considerazioni già svolte per la responsabilità omissiva dell'amministratore componente del C.d.A.).

La posizione di garanzia dei sindaci trova il suo fondamento giuridico, anzitutto, nell'art. 2403, c.c., il quale, oltre a prevedere l'eventualità che il collegio eserciti il controllo contabile⁸⁹, impone al collegio medesimo di vigilare «sull'osservanza della legge e dello statuto» e «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo corretto funzionamento»: si tratta di un controllo che, più che coinvolgere le scelte economiche (che rientrano nella discrezionalità dell'organo amministrativo), deve verificare che la discrezionalità della scelta non sfoci in un vero e proprio arbitrio, o non si traduca in atti finalizzati a perseguire interessi personali dell'amministratore o di terzi, ovvero che l'operazione societaria, per l'alto rischio che comporta, possa esporre la società a gravi pregiudizi⁹⁰.

Altre disposizioni civilistiche dalle quali ricavare il contenuto della posizione di garanzia possono essere l'art. 2404, che prescrive il dovere del collegio di riunirsi

⁸⁷ C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 274; F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 1985, cit., 120.

⁸⁸ G. CASAROLI, *Sub. art. 223*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, cit., 1524. In tema v. anche A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 ss.

⁸⁹ Eventualità subordinata, ex art. 2409-bis II co. c.c., a previsione statutaria e limitata a società che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato e che non facciano ricorso al mercato del capitale di rischio.

⁹⁰ G. MAZZOTTA - A. D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali. Sindaci, revisori, autorità indipendenti*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2006, 337.

almeno ogni semestre e di redigere il verbale di tali riunioni; l'art. 2405, che stabilisce il dovere di assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo; l'art. 2407, che al co. II dispone la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori *«per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica»*, e richiama poi, al comma successivo, le azioni di responsabilità da parte della società e dei creditori sociali, con ciò espressamente stabilendo, per i sindaci, la responsabilità non solo per i danni derivati alla società ma anche per quelli conseguenti all'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità patrimoniale della società nei confronti dei creditori. Non meno importanti sono l'obbligo di indagare sui fatti denunziati dai soci e di tenerne conto nella relazione all'assemblea (art. 2408) e il dovere di redigere, appunto, la relazione all'assemblea sull'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri, nonché di fare osservazioni e proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione (art. 2429)⁹¹.

Per le società quotate i doveri dei sindaci sono ora indicati nell'art. 149 d.lgs. 58/1998 (T.u.f.), in termini che il legislatore ha cercato di rendere più aderenti alle dimensioni delle società in parola⁹².

Sulla natura del controllo di legalità in senso sostanziale esercitato dai sindaci, merita richiamare la sentenza della Cassazione che chiudeva la vicenda del Banco Ambrosiano⁹³. In questa sentenza si precisa che il controllo sindacale *«se non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali, neppure si esaurisce in una mera verifica formale, quasi a ridursi ad un riscontro contabile nell'ambito della documentazione messa a loro disposizione dagli amministratori, ma comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione, tant'è vero che la legge (...) li abilita a chiedere notizie sull'andamento delle operazioni, a ricevere denunce da parte dei soci su fatti censurabili nell'esercizio dell'impresa, e li obbliga a riferire*

⁹¹ Cfr. R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, op. cit., 33 ss.; F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 559; v. anche G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 274 ss.

⁹² Cfr. R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, op. cit., 34-5; A. ALESSANDRI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 88.

⁹³ Cass. pen., Sez. V, dep. 14 luglio 1998, in *Guida al diritto*, 1998, n. 33, 127.

nella relazione al bilancio sui concreti ed effettivi risultati dell'esercizio sociale». Conclude la sentenza, «non può, quindi, fondatamente contestarsi che l'ordinamento imponga loro di impedire che gli amministratori compiano atti contrari alla legge ed agli interessi della società e dei soci»⁹⁴.

È necessario ribadire, tuttavia, che il contenuto della posizione di garanzia è strettamente correlato ai poteri di agire che la legge attribuisce al “garante”, i quali costituiscono anche il limite della posizione medesima. Al riguardo si deve evidenziare che i sindaci, *uti singuli*, sono dotati di ampi poteri istruttori (artt. 2403-bis I e IV co., e 2405 c.c.), ma soltanto il collegio si pone come interlocutore istituzionale dell'organo amministrativo. La legittimazione ad impugnare, ad esempio, la delibera del consiglio che non sia presa «*in conformità della legge o dello statuto*» (ex art. 2388 c.c.), spetta esclusivamente all'organo di controllo in sé considerato⁹⁵, e peraltro, anche quando tale azione venga esercitata, come si è visto, sarà sempre necessario l'intervento di altri soggetti sui quali il preteso garante non ha alcuna possibilità di controllo.

I poteri individuali del sindaco sono *strumentali* alla fase valutativa del controllo collegiale⁹⁶, e secondo la dottrina che si è occupata del tema non hanno il carattere di poteri giuridici a contenuto impeditivo⁹⁷. Ovviamente, tale considerazione non può portare ad escludere che qualora il singolo sindaco, nel corso della sua attività ispettiva, abbia percepito dei segnali di pericolo e li abbia valutati come specifici fatti di reato, sia tenuto a riferire al collegio; tuttavia, può

⁹⁴ Più recentemente, in termini simili: Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, in *Giust. pen.*, 2012, 317; Cass. pen., Sez. V, 12 marzo 2010, n. 10186, in *Riv. pen.*, 2011, 461.

⁹⁵ Al pari dei casi di cui agli artt. 2377 e 2391 c.c., rispettivamente, per le deliberazioni dell'assemblea e per le deliberazioni assunte con voto determinante dell'amministratore in conflitto di interesse. E lo stesso vale nel caso di denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.

⁹⁶ Cfr. F. BONELLI, *I poteri individuali del sindaco*, in *Giur. comm.*, 1988, 521 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penali nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 161 ss.

⁹⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., 740-1; N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 166-7; P. FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1985, 48-9. *Contra*, sul presupposto che attraverso la segnalazione di situazioni anomale accertate, o sospetti di falsità negli schemi di bilancio preposti dagli amministratori, o violazione di regole giuridiche di corretta amministrazione, i sindaci possono portare allo scoperto fatti ed atti la cui conoscenza da parte di terzi è ostativa alla realizzazione degli illeciti, v. F. STELLA - D. PULITANO, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 562-3.

far dubitare del fatto che l'attività di intervento spettante al singolo componente dell'organo possa andare oltre l'adempimento di un mero obbligo informativo.

I rapporti tra doveri di controllo e di impedimento si riflettono necessariamente anche sulla problematica dell'elemento soggettivo necessario perché sussista la responsabilità penale del sindaco. Ricorrendo ai principi generali, si dovrebbe affermare che l'inadempimento *colposo* del dovere di controllo escluda a monte la configurabilità del dolo di omesso impedimento⁹⁸. Tuttavia, a tale soluzione – analogamente a quanto accade nel concorso mediante omissione degli amministratori – si oppone, in giurisprudenza, un apprezzamento del dato soggettivo in termini di un *dolo eventuale* che però si manifesta con ambigui connotati che lo fanno sovente “trasfigurare” secondo paradigmi che sono quelli propri della *colpa cosciente*: in particolare, talvolta si è dato rilievo, per affermare il dolo eventuale in capo ai sindaci, alla mancata effettuazione di determinate attività, alla generica prospettazione della possibilità di verifica di eventi illeciti, al mancato riconoscimento dei segnali d'allarme o profili d'illiceità, che l'esercizio dei loro doveri avrebbe consentito di cogliere⁹⁹. Nessuno di tali elementi indica però la presenza del nesso psicologico con l'evento che, invece, deve essere effettivamente rappresentato dall'agente, anche se non in termini di certezza, essendo in caso contrario esclusivamente configurabile la colpa¹⁰⁰.

Si deve rilevare, infine, che stante la particolare posizione giuridica dei sindaci, difficilmente potrà ipotizzarsi un esercizio *di fatto* delle relative funzioni in difetto di nomina; tuttavia, non è impensabile che si verificano casi in cui i sindaci siano operativi ma in virtù di una nomina viziata ovvero caducata. In siffatte ipotesi non

⁹⁸ v. G. COCCO, *Sub. art. 223*, in *Commentario breve*, op. cit., 1257.

⁹⁹ L'orientamento giurisprudenziale è denunciato da molti autori e iniziò con i noti *crack* delle banche del gruppo Sindona (Banca Unione e Banca Privata Finanziaria). Si veda A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit., 1162 ss.; G. MAZZOTTA - A. D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali*, cit., 339; Cass. pen., Sez. V, dep. 14 luglio 1998, in *Guida al diritto*, 1998, n. 33, 128.

¹⁰⁰ v. G. COCCO, *Sub. art. 223*, in *Commentario breve*, op. cit., 1258.

vi è ragione di escludere l'estensione ai sindaci della figura del soggetto di fatto, di cui si è già trattato a proposito degli amministratori¹⁰¹.

3.4. I liquidatori.

Verificatasi una causa di scioglimento della società (cfr. artt. 2272 e 2308 c.c. per la s.n.c., 2323 c.c. per la s.a.s., 2484 c.c. per le società di capitali, 2545-*duodecies* c.c. per le cooperative) agli amministratori subentrano i liquidatori, i quali sono nominati con il consenso di tutti i soci (art. 2275 c.c. per le società di persone) o dall'assemblea (salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo per le società di capitali e cooperative: art. 2487 c.c.) ovvero dal presidente del Tribunale in caso di disaccordo (art. 2275 c.c.) o di mancato raggiungimento dei *quorum* richiesti (art. 2487 c.c.). I liquidatori hanno gli stessi obblighi e responsabilità degli amministratori (art. 2276 c.c. per le società di persone, art. 2489 c.c. per le società di capitali e cooperative), ma con poteri finalizzati alla definizione dei rapporti che si ricollegano all'attività sociale (artt. 2278 c.c. e 2489): conversione in danaro dei beni, pagamento dei creditori, ripartizione fra i soci dell'eventuale residuo attivo¹⁰².

Ribadendone «*la posizione di garanzia analoga a quella dell'amministratore*», la Corte di Cassazione¹⁰³ ha decretato che il liquidatore (come l'amministratore) «*è penalmente responsabile delle condotte di tutti coloro che abbiano agito – in via di diritto o di fatto – per conto di un ente successivamente fallito in tutti i casi nei quali, pur essendone inconsapevole, non abbia fatto tutto quanto in sua possibilità per attuare una efficace vigilanza ed un rigoroso controllo, ovvero non si sia data un'organizzazione idonea non soltanto al raggiungimento degli scopi sociali, ma anche ad impedire che vengano posti in essere atti pregiudizievoli nei confronti dei soci, dei creditori e dei terzi*».

¹⁰¹ v. F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 1985, cit., 120; Cass. pen., Sez. V, dep. 22 maggio 1981, n. 4729, in *Riv. pen.*, 1981, 837. *Contra*, P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, 47; C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 273.

¹⁰² v. G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 158-336.

¹⁰³ Cass. pen., Sez. V, dep. 22 febbraio 2008, n. 8260, in *Riv. pen.*, 2009, 1180; Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2008, in *Giust. pen.*, 2009, 444.

Anche con riguardo alla figura del liquidatore di società, rispondono dei delitti di bancarotta non soltanto le persone munite di formale investitura ma altresì quelle che *di fatto* esercitano le relative funzioni, sia come correi che autonomamente¹⁰⁴.

4. Il concorso dell'*extraneus*.

Il concorso (dell'*intraneus*) mediante omissione, più volte preso in considerazione nei paragrafi che precedono, non esaurisce la tematica della partecipazione criminosa, ma ne costituisce soltanto una forma di estrinsecazione. Il discorso sul concorso di persone, pertanto, deve essere completato attraverso l'analisi di un'altra sua possibile configurazione: quella che si realizza, cioè, allorché a concorrere nel delitto sia un soggetto non qualificato.

Essendo la bancarotta societaria un reato proprio, per aversi responsabilità del concorrente deve ricorrere, anzitutto, l'attività tipica di almeno una persona che possieda la qualifica richiesta dalla norma¹⁰⁵; si richiede, in secondo luogo, che la condotta dell'*extraneus* abbia fornito un contributo casuale, o almeno agevolatore, alla realizzazione del fatto e, infine, che il concorrente abbia agito con la consapevolezza della qualifica del soggetto attivo primario¹⁰⁶ e con la coscienza e volontà di aderire al fatto del soggetto qualificato, senza che occorra, però, il previo accordo con questi¹⁰⁷.

Seguendo questo schema, potranno essere ritenuti colpevoli quali «estranei», di concorso in bancarotta fraudolenta impropria, i dipendenti della società, i terzi, gli stessi creditori sociali e i soci non investiti di cariche: si pensi alle direttive illegittime impartite sia attraverso i meccanismi societari (delibere assembleari a

¹⁰⁴ Cass. pen., Sez. V, dep. 22 maggio 1981, n. 4729, in *Riv. pen.*, 1981, 837.

¹⁰⁵ Con la precisazione che «*reato proprio*» non significa «*reato di mano propria*»: una bancarotta per distrazione può essere ordinata per telefono alla segretaria o via fax alla banca, ma resta irrilevante, ai fini della configurabilità del reato, il fatto che l'ordine sia eseguito da altri. V. sul punto U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, 213.

¹⁰⁶ A tal proposito però, vi è chi ritiene che in caso di bancarotta, la qualifica non determini il contenuto dell'illecito, ma serva solo a circoscrivere i suoi destinatari; pertanto, per l'esistenza del reato, non sarebbe necessario che il concorrente sappia che l'*intraneus* rivesta una determinata qualifica. Sul punto v. P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, cit., 163-4.

¹⁰⁷ Per questi principi generali cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 523 e 534-5. In giurisprudenza, con specifico riguardo al concorso in bancarotta fraudolenta, v. fra le tante: Cass. pen., Sez. V, 27 febbraio 1992, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 585.

contenuto delittuoso), sia attraverso intese parasociali o rapporti confidenziali con gli amministratori¹⁰⁸.

Nei casi in cui, invece, il fatto dell'*extraneus* costituirebbe ugualmente reato anche prescindendo dalla rilevanza di qualifiche soggettive (ad esempio un'appropriazione indebita in danno di una società di capitali), troverà applicazione l'art. 117 c.p. In tal caso «muta» il titolo di reato per la qualifica soggettiva di uno dei correi ed anche l'*extraneus* risponde del diverso titolo, nonostante lo stesso non fosse a conoscenza della citata qualifica soggettiva del compartecipe¹⁰⁹.

Ai principi in materia di «concorso dell'*extraneus* nel reato proprio» si dovrà ricorrere, infine, laddove si prenda in considerazione il fatto che nell'ambito della bancarotta *da reato societario*, la maggior parte delle disposizioni penali richiamate indicano quali soggetti attivi i soli amministratori (come, ad esempio, gli artt. 2626, 2627, 2628 e 2629 c.c.) o i soli liquidatori (art. 2633 c.c.). In questi casi, la responsabilizzazione di soggetti diversi non potrà prescindere dai principi anzidetti poiché il reato societario, pur entrando nell'orbita della bancarotta societaria, mantiene inalterata la sua identità e, quindi, anche la qualifica soggettiva che caratterizza il reato «*proprio*» entra, a pieno titolo, nel «*fatto*» al quale si richiama la disposizione fallimentare¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 276.

¹⁰⁹ R. BRICCHETTI - R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, cit., 11. Sul punto, comunque, è da notare che l'art. 117 c.p. delinea una forma di responsabilità oggettiva in quanto permette di accollare all'*extraneus* una responsabilità *a titolo di dolo* anche qualora un elemento del fatto (la qualifica dell'*intraneus*) non sia stato oggetto di rappresentazione. Pertanto, alla luce del principio di colpevolezza, e della nota sentenza della corte costituzionale n. 364/1988, tale responsabilità va ora rimodellata come *responsabilità per colpa*, nel senso che si configura solo a condizione che la mancata rappresentazione della qualifica soggettiva sia stata determinata (almeno) da colpa. In tema, v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2017, 498.

¹¹⁰ R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, in *Quaderni del consiglio superiore della magistratura*, Roma, 2004, 975; A. LANZI, *La «nuova» bancarotta societaria*, in *Fall.*, n.8, 2002, 813.

5. L'oggettività giuridica del reato.

L'oggettività giuridica dei reati di bancarotta, secondo la dottrina penalistica dominante¹¹¹, è chiaramente di stampo patrimoniale. Deve subito evidenziarsi, però, che una peculiarità propria di questi illeciti penali contro il patrimonio, che permette di caratterizzarli rispetto alle comuni figure delittuose di cui al Titolo XIII, Libro II, cod. pen., è quella per cui mentre in queste ultime, normalmente, l'oggetto materiale su cui incidono le condotte criminose si trova nel patrimonio di altre persone¹¹², nei primi, invece, si trova nel patrimonio dell'imprenditore fallito (individuale o collettivo), la cui integrità il legislatore intende salvaguardare a beneficio dei creditori, attesa la funzione di garanzia che lo stesso svolge *ex art.* 2740 c.c.

L'interesse offeso dalle varie figure di bancarotta è, dunque (seppur con definizioni in parte diverse)¹¹³, un interesse *patrimoniale* dei creditori del fallito e segnatamente: per quanto attiene ai fatti di bancarotta fraudolenta *patrimoniale*, l'interesse alla conservazione della garanzia generica rappresentata dal patrimonio dell'imprenditore fallito, in vista del massimo soddisfacimento del credito; per quanto concerne i fatti di bancarotta fraudolenta *documentale*, l'interesse alla trasparenza del patrimonio residuo e del movimento degli affari del debitore, indispensabile per individuare i beni suscettibili di realizzo e per ricostruire l'attivo mediante la selezione degli atti inefficaci o revocabili; per quanto riguarda la bancarotta *preferenziale*, l'interesse ad un trattamento paritetico in caso di

¹¹¹ Per tutti v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 3 ss.; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit. 91 ss.; G. L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 332 ss.

¹¹² L'"altruità" è prevista come attributo della «cosa» nella quasi totalità dei delitti di aggressione unilaterale: artt. 624, 624 bis, 626, 628, 631, 633, 635, 635 bis, 635 quater, 636, 637, 646. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2014, 28.

¹¹³ Vi sono autori che ravvisano l'oggetto della tutela penale nel *diritto* di garanzia che i creditori vantano sul patrimonio del debitore; altri lo identificano nel *diritto* dei creditori alla egualitaria distribuzione dei beni dell'imprenditore fallito; altri ancora ritengono che la bancarotta offenda, più in generale, il *diritto* di credito. Su tutto ciò, v. A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit. 25.

insolvenza o, in altri termini, alla distribuzione dell'attivo secondo i principi della *c.d. par condicio creditorum*¹¹⁴.

Non mancano tuttavia di autorevoli sostenitori le tesi che individuano una diversa oggettività giuridica nell'ambito dei delitti in esame: vi è stato chi ha ricondotto la bancarotta ai delitti contro la *pubblica economia*, posta in particolare a tutela dell'ordinato esercizio del commercio¹¹⁵; altra tesi ha assegnato alla bancarotta un'oggettività giuridica *processuale*, annoverandola tra i reati contro l'amministrazione della giustizia¹¹⁶; ulteriore concezione, poi, è quella che, prendendo le mosse dalla lesività di una pluralità di interessi, parla della bancarotta come di un reato *plurioffensivo*¹¹⁷.

Sebbene tali orientamenti racchiudano tutti un'anima di verità, soltanto la caratterizzazione del bene giuridico in termini patrimoniali garantisce esigenze di razionalità sistematica e di rispetto del principio di offensività¹¹⁸. L'interesse

¹¹⁴ L'oggetto della tutela nella bancarotta preferenziale rappresenta una specificazione dell'oggettività giuridica di base della bancarotta come categoria delittuosa: siamo sempre nell'ambito di una tutela penale patrimoniale delle ragioni creditorie (cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 116 ss.; M. DONINI, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma 3, l. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti "esterni" alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo "interno"*, in *St. iur.*, 1999, 139 ss.). Tuttavia bisogna sottolineare che si tratta di un reato distinto ed autonomo rispetto alle altre forme di bancarotta fraudolenta, avente un'offensività diversa e minore, come emerge anche dal ridotto trattamento sanzionatorio. Infatti, con la condotta sanzionata dall'art. 216, co. III, l. fall., la consistenza patrimoniale complessiva del debitore non viene intaccata poiché il decremento dell'attivo è compensato dall'estinzione – seppure illecitamente preferenziale – di una passività (cfr. Cass. pen., Sez. V, ud. 18 maggio 2006, n. 23730, in *Cass. pen.*, 2007, IV, 3256; G. COCCO, *Sub. art. 216 l. fall.*, parte IV, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 1193).

¹¹⁵ Cfr. A. PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, II, 519; si veda inoltre P. MANGANO, *Impresa e bene giuridico nei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, II, 419, il quale accoglie la medesima tesi per giungere alla conclusione che l'oggetto specifico di tutela dei reati fallimentari è *l'impresa* da intendersi come "attività produttiva".

¹¹⁶ Cfr. P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 24 ss., secondo cui le figure di reato afferenti al fallimento e alle altre procedure concorsuali, globalmente considerate, sarebbero costituite da fatti che, direttamente o indirettamente, tendono a frustrare le finalità perseguite dalla legge fallimentare. In quest'ottica, la tutela penale al diritto di credito si dovrebbe riferire non al singolo credito individuale bensì all'interesse (pubblicistico) al massimo soddisfacimento di tutti i creditori secondo i criteri della *par condicio*. A questo presupposto si riannoda la tesi secondo la quale l'interesse giuridico immediatamente leso è un interesse pubblicistico-processuale. E poiché un siffatto interesse può entrare in gioco soltanto quando esista quell'inevitabile presupposto che è l'insolvenza, l'autore non ha esitato a concludere che la bancarotta prefallimentare in tanto sussiste in quanto i fatti che la integrano siano commessi nello stato di insolvenza. Con esso avrebbe inizio quella che è stata chiamata la *zona del rischio penale*.

¹¹⁷ v. A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit. 30 ss.

¹¹⁸ v. G. L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, op. cit., 331.

patrimoniale dei creditori rappresenta l'obiettivo costante e imprescindibile dei fatti di bancarotta: non è pensabile il delitto se non in pregiudizio dei creditori. Gli interessi di altro tipo, riconducibili alla pubblica economia o all'amministrazione della giustizia, potranno ricevere tutt'al più una tutela riflessa o strumentale poiché rimarranno in secondo piano, non essendo essenziali alla caratterizzazione del reato¹¹⁹. Significativamente, ed a sostegno della soluzione accolta dalla dottrina prevalente, l'art. 219 l. fall. prevede la rilevante gravità ovvero la speciale tenuità del danno *patrimoniale* cagionato dai fatti di bancarotta quali circostanze speciali, rispettivamente aggravante ed attenuante, così ricalcando l'aggravante comune di cui all'art. 61, n.7, c.p. e l'attenuante comune di cui all'art. 62, n.4, c.p., le quali sono dettate per i delitti contro il patrimonio¹²⁰.

Ciò detto, è possibile concludere che i creditori sono i soggetti passivi del reato, fermo restando che la bancarotta non offende interessi patrimoniali individuali, isolatamente considerati, bensì i creditori come categoria¹²¹. Di conseguenza non può considerarsi operativa nei confronti della bancarotta l'esimente del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), che presuppone la disponibilità dell'interesse leso da parte di un soggetto passivo esclusivo¹²².

Le considerazioni svolte fin qui, naturalmente, sono valide anche per i fatti incriminati *ex art. 223 l. fall.* a titolo di bancarotta fraudolenta impropria, e in

¹¹⁹ secondo I. SCALERA, *La bancarotta fallimentare*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2001, 40, ai fini della ricostruzione dogmatica della fattispecie penale conta solo l'individuazione dell'interesse nella cui tutela si realizza la ragione *essenziale* dell'incriminazione. L'economia pubblica e l'amministrazione della giustizia sono beni giuridici solo indirettamente interessati dal fatto di bancarotta, onde la loro tutela fuoriesce dall'ambito dello scopo diretto e immediato della norma.

¹²⁰ v. C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 104; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, op. cit., 1-2.

¹²¹ In giurisprudenza talvolta, il *singolo* creditore è stato preso in considerazione quale *parte offesa* in riferimento ai temi del diritto alla notifica della richiesta di archiviazione prevista dall'art. 408, co. II, c.p.p. (Cass. pen., Sez. V, ud. 3 ottobre 2003, n. 45713, in www.iusexplorer.it) e a quello della nullità della sentenza di non luogo a procedere per omesso avviso al medesimo creditore dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (Cass. pen., Sez. V, ud. 18 dicembre 2008, n. 2513, in *Cass. pen.*, 2009, VI, 4881).

¹²² Cfr. C. PEDRAZZI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 105, il quale però ritiene che, con riguardo alla figura della bancarotta preferenziale, la scriminante trovi applicazione sul presupposto che «*la par condicio va(da) intesa non tanto come un interesse collettivo della massa dei creditori, quanto come una prerogativa del singolo creditore, il quale può validamente consentire a decurtazioni rateazioni e postergazioni*» (p. 155). In tema v. anche R. BRICCHETTI, *Sub. art. 216 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), cit., 1883.

particolare: con riguardo al primo comma, il richiamo puro e semplice all'art. 216 l. fall. non consente di attribuire alle ipotesi ivi contemplate una differente oggettività giuridica, sicché le fattispecie di bancarotta impropria patrimoniale, documentale e preferenziale rimangono poste a tutela del patrimonio sociale, nella triplice accezione di garanzia patrimoniale dei creditori, ostensibilità del patrimonio e *par condicio creditorum*¹²³; con riferimento al secondo comma, le due forme di bancarotta in esso previste debbono intendersi in un'ottica patrimonialistica, come lesive degli interessi dei creditori sociali, atteso che l'evento al quale sono causalmente collegate le condotte, ossia il «dissesto» nel n.1 ed il «fallimento» nel n. 2 – che però deve qui intendersi nella sua accezione sostanziale di «dissesto» e non nel senso formale di «sentenza dichiarativa di fallimento», come si dirà oltre (*supra*, cap. I, § 5.2) – non può che coincidere con una lesione della garanzia patrimoniale dei creditori¹²⁴.

5.1. La controversa oggettività giuridica della previgente bancarotta *da reato societario*.

Prima della riforma, il problema dell'individuazione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 223 cpv. n.1, l. fall. non era di agevole soluzione. La disposizione previgente prevedeva che agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci ed ai liquidatori di società dichiarate fallite si applicasse la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 qualora avessero commesso «*alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 2621, 2622, 2623, 2628, 2630, comma primo, del codice civile*».

La ricognizione dei beni giuridici tutelati dalle singole disposizioni penali societarie rappresentava un passaggio obbligato al fine di verificare la compatibilità dell'innesto nella norma fallimentare, finalizzata a tutelare, come si è detto, gli interessi patrimoniali dei creditori. A tal proposito, le critiche più ricorrenti rivolte

¹²³ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 291; C. MARINI, *La bancarotta fraudolenta "impropria"*, in AA. VV., *Reati in materia economica*, A. ALESSANDRI (a cura di), Torino, 2012, 401.

¹²⁴ In merito alla concezione patrimoniale delle fattispecie di bancarotta fraudolenta proprie dell'imprenditore collettivo v. U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., 344 e 350.

alla fattispecie di bancarotta *da reato societario*¹²⁵ si addensavano sull'inclusione nell'articolo 223, co. II, n.1, di disposizioni penali societarie disomogenee rispetto alla lesività del reato fallimentare e sull'esclusione, viceversa, di disposizioni riconducibili alla tutela del patrimonio della società¹²⁶ o comunque dell'integrità del suo capitale¹²⁷, ovvero espressive di una protezione specifica ed esclusiva delle ragioni creditorie¹²⁸. In particolare, i reati richiamati di cui si evidenziava la scarsa omogeneità di tutela erano: la divulgazione di notizie sociali riservate di cui all'art. 2622 c.c., che si sostanziava in una forma di infedeltà nei confronti della società; l'aggiotaggio societario di cui all'art. 2628 c.c., che realizzava una sorta di turbativa dei mercati azionari e ledeva quindi la pubblica economia; l'impedimento del controllo della gestione sociale di cui all'art. 2623, n.3, c.c., e l'illecita influenza sulla formazione della maggioranza assembleare di cui all'art. 2630, co. I, n. 3, entrambi lesivi del regolare funzionamento dell'organizzazione societaria¹²⁹.

A ciò si aggiunga che, sulla scorta dell'interpretazione dominante, si riteneva che non fosse richiesto né un nesso oggettivo né un nesso soggettivo fra la commissione del reato societario ed il fallimento: il dissesto, infatti, non era un «evento» collegato causalmente con il fatto societario, ma era un qualcosa che si poteva anche verificare a molti anni di distanza e per cause del tutto sganciate da

¹²⁵ Per tutti v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 304 ss.; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 212; A. PERINI, in A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, 304.

¹²⁶ L'art. 2624, co. I, c.c., mirava a reprimere penalmente qualunque operazione eseguita col denaro o con la garanzia della società da parte dei titolari del potere di amministrazione o di controllo, a loro personale vantaggio; l'art. 2631, co. II, c.c., contemplava il manifestarsi di un pregiudizio per la società a seguito della delibera o dell'operazione cui l'amministratore avesse partecipato in situazione di conflitto di interessi, punendo quest'ultimo con la reclusione fino a tre anni.

¹²⁷ L'art. 2629, c.c., incriminava la valutazione esagerata dei conferimenti e degli acquisti della società. La *ratio* della fattispecie era quella di reprimere penalmente i cosiddetti fenomeni di «annacquamento» del capitale, a tutela della funzione di garanzia di quest'ultimo verso i creditori sociali.

¹²⁸ L'art. 2625, c.c., puniva i liquidatori di società che procedessero alla ripartizione dell'attivo sociale fra i soci prima che fossero pagati i creditori o accantonate le somme necessarie per pagarli.

¹²⁹ L'elencazione dei reati societari di cui al co. II, n.1 dell'art. 223 l. fall. coincideva con quella dell'art. 2640 c.c. Segno, ad avviso di C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 305, di un «*trapianto maldestro*», poiché «*l'ottica è completamente diversa: l'art. 2640 dispone un consistente aggravamento di pena per l'ipotesi che dai fatti previsti negli articoli richiamati derivi all'impresa un danno di gravità rilevante. La ratio è dunque quella di una tutela rafforzata della società e non quella di una tutela dei creditori sociali, la sola che meritava attenzione nell'economia della legge fallimentare*».

esso¹³⁰, sicché, in sostanza, si giungeva ad affermare che il bene giuridico tutelato dall'art. 223 cpv. n.1, l. fall., era lo stesso dei reati societari richiamati. Per converso, solo cercando di collegare in qualche modo (o eziologicamente, o cronologicamente o quantomeno soggettivamente) la realizzazione dell'illecito societario con il dissesto avrebbe potuto emergere l'interesse patrimoniale dei creditori, vale a dire il bene giuridico tutelato dalle ipotesi di bancarotta fraudolenta¹³¹.

Questa situazione portò la dottrina più accreditata a considerare la fattispecie in esame come un reato di "*pericolo presunto*" poiché, prescindendosi da qualunque verifica di incidenza concreta, presunta era l'offesa al bene giuridico tipicamente tutelato dalle disposizioni sulla bancarotta¹³². Come si può intuire, il meccanismo normativo implicava seri problemi sotto il profilo della congruità della pena edittale, dal momento che una simile anticipazione dell'intervento punitivo (al livello, cioè, del *pericolo astratto*) rendeva incompatibile con un metro di ragionevolezza il severo inasprimento sanzionatorio ricollegato all'evento fallimentare (soprattutto per quelle figure delittuose che non presentavano alcuna affinità di contenuto offensivo con la bancarotta)¹³³.

Le anzidette questioni, oggi, paiono tutto sommato superate. Invero, il nuovo catalogo di reati societari richiamati dal n. 1 (tutti potenzialmente lesivi degli interessi dei creditori), ed il richiesto nesso causale fra questi e il dissesto porta a ritenere che il delitto debba ritenersi non più di pericolo bensì *di danno*, e che il bene tutelato sia certamente quello della bancarotta. È chiaro infatti che non è più il reato societario di per sé ad esaurire l'offensività della fattispecie, poiché il dissesto rappresenta l'evento del reato in cui si sostanzia buona parte del disvalore del fatto. Insomma, se il *reato societario* «cagionante» pare attenere maggiormente

¹³⁰ v. N. MAZZACUVA, *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso tra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, II, 660 ss.

¹³¹ Cfr. R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 943.

¹³² v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 308-9; G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose ex art. 223 cpv. n.2 l. fall. nelle operazioni «intercompany»*, in *Fall.*, 2000, 55.

¹³³ Cfr. R. BRICCHETTI, *id.*, 943; C. PEDRAZZI, *id.*, 309.

al disvalore della condotta, l'evento dissesto «cagionato» integra il disvalore del risultato della nostra fattispecie. Per questo motivo è chiaro il suo stretto rapporto col bene giuridico tutelato¹³⁴.

5.2. L'individuazione dell'evento offensivo.

Individuata, secondo l'opinione prevalente, l'oggettività giuridica, la problematica del contenuto lesivo della bancarotta diventa quella di stabilire se l'*offesa* all'interesse patrimoniale dei creditori venga in considerazione nella norma incriminatrice allo stadio del danno effettivo oppure sia anticipata alla messa in pericolo¹³⁵. Siffatta indagine è imposta dal principio costituzionale di offensività e implica che il giudice, all'interno del limite rappresentato dalla lettera della legge, debba ricostruire il reato come una specifica forma di *offesa* (i.e. di danno o di pericolo) *al bene giuridico*, espellendo dal tipo legale i *comportamenti inoffensivi*¹³⁶.

Nell'ambito delle ipotesi, per così dire, “comuni” di bancarotta, contemplate dagli artt. 216 e 223 co. I, l. fall., l'offesa è, secondo l'orientamento dominante, cristallizzata alla fase del *pericolo concreto*¹³⁷.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale è intesa come reato di pericolo nel senso che non si ritiene necessario che il fatto depauperatorio (distrazione, occultamento, dissipazione, ecc.) abbia determinato il dissesto dell'impresa realizzando così un

¹³⁴ Cfr. A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D. lgs. 61/02*, in *I reati societari*, A. LANZI – A. CADOPPI (a cura di), op. cit., 381; R. BRICCHETTI, *id.*, 955.

¹³⁵ Si tratta di due diversi gradi dell'offesa: la lesione (o danno) esprime la distruzione, l'alterazione in peggio, la diminuzione di valore, ecc. dell'entità in cui si concretizza il bene giuridico; il pericolo esprime invece la probabilità della lesione o, in altri termini, un danno solo potenziale. Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 239.

¹³⁶ Più ampiamente, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Id.*, 237; v. anche M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.4/2013, 4 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 313 ss.

¹³⁷ Nonostante il silenzio normativo sulla derivazione causale del fallimento e il mancato riscontro, nella fattispecie legale, di una «zona di rischio penale» segnata dall'insolvenza, inducono all'affermazione di una offensività *concreta* sia il livello sanzionatorio (che mal si concilierebbe con un reato di pericolo presunto), sia la considerazione degli interessi in gioco e della natura di *extrema ratio* della tutela penale che fanno sì che la tutela stessa operi soltanto nei limiti della necessità concreta; cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 12. Nel quadro di una ricostruzione della bancarotta come reato con evento di danno, v. G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 67 ss.

effettivo e definitivo pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente che l'integrità della garanzia patrimoniale sia stata (concretamente) esposta al rischio del possibile danno¹³⁸.

La bancarotta fraudolenta documentale c.d. "specificata" (distruzione, sottrazione e falsificazione delle scritture contabili) è un reato di pericolo che sussiste anche se l'azione non consegue lo scopo (di arrecare un pregiudizio ai creditori o di procurare un ingiusto profitto, costruito come dolo specifico)¹³⁹; lo stesso è a dirsi per la bancarotta fraudolenta documentale c.d. "generale" (tenuta delle scritture contabili in modo da impedire la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari), la quale sussiste anche se «con difficoltà superabili solo con particolare diligenza» sia possibile operare *aliunde* la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari¹⁴⁰.

Con riguardo alla caratterizzazione offensiva della bancarotta preferenziale, ad onor del vero, in dottrina si registrano maggiori diversità di vedute: da un lato, vi è chi ritiene si tratti di un reato di danno, ove si reputa necessario che alla condotta (esecuzione di pagamenti o simulazione di titoli di prelazione) consegua il mancato soddisfacimento anche solo parziale dei creditori e, in particolare, dei creditori di grado superiore rispetto al grado del creditore favorito¹⁴¹; dall'altro lato, vi è chi

¹³⁸ Cfr. C. MARINI, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Reati in materia economica*, A. ALESSANDRI (a cura di), cit., 312; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, op. cit., 47 ss.; G. SOANA, *I reati fallimentari*, Milano, 2012, 97; in giurisprudenza, (ormai costante e pacifica) v. Cass. pen., Sez. V, ud. 23 settembre 2010, n. 39635, in *Cass. pen.*, 2011, 2773: «Il recupero del bene distratto non spiega alcun rilievo sulla sussistenza dell'elemento materiale del reato di bancarotta, il quale – perfezionandosi già al momento del distacco del bene dal patrimonio del debitore – viene a giuridica esistenza con la dichiarazione di fallimento, mentre il recupero della res rappresenta solo un posterius avendo il legislatore inteso colpire la manovra diretta alla sottrazione, con la conseguenza che è tutelata anche la mera possibilità di danno per i creditori».

¹³⁹ Ad es. perché i dati sono ricavabili da altre fonti. Cfr. G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 172; Cass. pen., Sez. V, ud. 17 dicembre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, 691.

¹⁴⁰ Cfr. G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 173; Cass. pen., Sez. V, ud. 19 aprile 2010, n. 21588, in *Cass. pen.*, 2011, 1549; Cass. pen., Sez. V, ud. 18 maggio 2005, n. 24333, in *Cass. pen.*, 2007, 755.

¹⁴¹ Cfr. G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, cit., 93; P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 241 ss.; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 98.

considera sufficiente che il debitore, con le sue condotte, abbia anche solo messo in pericolo la parità di trattamento fra i titolari del diritto di credito¹⁴².

Venendo alle ipotesi che, invece, sono qui state definite “esclusive” dell’imprenditore collettivo, previste dal secondo comma dell’art. 223 l. fall., il disvalore dei fatti ivi contemplati si annida indubbiamente in un vero e proprio danno alle ragioni creditorie: tanto nella riformata bancarotta *da reato societario*, come detto pocanzi, ove al fatto di cui alle disposizioni penali societarie consegue il «dissesto» della società; quanto nella forma che il delitto assume nel caso di cui al n. 2 della disposizione fallimentare¹⁴³. Quest’ultima, infatti, contempla due diverse condotte causalmente collegate allo stesso evento consumativo, e cioè la causazione preordinata del fallimento «*con dolo*», e la realizzazione delle «operazioni dolose» per effetto delle quali sia derivato il fallimento medesimo.

Una precisazione, a questo punto, si rende doverosa: il fatto che il legislatore utilizzi, nell’ambito delle fattispecie contemplate dal cpv. dell’art. 223 l. fall., una terminologia diversa per individuare gli eventi materiali dei fatti incriminati, non deve trarre in inganno, per lo meno non in questa sede, dal momento che dal punto di vista del significato offensivo le due ipotesi non si differenziano: «*cagionare il fallimento*» significa porre le premesse del fallimento, provocare il fenomeno dell’insolvenza (o del dissesto) del quale il fallimento costituisce il doveroso sbocco¹⁴⁴ e, pertanto, è in questo presupposto sostanziale che deve essere individuato il pregiudizio alle ragioni creditorie. Vero è che il fallimento può essere causato anche solo simulando uno stato di insolvenza in realtà inesistente, ma un

¹⁴² Cfr. Trib. Lecce, 30 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, II, c. 653, ove si è ritenuto irrilevante ai fini della configurazione del reato che il bene sia stato poi recuperato o sia recuperabile con l’esercizio dell’azione revocatoria. In dottrina cfr. V. DESTITO, *La bancarotta preferenziale propria prefallimentare*, in C. SANTORIELLO (a cura di), *La disciplina penale dell’economia. Società, fallimento, finanza*, Torino, 2008, 326; C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 124-5, secondo il quale sarebbe lo scopo specifico di favoreggiamento richiesto dalla norma a deporre per l’anticipazione dell’intervento punitivo al momento del pericolo, rendendo così punibile anche il pagamento *potenzialmente* preferenziale (a condizione, ovviamente, che poi segua il fallimento).

¹⁴³ Cfr. G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., 58; C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 316.

¹⁴⁴ Così C. PEDRAZZI, *Id.*, 315. V. inoltre A. D’AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 176 ss.; R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), cit., 2210; G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 303; G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *Ind. pen.*, 1978, 423.

fallimento basato su una situazione aziendale artefatta può ritenersi comunque lesivo dell'interesse dei creditori della società¹⁴⁵.

L'evento *giuridico*¹⁴⁶ dei reati è sempre un "disvalore"; il fallimento è un rimedio (procedimentale) di un ordinamento, dunque un "valore". Tale rimedio *di per sé* non può perciò stesso integrare il "disvalore" dell'evento. «*Il fallimento, quale dato positivizzato dalla legge, è in realtà la "spia" dell'evento tipico dei reati fallimentari. Quest'ultimo consiste nell'effetto finanziario, patrimoniale e/o economico che ha rappresentato il danno per i creditori e che consegue alla perdita o alla diminuzione della garanzia patrimoniale (che hanno condotto al fallimento)*»¹⁴⁷.

Ciò detto, si deve comunque dare atto dell'impossibilità di disconoscere una ragion d'essere alla differenza lessicale di cui si è parlato, poiché non vi è dubbio che il *fallimento* e il *dissesto* rappresentino due situazioni fra di loro eterogenee. Come si avrà modo di vedere (*infra*, cap. III, § 3.1), la diversità concettuale dei due termini incide, secondo una certa ricostruzione, sulla rilevanza penale delle condotte che abbiano solo aggravato un dissesto già esistente.

6. Il ruolo della sentenza di fallimento nell'economia del reato.

Nel nostro ordinamento la repressione della bancarotta è indissolubilmente legata alla dichiarazione di fallimento¹⁴⁸, ossia all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza dell'imprenditore (individuale o collettivo) commerciale, non piccolo e di natura privata. Tale stato, *ex art. 5, co. II, l. fall.*, «*si manifesta con*

¹⁴⁵ Si pensi al caso di simulazione di uno stato di insolvenza al solo scopo di servirsi del fallimento per sbarazzarsi dei creditori, anche eventualmente attraverso un concordato vantaggioso per la società, raggiungendo il profitto, o l'ulteriore profitto, di acquistare o fare acquistare i beni inventariati a prezzo vile da persone concorrenti nel fatto. Su tutto ciò Cfr. C. PEDRAZZI, *Id.*, 315 (v. anche nota 2).

¹⁴⁶ Sulla distinzione tra evento *giuridico* (il quale si concreta nell'offesa all'interesse protetto dal diritto) ed evento *naturalistico* (il quale si concreta nell'effetto naturale della condotta umana rilevante per il diritto) v. L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 99 ss.

