

## **La responsabilità penale del sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società *in house* partecipata dal comune.**

di **Giuseppe Barbato**

**Sommario.** **1.** La complessa ricostruzione dei fatti oggetto dell'accertamento processuale. - **2.** Il reato di cui all'art. 223, Il comma n.1) l.f. - **3.** La posizione del membro del collegio sindacale con riguardo alla prima imputazione: la riqualificazione del fatto nel reato di cui agli artt. 217 e 224 n.2) l.f. - **4.** La seconda imputazione: la bancarotta per causazione dolosa del fallimento o per effetto di operazioni dolose. - **5.** Il merito dell'addebito: la posizione degli imputati. - **6.** La responsabilità penale del Sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società *in house* partecipata dal Comune. - **7.** Le circostanze aggravanti oggetto di contestazione.

### **1. La complessa ricostruzione dei fatti oggetto dell'accertamento processuale.**

La sentenza in epigrafe si inserisce nell'ambito di un complesso procedimento penale a carico dei membri del collegio sindacale e degli amministratori di una società *in-house* fallita, oltre che del Sindaco del Comune che manteneva la partecipazione totalitaria al capitale della stessa. In particolare, avendo un membro del collegio sindacale e il Sindaco optato per la definizione del procedimento con il rito abbreviato, si è provveduto a stralciare le posizioni degli altri imputati: la sentenza di condanna in esame, infatti si limita a contemplare le specifiche contestazioni mosse a carico di tali due imputati.

Nei confronti del membro del collegio sindacale veniva preliminarmente contestata l'ipotesi di reato di cui agli artt. 110 c.p., 216 e 223, cpv., n. 1) l.f., avendo questi concorso a cagionare il dissesto della società, partecipando, insieme con gli amministratori e gli altri sindaci, alla commissione di varie ipotesi di falso in bilancio ex art. 2621 c.c., con l'intenzione di ingannare il pubblico e con lo scopo di procurarsi vantaggio e di arrecare pregiudizio ai creditori. In particolare, nonostante le plurime falsità iscritte nei bilanci di più esercizi sociali, ometteva di esercitare tutte le attività e i doveri del proprio ufficio e non segnalava le gravi irregolarità contabili e documentali, con la piena consapevolezza del fatto che tali condotte avrebbero acuito lo stato di insolvenza della società poi fallita.



Inoltre, gli veniva contestata anche l'ipotesi di reato di cui agli artt. 110 c.p., 216 e 223, cpv. n. 2) l.f., stavolta in concorso anche con il Sindaco del Comune, poiché, insieme con gli altri amministratori e sindaci della società, cagionava con dolo o comunque per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.

In particolare, le operazioni in esame erano consistite nella mancata convocazione dell'assemblea straordinaria al fine di deliberare l'aumento del capitale ovvero la trasformazione o scioglimento della società, nonostante la sussistenza di una perdita di esercizio iscritta in bilancio che aveva ridotto il capitale al di sotto del minimo legale consentito; nelle innumerevoli irregolarità amministrative e contabili concernenti l'affidamento dei lavori a terzi da parte della società, in violazione dell'evidenza pubblica, che impedivano alla stessa la possibilità di recuperare in tutto o in parte dal Comune le somme versate a favore degli operatori economici selezionati; nell'assunzione di cinquantasei nuovi dipendenti, in assenza delle condizioni economico-patrimoniali per far fronte a tale impegno di spesa; nell'irregolarità delle operazioni di sconto bancario, che consentivano all'ente *in house* di lucrare l'anticipazione su fatture emesse nei confronti del Comune nonostante che i crediti in esse rappresentati fossero già stati saldati.

Se al Sindaco del Comune venivano contestate tali operazioni per lo più a titolo di autore principale, o, in talune circostanze, quale co-autore, al membro del collegio sindacale veniva invece addebitata la violazione dei doveri inerenti il proprio ufficio, poiché non aveva correttamente segnalato le violazioni contabili *de quibus*, pur nella consapevolezza dell'evidente stato di decozione della società fallita.

Venivano inoltre contestate le aggravanti di cui all'art. 219, I comma e II comma n.1) l.f.: gli imputati avevano infatti cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità ed avevano commesso più fatti di bancarotta.

Le risultanze del complesso elaborato tecnico del consulente del P.M. sostanzialmente confermavano le gravi irregolarità nella tenuta della contabilità da parte della società fallita, risultando quindi accertate le falsità di bilancio e le operazioni oggetto di contestazione: né i rilievi apportati dai consulenti degli imputati, così come le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio da parte di questi ultimi, riuscivano a sconfiggere l'analitica e coerente ricostruzione formulata dall'accusa.

Con riguardo alla posizione del membro del collegio sindacale, quantunque fosse stato accertato l'elemento obiettivo del reato di cui all'art. 2621 c.c., il g.u.p. non riteneva provata la sussistenza del dolo richiesto dalla fattispecie *de qua*, cui rimanda, in via recettizia, il reato di cui all'art. 223, II comma, n. 1) l.f.

Ne derivava la riqualificazione del fatto nella più lieve ipotesi di reato di cui al combinato disposto degli artt. 217 e 224, n.2) l.f., avendo il sindaco contribuito a cagionare o ad aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi impostigli dalla legge.

Ed invero, alcun dubbio si poneva circa la sussistenza delle gravi violazioni riscontrate con riguardo all'organo di controllo che, in concorso con gli altri membri del collegio, nulla aveva mai obiettato in ordine alla macroscopica illegittimità delle operazioni contabili poste in essere dagli amministratori, di cui anzi avallava l'operato, senza esercitare il potere di denunciare nelle relazioni al bilancio le irregolarità riscontrate.

D'altra parte, pienamente accertato risultava pure il nesso eziologico tra le condotte omissive *de quibus* e l'aggravamento del dissesto della società, successivamente fallita.

Con riferimento alla contestazione della bancarotta impropria ex artt. 216, 223, cpv., n.2) l.f., veniva preliminarmente analizzata la posizione del Sindaco del Comune.

Anche in tale ipotesi veniva accertata la sussistenza delle plurime operazioni poste in essere, che, a dire del giudicante, integravano pienamente l'elemento tipico del reato oggetto di contestazione; era parimenti accertato anche il nesso eziologico tra le condotte *de quibus* e l'aggravamento del dissesto in cui versava la società.

Più complessa risultava invece la ricostruzione del titolo di imputazione della responsabilità per il reato in esame, con riguardo ad un soggetto, quale il Sindaco del Comune azionista, che formalmente non è ricompreso nell'alveo di quelle qualifiche tipiche di cui all'art. 223, I comma l.f. (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società).

Cionondimeno, dall'*iter* motivazionale della sentenza è stato possibile risolvere positivamente la questione, sulla scorta della decodificazione di quella peculiare figura organizzativa rappresentata dalla società *in house*.

Ed invero, ripercorrendosi la complessa evoluzione giurisprudenziale amministrativistica ed ordinaria in materia, fino a giungere all'attuale positivizzazione degli artt. 2, l. o) e 16 del d.lgs. n. 175/2016, si è avuto modo di individuarne i tratti caratteristici, consistenti nella totale partecipazione pubblica al loro capitale<sup>1</sup>, nella prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società stessa e nel controllo analogo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sia pure con talune deroghe su cui ci si soffermerà *infra*.

<sup>2</sup> Definito dall'art. 2, l. c) del d.lgs. n. 175/2016 come "*la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante*".

La possibilità di considerare il Sindaco come direttamente responsabile del reato oggetto di contestazione dipendeva proprio dalla corretta interpretazione del concetto di controllo analogo, inteso in linea generale come potere di ingerenza diretta da parte dell'azionista pubblico circa la gestione dell'ente, non già riconducibile alle facoltà ordinarie riconosciute dal codice civile in capo al socio dell'ente collettivo, ma quale potere più ampio, di tal guisa da ingenerare un vero e proprio rapporto gerarchico *lato sensu* inteso nei confronti degli organi amministrativi della società, sostanzialmente riconducibili ad uffici dipendenti dalla P.A. azionista.