¹⁴⁷ In questi termini A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, 20.

¹⁴⁸ Ad essa è equiparata, ai fini della bancarotta, la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza nelle procedure di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria.

inadempimenti od altri fatti esteriori i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

Il legislatore distingue i fatti di bancarotta a seconda del momento di realizzazione della condotta tipica, differenziando i comportamenti posti in essere prima della dichiarazione di fallimento (c.d. bancarotta pre-fallimentare) dalle ipotesi criminose situate in un frangente successivo all'apertura della procedura concorsuale (c.d. bancarotta post-fallimentare)¹⁴⁹.

Al primo gruppo, limitando l'attenzione alle ipotesi di bancarotta fraudolenta, sono riconducibili le fattispecie criminose disciplinate dagli artt. 216 co. I, n. 1 e 2 e co. III, l. fall. (bancarotta patrimoniale, documentale e preferenziale), le figure di bancarotta poste in essere in ambito societario, in forza del generico rinvio contenuto nell'art. 223, co. I, l. fall., nonché quelle di cui al successivo co. II, dal momento che, in questo caso, le condotte tipizzate dal legislatore sono eziologicamente legate al dissesto e/o al fallimento della società e, quindi, non possono che collocarsi temporalmente nella fase che precede l'apertura della procedura fallimentare.

Al secondo gruppo di ipotesi appartengono, invece, i fatti di bancarotta fraudolenta – “propria” e “impropria” – patrimoniale, documentale e preferenziale realizzati dopo il fallimento dell'imprenditore – individuale o collettivo – (artt. 216, co. II e III, e 223 co. I, l. fall.).

Il rapporto cronologico tra i fatti di bancarotta e la dichiarazione di fallimento incide sulla funzione giuridico-penale di quest'ultima e sul suo inquadramento nelle categorie di parte generale, con importanti effetti applicativi. Da qui, l'importanza dell'individuazione del ruolo che il provvedimento fallimentare assume nelle varie fattispecie criminose; aspetto, questo, che costituisce uno dei nodi problematici maggiormente discussi nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

Nell'ambito delle ipotesi di bancarotta post-fallimentare, in realtà, non sorgono particolari questioni interpretative poiché dottrina e giurisprudenza concordano nel

¹⁴⁹ Vale precisare che la distinzione opera per la sola bancarotta fraudolenta. La bancarotta semplice, infatti, benché richieda ai fini della punibilità la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, include tutti fatti posti al di qua dell'apertura della procedura concorsuale e, dunque, contempla ipotesi esclusivamente pre-fallimentari.

ritenere che la declaratoria di fallimento costituisca un elemento del “fatto”, e segnatamente un *presupposto della condotta*, vale a dire una situazione fattuale, ovvero (nel nostro caso), di diritto che deve preesistere alla stessa. In tali contesti, quindi, il momento consumativo dei delitti sarà da individuare nel tempo e nel luogo in cui i fatti tipici vengono realizzati¹⁵⁰.

Al contrario, delicati problemi ermeneutici sorgono in relazione alle ipotesi di bancarotta pre-fallimentare e, in particolare, nelle ipotesi “comuni” di bancarotta disciplinate dagli artt. 216 e 223, co. I, l. fall., poiché in questi casi, a differenza del summenzionato art. 223 co. II, il legislatore non sembra richiedere, ai fini dell’integrazione del reato, uno stringente nesso eziologico tra la condotta dell’agente e il fallimento o comunque il dissesto dell’attività imprenditoriale: invero, l’art. 216 stabilisce che «è punito (...) se è dichiarato fallito, l’imprenditore che, ecc.», e l’art. 223, co. I, dispone che «si applicano le pene (...) agli amministratori, ecc., di società dichiarate fallite, ecc.».

In tema, non potendosi qui ripercorrere in modo dettagliato il dibattito che si registra da anni sulla qualificazione giuridica del provvedimento giurisdizionale dichiarativo di fallimento, ci si limiterà a dire che, allo stato, la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁵¹ pare avere finalmente condiviso l’orientamento della dottrina largamente maggioritaria¹⁵², ad avviso della quale la

¹⁵⁰ Cfr. R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, op. cit., 261; G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 60; A. PATTI, *La sentenza dichiarativa di fallimento e i reati fallimentari*, in *Fall.*, n.10/2002, 1040; C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell’impresa*, op. cit., 149; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, op. cit., 46; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell’impresa*, op. cit., 21; Cass. pen., Sez. V, ud. 15 dicembre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, 1165. La questione più dibattuta che sorge a tal proposito riguarda piuttosto il contenuto dell’elemento soggettivo del reato, in quanto, essendo la sentenza di fallimento un presupposto dello stesso, ci si chiede se essa debba rientrare o meno nell’oggetto del dolo. La risposta sarà positiva per coloro che ritengono che la declaratoria assolva ad un qualche ruolo nella definizione della lesione scaturente dalla bancarotta, mentre, al contrario, sarà negativa per chi ne disconosce qualsiasi portata di disvalore. Su tutto ciò v. A. PERINI, in A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 64 ss.

¹⁵¹ v. Cass. pen., Sez. V, ud. 8 febbraio 2017, n. 13910, in *Cass. pen.*, 2017, f.6, 2197 ss., con nota di A. GHIBELLI, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta pre-fallimentare: l’atteso revirement della cassazione*.

¹⁵² Per tutti, v. C. PEDRAZZI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell’impresa*, op. cit., 108; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 118 ss.; più recentemente F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d’evento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, f. 4, 443 ss.; F. D’ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: La*

dichiarazione di insolvenza deve qualificarsi come *condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità*, secondo la nozione ricavabile dall'art. 44, c.p.: «quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto».

Le condizioni obiettive di punibilità consistono in accadimenti, concomitanti o futuri e incerti, menzionati in una norma incriminatrice, che non contribuiscono in alcun modo a descrivere l'offesa al bene giuridico tutelato dalla stessa, ma esprimono solo valutazioni di opportunità in ordine all'inflizione della pena¹⁵³ (ciò spiega perché, ex art. 44 c.p., tali accadimenti siano del tutto estranei all'oggetto del dolo). In quest'ottica, e coerentemente con quanto detto in tema di evento offensivo della bancarotta, la dichiarazione di fallimento costituirebbe soltanto la ragione che fonda l'opportunità di punire le condotte distrattive, dissimulative, falsificatrici, ecc., ossia comportamenti che appaiono già *di per sé* illeciti e carichi di disvalore¹⁵⁴. Tale opportunità deve rinvenirsi nel fatto che «un diffuso sindacato penalistico potrebbe portare al tracollo un'impresa ancora in vita, con esiti negativi per l'economia e per gli stessi creditori». Per contro, «ogni remora viene meno quando il fallimento registra il decesso dell'organismo produttivo»¹⁵⁵ e, dunque, l'irreversibilità della crisi.

La suddetta ricostruzione interpretativa è l'unica rispettosa della volontà del legislatore¹⁵⁶ e, se accompagnata da una configurazione dei delitti in esame alla stregua di reati di pericolo concreto, essa soltanto si pone in coerenza con la carta costituzionale¹⁵⁷.

suprema corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.3/2013, 356 ss.

¹⁵³ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 426.

¹⁵⁴ Peraltro, tali comportamenti, assunti in ambito societario, acquistano un'ulteriore valenza negativa in quanto denotano di per sé un'anomala gestione dei beni dell'impresa societaria, beni comunque non degli autori qualificati, che rispetto ad essi hanno precisi obblighi di fedeltà e di correttezza gestoria nei confronti dell'ente che di quei beni è il titolare effettivo. Cfr. F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.4/2015, 395.

¹⁵⁵ v. C. PEDRAZZI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 108.

¹⁵⁶ Cfr. *Relazione al R. Decreto 16 marzo 1942*, n. 267, n. 48.

¹⁵⁷ Una volta realizzatasi la condizione di punibilità, infatti, risulterà responsabile di bancarotta solo il soggetto la cui condotta sia stata concretamente idonea a porre in pericolo la garanzia

Al di là del recente *revirement* della Cassazione (per il quale, peraltro, è interessante notare come tale cambio di rotta trovi un suo “precursore” nella sentenza delle Sez. Un., n. 19601, del 28 febbraio 2008, ove i giudici di legittimità affermarono l’insindacabilità del giudice penale sui requisiti di assoggettabilità al fallimento, sul presupposto che questi non avessero alcuna incidenza sul disvalore e sull’offensività insita nei fatti «storici» di bancarotta)¹⁵⁸, l’indirizzo giurisprudenziale tradizionale, ha costantemente qualificato la dichiarazione di fallimento come un *elemento costitutivo* (o in termini equivalenti come *condizione di esistenza*) del reato di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare, idoneo a dare rilevanza penale, in via retrospettiva, a comportamenti *di per sé* espressivi del libero esercizio dell’attività di impresa. Tuttavia, secondo tale orientamento, la pronuncia giudiziale di fallimento, nell’economia dei reati in commento, non integrerebbe un evento in senso tecnico, e per tale motivo sarebbe sottratta alle regole di imputazione oggettiva e soggettiva previste dal codice penale¹⁵⁹.

È evidente che questo modo di ragionare si espone a diverse censure, soprattutto in relazione al rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale: in primo luogo, in quanto implementa una concezione dogmaticamente ambigua di un elemento della fattispecie di reato (*i.e.* un elemento del fatto distinto dalla condotta, ma non inquadrabile come evento e comunque non

patrimoniale, e che, da un punto di vista psicologico, si sia rappresentato che i propri atti erano in grado (non tanto di provocare il fallimento bensì) di pregiudicare le ragioni creditorie. Cfr. C. PEDRAZZI, in AA. VV, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, op. cit., 111; F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, op. cit., 400; A. GHIBELLI, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, op. cit., 2224-5.

¹⁵⁸ v. Cass., Sez. Un., ud. 28 febbraio 2008, n. 19601, in *Cass. pen.*, 2008, 3599, con nota di AMBROSETTI, cit.; e, d’altronde, è la stessa Cass. pen., Sez. V, ud. 8 febbraio 2017, n. 13910, cit., che nel richiamare la pronuncia delle Sezioni Unite afferma che «*la qualificazione della dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità rende più rispondente al principio di colpevolezza l’affermazione secondo cui tale dichiarazione assume valore, ai fini che qui interessano, per gli effetti giuridici che essa produce e non per i fatti da essa accertati*».

¹⁵⁹ Tra le tante, cfr. Cass. pen., Sez. V, ud. 24 settembre 2012, n. 733, in *Penale contemporaneo* on line, con nota di F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l’insegnamento tradizionale sull’irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*; Cass. pen., Sez. V, ud. 7 marzo 2014, n. 32352, in *Penale contemporaneo* on line, con commento di F. BALATO, *Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*; Cass. pen., Sez. V, ud. 17 luglio 2014, n. 47616, in *Cass. pen.*, 2015, 3720 ss., con nota di A. PANTANELLA, *La Corte di Cassazione e la damnatio memoriae della “sentenza corvetta” in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*.

necessariamente riconducibile alla sfera volitiva del reo); in secondo luogo, perché porta ad estendere eccessivamente l'area della punibilità, con conseguente possibilità di incriminazione di condotte inoffensive ovvero anche molto risalenti nel tempo, la cui portata offensiva può dirsi ormai esaurita e superata¹⁶⁰.

L'impostazione pretoria in parola muove dal chiaro tentativo di risolvere, attraverso un'agevole individuazione del momento e del luogo consumativo del reato (identificato nel *tempus* e nel *locus* di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento), una serie di problemi processuali, come quello relativo all'identificazione del giudice competente. Sennonché, come è stato giustamente notato¹⁶¹, l'accoglimento della natura condizionante della declaratoria fallimentare implica una soluzione lineare sia sotto il profilo del momento consumativo, poiché l'art. 158, co. II, c.p., statuisce che «*quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine per la prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata*»; sia sotto il profilo del *locus commissi delicti*, poiché, nel silenzio normativo, è evidente che la soluzione giuridicamente più coerente debba essere proprio quella che fa coincidere il luogo in cui è stata emessa la sentenza di fallimento con quello in cui è stato consumato il delitto¹⁶².

Avendo individuato, secondo l'orientamento che si ritiene più corretto, la configurazione che la dichiarazione di insolvenza deve assumere nelle fattispecie pre-fallimentari di bancarotta fraudolenta “comuni”, di cui agli artt. 216 e 223 co. I, l. fall., non ci si può a questo punto esimere dal considerare, altresì, come si atteggi la declaratoria giudiziale nelle ipotesi delittuose “esclusivamente”

¹⁶⁰ Cfr. A. GHIBELLI, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, op. cit., 2213; C. PEDRAZZI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 107; v. anche G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, cit., 69, il quale, pur rifiutando la tesi della natura condizionante della sentenza di fallimento, formula gli stessi rilievi critici nei confronti dell'impostazione giurisprudenziale.

¹⁶¹ v. F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, op. cit., 401.

¹⁶² La citata Cass. pen., Sez. V, ud. 8 febbraio 2017, n. 13910, ha chiaramente aderito a tale ricostruzione, oltretutto rilevando che le regole processuali di determinazione della competenza territoriale (art. 8 c.p.p., ss.) riposano su un principio di prossimità, del quale sarebbero espressione anche i riferimenti normativi presenti nel sistema della legge fallimentare. Riferimenti idonei, a detta della corte, a manifestare la volontà legislativa di radicare la competenza territoriale presso il Tribunale del luogo nel quale è stato dichiarato il fallimento.

societarie, di cui all'art. 223 co. II, l. fall., ove, come si è più volte sottolineato, le condotte incriminate sono causalmente collegate al dissesto e/o al fallimento.

Prendendo le mosse dal dato letterale, la disposizione da ultimo citata, prima di elencare le due distinte ipotesi di bancarotta, esordisce con la formula «*si applica alle persone suddette (...)»*, con ciò richiamandosi agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori «*di società dichiarate fallite*». Tale rinvio consente di attribuire alla dichiarazione di fallimento, nell'ambito delle fattispecie di reato previste dal co. II dell'art. 223, la “consueta” valenza di condizione obiettiva di punibilità¹⁶³. Pertanto, come logica conseguenza, qualora la pronuncia del Tribunale fallimentare venga revocata, verrà meno la punibilità del soggetto agente¹⁶⁴. Stabilito questo punto, è ora possibile contestualizzarlo all'interno delle singole figure.

Per quanto concerne la bancarotta *da reato societario*, nella sua formulazione ante-riforma, l'assoluta mancanza di un nesso causale tra l'illecito penale societario e il dissesto della società, aveva portato a dare varie soluzioni in merito alla controversa incidenza della sentenza dichiarativa di fallimento nella struttura della fattispecie. In estrema sintesi, potevano individuarsi tre diversi orientamenti: quello tradizionale della giurisprudenza, la quale, assimilando l'ipotesi delittuosa in parola alle tradizionali figure di bancarotta fraudolenta, patrimoniale o documentale, considerava la declaratoria fallimentare come un *elemento essenziale* o *costitutivo* del reato¹⁶⁵; vi era, poi, l'impostazione seguita da una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, secondo cui il provvedimento doveva essere considerato alla stregua di una *circostanza aggravante* dell'illecito penale societario, con ciò

¹⁶³ Cfr. R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 955; A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D. lgs. 61/02*, in *I reati societari*, A. LANZI – A. CADOPPI (a cura di), op. cit., 384; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 223; A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società “con dolo o per effetto di operazioni dolose”: peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.4/2015, 432-3; C. PEDRAZZI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 170; G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 423.

¹⁶⁴ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 318; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Id.*, 223.

¹⁶⁵ In questo senso Cass. pen, Sez. V, ud. 26 aprile 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 639; Cass. pen, Sez. V, ud. 26 giugno 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 828; Cass. pen, Sez. V, ud. 28 gennaio 1980, in *Giur. comm.*, 1983, 66.

escludendo che l'art. 223 cpv., n.1, l. fall., costituisse una figura autonoma di reato¹⁶⁶; e infine, ricorreva l'interpretazione di altra parte della dottrina, ad avviso della quale la dichiarazione di insolvenza doveva essere inquadrata tra le *condizioni obiettive di punibilità*¹⁶⁷.

Ad oggi, quantomeno in dottrina, quest'ultima ricostruzione può considerarsi pacificamente accolta¹⁶⁸: La causazione del dissesto, attraverso la commissione dei fatti integranti gli illeciti societari richiamati, è punita solo *se* la società sia stata dichiarata fallita, in quanto la mancanza del fallimento rende inopportuno un diffuso e sistematico sindacato penalistico sulla conduzione economico-finanziaria dell'impresa.

Tale inopportunità, beninteso, non deve essere erroneamente riferita alla possibilità di intervenire in relazione a fatti specifici: la repressione di condotte appropriative degli amministratori o di quelle costituenti gli illeciti societari potrebbe, piuttosto, svolgere anche una funzione in qualche misura preventiva rispetto al prodursi di situazioni talvolta causative di un'insolvenza irreversibile o comunque riportabili ai fatti di bancarotta¹⁶⁹.

In ogni caso, da un punto di vista opposto, la revoca della sentenza di fallimento farà venire meno l'opportunità della punibilità "fallimentare" per i soggetti "societari", e tale evenienza implicherà il ritorno ad una qualificazione del fatto precommesso "soltanto" come reato societario¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Cfr. Trib. Verona, 18 giugno 1984, in *Giur. mer.*, 1985, 657 ss., con nota di A. CADOPPI; A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D. lgs. 61/02*, op. cit., 382; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 125, il quale utilizza la formula dogmaticamente ambigua della «condizione di maggior punibilità» in un'accezione però diversa da quella assunta dal P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 349: il primo la intende come una sostanziale circostanza aggravante; il secondo opta per la natura autonoma del delitto di bancarotta da reato societario.

¹⁶⁷ Per tutti v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 312.

¹⁶⁸ Cfr. R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 955; A. ROSSI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), Milano, 2014, 187; A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D. lgs. 61/02*, op. cit., 384. Per quanto riguarda la giurisprudenza, è ancora presto per affermare che abbia definitivamente mutato il suo generale orientamento a seguito della sent. Cass. pen., Sez. V, ud. 8 febbraio 2017, n. 13910, cit., e probabilmente la scelta dei giudici di legittimità di non investire le Sezioni Unite del compito di risolvere la questione interpretativa in esame non contribuirà ad evitare future oscillazioni giurisprudenziali.

¹⁶⁹ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, op. cit., 396-7.

¹⁷⁰ Cfr. A. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, op. cit., 188; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, op. cit., 195.

Nella fattispecie di bancarotta *per dolo o per effetto di operazioni dolose*, se non vi sono dubbi sul fatto che il fallimento assolva la sua tradizionale funzione condizionante, delle divergenze interpretative sorgono in relazione all'esatta individuazione dell'evento naturalistico, poiché la lettera della disposizione collega le condotte non già al «*dissesto*» bensì al «*fallimento*» medesimo.

Secondo un primo orientamento¹⁷¹, al fine di evitare la moltiplicazione del ruolo della sentenza di fallimento, inteso come condizione e come evento del reato, l'espressione «*fallimento*» di cui al testo dell'art. 223, cpv., n. 2, l. fall., dovrebbe essere intesa in senso sostanziale e quindi equiparata all'espressione «*dissesto*»¹⁷², e ciò anche perché appare difficile «*cagionare*» un qualcosa che si sostanzia in un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Seguendo questa linea, ciò che può essere il risultato, in termini causali, della condotta dell'agente, è solo la situazione di fatto di dissesto/insolvenza che sta alla base della pronuncia formale di fallimento.

Secondo un altro indirizzo¹⁷³, invece, l'evento naturalistico del reato sarebbe da identificarsi propriamente nella sentenza dichiarativa di fallimento poiché, pur essendo vero che questa può essere delittuosamente “cagionata” operando sul presupposto sostanziale del dissesto, è altrettanto vero che quest'ultimo potrebbe essere semplicemente “simulato”, allorquando i soggetti “societari” creino un'apparenza di esso in realtà insussistente, con un disegno orientato che può addirittura essere concepito fin dalla costituzione della società. Fatto, questo, non meno lesivo per i creditori sociali.

Accogliendo la suddetta impostazione, nella fattispecie in esame il «*fallimento*» coprirebbe un duplice ruolo. Vero è che, in linea di massima, la rilevanza come evento non può che considerarsi assorbente. In particolare, per quanto riguarda i riflessi psicologici, la formulazione testuale della disposizione preclude ogni ricorso all'art. 44 c.p. Ciononostante, la declaratoria fallimentare quale condizione

¹⁷¹ Cfr. G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, cit., 99; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 110; G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 303; G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 423;

¹⁷² In tal senso anche la giurisprudenza, v. Trib. Genova, ud. 22 dicembre 2004, in *Giur. mer.*, 2006, n.3, 712; Cass. pen., Sez. V, 9 ottobre 1984, in *Giur. it.*, 1986, II, 162.

¹⁷³ Cfr. A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società “con dolo o per effetto di operazioni dolose”*, cit., 432-3; C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 315-6.

di punibilità conserverà una sua funzione: ove vi sia revoca della sentenza, vi sarà il venir meno della punibilità¹⁷⁴.

7. Il trattamento sanzionatorio e il regime delle circostanze aggravanti.

Mentre per le condotte descritte dal comma I dell'art. 223, l. fall., il legislatore ha rinviato alle «*pene stabilite nell'art. 216*», con ciò riferendosi al trattamento sanzionatorio complessivamente inteso, vale a dire sia per quanto riguarda la pena stabilita per la bancarotta patrimoniale e documentale (i.e. «*reclusione dai tre ai dieci anni*»), sia per la preferenziale (i.e. «*reclusione da uno a cinque anni*»), nonché per quanto riguarda le pene accessorie (i.e. quelle «*di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale*», e in aggiunta «*per la durata di dieci anni, l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità (...) ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa*»); per le ipotesi postulate dal comma II si rinvia solamente alla «*pena prevista dal primo comma dell'art. 216*». Nel comma III, tuttavia, il legislatore precisa che «*si applica in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 216*» in merito alle pene accessorie.

Il trattamento sanzionatorio previsto per le fattispecie in esame, dunque, è sostanzialmente identico a quello disposto dall'art. 216 l. fall.

Qualche difficoltà applicativa è emersa con riferimento all'art. 219, l. fall., il quale regola il regime delle circostanze nella bancarotta, poiché tale articolo non contempla espressamente le ipotesi descritte dall'art. 223 l. fall., ma soltanto quelle di cui all'art. 216 (oltre alle ipotesi di bancarotta semplice, ex art. 217, e di ricorso abusivo al credito, ex art. 218, l. fall.). Lasciando per ora da parte il secondo comma della disposizione, nel primo e nel terzo comma della medesima sono contemplate due circostanze oggettive¹⁷⁵ ad effetto speciale¹⁷⁶ basate sull'entità del danno patrimoniale, che prevalgono rispetto alla “comune” disciplina delle circostanze di

¹⁷⁴ v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 318.

¹⁷⁵ Ex art. 70, co. II, n. 1, «*Agli effetti della legge penale sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso*».

¹⁷⁶ Ex art. 60, co. III, c.p. «*(...) Sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo*».

cui alla parte generale del codice penale (artt. 61 n. 7 e 62 n. 4), in virtù dei due criteri ermeneutici fondamentali: da un lato, il principio di specialità *ex art. 15, c.p.*, dall'altro lato, il divieto di *bis in idem*¹⁷⁷.

Se le circostanze attenuanti (co. III), implicanti una riduzione delle pene «*fino al terzo*» per il caso di danno patrimoniale di speciale tenuità¹⁷⁸, non hanno sollevato particolari problemi, atteso che esse si traducono in un trattamento più favorevole al reo, rispetto alle quali pertanto è ammissibile un'estensione analogica; forti perplessità hanno invece investito l'aggravante del «*danno patrimoniale di rilevante entità*» (co. I), al cui ricorrere consegue un aumento della pena «*fino alla metà*».

Con specifico riferimento alle ipotesi contemplate dal primo comma dell'art. 223 l. fall., la dottrina prevalente¹⁷⁹ e un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità ritengono che il doppio rinvio (dal 223 al 216 e dal 219 al 216) sia idoneo a legittimare l'operatività dell'aggravante del danno di particolare gravità: in sostanza, si afferma che il rinvio all'art. 216 equivale ad un rinvio a tutte le disposizioni che convergono a disciplinare penalmente i fatti ivi contemplati¹⁸⁰. D'altronde, si argomenta¹⁸¹, l'applicabilità della circostanza aggravante non sarebbe il frutto di una interpretazione analogica, bensì il risultato di una semplice operazione ermeneutica di tipo sistematico o, al più, di una

¹⁷⁷ Cfr. C. MARINI, *Bancarotta impropria e circostanze aggravanti: i termini attuali di una vexata quaestio nello specchio della Suprema Corte*, in *Le società*, n. 11/2010, 1352; F. SGUBBI, *Sub. art. 219 l. fall.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 204, che parla di “specialità in concreto”; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 337.

¹⁷⁸ Tali circostanze, si badi, sono speciali in quanto la pena può essere diminuita portandola fino al terzo di essa, e quindi non soltanto diminuita di un terzo. Cfr. Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 15976, in *CED Cass. pen.*, 2015.

¹⁷⁹ Per tutti, cfr.: C. PEDRAZZI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 186; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, op. cit., 163. *Contra*, E. M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in M. RONCO – E. MEZZETTI – E. M. AMBROSETTI, *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2009, 306.

¹⁸⁰ Per tutti, cfr.: Cass. pen., Sez. V, ud. 17 gennaio 2013, n. 10180, in *Penale contemporaneo online*, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La Cassazione conferma l'orientamento prevalente sull'applicabilità della disciplina dell'art. 219 comma 1 l. fall. alla bancarotta societaria*; Cass. pen., Sez. V, ud. 21 gennaio 2013, n. 18695, in *CED Cass. pen.*, 2013. *Contra*, isolatamente, Cass. pen., Sez. V, ud. 18 dicembre 2009, n. 8829, in *Cass. pen.*, 2011, 3990 ss., sul presupposto che la bancarotta impropria si presenterebbe come ontologicamente e strutturalmente diversa rispetto alla fattispecie “propria”, sicché mancando nell'art. 223 il rinvio all'art. 219, l'estensione dell'aggravante in parola si risolverebbe in un'inaccettabile analogia in *malam partem*.

¹⁸¹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, ud. 17 gennaio 2013, n. 10180, cit.

interpretazione di tipo estensivo: nel primo comma dell'art. 223, risultando sanzionate le stesse condotte previste dall'art. 216 e realizzate da soggetti diversi dal fallito, non vi sarebbe alcuna differenza fra la condotta di bancarotta individuale e la condotta della bancarotta impropria sicché, diversamente opinando, si verificherebbe una ingiustificata disparità di trattamento a favore dei soggetti "societari", tanto più irragionevole in quanto «condotte potenzialmente più pericolose» – stante la maggiore gravità e diffusività degli affetti dannosi del reato di bancarotta societaria – «sarebbero punite in modo più lieve».

Tali condivisibili argomentazioni ci portano inevitabilmente ad affrontare l'altro aspetto decisamente più problematico della norma in commento, cioè quello relativo alla sua applicabilità alle fattispecie, descritte dal secondo comma dell'art. 223, l. fall., che prevedono fatti di reato *ulteriori* rispetto a quelli indicati dall'art. 216, l. fall. In questi casi, infatti, e sulla scorta delle suddette considerazioni, poiché non vi sarebbe alcuna identità di condotta idonea a giustificare l'applicazione integrale del regime sanzionatorio previsto per la bancarotta propria, si dovrebbe concludere per l'inapplicabilità della circostanza aggravante ad effetto speciale alle figure di bancarotta *da reato societario* e di bancarotta *per dolo o per effetto di operazioni dolose*, con ciò provocando, però, un'altra irragionevole disparità di trattamento all'interno, questa volta, dei soli soggetti "societari"¹⁸² : l'amministratore che avesse dolosamente cagionato il fallimento della società, ad esempio, potrebbe essere punito meno gravemente rispetto a quello che avesse distratto beni appartenenti al patrimonio sociale.

Le ipotesi di bancarotta fraudolenta "aggiuntive" ed "esclusivamente" societarie sono sempre state considerate come indice di un maggior rigore legislativo, giustificato dalle rovinose conseguenze che le stesse sono in grado di produrre (*supra*, cap. I, § 2). Pertanto, non può essere sottaciuto che escludere, rispetto ad esse, l'operatività dell'art. 219, co. I, l. fall., significherebbe ammettere una incongruenza del sistema non facilmente comprensibile¹⁸³. Sennonché, tale

¹⁸² Cfr. P. CHIARAVIGLIO, *La Cassazione conferma l'orientamento prevalente*, cit.

¹⁸³ La giurisprudenza, infatti, al di là della solitaria Cass. pen., Sez. V, ud. 18 dicembre 2009, n. 8829, cit., sembra orientata proprio nel senso di ritenere l'aggravante in parola applicabile indiscriminatamente a tutte le ipotesi delittuose postulate dall'art. 223, l. fall. Cfr. Cass. pen., Sez.

assunto, pur potendo essere validamente sostenuto da un punto di vista politico-criminale, probabilmente sarebbe destinato a perdere ogni valore di fronte ad una lettura dell'art. 219, l. fall., strettamente ancorata al principio di legalità/tassatività della legge penale¹⁸⁴.

È evidente che, sia che aderendo ad una lettura maggiormente rispettosa del principio di stretta legalità, sia accogliendo un'interpretazione sorretta da ragioni di politica-criminale e di generale coerenza sistematica del nostro ordinamento, il risultato non può certo dirsi soddisfacente e sembra pertanto necessario un intervento legislativo in grado di elidere tali «disarmonie»¹⁸⁵.

Il secondo comma dell'art. 219, l. fall., infine, prevede due aggravanti, questa volta ad efficacia comune, poiché la generica formula utilizzata per individuare la variazione di pena in aumento («*le pene (...) sono aumentate*») implica il necessario richiamo all'art. 64, c.p.¹⁸⁶

La prima di queste aggravanti contempla la commissione da parte del colpevole di «*più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli*» 216, 217 e 218. Detta ipotesi, in passato, veniva generalmente intesa come espressione del principio di c.d. unitarietà della bancarotta¹⁸⁷, secondo il quale il reato resta unico anche se

V, ud. 22 giugno 2010, n. 30932, in *Cass. pen.*, 2011, 1550; Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, in *Le società*, n.11/2010, 1349.

¹⁸⁴ La dottrina nettamente maggioritaria ritiene che estendere l'applicabilità dell'art. 219, co. I, l. fall., alle fattispecie delittuose di cui all'art. 223, co. II, l. fall., significherebbe dare spazio ad un'interpretazione analogica *in malam partem*, poiché il richiamo di quest'ultima disposizione all'art. 216 l. fall. opera soltanto *quoad poenam*. Cfr. F. SGUBBI, *Sub. art. 219 l. fall.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 210; in questo senso anche C. PEDRAZZI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 186; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, op. cit., 164; E. M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in M. RONCO – E. MEZZETTI – E. M. AMBROSETTI, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 306; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 341.

¹⁸⁵ In questo senso, v. C. MARINI, *Bancarotta impropria e circostanze aggravanti*, cit. 1359.

¹⁸⁶ «*Quando ricorre una circostanza aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso*».

¹⁸⁷ Tale concezione, secondo F. SGUBBI, *Sub. art. 219 l. fall.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 214-5, risente dell'antica concezione del fallimento quale evento del reato e oggetto della punizione. Nonostante tale visione sia stata da tempo superata, la tesi dell'unitarietà del reato di bancarotta è sempre stata assolutamente predominante, poiché aveva come supporto “naturale” la spiccata omogeneità dei comportamenti criminosi commessi dall'imprenditore nella fase di decozione. Ad oggi, anche questa unitarietà reale può considerarsi superata, in quanto l'imprenditore insolvente pone in essere comportamenti fortemente eterogenei. Si rinvia, in dottrina, a L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 341; in giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. V, ud. 16 dicembre 2002, n. 4901, in www.iusexplorer.it;

realizzato attraverso una molteplicità di fatti. Altro orientamento, invece, poneva l'accento sull'unificazione fittizia o formale da parte del legislatore, ai soli effetti della pena, di fatti plurimi sul piano naturalistico, in deroga al principio del concorso materiale di reati e della continuazione¹⁸⁸.

La Cassazione a Sezioni Unite è intervenuta di recente sulla questione¹⁸⁹ aderendo a questo secondo orientamento e stabilendo che la disposizione prevede l'unificazione solo *quoad poenam* della pluralità dei fatti di bancarotta posti in essere nell'ambito della stessa procedura concorsuale, ma non esclude l'autonomia ontologica dei singoli episodi delittuosi; tale unificazione, pur esplicitamente qualificata come aggravante, costituisce in realtà un'ipotesi particolare di concorso di reati autonomi e indipendenti, regolamentata in deroga alla disciplina generale sul concorso di reati e sulla continuazione (si parla di “*continuazione fallimentare*”), consistendo la deroga nella determinazione dell'aumento di pena fino a un terzo (e non fino al triplo *ex art. 81, c.p.*) e nell'assoggettabilità al giudizio di comparazione di cui all'*art. 69, c.p.*¹⁹⁰

A ben vedere, la concezione unitaria, che contrasta tale conclusione, riconducendo ad unità fatti autonomi e diversi, finisce col precludere – dopo un'eventuale sentenza definitiva su un singolo fatto di bancarotta – l'accertamento completo di altri fatti emersi successivamente, ponendosi in contrasto con la logica del sistema penale e determinando conseguenze paradossali: ad esempio, una condanna per bancarotta preferenziale di scarso rilievo condurrebbe all'impunità di altri e più gravi fatti di bancarotta fraudolenta commessi dallo stesso soggetto nell'ambito dello stesso fallimento ed emersi solo successivamente al fatto già passato in giudicato¹⁹¹.

¹⁸⁸ Cfr. P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 483; F. SGUBBI, *Sub. art. 219 l. fall.*, *Id.*, 214-5.

¹⁸⁹ Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, in *Le società*, n. 10/2011, 1196 ss., con nota di C. SANTORIELLO, *Pluralità di fatti di bancarotta: dalle Sezioni Unite una ricostruzione completa*.

¹⁹⁰ In questi termini anche la successiva giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. V, ud. 11 dicembre 2014, n. 6777, in www.iusexplorer.it.

¹⁹¹ È importante sottolineare che la stessa Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, cit., giunge ad ammettere l'applicabilità dell'*art. 219, co. II, n.1, l. fall.*, non solo al caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta (e sempre che, naturalmente, non si tratti di più condotte criminose, tipizzate in rapporto di “alternatività formale” e riconducibili ad un'unica azione, poiché in tal caso il reato rimarrebbe logicamente unico), ma anche a quello di commissione

Accogliere l'impostazione della c.d. *continuazione fallimentare* comporta, sul piano processuale, le seguenti rilevanti conseguenze¹⁹²: la contestazione dell'imputazione nel decreto che dispone il giudizio deve indicare ogni singolo fatto, il quale deve poi essere oggetto di autonomo accertamento in sede di istruttoria dibattimentale e, successivamente, di autonomo capo della sentenza (anche ai fini dell'effetto devolutivo in sede di impugnazione); per ogni diverso ed autonomo fatto di bancarotta che emerge nel corso di un processo riguardante altro fatto di bancarotta, relativo logicamente alla stessa procedura fallimentare, occorre procedere a nuova contestazione (con applicazione dell'art. 217, c.p.p. e non dell'art. 218, c.p.p.)¹⁹³; in ragione del fatto che l'art. 219, co. II, n.1, disciplina un'ipotesi di concorso di reati autonomi ed indipendenti, unificati *quoad poenam*, l'eventuale giudicato intervenuto su uno dei fatti non è di ostacolo alla perseguibilità di altro e diverso fatto di bancarotta relativo allo stesso fallimento; nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti e relativi ad un unico fallimento, più sentenze irrevocabili per diversi fatti di bancarotta, opererà l'art. 671, c.p.p., e il giudice dell'esecuzione applicherà la peculiare disciplina di cui all'art. 219, co. II, n.1, l. fall. (sostitutiva di quella di cui all'art. 81, c.p.), sempre che la stessa non sia già stata esclusa dal giudice della cognizione.

Per quanto qui maggiormente interessa, ad avviso dei giudici di legittimità, la particolare disciplina della c.d. *continuazione fallimentare* deve essere estesa anche alle ipotesi di reato previste dall'art. 223, l. fall., poiché, costituendo l'art. 219 co. II, n.1 una disposizione favorevole all'imputato (invero, se non ci fosse troverebbe

di più fatti tra quelli previsti indifferentemente da articoli diversi. Diversamente opinando si giungerebbe ad irragionevoli disparità di trattamento: ad esempio, si potrebbe punire con maggiore asprezza (*i.e.* secondo i criteri di cui all'art. 81, c.p.) chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, rispetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta.

¹⁹² Cfr. Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, cit.

¹⁹³ L'art. 219, co. II, n.1, infatti, configura un'ipotesi di connessione soggettiva che può essere fatta rientrare nella previsione dell'art. 12, lett. b), c.p.p., nel quale, peraltro, rientra il reato continuato, sicché, a fortiori, dovrà rientrare la c.d. *continuazione fallimentare*.

applicazione il più severo trattamento di cui all'art. 81, c.p.), la sua applicazione analogica sarebbe rispettosa del principio del *favor rei*¹⁹⁴.

Conclusivamente, per completezza espositiva, va considerata anche la seconda circostanza postulata dal secondo comma dell'art. 219, l. fall., che collega l'aumento della pena alla violazione del colpevole di un «*divieto di legge*» di «*esercitare un'impresa commerciale*». Si tratta di una circostanza aggravante soggettiva, in quanto riferita a condizioni o qualità personali dell'agente, quasi completamente trascurata nella pratica.

Al di là del fatto che questa fattispecie aggravante potrebbe trovare applicazione soltanto nei casi di incompatibilità collegati all'esercizio di determinate professioni o determinati uffici¹⁹⁵, la sua limitazione operativa ai soli fatti previsti negli artt. 216, 217 e 218, deve far propendere per l'illegittimità di una estensione (che sarebbe in *malam partem*) ad altre ipotesi di reato in generale, e all'art. 223, co. II, l. fall. in particolare (in riferimento al co. I, a rigore di logica, dovrebbero mantenere validità le suesposte considerazioni relative al doppio rinvio, dall'art. 223 al 216 e dall'art. 219 al 216).

¹⁹⁴ È da notare, che il richiamo delle S.U. al *favor rei* come limite logico dell'estensione, a ben vedere, mette in crisi l'orientamento giurisprudenziale che considera applicabile la circostanza aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 219, co. I, alle ipotesi di bancarotta postulate dall'art. 223, co. II, l. fall. Sul punto v. A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, op. cit., 164-5. Per contro, C. SANTORIELLO, *Pluralità di fatti di bancarotta*, cit., 1207, ritiene che il richiamo all'analogia in *bonam partem* sia inconferente rispetto alle fattispecie di bancarotta "esclusivamente" societarie, poiché queste difetterebbero della *eadem ratio* delle fattispecie "comuni", la cui sussistenza, invece, sarebbe indispensabile per giustificare il ricorso al procedimento di applicazione analogica.

¹⁹⁵ Poiché essa si ravvisa soltanto quando il colpevole ha esercitato un'impresa commerciale in violazione *diretta ed immediata* di un divieto di legge. Casi in cui vi siano divieti di esercitare un'impresa commerciale, diversi da quello menzionato, sussistono, ma operano soltanto attraverso la *mediazione concreta* di un provvedimento giurisdizionale (o eventualmente amministrativo): ad es. i divieti per il minore, per l'interdetto, per l'inabilitato, ecc. E, in ordine ad una ipotesi di circostanza aggravante, non sono ovviamente consentite espansioni interdittive. Sul punto v. F. SGUBBI, *Sub. art. 219 l. fall.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 213-4;

CAPITOLO II
**LE IPOTESI ESCLUSIVE DELLA
BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA.**
L'Art. 223, co. II, R.D. 16 marzo 1942, N. 267.

Premessa.

Negli ultimi anni del secolo scorso si avvertiva sempre di più la necessità di una disciplina diversa del diritto penale societario, sia per ridurre il numero delle fattispecie di reato previste, molte delle quali trovavano scarsissima applicazione, sia per colmare vuoti normativi, che traevano origine da nuovi bisogni di tutela¹⁹⁶.

La riforma ha preso le mosse dal noto «*Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*», licenziato in data 15 febbraio 2000 dalla Commissione di studio istituita nel 1998 dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia Giovanni Maria Flick¹⁹⁷. L'intervento vero e proprio del legislatore si inserì, sostanzialmente (sia pur differenziandosi sotto alcuni aspetti non poco marginali), nel solco lasciato dal c.d. "progetto Mirone", all'indomani delle elezioni politiche del 2001, e sfociò nella legge delega n. 366, del 3 ottobre 2001, «*per la riforma del diritto societario*» la quale, attraverso l'art. 11, demandava al Governo di riformare la disciplina degli illeciti penali ed amministrativi commessi nell'ambito delle attività commerciali. Questa specifica parte della delega è stata realizzata con il d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61¹⁹⁸.

Per quel che qui interessa, la lett. g) del suddetto art. 11, delegava l'esecutivo a «*riformulare le norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari, prevedendo che la pena si applichi alle sole condotte integrative di reati societari che abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società*». L'attuazione di questa disposizione è avvenuta per il tramite dell'art. 4, d. lgs. n.61/2002, il quale ha provveduto a sostituire l'art. 223, co. II, n.1, l. fall.

¹⁹⁶ Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 1.

¹⁹⁷ Pubblicato in *Riv. soc.*, 2000, 14.

¹⁹⁸ L'attuazione della residua parte della legge delega è avvenuta poi in coincidenza con l'organica riforma della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative (d. lgs. 17 gennaio 2003, n.6), e con la definizione di procedimenti in materia di diritto societario, nonché in materia bancaria e creditizia (d. lgs. 17 gennaio 2003, n.5).

Tale rilevante modifica, pur essendo maggiormente in linea con le critiche che gran parte degli interpreti mossero alla precedente formulazione della c.d. bancarotta *da reato societario*, ha fatto sorgere dei delicati problemi dal punto vista dei possibili effetti d'irrazionalità sul generale sistema di repressione delle ipotesi di bancarotta fraudolenta esclusivamente societarie (di cui al co. II, dell'art. 223, 1. fall.), in quanto l'innovazione legislativa ha determinato, tra queste, una *sovrapposizione* dell'area di incriminabilità di difficile soluzione.

Le pagine che seguono sono dedicate alla distinta descrizione dei tratti essenziali delle ipotesi di bancarotta in parola. Passaggio, questo, che costituisce la premessa fondamentale per affrontare con cognizione di causa il problema del rapporto intercorrente tra le stesse.

Sezione (A)

La bancarotta da reato societario.

SOMMARIO: 1. Generalità: considerazioni sulla struttura e sulla natura del reato - 2. La condotta: le disposizioni penali societarie richiamate. - 3. Il nesso di causalità: «*cagionato, o concorso a cagionare*». - 4. L'evento: il «*dissesto della società*». La tesi dell'aggravamento - 4.1. False comunicazioni sociali e dissesto societario. - 5. L'elemento psicologico.

1. Generalità: considerazioni sulla struttura e sulla natura del reato.

La riformulazione dell'art. 223, co. II, n.1, l. fall., operata dall'art. 4 del d. lgs. n.61/2002, ha contribuito ad attenuare alcuni dei nodi esegetici che da tempo connotavano la fattispecie *de qua*. In particolare, e sinteticamente, si può ricordare che i guai interpretativi erano dati soprattutto da:

- il problema della scelta dei reati societari richiamati¹⁹⁹;
- il problema dell'assoluta mancanza di un nesso, sia di carattere oggettivo che di carattere soggettivo, intercorrente fra i reati societari richiamati ed il fallimento della società²⁰⁰;
- il collegato problema della (talora forte) discrepanza di pene fra quelle previste per i reati societari richiamati e quelle previste per le ipotesi di bancarotta qui considerate²⁰¹.

Al fine di reinserire il delitto in esame nell'orbita dei principi costituzionali di offensività, di colpevolezza e di proporzionalità della pena, con la revisione del dato normativo si è giunti ad applicare agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite, la pena prevista dall'art. 216, co. I, l. fall., se «*hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo*

¹⁹⁹ Icasticamente, C. PEDRAZZI, *Id.*, 304, rilevava che «*la cernita delle figure delittuose societarie si direbbe attuata a capriccio, senza riguardo alle rispettive oggettività giuridiche*». Sul punto, più approfonditamente: *supra*, cap. I, § 5.1.

²⁰⁰ Cfr. C. PEDRAZZI, *Id.*, 309: «*verificandosi il fallimento della società, gli attentati all'integrità del capitale sociale di per sé rilevanti penalmente (...) sono senz'altro equiparati agli attentati effettivi alla garanzia creditoria (...) indipendentemente da un rapporto di causalità con il fallimento (...), e da una verifica, rapportata al tempo della condotta tipica, di una concreta offensività nei confronti delle ragioni creditorie*».

²⁰¹ Sempre secondo C. PEDRAZZI, *Id.*, 309, il meccanismo normativo consiste(va) in una «*operazione che la severità del trattamento punitivo rende politicamente discutibile e fors'anche costituzionalmente censurabile*».

alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 del codice civile».

Per il vero, la riformata e più razionale selezione dei reati societari e la previsione di un nesso eziologico fra questi ed il dissesto della società assicurano, di concerto, una maggiore conformità della fattispecie all'offesa tipica della bancarotta. La disposizione, in altri termini, prende in considerazione dei fatti, già *di per sé* penalmente rilevanti, tutti potenzialmente lesivi degli interessi patrimoniali dei creditori, in ragione di una (seppur parziale) regola di omogeneità di offesa. Quando cagionano (o concorrono a cagionare) l'evento-dissesto, tali fatti divengono da *potenzialmente ad effettivamente lesivi degli interessi dei creditori*, nella prospettiva "criminalmente" rilevante della bancarotta fraudolenta²⁰².

In definitiva, si è in presenza di un reato di evento a forma vincolata, nel senso che ad integrare il paradigma legale occorre non soltanto il verificarsi dell'evento, ma anche che l'evento stesso sia stato determinato esclusivamente attraverso una delle condotte tassativamente descritte, *i.e.*, alternativamente, una di quelle disegnate dai reati richiamati²⁰³.

Trattandosi di una norma a più fattispecie e non di una disposizione a più norme (in considerazione dell'unicità dell'evento-dissesto), il delitto in esame sarà sempre e solo uno, anche se realizzato attraverso la commissione di più reati societari²⁰⁴. Peraltro, la circostanza che questi ultimi si innestino nello schema descritto dall'art. 223, co. II, n.1, l. fall., attraverso la mediazione del termine «*fatto*», non deve indurre in confusione. Già nel vigore della previgente disciplina, autorevole

²⁰² Cfr. A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 382; A. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, op. cit., 186; v. anche *Relazione al D.lgs. n.61/2002*, § 24, ove si legge «È sembrato indispensabile considerare, nella più grave prospettiva fallimentare, gli illeciti penali nei quali la strumentalizzazione dei meccanismi societari sia rivolta contro le ragioni creditorie, per converso escludendo quei reati – già previsti nel c.c. del '42 – che, non presentando alcuna affinità offensiva con l'art. 223, non meritano considerazione al fine di una tanto più severa previsione punitiva».

²⁰³ Cfr. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, op. cit., 444.

²⁰⁴ Nel vigore della precedente disposizione, invece, la commissione di una pluralità di fatti integranti le disposizioni penali societarie richiamate giustificava la contestazione della circostanza aggravante della pluralità dei fatti di bancarotta prevista dall'art. 219, co. II, n.1. Cfr. R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 954; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 38.

dottrina²⁰⁵ aveva puntualmente segnalato che l'espressione «*fatti preveduti dagli articoli (...)*» non potesse essere intesa in senso restrittivo con esclusivo riguardo all'elemento materiale. Certo, i «fatti» non sono i «reati», ma l'interpretazione corretta non può che essere quella che vede ricompresa nella nozione di «fatti» sia il profilo oggettivo che quello soggettivo dell'illecito penale societario²⁰⁶. Del resto, anche il primo comma dell'art. 223, l. fall., richiama i «*fatti*» preveduti nell'art. 216 l. fall., ma ciò non ha mai fatto ritenere che il richiamo fosse limitato alla sola componente materiale dei reati di bancarotta patrimoniale, documentale o preferenziale.

Ciò detto, si può affermare che il delitto di nuovo conio ha natura di reato complesso²⁰⁷, secondo lo schema postulato dall'art. 84 c.p., il che, peraltro, implica alcune considerazioni che direttamente discendono dall'applicazione della disciplina dettata in materia dal codice penale.

Innanzitutto, la considerazione che la procedibilità a querela di alcuni dei reati societari presupposto (i delitti di cui agli artt. 2629, 2633 e 2634, c.c.) non si trasmette al delitto dell'art. 223, co. II, n.1, l. fall.: la bancarotta *da reato societario* è fattispecie autonoma rispetto ai reati societari di cui si compone: anche se questi ultimi a propria volta mantengono la loro struttura autonoma all'interno della fattispecie fallimentare, il loro innesto nello schema della bancarotta ne determina il venir meno della condizione di procedibilità²⁰⁸.

In secondo luogo le cause speciali di estinzione del reato, costituite dalla restituzione degli utili o dalla ricostituzione delle riserve (art. 2627, co. II, c.c.) o

²⁰⁵ C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 311.

²⁰⁶ In questo senso, v. A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 215; A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 397; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *Id.*, 41. *Contra*, R. BRICCHETTI, *Id.*, 955; G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 259.

²⁰⁷ Riconosciuta da una dottrina nettamente maggioritaria: per tutti, v. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *Id.*, 38; F. MUCCIARELLI, *Id.*, 445; G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 287; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 215. Di diverso avviso risulta essere R. BRICCHETTI, *Id.*, 954, per il quale non si tratta di reato complesso, neppure in senso lato, perché la norma incriminatrice fallimentare non sarebbe il frutto dell'aggiunzione al reato societario richiamato dell'evento-dissesto, bensì il risultato della combinazione tra una componente del reato societario (il «*fatto*» in senso stretto) e l'evento-dissesto.

²⁰⁸ Cfr. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *Id.*, 38; F. MUCCIARELLI, *Id.*, 445; nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, ud. 11 dicembre 2002, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 923, con nota di G. SCHIAVANO.

del capitale sociale (art. 2628, co. II, c.c.) oppure dal risarcimento del danno ai creditori (artt. 2629 e 2633, c.c.), stante il disposto dell'art. 170, co. II, c.p.²⁰⁹, sono indifferenti, sul piano astratto, rispetto al venir meno della punibilità per il delitto di bancarotta *da reato societario*. Non è da escludere, piuttosto, che possano avere una certa rilevanza in concreto poiché laddove le condotte riparatorie o risarcitorie intervengano prima della dichiarazione di fallimento è assai probabile che queste interrompano la loro efficacia causale rispetto al dissesto²¹⁰.

2. La condotta: le disposizioni penali societarie richiamate.

La condotta punibile *ex art. 223, co. II, n. 1, l. fall.*, come si detto, è vincolata, e ricava la sua descrizione attraverso il rinvio (non recettizio) alle fattispecie incriminatrici di determinati reati societari. L'aggiornato elenco di questi ultimi è indubbiamente più razionale e coerente rispetto al passato poiché sono state privilegiate quelle condotte dolose che, pur avendo una diversa oggettività giuridica, sono armonicamente riconducibili nella tipicità tipica della bancarotta fraudolenta²¹¹.

In generale, nella nuova fattispecie di bancarotta *da reato societario* hanno avuto ingresso, innanzitutto, le norme poste a tutela diretta del capitale sociale, la cui fondamentale funzione, dal punto di vista della tutela penale, è quella di "istituzione" a garanzia indiretta degli interessi dei creditori²¹²; accanto a queste, sono poi state richiamate disposizioni che si pongono in un'ottica di tutela

²⁰⁹ «La causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso».

²¹⁰ Cfr. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *Id.*, 39; F. MUCCIARELLI, *Id.*, 446; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 37; G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 293; R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 969; A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 731-2.

²¹¹ In questo senso, v. G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 289; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, op. cit., 196; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *Id.*, 123.

²¹² Cfr. T. GIACOMETTI, *La tutela penale del capitale sociale*, in *Reati in materia economica*, A. ALESSANDRI (a cura di), cit., 166; d'altronde anche C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 302 afferma che «nel nostro ordinamento societario, la protezione delle ragioni dei creditori sociali è affidata primariamente alla salvaguardia del capitale sociale».

direttamente indirizzata o verso i creditori sociali o comunque verso il patrimonio della società.

Più in particolare, fanno parte del primo gruppo l'art. 2626 c.c., che punisce l'indebita restituzione di conferimenti, l'art. 2627 c.c., che sottopone a sanzione penale l'illegale ripartizione di utili o riserve, l'art. 2628 c.c., che sanziona le illecite operazioni sulle azioni o quote sociali della società controllante, e l'art. 2632 c.c., che tutela l'integrità del capitale sociale in fase di costituzione o di aumento. Sono poste, invece, a tutela diretta dei creditori l'art. 2629 c.c., che sanziona le operazioni in loro pregiudizio e l'art. 2633 c.c., che riguarda l'indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori. Con l'art. 2634 c.c., la tutela dei creditori viene apprestata mediante la salvaguardia del patrimonio sociale.

Un discorso a parte meritano i delitti di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., i quali, pur potendo senz'altro avere una certa rilevanza ai fini del dissesto, sono propriamente deputati alla tutela dell'informazione societaria nei suoi parametri di veridicità e completezza per il corretto svolgimento dei rapporti economici.

Non è questa la sede per entrare approfonditamente nell'analisi delle singole fattispecie²¹³. Tuttavia, al fine di aver ben chiaro come si attegga l'innesto dei "fatti" di cui ai reati societari nella disposizione fallimentare, occorre quantomeno vagliare le modalità esecutive e gli elementi strutturalmente rilevanti delle varie ipotesi criminose richiamate dall'art. 223, cpv., n.1., l. fall. Nel fare ciò, si seguirà, per rigore espositivo, il medesimo ordine che è stato *testé* seguito nella suddetta preliminare elencazione di questi illeciti penali.

Prendendo dunque le mosse dai reati posti a tutela diretta del capitale sociale, viene in rilievo, anzitutto, l'indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.) la

²¹³ Sulla quale ci si permette di rinviare alle specifiche trattazioni: tra le tante, v. M. RONCO – E. MEZZETTI – E. M. AMBROSETTI, *Diritto penale dell'impresa*, cit.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit.; AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D. lgs. 11 aprile 2002, n.61*, A. ALESSANDRI (a cura di), cit.; A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit.; per quanto riguarda il nuovo impianto normativo del falso in bilancio, conseguente alla l. 27 maggio 2015, n. 69, v. C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, in *Penale contemporaneo* online, 15 luglio 2016.

quale, salvo i casi di legittima riduzione del capitale²¹⁴, può verificarsi, da un lato, allorché i conferimenti vengono restituiti ai soci in qualsiasi forma, diretta o indiretta (ad es. mediante compensazione di un debito), palese o simulata (ad es. attraverso il versamento di onorari per prestazioni professionali inesistenti), dall'altro lato, attraverso la liberazione dei soci dall'obbligo di conferire in mancanza di una espressa delibera assembleare²¹⁵.

Vi è poi il reato di cui all'art. 2627 c.c., che costituisce l'unica ipotesi contravvenzionale prevista tra il novero degli illeciti penali societari richiamati dalla disposizione fallimentare in esame²¹⁶, e riguarda l'illegale ripartizione degli utili o delle riserve da parte dell'amministratore. In particolare consiste, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, nella ripartizione di utili o acconti su utili non effettivamente conseguiti²¹⁷, o destinanti per legge a riserva²¹⁸, ovvero nella ripartizione di riserve, anche non costituite con utili, che non possono per legge essere distribuite²¹⁹. È importante sottolineare che l'area di protezione penalistica è stata circoscritta alle sole riserve obbligatorie *per legge*: non integra gli estremi del

²¹⁴ Limitati alla sola riduzione effettiva, per esuberanza (artt. 2306 c.c. per le s.n.c.; 2445 c.c. per le s.p.a., e 2482 c.c. per le s.r.l.), che è un fatto discrezionale frutto di una valutazione soggettiva; la clausola non riguarda le ipotesi di riduzione nominale, ad es. per perdite, le quali infatti si risolvono in una semplice operazione contabile in cui non si assiste ad alcuna restituzione dei conferimenti. Cfr. R.G. MARUOTTI, *I reati societari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 228.

²¹⁵ R.G. MARUOTTI, *Id.*, 231; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 155.

²¹⁶ Parte della dottrina ritiene che il modello contravvenzionale sia inadeguato al ruolo, essenziale per la conservazione del patrimonio sociale, che l'illegale ripartizioni di utili dovrebbe assolvere al fine di tutelare i creditori sociali. In questo senso, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 158-9; R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 963.

²¹⁷ Si tratta di quegli utili che l'originaria previsione normativa (art. 2621, n.1, c.c.) chiamava «fittizi», *i.e.* quelli non realmente acquisiti, o per effetto della gestione sociale o per altro titolo: v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 162.

²¹⁸ Si pensi al meccanismo della *riserva legale* che, ex art. 2430, c.c., è costituita dagli utili netti di esercizio accantonati nella misura corrispondente almeno alla ventesima parte di essi, fino a quando la riserva non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale. Cfr. E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese. 2, Bilancio di esercizio*, Torino, 2010, 298-9.

²¹⁹ Il riferimento in questo caso va alle c.d. *riserve di capitale*, comprendenti le «*riserve da soprapprezzo delle azioni*» (costituite dal soprapprezzo corrisposto dai soci in sede di aumento di capitale a titolo oneroso, quando l'aumento avviene ad un valore superiore al nominale), le quali, ex art. 2431, c.c., non possono essere distribuite fino a che la riserva legale non abbia raggiunto il limite del quinto del capitale sociale; e le «*riserve di rivalutazione*» (finalizzate a consentire l'adeguamento ai valori effettivi della rappresentazione contabile dei beni). Su tutto ciò v. E. BOCCHINI, *Id.*, 298.

reato la distribuzione di utili effettivamente conseguiti ma destinati *per statuto* a riserve²²⁰.

Sempre nell'ottica di tutelare il capitale sociale, l'art. 2628 c.c. punisce le illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante. In quest'ipotesi, invero, assume rilevanza penale la condotta degli amministratori, della società emittente (co. I) ovvero della società controllata (co. II) che, al di fuori dei casi consentiti dalla legge²²¹, «*acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali*», rispettivamente della stessa società emittente ovvero della società controllante, «*cagionando una lesione del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge*». Del resto, è notorio come l'acquisto o la sottoscrizione di azioni o quote proprie, al di fuori dei casi in cui è espressamente consentito, realizzi di fatto una restituzione dei conferimenti ai soci, che annacqua il capitale e ne va a minare l'integrità e l'effettività²²².

Degno di nota è il fatto che legislatore della riforma abbia espressamente richiesto, per far scattare l'intervento penalistico, che le condotte cagionino effettivamente un danno al bene giuridico tutelato. A differenza che in passato, pertanto, oggi non è più sufficiente la mera violazione delle disposizioni civilistiche²²³.

²²⁰ Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 162.

²²¹ Il contenuto dell'incriminazione è strutturalmente collegato alle disposizioni civilistiche che individuano i limiti e le condizioni nel rispetto delle quali le operazioni sulle proprie partecipazioni sociali sono ammissibili. Specificamente, i riferimenti vanno agli artt. 2357 e ss. (relativi ad acquisti e sottoscrizioni di proprie azioni nell'ambito delle s.p.a., ed estensibile, *ex art.* 2454 c.c., anche alle s.a.p.a.), 2474 (il quale, riferendosi alle s.r.l., postula, peraltro, il divieto assoluto di questo tipo di operazioni), 2529 (riguardante le società cooperative) e 2359-*bis* e ss. (che disciplinano l'acquisto e la sottoscrizione di azioni della società controllante, da parte della controllata); si veda inoltre, per quanto riguarda le società con azioni quotate, l'art. 132 d.lgs. n.58/1998. In linea estremamente generale, e prescindendo dalle varie eccezioni postulate dalla legge (cfr., ad es., l'art. 2357-*bis* per quanto riguarda gli *acquisti* e l'art. 2357-*ter*, co. II, per quanto riguarda le *sottoscrizioni*) l'*acquisto* di azioni proprie è operazione lecita nella misura in cui sia realizzato con utili distribuibili e riserve disponibili, abbia ad oggetto azioni interamente liberate, e il valore nominale delle azioni acquistate non superi una certa soglia quantitativa; la *sottoscrizione* di azioni proprie è vietata.

²²² Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 171; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, op. cit., 185.

²²³ Gli abrogati artt. 2630, co. I, n. 2 e co. II, n. 4, nonché 2630-*bis*, c.c., sanzionavano penalmente le manovre illecite sulle partecipazioni sociali attraverso un frettoloso ed esteso richiamo alle regole civili che presidiavano alle operazioni potenzialmente pericolose per il capitale sociale. Cfr. R.G. MARUOTTI, *I reati societari*, cit., 246; M. RONCO, *I reati Societari*, in M. RONCO - E. MEZZETTI - E. M. AMBROSETTI, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 157 e 159.

Con l'art. 2632 c.c., il legislatore ha riunito e parzialmente riformulato una serie di ipotesi delittuose che in precedenza erano invece sparse all'interno del Titolo XI, Libro V, c.c.²²⁴, tutte orientate ad evitare, come emerge dalla rubrica sotto cui sono oggi accomunate, la «*formazione fittizia del capitale*». La disposizione, infatti, incrimina una serie di condotte alternative, ontologicamente diverse e dotate di una loro autonomia, che però convergono verso lo stesso evento dannoso: il gonfiamento artificioso del capitale sociale²²⁵.

La prima di queste consiste nel fatto degli amministratori e dei soci conferenti che si attribuiscono azioni o quote sociali in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale²²⁶; a seguire, vi è l'ipotesi di sottoscrizione reciproca di azioni o quote²²⁷, la quale, stante il requisito della *reciprocità*, presuppone necessariamente un previo accordo tra i soggetti attivi e configura, pertanto, un reato plurisoggettivo²²⁸; infine, l'ultima condotta penalmente illecita è quella consistente nella sopravvalutazione rilevante dei conferimenti in natura o di crediti, ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione²²⁹.

²²⁴ Si trattava in particolare degli artt. 2630, co. I, n. 1 (irregolare emissione di azioni e attribuzione di quote) e n. 2, in relazione all'art. 2360 c.c. (illecita sottoscrizione reciproca di azioni), 2629 n. 1, 3 e 4 (sopravvalutazione dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione).

²²⁵ v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 188-9; R.G. MARUOTTI, *I reati societari*, cit., 255.

²²⁶ Tale illecito penale si radica su «*una sottostante antigiuridicità civile del comportamento*» che si ricava, attualmente, dall'art. 2346, co. IV, c.c., secondo il quale «*a ciascun socio è assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quello del suo conferimento*». Cfr. R.G. MARUOTTI, *I reati societari*, cit., 257.

²²⁷ Anch'essa già civilisticamente illecita ai sensi dell'art. 2360, che vieta alle società di «*costituire o di aumentare il capitale mediante sottoscrizione reciproca di azioni, anche per tramite di società fiduciaria o per interposta persona*», ciò in quanto, così facendo si dà vita al fenomeno delle c.d. partecipazioni incrociate, che si verifica quanto con una stessa somma di denaro si costituiscono due società o si effettua un aumento di capitale mediante sottoscrizione reciproca. Tale fenomeno neutralizza i conferimenti, poiché il capitale sociale non è reale, ma esiste solo sulla «*carta*». Cfr. R.G. MARUOTTI, *I reati societari*, cit., 259.

²²⁸ Cfr. R.G. MARUOTTI, *Id.*, 259; F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, op. cit., 302.

²²⁹ Trattasi di una condotta realizzabile in tre momenti cruciali della vita societaria: nella fase costitutiva, in occasione dell'aumento di capitale sociale e nel corso della trasformazione della società. In quest'ultimo caso è assai plausibile ritenere che, allo stato, la fattispecie prenda in considerazione i soli casi di trasformazione di una società di persone in una società di capitali (o comunque di una società di capitali in altra società di capitali), per i quali è necessaria una deliberazione accompagnata da una relazione di stima del patrimonio sociale (*ex art. 2500-ter*, co. II, c.c.). Viceversa, appare difficile affermare che la norma contempra anche il caso in cui la società risultante dalla trasformazione sia una società di persone, poiché in questi modelli la garanzia

Il reato di «operazioni in pregiudizio dei creditori» di cui all'art. 2629 c.c. è teso a tutelare, com'è intuibile, il capitale sociale non nella sua dimensione istituzionale, bensì, nella sua specifica funzione di garanzia dei terzi creditori²³⁰, attraverso l'incriminazione di condotte che, per espressa disposizione di legge, cagionino danno agli stessi. Questi comportamenti sono individuati dalla norma nella specifica «violazione di disposizioni di legge poste a tutela dei creditori» allorché si effettuino riduzioni del capitale sociale, o fusioni con altra società, ovvero ancora scissioni in più organismi societari.

In sostanza, si tratta di operazioni straordinarie che possono rappresentare momenti critici per i creditori sociali posto che, ad esempio, nel caso di riduzione effettiva del capitale (che non sia la conseguenza di perdite) si avrà una sostanziale restituzione dei conferimenti che va ad abbattere il vincolo di indisponibilità sul capitale reale; nelle operazioni di fusione si avrà la compenetrazione del patrimonio di più società, con la conseguenza che i creditori delle società coinvolte possono trovarsi a concorrere in condizioni deteriori con i creditori delle altre società; dalle operazioni di scissione deriverà la divaricazione del patrimonio sociale in quello di due o più società, con conseguente pericolo che, sempre esemplificando, tutto l'attivo venga assegnato ad una beneficiaria e tutto il passivo resti alla scissa²³¹.

In ogni caso, deve rimarcarsi che per definire le condotte concretamente punibili sarà sempre necessario attingere a disposizioni extrapenali, poiché potranno essere selezionate soltanto quelle operazioni che si compiono in violazione delle disposizioni poste a tutela dei creditori²³².

patrimoniale afferisce alla responsabilità illimitata dei soci. In questo senso: E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 193; F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale*, cit., 307.

²³⁰ E. MUSCO, *Id.*, 181; F. MUCCIARELLI, *Id.*, 329; R.G. MARUOTTI, *I reati societari*, cit., 170.

²³¹ R.G. MARUOTTI, *Id.*, 171-2. E. MEZZETTI, *I reati Societari*, cit., 162-3.

²³² E così, si potrà avere una riduzione del capitale penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 2629 c.c. (sempre che ricorra anche il presupposto del pregiudizio ai creditori), oltre che nei casi in cui l'operazione venga effettuata prima della decorrenza dei termini dilatori entro cui i creditori possono fare opposizione, prescritti dagli artt. 2306 (per le società di persone), 2445 e 2482 c.c. (per le società di capitali); anche, ad esempio, allorché vi sia inosservanza dei limiti di cui all'art. 2327 c.c. (che stabilisce l'ammontare minimo di capitale delle s.p.a.) o dell'art. 2413 c.c. (che stabilisce la proporzione che deve sussistere fra la misura della riduzione del capitale e l'entità delle obbligazioni rimborsate). Nell'ambito dei complessi procedimenti di fusione e di scissione (cfr. artt. 2501 ss. e 2506 ss.), le fasi destinate ad assumere rilievo nell'ottica della tutela dei creditori, e quindi ai fini dell'art. 2629 c.c., sono innanzitutto quelle della loro eventuale opposizione all'esecuzione della deliberazione di fusione o di scissione sicché, ad esempio, potrà costituire un'ipotesi di reato

Altresì finalizzato ad una tutela diretta dei creditori sociali, ed in particolare al loro diritto di prelazione sul patrimonio sociale nella fase di liquidazione, è il reato di «*indebita ripartizione dei beni sociali da parte del liquidatore*»²³³ previsto dall'art. 2633 c.c. e consistente nel fatto dei liquidatori²³⁴ che, «*ripartendo i beni sociali tra i soci prima del pagamento dei creditori sociali o dell'accantonamento delle somme necessario a soddisfarli, cagionano danno ai creditori*». Anche in questo caso, dunque, viene accolta espressamente una configurazione offensiva del reato allo stadio del pregiudizio effettivo.

Questa ipotesi delittuosa si presenta, a ben vedere, come una sorta di *pendant* dell'art. 2626 c.c., poiché l'indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori rappresenta l'equivalente sostanziale, nella fase conclusiva della vita dell'ente, della restituzione ai soci dei conferimenti ovvero della liberazione dall'obbligo di eseguirli durante la fase di gestione attiva dell'impresa²³⁵.

La nuova fattispecie di «*infedeltà patrimoniale*», postulata dall'art. 2634 c.c., costituisce una delle novità più significative della riforma del 2002, e la sua introduzione va ricollegata alla sperimentata incapacità della fattispecie di appropriazione indebita, nonché delle poche figure di reati societari previgenti e per lo più inapplicate²³⁶, di poter contrastare efficacemente condotte gestionali abusive da parte del *menagement*, dirette contro il patrimonio societario²³⁷.

l'attuazione dell'operazione prima della decorrenza del termine dilatorio (entro cui i creditori potranno opporsi) di cui all'art. 2503 c.c. (e 2506-ter) in mancanza delle condizioni previste dalla medesima disposizione; ma gli interessi patrimoniali dei creditori vengono tutelati anche da altre disposizioni, tra le quali, ad esempio, si può citare l'art. 2503-bis c.c. (e 2506-ter), che prevede la salvaguardia dei diritti dei possessori di obbligazioni convertibili. Su tutto ciò, v. R.G. MARUOTTI, *Id.*, 173-4; L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, L. GENGHINI (a cura di), in *Manuali notarili*, Trento, 2015, 843 ss. - 1295 ss. - 1399 ss.

²³³ In questo senso Cfr. F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale*, cit., 338; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 300; R.G. MARUOTTI, *Id.*, 183-4.

²³⁴ Per una pur sintetica esposizione della disciplina civilistica sui liquidatori, v. *supra*, cap. I, § 3.4.

²³⁵ Cfr. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 128; R.G. MARUOTTI, *Id.*, 183.

²³⁶ Cfr. in particolare gli artt. 2624 (illeciti rapporti patrimoniali – prestiti e garanzie – fra la società e gli amministratori), 2630, co. II, n. 1 (irregolare remunerazione degli amministratori) e 2631 c.c. (conflitto di interessi dell'amministratore di società di capitali). Quest'ultima è quella che senza dubbio rappresenta l'antecedente diretto dell'attuale art. 2634 c.c.: v. R.G. MARUOTTI, *I reati societari*, cit., 191.

²³⁷ Cfr. *Relazione al D.lgs. n.61/2002*, § 1.2.

Gli elementi di cui si compone il delitto di nuovo conio, i cui soggetti attivi possono essere gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, sono i seguenti:

a) l'esistenza di un interesse in conflitto con quello della società come presupposto della condotta²³⁸ (si pensi al caso dell'esercizio, da parte di uno dei soggetti indicati dalla norma, di un'attività economica in posizione concorrenziale con quella esercitata dalla società);

b) il diretto e materiale compimento di atti di disposizione dei beni sociali, o la partecipazione alla deliberazione relativa ai medesimi atti dispositivi, quali modalità alternative di realizzazione della condotta;

c) la (conseguente e richiesta) causazione di un danno patrimoniale che sia, inoltre, oggetto di dolo intenzionale, con ciò chiudendosi ogni spazio di operatività della norma in relazione non soltanto a fatti commessi con dolo diretto, ma altresì con il "solo" dolo eventuale²³⁹ (conseguentemente, andrà esente da pena, ad esempio, l'amministratore che, pur perseguendo un interesse extrasociale e confliggente con quello della società, si limita ad accettare il rischio della verifica di un danno per il patrimonio sociale, che poi puntualmente si verifica nella realtà);

d) il dolo specifico dell'ingiusto profitto o di altro vantaggio, per lo stesso soggetto agente o per altri²⁴⁰.

²³⁸ Va rilevato che il disvalore dell'azione si incentra proprio in relazione a questa situazione di conflitto, la quale permette di circoscrivere entro accettabili limiti di determinatezza il fatto punibile, poiché sia il compimento di atti di disposizione, sia la verifica del danno patrimoniale, essendo riconducibili alla fisiologica gestione d'impresa, non esprimono di per sé alcun contenuto lesivo. In questo senso R.G. MARUOTTI, *Id.*, 197; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 210. *Contra* E. MEZZETTI, *I reati Societari*, cit., 176, secondo cui il conflitto di interessi, nella fattispecie *de qua*, non costituisce il presupposto per porre una serie di divieti conseguenti, la cui semplice violazione fa scattare subito l'incriminazione, bensì «*la mera ambientazione in cui si svolge la condotta illecita*».

²³⁹ Scelta variamente criticata per l'eccessivo restringimento che essa comporta sulla tutela penale del patrimonio sociale. Cfr. E. MEZZETTI, *Id.*, 178; E. MUSCO, *Id.*, 220; L. FOFFANI, *Le infedeltà*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, op. cit., 354.

²⁴⁰ Il cui inserimento nella fattispecie rischia di tradursi in un inutile "doppione", poiché «*una volta stabilito che il soggetto agente deve comunque rappresentarsi i termini concreti ed attuali della situazione conflittuale ed essere pienamente consapevole della potenziale dannosità (per la società) dell'operazione sociale a cui afferisce il conflitto, la proiezione finalistica della condotta nulla aggiungerebbe in realtà a quanto la fattispecie incriminatrice già richiederebbe sulla base di un semplice dolo generico*». Così L. FOFFANI, *Id.*, 354-5; nello stesso senso R.G. MARUOTTI, *I reati societari*, cit., 206. *Contra* E. MUSCO, *Id.*, 219, il quale condivide l'inserzione del dolo specifico,

Il secondo comma della disposizione in parola va ad incriminare le ipotesi di infedeltà sui c.d. patrimoni gestiti, ricomprendendo nella condotta punibile a titolo di infedeltà patrimoniale «*i fatti commessi in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale*». Pertanto, rispetto a tale fattispecie, si deve più propriamente ritenere che l'oggettività giuridica vada individuata negli interessi patrimoniali dei terzi danneggiati i quali, conseguentemente, saranno da considerare persone offese dal reato e quindi esclusivi titolari del diritto di querela²⁴¹.

L'ultimo comma dell'art. 2634, c.c., disciplina l'ipotesi di infedeltà patrimoniale realizzata nel contesto dei gruppi societari, stabilendo entro quali limiti l'abuso di gestione possa essere "giustificato" dall'interesse unitario di gruppo e quindi reputato lecito. Tale disposizione, infatti, prevede che «*in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*»²⁴².

A prescindere dalla collocazione dogmatica che si intende fornire alla c.d. clausola dei vantaggi compensativi²⁴³, sia essa causa di esclusione del dolo specifico ovvero limite esegetico della interpretazione della offesa, non sembra esservi dubbio sul fatto che la stessa contribuisca a delineare i confini della fattispecie tipica del delitto di infedeltà patrimoniale, così come essa viene

considerando la linea sottile di confine tra il normale rischio imprenditoriale – da non comprimere – e il comportamento abusivo sul patrimonio altrui.

²⁴¹ In questo senso, E. MEZZETTI, *I reati Societari*, cit., 175; E. MUSCO, *Id.*, 207; R.G. MARUOTTI, *Id.*, 195.

²⁴² È da segnalare che il raffronto imposto dalla clausola sembrerebbe basarsi su un grossolano equivoco, poiché la compensazione in favore della società danneggiata si sarebbe dovuta operare in riferimento al *danno* subito dalla stessa e non, invece, in relazione al *profitto* (ancorché ingiusto) della singola società o del gruppo beneficiario dell'operazione. Cfr. L. FOFFANI, *Le infedeltà*, op. cit., 360; R.G. MARUOTTI, *Id.*, 211.

²⁴³ Parlano della clausola dei vantaggi compensativi come di causa di esclusione del dolo specifico G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, cit., 260; R.G. MARUOTTI, *Id.*, 210; E. MEZZETTI, *I reati Societari*, cit., 179. Ritiene invece che si tratti di un limite esegetico dell'offesa al bene tutelato dalla norma incriminatrice C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, 278. Una voce isolata si esprime a favore della natura di causa di giustificazione: F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, 631.

richiamata dalla figura delittuosa complessa di bancarotta *da reato societario*²⁴⁴. Pertanto, laddove il reato fallimentare in parola, integrato dai fatti di cui all'art. 2634 c.c., costituisca oggetto di contestazione, l'interprete non potrà non procedere alla verifica (dal contenuto negativo) della insussistenza dei vantaggi compensativi derivanti dall'appartenenza o dal collegamento al gruppo.

Ciò vale, beninteso, a meno che non si voglia interpretare il termine «*fatti*», di cui al cpv., n. 1, dell'art. 223, l. fall., come riguardante la sola componente oggettiva dei reati societari richiamati, poiché in tal caso, laddove si ritenesse che il co. III dell'art. 2634 c.c. costituisca una causa di esclusione della tipicità soggettiva, si dovrebbe concludere per l'irrilevanza della sussistenza o della fondata previsione di vantaggi compensativi ai fini della configurabilità del reato fallimentare²⁴⁵.

È il caso di rilevare, inoltre, che qualora manchi uno o più elementi specializzanti dell'infedeltà patrimoniale (ad. es. il conflitto di interessi, ovvero il dolo specifico ed intenzionale), l'atto dispositivo dannoso, causativo del dissesto societario, non sarà idoneo a rientrare nello schema della bancarotta *da reato societario* ma potrà comunque integrare la bancarotta *da operazioni dolose ex art. 223, co. II, n. 2, l. fall.*²⁴⁶ (o addirittura la bancarotta per *distrazione o dissipazione ex art. 223, co. I, l. fall.*) poiché è noto come a tale fattispecie, più ampia rispetto a quella di cui al n. 1, cpv., art. 223, l. fall., siano sempre state ritenute riconducibili forme comportamentali tipicamente infedeli²⁴⁷ (che sacrificino cioè l'interesse sociale a beneficio di un interesse estraneo), sia pur penalmente irrilevanti, causalmente collegate al dissesto/fallimento (sul punto si tornerà più avanti).

In tali ipotesi, dunque, stante la notevole somiglianza strutturale tra la fattispecie di bancarotta *da operazioni dolose* e l'ipotesi – espressamente presa in

²⁴⁴ Cfr. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 115; C. BENUSSI, *Id.*, 362 ss.

²⁴⁵ Ed in questo senso ragionano alcuni autori: R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 971 ss.; G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, cit., 260.

²⁴⁶ Non la «*causazione dolosa del fallimento*» dal momento che, in tale ipotesi, essendo il dissesto/fallimento riconducibile alla sfera volitiva del reo, l'atto di disposizione patrimoniale compiuto dall'agente non potrà essere inquadrato nella logica dei vantaggi compensativi.

²⁴⁷ Per tutti v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 327; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 365; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 167.

considerazione dall'art. 223, co. II, n.1 e sanzionata allo stesso modo – in cui il fatto tipico dell'infedeltà patrimoniale sia legato causalmente al dissesto della società, potrebbe apparire irragionevole un'interpretazione che limiti l'operatività dell'art. 2634, co. III, c.c., alla sola fattispecie di bancarotta *da reato societario*, negandola per quella – pure espressione del medesimo disvalore, evidenziato dal comune trattamento sanzionatorio – integrata da operazioni dolose causative del fallimento²⁴⁸.

A conclusione di questa disamina circa gli illeciti penali societari richiamati dall'art. 223, co. II, n.1, l. fall., non resta che considerare i reati di «*false comunicazioni sociali*» di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., i quali, in virtù della natura non recettizia del relativo rinvio, si innestano all'interno della fattispecie fallimentare che li richiama nella loro nuova veste riformata dalla legge n. 69/2015, c.d. «anticorruzione».

Le previgenti incriminazioni, introdotte con la riforma del 2002, postulavano all'art. 2621 c.c., una figura base di pericolo, configurata come contravvenzione e perseguibile d'ufficio; e all'art. 2622 c.c., una figura delittuosa costruita come reato di danno («*in danno della società, dei soci o dei creditori*»), tripartita al suo interno, dopo le modifiche apportate dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, in tre sottofigure differenziate nel trattamento sanzionatorio e nel regime di procedibilità: in caso di

²⁴⁸ In questo senso, C. BENUSSI, *Id.*, 366; M. BELLACOSA, *Id.*, 169. La giurisprudenza di merito che ha avuto modo di pronunciarsi punto all'indomani delle riforme del diritto societario e penale societario, invece, ha escluso la possibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi dettata per l'infedeltà patrimoniale alla bancarotta fraudolenta per operazioni dolose: cfr. Trib. Napoli, Sez. V, 8 aprile 2004, n. 3500, in *Guida al diritto*, 2005, n. 5, 63. Per quanto concerne la possibilità di esportare il meccanismo della clausola dei vantaggi compensativi alle condotte *distrattive* infragruppo si vedano le efficaci argomentazioni, sicuramente foriere di interessanti sviluppi, di Cass. pen., Sez. V, ud. 24 maggio 2006, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 421, con nota di C. BENUSSI, *La cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, ove è stato affermato che «*la previsione dell'art. 2634, co. III, c.c., che, relativamente alla fattispecie incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale degli amministratori esclude la rilevanza penale dell'atto depauperatorio in presenza dei c.d. "vantaggi compensativi" dei quali la società apparentemente danneggiata abbia fruito o sarebbe stata in grado di fruire in ragione della sua appartenenza a un più ampio gruppo di società, conferisce valenza «normativa» a principi – già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività – che sono senz'altro applicabili anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari e, segnatamente, a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi*».

mendacio contabile compiuto in seno alle società non quotate, infatti, poteva procedersi solo a querela della persona offesa²⁴⁹.

Erano poi previsti dei parametri di significatività da cui far dipendere l'ambito della responsabilità penale. Le c.d. "soglie di non punibilità", però, non rappresentavano delle mere condizioni di punibilità, bensì degli elementi costitutivi della fattispecie che concorrevano a tipizzare le condotte penalmente rilevanti²⁵⁰, con la conseguenza che il mancato superamento delle stesse rendeva il fatto irrilevante anche ai fini della bancarotta *da reato societario*²⁵¹.

Il legislatore del 2002, inoltre, aveva espressamente preso posizione riguardo all'individuazione del bene protetto, esplicitando già nella Relazione²⁵² la differente oggettività giuridica delle due disposizioni: la contravvenzione dell'art. 2621 era considerata come un «*falso tout court per tutelare la trasparenza*»; e nell'ipotesi delittuosa dell'art. 2622 si ravvisava, invece, una tutela di stampo patrimoniale.

A seguito della più recente novella l'impianto normativo è stato integralmente modificato: non solo sono scomparse le soglie quantitative di rilevanza penale del fatto, ma si è oggi in presenza di due delitti procedibili d'ufficio e descritti come reati di pericolo concreto²⁵³, distinti fra loro per la tipologia societaria (ossia, a seconda che il fatto sia commesso nell'ambito di una società «quotata»²⁵⁴ ovvero

²⁴⁹ Va rilevato che l'inserimento dei reati di false comunicazioni sociali tra i reati societari richiamati dall'art. 223, ha sollevato delle perplessità da parte di certa dottrina. Con riguardo all'art. 2621 c.c., si è sostenuto che «*trattandosi di reato di pericolo unicamente concentrato sulla correttezza e completezza dell'informazione, non sembra possibile congetturare un'ipotesi nella quale la dalla commissione di tale contravvenzione possa derivare il dissesto della società*» (si vedrà però – *infra*, cap. II, sez. (A), § 4.1. – che in realtà anche l'attuale falso in bilancio, pur essendo reato di pericolo, può avere una sua incidenza sullo stato di decozione); con riguardo all'art. 2622 c.c., è stato fatto notare, invece, che il danno ai soci e ai creditori preso in considerazione dalla norma non necessariamente si identifica con il danno al patrimonio sociale. Su tutto ciò, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, op. cit., 446-7.

²⁵⁰ In questo senso si espresse la Corte costituzionale: C. Cost., sent. 1 giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1497.

²⁵¹ Cfr. R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 970.

²⁵² v. *Relazione al D.lgs. n. 61/2002*, § 2.

²⁵³ Il previgente art. 2621 c.c., introdotto con la riforma del 2002, prevedeva un'ipotesi contravvenzionale. E per quanto riguarda l'art. 2622 c.c., le tre sottoipotesi in esse prevedute erano tutte costruite come reato di danno, una delle quali procedibile a querela.

²⁵⁴ In particolare, l'art. 2622 c.c. si applica alle «*società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro paese dell'UE*». A questi enti sono equiparati (*ex co. II*): le società i cui titoli sono negoziati in un mercato regolamentato italiano

«non quotata») e che, come si è anticipato, sono entrambi tesi a tutelare il bene giuridico dell'informazione societaria nei suoi parametri di veridicità e completezza per il corretto svolgimento dei rapporti economici²⁵⁵. In altri termini, ciò che il legislatore vuole evitare è che attraverso la rappresentazione, da parte dei soggetti societari, di informazioni contabili false riguardanti la persona giuridica, si possa ingannare l'enorme platea di soggetti che operano nel mercato.

Le due fattispecie, in larga parte identiche, esordiscono con l'elencazione dei destinatari delle relative incriminazioni, i quali vengono individuati nelle figure degli amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori. Gli altri elementi strutturalmente rilevanti possono compendiarsi come segue.

a) I veicoli delle falsità punibili o, in altre parole, l'oggetto materiale della condotta criminosa, sono i bilanci²⁵⁶, le relazioni²⁵⁷ e le altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico. La penale rilevanza di queste ultime, nell'ambito delle

o di altro paese dell'UE; le società i cui titoli sono negoziati in un sistema multilaterale di negoziazione italiano (i c.d. *Multilateral Trading Facilities* sono dei sistemi di contrattazione «privati» che offrono la possibilità di negoziare strumenti finanziari presso una Borsa, senza compiti regolamentari di ammissione informativa); le società che controllano società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro paese dell'UE; le società che fanno appello al pubblico risparmio o che comunque lo gestiscono.