Ne derivava che, alla stregua del regolamento comunale volto a disciplinare i rapporti con le società partecipate, il Sindaco fosse tenuto all'esercizio del *controllo analogo* nel caso in cui fossero state accertate delle situazioni tali da compromettere la sana gestione finanziaria dell'ente<sup>3</sup>, di fatto, acquisendo un potere di diretta ingerenza sulla gestione della partecipata.

Tali circostanze venivano sicuramente riscontrate con riguardo al caso di specie, versando la società *in house* in evidente stato di difficoltà economico-finanziaria da vari esercizi.

Secondo la tesi del giudicante, quindi, il Sindaco avrebbe assunto la posizione di vero e proprio amministratore della società, ma non già come *"amministratore di fatto nel senso classico del termine, ma come soggetto che, in ragione della peculiare natura della società, è dotato di poteri di amministrazione e di gestione tipici dell'amministratore"*.

D'altra parte, a riprova dell'esercizio *de facto* del potere di gestione in esame, è emerso che lo stesso Sindaco aveva partecipato alle assemblee della società, nella piena consapevolezza delle plurime problematiche finanziarie della stessa, sostanzialmente avallando l'operato degli amministratori; aveva più volte interloquito con i creditori sociali, al fine di incentivarli a soprassedere dalle iniziative legali intentate nei confronti della partecipata; aveva contribuito a scelte gestorie irrazionali, quali l'assunzione di nuovi dipendenti nonostante l'assenza delle relative coperture finanziarie; aveva infine avallato le irregolarità consistite nell'affidamento di servizi, da parte dell'ente *in house*, in violazione dell'evidenza pubblica, così ostacolando la possibilità dello stesso di ripetere dal Comune le somme versate in corrispettivo dei servizi affidati.

Il Sindaco, quindi, veniva considerato come *"titolare di un pregnante potere di controllo e di direzione sugli organi amministrativi della società, e dunque in grado di condizionarne concretamente i poteri di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi nell'attività economica svolta dalla società"*.

---

<sup>3</sup> Al di fuori delle ipotesi di emergenza finanziaria, infatti, il potere di controllo *de quo* permaneva in capo agli uffici dirigenziali dell'ente; nel caso in cui fosse stata accertata la grave compromissione finanziaria della società, invece, le relazioni istruttorie dei dirigenti avrebbero dovuto essere trasmesse agli organi politici, con eventuali proposte di risoluzione delle problematiche riscontrate.

Nessun dubbio si poneva circa il fatto che lo stesso Sindaco *“partecipasse, in piena consapevolezza, alle scelte gestorie (...), contribuendo alla deliberazione delle operazioni dolose di cui si è detto”*.

Inoltre, si è affermato come le condotte *de quibus* avessero avuto valenza *positiva*, e non già *omissiva*: ne derivava la sussumibilità della posizione del Sindaco nell'alveo della qualifica di *“amministratore”* della società, così rientrandosi pienamente nel *genus* dei soggetti attivi del reato proprio oggetto di contestazione.

Con riguardo all'elemento subiettivo del reato in esame, si riteneva provato il dolo con riferimento alle operazioni *de quibus*, oltre che l'accettazione del rischio – o quantomeno l'astratta prevedibilità- dello stato di decozione della società.

Invece, con riferimento all'analisi della posizione del membro del collegio sindacale, si provvedeva alla riqualificazione della condotta nella più lieve ipotesi di reato di cui agli artt. 217, 224, n.2) l.f.

Ed invero, non risultava accertato il dolo richiesto in ordine al reato di bancarotta impropria oggetto di contestazione; pienamente provata, invece, risultava la colpa dello stesso sindaco, il quale, nonostante la conoscenza degli allarmanti dati finanziari della società, non aveva attivato i più opportuni poteri di controllo al fine di impedire la realizzazione delle operazioni in esame. Accertato risultava pure il nesso eziologico intercorrente tra la condotta negligente *de qua* e l'aggravamento del dissesto della società.

Infine, veniva riconosciuta la sussistenza dell'aggravante dell'art. 219, I comma l.f. nei confronti di ambedue gli imputati, avendo la società accumulato un passivo pari ad oltre quattro milioni di euro; veniva riconosciuta pure l'aggravante di cui all'art. 219, II comma, n. 1) l.f., essendo stati commessi più fatti di bancarotta<sup>4</sup>.

## **2. Il reato di cui all'art. 223, Il comma n.1) l.f.**

Occorre in questa sede soffermarci, sia pure sinteticamente, sull'analisi della fattispecie di bancarotta impropria societaria ex artt. 216 e 223, II comma, n. 1) l.f.<sup>5</sup>, oggetto della prima imputazione nei confronti del membro del collegio sindacale.

<sup>4</sup> Benché, di fatto, neutralizzate in virtù del riconoscimento della prevalenza delle concorrenti attenuanti generiche.

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A.CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M.PAPA, Milano, 2019, 2421 e ss.; P.FILIPPI, *I reati fallimentari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'impresa*, a cura di C. PARODI, Milano, 2017, 329 e ss.; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2016, 225 e ss.; C.SANTORIELLO, *La bancarotta fraudolenta impropria: l'art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942*, in *Società*, 2015, 625 e ss.; G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2003, 255; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale della società*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, 202;

Preliminarmente, secondo la dottrina tradizionale, si tende a distinguere le ipotesi di bancarotta propria da quelle di bancarotta impropria a seconda che il soggetto attivo del reato sia l'imprenditore individuale, ovvero, con riguardo alle ipotesi di bancarotta societaria, siano gli amministratori, i sindaci, i liquidatori, ovvero i direttori generali<sup>6</sup>.

L'art. 223, cpv. n.1) l.f.<sup>7</sup>, a seguito della riforma apportata dal d.lgs. n. 61 del 2002<sup>8</sup>, si configura come un illecito di evento e di danno. In particolare, il dissesto della società deve costituire lo specifico evento eziologicamente ricollegabile ad una delle condotte tassativamente contemplate dalla disposizione in commento, che già di per sé costituiscono reato.

Nel caso in esame la contestazione riguardava l'ipotesi delle *false comunicazioni sociali* di cui all'art. 2621 c.c., per la quale il sindaco veniva a rispondere a titolo di concorso nella condotta materialmente posta in essere dagli amministratori.

In particolare, secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, trattasi di vero e proprio rinvio recettizio alla corrispondente fattispecie incriminatrice prevista dal codice civile: di qui la necessità di accertare non già soltanto la sussistenza della falsificazione *de qua*, intesa nella sua mera configurazione fattuale, ma in maniera più puntuale anche l'elemento obiettivo e subiettivo del reato in commento, nella formulazione vigente al momento del perfezionamento della condotta<sup>9</sup>.

Sarebbe stato necessario rilevare quindi il superamento delle soglie di punibilità<sup>10</sup>, da un lato, oltre che la concreta idoneità della falsificazione ad indurre in errore i destinatari della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società; inoltre, occorre accertare pure la peculiare

---

<sup>6</sup> A.MANNA, *op. cit.*, 2421.

<sup>7</sup> Il reato in esame punisce gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, e i liquidatori che *"hanno cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 c.c."*.

<sup>8</sup> Ed invero, l'originario testo della disposizione in esame sanciva che: *"Si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 l.f., se hanno commesso alcuno dei fatti preveduti dagli artt. 2621, 2622, 2623, 2628, 2630, I comma c.c."*. Si trattava quindi di un'ipotesi di delitto *aggravato dall'evento*, la cui compatibilità costituzionale è stata oggetto di discussione. Veniva contemplato, infatti, un aggravamento di pena nei confronti dei soggetti che avessero posto in essere taluno dei reati previsti, per il solo fatto della verifica del fallimento, evento estraneo alla volontà del soggetto attivo, sia sotto il profilo obiettivo, che sotto quello psicologico. Cfr. P.FILIPPI, *op.cit.*, 329.

<sup>9</sup> P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit., 334.