²⁵⁵ Cfr. C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, cit., 12-3.

²⁵⁶ Tra i quali figura non solo il bilancio di esercizio [composto, com'è noto, dallo *stato patrimoniale* (che rappresenta la composizione quantitativa e qualitativa del patrimonio della società e la sua situazione finanziaria nel giorno di chiusura dell'esercizio: cfr. artt. 2424 e 2424-bis c.c.), dal *conto economico* (che espone il risultato economico dell'esercizio, i.e. utili e perdite, evidenziando tutte le operazioni gestionali: cfr. artt. 2425, 2425-bis, 2426 c.c.), dalla *nota integrativa* (che illustra e specifica le voci dello stato patrimoniale e del conto economico fornendo una serie di informazioni integrative sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società: cfr. artt. 2427 e 2427-bis c.c.) e dal *rendiconto finanziario* (consistente in un prospetto informativo in cui una società riassume i flussi di cassa che sono avvenuti in un determinato periodo: cfr. art. 2425-ter c.c.)] ma anche tutti gli altri bilanci *tipici* idonei a portare a conoscenza dei soci la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, quali ad esempio i bilanci straordinari, i progetti di fusione o scissione [cfr. art. 2501-ter c.c.], il prospetto contabile in occasione della riduzione del capitale sociale per perdite [cfr. art. 2446 c.c.], ecc. Su tutto ciò v. C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, cit., 16-17; E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese*, op. cit., 107 ss., 319 ss., 335 ss.

²⁵⁷ Si tratta di resoconti scritti informativi che la legge impone di predisporre a soggetti qualificati (amministratori e sindaci) nello svolgimento di specifici atti della vita societaria. Si pensi, ad esempio, alla relazione degli amministratori sull'andamento e sul risultato della gestione che deve accompagnare il bilancio (art. 2428 c.c.), alla relazione dei sindaci al progetto di bilancio nelle società con sistema di *governance* tradizionale (art. 2429 c.c.), ecc. Su tutto ciò v. C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, cit., 17.

società non quotate, è data soltanto a quelle «previste dalla legge»²⁵⁸, mentre tale inciso è venuto meno nell'ipotesi di false comunicazioni sociali commesse in seno alle società quotate, poiché in questi casi si è voluto estendere la punibilità ad ogni falsa dichiarazione resa non solo sulla base di obblighi normativi espressi, ma anche in conseguenza di iniziative volontariamente assunte dall'agente²⁵⁹. È dato, inoltre, esplicito rilievo alle comunicazioni relative al gruppo così facendo rientrare nell'orbita dei delitti anche le falsificazioni del c.d. bilancio consolidato²⁶⁰.

b) La condotta penalmente illecita viene descritta attraverso due modalità alternative, una commissiva e l'altra omissiva. Nell'ambito della prima è ravvisabile un ulteriore profilo di differenziazione tra le due disposizioni in esame, giacché mentre nel caso delle società non quotate si tratta di incriminare i soggetti che «espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero», nelle società quotate (e quelle ad esse equiparate) viene a mancare il requisito della “rilevanza” dei fatti materiali²⁶¹. Restano invece equivalenti le condotte alternative, consistenti nell'omissione di «fatti materiali rilevanti, la cui comunicazione è imposta dalla legge»²⁶².

In ogni caso, si deve precisare che gli enunciati mendaci penalmente rilevanti non sono soltanto quelli “descrittivi” (*i.e.* quelli relativi ai dati oggettivi della realtà sensibile, come ad es. un ricavo o un costo di acquisto di un bene) bensì, come

²⁵⁸ Potranno essere tali, ad esempio, le comunicazioni ai soci o al pubblico in risposta a raccomandazioni della Consob, oppure le precisazioni fornite ai soci sull'andamento della gestione o su talune poste di bilancio durante l'assemblea per l'approvazione del bilancio stesso.

²⁵⁹ Cfr. S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 822.

²⁶⁰ Che rappresenta, appunto, la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico del complesso di imprese costituito dalla società controllante e dalle controllate.

²⁶¹ Tale scelta normativa è giustificata dal fatto che nell'ambito di queste società le informazioni fattuali devono ricevere una tutela più intensa, stante il più esteso impatto che hanno sull'ampia platea dei risparmiatori e atteso il maggior grado di pericolosità che le stesse rivestono per il funzionamento dei mercati finanziari. In questa prospettiva il legislatore avrebbe ampliato la nozione tipica di falso fino a ricomprendere ogni riserva occulta che sul piano del disvalore presentino una minima offensività penale. Ferma restando, naturalmente, la necessità che il bene protetto sia concretamente messo in pericolo. Cfr. C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, cit., 61; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 823.

²⁶² Secondo P. GUALTIERI, *Le nuove comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.4/2016, 162, tale scelta si spiega perché «è razionale (...) introdurre una tolleranza nella valutazione della punibilità penale delle condotte omissive in modo che simili situazioni non siano sottoposte al vaglio del giudice penale e siano così evitati costi superflui per il sistema economico».

recentemente affermato dalle Sezioni Unite, anche quelli “valutativi” (i.e. quelli relativi a dati che in sede di elaborazione contabile possono essere stimati, come ad es. il prezzo di mercato di una merce)²⁶³.

c) Entrambe le falsità devono riguardare «*la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene*» ovvero «*beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi*».

d) Dal punto di vista oggettivo, alla tradizionale sfera di tipicità, si aggiunge poi la capacità decettiva del falso: la condotta deve cioè essere concretamente idonea ad indurre altri in errore. L’obiettivo è quello di recuperare una dimensione autonoma della sanzione penale, lasciando agli strumenti civilistici il compito di tutela nelle ipotesi in cui non sia dato ravvisare il requisito della “idoneità ingannatoria”²⁶⁴.

e) Per quanto concerne l’elemento soggettivo, le nuove figure si caratterizzano innanzitutto per l’avverbio «*consapevolmente*», il quale svolge un ruolo selettivo nella struttura della fattispecie poiché esclude la rilevanza penale del «dolo eventuale» ma non, si badi, quella del dolo diretto, in quanto questo sarebbe stato estromesso solo se si fosse mantenuto il canone dell’intenzionalità ingannatoria. Il soggetto agente, in sostanza, deve essere consapevole della concreta capacità decettiva della condotta²⁶⁵. In secondo luogo, è richiesto il dolo specifico di «*conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto*».

²⁶³ v. Cass. pen., Sez. Un., ud. 31 marzo 2016, n. 22474, in *Cass. pen.*, 2016, 2784 ss., con nota di F. D’ALESSANDRO, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni Unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*. L’intervento delle Sez. Un. era volto a dirimere il contrasto creatosi all’interno della V Sez. della Corte, insorto intorno all’avvenuta espunzione, da parte del legislatore del 2015, dell’inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*» dalla condotta commissiva delle fattispecie di false comunicazioni sociali. Nel senso dell’irrelevanza penale del falso valutativo v. Cass. pen., Sez. V, ud. 16 giugno 2015, n. 33774, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1486; Cass. pen., Sez. V, ud. 8 gennaio 2016, n. 6916, in *Penale contemporaneo* online, 2 marzo 2016. A favore della sopravvivenza del falso valutativo, v. Cass. pen., Sez. V, ud. 12 novembre 2015, n. 890, in *Cass. pen.*, 2016, 1417.

²⁶⁴ In questi termini, C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, cit., 55.

²⁶⁵ Cfr. C. BENUSSI, *Id.*, 56.

3. Il nesso di causalità: «cagionato, concorso a cagionare».

Il secondo importante elemento di novità contenuto nella nuova versione dell'art. 223, co. II, n.1, l. fall., è rappresentato dalla connessione causale, che ora la norma esige, fra la condotta tipica e il dissesto, assunto così ad evento del reato in senso tecnico. Questa innovazione, oltre a costituire il tratto essenziale dell'incriminazione attualmente vigente, segna anche lo sfondo sul quale si proietta il disvalore della condotta, poiché implica la necessità di accertare non soltanto la realizzazione di uno dei fatti descritti nelle figure dei reati societari richiamati, ma altresì che questi abbiano «cagionato o concorso a cagionare» l'evento tipico del dissesto societario.

Tale accertamento causale, che – stante la polarizzazione al danno delle condotte previste nella maggior parte dei reati societari di nuovo conio, nonché la loro parziale omogeneità di contenuti offensivi rispetto alla bancarotta fraudolenta – sul piano astratto sembra essere di agevole verifica, deve svolgersi necessariamente sul piano concreto²⁶⁶: e per due distinte ragioni.

Da un lato perché questo carattere accede alla natura stessa dell'accertamento causale, che impone di verificare la derivazione eziologica fra l'antecedente rappresentato dalla condotta (qui tipizzata normativamente) e l'evento (qui descritto come dissesto). I principi della teoria condizionalistica, accolta dal migliore dottrina²⁶⁷ in tema di nesso causale, esigono che l'interprete acclari che sia la causa, sia la concausa, abbiano operato quale *conditio sine qua non* alla produzione dell'evento. L'individuazione della natura condizionante di un'azione rispetto ad una data conseguenza, ovviamente, dovrà essere svolta attraverso il ricorso a delle «leggi di copertura» in grado di spiegare (per quanto possibile) l'eziologia dell'evento penalmente rilevante. Nella ricostruzione dell'eziogenesi del dissesto, in particolare, il giudice penale o, più verosimilmente, il perito si dovrà

²⁶⁶ Cfr. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., 446.

²⁶⁷ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 219 ss.

appellare ad adeguate generalizzazioni tipiche delle scienze aziendalistiche, dotate del più elevato grado di attendibilità e, quindi, di verificabilità²⁶⁸.

Dall'altro lato perché l'evento costitutivo del delitto di cui all'art. 223, co. II, n. 1, l. fall., non corrisponde al fatto lesivo che integra l'evento tipico dei vari delitti richiamati dalla norma incriminatrice ora in esame. Per quanto grande possa essere la lesione al capitale o al patrimonio sociale, essa non necessariamente si esaurisce nel dissesto.

In altri termini: si verte in primo luogo in tema di accertamento del nesso di causalità, elemento costitutivo del reato, e come tale soggetto alla verifica rispetto al caso *hic et nunc* verificatosi; in secondo luogo perché non c'è necessaria coincidenza tra il dissesto e la lesione al capitale o al patrimonio sociale, nel senso che quest'ultima non per forza deve tradursi nel primo²⁶⁹.

Non occorre – è opportuno sottolinearlo – che la commissione del fatto integrante l'illecito societario sia l'unica causa del dissesto, essendo sufficiente che abbia concorso a produrlo. Ciò significa che l'efficacia causale non è esclusa dal concorso di altre cause concomitanti, pur essendo ipotizzabile un'interruzione del nesso di eziologico ai sensi dell'art. 41, co. II., c.p.²⁷⁰ ad opera di concause di assorbente rilevanza (si pensi, ad esempio, all'imprevista insolvenza del più importante debitore della società, ovvero ad eventi "incolpevoli" di distruzione del patrimonio quali il furto o l'incendio, la concorrenza sleale, ecc.)²⁷¹.

Va rilevato che l'inciso «*o concorso a cagionare*» è stato inserito dal legislatore delegato dopo che il Senato, in sede consultiva, aveva richiamato il governo a conformarsi a quanto previsto dall'art. 11, lett. g), della legge delega 366/2001²⁷². È stato osservato²⁷³, però, che tale formula non ha alcun significato dal momento

²⁶⁸ Cfr. A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità*, cit., 739-740.

²⁶⁹ v. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, op. cit., 447.

²⁷⁰ «*Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita*».

²⁷¹ Cfr. R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), cit., 2187; A. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, op. cit., 188.

²⁷² v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 37.

²⁷³ Cfr. R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, op. cit., 2187; A. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, op. cit., 188; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*,

che l'art. 41 c.p. afferma espressamente che «*il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento*». In altre parole, se il legislatore non avesse parificato il «*concorrere a cagionare*» al cagionare, lo stesso risultato si sarebbe raggiunto nei casi concreti applicando direttamente l'art. 41 c.p., norma riferibile a tutte le leggi penali incriminatrici, anche esterne al codice penale²⁷⁴ (v. art. 16 c.p.). Tanto è vero che essa si applica pacificamente anche al cpv., n. 2 dello stesso art. 223 l. fall., cosicché l'amministratore che, con dolo o per effetto di operazioni dolose, semplicemente «*concorre a cagionare*» il fallimento sarà comunque punibile in base a tale norma²⁷⁵.

Non può pertanto condividersi l'opinione di quegli autori²⁷⁶ che tentano di dare una giustificazione alla formula ricollegandola alla tesi dell'aggravamento del dissesto, sostenendo che il fatto che *aggrava* il passivo in via di formazione è un fatto che *concorre* alla (ulteriore) formazione del dissesto fino a quando esso non si cristallizza nell'accertamento formale del suo verificarsi, che avviene solo con la sentenza dichiarativa di fallimento.

Per sostenere quest'ultimo assunto, infatti, al di là della sua correttezza o meno, non occorre cercare il supporto della formula qui criticata. Ciò è confermato dalla presenza di letture, anche autorevoli²⁷⁷, che pur ritenendo plausibile l'ipotesi che

op. cit., 449; A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 390; G. CASAROLI, *Sub. art. 223*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, cit., 1536.

²⁷⁴ Peraltro, l'inciso «*concorso a cagionare*» il dissesto non è nuovo al diritto penale fallimentare, perché lo si ritrova anche nell'art. 224, l. fall., che regola i fatti di bancarotta semplice impropria, e punisce gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società dichiarate fallite che «*hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge*». Anche in questo caso, la dottrina, anticipando le stesse considerazioni che sul punto hanno segnato la riforma della bancarotta fraudolenta *da reato societario*, ne aveva evidenziato la superfluità. Cfr. P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, op. cit., 306; C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 336.

²⁷⁵ v. A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 390. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, in *CED Cass. pen.*, 2010.

²⁷⁶ Cfr. G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, cit., 262; M. GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella «nuova» bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2003, 96-7; G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, cit., 97.

²⁷⁷ Cfr. A. LANZI, *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, in *Fisco online*, 2002, 7393 ss.

l'art. 223, co. II, n. 1, l. fall. sia idoneo ad incriminare fatti di reato societari che abbiano aggravato il dissesto dell'impresa, misconoscono una concreta utilità all'inciso «*concorso a cagionare*», ritenendo piuttosto che questo costituisca una sorta di «*superfetazione normativa*», ossia «*una reiterazione del concetto già espresso dallo stesso testo normativo*».

4. L'evento: il «*dissesto della società*». La tesi dell'aggravamento.

Distaccandosi dalla terminologia utilizzata pur all'interno della medesima disposizione, la regola di nuovo conio parla di «*dissesto della società*», e non di «*fallimento*» della stessa, come effetto della condotta vietata.

Un primo profilo critico suscitato dall'introduzione di questo nuovo elemento costitutivo riguarda, di conseguenza, proprio la definizione del termine “dissesto” atteso che la legge fallimentare non ne fornisce una. Al contrario, all'art. 5, co. II., della medesima viene definito lo «*stato d'insolvenza*», presupposto c.d. oggettivo della dichiarazione di fallimento, che «*si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*».

Facendo una rapida panoramica sul microcosmo dei reati fallimentari ci si avvede di come il legislatore abbia fatto largo uso delle suddette forme lessicali per disciplinare le varie fattispecie criminose. Invero, per citare alcuni casi: il *dissesto* costituisce l'evento del reato qui esaminato; il *fallimento* costituisce l'evento del reato di bancarotta con dolo o per effetto di operazioni; l'*insolvenza* è possibile oggetto di dissimulazione, alternativamente al dissesto, nel reato di ricorso abusivo al credito²⁷⁸. È evidente la necessità di un chiarimento terminologico.

Il *fallimento* è un concetto di forma: con una sentenza dichiarativa di fallimento il Tribunale fotografa, in un dato momento storico, l'insolvenza di un'impresa. L'eterogeneità tra «*fallimento*» e «*dissesto*» appare nitida nell'art. 217, n. 4, l. fall. (in tema di bancarotta semplice), laddove una delle forme attraverso le quali può

²⁷⁸ L'art. 218, co. I, l. fall. stabilisce che «*gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito (...) dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti (...)*».

avvenire “l’aggravamento del dissesto” è proprio data dalla procrastinazione del fallimento: da tale previsione emerge chiaramente la unidimensionalità dell’evento «*fallimento*» (i.e. dimensione temporale) rispetto alla bidimensionalità dell’evento «*dissesto*» (i.e. dimensione temporale e quantitativa)²⁷⁹.

L’*insolvenza* costituisce il presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento dal momento che, ex art. 5, co. I, l. fall., «*l’imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito*». Il concetto di insolvenza, da un lato è connaturato al concetto di inadempimento, o meglio, ad un inadempimento di portata generale che riguarda tutti i creditori: è insolvente chi non è in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Da un altro lato, invece, è disancorato, almeno in linea teorica, dalla consistenza patrimoniale poiché non possono escludersi a priori le ipotesi, di certo infrequenti, di squilibrio patrimoniale non accompagnato da insolvenza²⁸⁰ e, ex *adverso*, di insolvenza coesistente con una eccedenza dell’attivo sul passivo²⁸¹. Non a caso il concetto di insolvenza postulato dall’art. 5, l. fall., è riferito all’*imprenditore* e non al *patrimonio* di questi²⁸².

Il termine “*dissesto*”, pur richiamato in numerose pronunce giurisdizionali, non ha, come si è detto, un fondamento giuridico, ma descrive una situazione di irreversibile impotenza economico-finanziaria in un momento della vita dell’impresa. In particolare, ad avviso della dottrina più accreditata, il dissesto «*riflette il substrato economico-patrimoniale dell’insolvenza, lo squilibrio fra attività e passività: deteriorando il relativo rapporto si cagiona (...) il dissesto*»²⁸³,

²⁷⁹ Cfr. sul punto A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «banca rotta da reato societario» al banco di prova della causalità*, cit., 724.

²⁸⁰ Si pensi all’imprenditore che, pur versando in una situazione patrimoniale in cui gli elementi passivi siano enormemente superiori a quelli attivi, continui a godere di credito essendo così in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

²⁸¹ Si pensi ai casi in cui, pur essendo contabilmente *in bonis*, l’impresa disponga di elementi attivi non rapidamente liquidabili. È il caso del c.d. fallimento da illiquidità, tipico delle imprese di costruzioni, il cui patrimonio è composto da numerosi immobili, più o meno terminati, che non sono in grado di liquidare prontamente sul mercato e non sono conseguentemente in grado di pagare regolarmente i propri creditori.

²⁸² Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, Milano, 2014, 213. Nello stesso senso A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto*», op. cit., 725; A. D’AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 136.

²⁸³ In questi termini C. PEDRAZZI, in *Commentario Scajola-Branca*, op. cit., 335.

il quale è «*un dato quantitativo, graduabile, suscettibile di essere cagionato sia nell'an che nel quantum (aggravamento)*»²⁸⁴.

Ora, se può apparire per un certo verso più coerente parlare di causazione del dissesto e non del fallimento, posta la dimensione formale di quest'ultimo termine, non deve sfuggire che siffatta denotazione implica una notevole complicazione sul piano di una esatta descrizione dell'evento tipico, sulla quale deve necessariamente essere misurato l'apporto causale della condotta tipica. In quanto dato avente una *dimensione quantitativa e graduabile* di impossibile cristallizzazione, posta la natura dinamica dell'attività aziendale, non sarà facile fissare il momento nel quale il dissesto stesso si verificherà e, quindi, individuarne la *dimensione temporale*.

Tale difficoltà fa emergere un secondo profilo critico, di enorme rilevanza pratica, che coinvolge il dissesto quale evento del delitto di bancarotta *da reato societario*. Per dissesto, infatti, può tanto intendersi quella situazione di squilibrio patrimoniale irreversibile, che porterà in seguito alla dichiarazione di fallimento, fotografata nell'istante in cui tale irreversibilità dello squilibrio patrimoniale si verifica (si potrebbe definire "*dissesto iniziale*"); oppure può intendersi il dissesto nella sua manifestazione definitiva di cui prende atto il Tribunale al momento della declaratoria fallimentare (si potrebbe definire "*dissesto finale*")²⁸⁵.

Le conseguenze della scelta tra le due soluzioni prospettate non sono affatto di poco conto, perché considerando il dissesto penalmente rilevante, ai fini dell'art. 223, co. II, n.1, l. fall., soltanto il c.d. "*dissesto iniziale*", la condotta ad esso successiva non entrerà nello schema della bancarotta societaria, ma potrà dar vita ad altre fattispecie di reato ove assuma rilevanza penale. Al contrario, nel caso in cui l'evento si faccia coincidere con la sentenza dichiarativa di fallimento, anche la condotta successiva all'effettivo verificarsi del dissesto può assumere rilevanza penale ai fini della bancarotta societaria. Con ciò *cagionare* o *aggravare* il dissesto costituirebbero due facce della stessa medaglia.

²⁸⁴ v. C. PEDRAZZI, *Id.*, 316.

²⁸⁵ Opera questo tipo di distinzione S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità*, op. cit., 220.

In altri termini, l'interrogativo che si pone è quello di stabilire se, ai fini della bancarotta *da reato societario*, sia rilevante solo il reato societario che ha cagionato il dissesto che altrimenti non si sarebbe verificato, ovvero anche il reato societario che, commesso successivamente al dissesto, muta le caratteristiche dimensionali dello stesso, aggravando uno squilibrio patrimoniale già in atto.

Secondo la dottrina che per prima ha affrontato il problema²⁸⁶, la soluzione va ricercata considerando che l'evento del reato *hic et nunc* considerato, è tradizionalmente quello, ed esattamente quello, che la condotta tipica in concreto determina. Se dunque la società era già in stato di dissesto, quello che però era stato esaminato e riscontrato dal Tribunale nella dichiarazione di fallimento è proprio ed esattamente il dissesto che l'illecito societario ha effettivamente determinato.

In questa prospettiva si è ritenuto che spostare nel tempo "un dissesto" o aggravare "un dissesto" significa cagionare *un altro dissesto*, diverso da quello ipotizzato e l'unico concretamente verificatosi. Pertanto, seguendo tale opzione ermeneutica, sarebbe causale qualsiasi azione che abbia esercitato un influsso sull'evento capace di modificarne la sua concreta manifestazione, intervenendo così non solo sull'*an* ma anche sul *quantum* dell'evento stesso²⁸⁷.

La Corte di Cassazione ha aderito a questa impostazione considerando come il reato di bancarotta di cui all'art. 223, co. II, n.1, l. fall., sussista anche quando la condotta illecita abbia concorso a determinare solo un aggravamento del dissesto già in atto della società²⁸⁸. Vengono così a rilevare anche le condotte "societarie" «*successive alla irreversibilità del dissesto, in quanto sia il richiamo alla rilevanza delle cause successive, di cui all'art. 41 cod. pen., sia la circostanza per cui il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e*

²⁸⁶ Cfr. A. LANZI, *La «nuova» bancarotta societaria*, cit., 812 ss.

²⁸⁷ Cfr. A. LANZI, *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., 7393 ss.; A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità*, cit., 735. Nello stesso senso anche C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, 377-8; e, sia pur giustificando la fondatezza dell'assunto sulla base dell'inciso «*concorso a cagionare*», G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, cit., 262; M. GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella «nuova» bancarotta fraudolenta impropria*, cit., 96-7.

²⁸⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. V, ud. 11 gennaio 2013, n. 17021, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 363 ss., con nota di M. CASELLATO e con nota di M. CALLEGARI.

durata nel tempo, assegnano influenza ad ogni condotta che incida, aggravandolo, sullo stato di dissesto già maturato»²⁸⁹.

Per converso, non pochi autorevoli autori si attestano su una linea opposta facendo leva su una serie di argomentazioni degne di nota.

In primo luogo, si ritiene che il rispetto del principio costituzionale di tassatività-determinatezza implichi che l'evento del reato debba essere collocato nel tempo con precisione, sicché il dissesto dovrebbe essere rappresentato da una situazione irreversibile, logicamente e cronologicamente afferrabile e percepibile sul piano fenomenico, in modo tale che ci saranno un tempo e un luogo nei quali questa peculiare situazione verrà alla luce e si manifesterà²⁹⁰.

In secondo luogo, è stato osservato come la disposizione fallimentare in esame non contenga alcun elemento che permetta di caratterizzare il dissesto-evento del reato come quel dissesto al quale consegue “immediatamente” la sentenza di fallimento, né sono rintracciabili tratti che autorizzino l'interprete a ritenere rilevante soltanto quel dissesto che, per ragioni quantitative collegate all'entità delle condotte poste in essere dall'agente, ha portato al fallimento²⁹¹.

Infine, sul piano sistematico, si è evidenziato che la nuova bancarotta *da reato societario* non prevede un'autonoma ipotesi di incriminazione relativa all'*aggravamento*, al contrario dell'art. 224, n. 2, l. fall., che punisce a titolo di bancarotta semplice gli amministratori, direttori generali, ecc., di società dichiarate fallite, che «*hanno concorso a cagionare o ad aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge*»²⁹². Da tale disposizione, pertanto, è agevole dedurre che il legislatore fallimentare, laddove ha voluto che il mero aggravamento del dissesto rilevasse penalmente, lo ha detto esplicitamente.

²⁸⁹ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259, in *CED Cass. pen.*, 2010.

²⁹⁰ Cfr. G. SCIUMBATA, *La riforma del diritto societario. I reati societari*, G. LO CASCIO (a cura di), Milano, 2008, 173; A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 394.

²⁹¹ Cfr. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, 448; R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 957; nello stesso senso U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., 339 - 340.

²⁹² Cfr. F. MUCCIARELLI, *Id.*, 448; R. BRICCHETTI, *Id.*, 957; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 145; A. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, op. cit., 189;

Nell'ottica di questo orientamento, appare quindi difficile ritenere che l'art. 223, co. II, n.1, l. fall., prenda in considerazione il dissesto come *quantum*, cioè come dato quantitativo graduabile. La disposizione si limiterebbe a richiedere che uno dei *fatti* richiamati abbia *cagionato* il dissesto, cioè una situazione patrimoniale di squilibrio ormai irreversibile²⁹³. Dunque, laddove il dissesto sia da ricollegarsi a fattori eccezionali, che modificando la condizione di mercato abbiano da soli determinato lo stato di decozione dell'impresa, e successivamente si verifichi un aggravamento del dissesto quale conseguenza della commissione di un reato societario, sia che intervenga sia che non intervenga il fallimento, la situazione non cambia: il soggetto agente risponderà del solo reato commesso.

È evidente però come una simile soluzione, pur apparendo imposta dal canone inflessibile del principio di legalità, dia adito ad una serie di perplessità²⁹⁴ poiché assicurerebbe l'impunità (almeno rispetto al delitto in esame) di "assalti alla diligenza" condotti ai danni di una società ormai decotta²⁹⁵. Probabilmente tale circostanza, unitamente all'esigenza di collocare il dissesto – che, va sottolineato, è un termine di natura economica e non giuridica – in una dimensione temporale e quantitativa giuridicamente certa, evitando che ciò sia invece oggetto di scontri a colpi di opinabili consulenze²⁹⁶, ha costituito fattore di stimolo e di incentivo

²⁹³ Cfr. R. BRICCHETTI, *Id.*, 957; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *Id.*, 140.

²⁹⁴ Dubbi che, a ben vedere, sono noti anche ai sostenitori della tesi da cui scaturiscono: cfr. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, 449; si veda anche A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società "con dolo o per effetto di operazioni dolose"*, cit., 435, ove dopo aver sostenuto che la considerazione penale dell'aggravamento nell'ambito della bancarotta *da reato societario* sfocia inevitabilmente in un'analogia *in malam partem*, l'autrice riconosce che comunque sarebbe opportuno incriminare anche questo tipo di incidenza causale sul dissesto, ed auspica pertanto un intervento del legislatore.

²⁹⁵ Si pensi al caso, riportato da A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»*, cit., 736, di una restituzione dei conferimenti che – a decozione conclamata – incrementi l'eccedenza delle passività sulle attività. Secondo l'autore, «*in una prospettiva attenta all'offensività della fattispecie di bancarotta non potrebbe ritenersi che il cagionamento di un dissesto (apprezzabilmente) maggiore, ossia di un'eccedenza del passivo sull'attivo di proporzioni rilevanti, possa assumere i connotati di "modalità irrilevante" rispetto alla descrizione dell'evento*». È infatti evidente che «*al crescere del passivo fallimentare, diminuirà la percentuale di soddisfacimento del ceto creditorio, con conseguente incremento della lesione della garanzia*».

²⁹⁶ È lo stesso G. SCIUMBATA, *La riforma del diritto societario. I reati societari*, cit., 175, sostenitore della tesi della rilevanza del solo "dissesto iniziale", a pronosticare numerosi contrasti tra accusa e difesa sulla determinazione del momento di insorgenza dello stato irreversibile di insolvenza, e a rilevare altresì che ove si accetti invece l'orientamento che considera punibile il semplice aggravamento del dissesto, se ne gioverebbe, sul piano probatorio, l'ufficio del Pubblico Ministero, che dovrebbe dimostrare solo il contributo offerto dal reato societario alla crisi aziendale

rispetto all'orientamento giurisprudenziale che individua nel c.d. "dissesto finale" l'evento naturalisticamente rilevante ai fini della bancarotta *da reato societario*.

Peraltro, giova qui anticiparlo, vi è chi dall'indirizzo che considera penalmente rilevante, ai fini dell'art. 223, co. II, n. 1, l. fall., il mero aggravamento del dissesto, trae spunto per individuare uno spazio di autonomia applicativa della disposizione stessa, la quale, se in una lettura sistematica viene confrontata con l'ipotesi di cui al successivo n. 2., rischia di perdere ogni effettiva utilità (v. *infra*, cap. III, § 4).

4.1. False comunicazioni sociali e dissesto societario.

Come si è osservato precedentemente, il reato di false comunicazioni sociali merita un discorso a parte, soprattutto perché gli artt. 2621 e 2622 c.c., tutelando la trasparenza e la veridicità dell'informazione societaria, non si caratterizzano in comportamenti che, come per le altre fattispecie richiamate dall'art. 223, co. II, n. 1, l. fall., possono intaccare il capitale ed il patrimonio sociale cagionando o concorrendo a cagionare il dissesto.

In effetti, non può essere sottaciuto che falso in bilancio e dissesto poggiano su due piani diversi. Tra essi non può esservi un rapporto diretto ed immediato come da causa ad effetto: la relazione esistente tra un fatto materiale (il dissesto) e una espressione del pensiero (la falsità), verbale o scritta, trova una certa difficoltà ad essere spiegata in base al rigido principio della causalità materiale²⁹⁷.

Vero è, però, che un bilancio falso può nascondere lo stato d'insolvenza, rappresentare una situazione economica, patrimoniale o finanziaria meno grave o più florida del reale, può celare elementi di giudizio, omettere la descrizione di fatti o circostanze rilevanti, può dare, insomma, informazioni mendaci attraverso cui è possibile trarre in inganno la vasta gamma degli operatori economici che agiscono sul mercato, inducendo i raggirati a compiere azioni che altrimenti non avrebbero

(facilmente configurabile, se non addirittura *in re ipsa*, giusta l'adeguata selezione dei reati societari effettuata dalla riforma).

²⁹⁷ Emblematiche al riguardo sono le parole di U. DE CRESCIENZO, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, in *Quaderni del consiglio superiore della magistratura*, cit., 1008-9: «nella mia esperienza professionale non ho mai rinvenuto una ipotesi nella quale attraverso un falso in bilancio o una falsa comunicazione sociale si sia pervenuti a "cagionare" o a "concorrere a cagionare" un dissesto».

compiuto, ovvero consentendo la perpetrazione di condotte patrimonialmente dannose da parte dei soggetti societari.

Ed allora, tale considerazione mette in luce che il mendacio contabile, l'induzione in errore e il dissesto possono essere tra loro inscindibilmente legati; ragion per cui appare doveroso porsi il problema di verificare *come* e a *quali condizioni* le false comunicazioni sociali possono cagionare o concorrere a cagionare il dissesto. Problema la cui soluzione, ovviamente, alla luce del dibattito relativo al riconoscimento o meno di una rilevanza penale del mero *aggravamento* del dissesto, non può essere univoca.

Infatti, ponendosi dal punto di vista di coloro che per dissesto intendono il c.d. "dissesto iniziale" (che si è detto consistere in quella situazione di squilibrio patrimoniale fotografata nel momento in cui si verifica l'irreversibilità), il criterio a cui si dovrà ricorrere per rendere possibile la configurazione della bancarotta *da false comunicazioni sociali* sarà quello di accertare se il dissesto della società fosse già esistente quando è stato predisposto il bilancio falso. Soltanto in caso di risposta negativa il reato fallimentare in parola troverebbe terreno fertile per la sua integrazione, in quanto la falsità potrebbe ipoteticamente porsi come vera e propria concausa dell'evento tipico.

Si pensi al caso dell'amministratore di una società che, nel corso di un determinato esercizio, ponga in essere atti di spoliazione del patrimonio sociale, avendo cura di mascherarli in un bilancio falso; anche grazie a detto bilancio, nell'esercizio successivo potrà, ad esempio, ricorrere al credito e proseguire nella sua opera di spoliazione fino a causare il completo dissanguamento della società²⁹⁸. In tal caso, sia gli atti distrattivi, sia la falsità del bilancio, avranno contribuito a cagionare il dissesto.

Sostanzialmente, nell'ottica dell'orientamento da cui si sono prese le mosse, si potrà procedere a contestare la bancarotta *da false comunicazioni sociali* soltanto laddove il dissesto si sia verificato successivamente al reato societario, ed il bilancio

²⁹⁸ È questa l'ipotesi formulata da R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 956. Per altri esempi v. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 146 ss.; A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»*, cit., 742.

mendace abbia rappresentato uno degli anelli della catena causale che ha concorso a cagionare lo squilibrio irreversibile.

Per converso, l'apertura alla tesi dell'aggravamento permette di ampliare di non poco la possibilità di innestare il falso in bilancio nello schema della bancarotta, in quanto consente di sussumere nella fattispecie incriminatrice fallimentare tutti quei casi – i più frequenti nella prassi – in cui la falsità contabile mira a mascherare al pubblico uno stato di decozione preesistente²⁹⁹.

Un potenziale decorso causale di questo tipo potrebbe realizzarsi nel seguente modo: la società, nel corso della sua attività, registra una serie di fatti economici patrimonialmente negativi che portano ad una perdita del capitale sociale al di sotto del minimo legale; tale fatto – che costituisce una causa di scioglimento della società (cfr. art. 2484, n.4 c.c.) salva l'ipotesi di ricapitalizzazione o di trasformazione dell'ente – viene occultato attraverso una manipolazione del bilancio; il nascondimento della situazione di squilibrio consente la prosecuzione dell'attività gestoria da parte degli amministratori, in violazione dell'art. 2485 c.c.; dal protrarsi di codesta gestione scaturiscono delle perdite che diventano componenti del dissesto della società, capaci di *aggravarne* l'entità³⁰⁰.

Attraverso questa ricostruzione, quindi, nella prospettiva che riconosce la penale rilevanza al c.d. “dissesto finale” (cioè quello che è temporalmente e quantitativamente cristallizzato al momento della declaratoria fallimentare), il bilancio mendace diviene *causale* alla prosecuzione di una gestione “ordinaria” (*rectius*, “non liquidatoria”) della società, capace di influire negativamente sullo squilibrio patrimoniale nella misura in cui tale gestione dovesse rivelarsi foriera di perdite *ulteriori* rispetto a quelle che altrimenti – in caso di tempestiva liquidazione della società – si sarebbero manifestate. Secondo questa chiave di lettura, dunque, saremmo in presenza di una responsabilità da «*protrazione diseconomica*»³⁰¹ della

²⁹⁹ In questo senso, A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»*, cit., 743; C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., 377.

³⁰⁰ Il caso è ipotizzato da U. DE CRESCIENZO, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 1009, e approfondito, con particolare riguardo ricostruzione della catena causale, da A. PERINI, *Id.*, 747 ss.

³⁰¹ In questi termini, A. PERINI, *Id.*, 748.

gestione provocata dal bilancio mendace. Una sorta di bancarotta *ex art. 217, n.4, l. fall.*, ma sorretta dal dolo e resa possibile dalla comunicazione sociale decettiva.

5. L'elemento psicologico.

Sotto la vigenza della vecchia formulazione normativa, si aveva inevitabilmente riguardo all'elemento psicologico proprio del reato previsto dal codice civile ed incorporato nel reato fallimentare. D'altronde, la fattispecie di cui all'art. 223, co. II, n. 1, l. fall. non aggiungeva nulla alle ipotesi di reato in essa richiamate se non il presupposto del fallimento della società.

Adesso la norma ha una sua materialità specifica e su di essa si deve innestare una autonoma volontà criminosa³⁰².

L'elemento soggettivo richiesto dalla bancarotta *da reato* societario consiste nel dolo generico, fermo restando che i reati societari richiamati, mantenendo la loro identità, pretendono la sussistenza dell'elemento soggettivo di volta in volta necessario (si pensi, ad esempio, al dolo specifico nei reati di false comunicazioni sociali)³⁰³.

Oggetto del dolo è il dissesto in quanto conseguenza delle condotte tipizzate nelle figure di reato richiamate, sicché nel momento rappresentativo dovrà rientrare la consapevolezza dello stato di dissesto come risultato derivante dalla condotta costitutiva del reato societario, mentre la volizione dovrà illuminare – almeno a titolo eventuale – il verificarsi dell'evento tipico (il dissesto)³⁰⁴. Non sembra azzardato, infatti, sostenere che possa considerarsi sufficiente che al soggetto autore dell'illecito penale societario non sia sfuggita l'eventuale incidenza causale che quest'ultimo avrebbe avuto, sia pur accompagnato da altre concause, sulle condizioni economico-patrimoniali della società, determinandone il dissesto e, malgrado detta prospettazione iniziale, egli non si sia astenuto dal realizzarlo, accettando così il rischio della verifica dell'evento negativo, con preconsenso

³⁰² Cfr. G. SCIUMBATA, *La riforma del diritto societario. I reati societari*, cit., 175.

³⁰³ In questo senso, G. SCIUMBATA, *Id.*, 175; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, op. cit., 449; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, op. cit., 155. *Contra*, G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, cit., 265.

³⁰⁴ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Id.*, 450; A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 388.

interiore sul punto, in termini non tanto di certezza di concretizzazione quanto di “indifferenza”³⁰⁵.

Va rilevato però che nella fattispecie di infedeltà patrimoniale l’elemento soggettivo è completato, oltre che dalla presenza del dolo specifico di ingiusto profitto o vantaggio, anche da un dolo intenzionale volto a cagionare un danno patrimoniale alla società. Questa intenzionalità, che si riflette sull’atto di disposizione, implica una rappresentazione del fatto in cui il soggetto agente non si limita ad accettare il rischio, bensì, sa per certo, che dall’atto dispositivo deriverà un pregiudizio economico per società.

Nei casi in cui la fattispecie tipica di cui all’art. 2634 c.c. diviene elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta, il dissesto e il danno patrimoniale della società si identificano perché il primo è la conseguenza del secondo. Pertanto, il dolo intenzionale dell’infedeltà patrimoniale, che si innesta nello schema dell’ipotesi prevista dall’art. 223, co. II, n.1, l. fall., viene a prevalere sul dolo generico della bancarotta *da reato societario* e l’intenzionalità della causazione del danno, che richiede la certezza che dall’atto di disposizione derivi un danno patrimoniale alla società, diventa incompatibile con il dolo eventuale. Dunque, in questi casi, il dolo intenzionale diventa a tutti gli effetti l’elemento soggettivo del reato fallimentare qui considerato³⁰⁶.

³⁰⁵ Cfr. A. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, op. cit., 191.

³⁰⁶ Per questi rilievi, v. A. D’AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 159 ss.

Sezione (B)

La causazione del fallimento *con dolo o per effetto di operazioni dolose.*

SOMMARIO: 1. Una norma di chiusura: l'incriminazione della causazione del fallimento - 2. Cagionare il fallimento «*con dolo*». - 3. Cagionare il fallimento «*per effetto di operazioni dolose*». - 4. La distinzione tra le due fattispecie: l'elemento psicologico. - 5. Il *Merger Leveraged BuyOut* (MLBO) quale operazione dolosa. - 6. La vicenda Parmalat: una rapida sintesi di alcune ipotesi qualificate "operazioni dolose".

1. Una norma di chiusura: l'incriminazione della causazione del fallimento.

Con l'art. 223, co. II, n.2, l. fall., vengono puniti gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori delle società dichiarate fallite che «*hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società*».

Questa particolare ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria costituisce una norma residuale e di chiusura del sistema, che ha quale funzione quella di punire quei comportamenti che non sono riconducibili ad altre condotte disciplinate dalle disposizioni sulla bancarotta, purché causalmente correlate al fallimento dell'organismo societario e connotate da intrinseca illiceità rapportata ai criteri di corretta gestione³⁰⁷.

Il legislatore, dunque, – distaccandosi dall'impostazione adottata nelle altre omonime ipotesi criminose – non ha seguito gli schemi del metodo casistico, quel metodo, cioè, per il quale la norma tipicizza, elencandole, tutte le possibili e molteplici forme di manifestazione della condotta vietata³⁰⁸. Al contrario, con la disposizione in parola, ha voluto sanzionare comportamenti che non potrebbero rientrare in una catalogazione precisa e dettagliata e che, proprio per l'eterogeneità di condotte che nel contesto dell'impresa collettiva possono realizzarsi, sfuggono a tale ipotesi definitoria.

³⁰⁷ In questo senso, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. V, ud. 22 febbraio 2007, n. 11019, in *Cass. pen.*, 2008, 3021. In dottrina, fra i tanti, G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 302; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, op. cit., 194; parlano di "valvola di sicurezza": A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, op. cit., 173 ss.; D. DAWAN, in A. PERINI - D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 315; G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 412.

³⁰⁸ Cfr. D. DAWAN, in A. PERINI - D. DAWAN, *Id.*, 314.

Pur riconoscendo, però, che l'estrema difficoltà di tipizzare tutte le complesse forme attraverso le quali può configurarsi un atteggiamento doloso dei soggetti societari nella causazione del dissesto, da un punto di vista politico criminale, costituisce motivo che costringe a rinunciare ad un'elencazione dettagliata e precisa delle stesse, non è possibile, per contro, non rilevare che il raro esempio di sinteticità, risultante da questa costrizione, si sottopone ad un apprezzamento decisamente negativo non appena la considerazione si sposti sull'enigmaticità della formula escogitata dal legislatore e sugli intricati e ardui problemi che l'art. 223, cpv., n.2, l. fall., pone agli operatori del diritto³⁰⁹.