<sup>10</sup> Conformemente, Cass. Pen., Sez. V, 22.01.2013, n. 3229.

declinazione dell'elemento subiettivo, che, *ratione temporis*<sup>11</sup>, includeva la finalità di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, oltre all'intenzione di ingannare i soci o il pubblico.<sup>12</sup>

Con riguardo alla decodificazione del concetto di dissesto, occorre innanzitutto rilevare come la giurisprudenza maggioritaria<sup>13</sup> tenda a riconoscere la configurabilità della bancarotta impropria *de qua* anche nel caso in cui il soggetto attivo si sia limitato solo ad aggravare lo stato di decozione della società, senza cagionarlo direttamente, quantunque tale ipotesi di reato, così come quella prevista dall'art. 223, Il comma, n.2) l.f., non contempra tassativamente tale peculiare circostanza, a differenza invece della corrispondente fattispecie di bancarotta di cui all'art. 224, n.2) l.f.<sup>14</sup>

Tale assunto deriverebbe da un coerente sviluppo del più generale principio condizionalistico di cui agli artt. 40 e 41 c.p.: ed invero, ai fini dell'imputazione obiettiva dell'evento, il concorso di cause simultanee e sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità, salvo che non si tratti di cause sopravvenute tali da interrompere il nesso eziologico ex art. 41, Il comma c.p.<sup>15</sup>

Il *dissesto* costituisce quindi vero e proprio evento del reato: per la dottrina maggioritaria esso può identificarsi nel concetto di *stato di insolvenza* di cui all'art. 5 l.f., secondo cui lo stesso si "*manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di*

<sup>11</sup> Per l'analisi del reato di false comunicazioni sociali, delle relative modifiche e dei conseguenti problemi in materia di successione di leggi penali nel tempo, si rinvia a A. MANNA, *I reati societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, cit., 1856 e ss.

<sup>12</sup> Sul punto, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 9.10.2014, n. 42257, con nota di S. CALLEGARI, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.*, 2014, 984. Ed invero, in tale arresto la Cassazione ha dovuto affrontare la problematica concernente l'innesto in un'ipotesi di reato a dolo generico, quale la bancarotta impropria, di fattispecie, quali quelle societarie, già caratterizzate sotto il profilo subiettivo. Secondo gli Ermellini, "*In tema di bancarotta impropria da reato societario, il dolo presuppone una volontà protesa al dissesto, da intendersi non già quale intenzionalità di insolvenza, bensì quale consapevole rappresentazione della probabile diminuzione della garanzia dei creditori e del connesso equilibrio economico*".

<sup>13</sup> Cass. Pen., Sez. V, 15.06.2017, n. 29885; Cass. Pen., 26.04.2010, Sez. V, n. 16259. Cfr. anche P. FILIPPI, *op. cit.*, 331.

<sup>14</sup> Un orientamento minoritario, infatti, contesta tale ricostruzione, sulla base del fatto che l'assenza di un'esplicita previsione sul punto da parte del legislatore, come avvenuto invece per l'ipotesi di cui all'art. 224, n.2) l.f., impedirebbe la possibilità di ritenere penalmente rilevante una condotta causativa di un mero aggravamento del dissesto, diversamente configurandosi un'ipotesi di analogia *in malam partem*. Cfr. 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*, *Dir. Pen. Cont.*, 4/2015, 429 e ss.

<sup>15</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 236 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2015, 136 e ss.

*soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*". Occorrerà altresì che il dissesto sia formalizzato con la successiva sentenza dichiarativa del fallimento, che riveste quindi la qualifica di condizione obiettiva di punibilità<sup>16</sup>.

Sul punto, è da evidenziare come invece nell'ipotesi della bancarotta impropria di cui all'art. 223 cpv. n.2) l.f. venga in giuoco quale evento del reato la previsione del *fallimento*, e non già del *dissesto*. Autorevole dottrina ricomponne la questione ermeneutica in esame sulla scorta del fatto che, proprio in virtù di tale peculiare differenza, possa ritenersi integrata tale ultima ipotesi di reato anche nel caso in cui il soggetto attivo abbia solo simulato la sussistenza di un'insolvenza di fatto inesistente, così inducendo il Tribunale a dichiarare il fallimento<sup>17</sup>.

### **3. La posizione del membro del collegio sindacale con riguardo alla prima imputazione: la riqualificazione del fatto nel reato di cui agli artt. 217 e 224 n.2) l.f.**

Delineati brevemente i tratti caratteristici della fattispecie di bancarotta impropria oggetto della prima imputazione, occorre soffermarsi adesso sulla concreta posizione del membro del collegio sindacale con riguardo a tale ipotesi di reato.

Ed invero, nel caso in esame si è ritenuta insussistente la prova della peculiare declinazione dell'elemento subiettivo derivante dall'innesto, in una fattispecie a dolo generico quale la bancarotta impropria, dell'ipotesi di reato di cui all'art. 2621 c.c. nella sua formulazione *ratione temporis* applicabile. Infatti, non vi era prova né dell'*"intenzione di ingannare i soci o il pubblico"*, né del fine di *"conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto"*.

Cionondimeno, alcun dubbio si poneva circa la *culpa gravis* imputabile al sindaco in ordine alla specifica violazione dei doveri del suo ufficio: ne derivava la necessaria riqualificazione del reato nella più lieve ipotesi di cui agli artt. 217-224, n.2) l.f. Infatti, nonostante le gravi e macroscopiche irregolarità contabili accertate nei bilanci relativi a vari esercizi, il collegio sindacale nulla rilevava ed anzi avallava l'operato degli amministratori, omettendo così di esercitare quei poteri di controllo di propria competenza

---

<sup>16</sup> C.SANTORIELLO, *op. cit.*, 627; C. PEDRAZZI, Artt. 216 - 227. *Reati commessi dal fallito. Reati commessi persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja - Branca della legge fallimentare*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1995, 396. Per l'analisi delle condizioni obiettive di punibilità, intese come quel peculiare istituto che rinviene una forma di sistematizzazione positiva nell'art. 44 c.p., e che identifica in linea generale quegli accadimenti esterni alla condotta dell'agente la cui concreta verifica condiziona la punibilità del fatto tipico, e per i relativi problemi di compatibilità costituzionale, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op.cit.*, 813 e ss. e F. MANTOVANI, *op.cit.*, 783 e ss.

<sup>17</sup> Cfr. P. FILIPPI, *op.cit.*, 332; C. PEDRAZZI, *op.cit.*, 315 e ss.



in ordine al rispetto della legge e dello statuto, oltre che dei principi di corretta amministrazione da parte dell'organo gestorio.

Tale ipotesi di reato si configura quale fattispecie di danno<sup>18</sup>, in cui l'evento viene ad identificarsi nello stato di dissesto: in particolare, la realizzazione dello stesso deve costituire la concretizzazione del rischio che quella specifica regola cautelare violata da parte del soggetto attivo mirava ad evitare. Sicché, non ogni regola di diligenza imposta ai soggetti che rivestono cariche sociali può venire di per sé ad integrare la *culpa* in questione. A titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha ritenuto che rientrino nell'ambito degli *obblighi imposti dalla legge* la convocazione dell'assemblea dei soci ex art. 2447 c.c. in presenza di una riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale<sup>19</sup>, oppure, con riguardo alla posizione degli amministratori, l'esecuzione di delibere assembleari che non siano semplicemente gestionali, ma che attengano alla vita dell'ente sociale, come quelle che decidono lo scioglimento anticipato o la trasformazione della società<sup>20</sup>.

Viene quindi a delinarsi un'ipotesi di colpa specifica, che, nella fattispecie, si riscontrava in ordine alla violazione da parte dei sindaci dei doveri imposti ex art. 2403 c.c., in considerazione del mancato esercizio del potere di denunciare nelle relazioni al bilancio le macroscopiche irregolarità contabili dello stesso.

Inoltre, alcun dubbio si poneva anche con riguardo alla sussistenza del nesso eziologico: le omissioni in esame, infatti, avevano concorso ad aggravare il dissesto della società, così pienamente integrandosi il reato di cui all'art. 224, n.2) l.f.<sup>21</sup>

Peraltro, come si è già avuto modo di rilevare in ordine al delitto di cui all'art. 223, cpv. n.1) l.f., dove pure si prevedeva la verifica dell'evento del *dissesto* e non già del *fallimento*, la dottrina ritiene che anche in tale fattispecie criminosa sia necessaria la sentenza dichiarativa del fallimento, che assume quindi il rilievo di condizione obiettiva di punibilità.

Infine, con riguardo alla prova dell'elemento subiettivo del reato, pareva accertata, oltre che la colpa specifica in astratto del sindaco, anche la concreta prevedibilità ed evitabilità dello stato di dissesto poi effettivamente verificatosi.

---

<sup>18</sup> Per un'analisi sistematica del reato in commento, cfr. A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, cit., 2441; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 240; P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit., 348;

<sup>19</sup> Cass. Pen., Sez. V, 5.01.2006, n. 154.

<sup>20</sup> Cass. Pen., Sez. V, 3.12.2002, n. 40581.

<sup>21</sup> Che prevede l'applicazione delle pene previste dall'art. 217 l.f. agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite nell'ipotesi in cui abbiano cagionato ovvero abbiano concorso ad aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.

Appare significativo osservare come tale delitto venga a configurare un'autonoma ipotesi di reato, che può integrarsi indifferentemente con condotta positiva o omissiva; peraltro, esso regola anche una peculiare forma di cooperazione colposa nel delitto colposo, punendo anche chi abbia semplicemente concorso ad aggravare il dissesto.

Diversa, quindi, risulta la tematica della partecipazione del sindaco a titolo di concorso mediante omissione nel reato fallimentare commesso dall'amministratore<sup>22</sup>: infatti, essendo stato escluso, con riguardo all'originaria imputazione, il dolo di concorso richiesto, si è addivenuti alla riqualificazione del fatto nella più lieve ipotesi di reato monosoggettiva di cui agli artt. 217 e 224, n. 2) l.f.

In tal senso, essendosi provveduto ad accertare la *culpa gravis* del sindaco ed il nesso eziologico intercorrente tra la violazione cautelare in esame e

---

<sup>22</sup>Al riguardo, la giurisprudenza tende a riconoscere, sulla scorta delle disposizioni di cui agli artt. 2403, 2407 e 2409 c.c., che i sindaci rivestano una posizione di garanzia, qualificabile come posizione di controllo in ordine all'operato degli amministratori. Tale ricostruzione, se pure *prima facie* rispettosa del dato positivo richiesto ai fini della configurazione della posizione di garanzia secondo la tesi c.d. "formale-sostanziale", è stata oggetto di plurimi dibattiti in dottrina: ed infatti problematica risulta la specifica individuazione dell'elemento essenziale ai fini dell'identificazione della posizione di garanzia, consistente nel concreto potere di impedire l'evento. Invero, autorevole dottrina ha segnalato come la pluralità dei doveri incombenti in capo ai sindaci non sembrano fondare uno specifico dovere impeditivo dell'evento, venendosi a configurare, piuttosto, quali meri *doveri di sorveglianza*, la cui omessa attivazione non potrebbe determinare l'insorgenza di una responsabilità a titolo di concorso mediante omissione nel reato commesso dai terzi. In un recente arresto (Cass. Pen., Sez. V, 4.10.2018, n. 44107) la Corte di Cassazione ha tuttavia precisato che i poteri impeditivi "*non sono i poteri capaci di evitare, in assoluto, la commissione dei reati da parte degli amministratori (atteso che non è demandato ai sindaci un controllo preventivo sugli atti di amministrazione), ma i poteri, senz'altro appartenenti al sindaco, di ricognizione e di segnalazione (...) che stimolano la reattività dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del patrimonio sociale (i soci e i creditori)*". Inoltre, perché il sindaco possa ritenersi penalmente responsabile del reato commesso dall'amministratore, è necessario, sotto il profilo obiettivo, che abbia dato un contributo giuridicamente rilevante alla verifica dell'evento e, con riguardo all'elemento subiettivo del reato, che abbia avuto "*la coscienza e volontà di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale*", sicché occorrerà accertare non già "*comportamenti di negligenza o imperizia anche gravi, come può essere il disinteresse verso le vicende societarie (fonte indiscutibile di responsabilità civile), ma occorre la prova (...) del fatto che la sua condotta abbia determinato o favorito, consapevolmente, la commissione dei fatti di bancarotta da parte dell'amministratore*". Sulla tematica in esame cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 651 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 155 e ss.; E. AMATI, L. BARON, *I sindaci*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, cit., 2107 e ss.; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 14 e ss.; P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit., 290 e ss.

l'aggravamento del dissesto, tanto bastava al fine di configurare la responsabilità penale del sindaco in ordine al delitto di bancarotta per colposo aggravamento del dissesto.

#### **4. La seconda imputazione: la bancarotta per causazione dolosa del fallimento o per effetto di operazioni dolose.**

Con riguardo alla seconda contestazione elevata nei confronti degli imputati, occorre soffermarsi, sia pure brevemente, in ordine alla fattispecie di cui all'art. 223, cpv. n. 2) l.f.<sup>23</sup>

Secondo la dottrina maggioritaria, la norma identifica due distinte ipotesi di reato: la prima, che punisce chi cagioni dolosamente il fallimento della società; la seconda, invece, relativa alla causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose. Resta infatti marginale quell'orientamento volto a ritenere sostanzialmente equivalenti le diverse locuzioni adoperate dal legislatore, che verrebbero così ridotte a mera superfetazione normativa<sup>24</sup>. Diversa ricostruzione, ancora, distingue le fattispecie in esame soltanto in virtù dell'elemento subiettivo del reato: se la prima fattispecie sarebbe punibile esclusivamente a titolo di dolo diretto, le operazioni dolose lo sarebbero a titolo di dolo eventuale<sup>25</sup>. L'orientamento dominante in materia, invece, tende a distinguere le disposizioni in commento anche in virtù dell'elemento oggettivo del reato<sup>26</sup>, evitandosi così di differenziarle sulla scorta di un dato evanescente quale la diversa declinazione del dolo.

Ed invero, con riguardo alla prima fattispecie, viene in rilievo un'ipotesi di reato a forma libera, in cui l'evento consiste nel fallimento: si è già avuto modo di accennare come nel reato in commento figura quindi come evento non già il *dissesto*, quanto il *fallimento*. Sicché, autorevole dottrina ha ritenuto come sia possibile la configurabilità del reato *de quo* anche nei casi di mera simulazione dello stato di dissesto, tale da indurre l'autorità giudiziaria alla declaratoria del fallimento<sup>27</sup>.

Diverso e minoritario orientamento, invece, tende ad identificare l'evento del reato nella situazione di insolvenza sostanziale, rilevando quindi la sentenza

---

<sup>23</sup> Tale fattispecie punisce gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società dichiarate fallite che abbiano cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società, applicandosi la pena prevista dall'art. 216 l.f.

<sup>24</sup> Cfr. P. FILIPPI, *op.cit.*, 337.

<sup>25</sup> E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, 258.

<sup>26</sup> A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, cit., 2435.

<sup>27</sup> C. PEDRAZZI, *Artt. 216-217*, cit., 396; C. SANTORIELLO, *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit. 625 e ss.

dichiarativa del fallimento quale mera condizione obiettiva di punibilità del reato<sup>28</sup>.

Trattandosi di reato a forma libera, la condotta può essere omissiva in presenza di uno specifico obbligo impeditivo dell'evento ex art. 40, Il comma c.p.

Inoltre, aderendo alla prima tesi, sarà necessario accertare la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta e l'evento del fallimento.

La dottrina tende ad escludere che possa considerarsi penalmente rilevante una condotta che abbia solo aggravato una situazione di dissesto poi sfociata nel fallimento: deporrebbe in tal senso sia la *littera legis*, che non contemplerebbe tale possibilità, invece prevista dall'art. 224, n.2) l.f., sia il fatto che l'evento del reato sia non già il *dissesto*, ma il *fallimento*, sicché quest'ultimo potrebbe soltanto essere causato o con-causato, e non già aggravato in senso stretto<sup>29</sup>. La giurisprudenza, invece, riconosce la configurabilità del delitto in esame anche nell'ipotesi in cui la condotta oggetto di contestazione abbia soltanto aggravato un dissesto già in atto della società poi fallita<sup>30</sup>.

Con riguardo all'elemento subiettivo, viene in rilievo il dolo generico. Secondo una certa ricostruzione, il delitto risulta integrato anche nell'ipotesi del dolo eventuale<sup>31</sup>; diversa prospettiva, invece, ritiene necessario il dolo intenzionale, dovendo il soggetto attivo agire proprio allo scopo di realizzare il fallimento<sup>32</sup>.