La formula «*con dolo o per effetto di operazioni dolose*», infatti, giudicata da un illustre autore come «*tralatizia e tecnicamente infelice*»³¹⁰, rivela un dato estremamente anacronistico, che fa scontare alla stessa una connotazione prescrittiva alquanto labile, sia sotto il profilo dell'esatta portata descrittiva che – soprattutto – dell'espressa connotazione psicologica dei comportamenti determinanti il fallimento della società.

Spetterà all'interprete, pertanto, il fondamentale compito di coniugare le esigenze repressive connesse alle varie forme di bancarotta societaria – sempre più variegata e complesse in conseguenza dell'evoluzione dei rapporti e delle operazioni poste in essere dalle società nell'ambito della loro attività economica – con i principi generali di teoria generale del reato in tema di determinatezza e di dolo.

Poiché si è in presenza di due autonome ipotesi criminose, differenziate, ad avviso di una dottrina pressoché pacifica, dal punto di vista della componente soggettiva, e accomunate, sotto il profilo oggettivo, dalla circostanza che la reazione punitiva dell'ordinamento è ancorata alla produzione dell'evento fallimentare, giova sin da subito porre l'attenzione su questo elemento unificante.

Innanzitutto, va precisato che la disposizione non si riferisce a condotte doverose, come quelle dell'amministratore di società dissestata che presenta istanza di fallimento. In caso di insolvenza, la richiesta di fallimento mira a salvare il

³⁰⁹ Così, G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 412.

³¹⁰ C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 318.

salvabile e a scongiurare una responsabilità penale *ex art. 217, co. I, n.4, l. fall.* L'espressione «*cagionare il fallimento*» ha una portata più pregnante, di connotazione decisamente offensiva: significa porre le premesse del fallimento, provocare il dissesto del quale il fallimento costituisce il doveroso sbocco o anche cagionarlo illecitamente simulando uno stato di insolvenza, che dia spunto ad una richiesta di terzi o del pubblico ministero³¹¹.

In secondo luogo, il problema dell'esatta descrizione dell'evento, sulla quale misurare l'efficacia causale della condotta attiva od omissiva, è in un certo senso agevolato dalla connotazione formale dell'evento stesso, rappresentato dalla dichiarazione di fallimento e non dalla situazione aziendale che ne costituisce il presupposto. In quanto provvedimento giurisdizionale a contenuto obbligato, la sentenza dichiarativa presenta un'unica variabile significativa: la data. L'efficacia causale va quindi misurata sul fallimento storicamente individuato dalla data della declaratoria³¹² attraverso un'indagine che dovrà essere, ovviamente, estremamente rigorosa.

Ogni condotta gestoria, infatti, che precede la dichiarazione di insolvenza, può considerarsi in qualche misura causalmente connessa con la stessa stante la complessità e il dinamismo della vita di un'azienda ed il suo sviluppo nel corso degli anni³¹³. Occorre, quindi, che sia individuata una specifica e concreta notazione di diretta efficienza causale nella valutazione della condotta "dolosa". Non è possibile attribuire interesse penale a quest'ultima laddove abbia creato una passività sociale e un momento di difficoltà a cui, tuttavia, prima della dichiarazione di fallimento, sia succeduta una fase profittevole, tale da aver cancellato gli esiti di pregiudizio patrimoniale³¹⁴.

Infine, va rilevato che alla luce della dimensione cronologica dell'evento tipico, anche l'entità del dissesto può assumere in concreto rilievo causale: l'aggravamento di un dissesto già esistente e dovuto ad altri fattori, di per sé non previsto dalla norma in esame, assurge certamente a causazione quando faccia precipitare la

³¹¹ v. C. PEDRAZZI, *Id.*, 315.

³¹² v. C. PEDRAZZI, *Id.*, 317.

³¹³ In questo senso, A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 179.

³¹⁴ Cfr. G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., 58, nota 58.

situazione e provochi un anticipo significativo della declaratoria³¹⁵. La giurisprudenza, peraltro, con specifico riguardo alle operazioni dolose, dimostra una certa elasticità nel riconoscere la penale rilevanza dell'aggravamento poiché, eludendo qualsiasi indagine circa la sussistenza di spinte accelerative verso la dichiarazione di insolvenza, si limita ad affermare che «*non interrompono il nesso di causalità fra l'operazione dolosa e l'evento fallimentare, né la preesistenza alla condotta di una causa in sé efficiente verso il dissesto, valendo la disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 c.p., né il fatto che l'operazione dolosa in questione abbia cagionato anche solo l'aggravamento di un dissesto già in atto*»³¹⁶.

2. Cagionare il fallimento «*con dolo*».

Nella prima parte dell'art. 223, co. II, n.2, l. fall., viene ancorato il fallimento, quale derivazione causale, ad una condotta non meglio descritta se non tramite il rinvio al termine *dolo*, individuando così un reato a forma libera di evento comprensivo di ogni e qualsiasi comportamento, attivo od omissivo, che sia tale da determinare il fallimento della società. Assumerà rilevanza qualsiasi atto, negozio giuridico, comportamento materiale, ecc., purché abbia rilievo causale rispetto al fallimento.

La locuzione «*con dolo*» va intesa come requisito di previsione e volontà dell'evento ai sensi dell'art. 43, c.p.: l'evento-fallimento deve essere previsto e voluto dall'agente come conseguenza della sua azione od omissione.

Come si è icasticamente affermato, l'espressione indica tutte quelle ipotesi in cui il fallimento «*entra nel fuoco della volontà*»³¹⁷; e dal momento che chi vuole il fallimento come conseguenza di una propria azione od omissione non può non

³¹⁵ v. C. PEDRAZZI, *Id.*, 317. A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, cit., 223.

³¹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 8413, in *CED Cass. pen.*, 2014; Cass. pen., Sez. V, ud. 28 febbraio 2003, n. 19806, in *D&G*, 2003, n.20, 96. In senso critico rispetto a tale orientamento v. G. CASAROLI, *Sub. art. 223*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla legge fallimentare*, cit., 1540, il quale denuncia che il riconoscimento di una possibile valenza tipica (anche) alle operazioni che abbiano (solo) aggravato il dissesto della società costituisce un'illegitima estensione analogica del disposto dell'art. 223, co. II, n.2, l. fall.

³¹⁷ P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 376.

volere il danno ai creditori, in questo caso, la volontà dell'evento naturalistico implica anche quella dell'evento giuridico³¹⁸.

Sulla questione relativa alla componente psicologica, comunque, si ritornerà a breve. In questa sede è invece più interessante riflettere sulla *ratio* della norma e sulla casistica che ad essa si accompagna.

Quanto al primo profilo, si è osservato che la fattispecie in esame, anche sul piano psicologico, segna una progressione rispetto all'ipotesi base dell'art. 216, co. I e 223, co. I, l. fall.: mentre in quel caso vi è un reato di pericolo con dolo di pericolo, in questa ipotesi si ha un reato di danno con dolo di danno. «*Una sorta di bancarotta fraudolenta potenziata. Restando immutata l'oggettività giuridica*»³¹⁹.

Viene pertanto da chiedersi a cosa servirebbe, ai fini della repressione, la previsione in fase di danno di un'offesa alle ragioni creditorie, quando i comportamenti dei soggetti che abbiano commesso alcune delle manipolazioni patrimoniali previste dall'art. 216, co. I, sono già puniti, col medesimo trattamento sanzionatorio, ai sensi di tale articolo.

L'originalità della norma è stata allora individuata nel fatto che – al di fuori delle ipotesi di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione in tutto o in parte dei beni dell'impresa, indicati nell'art. 216 – essa intende invece colpire tutti quei comportamenti attraverso i quali si proceda al sabotaggio di un'impresa anche senza disperdere attività o simulare passività: la politica gestionale può essere, nel suo insieme, orientata al dissesto e avvalersi dei più vari espedienti, anche omissivi, quali ad esempio l'inerzia dolosa insita nel non attivarsi per il recupero di cospicui crediti della società o la mancata richiesta di condoni contributivi che potrebbero ridurre sensibilmente poste debitorie nei confronti di enti previdenziali, trascurare occasioni propizie, ecc.³²⁰

Da un punto di vista concreto, la casistica sulle ipotesi di preordinazione dolosa del fallimento si collega, sostanzialmente, a manovre truffaldine contraddistinte da

³¹⁸ C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 319.

³¹⁹ In questi termini, C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 319.

³²⁰ C. PEDRAZZI, *Id.*, 319; P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 377.

una «*gestione deliberatamente suicida*» della società³²¹, che viene, per l'appunto, costituita per scopi subdoli e fraudolenti.

Esemplare è il caso di società create al precipuo fine di commettere reati. Un esempio di larga incidenza statistica è quello delle c.d. “cartiere” o “*missing traders*”, ossia di quelle società che vengono appositamente costituite per emettere fatture false per operazioni inesistenti, consentendo di conseguenza a tutta una serie di società utilizzatrici di tali fatture di portare in deduzione le relative somme³²², e configurando così una sequela di reati in violazione della normativa tributaria (cfr. gli artt. 2 e 8, d. lgs. 10 marzo 2000, n.74).

Poiché l'emissione di fatturazione fittizia produce fatturato e gettito IVA, e poiché le “cartiere”, ovviamente, – prive di sedi operative e di consistenze patrimoniali, e figuratamente amministrate da “teste di legno” – non effettuano alcun adempimento fiscale, né formale, né sostanziale, è evidente che si tratta di società per loro stessa natura destinate ad operare solo per un breve periodo di tempo, e che inevitabilmente sfoceranno nella procedura fallimentare³²³.

Indipendentemente poi dal fatto che le condotte possano assumere autonoma rilevanza penale, e quand'anche ciò non accada, la prassi offre diversi casi di società costituite con l'esclusivo scopo di agire nella sistematica violazione delle norme che regolano l'attività d'impresa.

³²¹ C. PEDRAZZI, *Id.*, 319.

³²² Le false fatturazioni provenienti dalle società di comodo, infatti, vengono utilizzate dall'azienda destinataria per imputare in contabilità partite inesistenti per beni e servizi ricevuti, in modo tale da abbattere indebitamente ed illecitamente gli utili tassabili attraverso la sovrastima dei costi iscritti nel bilancio di esercizio.

³²³ Sul punto, G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., 58, nota 52; nonché E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, op. cit., 196 ss.; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 221 ss., i quali riportano anche la problematica delle frodi IVA intracomunitarie (c.d. “caroselli IVA”), che si ricollegano, appunto, al fenomeno delle cartiere. Il meccanismo dei “caroselli” si fonda sul principio secondo cui, in caso di acquisti *intracomunitari*, il compratore italiano acquista in esenzione IVA dal fornitore comunitario (cfr. art. 41, l. 29 ottobre 1993, n.427, rubricato «*cessioni intracomunitarie non imponibili*») ma di seguito rivende i beni acquistati con imposizione dell'IVA, scaricandone il costo al consumatore. Il debito IVA nei confronti dell'Erario, di conseguenza, matura proprio in capo all'importatore italiano. Ed è qui che si annidano le basi della frode, ben potendo la società importatrice – di regola una società di capitali – essere creata al solo fine di diventare debitrice insolvente dell'IVA giacché *ab origine* spogliata di ogni risorsa economica per poter adempiere e, quindi, per poter essere oggetto di azioni esecutive.

Un'ipotesi ricorrente è quella della società che opera sul mercato col progetto di fare acquisti in frode ai fornitori, omettendo abitualmente i pagamenti e sottraendo il ricavato alla garanzia dei creditori. In questi casi la giurisprudenza ha affermato che il soggetto agente pone in essere tanto il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale quanto quello ipotizzato dall'art. 223, co. II, n.2 l. fall.³²⁴

È possibile poi teorizzare un costante inadempimento, da parte dei soggetti societari, degli obblighi di natura contributiva, assicurativa, e tributaria; anche in queste ipotesi le azioni od omissioni possono essere sorrette da una precisa volontà di causare il fallimento della persona giuridica ed hanno la capacità di determinare l'insolvenza dell'impresa in ragione, ad esempio, delle sanzioni e degli interessi che progressivamente maturano proprio in virtù delle suddette inosservanze³²⁵.

Per concludere, si deve sottolineare che le descritte condotte, consistenti nel costituire una società onde perseguire finalità delittuose ovvero onde operare in spregio sistematico delle regole del corretto agire, possono ritenersi potenzialmente costitutive anche del diverso reato di fallimento cagionato *per effetto di operazioni dolose*, registrandosi una convergenza, sul piano prettamente oggettivo, tra quest'ultimo ed il delitto in commento. Pertanto, sarà l'indagine ricostruttiva dell'elemento psicologico che sorregge tali comportamenti, da svolgersi necessariamente caso per caso, ad acquisire valore dirimente ai fini della corretta contestazione delittuosa³²⁶.

3. Cagionare il fallimento «per effetto di operazioni dolose».

L'interpretazione e l'applicazione dell'inciso relativo alla causazione del fallimento «*per effetto di operazioni dolose*» rappresenta un punto estremamente delicato dell'intero apparato intorno al quale ruota la struttura della bancarotta societaria. Nella sua estrema genericità ed indeterminatezza, infatti, la formula

³²⁴ v. Cass. pen., Sez. V, ud. 23 febbraio 1995, n. 3506, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1427.

³²⁵ Cfr. E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, op. cit., 196.

³²⁶ Cfr. E. CORUCCI, *Id.*, 197; e nello stesso senso anche A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 221.

legislativa ha una portata assai ampia sicché, nella pratica, l'individuazione del suo contenuto finisce per essere rimessa al "saggio apprezzamento del giudice"³²⁷.

L'elemento caratterizzante della condotta descritta dall'art. 223, co. II, n.2, seconda parte, l. fall., deve cogliersi, innanzitutto, nel termine «operazioni», requisito prescrittivo che richiede un *quid pluris* rispetto ad una singola azione, implicando, piuttosto, un pregiudizio patrimoniale derivante, non già direttamente dell'azione dolosa dell'agente (che può esplicitarsi, ad esempio, in una forma di distrazione, dissipazione, ecc.), ma da un fatto strutturalmente complesso, riscontrabile in qualsivoglia iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito stabilito³²⁸.

Dal concetto di *operazione* vi è chi, inoltre, trae sul piano oggettivo una differenza tra la fattispecie in parola e la causazione del fallimento *con dolo*, circoscrivendo la rilevanza della prima ai soli comportamenti positivi; più precisamente, alla sfera di attività attinente alla funzione che qualifica il soggetto attivo, all'abuso dei poteri o alla violazione dei doveri relativi³²⁹. Resta salva, beninteso, la possibilità del concorso nel reato per omesso impedimento secondo i principi già esaminati (*supra*, cap. I, § 3).

A ben vedere, non pare dubbio che il valore semantico dell'espressione utilizzata non possa che prevedere un comportamento attivo dell'agente, e dunque una condotta necessariamente consistente in un'azione. D'altronde, questa opzione ermeneutica consente di non svuotare di contenuto l'adiacente fattispecie di bancarotta *con dolo* che, come si è visto, ben si attaglia a tutte quelle ipotesi di bancarotta che derivano dalla mera (volontaria) inerzia degli amministratori, i quali

³²⁷ Cfr. D. DAWAN, in A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 336.

³²⁸ In questo senso, Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, in *Cass. pen.*, 2011, 4422 ss., con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*.

³²⁹ Per tutti, v. P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 378; C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 320. *Contra*, G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 435; ed anche la giurisprudenza sembra pacifica nel ritenere configurabile anche la forma omissiva: cfr. Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2014, n. 29586, in *CED Cass. pen.*, 2014; Cass. pen., Sez. V, 29 novembre 2013, n. 12426, in *CED Cass. pen.*, 2014.

dolosamente, abbandonino la società al proprio destino inevitabilmente fallimentare³³⁰.

Ad ogni modo, va ribadito che la differenza fondamentale fra le due ipotesi criminose si coglie sul piano psicologico, poiché nella bancarotta *da operazioni dolose* – preme qui anticiparlo – il legislatore ha inteso fare riferimento a condotte in concreto causative del dissesto e, quindi, del successivo fallimento della società, quale effetto, dal punto di vista della causalità materiale, di un agire volontario, ma non intenzionalmente diretto a tale fine³³¹. Il dolo, in altri termini, è riferito alle sole operazioni causative del fallimento; la stessa espressione «*per effetto*» di operazioni dolose denota un collegamento soltanto causale con l'evento³³².

Per quanto concerne la nozione di «*operazioni dolose*», è indubitabile che l'inciso presenti delle deficienze dal punto di vista della precisione e della necessaria chiarezza della descrizione della regola di condotta; criticità che, ovviamente, nel corso del tempo, hanno suscitato non poche differenti letture della disposizione.

Come è stato autorevolmente affermato, laddove il principio di precisione sia compromesso dall'impiego di formule o locuzioni strutturalmente inafferrabili o indeterminate, talora usate come (improprie) formule di chiusura, l'impegno dell'interprete dovrà rivolgersi a rinvenire contenuti che siano *coerenti* con la disciplina espressamente formulata e comunque *omogenei* al tipo di lesività denunciata nel resto della fattispecie³³³.

Probabilmente, proprio la rispondenza a questo canone interpretativo ha costituito motivo per cui la formula definitoria coniata da PIETRO NUVOLONE ha avuto largo seguito in dottrina e giurisprudenza.

Ad avviso dell'illustre autore, per “operazione dolosa” deve intendersi «*qualsiasi atto o complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale,*

³³⁰ Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 206; M. PICCARDI, *La causazione del fallimento “per effetto di operazioni dolose”*, cit., 4441.

³³¹ Cfr. M. PICCARDI, *La causazione del fallimento “per effetto di operazioni dolose”*, cit., 4440.

³³² Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 321.

³³³ v. A. ALESSANDRI, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 47.

compiuti dalle persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l'intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società o dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori»³³⁴.

In quest'ottica, il principale elemento qualificante le operazioni dolose è la necessaria presenza di un abuso dei poteri riconnessi alla carica societaria, ovvero di un'infedeltà ai doveri imposti *ex lege* agli organi amministrativi societari.

La violazione dei doveri/abuso dei poteri non è concetto plausibile di ricostruzione astratta, se non a costo di ridursi a formule tanto tautologiche quanto inutilmente sterili; essa deve essere individuata in ragione non solo delle norme di legge, ma anche dello statuto della società, dell'oggetto sociale e di tutto quanto contribuisca, in concreto, a delineare la corretta amministrazione di una determinata società in un preciso momento storico: la buona amministrazione, infatti, va calibrata anche e soprattutto sulla scorta della situazione economico/patrimoniale in cui la condotta si compie. Variabile, quest'ultima, che risulta inscindibile nel vaglio di qualsiasi comportamento dedotto nel reato fallimentare³³⁵.

L'abuso dei poteri, secondo la giurisprudenza, sussiste anche in presenza del compimento di atti intrinsecamente pericolosi per la salute economico-finanziaria della società³³⁶.

Tutta da definire, naturalmente, la nozione di *atti intrinsecamente pericolosi* per la salute dell'ente, che va necessariamente confrontata con i concetti di «operazioni di pura sorte» e di «operazioni manifestamente imprudenti», punite meno gravemente a titolo di bancarotta semplice (cfr. art. 217, co. I, n.2, e art. 224, l. fall.): se le seconde sembrano poter segnare un confine verso il basso con le c.d. *operazioni intrinsecamente pericolose* (essendo queste qualcosa di più di una mera manifesta imprudenza) molto più difficile il raffronto con le *operazioni di pura*

³³⁴ P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 379.

³³⁵ Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 207; Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., 4422-3.

³³⁶ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2014, n. 47621, in *CED Cass. pen.*, 2015; Cass. pen., Sez. V, 12 dicembre 2013, n. 17408, in *CED Cass. pen.*, 2014.

sorte, che sembrano proprio assumere quella connotazione di intrinseca pericolosità per la salute della società, indicata dalla giurisprudenza³³⁷.

La necessaria presenza di un abuso non implica altresì che le operazioni dolose, per essere tali, debbano necessariamente rilevare di per sé stesse penalmente; la violazione dei doveri inerenti alla funzione, o l'abuso dei poteri a questa riconnessi, potrebbero non integrare alcuna fattispecie di reato se autonomamente considerati, assumendo invece rilevanza penale solo in ragione del rapporto di causalità con il dissesto³³⁸.

Pertanto, potranno assumere rilievo anche gli illeciti civili quali, ad esempio, la violazione dell'obbligo di non concorrenza (cfr. art. 2390 c.c.)³³⁹, lo sviamento di clientela, il progressivo svuotamento in azienda degli elementi costitutivi della propria capacità produttiva che ne definiscono l'avviamento³⁴⁰, sempre che, naturalmente, siano causativi del dissesto societario e siano sostenuti (come di qui a breve si avrà modo di approfondire) da un'idonea matrice soggettiva.

Più in generale, il reato si è individuato allorché la condotta, economicamente più che onerosa, persegua scopi del tutto estranei all'interesse sociale, si da apparire risultato di un infedele esercizio del potere di amministrazione escluso dall'orbita dell'art. 2634 c.c.³⁴¹ Il riferimento può andare, ad esempio, oltre ai suesposti casi, al rilascio di garanzie per importi esorbitanti rispetto alla capienza del patrimonio della società garante e per vantaggi del tutto aleatori o, comunque, con ragionevole probabilità di insuccesso; al sistematico ricorso ad attività di prestito a terzi effettuata da società che non la preveda nell'oggetto sociale; all'utilizzo di una società per esclusivo interesse delle sorti del gruppo a cui appartiene o di altre

³³⁷ Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 208.

³³⁸ Cfr. N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, 237; C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 324; D. DAWAN, in A. PERINI - D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 339. *Contra*, M. PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, cit., 179, secondo cui operazione "dolosa" sarebbe sinonimo di *reato doloso*.

³³⁹ Cfr. P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 384.

³⁴⁰ Cfr., ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 22 marzo 2006, n. 9813, in *Cass. pen.*, 2006, 3309 ss., con nota di M. BELLINA, *Sull'avviamento quale oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta*.

³⁴¹ Cfr. G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 310.

società riferibili alle persone che la partecipano, con perdite cagionate per la gravosità degli impegni assunti e per le opportunità perse per scelte estranee agli interessi della singola partecipante³⁴²; e così via³⁴³.

Per quanto riguarda poi l'eventuale rilevanza di illeciti penali, secondo la dottrina pressoché unanime l'ampiezza della formula legale consente di ricondurre al precetto di cui al co. II, n.2 dell'art. 223, l. fall. sia i reati societari non ricompresi nell'elencazione di cui al n.1 della medesima disposizione, sia i reati comuni, sempre che siano comunque offensivi di interessi patrimoniali della società e dei creditori³⁴⁴. Anche altri reati fallimentari, come il ricorso abusivo al credito – da intendersi non soltanto come richiesta di finanziamento attraverso gli ordinari canali bancari, ma anche come utilizzo di un sistema che consenta il pagamento differito di un debito, mediante l'assoggettamento ad un costo qual è quello costituito da una fideiussione bancaria – si è ritenuto siano riconducibili alle “operazioni dolose” atte a rendere configurabile, qualora ne derivi il fallimento della società, il reato di bancarotta in parola³⁴⁵.

Va tenuto presente, però, che essendo la fattispecie in esame una “norma di chiusura” è necessario che la violazione non costituisca già di per sé un'altra ipotesi di bancarotta fraudolenta³⁴⁶. Laddove, per esempio, si commetta uno degli illeciti penali richiamati dall'art. 223, co. II, n.1, l. fall., se questi saranno antecedenti causali del fallimento, si applicherà l'ipotesi di bancarotta *da reato societario*, e ciò, in un certo senso, può apparire anche scontato.

Tuttavia, proprio con riferimento al modello esemplificativo *testé* riportato, si è osservato che la sua validità debba circoscriversi ai casi in cui la condotta isolata

³⁴² Cfr. R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), cit., 2218; secondo G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., 60, proprio il terreno del gruppo sarebbe, più di altri, «compatibile con la norma in discorso, per le possibilità di abusi e strumentalità dei singoli apparati societari, con volontari squilibri e lesioni delle singole masse creditorie, in vista di non giustificate utilità».

³⁴³ Per altri esempi v. G. SOANA, *Id.*, 310 ss.; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, op. cit., 229.

³⁴⁴ Per tutti, v. N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, 236.

³⁴⁵ v., in questo senso recentemente, Cass. pen., Sez. V, 14 settembre 2017, n. 50081, in *D&G*, 2017, n.174, 10, con nota di E. FONTANA, *Quali conseguenze per chi sconta la medesima fattura presso più banche, in caso di fallimento?*

³⁴⁶ Cfr. R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, op. cit., 228.

ricalchi *solo ed esclusivamente* il “fatto” descritto dalla norma citata. Nulla impedisce, invero, di sottoporre al vaglio del giudice uno di questi “fatti” unitamente ad altre circostanze, tali da poter essere considerate, complessivamente, un’operazione dolosa. Un reato societario, in sintesi, può anche astrattamente contribuire a formare un’operazione dolosa³⁴⁷ (la questione verrà ripresa allorquando si tratterà del *Merger Leveraged BuyOut*: cfr. *infra*, cap. II, sez. (B) § 5).

Un ulteriore requisito significativo per l’operazione dolosa, nella concezione qui accolta, si rinviene nella necessità che la stessa incida, in termini di disposizione patrimoniale, negativamente sul patrimonio della società. «*La mancata dimostrazione di una diminuzione della dotazione patrimoniale, a seguito della condotta censurata, impedisce di ravvisare il reato*»³⁴⁸.

In questa direzione, pare possibile identificare un altro tratto distintivo tra la fattispecie in esame e l’adiacente causazione del fallimento «*con dolo*»: la simulazione di uno stato di insolvenza in realtà inesistente, ovvero ancora il nascondimento di una passività, di per sé non sono condotte in grado di incidere negativamente sul patrimonio dell’ente. Prendendo invece, ad esempio, fatti esclusi dall’orbita dell’art. 2634 c.c. in quanto non caratterizzati da conflitto di interessi, in essi è comunque ravvisabile una disposizione del patrimonio dell’ente che incide negativamente sullo stesso. Altra questione sarà poi capire se l’operazione si trovi in rapporto causale con il fallimento³⁴⁹.

Da ultimo, il ruolo da attribuirsi alla *dolosità* delle operazioni.

Il termine utilizzato sembrerebbe, di primo acchito, relegare tale riflessione al momento della discussione intorno all’elemento soggettivo del reato. In realtà, però, appare chiaro dalla lettera della legge che l’espressione «*dolose*» non può in alcun modo essere intesa come previsione e volontà «*dell’evento dannoso o pericoloso (...) da cui la legge fa dipendere l’esistenza del delitto*» (art. 43 c.p.), ed

³⁴⁷ Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 209.

³⁴⁸ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., 4423.

³⁴⁹ Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 210.

infatti la dottrina è quasi totalmente concorde nel ritenere che la parola sia utilizzata dal legislatore in senso atecnico³⁵⁰.

In questa direzione, pare potersi prescindere dunque dall'individuazione del piano dogmatico entro cui collocare il requisito normativo, dal momento che le soluzioni a cui giungono pressoché tutti gli autori in relazione all'intrinseco significato da attribuirgli, seppur attraverso vie diverse (invero, in letteratura, vi è stato chi ha riferito il termine all'antico concetto di "*dolus malus*"³⁵¹, ovvero chi ha parlato di "dolo specifico"³⁵², o ancora, di "elemento significativo della fattispecie che concorre alla descrizione del tipo"³⁵³), sono sempre le stesse, e sostanzialmente si riconducono tutte al nucleo centrale della fortunata formula del NUVOLONE, secondo la quale trattasi di un dolo caratterizzato dall'«*intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori*».

Le operazioni dolose vengono così a caratterizzarsi per un'intrinseca lesività che si presta al collegamento con l'evento fallimentare che ne consegue: una lesività incidente su di un'area di interessi (quelli della società e dei creditori sociali) significativi nell'ottica del fallimento³⁵⁴.

4. La distinzione tra le due fattispecie: l'elemento psicologico.

Come si è più volte sottolineato, le due fattispecie disciplinate dall'art. 223, co. II, n.2, l. fall., trovano una differenza fondamentale sul piano soggettivo, che si ricollega alla distinzione fra le espressioni «*con dolo*» e «*per effetto di operazioni dolose*» utilizzate dal legislatore nel descrivere le condotte causative del fallimento.

³⁵⁰ Cfr. per tutti C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 321; G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 449-450.

³⁵¹ Cfr. G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 450, il quale non prende esplicitamente posizione al riguardo ma riconosce che questa possa essere una delle plausibili soluzioni interpretative.

³⁵² Cfr. P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 379, che parla di un dolo specifico proiettato al risultato delle operazioni, un dolo specifico di profitto e di danno, un'intenzionalità anti-giuridica; D. DAWAN, in A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 335; G. CASAROLI, *Id.*, 451.

³⁵³ Cfr. P. MANGANO, *La causazione del fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 459 ss.; S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 210.

³⁵⁴ v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 321-2.

Proprio in relazione a questa tematica emerge quell'insidioso dato anacronistico di cui si è fatto cenno. La disposizione *de qua*, infatti, richiama pressoché pedissequamente il testo dell'art. 863, co. II, n.5 del codice del commercio del 1882³⁵⁵ che, a sua volta, riportava letteralmente la previsione dell'art. 704 del codice del 1865 (cfr. *supra*, cap. I, § 1). La formulazione che ne è discesa, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, risulta, pertanto, non conforme rispetto alla concezione del dolo elaborata dall'art. 43 del Codice Penale del 1930. Di qui il problema della trasposizione dell'inciso normativo in esame dall'originario contesto in cui è sorto – e che sostanzialmente si rifaceva ad un concetto di *dolus malus* di matrice romanistica, ossia a quell'atteggiamento psicologico qualificato da una precisa intenzionalità di offendere, accompagnata dalla consapevolezza dell'illiceità e della volontà di violare la legge con un contenuto di frode – in un sistema giuridico che accoglie una definizione di dolo differente, e che la circoscrive nei limiti della previsione e della volontà dell'evento pregiudizievole³⁵⁶.

Fatta questa premessa in chiave storica, diventa evidentemente più comprensibile l'assenza di convergenze interpretative in relazione all'esatta individuazione dei confini che, sotto il profilo psicologico, segnano il discrimine tra le due figure criminose di cui all'art. 223, co. II, n.2, l. fall.

Ridotte all'essenziale, le soluzioni che si affacciano nel panorama dottrinario e giurisprudenziale moderno sono due.

La prima, che è quella, per così dire, più rispettosa della volontà storica dei compilatori della legge fallimentare³⁵⁷, individua la differenza fra le due locuzioni nell'essenza stessa del dolo e nel rapporto tra i suoi vari gradi di intensità. Secondo questa concezione sarebbe, infatti, la distinzione fra dolo diretto e dolo eventuale la chiave di volta per una corretta interpretazione della disposizione.

³⁵⁵ La disposizione era così formulata: «hanno cagionato con dolo o per conseguenza di operazioni dolose il fallimento della società».

³⁵⁶ Cfr. D. DAWAN, in A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 314, 323; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 217.

³⁵⁷ Cfr. *Relazione al R. Decreto 16 marzo 1942, n. 267*, n. 57.

In particolare, si afferma che la prima parte dell'espressione legislativa («*con dolo*») andrebbe intesa in termini di dolo diretto, avendo la legge voluto, in questo modo, riferirsi ai casi in cui la causazione del fallimento, pur non costituendo lo scopo ultimo perseguito dal soggetto agente, è una conseguenza della sua condotta che lo stesso si rappresenta come certa o come probabile al limite della certezza. Con la seconda parte dell'inciso («*per effetto di operazioni dolose*»), invece, il legislatore avrebbe inteso comprendere e colpire tutti quegli atti che, pur senza avere, ancora una volta, come fine immediato la verifica del fallimento, sono stati, tuttavia, posti in essere anche “a costo” e quindi “col rischio” di determinare il dissesto dell'impresa, che è previsto come conseguenza (non certa, bensì) seriamente possibile della condotta. Il segmento finale del dato normativo sarebbe, dunque, caratterizzato da un dolo indiretto od eventuale, sicché dovrebbe essere tenuto distinto dall'ipotesi precedente³⁵⁸.

Contro questa interpretazione si è eccepito che il dolo indiretto non è che una specie del dolo delineato nell'art. 43 c.p., ed è perciò ricompreso, al pari di ogni altra specificazione, nella nozione generale di dolo: è già quando la legge parla di fallimento cagionato «*con dolo*» che deve, pertanto, ammettersi la possibilità che il verificarsi del fallimento, pur senza essere finalisticamente perseguito, venga tuttavia toccato dalla volontà, quantomeno nella forma della sua previsione ed accettazione³⁵⁹.

La seconda soluzione, che per il vero sembra accogliere maggiori consensi fra la dottrina e la giurisprudenza più recente³⁶⁰, è quella che individua nella “volontà

³⁵⁸ Cfr. R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), cit., 2221; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 236; in giurisprudenza v. Cass. pen., Sez. I, ud. 25 aprile 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 164; Cass. pen., Sez. V, 22 settembre 1999, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 480. In tali pronunce, si è accolta, quanto meno nella sostanza, la dicotomia “dolo diretto (o intenzionale) – dolo eventuale”. A livello terminologico, tuttavia, questi profili soggettivi sono stati qualificati rispettivamente come “dolo specifico” e “dolo generico”, ed il riferimento a queste categorie è apparso del tutto improprio e inconferente ad avviso di alcuni autori. Cfr. A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 327; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, op. cit., 204.

³⁵⁹ Cfr. G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 438; M. PICCARDI, *La causazione del fallimento “per effetto di operazioni dolose”*, cit., 4448.

³⁶⁰ Cfr., per tutti, C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 321-2; G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 440; in giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., 4422 ss.; Cass. pen., ud. 1 ottobre 2015, n. 45672, in *Cass. pen.*, 2016, 2208.

o meno” rispetto al fallimento lo snodo centrale per un’adeguata lettura esegetica dell’ambigua ed infelice espressione legislativa. In altre parole, mentre la prima parte dell’inciso «*con dolo o per effetto di operazioni dolose*» indicherebbe tutte quelle ipotesi in cui il fallimento entra nel fuoco della volontà (anche se occorre precisare che in dottrina non vi è uniformità di vedute riguardo alla nozione e al concetto di “dolo” da assumere alla base della fattispecie³⁶¹, coesistendo sia la posizione di chi, riferendolo all’art. 43 c.p., ne accoglie l’accezione più lata – comprensiva tanto della volizione diretta quanto di quella eventuale – sia quella di chi lo ascrive, in termini più restrittivi, ai casi di dissesto fallimentare *intenzionalmente* provocato); la seconda parte sarebbe invece riferita a quelle condotte volontarie che, pur non intenzionalmente dirette alla produzione del dissesto, a questo si ricollegano soltanto in virtù di un rapporto di mera causalità materiale.

Alla luce di quanto è stato anticipato nei paragrafi che precedono, è agevole intuire che l’anzidetta impostazione è quella che si ritiene preferibile; tuttavia l’assunto necessita di alcune ulteriori riflessioni.

L’art. 223, cpv., n.2, l. fall., condensa in un solo rigo due ipotesi delittuose dogmaticamente distinte. L’una implicante un’imputazione dell’evento per dolo, l’altra, invece, a titolo di responsabilità oggettiva. La bancarotta «*per effetto di operazioni dolose*», infatti, delinea una fattispecie strutturalmente preterintenzionale, in cui il fallimento, con il connesso pregiudizio per la massa dei creditori, si situa su di una linea di progressione rispetto al risultato meno grave voluto dal reo³⁶².

L’evocazione del modello preterintenzionale non può naturalmente essere presa alla lettera, in quanto il fatto base, oggetto del dolo dell’agente (le operazioni), come visto, non deve necessariamente essere identificato in un fatto che

³⁶¹ Sul problema, anche per i riferimenti bibliografici, v. G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 432, nota 61, 62; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 331, nota 82, 83.

³⁶² Nel senso della responsabilità oggettiva, cfr. G. CASAROLI, *Id.*, 453; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 226; P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 380; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 219.

autonomamente costituisca reato: il richiamo è legittimo sotto il profilo strutturale, del rapporto tra il voluto e il realizzato³⁶³.

S'impone quindi – in ossequio all'insegnamento trasmesso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988 – il dovere di un'interpretazione della disposizione che sia conforme al principio di colpevolezza, e che richieda almeno una responsabilità per colpa in relazione all'evento fallimentare, nel senso che la punibilità a titolo di bancarotta *da operazioni dolose* potrà scattare solo laddove sia possibile rimproverare al soggetto agente – che pone in essere la condotta cosciente e volontaria offensiva degli interessi dei creditori e della società – la violazione di una regola di diligenza, prudenza, o perizia, che discende da una valutazione positiva di concreta prevedibilità ed evitabilità della verificazione dell'evento³⁶⁴.

Valutazione che deve essere compiuta attraverso un giudizio di prognosi postuma, da riferirsi al momento dell'integrazione del reato (collocandosi in una prospettiva *ex ante*) e da svolgersi in concreto, secondo il punto di vista di un omologo agente modello, ossia di un agente ideato mentalmente come coscienzioso ed avveduto che si trovi nella medesima situazione e nel concreto ruolo sociale dell'agente reale³⁶⁵.

È stato sostenuto che la tesi della responsabilità oggettiva rischierebbe di vanificare la distinzione fra l'ipotesi di bancarotta in parola e l'art. 224, n.2, 1. fall. (che punisce l'aver concorso a cagionare o ad aggravare il dissesto con violazione degli obblighi imposti ai soggetti societari dalla legge), con conseguente violazione dei principi generali sulla colpevolezza, poiché si trasformerebbe ogni volontaria inosservanza di obblighi in operazione dolosa invece di iscriverla nella previsione

³⁶³ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 322; S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 225.

³⁶⁴ Cfr. M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., 4456; per un inquadramento generale del problema della reinterpretazione costituzionalmente conforme delle ipotesi di responsabilità oggettiva, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 382 ss.

³⁶⁵ Cfr. M. PICCARDI, *Id.*, 4456.

colposa quando si accerti che il dissesto, cagionato dall'inosservanza, è totalmente escluso dalla sfera di influenza dell'eventuale volizione³⁶⁶.

L'obiezione però è facilmente superabile se si tiene a mente che nell'ipotesi di cui all'art. 223, cpv., n.2, seconda parte, l'abuso che contraddistingue la condotta del soggetto agente è certamente "doloso" nel senso suindicato. Intesa la fattispecie in questi termini appare piuttosto ragionevole che si sanziona maggiormente la dolosa violazione dei doveri o il doloso abuso dei poteri (che abbiano inciso in termini negativi reali sul patrimonio dell'impresa e dai quali sia derivato il fallimento) rispetto ad una condotta altresì contraria alla corretta gestione dell'impresa, ma non dolosa bensì contraddistinta da negligenza. La differenza la farebbe appunto il diverso atteggiamento psicologico che connota la *mala gestio*, dolosa in un caso, colposa in un altro³⁶⁷.

Tirando le fila del discorso, può concludersi rilevando che la bancarotta *da operazioni dolose* farà sponda, verso il basso, sulla responsabilità colposa; verso l'alto, invece, si arresterà un istante prima che l'evento fallimento entri nel fuoco della volontà dell'agente, ricorrendo in quel caso l'ipotesi adiacente di bancarotta *con dolo*.

5. Il "Merger Leveraged BuyOut" (MLBO) quale operazione dolosa.

Le operazioni di *Merger Leveraged BuyOut* (i.e. la forma di *leveraged buyout* che si conclude con la fusione di due società) si caratterizzano per una serie complessa di atti che, partendo dall'obiettivo di acquisire una determinata società (c.d. *target*), consentono di raggiungere il risultato auspicato, ovvero sia pagare l'indebitamento creato per l'acquisto della *target* facendo per l'appunto *leva* sulla redditività della stessa società acquisita e sfruttando dunque il rapporto virtuoso tra

³⁶⁶ In questo senso, v. P. VENTURATI, *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 579 ss.; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 233.

³⁶⁷ Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 228; nello stesso senso anche C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 321; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 228; D. DAWAN, in A. PERINI - D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 314, 336.

il suo indebitamento e le sue attività. In sostanza la *target* ripaga il debito contratto per acquistare essa stessa³⁶⁸.

Pur essendo configurabile secondo modalità eterogenee, lo schema tipico più frequente può essere riassunto in pochi passaggi:

- creazione di una *NewCo*, che servirà per acquisire la società *target*;
- finanziamento della *NewCo*, che contrae le obbligazioni necessarie ad ottenere la provvista per procedere all'acquisto³⁶⁹;
- acquisto della partecipazione della società *target*;
- fusione per incorporazione della *target* nella *NewCo* (c.d. *forward Merger Leveraged BuyOut*) ovvero della *NewCo* nella *target* (c.d. *reverse Merger Leveraged BuyOut*), in modo tale che, in ragione della fusione, la società *target* si trovi ad aver incamerato e a dover restituire, grazie alla sua redditività, il debito contratto dalla *NewCo* per acquisirla.

In passato, prima della riforma del diritto societario, si è registrato un lungo dibattito intorno alla liceità, sotto il profilo civilistico, dell'operazione, e segnatamente per una pretesa violazione del disposto dell'art. 2358 c.c. (che postulava un divieto di prestiti e garanzie per la sottoscrizione o l'acquisto di azioni proprie) il che comportava, in ragione del *previgente* art. 2630, co. I, n.2, c.c., una contestuale illiceità penale dell'operazione medesima³⁷⁰.

³⁶⁸ Il vantaggio economico di questa operazione (oltre a numerosi benefici di ordine fiscale) consiste nella possibilità di acquisire organismi di rilevante consistenza economica, senza la immediata anticipazione di denaro, ma – al contempo – offrendo al creditore una sostanziale garanzia, parametrata sulla congruenza, patrimoniale od economica, di quanto acquistato. Su questo istituto è ancora fondamentale l'opera di P. MONTALENTI, *Il leveraged buyout*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1991.

³⁶⁹ Solo in minima parte verrà utilizzato capitale di rischio della *NewCo*, che essendo un guscio vuoto (*shell company*), recepisce i fondi attraverso o i debiti subordinati (*mezzanine debts*) od attraverso il risparmio raccolto tramite la vendita di obbligazioni convertibili ad alto rischio (*junk bond*). Per la gran parte, però, si tratta di finanziamenti provenienti da istituti finanziari (*senior lenders*), di regola *merchant bank*, ma anche *venture capital* ed investitori istituzionali, i quali erogano un mutuo di scopo, che, tendenzialmente, è pari al costo dell'acquisizione. Cfr. M. SOLFERINI, *Le operazioni di leveraged buyout dopo la riforma del diritto societario*, in www.tidona.com; A. BRUNO, *Il leveraged buyout nella casistica giurisprudenziale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, 807 ss.

³⁷⁰ La disposizione, infatti, puniva gli amministratori che avessero violato «le disposizioni degli articoli 2357, primo comma, 2358, 2359 bis, primo comma, 2360, o quelle degli articoli 2483 e 2522».