Più complessa risulta invece la decodificazione della seconda ipotesi di reato prevista dall'art. 223 cpv. n.2) l.f.

Un primo orientamento ritiene che tale disposizione investirebbe le ipotesi in cui il soggetto attivo ponga in essere con dolo le *operazioni*, venendo imputato l'evento del fallimento a titolo di responsabilità oggettiva. Diversa ricostruzione, invece, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata ed ispirata al principio di colpevolezza<sup>33</sup>, qualifica tale delitto come

---

<sup>28</sup> Così A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società*, cit., 429 e ss.; M. LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, 241. Tra le conseguenze applicative derivanti dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, si segnala, tra l'altro, il problema di verificare la sussistenza del nesso eziologico con riguardo al *fallimento* ovvero alla situazione sostanziale di dissesto; ammettendo la natura di evento del *fallimento*, inoltre, questo dovrà costituire oggetto della rappresentazione e volizione dolosa da parte del soggetto attivo.

<sup>29</sup> A. ROSSI, *op.cit.*, 435 E SS.; C. SANTORIELLO, *op.cit.*, 626; C. PEDRAZZI, *Art. 216-217*, cit., 318

<sup>30</sup> Cass. Pen., Sez. V, 14.04.2015, n. 15613, con nota di C. CASTALDELLO, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 758 e ss.; Cass. Pen., Sez. V, 2.10.2014, n. 40998.

<sup>31</sup> A. MANNA, *op.cit.*, 2434.

<sup>32</sup> C.SANTORIELLO, *op.cit.*, 627

<sup>33</sup> Sulla scia dell'insegnamento della consolidata giurisprudenza costituzionale, a partire da Corte Cost., 24.03.1988, n. 364 e 13.12.1988 n. 1085.

fattispecie preterintenzionale: sicché, secondo autorevole dottrina sul punto<sup>34</sup>, l'evento più grave di quello voluto dall'agente deve comunque essere imputato sulla scorta di un coefficiente di colpevolezza rappresentato dalla prevedibilità ed evitabilità in concreto dello stesso<sup>35</sup>.

Con riguardo alla locuzione "*operazioni dolose*" la giurisprudenza ritiene che le stesse debbano attenersi "*alla commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero ad atti intrinsecamente pericolosi per la salute economico-finanziaria della impresa e postulano una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito diviso*"<sup>36</sup>.

Si ritiene che non rientrino nell'alveo delle operazioni *de quibus* i fatti già puniti dall'art. 223, cpv. n.1) l.f.: potranno invece integrare il delitto in commento i reati societari non contemplati dalla disposizione in esame, quale ad esempio la corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c. Occorrerà comunque accertare l'abusività della condotta posta in essere dall'organo societario, che, violando i doveri specificamente derivanti dalla carica, pone in essere le operazioni lesive dell'interesse della società.

A titolo esemplificativo rientra nel concetto di *operazioni dolose* la sistematica compensazione dell'ingente esposizione debitoria della società nei confronti del fisco con crediti inesistenti, in quanto siffatta operazione, comportando l'azzeramento meramente formale dei debiti, consente alla società di operare e contribuisce, in modo prevedibile, ad aggravare il dissesto della stessa determinando il maturarsi di ulteriori debiti con il fisco<sup>37</sup>.

Può ricomprendersi nelle operazioni in esame anche la vendita a prezzo di mercato dell'immobile costituente l'unico ramo d'azienda di una società, giacché il reato può configurarsi anche quando non si determini una diminuzione dell'attivo patrimoniale, laddove però l'operazione appaia contrastante con l'interesse dell'impresa<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit. 685 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 356 e ss.

<sup>35</sup> A. MANNA, *op.cit.*, 2435 e ss.; C. SANTORIELLO, *op.cit.*, 627. Cfr., da ultimo, Cass. Pen., Sez. I, 9.03.2018, n.14783, con nota di E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 349 e ss.

<sup>36</sup> Cass. Pen., Sez. V, 18.11.2014, n. 47621; Cass. Pen., Sez. V, 18.04.2014, n. 17408, con nota di M. CASELLATO, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 991.

<sup>37</sup> Cass. Pen., Sez. V, 22.05.2019, n. 22488

<sup>38</sup> Cass. Pen., Sez. V, 2.10.2014, n. 40998.

Altra ipotesi tipicamente riconducibile a tale categoria viene individuata nel sistematico inadempimento delle obbligazioni fiscali e previdenziali, frutto di una consapevole scelta gestionale da parte degli amministratori della società, da cui consegue il prevedibile aumento dell'esposizione debitoria nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali<sup>39</sup>.

Sulla scorta del dato letterale della disposizione in esame, la dottrina tradizionale tende ad escludere la configurabilità del reato in forma omissiva, a differenza dell'ipotesi della causazione del fallimento con dolo: la giurisprudenza, invece, è orientata nel senso di riconoscere tale possibilità<sup>40</sup>. Occorrerà peraltro accertare la sussistenza del nesso eziologico intercorrente tra le operazioni dolose e il fallimento; come si è già avuto modo di rilevare, anche con riguardo a tale ipotesi di reato la giurisprudenza ammette la rilevanza penale di condotte che si limitino ad aggravare un dissesto già in atto, contrariamente all'opinione dottrinale maggioritaria<sup>41</sup>.

Per quanto concerne invece l'elemento subiettivo del reato, superata la tesi volta a riconoscere nella fattispecie in commento un'ipotesi di dolo misto a responsabilità obiettiva<sup>42</sup>, tende a prevalere l'orientamento che invece identifica una fattispecie preterintenzionale. Nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata ed ispirata al principio di colpevolezza, occorrerà quindi riscontrare il coefficiente psicologico della prevedibilità ed evitabilità dell'evento più grave imputato all'agente; la dottrina ritiene che sia

<sup>39</sup> Cass. Pen. Sez. V, 1.06.2018, n. 24752.

<sup>40</sup> Cass. Pen., Sez. V, 24.10.2019, n. 43562. Nella fattispecie, si è riconosciuta la rilevanza penale della condotta omissiva consistita nella sistematica elusione dei doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo, quando questa comporti il fallimento della società e un depauperamento del patrimonio non giustificato dall'interesse per l'impresa.

<sup>41</sup> Cass. Pen., Sez. V, 22.05.2019, n. 22488; Cass. Pen., Sez. V, 2.10.2014, n. 40998. Occorre rilevare come il recente codice della crisi di impresa (d.lgs. n. 14/2019), pur in assenza di una specifica delega legislativa concernente la modificazione della disciplina dei reati fallimentari, ad eccezione di quella avente ad oggetto la mera sostituzione al termine "fallimento" dell'espressione "liquidazione giudiziale" nelle ipotesi di reato in esame, sembrerebbe aver introdotto una specifica innovazione proprio con riferimento al delitto in commento. Ed invero, il nuovo art. 329, Il comma, l. b) del codice della crisi di impresa che, a partire dal 1 settembre 2021 sostituirà l'attuale art. 223 cpv. n.2) l.f. – per l'effetto del differimento dell'entrata in vigore del nuovo *corpus* normativo a seguito dell'emanazione del d.l. n. 23/2020, convertito nella l. n. 40/2020-, introduce come evento del reato *il dissesto* in sostituzione del *fallimento*. Sul punto, è stata paventata l'illegittimità costituzionale della disposizione per eccesso di delega. Cfr. P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 2019, 447 e ss.

<sup>42</sup> Secondo cui sarebbe bastevole l'accertamento del nesso eziologico tra le operazioni dolose e il fallimento, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 3.3.1999 n. 2905 e P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1957, 376.

necessaria una valutazione *ex ante* ed in concreto, al fine di verificare se al momento della commissione delle operazioni dolose il fallimento rappresentasse una conseguenza prevedibile ed evitabile secondo il punto di vista dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*<sup>43</sup>.

La giurisprudenza, invece, confermando la natura di delitto preterintenzionale<sup>44</sup>, sembrerebbe accontentarsi di un giudizio di prevedibilità ed evitabilità in astratto, affermando come "*l'onere probatorio dell'accusa si esaurisce nella dimostrazione della consapevolezza e volontà della natura dolosa dell'operazione alla quale segue il dissesto, nonché dell'astratta prevedibilità di tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa, non essendo necessarie, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo, la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare*"<sup>45</sup>.