Nonostante la posizione assunta dalla giurisprudenza circa l'illiceità del MLBO, adducendo sotto vari profili l'aggiramento della *ratio* sottesa ai divieti stabiliti dall'art. 2358 c.c.³⁷¹, attenta dottrina civilistica da sempre aveva sottolineato come le operazioni di MLBO non comportassero *strictu sensu*, la concessione di prestiti né la dazione di garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie; tale risultato, impropriamente valorizzato, a ben vedere non viene mai raggiunto con un MLBO: la *target* non concede mai prestiti né fornisce garanzie per l'acquisto delle proprie azioni (condotta che deve, necessariamente, precedere o essere contestuale all'acquisto); il risultato della sostanziale leva (che costituisce l'oggetto della censura nel senso che, in ragione della successiva fusione, il fu patrimonio della *target* garantisce, post-fusione, il fu debito della *NewCo*) viene raggiunto solamente tramite la fusione, successiva all'acquisto della *target* e quando ormai le due distinte soggettività sono estinte, avendo preso corpo una nuova ed unica società³⁷².

In questo contesto si inserisce l'intervento del legislatore, sgombrando di fatto il campo dai dubbi sulla generale liceità delle operazioni. Con il d. lgs. n.6/2003, invero, vengono alla luce alcune disposizioni specifiche, e in particolare l'art. 2501-bis, c.c., il quale – stabilendo, al comma primo, che «*nel caso di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti, si applica la disciplina del presente articolo*» – sancisce definitivamente la liceità delle operazioni in parola, allorquando vengano rispettate determinate condizioni³⁷³.

³⁷¹ Cfr. Trib. Milano, 13 maggio 1999, in *Le società*, n.1/2000, 75 ss., con commento di M. S. SPOLIDORO, *Incorporazione della controllante nella controllata e «leveraged buy out»*; Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 2000, n. 5503, in *Le società*, n.6/2000, 711 ss., con commento di L. PICONE, *Liceità del «merger leveraged buy-out»?*

³⁷² Cfr., fra i tanti, P. MONTALENTI, *Il leveraged buyout*, cit., 57; A. FRIGNANI, *Il leveraged buy-out nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1989, 419; A. MORANO, *Liceità o illiceità del leveraged buy-out?*, in *Le società*, n.7/1992, 885 ss.

³⁷³ Fu proprio la legge delega n. 366/2001 ad indicare espressamente come criterio direttivo (art. 7, lett. d) quello per il quale le operazioni di *Merger Leveraged BuyOut* non comportavano la violazione degli artt. 2357, 2357-*quater* e 2358 c.c.

Così rapidamente riassunto il MLBO, c'è da chiedersi in questa sede se sia possibile qualificarlo come “operazione dolosa” e di conseguenza, tutte le volte in cui ad essa segua eziologicamente il fallimento, se sia configurabile la fattispecie di bancarotta di cui all'art. 223, co. II, n.2 (seconda parte), l. fall. Questo problema, inoltre, non può prescindere dall'affrontare i rapporti tra la norma citata e l'art. 2629 c.c., il quale costituisce uno dei reati presupposto della fattispecie di bancarotta disciplinata dall'art. 223, co. II, n.1, l. fall., e va a punire quale “operazione in pregiudizio dei creditori” anche le fusioni realizzate in violazione delle norme poste a tutela dei creditori (cfr. *supra*, cap. II, sez. (A), § 2).

Come si è detto, le operazioni dolose consistono in un'iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito stabilito. Laddove si prendesse in considerazione quale causa del fallimento la *sola ed esclusiva* operazione di fusione, la norma da applicare sarebbe l'art. 223, co. II, n.1, l. fall., con riferimento all'art. 2629 c.c., con la conseguenza che, qualora manchino violazioni di disposizioni poste a tutela dei creditori nel suo *iter* di approvazione, non sarebbe possibile ritenere configurata alcuna ipotesi di reato, avendo il legislatore dato precise indicazioni in ordine alla penalizzazione della fusione societaria (in buona sostanza, non è possibile far rientrare dalla finestra delle operazioni dolose ciò che si è fatto uscire dalla porta)³⁷⁴.

Se però, il legislatore ha inserito una disciplina *ad hoc* per le operazioni di *fusione a seguito di acquisizione con indebitamento*, certamente sarà lecito prendere in esame l'intera fattispecie (ora positivizzata) considerandola nel suo complesso, per chiedersi se possa rilevare quale operazione dolosa³⁷⁵.

³⁷⁴ In questo senso S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 209, 229 ss.

³⁷⁵ Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Id.*, 229 ss., 239, il quale riporta anche il caso analogo della scissione societaria che abbia dato corso al fallimento. Tale operazione può anch'essa essere punita, ex art. 2629 c.c., quale operazione in pregiudizio dei creditori, allorché ricorra «violazione delle disposizioni di legge poste a tutela dei creditori». Tuttavia, viene rimarcato come la realtà fenomenica possa offrire dei casi in cui l'operazione di scissione non si presenti da sola, bensì unitamente ad un *quid pluris* (ad es. ulteriori modifiche dell'assetto societario di gruppo) che giustifica, in questo caso, uno giudizio di rilevanza ai sensi dell'art. 223, co. II, n.2, l. fall. (bancarotta per effetto di operazioni dolose).

Effettuando un rapido scrutinio, non vi è dubbio che si tratti di una complessità di atti, posti in essere dai preposti all'amministrazione societaria, che incida negativamente in termini reali sul patrimonio della società (se l'operazione deve essere valutata nel suo complesso, potranno rilevare in questi termini tanto il precedente indebitamento della *NewCo* per l'acquisizione della *target* quanto la situazione debitoria post-fusione in capo alla società sorta proprio in ragione dell'incorporazione).

Rimane da affrontare, allora, il requisito dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri ricadenti in capo agli amministratori. Sgombrato il campo dal rispetto formale/procedurale legato alla disciplina contenuta negli artt. 2501-*bis* e ss., c.c., desta maggior interesse la riconducibilità al concetto di abuso della giustificazione, sotto il profilo economico-aziendale, dell'operazione di MLBO; requisito che si ricava, per espressa previsione normativa, dall'art. 2501-*bis*, c.c., nella parte in cui prevede (co. III) che «*la relazione di cui all'art. 2501-quinquies*³⁷⁶ *deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere*».

Trattandosi di una complessità di atti che hanno portato – in esito ad una riorganizzazione societaria – alla creazione di una nuova compagine sociale che esercita un'attività già in passato esercitata, ma secondo schemi formali diversi, sembra plausibile che l'abuso possa insediarsi nell'irragionevolezza dell'operazione, nella sua inutilità per la società, nell'inopportunità rispetto allo stato di salute dell'impresa, o ancora, nell'intrinseca pericolosità del complesso degli atti stessi.

Ed è proprio sulla base di queste possibilità che la giurisprudenza ha ritenuto che l'operazione di MLBO possa assumere rilievo penale nel contesto della residuale fattispecie di bancarotta *da operazioni dolose*, allorché risulti consapevolmente avviata al di fuori di una corretta programmazione industriale –

³⁷⁶ «*L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione deve predisporre una relazione che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di fusione ed in particolare il rapporto di cambio delle azioni o delle quote*».

come richiesto dall'art. 2501-*bis* c.c. – e sia proiettata verso un'attività incapace di generare effettiva ed adeguata ricchezza, ma soprattutto laddove il pericolo ad essa connesso non possa giustificarsi con la doverosa tutela del patrimonio societario e dei creditori, disvelando, piuttosto, la violazione del dovere di perseguire gli interessi propri dell'impresa³⁷⁷.

Pertanto, nell'ambito di un'operazione di *Merger Leveraged BuyOut*, allorquando l'indebitamento realizzato dagli amministratori cagioni, da solo o in concorso con altri fattori, l'insolvenza ed il fallimento della società, la figura criminosa *de qua* potrebbe ritenersi perfezionata.

6. La vicenda Parmalat: una rapida sintesi di alcune ipotesi qualificate “operazioni dolose”.

A conclusione della disamina di questa particolare forma di bancarotta societaria è utile richiamare una recente vicenda giudiziaria che, per le dimensioni del *default*, la risonanza mondiale e la particolare complessità ed articolazione di fatti ed episodi poi riportati all'esame del giudice penale, merita una considerazione autonoma: la vicenda Parmalat³⁷⁸.

Per quanto qui interessa, il troncone processuale principale, ovvero quello legato alla dichiarazione di insolvenza della società Parmalat Spa e della *holding* Parmalat Finanziaria Spa, è paradigmatico per ciò che concerne la verifica dell'attuale tendenza da parte della magistratura di contestare sempre più e con grande ampiezza di spettro la fattispecie di reato prevista dall'art. 223, co. II, n.2, l. fall., con particolare riferimento alle «operazioni dolose»³⁷⁹.

³⁷⁷ Cfr. Cass., pen., Sez. V, ud. 18 maggio 2006, n. 23730, in *Cass. pen.*, 2007, 3256 ss., con osservazioni di L. CRISARI, *La rilevanza penale dei negozi inquadabili nello schema del leveraged buy-out dopo la riforma del diritto societario*.

³⁷⁸ La questione è ben nota: si tratta del fallimento di uno fra i più importanti gruppi societari italiani che operava nel settore alimentare, con particolare riferimento alla vendita di latte confezionato. La struttura di controllo del gruppo Parmalat era articolata sulla base di una società quotata alla borsa valori – Parmalat Finanziaria Spa – in funzione di *holding*, che controllava un così considerevole numero di società operative, finanziarie e di servizi, dislocate tra Italia ed estero, da essere stata definita nell'ambiente giornalistico come la “multinazionale del latte”. Cfr. M. MONTI, *L'Italia dei crack. Vittime, artefici e mandanti delle truffe finanziarie degli ultimi anni*, Roma, 2011, 13.

³⁷⁹ Trib. Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, Capo C), 131 ss., (*inedita*).

In linea generale, gli architravi su cui vengono ricostruite le specifiche operazioni si individuano, da un lato, nella realizzazione di acquisizioni antieconomiche non dettate da finalità aziendali, ma volte a giustificare al mercato il crescente indebitamento del gruppo; dall'altro lato, nell'ottenimento, talvolta a condizioni anche molto onerose per il gruppo, di consistenti finanziamenti bancari, e nell'emissione di ingenti prestiti obbligazionari, trattandosi di operazioni che concorrevano tutte a causare lo stato di insolvenza delle società italiane del gruppo, nonché delle partecipate o controllate estere utilizzate per il compimento delle stesse.

Su questa struttura concettuale di base, sono poi state costruite numerose specificazioni, e in quest'ottica si sono selezionate molteplici operazioni da qualificare «*dolose*» poiché, in esse, ad una (talvolta addirittura assente) liceità formale si contrapponeva «*una dannosità sostanziale oggettiva agevolmente valutabile ex ante*»³⁸⁰. In tutti questi casi, tale giudizio di dannosità sostanziale è stato il risultato di un'operazione interpretativa in virtù della quale è stato escluso che, con le operazioni suddette, il gruppo Parmalat avesse ottenuto credito e liquidità per realizzare i programmi strategici riportando l'impresa a livelli accettabili di redditività effettiva; in realtà, ad avviso dei giudici, trattasi di operazioni dolose in quanto le condotte sono state poste in essere per occultare e coprire la reale situazione patrimoniale, con il duplice effetto di *i)* spostare in avanti il momento della formalizzazione giudiziaria del dissesto; *ii)* aggravare pesantemente lo squilibrio finanziario del gruppo, a danno dei creditori. Tutte condotte attuate, dunque, «*in evidente violazione dei criteri di corretta gestione aziendale in quanto risultato di comportamenti estranei all'oggetto sociale*»³⁸¹. Senza pretesa di completezza, di seguito ne verranno evocate alcune.

Operazione “giro dei concessionari”

Questa operazione, definita «*intrinsecamente illecita*», è stata rinvenuta nell'utilizzazione di crediti fittizi per vendite figuratamente fatte nei confronti di

³⁸⁰ Trib. Parma, *Id.*, 8, 133.

³⁸¹ Trib. Parma, *Id.*, 134.

società apparentemente estranee al gruppo ma di fatto ad esso correlate³⁸², mediante i quali si conseguivano ingenti e sistematici finanziamenti attraverso il c.d. «*giro dei concessionari*», e cioè ottenendo dal sistema bancario (o da società di factoring) anticipazioni di ricevute bancarie (al salvo buon fine) a fronte di fatture emesse nei confronti delle concessionarie, nonostante le stesse fossero state stornate per la quasi totalità con note di credito; alla scadenza era la stessa Parmalat Spa (*holding* operativa delle società concessionarie) che forniva ai concessionari la provvista necessaria per il pagamento delle ricevute oggetto di anticipazione. Il meccanismo nel corso degli anni implicò una crescita patologica dell'esposizione verso gli istituti finanziatori, posto che Parmalat non era sempre in grado di restituire i finanziamenti ottenuti, specie nel corso del 2003.

Tale operazione è stata assimilata dal Tribunale ad un «*comportamento truffaldino*», che si concretizzava in una forma di ricorso alternativo al credito, al di fuori dei canali istituzionali esistenti all'interno di ogni istituto bancario, e che permetteva di iscrivere a bilancio crediti inesigibili perché inesistenti ed oggetto di svalutazione al 100%. Restava ferma, inoltre, la necessità di verificare, di volta in volta, anche il comportamento dell'istituto di credito di turno che avesse consentito le anticipazioni di credito senza i dovuti controlli³⁸³.

Operazione di aumento di capitale di Par.fin Spa del 1996

Nel giugno del 1996 l'assemblea straordinaria di Parmalat Finanziaria Spa (Par.fin) deliberava un aumento di capitale per Lire 400 miliardi, giustificato falsamente con la necessità di sostenere finanziariamente le acquisizioni già effettuate nel biennio '94 -'95 e di dotare il Gruppo di nuove risorse finanziarie per futuri ed eventuali programmi di sviluppo. La società Coloniale – azionista di maggioranza di Par.fin, ma comunque al di fuori del perimetro di consolidamento – sottoscrive l'aumento di capitale, per la propria quota (50 % + 1), attraverso un

³⁸² Si trattava di una rete di società concessionarie, formalmente poste al di fuori del perimetro di consolidamento, legate a Parmalat Spa da rapporti contrattuali che disciplinavano i prodotti da distribuire, la zona territoriale ed il rapporto di esclusività reciproca. Cfr. Trib. Parma, *Id.*, 344 ss.

³⁸³ Trib. Parma, *Id.*, 132. Peraltro l'importo complessivo delle Ri.ba presentate alle banche superava di gran lunga il fatturato di Parmalat Spa, e tale dato, decisamente anomalo, sarebbe potuto emergere da un semplice raffronto tra i dati della centrale dei rischi delle banche ed i dati espressi nei bilanci della società.

finanziamento UBS (Unione Banche Svizzere) di Lire 200 miliardi. A garanzia del rimborso veniva prestato l'intero pacchetto azionario del gruppo Parmalat, per un valore di Lire 250 miliardi. Nel novembre 1999 il prestito viene rimborsato da Coloniale con fondi che non provengono dalle sue casse sociali, ma che vengono forniti, dopo un complesso giro di bonifici, da Parmalat Finance Corporation³⁸⁴. La somma tuttavia viene restituita da Coloniale soltanto in parte, grazie ad un prestito di Lire 96,8 miliardi ottenuto dalla Chase Manhattan Bank. Il credito residuo vantato da PFC svanisce nel nulla dopo una contorta catena di compensazioni e cessioni di credito fra altre società del Gruppo (Bonlat, Carital Food Distribution, Finaliment Srl).

L'operazione di aumento di capitale realizzata senza il ricorso a fondi propri dalla proprietà si caratterizza, ad avviso dei giudici, quale operazione dolosa in quanto intrinsecamente diretta ad un salvataggio di natura extragestionale del Gruppo, non ordinariamente recuperabile se non attraverso ulteriore ricorso al debito (infine mai onorato).

Il prestito obbligazionario di Par.fin Spa del 1994

Nel 1994 Par.fin Spa si trovava in una evidente situazione di grave squilibrio economico-finanziario e l'analisi dei flussi, che transitano su una miriade di banche, attesta una tendenza destinata a divenire una costante: il ricorso al finanziamento continuo per fronteggiare scadenze pendenti con gli stessi istituti di credito, i quali, dal canto loro, iniziavano ad assumere atteggiamenti di cautela verso il gruppo chiedendo rientri immediati delle varie esposizioni aperte.

Per estinguere tali situazioni debitorie, il 29 aprile del 1994 l'assemblea straordinaria di Parmalat Finanziaria Spa delibera il ricorso ad un prestito obbligazionario per 300 miliardi di Lire³⁸⁵ e, nonostante i titoli di debito fossero appetibili per l'elevato rendimento offerto ai sottoscrittori, gli stessi non riescono a venire interamente collocati sul mercato, rimanendo a carico delle banche che avevano partecipato alla collocazione per un ammontare di circa 47 miliardi. Il

³⁸⁴ PFC è controllata da Parmalat Spa, a sua volta dalla *holding* Parmalat finanziaria, e quest'ultima era controllata da Coloniale. Ad avviso dei giudici, dunque, tutte le movimentazioni sono avvenute in spregio al divieto di cui all'art. 2359-*bis* c.c. Cfr. Trib. Parma, *Id.*, 138.

³⁸⁵ Cfr. Trib. Parma, *Id.*, 142 ss.

rimborso al prestito obbligazionario avviene il 30 giugno del 2000, con una provvista fornita da Parmalat Finance Corporation, e che proviene dalle risorse rastrellate con l'emissione di vari bonds collocati sul mercato qualche mese prima, alla cui collocazione, peraltro, parteciparono alcune delle banche che avevano partecipato al prestito del 1994.

L'operazione complessiva, dunque, pur consentendo di attenuare la tensione procurata con gli istituti finanziari, ebbe l'effetto di trasferire il rischio di inadempimento dagli enti bancari ai detentori delle obbligazioni Parmalat, incrementando, inoltre, l'esposizione debitoria, poiché tutte le banche coinvolte incassavano laute commissioni quali corrispettivi per i servizi finanziari concessi.

L'operazione Eurolire

Risale al 1994, altresì, l'operazione denominata Eurolire: si tratta di un piano di finanziamento concepito con Banca di Roma e Citibank, per ottenere una raccolta di risorse finanziarie (da destinare ovviamente al rientro dell'esposizione nei confronti di alcune banche) apparentemente per complessivi 150 miliardi³⁸⁶.

Una parte del finanziamento (*i.e.* quella rientrante nel programma di finanziamento a medio termine), quantificata in circa 87 miliardi, veniva assunta da un *pool* di banche capeggiato da Banca di Roma. La restante somma (rientrante nel programma di finanziamento a lungo termine) era invece solo apparentemente finanziata da Citibank: in realtà veniva sottoscritta dalla stessa Parmalat Spa (ossia la stessa società finanziata) che, attraverso Parmalat olandese, dava a Parmalat Luxemburg i 63 miliardi. In questo modo, Parmalat Luxemburg poteva versare la somma a Citibank, che a sua volta la trasmetteva alla Banca di Roma (l'istituto capofila che avrebbe materialmente erogato il complessivo finanziamento di 150 miliardi). Per tutti questi movimenti Citibank e Banca di Roma percepivano, ovviamente, considerevoli commissioni calcolate sull'intero importo di 150 miliardi.

Stando al piano di rimborso, mentre le banche aderenti al programma di medio termine sarebbero state rimborsate alla fine del periodo di riferimento, Parmalat,

³⁸⁶ Cfr. Trib. Parma, *Id.*, 146 ss.

che aveva investito nel programma di lungo termine, non avrebbe ricevuto nulla prima del giugno del 2000: in base a tale programma, in particolare, Parmalat Spa pagava la rata a Banca di Roma (capofila, *lender*); Banca di Roma effettuava il ‘giroconto’ a Citibank; Citibank girava, a sua volta, l’importo a Parmalat Lussemburghese, che ridava i soldi a Parmalat Spa.

È di tutta evidenza – sostiene il tribunale – come l’operazione si traduca in un mero giro finanziario, che annacqua, pertanto, il senso economico della concessione e della restituzione di un finanziamento già sottoscritto dalla stessa società finanziata.

L’operazione Geslat-Buconero

La società Buconero era una società controllata del gruppo Citibank, sostanzialmente concepita, sin dalla sua costituzione, come una società veicolo volta a permettere finanziamenti al gruppo Parmalat. Nel 1999, Buconero sottoscrisse un accordo di associazione in partecipazione³⁸⁷ con la sede svizzera della Geslat Srl, una società facente parte del gruppo Parmalat (e da esso consolidata) il cui oggetto sociale consisteva nel reperire risorse finanziarie sui mercati internazionali per erogare finanziamenti alle altre società del gruppo³⁸⁸.

L’operazione venne strutturata per apparire come un’operazione di investimento in capitale: Buconero sottoscrisse un aumento di capitale pari a 117 milioni di euro (nel bilancio consolidato di Parmalat tale apporto era iscritto alla voce “*patrimonio netto di spettanza di terzi*”), denaro che la Geslat utilizzò – in aderenza a quanto previsto nel suo oggetto sociale – per eseguire una serie di finanziamenti *intercompany*. In realtà, però, l’operazione costituì nella sostanza un credito di finanziamento al gruppo Parmalat: all’“associato”, infatti, spettava contrattualmente un rendimento minimo dell’investimento ed una garanzia di rimborso per il capitale; conseguentemente, valendo – ad avviso dei giudici – tale assunto, l’investimento di Buconero nell’associazione in partecipazione, si sarebbe

³⁸⁷ L’associazione in partecipazione è un contratto con cui una parte (l’associante) attribuisce ad un’altra (l’associato) il diritto ad una partecipazione agli utili della propria società (o di uno o più affari determinati), dietro il corrispettivo di un apporto da parte dell’associato. Cfr. art. 2549 c.c.

³⁸⁸ Cfr. Trib. Parma, *Id.*, 310 ss.

dovuto indicare, nel consolidato Parmalat, fra i debiti (da qui sono state ritenute integrate anche le ipotesi di falsità in bilancio).

L'operazione permise al gruppo di mantenere il livello di indebitamento sotto certi parametri, in modo tale da rispettare i *covenants*³⁸⁹ all'epoca vigenti, ed evitare così l'insorgenza degli obblighi ad essi connessi: il rimborso anticipato dei *bonds* emessi e il riacquisto delle partecipazioni detenute da terzi nelle proprie società.

Le operazioni in prodotti derivati nel corso del 2003

Nell'anno 2003, attraverso la tesoreria di Parmalat Spa, il gruppo faceva un massiccio ricorso a strumenti finanziari derivati (non esposti adeguatamente nell'informativa di bilancio né sottoposti a sistemi di controllo dei relativi rischi) non tanto con lo scopo di tutelare il proprio *core business* dai rischi di oscillazione dei prezzi delle merci, dei tassi di interesse e dei cambi, quanto piuttosto per fini esclusivamente speculativi e di cassa, poiché di fatto venivano utilizzati per raccogliere ingenti liquidità (che superavano complessivamente i 160 milioni di Euro a dicembre 2003), attraverso l'incasso immediato di ricchi premi e la corrispettiva assunzione di rischi potenzialmente elevati nei confronti dei vari istituti di credito³⁹⁰.

Questa operazione si rivelava certamente estranea all'oggetto sociale di Parmalat Spa, che così cercava di far fronte all'ormai inevitabile dissesto finanziario.

Il breve *excursus* sin qui operato, conclusivamente, comprende soltanto una parte delle numerose operazioni dolose che sono state contestate agli imputati dal Tribunale di Parma, ma rende evidente come attualmente, per la complessità e articolazione delle operazioni che le società possono attuare, sia in proprio che in collegamento e con la cooperazione di terzi estranei, il compito dell'interprete è arduo e difficile, palesandosi dunque la necessità di individuare criteri ben precisi

³⁸⁹ Si tratta di garanzie che il debitore rilascia al suo finanziatore, con il quale si impegna a mantenere in equilibrio la sua struttura finanziaria e a conseguire un livello minimo di margine operativo che consenta di realizzare flussi di cassa tali da essere sufficienti al rimborso dei debiti finanziari.

³⁹⁰ Cfr. Trib. Parma, *Id.*, 452 ss.

e parametri ai quali richiamarsi, nell'ottica del contemperamento delle esigenze punitive da un lato, e del rigoroso rispetto delle garanzie dell'imputato dall'altro, specie allorché ci si trovi di fronte ad una norma – come quella in esame – che richiama condotte e modalità di attuazione spesso evanescenti e comunque non dettagliatamente indicate, la cui preselezione è quindi rimessa in concreto al saggio e prudente apprezzamento del giudice.

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL CO. II, n.1 NELL'ECONOMIA COMPLESSIVA DELLA BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA.

SOMMARIO: 1. Inquadramento del problema. - 2. La tesi dell'efficacia escludente dell'attuale bancarotta *da reato societario*. - 3. Una diversa impostazione del problema. Operazione dolosa come infedeltà patrimoniale. - 3.1. La ricerca di una sfera di autonomia della bancarotta *da operazioni dolose*. - 4. L'aggravamento del dissesto come "valvola di sfogo" della bancarotta *da reato societario*. - 5. Una nuova bancarotta preterintenzionale?

1. Inquadramento del problema.

La riforma della disciplina penale delle società commerciali e delle materie connesse ha riservato sorprese di non poco conto nell'ambito della materia penalfallimentare.

Come si è avuto modo di vedere, il legislatore è intervenuto in questo settore dell'ordinamento riformulando il delitto di bancarotta *da reato societario*, e tenendo conto di tutte le forti critiche a cui la previgente figura criminosa si era esposta. La *ratio* sottesa all'intervento riformista, deducibile già dal testo della legge di delega, si poteva chiaramente identificare nella volontà di rendere la normativa maggiormente in linea con quelle interpretazioni che vedevano nel fallimento-dissesto un evento collegato eziologicamente ai reati societari sottostanti. In tal modo il delitto sarebbe stato reinserito nell'orbita dei principi costituzionali di offensività, di colpevolezza e di proporzionalità della pena.

Sotto questo aspetto, non può certo negarsi che la disposizione di nuovo conio non abbia raggiunto il suo scopo. Nell'attuale disciplina, invero, il "dissesto" ha assunto il ruolo di evento del reato e rappresenta, conseguentemente, il punto focale dell'incriminazione. Il delitto è divenuto di danno e il bene giuridico è ora chiaramente riconducibile alla tutela delle ragioni dei creditori sociali³⁹¹.

³⁹¹ Il legislatore delegato ha anche predisposto, si è detto (*supra*, cap. I, § 5.1; cap. II, sez. (A), § 1), un aggiornamento del vecchio catalogo dei reati societari richiamati dalla disposizione fallimentare facendo leva su una «*parziale omogeneità di offesa*» fra fattispecie incriminatrici societarie e quella di bancarotta, così rispondendo – a suo avviso – alla «*richiesta del delegante di stabilire un collegamento causale tra i reati societari richiamati (...) ed il dissesto della società*» (cfr. *Relazione al D.lgs. n. 61/2002*, § 24). Tale scelta tuttavia, a ben vedere, non era affatto obbligata una volta che si fosse polarizzato il disvalore della nuova figura sull'evento "dissesto", ovvero sulla verifica – ovviamente da svolgersi *in concreto* – dell'esistenza di un nesso di causalità fra reato

Il problema è però, che le norme – e le norme incriminatrici in specie – non vivono da sole, come tante monadi, ma debbono combinarsi armonicamente con il plesso ordinamentale che fa loro da cornice. È necessario chiedersi, pertanto, se l’innovazione, calata in un ordito normativo rimasto imperturbato per oltre mezzo secolo, abbia in qualche modo sbilanciato o incrinato quell’armonia dei reati di bancarotta creatasi nel corso del tempo, anche grazie all’opera indefessa degli studiosi della materia.

Il richiesto nesso eziologico fra la commissione del reato societario e il dissesto, infatti, sembrerebbe *prima facie* far slittare il cono repressivo del n.1 dell’art. 223, co. II, 1. fall., all’interno del perimetro di prensione dell’altra fattispecie “addizionale” di bancarotta fraudolenta societaria: quella delineata, cioè, dal n.2 dello stesso articolo, che – atteggiandosi a “norma di chiusura” del comparto – sottopone ad identico trattamento sanzionatorio, sia nel minimo che nel massimo, gli organi gestori e di controllo interno i quali causino il fallimento della società «con dolo o per effetto di operazioni dolose»³⁹².

Era quest’ultima disposizione che, prima della riforma, costituiva l’unica ipotesi di bancarotta a richiedere un evento materiale rappresentato dal dissesto-fallimento. In quel contesto, la previgente bancarotta *da reato societario*, sia pur con tutti i dubbi di legittimità costituzionale che la relativa formulazione portava con sé, si era guadagnata un posto del tutto peculiare: le fattispecie tipiche di cui al n.2 del cpv. dell’art. 223 1. fall., richiedevano (e richiedono) il realizzarsi di un comportamento genericamente illecito che avesse cagionato il fallimento della società; sul piano della condotta, perciò, i fatti richiamati dall’art. 223 cpv., n.1 erano indubbiamente speciali rispetto ai comportamenti di cui al n.2; ciononostante,

societario e quell’evento. Sul punto, v. S. DEL CORSO, *Art. 4 - riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *Leg. pen.*, 2003, 588. Nello stesso senso anche R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 959, che afferma: «richiedendo la nuova disposizione (...) che i fatti integranti i richiamati illeciti societari siano causativi (o concausativi) del dissesto, il problema della disomogeneità dei beni giuridici ha perso gran parte della rilevanza che aveva in passato».

³⁹² Fra i primi autori a rilevare l’interferenza, A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 379 ss.; R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 981; S. DEL CORSO, *Art. 4 - riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, cit. 590; G. PAVAN, *Art. 223, II co., n.1, l.f.: la pietra nello stagno*, in *Ind. pen.*, 2005, 1083 ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, op. cit., 450.

il n.1 aveva senz'altro uno spazio applicativo tutto suo, in quanto il n.2 aveva “qualcosa in più” rispetto ad esso (*i.e.* l'evento fallimentare eziologicamente connesso alle condotte) ed in quanto il n.1 aveva, logicamente, “qualcosa in meno” rispetto al n.2 (*i.e.* la mancanza di un nesso causale tra il fatto integrante l'illecito societario ed il fallimento). In caso contrario, sarebbe bastata la sola previsione legislativa del n.2 per occupare, con la stessa sanzione, tutta la sfera di azione del n.1³⁹³. L'allineamento *quoad poenam* fra le due ipotesi criminose si giustificava sulla base di una (ritenuta) parificazione del disvalore di evento (di cui alla fattispecie del n.2) al disvalore di azione (di cui alla fattispecie del n.1)³⁹⁴.

Ad oggi, invece, le difficoltà di distinguere le due disposizioni sono notevolmente aumentate, ed anzi, in dottrina si è addirittura prospettato il rischio che il nuovo n.1 del cpv. dell'art. 223 l. fall., se messo a confronto con l'ipotesi di cui al successivo n.2, si risolva «*in un inutile doppione, o peggio, in uno spezzone di essa*»³⁹⁵.

Tale conclusione fa leva su due argomenti:

– in primo luogo, sul fatto che l'odierna bancarotta *da reato societario*, recuperando nella sua tipicità la causazione del dissesto, sembrerebbe battere un campo di tutela già tutto considerato dalla bancarotta *per dolo o per effetto di operazioni dolose*, poiché si tratterebbe di una fattispecie *speciale unilateralmente* sia rispetto alla causazione del fallimento «*con dolo*», in quanto individua tipiche condotte causative del dissesto, sia rispetto alla causazione del fallimento «*per effetto di operazioni dolose*», in quanto, pur potendosi discutere sugli esatti contorni della definizione di “operazione dolosa”, è evidente che si tratti di una nozione assai ampia, potenzialmente idonea a ricomprendere praticamente qualsiasi “scorrettezza” dei soggetti societari e, dunque, anche qualsiasi reato societario richiamato dal n.1 del cpv. dell'art. 223 l. fall.;

³⁹³ Cfr. A. CADOPPI, *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223, cpv., n.1 l. fallimentare*, in *Fall.*, 1981, 795 ss.

³⁹⁴ Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 37;

³⁹⁵ in questi termini A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 379 ss.; nello stesso senso anche R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 982-3; V. NAPOLEONI, *Le marriage qui a mal turné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta «da reato societario»*, in *Cass. pen.*, 2009, 299.

– in secondo luogo, sul fatto che la fattispecie speciale sia punita esattamente con la stessa pena con cui è punita la fattispecie generale, il che renderebbe, per l'appunto, la situazione paradossale, dal momento che non si vede quale significato possa avere la “specializzazione” di una disposizione rispetto ad un'altra (avvenuta, nel caso di specie, mediante la preselezione dei fatti tipici di determinati reati societari quali modalità comportamentali causative del dissesto), senza prevedere altresì, come conseguenza di questa specificazione, alcuna ricaduta in termini di trattamento sanzionatorio³⁹⁶ (d'altronde, deve anche riconoscersi che i limiti della delega non consentivano al legislatore margini di manovra in merito ad eventuali interventi sul regime punitivo del reato *de quo*, né, a ben vedere, una mera modifica dei limiti edittali della pena sulla base di una giustificazione suggerita dal carattere dei reati societari richiamati avrebbe costituito una scelta condivisibile, ben potendosi immaginare nell'ambito della più generale ipotesi del n.2 fatti dotati di maggiore o minore disvalore)³⁹⁷.

La questione che si pone all'interprete, dunque, riguarda il ruolo e l'effettiva utilità della nuova disposizione incriminatrice. Ferma restando l'intervenuta riforma dei reati societari, occorre in altre parole domandarsi se, qualora la norma fallimentare non fosse stata scritta, i «fatti» di cui alle disposizioni penali societarie oggi in essa previsti sarebbero stati, se causativi o concausativi del dissesto, puniti comunque a titolo di bancarotta fraudolenta *per dolo o per effetto di operazioni dolose*³⁹⁸.

³⁹⁶ L'esistenza di fattispecie che si pongono rispetto ad altre in rapporto di specialità unilaterale, non è un fatto raro nel diritto penale, basti pensare alla rapina (art. 628) rispetto al furto (art. 624), o ancora all'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) rispetto all'associazione per delinquere (art. 416 c.p.). Ben più raro è però che una fattispecie speciale unilateralmente sia punita esattamente con la stessa pena con cui è punita la fattispecie generale, ed infatti, la rapina è punita con la reclusione dai tre ai dieci anni e il furto, invece, dai sei mesi ai tre anni; allo stesso modo, il solo fatto di partecipare all'associazione per delinquere è punito con la reclusione da uno a cinque anni, mentre la sola partecipazione all'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope con la reclusione non inferiore a dieci anni.

³⁹⁷ In questo senso G. PAVAN, *Art. 223, II co., n.1, l.f.: la pietra nello stagno*, cit., 1090.

³⁹⁸ A tacer del fatto che alcune condotte integrative dei reati societari potrebbero addirittura integrare le ipotesi di bancarotta fraudolenta “comuni”, di cui agli artt. 216 e 223, co. I, l. fall. Si pensi, ad esempio, alla «*indebita restituzione di conferimenti*» da parte dell'amministratore (art. 2626 c.c.): la restituzione palese dei conferimenti ai soci, fuori dei casi di legittima riduzione del capitale sociale, è un trasferimento di beni sociali senza adeguato corrispettivo, vale a dire, se la

Nell'apprezzabile tentativo di fornire a tale interrogativo una risposta negativa, l'esigenza da soddisfare è quella di dare un volto autonomo alla nuova fattispecie penalfallimentare individuando un qualche elemento che possa differenziare e contraddistinguere gli ambiti applicativi delle due disposizioni di cui al cpv. dell'art. 223, l. fall., cosicché, in alcuni casi, quella di cui al n.1 risulti essere l'unica applicabile.

Le pagine che seguono danno spazio alle diverse soluzioni che, in relazione al problema qui proposto, la dottrina occupatasi del tema si è sforzata di fornire, talvolta ricorrendo, peraltro, a delle vere e proprie "acrobazie ermeneutiche".

2. La tesi dell'efficacia escludente dell'attuale bancarotta *da reato societario*.

Un primo sforzo di salvataggio dell'art. 223, co. II, n.1, l. fall. è stato attuato da un autore³⁹⁹ che ha cercato di recuperare la norma per quello che essa non dice.

Le premesse del ragionamento si concentrano sul rapporto di incompatibilità ed alternatività che, in passato, legava il n.1 ed il n.2 del cpv. dell'art. 223, l. fall.: nella previgente bancarotta *da reato societario* il fallimento non veniva ascritto come "fatto proprio" al reo degli illeciti penali societari pregressi, perché in realtà rappresentava solo e soltanto una condizione obiettiva di punibilità dell'autonoma fattispecie fallimentare; quest'ultima costituiva un'ipotesi di responsabilità oggettiva poiché al di fuori del "tipo" si collocava non solo il nesso eziologico ma anche quello psicologico tra le condotte specificamente individuate e l'evento dissesto/fallimento; qualora tali collegamenti in concreto ci fossero stati, l'unica figura delittuosa configurabile sarebbe stata quella di bancarotta *per dolo o per effetto di operazioni dolose*.

società è dichiarata fallita, un fatto di bancarotta fraudolenta patrimoniale e segnatamente una *distrazione*. Stesso discorso si potrebbe fare per l'amministratore che commetta fatti di «*illegale ripartizione degli utili e delle riserve*» (art. 2627 c.c.), vale a dire che riscuota (come socio) o paghi (ai soci) utili (o acconti) non realmente conseguiti o reali ma non distribuibili, con ciò violando un vincolo legale di destinazione: anche qui, se la società fallisce, l'uso dei beni sociali per beneficiare terzi senza contropartita integra un fatto di *distrazione*. Su tutto ciò, v. R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 986 ss.

³⁹⁹ M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 2887 ss.

In altre parole, la tipicità del n.1 escludeva già al suo interno le condotte che risultavano dolosamente orientate al fallimento, e queste pertanto si sarebbero potute recuperare con il n.2, a prescindere dal fatto che fossero state integrative di altre figure di reato richiamate o meno dal n.1.

Avendo l'intervento riformatore assottigliato questi profili di incompatibilità tra le due disposizioni, ad avviso dell'autore, il valore che ad oggi deve essere riconosciuto alla nuova bancarotta *da reato societario* non può essere di tipo specializzante, ma bensì *escludente*: la rinnovata formulazione del n.1, cioè, sarebbe indice della volontà del legislatore di non punire più chi abbia cagionato il dissesto né a seguito di *qualunque* reato societario attuale, né, tantomeno, a seguito di un fatto-reato societario richiamato dalla previgente fattispecie fallimentare, e attualmente non più di rilievo penale.

Il nuovo art. 223, co. II, 1. fall., ammetterebbe che si risponda del dissesto cagionato dolosamente solo:

a) per effetto di *determinati* reati societari: che sono quelli elencati nel n.1, e non le “vecchie” incriminazioni societarie;

b) oppure con «*dolo*» o «*per effetto di operazioni dolose*», dovendosi però trattare solo di dolo riguardante condotte *diverse* dai reati societari (già *tassativamente* elencati al n.1).

La causazione dolosa del fallimento mediante reati societari, dunque, sarebbe circoscritta ai casi *attuali* del n.1, la cui modifica, in quest'ottica, avrebbe comportato anche una trasformazione del n.2.

La teoria suesposta, elaborata con la consapevolezza che un secco rapporto di specialità unilaterale tra il n.1 e il n.2, unitamente alla previsione di un trattamento sanzionatorio identico per entrambe le fattispecie, possa sfociare in un giudizio di inutilità dell'odierna bancarotta *da reato societario*, si propone di privilegiare un «*principio di conservazione delle norme*» e quindi di «*economia ermeneutica*»⁴⁰⁰, giungendo, in definitiva, a riconoscere alla disposizione *de qua* una duplice autonoma funzione: *i*) innanzitutto quella di escludere dalla rilevanza autonoma,

⁴⁰⁰ M. DONINI, *Id.*, 2889.

come ipotesi di causazione dolosa del fallimento, i vecchi casi di reati societari abrogati; *ii*) in secondo luogo quella di delimitare, e quindi di ridurre, il n.2 a tutte quelle condotte dolose costituenti ipotesi residuali *diverse* dai fatti che integrino reati societari.

Dal punto di vista *sub i*), in particolare, non sarebbe possibile rispondere del n.2 (e ovviamente anche del n.1), allorché le condotte integrino, ad esempio, fatti di illegale distribuzione di utili non distribuibili per norma statutaria⁴⁰¹, ovvero di illegale ripartizione di acconti sui dividendi nei casi di cui alle lett. a) e c) del vecchio art. 2621 n.3 c.c.⁴⁰², o ancora, di inosservanza del divieto di prestiti o garanzie su azioni proprie⁴⁰³.

Allo stesso modo, con riferimento però alla funzione *sub ii*), l'efficacia escludente del nuovo n.1 si rivolgerebbe a comportamenti integranti un qualsiasi reato societario diverso da quelli che la disposizione tassativamente richiama, tra i quali possono essere segnalati, sempre esemplificando, il reato di «*omessa*

⁴⁰¹ Come accennato in precedenza (*supra*, cap. II, sez. (A), § 2), infatti, l'area di protezione penalistica dell'attuale art. 2627 c.c. è stata circoscritta alle sole riserve obbligatorie per legge (siano esse riserve di utili ovvero riserve di capitale).

⁴⁰² Si trattava, rispettivamente, della distribuzione di acconti sui dividendi in violazione dell'art. 2433-*bis*, co. I, c.c. (secondo il quale l'operazione era consentita solo alle società il cui bilancio fosse assoggettato per legge alla certificazione da parte di società di revisione iscritte all'albo speciale); ovvero in mancanza di approvazione del bilancio dell'esercizio precedente o del prospetto contabile previsto nell'art. 2433-*bis*, co. V, oppure in difformità da essi, o ancora sulla base di un bilancio o di un prospetto contabile falsi. Tutte ipotesi criminose che non sono confluite nell'attuale art. 2627 c.c.

⁴⁰³ In passato, l'art. 2630, co. I, n.2, c.c., presidiava penalmente la mera violazione di determinate disposizioni civilistiche, tra le quali figurava l'art. 2358 c.c. (che postulava, appunto, un divieto di prestiti o garanzie su azioni proprie, salvo alcune limitate eccezioni). Al di là delle modifiche intervenute anche su quest'ultima disposizione, ciò che qui interessa, è che l'attuale art. 2628 c.c. ha una portata applicativa ben diversa rispetto alle ipotesi di cui al previgente art. 2630, co. I, n.2, c.c., poiché pur essendo vero che anche oggi il contenuto dell'incriminazione è strutturalmente collegato alle disposizioni civilistiche che individuano i limiti e le condizioni nel rispetto delle quali le operazioni sulle proprie partecipazioni sociali sono ammissibili, è altresì vero che le condotte debbano cagionare «*una lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge*» (cfr. *supra*, cap. II, sez. (A), § 2).

comunicazione del conflitto d'interessi» di cui all'art. 2629-*bis* c.c.⁴⁰⁴, e quello di «*corruzione tra privati*» di cui all'art. 2635 c.c.⁴⁰⁵.

Diversamente detto, insomma, il dissesto concretamente cagionato attraverso la condotta tipica degli artt. 2629-*bis* o 2635 c.c. (pur trattandosi di ipotesi difficilmente configurabili), non sarebbe punibile, né per il n.1, perché tali reati non sono ivi richiamati, né per il n.2, poiché la mancata inclusione delle disposizioni citate nell'elenco tassativo del n.1 paleserebbe l'insussistenza della volontà repressiva del legislatore in tal senso.