Appare invece minoritario quell'orientamento che richiede che l'evento fallimento sia imputato a titolo di dolo eventuale in capo all'agente<sup>46</sup>: come detto in precedenza, tale ricostruzione distinguerebbe l'ipotesi delle operazioni dolose dalla causazione con dolo del fallimento soltanto sulla scorta del diverso atteggiarsi del dolo.

Tale ricostruzione, tuttavia, non sembra cogliere nel segno, poiché, così ragionando, la distinzione tra le due ipotesi di reato in esame verrebbe a configurarsi esclusivamente sulla base di un dato particolarmente sfuggente quale la diversa connotazione del dolo: ed invero, come si è avuto modo di rilevare, le fattispecie *de quibus* si distinguono già sotto il profilo dell'elemento oggettivo del reato. Appare infatti maggiormente condivisibile la tesi volta ad attribuire natura preterintenzionale all'ipotesi delle *operazioni dolose*, con ciò configurandosi il fallimento come evento più grave di quello effettivamente voluto, e comunque imputabile, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, sulla scorta di un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità dello stesso.

Con riguardo alla tematica del concorso di reati, si è già avuto modo di rilevare come i delitti di cui all'art. 223 cpv. n.2) l.f. rivestano carattere residuale rispetto alla bancarotta impropria da reato societario: ed invero, qualora la *causazione dolosa* del fallimento derivi dalla commissione di uno

---

<sup>43</sup> E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose*, cit., 369, secondo il più generale insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno avuto modo di esprimersi in ordine alla decodificazione dell'elemento subiettivo nel delitto di cui all'art. 586 c.p. (Cass. Pen., SS. UU., 29.05.2009, n. 22676); tale ricostruzione pare pienamente applicabile anche con riguardo alle ulteriori ipotesi di *responsabilità oggettiva mascherata* disseminate nel nostro sistema penale, quale, per l'appunto, il delitto preterintenzionale.

<sup>44</sup> Cass. Pen., Sez. V, 17.11.2015, n. 45672, con nota di C. CASTALDELLO, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 507 e ss.; Cass. Pen., Sez. V, 6.09.2018, n. 40100.

<sup>45</sup> Cass. Pen., Sez. V, 6.09.2018, n. 40100; Cass. Pen., Sez. V, 3.04.2018, n. 14783.

<sup>46</sup> Cass. Pen., Sez. V, 13.10.2014, n. 42809; P. MANGANO, *La causazione del fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 451.

degli illeciti contemplati dall'art. 223 cpv. n.1) l.f., dovrà contestarsi soltanto quest'ultima ipotesi di reato.

Troverà applicazione la bancarotta impropria di cui all'art. 223, cpv., n.2) l.f., invece, nel caso in cui l'autore del fatto abbia commesso altro e diverso reato societario rispetto a quelli tassativamente contemplati nella disposizione dell'art. 223 cpv. n.1); ovvero nelle ipotesi in cui l'illecito societario non possa sussumersi nella corrispondente fattispecie incriminatrice, ad esempio perché manca la peculiare declinazione del dolo richiesta, come per il caso del dolo specifico previsto per le false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c.

Al riguardo, parte della dottrina<sup>47</sup> ritiene configurabile un rapporto di specialità per specificazione tra l'ipotesi dell'art. 223 cpv. n.1) e la fattispecie della *causazione dolosa* del fallimento: rimarrebbe in disparte l'ipotesi delle *operazioni dolose*, poiché, considerata la natura preterintenzionale di tale reato, si riscontrerebbe una connotazione strutturale affatto peculiare e non assimilabile ad un rapporto di genere a specie con la prima ipotesi di bancarotta impropria.

Infine, la giurisprudenza tende ad escludere il concorso di reati tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e le ipotesi di bancarotta impropria di cui all'art. 223 cpv. n.2) l.f. nell'ipotesi della coincidenza del fatto empirico posto in essere, postulando il primo reato *"il compimento di atti di distrazione o dissipazione di beni societari tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento, essendo sufficiente che questo sia effettivamente intervenuto; concernendo invece il secondo condotte dolose che non costituiscono distrazione o dissipazione di attività, ma che devono porsi in nesso eziologico con il fallimento. Ne consegue che, in relazione ai suddetti reati, mentre è da escludere il concorso formale è, invece, possibile il concorso materiale qualora, oltre ad azioni ricomprese nello specifico schema della bancarotta ex art. 216 l.f., si siano verificati differenti ed autonomi comportamenti dolosi i quali – concretandosi in abuso o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per l'andamento economico finanziario della società – siano stati causa del fallimento"*<sup>48</sup>.

##### **5. Il merito dell'addebito: la posizione degli imputati.**

Passando al merito dell'imputazione, sono state contestate in capo agli imputati, in concorso tra loro, varie operazioni dolose che di fatto avevano aggravato il dissesto societario, così provocando il fallimento della società.

---

<sup>47</sup> R. BRICCHETTI, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida al dir.*, 2002, 86 e ss.; A. LANZI, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato*, in *Diritto e pratica delle società*, 2002, 22.

<sup>48</sup> Cass. Pen., Sez. V, 4.07.2014, n. 24051.



In particolare, si segnalano tali condotte: l'iscrizione di una perdita di bilancio tale da determinare un capitale negativo per un ammontare superiore a 500.000 euro, senza che venisse convocata l'assemblea straordinaria per le opportune deliberazioni; le gravi irregolarità amministrative consistite nell'affidamento a terzi dei lavori senza le procedure ad evidenza pubblica e senza le preventive autorizzazioni da parte del Comune, oltre che la mancata fatturazione dei lavori eseguiti dalle imprese affidatarie e l'irregolarità delle attestazioni di fine lavori, così comportandosi il ritardato o mancato riconoscimento dei crediti da parte dell'ente azionista; l'assunzione di 56 nuovi dipendenti in assenza delle necessarie coperture finanziarie; l'irregolarità delle operazioni di sconto bancario, che consentivano alla società di lucrare l'anticipazione su fatture emesse nei confronti del Comune nonostante che i crediti in esse rappresentati fossero già stati saldati.

Con riguardo alla posizione del membro del collegio sindacale, il g.u.p. riteneva non adeguatamente provato il dolo richiesto dalla fattispecie oggetto di contestazione: anche in tal caso si procedeva alla riqualificazione del fatto nella più lieve ipotesi della bancarotta semplice impropria di cui agli artt. 217 e 224 n.2) l.f.

Ed invero, risultava provata la colpa specifica dell'imputato per violazione degli obblighi impostigli dalla legge: il sindaco avrebbe infatti dovuto convocare l'assemblea straordinaria, in sostituzione degli amministratori, considerata la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale; avrebbe dovuto poi segnalare le gravi anomalie contabili correlate alle operazioni contestate, oltre che la macroscopica imprudenza delle stesse.

Accertato il nesso eziologico intercorrente tra le violazioni in esame e l'aggravamento del dissesto della società, veniva riconosciuta la responsabilità del sindaco per tale autonoma fattispecie di reato.

Il Sindaco del Comune azionista veniva invece condannato per l'ipotesi di bancarotta impropria di cui agli artt. 216 e 223 n.2) l.f.

Infatti, l'organo politico veniva chiamato a rispondere delle operazioni dolose *de quibus* a titolo di autore principale, o, in talune circostanze, quale co-autore rispetto a condotte contestate a titolo di concorso anche nei confronti degli altri amministratori e sindaci della società, la cui posizione però veniva stralciata, non avendo questi optato per la definizione della loro posizione con il rito abbreviato.

Risultava integrato l'elemento obiettivo del reato; inoltre, era provato anche il dolo con riguardo alle operazioni poste in essere, oltre che l'astratta prevedibilità dello stato di dissesto della società *in house*<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Il g.u.p. ha condiviso la tesi della natura preterintenzionale della bancarotta impropria *de qua*; cionondimeno, ha avuto modo di rilevare come, anche a voler aderire al diverso orientamento per cui la fattispecie oggetto di contestazione avrebbe richiesto la configurazione del dolo eventuale, nel cui fuoco doveva quindi rientrare anche l'evento del fallimento, risultava comunque provata la circostanza

Cionondimeno, la questione dirimente che si poneva all'attenzione del giudicante riguardava il titolo di imputazione di tale fattispecie di reato con riguardo alla figura di un soggetto, quale il Sindaco del Comune azionista della società *in house* fallita, formalmente non ricompreso nell'alveo delle qualifiche subiettive di cui all'art. 223, I comma l.f.