Ora, premesso che questo ragionamento non disvela il suo aggancio normativo, a ben vedere i suoi effetti potrebbero essere più gravosi di quanto non si aspetti chi tale soluzione propone.

Se, per riprendere un esempio di cui sopra, un soggetto cagionasse il dissesto della società mediante la condotta di cui all'art. 2629-*bis* c.c.⁴⁰⁶, secondo la tesi qui esposta, quand'anche la società fallisca, andrebbe ritenuto responsabile del solo reato societario, con pena sino a tre anni di reclusione. Nel caso, invece, che il

⁴⁰⁴ Consistente nel fatto dell'amministratore o del componente del consiglio di gestione di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante, ovvero di un soggetto sottoposto a vigilanza ai sensi del T.u. bancario (d. lgs. n. 385/1993), del T.u.f. (d. lgs. n. 58/1998), del Cod. ass. priv. (d. lgs. n. 209/2005) o del d. lgs. n. 124/1993, che, violando gli obblighi previsti dall'art. 2391, primo comma, c.c., cagiona danni alla società o a terzi.

⁴⁰⁵ Recentemente novellato dal D. lgs. n.38/2017, consiste oggi nel fatto di specifici soggetti societari i quali sollecitano o ricevono, anche per interposta persona, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà. La nuova fattispecie sembra dunque costruita in termini di reato di mera condotta e di pericolo, ed essendo venuta meno la previsione di un evento di danno individuato nel «*nocumento alla società*», in realtà, le possibilità che il fatto di cui al nuovo art. 2635 c.c. si ponga quale causa o concausa del dissesto, si sono notevolmente ridotte. Prima che intervenisse la recente modifica, l'evento lesivo che ai fini della consumazione del reato doveva conseguire alla condotta punibile avrebbe plausibilmente potuto ascrivere fra quelli che concorrono a cagionare il dissesto, ed infatti diverse voci si sollevarono in critica alla mancata inclusione della disposizione nel catalogo dei reati presupposto della fattispecie di cui all'art. 223, co. II, n.1, l. fall. Per tutti v. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, op. cit., 447.

⁴⁰⁶ Si pensi al caso in cui un'operazione commerciale, compiuta dall'organo delegato con altra società concorrente in cui il medesimo ha delle partecipazioni, si riveli rovinosa per la prima e causatrice del suo dissesto, il quale, però, non è stato intenzionalmente provocato ma solo accettato dal soggetto come conseguenza seriamente possibile della suo agire (in caso contrario, infatti, potrebbe rilevare l'infedeltà patrimoniale). In questa ipotesi, l'amministratore esecutivo avrebbe dovuto astenersi dal compiere l'operazione ed investire della stessa l'organo collegiale, mentre in realtà, venendo meno al dovere di cui all'art. 2391, co. I, c.c., ed avendo cagionato un danno alla società, esso ha integrato il reato di «*omessa comunicazione del conflitto d'interessi*» quale causa di uno squilibrio patrimoniale irreversibile.

medesimo soggetto portasse la società al fallimento mediante una condotta non riconducibile ad un reato societario, seppur dolosa, risponderebbe di bancarotta *per dolo o per effetto di operazioni dolose*, punita, si è detto, con la reclusione da tre a dieci anni.

È evidente che una simile estrema conclusione, oltre ad implicare irragionevoli sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie che presentano il medesimo disvalore di risultato, trascura ogni considerazione sui principi generali in tema di concorso di reati. A livello metodologico, infatti, in un caso come quello ipotizzato, l'interprete ha davanti a sé due strade: o ritiene la fattispecie societaria assorbita nel più grave delitto fallimentare, identificando così un concorso apparente di norme e applicando la pena prevista per il reato più grave; ovvero contesterà il concorso (formale) di reati, con applicazione della pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata sino al triplo (cfr. art. 81, co. I, c.p.).

Peraltro, è da osservare che le argomentazioni riguardanti la natura tassativa dei fatti-reato richiamati dal n.1 del cpv. dell'art. 223, l. fall., potrebbero efficacemente essere utilizzate proprio per corroborare, attraverso un ragionamento *a contrariis*, la fondatezza della soluzione relativa alla configurazione del concorso tra la bancarotta *per dolo o per effetto di operazioni dolose* e il reato societario "cagionante" che sia *diverso* da quelli espressamente richiamati dal n.1: poiché, infatti, il rigoroso richiamo della disposizione fallimentare alle fattispecie criminose di cui al Titolo XI, Libro V, c.c. ha l'effetto di impedire il concorso fra queste ultime e la norma "richiamante"⁴⁰⁷ (e con ciò, a ben vedere, viene allo scoperto una sfera di funzionalità della fattispecie fallimentare tacciata di inutilità), si potrebbe dedurre, giustappunto, che il legislatore non abbia voluto che il medesimo effetto si produca allorquando il dissesto sia stato causato da figure di reato societarie non coinvolte dal richiamo.

⁴⁰⁷ Cfr. A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 399, che puntualmente afferma: «*il reato societario-base resta assorbito nel reato complesso (art. 84 c.p.) di cui all'art. 223 cpv. n.1*».

3. Una diversa impostazione del problema. Operazione dolosa come infedeltà patrimoniale.

Una seconda linea di pensiero, che indubbiamente merita di essere menzionata nell'ambito dell'indagine qui affrontata, se non altro perché fornisce il presupposto concettuale per lo sviluppo di un ulteriore tentativo (di cui a breve si darà atto) di autonomizzare le portate applicative delle disposizioni oggetto di comparazione, è riconducibile al contributo di un noto magistrato⁴⁰⁸, e si caratterizza, da un lato, per il fatto di “restringere” i confini del problema inquadrato in apertura al presente capitolo, e dall'altro lato, per il fatto di invertirne i rispettivi termini.

In particolare, con riguardo al primo aspetto, la riduzione della portata problematica viene realizzata espellendo dal discorso comparativo la prima parte del n.2 del cpv. dell'art. 223 l. fall.: ad avviso dell'autore, infatti, nel cagionare «*con dolo il fallimento della società*» la condotta punibile si identifica con una particolare volontà di cagionare la decozione dell'ente; l'azione sarebbe, cioè, orientata ad un evento ben specifico preveduto e direttamente voluto, e in un certo senso, tale evento, nella sua realizzazione, per importanza, trascenderebbe il rilievo delle modalità con le quali il soggetto intende concretizzarlo, sicché – si afferma – sarebbe ben possibile la contemporanea violazione di questa fattispecie e della bancarotta *da reato societario* (o di altre forme di bancarotta)⁴⁰⁹.

Nel sostenere l'assunto, non viene espressamente dichiarata la posizione accolta in relazione alla tematica psicologica della c.d. bancarotta *per dolo*, ma ciononostante pare possibile affermare con sufficiente certezza che un simile modo di argomentare presupponga quantomeno che il dolo eventuale si collochi al di fuori del tipo.

Circoscritta così l'attenzione intorno al (solo) rapporto fra bancarotta *da reato societario* e bancarotta *da operazioni dolose*, come si diceva, l'ulteriore passaggio argomentativo si indirizza nel senso di ribaltare i termini del problema qui proposto. Più precisamente, secondo il magistrato, l'autonomia della fattispecie di cui al n.1, del cpv. dell'art. 223 l. fall., rispetto a quella di cui alla seconda parte del successivo

⁴⁰⁸ U. DE CRESCIENZO, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 1014 ss.

⁴⁰⁹ v. U. DE CRESCIENZO, *Id.*, 1015.

n.2, si riaffermerebbe proprio a seguito della riforma sui reati societari, ed anzi, conseguenza di quest'ultima sarebbe, piuttosto, una limitazione dell'area di operatività dell'ipotesi di causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose.

Questa menomazione applicativa riguarderebbe, specificamente, due aspetti.

In primo luogo, stante l'allargamento delle fattispecie richiamate ed integranti ipotesi di illecito societario relazionate alla causazione del dissesto, si dovrebbe oggi confermare il giudizio per cui nella generica dizione "*aver cagionato per effetto di operazioni dolose il fallimento della società*" non sia consentito sussumere che ipotesi fattuali diverse da quelle che già integrano i singoli reati societari⁴¹⁰. In altri termini, si dovrebbe avallare la tesi, già segnalata e criticata (*supra* cap. III, § 2), dell'efficacia *escludente* del nuovo n.1, art. 223, co. II, l. fall.

In secondo luogo, un'ulteriore restrizione dello spazio di azione della disposizione in parola deriverebbe dall'introduzione, avvenuta anch'essa per il tramite della riforma del 2002, del reato di infedeltà patrimoniale, sia quale fattispecie di nuovo conio, sia quale illecito penale inserito nel catalogo di cui all'incriminazione della bancarotta *da reato societario*.

È noto che l'esigenza di introdurre nel sistema penale societario il reato di infedeltà patrimoniale era stata sollevata ripetutamente in dottrina, in quanto mancava una norma che coprisse quei comportamenti degli amministratori che si traducevano in un abuso di gestione e per i quali spesso, al fine tutelare gli interessi dei soci e dei creditori, si faceva ricorso al reato di appropriazione indebita.

Con l'art. 2634 c.c., dunque, vengono puniti «*gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori che avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale*».

È stato osservato⁴¹¹ che la novella fattispecie di infedeltà patrimoniale presenta delle vistose analogie con la nozione di "operazioni dolose" fornita dal NUVOLONE più di cinquant'anni fa – e fino ad oggi accolta da larga parte della dottrina e della

⁴¹⁰ v. U. DE CRESCIENZO, *Id.*, 1016.

⁴¹¹ v. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 50.

giurisprudenza – secondo la quale con tale formula deve intendersi «*qualsiasi atto o complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuti dalle persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l'intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società o dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori*».

In effetti, non si può negare che già allorquando l'ordinamento non prevedeva ancora una fattispecie tipica di infedeltà patrimoniale, i comportamenti degli amministratori di società posti in essere in violazione dei propri obblighi di fedeltà costituivano, sul piano interpretativo, il nucleo essenziale del concetto di operazioni dolose⁴¹².

Sulla base di una pretesa relazione di “coincidenza” fra la nozione di operazioni dolose ed il reato di infedeltà patrimoniale, che è elencato dall'art. 223 co. II, l. fall., fra i reati che possono cagionare o concorrere a cagionare il dissesto, è stata individuata, allora, la chiave di lettura per comprendere i rapporti che passano tra l'ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria prevista dal n. 1 della disposizione *testé* citata, e quella prevista dalla seconda parte dell'adiacente n.2: sarebbe cioè l'ipotesi di causazione del fallimento *per effetto di operazioni dolose* che, oggi, rischia di perdere la sua autonomia e di essere assorbita nei confini più appropriati dell'art. 2634 c.c., al punto tale che potrebbe ipotizzarsi una sua inutilità⁴¹³.

La lettura proposta, tuttavia, appare poco persuasiva perché si rivela foriera di ulteriori incertezze che ovviamente vengono lasciate in sospeso. Le “operazioni dolose” costituiscono una categoria sicuramente assai ampia e generale, suscettibile di essere riempita con i più vari contenuti; anche ammettendo che il reato di infedeltà patrimoniale abbia sottratto spazi applicativi a detta categoria, verrebbe da chiedersi che ne sarebbe di tutte quelle condotte infedeli, causative del dissesto, che per qualsiasi motivo non rientrino nell'orbita dell'art. 2634 c.c.; sembra difficile giustificare l'impunità a titolo di bancarotta facendo leva su un ipotetico giudizio

⁴¹² Cfr. M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, cit., 168.

⁴¹³ Cfr. U. DE CRESCIENZO, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 1016 ss.; A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 50.

di attuale inutilizzabilità della fattispecie di cui al n.2, seconda parte, co. II, art. 223 l. fall.; ed infatti la giurisprudenza, comprensibilmente, ben si guarda dal fare questo tipo di ragionamenti.

A dimostrazione della *vis attractiva* delle operazioni dolose, peraltro, si possono evocare quelle pronunce che, pur non ricevendo l'avallo della dottrina⁴¹⁴, hanno riconosciuto l'ipotesi di bancarotta in parola in presenza di condotte non riconducibili alla categoria dell'infedeltà, che anzi si proponevano di avvantaggiare la società (e indirettamente i suoi creditori) a spese di interessi esterni, pubblici o privati, protetti dall'ordinamento, e che avevano, però, delle ripercussioni negative sul patrimonio sociale fino a portare al fallimento dell'ente (si pensi ad esempio a quelle violazioni delle leggi fiscali o previdenziali che portano, a seguito della applicazione di pesanti sanzioni pecuniarie, di ordine sia penale che amministrativo, al dissesto)⁴¹⁵. In quest'ottica, taluno ha coerentemente affermato che le operazioni dolose, al contrario dell'infedeltà patrimoniale, possono anche prescindere dal conflitto d'interessi tra soggetto qualificato e società⁴¹⁶.

Apprezzabile è invece il tentativo di delimitare il perimetro della questione estromettendo dal confronto la "causazione del fallimento *con dolo*" attraverso l'individuazione, in questa ipotesi delittuosa, di un elemento psicologico particolarmente carico di contenuto (dolo diretto o intenzionale); senonché, ad un esame più attento, lo sforzo pare trovare un ostacolo, guarda caso, proprio con riferimento alla bancarotta *da infedeltà patrimoniale*.

Come si è detto (*supra*, cap. II, sez. (A), § 5), infatti, l'innesto dell'art. 2634 c.c. nello schema della bancarotta ha degli effetti del tutto peculiari sotto il profilo soggettivo, poiché il dolo intenzionale di danno patrimoniale postulato dal reato societario implica una rappresentazione del fatto in cui il soggetto agente sa per

⁴¹⁴ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 326; A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società "con dolo o per effetto di operazioni dolose"*, cit., 438.

⁴¹⁵ Le pronunce sono riportate da R. BRICCHETTI, *Sub. art. 223 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), cit., 2220; G. SOANA, *I reati fallimentari*, cit., 312.

⁴¹⁶ v. V. NAPOLEONI, *Le marriage qui a mal turné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale*, cit., 300, nota 18, il quale utilizza proprio questo argomento per confutare la teoria suesposta che vede nella causazione del fallimento *per effetto di operazioni dolose* una norma assorbita dalla "nuova" bancarotta *da infedeltà patrimoniale*.

certo che dall'atto dispositivo deriverà un pregiudizio economico per società. Nei casi in cui la fattispecie tipica di cui all'art. 2634 c.c. diviene elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta, il dissesto e il danno patrimoniale della società si identificano perché il primo è la conseguenza del secondo. Pertanto, il dolo intenzionale dell'infedeltà patrimoniale viene a prevalere sul dolo generico della bancarotta *da reato societario*, e l'intenzionalità della causazione del danno diventa incompatibile con il dolo eventuale. Dunque in questi casi, il dolo intenzionale diventa a tutti gli effetti l'elemento soggettivo del reato fallimentare di cui al n.1, co. II, art. 223, sicché, in definitiva, se c'è una fattispecie di bancarotta *da reato societario* suscettibile di essere assorbita completamente dalla causazione del fallimento *con dolo* (sia pur nell'interpretazione che qui ne viene data), quella è proprio l'ipotesi in cui l'illecito penale presupposto sia il delitto di infedeltà patrimoniale.

Se così stanno le cose, la conclusione assurda a cui si perverrebbe è quella per cui la bancarotta *da operazioni dolose* sarebbe da considerarsi inutile poiché assorbita nella nuova bancarotta *da infedeltà patrimoniale*; quest'ultima, a sua volta, sarebbe fagocitata dalla fattispecie di bancarotta che postula la causazione del fallimento *con dolo*.

3.1. La ricerca di una sfera di autonomia della bancarotta *da operazioni dolose*.

Come è stato anticipato, la ricostruzione appena illustrata, che vede nel fallimento cagionato *per effetto di operazioni dolose* una norma ormai assorbita dall'odierna bancarotta *da infedeltà patrimoniale*, costituisce il presupposto concettuale per lo sviluppo di un'ulteriore teoria che – non curandosi degli impedimenti che il tentativo di arginare il problema di comparazione entro limiti più ristretti incontra, dinanzi alla peculiarità dell'innesto dell'art. 2634 c.c. all'interno della bancarotta – si propone di isolare spazi di esclusiva ed autonoma applicabilità delle disposizioni oggetto di raffronto, concentrando l'impegno,

ovviamente, sul disposto che, nell'ambito della concezione sin qui delineata, risulta essere indiziato di "inservibilità": la seconda parte del n.2, co. II, art. 223 l. fall.⁴¹⁷

Seppur viziata *ab origine* per i motivi già indicati (*i.e.* per l'evidente portata più generale della formula "operazioni dolose" rispetto ai singoli fatti di reato societari che rendono vincolata la condotta della bancarotta *da reato societario*), tale teoria merita attenzione anche per l'interessante *iter* logico ed argomentativo che va a seguire, in virtù del quale, muovendo dalla valorizzazione della differenza terminologica assunta nella descrizione dell'evento materiale del n.1 e del n.2, del cpv. dell'art. 223 l. fall, approda ad una precisa presa di posizione nella controversa tematica riguardante la rilevanza penale dell'aggravamento del dissesto nell'ambito delle due ipotesi criminose.

Si è detto in precedenza (*supra*, cap. II, sez. (A), § 4), che un tema centrale che coinvolge la repressione della bancarotta *da reato societario* è quello di stabilire se, ai fini dell'integrazione di questa ipotesi delittuosa, sia necessaria la mera *causazione* dello stato di dissesto, ovvero sia sufficiente che il reato societario abbia soltanto *aggravato* l'irreversibile squilibrio economico-patrimoniale già in atto. La soluzione al dilemma – si è altresì aggiunto – è strettamente connessa alla precisazione della dimensione temporale entro cui collocare l'evento consumativo del reato: laddove si accolga la tesi del c.d. "dissesto iniziale" (consistente in quella situazione di squilibrio patrimoniale irreversibile fotografata nell'istante in cui tale irreversibilità si verifica), la condotta ad esso successiva non potrà entrare nello schema della bancarotta; laddove, invece, per dissesto si intenda il c.d. "dissesto finale" (cioè quello che è temporalmente e quantitativamente cristallizzato al momento della declaratoria fallimentare), anche i reati societari che avranno solo aggravato lo squilibrio potranno avere rilevanza nell'ottica del delitto fallimentare.

Ciò premesso, il ragionamento che viene qui riportato si costruisce su una critica alla tesi del c.d. "dissesto finale"⁴¹⁸: la soluzione che questa implica – si

⁴¹⁷ Il ragionamento viene elaborato da A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 51 e 143 ss.

⁴¹⁸ v. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 143; e sulla stessa linea di pensiero anche S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, cit., 221.

sostiene – appare equivoca e deviante, perché scambierebbe l’evento del reato di cui al n.1, cpv., art. 223, l. fall., cioè il dissesto, con la condizione di punibilità che è la dichiarazione di fallimento, facendo rientrare nel dissesto tutto ciò che si è verificato successivamente fino alla sentenza di fallimento; l’evento penalmente rilevante ai fini della bancarotta *da reato societario* non potrebbe essere il dissesto in relazione al quale è stato dichiarato il fallimento, ma solo lo squilibrio irreversibile cagionato *hic et nunc* dall’illecito penale presupposto. Al contrario, nel caso di operazioni dolose, essendo l’evento qualificato come “fallimento” – da intendersi non già nella sua dichiarazione formale bensì nel suo presupposto sostanziale che ne sta alla base, dunque quel dissesto-insolvenza accertato, in quella specifica consistenza, un istante prima della dichiarazione – l’aggravamento di uno squilibrio già esistente rileverebbe penalmente nella stessa misura in cui rileva l’operazione che ha cagionato un dissesto prima inesistente; l’evento della bancarotta *da operazioni dolose* rispetto a cui si deve accertare la causalità, infatti, dovendosi necessariamente identificare nel c.d. “dissesto finale”, implica una considerazione dell’operazione dolosa che abbia solo influito, in negativo, sull’aspetto quantitativo del dissesto, alla stregua di una *concausa* del medesimo⁴¹⁹.

Sarebbe, pertanto, la diversa terminologia utilizzata dal legislatore nell’individuazione dell’evento consumativo che, in sostanza, porterebbe a conclusioni differenti in merito alla rilevanza penale del mero aggravamento dello squilibrio patrimoniale: nell’ambito della seconda parte del n.2, cpv., art. 223 l. fall., il parametro di riferimento dato dal «*fallimento*» permetterebbe di dare rilevanza anche a quelle operazioni dolose che, comportando sotto un profilo naturalistico un aggravamento della crisi, in realtà, altro non sono che concause antecedenti dell’evento-dissesto consacrato nella declaratoria fallimentare; nel quadro del n.1, cpv., art. 223 l. fall., invece, sarebbe doveroso ancorare il disvalore penale della condotta alla sola causazione di una situazione di dissesto irreversibile (che

⁴¹⁹ La giurisprudenza, come si è visto, sposa invece una tesi più ampia, e ritiene penalmente rilevanti le condotte che abbiano avuto quale esito (anche soltanto) l’aggravamento di un dissesto già esistente, non solo nell’ambito della bancarotta *da operazioni dolose* (su cui v. *supra*, cap. II, sez. (B), § 1), ma anche nell’ambito della bancarotta *da reato societario* (v. *supra*, cap. II, sez. (A), § 4).

ovviamente dovrà essere quella che porterà alla dichiarazione di fallimento), irrilevanti essendo le condotte successive che abbiano contribuito ad aggravarne la mera dimensione quantitativa, poiché il disposto individua l'evento materiale con il termine «*dissesto*» (e la circostanza, si badi, non rileva tanto in sé, quanto piuttosto se rapportata ad un diverso utilizzo terminologico nelle vicinanze, che impone una diversificazione)⁴²⁰.

Tirando le fila del discorso, e venendo al cuore della questione, dal momento che la causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose è ritenuta un'ipotesi assorbita dalla bancarotta *da infedeltà patrimoniale*, è stato ipotizzato che un'autonomia operativa in capo alla seconda parte del n.2, cpv., art. 223 l. fall., potrebbe essere riconosciuta proprio garantendo ad essa, e solo ad essa, una funzione residuale, di chiusura, a copertura «*di tutti quei casi in cui la condotta degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori abbia determinato l'aggravamento del dissesto senza passare o meglio senza integrare uno dei reati societari previsti dal n.1, cpv., art. 223 l. fall.*»⁴²¹.

L'*iter* argomentativo elaborato per differenziare le due ipotesi criminose in punto di rilevanza, o meno, dell'apporto causale che abbia soltanto aggravato il dissesto già in atto, come detto, suscita particolare interesse, e di per sé considerato potrebbe anche ritenersi suggestivo; tuttavia, tali argomentazioni sono state anche strumentali al raggiungimento di una specifica conclusione affatto pertinente alla tematica affrontata nel presente capitolo, e su questo esito deve pertanto volgersi l'attenzione.

Un attento scrutinio del risultato cui perviene la riflessione – non a caso riportato negli esatti termini in cui è stato formulato – rivela che lo stesso si pone in contraddizione con il presupposto concettuale (peraltro a sua volta fallace) sul quale la riflessione medesima viene sviluppata. Infatti, affermare che il nucleo dell'operazione dolosa coincide ed è assorbito nel fatto tipico dell'infedeltà

⁴²⁰ Si afferma, infatti, a sostegno dell'assunto, che quando il legislatore ha inteso punire la condotta di aggravamento di un dissesto già esistente, lo ha fatto espressamente descrivendo la fattispecie di bancarotta semplice societaria (cfr. art. 224, n.2, l. fall.), con ciò dimostrando di ben conoscere ed aver adottato una distinzione tra causazione del dissesto e aggravamento di un dissesto già esistente. Cfr. S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Id.*, 222.

⁴²¹ Cfr. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., 51.

patrimoniale⁴²² al punto tale da rendere la prima un doppione della seconda, equivale ad escludere che la condotta integrante le operazioni dolose possa integrare qualsiasi scorrettezza diversa dal fatto di infedeltà patrimoniale, e avrebbe l'effetto di negare, in definitiva, quella funzione di chiusura che da sempre caratterizza la nostra formula di stampo ottocentesco.

Il riconoscimento di un profilo di specialità sul piano dell'apporto causale, in grado di circoscrivere una sfera di funzionalità propria del reato di bancarotta *da operazioni dolose* – volendo dare al ragionamento una parvenza di razionalità – potrebbe avere valore non per tutte le condotte determinanti un aggravamento del dissesto senza integrare uno dei reati societari previsti dal n.1, cpv., art. 223 l. fall., bensì esclusivamente per le condotte di infedeltà patrimoniale che, per l'appunto, potrebbero, esse soltanto, qualificarsi contemporaneamente anche come operazioni dolose⁴²³.

Questa osservazione dimostra che cambiare la prospettiva di analisi del problema, cioè tentando di individuare, sulla base di un preteso assorbimento dell'operazione dolosa nell'infedeltà patrimoniale, un ruolo da attribuire al reato di bancarotta *da operazioni dolose* (sia pur attraverso delle argomentazioni logicamente plausibili che deviano l'attenzione sull'aspetto relativo all'incidenza causale della condotta rispetto all'evento), si risolve in una strategia metodologicamente erronea che conduce inevitabilmente o ad una soluzione contraddittoria, ovvero ad una pressoché totale *interpretatio abrogans* della seconda parte del n.2, cpv., art. 223 l. fall.

⁴²² Cfr. A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *Id.*, 50.

⁴²³ Al contrario, A. D'AVIRRO - E. DE MARTINO, *Id.*, 50-51, dopo aver concluso, in virtù dei motivi già indicati, per un'ipotetica inutilità della fattispecie di causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose, e dopo essere approdato alla succitata conclusione, esemplifica un caso in cui si manifesterebbe l'autonomia applicativa del reato fallimentare: si tratta del caso in cui le soglie di rilevanza penale previste per il reato di false comunicazioni sociali, – ora non più in vigore (*supra*, cap. II, sez. (A), § 2) – non essendo state superate, impediscano la rilevanza del fatto nell'ottica della bancarotta *da reato societario*; in questa ipotesi, laddove la falsa rappresentazione della situazione economica, finanziaria e patrimoniale della società abbia comunque ostacolato l'emersione di un dissesto già in atto, contribuendo così al suo aggravamento, potrebbe – ad avviso dell'autore – trovare applicazione la figura di bancarotta *da operazioni dolose*. È evidente la contraddizione: un fatto di falsità contabile è qualcosa di totalmente diverso da un fatto di infedeltà patrimoniale; se l'operazione dolosa è identica all'infedeltà patrimoniale, allora non potrà a sua volta essere integrata da un fatto di falsità contabile.

4. L'aggravamento del dissesto come “valvola di sfogo” della bancarotta *da reato societario*.

Tornando ad esaminare la questione dal punto di vista più corretto e coerente, *i.e.* quello che vede nella nuova bancarotta *da reato societario* una norma in cerca di un ruolo da recitare nell'ambito del sistema repressivo delle ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria, senz'altro meritevole di attenzione è l'indagine svolta da un autorevole studioso della scienza penalistica⁴²⁴, il quale, probabilmente meglio di ogni altro, all'indomani della riforma, si avvede della qui denunciata interferenza normativa tra le figure criminose di cui al co. II, dell'art. 223 l. fall., e con estrema chiarezza scandisce la modalità per mezzo della quale sia possibile escludere l'inerzia della fattispecie di nuovo conio: è necessario trovare qualche differenza significativa fra il n.1 ed il n.2 della disposizione fallimentare, in modo tale da rendere il rapporto di specialità di tipo *bilaterale*; il n.2, dunque, dovrebbe avere degli elementi specializzanti che gli impediscano di oscurare integralmente il campo applicativo del n.1.

Dopo avere escluso di poter valorizzare efficientemente lo scarto terminologico fra le due norme, e in particolare la circostanza che il n.1, diversamente dal n.2, affianchi all'ipotesi del «cagionare» quella del «*concorrere a cagionare*» l'evento considerato – differenza che, come è già stato detto (*supra*, cap. II, sez. (A), § 3), non ha alcun valore, poiché alla luce dell'art. 41 c.p. «*il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento*»⁴²⁵ – l'autore si sofferma sul significato della difformità

⁴²⁴ A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 379 ss.

⁴²⁵ La giustificazione che l'autore si sforza di fornire a questa sorta di superfetazione normativa è quella per cui il legislatore abbia voluto comunque evidenziare che il rapporto di causalità fra il reato societario ed il dissesto deve essere inteso con una certa larghezza, specie in relazione alla cosiddetta “*descrizione dell'evento*”. Ciò nel senso che, dovendosi intendere per “dissesto” quella situazione di squilibrio irreversibile della società, idonea a condurre alla declaratoria fallimentare, un tale evento non è spesso caratterizzato da precisione matematica, per via della complessità delle situazioni economico-finanziarie e dei rapporti coi creditori, e quant'altro: tutto ciò deve portare ad avere una certa flessibilità nel “*descrivere*” l'evento dissesto, nell'ambito della ricostruzione del fatto tipico. Cfr. A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 390-1. A tal proposito, rileva criticamente N. MAZZACUVA, *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso tra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, cit., 665, che la menzione espressa

lessicale che contraddistingue, invece, l'evento materiale del reato: dal un lato il «*dissesto*», dall'altro il «*fallimento*».

In generale, va premesso che la differenza concettuale fra le due nozioni, in passato, ha attratto le attenzioni della dottrina almeno per due motivi.

In primo luogo, in quanto occorre capire cosa significasse «*cagionare il fallimento*», dal momento che è difficile cagionare un fatto che si sostanzia in una dichiarazione giudiziale: sul punto si è giunti alla conclusione che in realtà, ciò che deve essere realmente cagionato dal soggetto attivo del reato è il *dissesto* (o un'apparenza di esso), perché questo è a sua volta capace di suscitare la declaratoria fallimentare; da questo punto di vista, dunque, fallimento tende a significare dissesto.

La seconda causa che ha spinto la dottrina ad occuparsi della possibile differenza fra dissesto e fallimento riguarda il rapporto fra la causazione del *fallimento* per dolo o per effetto di operazioni dolose (art. 223, co. II, n.2 l. fall.) e la bancarotta semplice societaria integrata dal fatto consistente nel concorrere a cagionare od aggravare il *dissesto* della società con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge. Al riguardo, si è ritenuto che nell'ambito dell'art. 224, n.2, l. fall. aveva senso usare il termine dissesto, perché mentre il fallimento non è qualcosa di graduabile, il dissesto lo è, e siccome agli effetti della tipicità, la norma parifica il “concorrere a cagionare il dissesto” al “concorrere *ad aggravare il dissesto*”, era opportuno che il legislatore usasse il termine *dissesto* piuttosto che il termine *fallimento*. Si può, insomma, aggravare il dissesto, non il fallimento⁴²⁶.

In questo contesto ermeneutico si inserisce l'analisi dell'autore, il quale, riflettendo, appunto, sulla diversa qualificazione dell'evento materiale fra n.1 e il n.2, cpv. dell'art. 223 l. fall., teorizza che, nell'ambito della bancarotta *da reato societario*, il riferimento al dissesto, e non al fallimento, possa far prospettare la possibilità che anche *il solo aggravamento* dello squilibrio patrimoniale sia sufficiente per integrare il delitto⁴²⁷ (peraltro, è interessante notare che il

del «*concorso a cagionare*» potrebbe portare a «*dilatate a dismisura il novero dei fattori comunque produttivi del dissesto*».

⁴²⁶ Cfr. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 316, 335.

⁴²⁷ Cfr. A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 391.

ragionamento muove dalle stesse premesse su cui è stata costruita la teoria riportata nel paragrafo precedente – cioè la differente terminologia in punto di evento – ma con lo scopo di pervenire, attraverso diverse argomentazioni, a delle conclusioni del tutto opposte).

Tale soluzione interpretativa avrebbe l'effetto di attribuire al n.1, cpv., dell'art. 223 l. fall., un piccolo, ma significativo spazio d'azione, in mancanza del quale – si afferma – la disposizione «*rischia di venire a tutti gli effetti fagocitata dal n.2*»⁴²⁸. In altri termini, mentre nella fattispecie di causazione del fallimento *con dolo o per effetto di operazioni dolose*, l'evento dovrebbe essere necessariamente *cagionato*, nella bancarotta *da reato societario*, l'illecito penale precommesso potrebbe anche soltanto *aggravare* lo stato di dissesto, e un simile decorso causale non potrebbe risultare, né astrattamente, né concretamente, sussumibile nella prima ipotesi menzionata.

Il problema della rilevanza penale, nell'ottica della bancarotta, del reato societario che abbia solo inciso *in pejus* sullo squilibrio patrimoniale della società, ha alimentato in dottrina un dibattito di cui si è già dato atto (*supra*, cap. II, sez. (A), § 4). Tuttavia – sia pur a costo di incorrere in qualche ripetizione – poiché la fondatezza della teoria proposta non è data per certa nemmeno dall'autore proponente, che anzi si preoccupa di saggiarla sotto la lente di ingrandimento di una serie di considerazioni, pare necessario evidenziare brevemente il tenore di queste ultime, cosicché si possa rivelare e comprendere, in definitiva, la conclusione cui giunge colui che ha avanzato l'ipotetica soluzione.

Tra gli argomenti a favore della configurazione suggerita viene indicato, anzitutto, l'utilizzo del termine “*dissesto*” al posto del termine “*fallimento*”, esprimendo il primo un dato di fatto quantitativamente graduabile, e il secondo un dato di fatto rispondente alla ferrea logica alternativa dell'essere o del non-essere; in secondo luogo, la considerazione che l'evento del reato *hic et nunc* considerato è tradizionalmente quello, ed esattamente quello, che la condotta tipica in concreto determina, quindi se un dissesto è già esistente e lo si aggrava, se ne realizzerebbe

⁴²⁸ v. A. CADOPPI, *Id.*, 396.

uno nuovo e più ampio, che comprenderebbe il primo e che si porrebbe come unico e finale dissesto della società.

A sostegno della tesi opposta, invece, si evoca, *in primis*, il dato letterale, dal momento che la disposizione parla di *causazione* e non di *aggravamento* del dissesto; né, d'altronde, la mancata menzione dell'aggravamento potrebbe essere trascurata dall'interprete dato che il legislatore fallimentare, laddove ha voluto che il mero aggravamento del dissesto rilevasse penalmente, lo ha espressamente detto, come nel caso dell'art. 224, n.2 l. fall.; inoltre, quanto al riferimento all'evento considerato "qui ed ora", da intendersi però come quel dissesto consacrato nella dichiarazione di fallimento, si obietta che in realtà quello è certamente un dissesto, ma ciononostante esisteva già un altro dissesto – potenzialmente già produttivo di una sentenza dichiarativa di fallimento – al momento in cui il soggetto poneva in essere il reato societario, e dovrebbe essere proprio questo lo squilibrio (altrove definito come "dissesto iniziale") cui si riferirebbe il legislatore quando parla di dissesto; a tal ultimo proposito soccorrerebbe, ancora una volta, il raffronto sistematico con l'art. 224, n.2, l. fall. in quanto, essendo il dissesto, in tale norma, quello per cui sarebbe possibile (e doverosa) la dichiarazione di fallimento, e che può essere *aggravato* anche successivamente al suo insorgere, il significato del termine accolto dal legislatore sarebbe il medesimo.

Alla luce di questi contro-argomenti, l'insigne giurista conclude per l'infondatezza della tesi prospettata: *«l'interprete ha poche chances di riuscire nell'impresa ermeneutica di inserire nella tipicità della fattispecie ciò che il legislatore – si deve ritenere volutamente – ha estromesso da essa, non replicando il modello dell'art. 224 n.2»*; inoltre, escludere che la concezione di "dissesto" accolta dal legislatore sia quella che inerisce allo squilibrio patrimoniale irreversibile fotografato nel momento in cui tale irreversibilità si verifica, *«sarebbe (...) contrastante con il principio di tassatività-determinatezza, in fondo principio cardine, e costituzionalmente rilevante, del nostro diritto penale»*⁴²⁹.

⁴²⁹ v. A. CADOPPI, *Id.*, 393-4.

Il motivo per cui il legislatore della riforma avrebbe parlato di dissesto e non di fallimento non può essere ricollegato alla volontà di dare rilievo anche all'aggravamento del dissesto stesso, ma bensì ad un'esigenza di rispetto di una tecnica normativa soddisfacente, perché si era da tempo notato – proprio in relazione al n.2, co. II, art. 223 l. fall. – che il riferimento al fallimento fosse improprio, in quanto, nell'ambito di un reato di evento, l'evento non può essere un fatto derivante da un terzo (il tribunale che dichiara il fallimento), ma deve essere il risultato della condotta dell'agente⁴³⁰.

Inoltre, secondo l'autore, la soluzione ermeneutica adottata pare meglio inquadrarsi nell'ambito del generale assetto della normativa penale fallimentare, e meglio rispondere alla logica delle sottostanti categorie criminologiche di impresa. Laddove in costanza di uno stato di dissesto dovuto a fattori indipendenti (ad esempio un'improvvisa crisi di mercato), l'amministratore commetta un reato societario "in buona fede", con la speranza di ridurre o eliminare l'insolvenza, ma con l'effetto di aggravare la decozione, ricorrerà la norma di cui all'art. 224, n.2 l. fall., che – in linea con la tipologia criminologica di un simile fatto – punisce il soggetto societario che abbia cagionato *colposamente* l'aggravarsi del dissesto, e che, giustamente, non dovrebbe subire le pene draconiane previste dall'art. 223 l. fall. Viceversa, qualora l'amministratore, in costanza di dissesto, aggravi volutamente, tramite la commissione di un reato societario, lo squilibrio patrimoniale della società, sarà assai probabile che il reo, ponendo in atto una tale azione distruttiva dell'ente, commetta un fatto già rilevante *ex art. 223, co. I, e 216, l. fall.*⁴³¹

Ad ogni modo, al di là di quest'ultimo aspetto apprezzabile da un punto di vista politico-criminale (per la preoccupazione di non lasciare liberi spazi di impunità), per ciò che qui interessa, dal punto di vista della razionalità del sistema repressivo delle ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria, non resta che una presa di

⁴³⁰ Cfr. A. CADOPPI, *Id.*, 394; G. SCIUMBATA, *La riforma del diritto societario. I reati societari*, cit., 178; R. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, cit., 984.

⁴³¹ Cfr. A. CADOPPI, *Id.*, 394; sulla stessa linea anche A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, 2014, op. cit., 220; U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., 340.

coscienza del fatto che il tentativo di differenziare il n.1 ed il n.2 del cpv. dell'art. 223 l. fall., attraverso il riconoscimento, soltanto nel primo caso e non anche nel secondo, della penale rilevanza di condotte che abbiano meramente aggravato un dissesto già esistente, si rivela fallace ed inconcludente.

5. Una nuova bancarotta preterintenzionale?

Da ultimo, si riporta la teoria di un autore⁴³² che, sempre nell'ottica di isolare spazi di autonomia operativa della "nuova" fattispecie incriminatrice, pone l'accento sulla questione concernente il titolo della sua imputazione *sogettiva*, per giungere, in definitiva, ad una vera e propria riqualificazione della natura dogmatica del reato.

In sede di esame dell'elemento psicologico della bancarotta *da reato societario* (*supra*, cap. II, sez. (A), § 5), si è sostenuto che, oltre alla matrice soggettiva che connota i vari illeciti penali precommessi, nell'oggetto dolo vi deve essere anche il dissesto in quanto conseguenza delle condotte tipizzate nelle figure di reato richiamate, e tale evento potrà essere (salvo che nel peculiare caso della bancarotta *da infedeltà patrimoniale*) anche semplicemente oggetto di *rappresentazione*, nei termini di seria possibilità di verifica, e di *volizione*, nei termini dell'"accettazione del rischio", secondo la trama che contraddistingue insomma la categoria del dolo eventuale.

Muovendo da tale impostazione, la teoria qui riportata deduce un totale assorbimento del delitto di nuovo conio all'interno della fattispecie che incrimina la causazione del fallimento *con dolo*, presupponendo così, implicitamente, che quest'ultima contempra nella sua tipicità un ampio profilo psicologico, comprendente anche il più lieve grado di intensità del dolo. Poiché poi, come si è visto, il trattamento sanzionatorio è perfettamente identico nelle due ipotesi, da ciò deriverebbe un giudizio di inutilità della bancarotta *da reato societario* alla luce della bancarotta *per dolo*.

⁴³² S. DEL CORSO, *Art. 4 - riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, cit. 590 ss.

Ciò detto, l'autore avanza il seguente dubbio sulla plausibilità di una siffatta ricostruzione: se il legislatore delegante avesse davvero avuto in mente di riformulare la bancarotta *da reato societario* attribuendo rilevanza all'evento «*dissesto*» cagionato *dolosamente* dai soggetti indicati commettendo uno degli illeciti penali specificamente individuati, non si comprenderebbe perché l'intervento normativo non si sia limitato alla mera abrogazione del disposto di cui all'art. 223, co. II, n.1, l. fall. potendosi in tal caso ricomprendere quei fatti nell'ipotesi di causazione *dolosa* del fallimento di cui alla prima parte del n.2, co. II dell'art 223 l. fall.

La soluzione che viene allora accolta, al fine di non percorrere la strada dell'inutile duplicazione, è quella che ritaglia alla nuova disposizione uno spazio nell'ordinamento giuridico penale attribuendole un criterio di imputazione dell'evento-dissesto *diverso* da quello doloso. In particolare – si sostiene⁴³³ – il legislatore della riforma avrebbe espressamente previsto la punibilità dell'ipotesi di bancarotta in parola sulla base di una imputazione di chiara matrice *preterintenzionale*: si tratterebbe, dunque, di un delitto in cui l'evento che si realizza è più grave di quello voluto col reato societario commesso (cfr. art. 43, co. II, c.p.).

A supporto di tale riqualificazione dogmatica vengono evocati tre argomenti.

Innanzitutto la lettera del nuovo disposto, che si ritiene implicare un solo collegamento causale fra il reato societario ed il successivo dissesto, non potendosi altresì ricavare in via implicita e presunta il legame psicologico (il riferimento andrebbe alla declinazione del verbo “commettere”: «(...) *commettendo alcuno dei fatti*» ecc.)⁴³⁴.

In secondo luogo la presenza della fattispecie prevista dalla seconda parte del n.2, co. II, dell'art. 223, l. fall. la quale, secondo l'opinione prevalente, delinea una

⁴³³ Cfr. S. DEL CORSO, *Id.*, 592.