Ed è proprio sotto questo versante che si segnala l'interessante *iter* motivatorio posto a fondamento del giudizio di responsabilità penale: la chiave di volta della ricostruzione ermeneutica muove proprio dall'analisi della peculiare figura della società *in house* su cui occorrerà brevemente soffermarsi<sup>50</sup>.

Tale modulo organizzatorio della P.A. origina dall'elaborazione giurisprudenziale comunitaria<sup>51</sup>: in presenza del requisito del *controllo analogo* e della destinazione della parte più importante dell'attività della società all'ente affidante, si riteneva ammissibile l'affidamento diretto da parte della P.A. della produzione di un bene ovvero dell'erogazione di un servizio alla stessa società, senza necessità del procedimento dell'evidenza pubblica.

Con riguardo al primo requisito, si faceva riferimento all'esercizio di un potere di ingerenza diretto da parte dell'ente affidante sull'attività della partecipata, tale da configurare un rapporto di dipendenza gerarchica *lato sensu* inteso, assimilabile ad una vera e propria relazione inter-organica: si riteneva quindi incompatibile con tale modello l'eventuale partecipazione di capitali privati alla società *de qua*<sup>52</sup>. Si dibatteva invece in ordine al requisito della destinazione della parte più importante dell'attività della partecipata a favore della P.A. affidante, cercandosi di individuare un parametro percentuale del complessivo fatturato a tal uopo rilevante<sup>53</sup>.

La complessa evoluzione della figura della società *in house*, che è poi stata oggetto di notevoli interventi normativi nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici locali di rilievo economico<sup>54</sup>, rinvia oggi una prima forma di sistematizzazione positiva nel d.lgs. n. 175/2016 e nel d.lgs. n. 50/2016.

---

che il Sindaco avesse specificamente *accettato il rischio* dello stato di decozione della società *in house*.

<sup>50</sup> Sul punto, cfr. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, 2019, 278 e ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2017, 201 e ss.

<sup>51</sup> A cominciare dalla storica sentenza della Corte di Giustizia "Teckal", 18 novembre 1999, causa C-107/98.

<sup>52</sup> Cons. St., Sez. VI, 20.12.2012, n. 6565; Cons. St., Ad. Pl., 3.03.2008, n. 1.

<sup>53</sup> Cons. St., Sez. Sez. V, 30.09.2010, n. 7214; Cons. St., Sez. VI, 23.09.2008, n. 4603.

<sup>54</sup> Si allude alla complessa elaborazione normativa che, muovendo dall'originario art. 113 d.lgs. n. 267/2000 e passando per le modifiche introdotte dal d.l. n. 269/2003, conv. in l. n. 326/2003 e dall'art. 23 *bis* d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008, che venne poi abrogato dal *referendum* del giugno 2011, è stata da ultimo modificata con l'art. 4 d.l. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, poi dichiarato incostituzionale (Cort. Cost. 20.07.2012, n. 199); la materia è oggi regolata con la disciplina prevista dall'art.

Sotto il profilo della struttura organizzativa della stessa, viene in rilievo l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016<sup>55</sup>; con riguardo alla tematica dei contratti pubblici, l'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 definisce i requisiti dell'ente *in house*, riproponendo le medesime definizioni del testo unico in materia di società partecipate. Sussistendo i presupposti di legge, risulterà quindi possibile procedere alla formula dell'autoproduzione mediante affidamento diretto del contratto, così derogandosi alla regola generale dell'esternalizzazione a mezzo del procedimento di evidenza pubblica ed escludendosi l'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Ed invero, tale ultima disposizione consente l'affidamento *in house* qualora *"un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che*

---

34 del d.l. n. 179/2012, conv. in l. n. 221/2012. Tale disposizione, in particolare, sancisce come l'ente affidante sia tenuto a pubblicare una relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento prescelto per il servizio di rilievo economico. Sicché, essendo consentite tutte le forme di affidamento compatibili con il diritto dell'Unione europea (gara ad evidenza pubblica, affidamento a società mista previa gara pubblica per l'individuazione del socio privato, affidamento diretto *in house*), si ribalta nuovamente il ruolo dell'affidamento a società *in house*: se a partire dall'introduzione dell'art. 23 *bis* d.l. n. 112/2008 veniva a configurarsi come modello eccezionale, con il nuovo regime rileva invece come semplice alternativa alle altre forme di affidamento, rimessa alla scelta discrezionale e motivata della P.A. Da ultimo, con riguardo alla disciplina generale in materia di contratti pubblici, l'art. 192, Il comma del d.lgs. n. 50/2016 impone alla stazione appaltante un onere motivatorio aggravato nell'ipotesi in cui decida di procedere all'affidamento *in house*. Sul punto, il Consiglio di Stato ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di vagliare la compatibilità di tale disciplina con l'ordinamento comunitario, che invece si fonda sul principio dell'equivalenza fra le diverse modalità di affidamento (Cons. di St., Sez. V, 7.01.2019, n. 138): la Corte di Lussemburgo ha ritenuto legittima la scelta del legislatore italiano (Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19 e C-91/19) Cfr. R. GALLI, *op.cit.*, 404 e ss. e R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op.cit.*, 228 e ss.

<sup>55</sup> Che impone, tra l'altro, l'adozione nello statuto della società di previsioni che impongano che l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento di compiti ad esse affidati dall'ente pubblico socio, e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società; inoltre, gli statuti possono prevedere clausole in deroga alle disposizioni in materia di amministrazione della società (artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c.) al fine di regolare le modalità di esercizio del controllo analogo, conseguibile pure a mezzo dei patti parasociali, conclusi anche in deroga alle previsioni di cui all'art. 2341-*bis* c.c.

sulle decisioni significative della persona giuridica controllata<sup>56</sup>; "oltre l'ottanta per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore"<sup>57</sup>; "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati"<sup>58</sup>. Trattasi di definizione sostanzialmente analoga al combinato disposto degli artt. 2 l. b), c), o) e 16 del d.lgs. n.175/2016.

La giurisprudenza ha avuto modo di rilevare più volte come, perché sussista il *controllo analogo*, non sia bastevole il mero esercizio dei diritti e delle facoltà connesse alla qualità di socio, ma occorra un più penetrante potere di ingerenza da parte dell'ente pubblico in ordine alla gestione della società partecipata, di tal guisa da configurare una relazione gerarchica *lato sensu* intesa con la stessa, assimilabile ad un vero e proprio rapporto inter-organico<sup>59</sup>.

Cionondimeno, la forma del modulo organizzatorio *de quo* rimane privatistica: sotto tale specifico profilo, infatti, l'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 ha positivizzato quell'orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere la

---

<sup>56</sup> Inoltre, il d.lgs. n. 50/2016 introduce per la prima volta peculiari forme di declinazione del controllo analogo, originariamente riconosciute soltanto in via giurisprudenziale. Nel controllo *a cascata* (art. 5, II comma), la società *in house* viene controllata da altra società a sua volta sottoposta al controllo dell'ente pubblico. Si ha controllo *congiunto* (art. 5, commi IV e V), qualora il capitale della società partecipata sia suddiviso tra più enti pubblici: in tal caso, trattandosi di *in house frazionato*, il controllo analogo dovrà essere valutato in una prospettiva unitaria; gli organi decisionali dell'organismo controllato devono essere composti da rappresentanti dei soci pubblici partecipanti; i soci pubblici devono esercitare l'influenza dominante congiuntamente; il soggetto controllato non può perseguire interessi contrari a quello dei soci partecipanti. Nel caso dell'*in house inverso* (art. 5, III comma), invece, è la società partecipata che procede all'affidamento diretto nei confronti dell'ente partecipante. L'*in house orizzontale* (art. 5, III comma), invece, si registra quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su due operatori economici che rivestono le caratteristiche di società *in house*, dei quali l'una affida all'altra un contratto pubblico.