⁴³⁴ Lo stesso argomento è utilizzato da M. ANGELINI, *Il reato di bancarotta fraudolenta impropria innovato dalla nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, in *Cass. pen.*, 2003, 353, ma per riportare una teoria parzialmente diversa, in virtù della quale la fattispecie viene inquadrata nella classe dei delitti aggravati dall'evento. Tale impostazione tuttavia si rivela palesemente scorretta anche, e soprattutto, perché il reato aggravato dall'evento non assume mai un distinto *nomen iuris*: oggi più che mai non può esservi alcun dubbio sul fatto che la bancarotta *da reato societario* costituisca un'ipotesi autonoma di reato.

bancarotta *strutturalmente* preterintenzionale, in cui il fallimento, con il connesso pregiudizio per la massa dei creditori, si situa su una linea di progressione rispetto al risultato meno grave voluto dal reo: l'introduzione di una vera e propria bancarotta preterintenzionale, sarebbe indice della volontà del legislatore di legittimare la lettura che vede nella bancarotta *da operazioni dolose* una figura di reato rispondente, sotto il solo profilo strutturale, al canone della preterintenzione, dissipando in questo modo ogni residuo dubbio esistente sull'elemento soggettivo di tale ipotesi delittuosa.

Infine, la riqualificata natura della bancarotta *da reato societario* permetterebbe di superare le perplessità sollevate riguardo all'effettivo significato dell'elenco dei reati societari su cui ha insistito il legislatore della riforma. Infatti tale elenco, se appare difficile da comprendere sul versante di una fattispecie tipizzata come reato di evento con disvalore *esclusivo* di evento⁴³⁵, si mostrerebbe invece plausibile e giustificabile concependo la figura criminosa, sul versante dell'imputazione soggettiva, come delitto di natura preterintenzionale, poiché, come ha affermato acutamente altra dottrina⁴³⁶, la categoria della preterintenzione ha una sua dignità dogmatica e politico-legislativa in quanto non risponde alla logica del puro *versari in re illicita*, ma postula un rapporto, fra evento voluto ed evento qualificante, di omogeneità e di progressione che rende prevedibile lo sviluppo dell'offesa. Si tratterebbe, ovviamente, di una prevedibilità presuntiva a livello di fattispecie (dove l'inquadramento nello schema della responsabilità oggettiva), ma che si fa concreta sul piano dell'*id quod plerumque accidit*. E d'altronde, è proprio facendo leva sulla "parziale omogeneità di offesa" tra fattispecie incriminatrici societarie e quella di bancarotta, che il legislatore delegato ha provveduto all'aggiornamento del vecchio elenco. Insomma, il "nuovo" avanzerebbe, ma con lo sguardo rivolto al passato.

La ricostruzione appare senz'altro degna di interesse, e parrebbe prima vista restituire una qualche identità alla fattispecie. Tuttavia, contro questo tentativo di

⁴³⁵ Cfr. *supra*, nota 391.

⁴³⁶ v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca*, op. cit., 322.

attribuire rispettabilità alla bancarotta *da reato societario* possono riportarsi una serie di osservazioni.

Per quanto riguarda il dato letterale, pur potendosi notare una certa assonanza lessicale tra la formula di cui all'art. 584 c.p. «(...) con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti (...)» e l'attuale art. 223, co. II, n.1, l. fall., non può sfuggire che mentre nel primo caso («omicidio preterintenzionale») è la stessa rubrica dell'articolo a sciogliere qualsiasi dubbio all'interprete, nel pieno rispetto, dunque, dell'art. 42, co. II, c.p. («nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale (...) espressamente preveduti dalla legge»)⁴³⁷; nell'ambito della fattispecie fallimentare, invece, la qualificazione di un reato preterintenzionale non può darsi per certa in maniera altrettanto assolutistica, ed anzi, l'idea che si tratti di un delitto ad imputazione soggettiva *dolosa* è sostanzialmente pacifica sia in dottrina⁴³⁸ che in giurisprudenza⁴³⁹.

A ciò si aggiunga che il “modello” preterintenzionale è indubbiamente un modello eccezionale nell'ordinamento penale, pertanto pare corretto ritenere che se il legislatore avesse inteso introdurre una fattispecie così particolare, avrebbe dato chiare indicazioni in tal senso, mentre al contrario di tale volontà non si rinviene alcuna traccia, nemmeno nei lavori preparatori⁴⁴⁰.

Altri rilievi critici concernono, poi, l'opportunità di una simile ricostruzione.

⁴³⁷ D'altronde anche l'altra fattispecie di delitto preterintenzionale prevista dall'ordinamento, i.e. l'art. 18 co. II, l. 22 maggio 1978 n.194 («[...] chiunque provochi l'interruzione di gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna»), non lascia adito a dubbi dal momento che pur non essendo espressamente qualificata come tale, oltre ad essere formulata in termini identici rispetto all'art. 584 c.p., effettua altresì un espresso rinvio a quest'ultima disposizione, fornendo così delle inequivoche indicazioni all'interprete sulla propria natura dogmatica.

⁴³⁸ Tra i tanti, v. A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 387; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, op. cit., 450; A. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, op. cit., 191; C. MARINI, *La bancarotta fraudolenta “impropria”*, in *Reati in materia economica*, A. ALESSANDRI (a cura di), cit., 410.

⁴³⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, ud. 29 marzo 2012, n. 23091, in *CED Cass. pen.*, 2012, rv. 252803.

⁴⁴⁰ Il rilievo è formulato da A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 387-8, e da G. PAVAN, *Art. 223, II co., n.1, l. f.: la pietra nello stagno*, cit., 1088, in critica a quelle letture che vedono nell'odierna bancarotta *da reato societario* un delitto aggravato dall'evento, tuttavia può certamente essere valido anche nel contesto qui delineato.

Per prima cosa, dal punto di vista della legittimità costituzionale, sono noti i problemi che la categoria dei reati preterintenzionali implica sotto il profilo del pieno rispetto del principio di colpevolezza⁴⁴¹.

Inoltre, ad un attento esame della teoria proposta, si fa concreto il sospetto che la riqualificazione dell'art. 223, co. II, n.1, l. fall. in termini di reato preterintenzionale, non sembra essere una scelta ermeneutica obbligata da un dato letterale confliggente, o comunque ambiguo; piuttosto, sembra trattarsi di una impostazione che troverebbe la sua ragion d'essere proprio nell'esigenza di ritagliare un autonomo spazio all'incriminazione di nuovo conio.

Anche se così fosse, tuttavia, va rilevato che il tentativo non si sottrarrebbe ad una valutazione di inidoneità rispetto al raggiungimento dello scopo perseguito. Infatti – e questa è l'osservazione più interessante ai fini della presente indagine – pur volendo ammettere che la bancarotta *da reato societario* abbia natura preterintenzionale, tale soluzione presterebbe comunque il fianco ad un'obiezione analoga a quella da cui il ragionamento ricostruttivo prende le mosse, poiché il giudizio di inutilità della nuova figura criminosa si ripresenterebbe inesorabilmente, ma questa volta alla luce della bancarotta *da operazioni dolose*: tale fattispecie, oltre ad identificare la condotta con una clausola di portata molto generale e potenzialmente idonea ad attrarre a sé qualsiasi scorrettezza degli organi societari (e dunque anche i reati richiamati dalla riformata disposizione fallimentare), sul versante dell'imputazione soggettiva dell'evento fallimentare, come si è detto, risponderebbe anch'essa alla logica della preterintenzione, e pertanto sarebbe senza dubbio da considerarsi assorbente rispetto alla (rivisitata) ipotesi speciale introdotta nel 2002⁴⁴².

⁴⁴¹ Tale aspetto, peraltro, non viene affatto misconosciuto dallo stesso autore la cui tesi è qui riportata: cfr. S. DEL CORSO, *Art. 4 - riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, cit. 592; più in generale, sul tema, si rinvia ancora una volta a G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 385.

⁴⁴² Sul punto E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, op. cit., 191; ma anche lo stesso S. DEL CORSO, *Id.*, 592, consapevole di incorrere in un simile ostacolo, sostiene che l'introduzione della bancarotta *da reato societario* quale delitto preterintenzionale, probabilmente è avvenuta anche perché il legislatore avrebbe voluto sopperire alla preoccupazione che i fatti di reato richiamati dalla disposizione fallimentare non riuscissero, sul piano interpretativo, ad essere ricondotti pacificamente allo schema delle operazioni dolose.

Alcune considerazioni conclusive.

Riepilogando, in occasione della riforma della disciplina penale delle società commerciali è stato integralmente rinnovato un reato fallimentare fino a quel tempo ritenuto decisamente problematico e di assai dubbia legittimità costituzionale: la c.d. bancarotta *da reato societario*.

Nel fare ciò, il legislatore si è chiaramente orientato nel senso di individuare comportamenti che – anche in considerazione della gravità delle sanzioni ad essi corrispondenti – debbano avere avuto un collegamento ed un nesso causale con il dissesto dell'ente. La disposizione di nuovo conio, dunque, risulta senz'altro apprezzabile in quanto mira al rispetto di importanti canoni di scienza della legislazione e di fondamentali principi costituzionali, fra cui quello di offensività, quello di colpevolezza, e quello di proporzionalità della pena.

Risolto un problema sul versante costituzionale, tuttavia, se ne è aperto un altro sul piano della coerenza sistematica dell'impianto normativo. Un intervento probabilmente poco meditato, infatti, ha avuto quale conseguenza inaspettata la formulazione di una disposizione che si presta ad un giudizio di potenziale inutilità laddove venga vagliata al confronto con l'immutata, e per il vero anche ormai anacronistica, ulteriore fattispecie da sempre considerata come “norma di chiusura” e “residuale” del comparto di repressione della bancarotta fraudolenta societaria: la causazione del fallimento *con dolo o per effetto di operazioni dolose*.

“Abbandonati a sé stessi”, al fine di attribuire anche solo un senso plausibile alla norma, gli interpreti si sono imbarcati in vere e proprie avventure ermeneutiche delle quali si è fin qui cercato di dare atto, vuoi valorizzando gli aspetti positivi delle soluzioni proposte, vuoi evidenziandone i non pochi profili critici.

Un minimo comun denominatore fra la moltitudine delle diverse teorie riportate può agevolmente essere identificato nell'inconcludenza delle ipotesi risolutorie cui le stesse sono pervenute, dal momento che tutte le ricostruzioni e le argomentazioni utilizzate si sono rivelate aporetiche, senza via d'uscita, fonti di contraddizioni e di antinomie. A partire dalla tesi dell'efficacia escludente dell'odierna bancarotta *da reato societario* (*supra*, cap. III, § 2), secondo la quale il tassativo richiamo ad alcuni specifici reati di cui al Titolo XI, Libro V, c.c. costituirebbe una sorta di

presunzione assoluta di impossibilità per i reati societari *diversi* da quelli richiamati di porsi quali cause o concause del dissesto; passando, poi, per il deviante tentativo di ribaltare totalmente i termini problema (*supra*, cap. III, § 3), realizzato considerando la causazione del fallimento *per effetto di operazioni dolose* una norma ad oggi inservibile sulla base di un suo preteso assorbimento nella bancarotta *da infedeltà patrimoniale*; muovendo da questo presupposto concettuale, è stata quindi caldeggiata la necessità di ricercare un ruolo da attribuire (non al n.1, bensì) alla seconda parte del n.2 dell'art. 223, co. II, l. fall. (*supra*, cap. III, § 3.1), e questi è stato individuato, in via interpretativa, nell'esclusiva rilevanza penale di quelle operazioni dolose che abbiano meramente aggravato lo squilibrio patrimoniale della società, sacrificando, però, la stessa coerenza logico-argomentativa della ricostruzione esegetica; ritornando così alla corretta prospettiva di analisi del problema, si è dato spazio ad altra teoria che, finalizzata a riconoscere alla rinnovata ipotesi delittuosa una propria "valvola di sfogo", ma in definitiva riconosciuta infondata dal suo stesso proponente, ha azzardato un ampliamento del significato del nesso eziologico che collega il reato societario al dissesto, facendo rientrare nella tipicità della disposizione non solo la causazione dell'evento, ma anche il mero *aggravamento* della sua dimensione quantitativa, ed escludendo, per converso, che il medesimo apporto causale possa avere rilevanza nell'ambito del n.2 dell'art. 223, co. II, l. fall. (*supra*, cap. III, § 4).

Infine, è stato segnalato un orientamento che, sul presupposto di un integrale assorbimento del nuovo n.1 nel perimetro di operatività della bancarotta *per dolo*, ha reinterpretato la novella legislativa come una fattispecie soggettivamente preterintenzionale, in cui l'evento-dissesto è più grave di quello voluto da colui che commette il reato societario "a monte". Anche questa rivisitazione dogmatica tuttavia – al di là delle valutazioni circa la sua fondatezza – ha prodotto sterili risultati stante la persistenza del potenziale giudizio di inutilità della disposizione alla luce della bancarotta *da operazioni dolose*, anch'essa rispondente, quantomeno a livello strutturale, al canone della preterintenzione (*supra*, cap. III, § 5).

Ora, quest'ultima teoria, per quanto inaccettabile, a ben vedere fornisce ulteriori spunti di indubbia rilevanza per l'indagine svolta, poiché illumina una

strada – ancora poco esplorata nell’ottica del problema qui proposto – il cui percorso si concretizza in un tentativo di saggiare l’autonomia operativa della nuova bancarotta *da reato societario* facendo leva su una precisa individuazione dei profili psicologici che contraddistinguono la bancarotta *per dolo* e quella *da operazioni dolose*.

Come si è accennato (*supra*, cap. II, sez. (B), § 4), le due forme di bancarotta previste dal n.2, cpv. dell’art. 223 l. fall., si distinguono essenzialmente sul piano soggettivo, ma riguardo all’individuazione dei confini che segnano questo discrimine vi sono divergenze interpretative.

Scartato l’orientamento che – individuando la differenza fra le due locuzioni normative nell’essenza stessa del dolo e nel rapporto fra i suoi vari gradi di intensità – ravvisa nella prima parte della disposizione («*con dolo*») il dolo diretto e nella seconda parte («*per effetto di operazioni dolose*»), invece, il dolo indiretto od eventuale, si è ritenuto preferibile l’indirizzo che individua nella bancarotta *da operazioni dolose* una fattispecie strutturalmente preterintenzionale, dandosi altresì atto, però, che fra coloro che promuovono questa concezione non vi è uniformità di vedute riguardo all’ampiezza della nozione di “dolo” da assumere alla base dell’altra ipotesi di chiusura, coesistendo sia la posizione di chi ne accoglie l’accezione più lata – comprensiva tanto della volizione diretta quanto di quella eventuale – sia quella di chi lo ascrive, in termini più restrittivi, ai casi di dissesto fallimentare *intenzionalmente* provocato.

L’assunzione di una precisa posizione in relazione a quest’ultima incertezza ermeneutica non è affatto ininfluyente per la descrizione dello spazio di operatività della nuova bancarotta *da reato societario*, poiché, come è agevole intuire, ove si ritenga che la bancarotta *per dolo* contempra nella sua tipicità ogni grado di intensità del dolo, allora non si potrà che riconoscere a questa fattispecie una integrale capacità fagocitante rispetto al riformato delitto fallimentare. Al contrario, limitando l’operatività del primo inciso del n.2, cpv. dell’art. 223 l. fall., ai casi di fallimento *intenzionalmente* provocato, la fattispecie potrebbe assorbire la bancarotta *da reato societario* soltanto sul piano oggettivo, mentre l’autonomia di quest’ultima si riaffermerebbe dal punto di vista psicologico, in quanto

sfuggirebbero alla categoria dell'intenzionalità rispetto all'evento fallimentare tutti quei fatti integranti gli illeciti penali richiamati dal n.1, cpv. dell'art. 223 l. fall., causalmente collegati ad un dissesto che, seppur previsto come certo o come possibile, non rappresenta lo scopo perseguito dall'agente.

Una ricostruzione che circoscriva l'operatività della bancarotta *per dolo* ai soli casi in cui il fallimento sia stato *preparato* e *voluto* è senz'altro plausibile, ed inoltre avrebbe quale effetto quello di delimitare l'area del problema della potenziale inutilità della bancarotta *da reato societario* (soltanto) al rapporto intercorrente tra questa e quella *da operazioni dolose*.

Anche così individuati i termini di comparazione, tuttavia, non pare possibile giungere ad una soluzione soddisfacente. La maglia della causazione del fallimento *per effetto di operazioni dolose* resta sempre più larga rispetto a quella della bancarotta *da reato societario*, non solo dal punto di vista di oggettivo⁴⁴³, ma anche sul piano dell'imputazione soggettiva dell'evento: nella prima, dovendo il dissesto essere imputato soggettivamente al reo a titolo di dolo eventuale o di dolo diretto, sarà necessario accertare l'esistenza di un certo coefficiente volitivo rispetto al risultato dell'agire; nella seconda, invece, il fallimento (*rectius*, il dissesto) è imputato al soggetto agente secondo il canone della preterintenzione, pertanto, pur dovendosi interpretare la disposizione con il correttivo imposto dal principio costituzionale di colpevolezza, non si riuscirebbe a negare che laddove il n.1 del cpv. dell'art. 223 l. fall. non fosse stato scritto, i «fatti» di cui alle fattispecie penali societarie, oggi in esso previsti, sarebbero stati, se causativi o concausativi del dissesto, puniti comunque a titolo di bancarotta fraudolenta *da operazioni dolose*.

Una tale conclusione sembra piuttosto sconcertante, ma ineccepibile. E dovendosi così definitivamente prendere atto delle enormi difficoltà che la nuova configurazione della bancarotta *da reato societario* incontra nel guadagnarsi un

⁴⁴³ Del resto, allorquando si parla di *operazioni* occorre necessariamente fare riferimento ad una qualche attività negoziale o di altro genere che comporti delle conseguenze economiche e, comunque, economicamente valutabili. Pertanto, non potranno sfuggire alla qualificazione di «operazioni dolose», ad esempio, le ripartizioni di utili non effettivamente conseguiti; gli acquisti o le sottoscrizioni, da parte degli amministratori, di azioni o quote sociali pregiudizievoli per l'integrità del capitale sociale; gli aumenti fittizi del capitale mediante l'attribuzione di azioni o quote in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale; e così via.

proprio ruolo operativo, non resta che considerare alcuni aspetti riguardanti da un lato, l'individuazione di quei residui profili di ragionevolezza esistenziale e di utilità che possono discendere dalla precisa catalogazione di alcune delle fattispecie penali di cui al Titolo XI, Libro V, c.c.; dall'altro, l'auspicabile intervento legislativo in materia penal-fallimentare.

Per quanto concerne il primo profilo, è stato sostenuto⁴⁴⁴ che il nuovo n.1, cpv. dell'art. 223 l. fall. dia «*comunque risalto ad una categoria criminologica tutto sommato autonoma rispetto a quella manifestata dal n.2*». In questa prospettiva, la previsione del n.1 «*nonostante la presenza del n.2*» ha forse un senso in ogni caso. D'altra parte, le fattispecie penali vengono in esistenza soprattutto perché danno espressione formale ed ufficiale a tipologie criminologiche precedentemente venute alla ribalta come problemi sociali. Il legislatore, in sostanza, avrebbe aggiornato l'elenco dei reati presupposto sulla spinta di circostanze di *normalità criminale*: nell'ambito della criminalità societaria, si reputerebbe cioè *normalmente* possibile che i fatti tipici richiamati dal n.1, essendo tutti potenzialmente lesivi degli interessi dei creditori, si possano ergere a cause o concause di uno squilibrio economico-patrimoniale irreversibile.

Una simile lettura lascia apprezzare il riformato delitto fallimentare per la sua funzionalità al rispetto delle sacrosante esigenze di tassatività e determinatezza, tuttavia, si badi, non si sta discorrendo di una soluzione che inerisce alla tesi dell'efficacia escludente dell'odierna bancarotta da reato societario. Quest'ultima postula, come si è visto, degli apriorismi inaccettabili, mentre la valorizzazione della *normalità criminale* non impedisce affatto che anche altre fattispecie penali societarie non richiamate dalla disposizione fallimentare possano in concreto presentare una certa idoneità eziologica rispetto all'evento-dissesto.

A quanto detto si aggiunga che una residua sfera di utilità pratica dell'espressa previsione del n.1 è comunque reperibile malgrado la permanenza del n.2. Per un verso, infatti, il rapporto di specialità unilaterale esistente fra le due disposizioni avrà l'effetto di escludere il loro concorso; per altro verso, l'espresso richiamo di

⁴⁴⁴ A. CADOPPI, *Sub. art. 4 D.lgs. 61/02*, op. cit., 396.

determinati reati, nell'ambito di una fattispecie in cui essi fungono da condotte produttive dell'evento-dissesto, implica l'assorbimento degli illeciti penali-base nel reato fallimentare complesso, pertanto, anche qui, si avrà un concorso apparente di norme e non un concorso di reati: una tale conseguenza – non disprezzabile sotto il profilo delle ricadute sanzionatorie – non si sarebbe verificata se il legislatore avesse *tout court* abrogato il n.1 confidando nella capacità espansiva del n.2.

Per quel che riguarda il secondo aspetto, infine, non può farsi a meno di sottolineare come sulla problematica qui evidenziata aleggi la sempre incombente prospettiva di una generale revisione dei reati fallimentari.

Innanzitutto, è lecito interrogarsi sulla stessa opportunità di una “riedizione” della bancarotta *da reato societario*: figura rivelatasi particolarmente riottosa ad un armonico inserimento nel sistema. Ove si scartino le prospettive “abolizioniste”, riconoscendo la *bonitas* dell'intuizione politico-criminale sottesa alla figura, si tratterebbe di trovare un ragionevole punto di equilibrio tra il languore, in punto di offensività e colpevolezza, della previsione punitiva d'origine, e la vacuità di una fattispecie “stracarica” di note di disvalore – ma pur sempre indifferenziata sul versante sanzionatorio – quale quella uscita dalla riforma del 2002.

Più correttamente, però, pare che la via migliore da seguire per razionalizzare il sistema repressivo sia quella di un intervento sulla fattispecie “di chiusura” delle ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria. La causazione del fallimento *con dolo o per effetto di operazioni dolose*, d'altronde, presta il fianco a non poche critiche, e al di là delle perplessità – di non poco conto – che possono sorgere in punto di trattamento sanzionatorio (soprattutto con riferimento alla seconda parte del n.2, del cpv. dell'art. 223 l. fall., poiché uguale risposta punitiva è prevista tanto nell'ipotesi che il dissesto sia conseguenza *voluta* di uno dei reati societari richiamati dal n.1, quanto nel caso in cui sia invece conseguenza *non voluta* di un'operazione dolosa potenzialmente consistente nella stessa condotta costitutiva del medesimo reato societario)⁴⁴⁵, è nel giusto chi sostiene che il solo fatto che la norma ancor oggi costringa l'interprete a porsi di nuovo il dilemma di una sua

⁴⁴⁵ Sul punto F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, op. cit., 451; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, op. cit., 359, nota 26.

interpretazione conforme ai canoni del codice penale, rappresenta già, di per sé, valido e sufficiente motivo per invocarne l'espulsione dal sistema⁴⁴⁶.

La condivisione di questa opinione, beninteso, non equivale ad un giudizio di inopportunità circa la presenza nel sistema della bancarotta fraudolenta societaria di una fattispecie generale e residuale. Tutt'altro: costituisce la premessa per la proposta di un'integrale sostituzione della formula ottocentesca con altra diversamente articolata e maggiormente in linea con i moderni principi basilari della scienza penalistica⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Cfr. G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società*, op. cit., 454.

⁴⁴⁷ Va segnalato che in data 19 ottobre 2017 è stata emanata la Legge n. 155 recante la «delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza», e il Governo avrà un anno per emanare i relativi decreti legislativi. Assoluta centralità, con questo intervento riformatore, è stata data agli istituti prettamente concorsuali, mentre, nella prospettiva di una riforma organica dell'intera materia dell'insolvenza, la Commissione presieduta dal Dott. Renato Rordorf non si è occupata, se non marginalmente, della pur espressamente auspicata revisione delle disposizioni penali della Legge fallimentare, poiché tale aspetto non rientrava nei compiti affidateli (cfr. *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, § 14). In particolare, le disposizioni che lambiscono il versante penalistico del R.D. n. 267/1942 sono le seguenti:

l'art. 2, lett. a), che stabilisce quale principio generale cui deve attenersi il Governo nell'esercizio della delega quello di «sostituire il termine "fallimento" e i suoi derivati con l'espressione "liquidazione giudiziale", adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose». La scelta terminologica nasce dall'esigenza di abbandonare la tradizionale espressione "fallimento" adeguandosi a quanto già recepito nei principali ordinamenti europei di *civil law*, onde eliminare la connotazione negativa che, da sempre, ha accompagnato tale termine e considerare la situazione di difficoltà non necessariamente in ottica patologica nella vita di un'impresa (cfr. *Relazione*, cit., § 2);

l'art. 4, che dopo aver disposto l'introduzione di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di natura stragiudiziale e confidenziale, finalizzate ad incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori, prevede alla lett. h), che tra le misure premiali da riconoscere all'imprenditore che abbia dato corso tempestivamente a tali procedure, sia inclusa «(...) in termini di responsabilità personale la causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi dell'art. 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 un'attenuante ad effetto speciale per gli altri reati, nonché una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa (...)».

Bibliografia.

- AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D. lgs. 11 aprile 2002, n.61*, A. ALESSANDRI (a cura di), Milano, 2002.
- AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, Convegno di studio «Enrico de Nicola»*, Milano, 2009.
- AA. VV., *La riforma del diritto societario*, in *Quaderni del consiglio superiore della magistratura*, Roma, 2004.
- AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003.
- AA. VV., *Reati in materia economica*, A. ALESSANDRI (a cura di), Torino, 2012.
- P. ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni.*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, vol. 4, *Amministratori. Direttore generale*, Torino, 1991, 461 ss.
- M. ANGELINI, *Il reato di bancarotta fraudolenta impropria innovato dalla nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, in *Cass. pen.*, 2003, 349 ss.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I reati ed illeciti depenalizzati, fallimentari, societari, bancari e tributari*, a cura di L. CONTI, Milano, 1985.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *Reati fallimentari*, a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2014.
- M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.
- C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, in *Penale contemporaneo online*, 15 luglio 2016.
- C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009.
- E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese. 2, Bilancio di esercizio*, Torino, 2010.
- F. BONELLI, *I poteri individuali del sindaco*, in *Giur. comm.*, 1988, 521 ss.
- A. BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975.

- R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2011.
- R. BRICCHETTI, *Sub. art. 216 e 223 l. fall.*, in *Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), Milano, 2007.
- R. BRICCHETTI – R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2003.
- A. BRUNO, *Il leveraged buyout nella casistica giurisprudenziale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, 807 ss.
- S. BUONOCORE - P. PANELLA - L. PONTI - F. SPADETTO, *Le nuove responsabilità civili e penali nelle società di capitali*, Milano, 2014.
- A. CADOPPI, *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223, cpv., n.1 l. fallimentare*, in *Fall.*, 1981, 795 ss.
- CAMERA DEI DEPUTATI: Servizio studi legislazione e inchieste parlamentari, *Ricerca sulle società commerciali. Linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, in *Quaderni di studio e legislazione*, Roma, 1968, 23 ss.
- G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, M. CAMPOBASSO (a cura di), V ed., Milano, 2010.
- I. CARACCIOLI, *Sul continuo allargamento della figura dell'«amministratore di fatto»*, in *Impresa*, 2005, 501 ss.
- V. CARDONE – F. PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale: responsabilità penale dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 287 ss.
- F. CARNELUTTI, *Recensione a Nuvoione: Il diritto penale del fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 254.
- G. CASAROLI, *La causazione dolosa del fallimento della società da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *Ind. pen.*, 1978, 407.
- F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, II, 722 ss.
- G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 67 ss.

- G. COCCO, *Sub art. 216 e 223 l. fall.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, F. PALAZZO – C.E. PALIERO (a cura di), II ed., Padova, 2007.
- L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, vol. II, Torino, 1991.
- L. CONTI, *Diritto penale commerciale. Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, vol. I, Torino, 1980.
- E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, in *Trattati*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2013.
- A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: La suprema corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.3/2013, 356 ss.
- A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria. Distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2013.
- S. DEL CORSO, *Art. 4 - riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *Leg. pen.*, 2003, 582 ss.
- M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 2857 ss.
- M. DONINI, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma 3, l. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti "esterni" alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo "interno"*, in *St. iur.*, 1999, 139 ss.
- M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.4/2013, 4 ss.
- P. FERRO – LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1985, I, 48.
- A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014.
- A. FRIGNANI, *Il leveraged buy-out nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1989, 419.
- M. GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella «nuova» bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2003, 88 ss.

- L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, L. GENGHINI (a cura di), in *Manuali notarili*, Trento, 2015.
- U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012.
- G. GROSSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.
- P. GUALTIERI, *Le nuove comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.4/2016, 153 ss.
- M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.
- M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *Reati fallimentari e societari*, 1988.
- A. LANZI - A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n.62 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007.
- A. LANZI, *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, in *Fisco online*, 2002, 7393 ss.
- A. LANZI, *La «nuova» bancarotta societaria*, in *Fall.*, n.8, 2002, 812.
- A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione Statutaria delle città italiane*, Milano, 1884.
- S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Milano, 1930.
- A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Milano, 2013
- P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento. Corso di lezioni*, Milano, 2003.
- P. MANGANO, *Impresa e bene giuridico nei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, II, 419.
- P. MANGANO, *La causazione del fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 459 ss.
- A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2010.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2015.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2014.

- F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 313 ss.
- C. MARINI, *Bancarotta impropria e circostanze aggravanti: i termini attuali di una vexata quaestio nello specchio della Suprema Corte*, in *Le società*, n. 11/2010, 1347 ss.
- G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2017.
- N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, III ed., 2016.
- N. MAZZACUVA, *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso tra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, II, 660 ss.
- G. MAZZOTTA – A. D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali. Sindaci, revisori, autorità indipendenti*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2006.
- P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADDESSA e G. B. PORTALE, Vol.2, Assemblea - Amministrazione, Torino, 2007, 835 ss.
- P. MONTALENTI, *Il leveraged buyout*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1991.
- M. MONTI, *L'Italia dei crack. Vittime, artefici e mandanti delle truffe finanziarie degli ultimi anni*, Roma, 2011.
- A. MORANO, *Liceità o illiceità del leveraged buy-out?*, in *Le società*, n.7/1992, 885 ss.
- F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, 630.
- F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, f. 4, 443 ss.
- F. MUCCIARELLI, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Le società*, 1989, vol. I, 121 ss.

- F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.4/2015, 390 ss.
- E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.
- V. NAPOLEONI, *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta «da reato societario»*, in *Cass. pen.*, 2009, 295 ss.
- G. NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1940.
- P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, Milano, 1955.
- A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.
- A. PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, II, 519.
- P. PALLADINO, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cass. pen.*, 2005, vol. V, 3088 ss.
- A. PATTI, *La sentenza dichiarativa di fallimento e i reati fallimentari*, in *Fall.*, n.10/2002, 1033.
- G. PAVAN, *Art. 223, II co., n.1, l. f.: la pietra nello stagno*, in *Ind. pen.*, 2005, 1083 ss.
- C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, GALGANO (a cura di), Bologna, 1995.
- C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003.
- C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1265.
- A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001.
- A. PERINI, *Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 721 ss.
- N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penali nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003.

- M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953.
- M. PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957.
- D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le società*, n.7/2008, vol. II, 899 ss.
- Raccolta dei lavori preparatori dei codici del regno d'Italia. (Codice del commercio)*, Palermo, 1865.
- Relazione al D.lgs. n.6/2003.*
- Relazione al D.lgs. n.61/2002.*
- Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali.*
- Relazione al R. Decreto 16 marzo 1942, n. 267.*
- D. RENDE, *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, 44.
- G. RONCAGLI, *Raccolta dei codici commerciali degli Stati d'Italia paragonati col codice di commercio francese aggiuntavi la nuova legge sui fallimenti 28 maggio 1838*, Bologna, 1856.
- M. RONCO – E. MEZZETTI – E. M. AMBROSETTI, *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2009.
- A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società "con dolo o per effetto di operazioni dolose": peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Diritto penale contemporaneo. Riv. trim.*, n.4/2015, 429.
- A. ROSSI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), Milano, 2014.
- G. RUFFOLO, *Lo specchio del diavolo. La storia dell'economia dal paradiso terrestre all'inferno della finanza*, Torino, 2006.
- G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose ex art. 223 cpv. n.2 l. fall. nelle operazioni «intercompany»*, in *Fall.*, 2000, 50 ss.

- M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Torino, 2003.
- C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003.
- C. SANTORIELLO (a cura di), *La disciplina penale dell'economia. Società, fallimento, finanza*, Torino, 2008.
- G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930
- I. SCALERA, *La bancarotta fallimentare*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2001.
- Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, 14.
- G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 253 ss.
- G. SCIUMBATA, *La riforma del diritto societario. I reati societari*, G. LO CASCIO (a cura di), Milano, 2008.
- S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 813 ss.
- G. SOANA, *I reati fallimentari*, Milano, 2012.
- M. SOLFERINI, *Le operazioni di leveraged buyout dopo la riforma del diritto societario*, in www.tidona.com.
- F. STELLA – D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 557.
- P. VENTURATI, *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 579 ss.

Sentenze.

C. Cost., sent. 1 giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1497.

Trib. Verona, 18 giugno 1984, in *Giur. mer.*, 1985, 657 ss., con nota di A. CADOPPI.

Trib. Lecce, 30 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, II, c. 653.

Trib. Milano, 13 maggio 1999, in *Le società*, n.1/2000, 75 ss., con commento di M. S. SPOLIDORO, *Incorporazione della controllante nella controllata e «leveraged buy out»*.

Trib. Napoli, Sez. V, 8 aprile 2004, n. 3500, in *Guida al diritto*, 2005, n.5, 63.

Trib. Genova, ud. 22 dicembre 2004, in *Giur. mer.*, 2006, n.3, 712.

Trib. Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, (*inedita*).

Cass. pen, Sez. V, ud. 28 gennaio 1980, in *Giur. comm.*, 1983, 66.

Cass. pen., Sez. V, dep. 22 maggio 1981, n. 4729, in *Riv. pen.*, 1981, 837.

Cass. pen., Sez. V, ud. 17 dicembre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, 691.

Cass. pen., Sez. V, 9 ottobre 1984, in *Giur. it.*, 1986, II, 162.

Cass. pen., Sez. V, ud. 15 dicembre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, 1165.

Cass. pen., Sez. I, ud. 25 aprile 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 164.

Cass. pen, Sez. V, ud. 26 aprile 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 639.

Cass. pen., Sez. V, ud. 26 giugno 1990, in *Cass. pen.*, 1991, vol. I, 845, nonché in *Cass. pen.*, 1992, 1607-8, con nota di M. ANGELINI, *Responsabilità per bancarotta fraudolenta dell'amministratore assente*.

Cass. pen., Sez. V, 27 febbraio 1992, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 585.

Cass. pen., Sez. V, ud. 28 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 1630.

Cass. pen., Sez. V, dep. 28 dicembre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 1637.

Cass. pen., Sez. V, ud. 23 febbraio 1995, n. 3506, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1427.

Cass. pen., Sez. V, ud. 17 gennaio 1996, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, II, 953, con nota di F. ZAMBELLI, *La responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta dell'amministratore di fatto e di diritto*.

Cass. pen., Sez. V, dep. 14 luglio 1998, in *Guida al diritto*, 1998, 33.

Cass. pen., Sez. V, ud. 6 maggio 1999, n. 7583, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1198.

Cass. pen., Sez. V, 22 settembre 1999, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 480.

Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 1999, n. 14103, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, f. 4, 86.

Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 2000, n. 5503, in *Le società*, n.6/2000, 711 ss., con commento di L. PICONE, *Liceità del «merger leveraged buy-out»?*

Cass. pen., Sez. V, ud. 24 aprile 2000, n. 5619, in *Cass. pen.*, 2001, V, 1622.

Cass. pen., Sez. un., ud. 10 luglio 2002, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, II, 1133 ss.

Cass. pen., Sez. V, ud. 11 dicembre 2002, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 923, con nota di G. SCHIAVANO.

Cass. pen., Sez. V, ud. 16 dicembre 2002, n. 4901, in www.iusexplorer.it.

Cass. pen., Sez. V, ud. 28 febbraio 2003, n. 19806, in *D&G*, 2003, n.20, 96.

Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36630, in *Riv. pen.*, 2004, 197.

Cass. pen., Sez. V, ud. 3 ottobre 2003, n. 45713, in www.iusexplorer.it.

Cass. pen., Sez. V, ud. 18 maggio 2005, n. 24333, in *Cass. pen.*, 2007, 755.

Cass. pen., Sez. V, ud. 3 giugno 2005, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, vol. I, 255 ss., con nota di V. CARDONE - F. PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*.

Cass. pen., Sez. Un., ud. 12 luglio 2005, n. 33748, in *Cass. pen.*, 2005, VI, 3732 ss., con nota di G. BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 26 gennaio 2006, n. 7208, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, vol. II, 1020.

Cass. pen., Sez. V, 22 marzo 2006, n. 9813, in *Cass. pen.*, 2006, 3309 ss., con nota di M. BELLINA, *Sull'avviamento quale oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta*.

Cass., pen., Sez. V, ud. 18 maggio 2006, n. 23730, in *Cass. pen.*, 2007, 3256 ss., con osservazioni di L. CRISARI, *La rilevanza penale dei negozi inquadrabili nello schema del leveraged buy-out dopo la riforma del diritto societario*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 18 maggio 2006, n. 23730, in *Cass. pen.*, 2007, IV, 3256.

Cass. pen., Sez. V, ud. 24 maggio 2006, n. 36764, in *CED Cass. pen.*, 2006.

Cass. pen., Sez. V, ud. 24 maggio 2006, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 421, con nota di C. BENUSSI, *La cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 22 febbraio 2007, n. 11019, in *Cass. pen.*, 2008, 3021.

Cass. pen., Sez. V, dep. 19 giugno 2007, n. 23838, in *Cass. pen.*, 2008, I, 103 ss., con nota di F. CENTONZE, *La suprema corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.

Cass. pen., Sez. V, dep. 19 giugno 2007, n. 23838, in *Le società*, n.7/2008, vol. II, 899 ss.

Cass. pen., Sez. V, dep. 22 febbraio 2008, n. 8260, in *Riv. pen.*, 2009, 1180.

Cass., Sez. Un., ud. 28 febbraio 2008, n. 19601, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss., con nota di AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*.

Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2008, in *Giust. pen.*, 2009, 444.

Cass. pen., Sez. V, ud. 18 dicembre 2008, n. 2513, in *Cass. pen.*, 2009, VI, 4881.

Cass. pen., Sez. V, ud. 10 febbraio 2009, n. 9736, in *Cass. pen.*, 2011, III, 1182, con nota di I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*.

Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2009, n. 9299, in *St. iur.*, 2009, 1154.

Cass. pen., Sez. V, 28 marzo 2009, n. 21581, in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 243889.

Cass. pen., Sez. V, 22 settembre 2009, n. 36595, in *Le società*, n.7/2010, 886 ss., con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra «agire informato» e poteri di impedimento*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 18 dicembre 2009, n. 8829, in *Cass. pen.*, 2011, 3990 ss.

Cass. pen., Sez. V., ud. 9 febbraio 2010, n. 11938, in *Cass. pen.*, 2011, 691 ss., con osservazioni di M. BENDONI, *La responsabilità dell'amministratore in carica per i reati commessi dall'amministratore di fatto*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, in *Cass. pen.*, 2011, 4422 ss., con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, in *CED Cass. pen.*, 2010.

Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, in *Le società*, n.11/2010, 1349.

Cass. pen., Sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259, in *CED Cass. pen.*, 2010.

Cass. pen., Sez. V, 12 marzo 2010, n. 10186, in *Riv. pen.*, 2011, 461.

Cass. pen., Sez. V, ud. 19 aprile 2010, n. 21588, in *Cass. pen.*, 2011, 1549.

Cass. pen., Sez. V, ud. 22 giugno 2010, n. 30932, in *Cass. pen.*, 2011, 1550.

Cass. pen., Sez. V, ud. 4 maggio 2011, n. 28932, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 185 ss., con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*.

Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, in *Le società*, n. 10/2011, 1196 ss., con nota di C. SANTORIELLO, *Pluralità di fatti di bancarotta: dalle Sezioni Unite una ricostruzione completa*.

Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, in *Giust. pen.*, 2012, 317.

Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 11649, in *Fisco online*, 2012.

Cass. pen., Sez. V, dep. 30 gennaio 2012, n. 3714, in www.leggiditalia.it.

Cass. pen., Sez. V, ud. 29 marzo 2012, n. 23091, in *CED Cass. pen.*, 2012, rv. 252803.

Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in *Penale contemporaneo online*, con nota di A. INGRASSIA, *La suprema corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*

Cass. pen., Sez. V, ud. 24 settembre 2012, n. 733, in *Penale contemporaneo online*, con nota di F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 11 gennaio 2013, n. 17021, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 363 ss., con nota di M. CASELLATO e con nota di M. CALLEGARI.

Cass. pen., Sez. V, ud. 17 gennaio 2013, n. 10180, in *Penale contemporaneo online*, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La Cassazione conferma l'orientamento prevalente sull'applicabilità della disciplina dell'art. 219 comma 1 l. fall. alla bancarotta societaria*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 21 gennaio 2013, n. 18695, in *CED Cass. pen.*, 2013.

Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2013, n. 45671, in www.leggiditalia.it.

Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 8413, in *CED Cass. pen.*, 2014.

Cass. pen., Sez. V, 29 novembre 2013, n. 12426, in *CED Cass. pen.*, 2014.

Cass. pen., Sez. V, 12 dicembre 2013, n. 17408, in *CED Cass. pen.*, 2014.

Cass. pen., Sez. V, ud. 7 marzo 2014, n. 32352, in *Penale contemporaneo online*, con commento di F. BALATO, *Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*.

Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2014, n. 29586, in *CED Cass. pen.*, 2014.

Cass. pen., Sez. V, ud. 17 luglio 2014, n. 47616, in *Cass. pen.*, 2015, 3720 ss., con nota di A. PANTANELLA, *La Corte di Cassazione e la damnatio memoriae della "sentenza corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 11 dicembre 2014, n. 6777, in www.iusexplorer.it.

Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2014, n. 47621, in *CED Cass. pen.*, 2015.

Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 15976, in *CED Cass. pen.*, 2015.

Cass. pen., Sez. V, ud. 16 giugno 2015, n. 33774, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1486.

Cass. pen., ud. 1 ottobre 2015, n. 45672, in *Cass. pen.*, 2016, 2208.

Cass. pen., Sez. V, ud. 12 novembre 2015, n. 890, in *Cass. pen.*, 2016, 1417.

Cass. pen., Sez. V, ud. 8 gennaio 2016, n. 6916, in *Penale contemporaneo online*, 2 marzo 2016.

Cass. pen., Sez. Un., ud. 31 marzo 2016, n. 22474, in *Cass. pen.*, 2016, 2784 ss., con nota di F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni Unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*.

Cass. pen., Sez. V, ud. 8 febbraio 2017, n. 13910, in *Cass. pen.*, 2017, f.6, 2197 ss., con nota di A. GHIBELLI, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta pre-fallimentare: l'atteso revirement della cassazione*.

Cass. pen., Sez. V, 14 settembre 2017, n. 50081, in *D&G*, 2017, n.174, 10, con nota di E. FONTANA, *Quali conseguenze per chi sconta la medesima fattura presso più banche, in caso di fallimento?*