<sup>57</sup> Così introducendo un notevole elemento di novità rispetto alla precedente elaborazione giurisprudenziale sovranazionale, che, di fatto, riteneva che l'attività *prevalente* equivalesse all'attività *esclusiva*. Cfr. Corte Giust. UE, 11 maggio 2006, C-340/04, *società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*.

<sup>58</sup> Innovando rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale e dottrinale, sia tale disposizione, sia l'art. 16, I comma d.lgs. n. 175/2016, prevedono la possibilità di apporto alla società *in house* pure di capitali privati, sempre che tali forme di partecipazione non comportino controllo o potere di veto e non esercitino un'influenza dominante sulla società.

<sup>59</sup> Cass. Civ., SS.UU., 13.09.2018, n. 22409; Cons. St., Sez. V, 15.01.2018, n. 182; Cons. St., Sez. V, 29.05.2017, n. 2533.

fallibilità delle società in esame, nonostante la natura sostanzialmente pubblicistica del controllo *analogo* e la possibilità che le stesse gestiscano servizi pubblici, così delineandosi un modello organizzatorio affatto peculiare.

Ne deriva, quindi, la piena configurabilità anche degli eventuali reati fallimentari nei confronti di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori delle società *in house*.

Sulla scorta di tali coordinate ermeneutiche e muovendo dall'analisi del concetto di *controllo analogo*, si è risolta quindi la questione interpretativa concernente la responsabilità penale del Sindaco *in parte qua*.

Il g.u.p. non sembra infatti qualificare la condotta tenuta dall'organo politico come semplice contributo materiale alla realizzazione del reato, da inquadrarsi in una forma di concorso dell'*extraneus* nel reato proprio: viene piuttosto in rilievo la piena sussunzione della posizione del Sindaco nella qualifica subiettiva di "amministratore" dell'ente *in house*.

Ed invero, il Comune, lungi dal figurare quale mero socio totalitario dell'ente partecipato, ne condizionava pienamente le scelte gestorie: sicché, venendosi a delineare tra gli organi amministrativi della società e l'ente pubblico un rapporto di gerarchia *lato sensu* inteso, ne derivava il riconoscimento in capo al Sindaco del "*medesimo ruolo dell'amministratore, non come amministratore di "fatto" nel senso classico del termine, ma come soggetto che, in ragione della peculiare natura della società è dotato di poteri di amministrazione e di gestione propri dell'amministratore*".

Il regolamento in materia di controlli interni e di trasparenza per le cariche elettive e di governo del Comune assegnava in capo ai servizi amministrativi dell'ente e all'unità organizzativa preposta al controllo sulle partecipate l'effettivo controllo sulla gestione della società *in house*, al fine di verificarne l'operato nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità.

Cionondimeno, nel caso in cui fossero state rilevate circostanze tali da compromettere la sana gestione finanziaria dell'ente in ordine ai rapporti intercorrenti con la società *in house*, gli uffici competenti avrebbero provveduto ad interpellare gli organi politici previa presentazione di una proposta di risoluzione delle problematiche accertate.

Essendo state riscontrate nel caso concreto gravi situazioni di difficoltà economica, si è ritenuto quindi che il Sindaco fosse competente all'esercizio del *controllo analogo* del Comune sulla società partecipata.

E proprio in tale veste il Sindaco aveva partecipato all'assemblea in cui, nonostante le macroscopiche irregolarità contabili, di fatto avallava l'operato degli amministratori, sollecitando solo formalmente questi ultimi all'adozione di un piano industriale e di un progetto di risoluzione delle problematiche finanziarie della società, che invece avrebbe continuato ad operare per anni, nonostante il grave stato di dissesto. Inoltre, rimaneva accertata anche la diretta partecipazione di tale organo politico alle attività

di assunzione di nuovi dipendenti da parte dell'ente *in house*, nonostante l'assenza dei relativi presupposti di sostenibilità economico-finanziaria.

E ancora, a corroborare la posizione di sostanziale amministratore della società, lo stesso Sindaco si era più volte interfacciato con i creditori della partecipata, invitandoli a soprassedere temporaneamente dall'esercizio di azioni legali.

Tali elementi deponevano per la consapevole partecipazione del Sindaco alle imprudenti scelte gestorie societarie, così contribuendo alla deliberazione delle operazioni dolose contestate, che peraltro venivano qualificate espressamente come esplicazione di una condotta positiva, e non già omissiva.

In definitiva, tali condotte risultavano imputabili in capo al Sindaco "*nella sua qualità di rappresentante dell'ente, titolare di un pregnante potere di controllo e di direzione sugli organi amministrativi della società, e dunque in grado di condizionarne concretamente i poteri di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi nell'attività economica svolta dalla società*".

Proprio in virtù del peculiare rapporto intercorrente tra Comune e società *in house*, poteva desumersi la qualifica di amministratore in capo al Sindaco: sotto tale specifico angolo prospettico, si puntualizzava come non di amministrazione di *mero fatto* si trattasse, rivestendo l'organo politico direttamente la qualifica di amministratore di diritto dell'ente partecipata.

In altre parole, si escludeva *expressis verbis* che il Sindaco potesse considerarsi come amministratore di fatto della società *in house*: l'approfondita analisi del concetto di *controllo analogo*, infatti, *ex sese* avrebbe legittimato l'assunzione da parte di tale organo politico della qualifica di vero e proprio *amministratore di diritto* dell'ente *in house*.

Secondo tale ricostruzione, quindi, sembrerebbe venire in rilievo una forma di interpretazione *estensiva* con riguardo alla qualifica subiettiva di "amministratore" di cui all'art. 223, I comma l.f.<sup>60</sup>, ricomprensiva in tal senso anche della figura del Sindaco del Comune affidante che, benché organo politico, sia comunque tenuto all'esercizio del *controllo analogo* nei confronti della società *in house* alla stregua del regolamento comunale in materia.

In sostanza, dal punto di vista pubblicistico, come si è detto, il rapporto tra gli enti in esame si risolve nel senso di qualificare la società *in house* come

---

<sup>60</sup> La dottrina ritiene che l'interpretazione estensiva sia quell'operazione ermeneutica volta ad attribuire un determinato significato alla disposizione normativa, che, per quanto teso all'estremo, sia comunque ricomprendibile entro i limiti del testo di legge; diversamente, il procedimento analogico è finalizzato alla creazione di una nuova *regula iuris* avente ad oggetto un caso non specificamente disciplinato, sulla scorta dell'applicazione di una norma che disciplina un caso analogo, esaminata la *ratio* della norma stessa. Per l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva in diritto penale, e l'esclusione invece dell'analogia a sfavore del reo, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 123 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 75 e ss.

mera articolazione interna della P.A., e quindi come vera e propria *longa manus* della stessa, di tal guisa che l'affidamento diretto non consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo in senso stretto: la società *in house*, dunque, "non potrebbe ritenersi terza rispetto all'amministrazione controllante, ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione"<sup>61</sup>.

A sostegno di tale ricostruzione può invocarsi quell'orientamento che, con riferimento alla tematica della responsabilità civile o erariale degli amministratori della P.A. controllante in ordine alla *mala gestio* delle società *in house*, tende a decodificare tale modulo organizzatorio alla stregua della disciplina del comune diritto societario, richiamando la normativa in materia di direzione e coordinamento di società di cui agli artt. 2497 e ss. c.c.<sup>62</sup>

Secondo la dottrina prevalente, tale istituto identificerebbe quella situazione di sistematica ingerenza gestoria da parte degli organi amministrativi della società o ente capogruppo nei confronti della società partecipata, tale da dirigerne e coordinarne le attività<sup>63</sup>.

Proprio tale fenomeno di eterodirezione della politica societaria<sup>64</sup> impone una serie di garanzie a tutela soprattutto dei soci e dei creditori della società sottoposta a direzione, quali l'obbligo di pubblicità, anche nei documenti contabili, della situazione di direzione e coordinamento (art. 2497 *bis* c.c.), l'obbligo di motivazione delle decisioni delle società sottoposte alla direzione, qualora influenzate dalla politica di gruppo (art. 2497 *ter* c.c.) e il diritto di recesso del socio della società etero-diretta nei casi di cui all'art. 2497 *quater* c.c.

La direzione e il coordinamento può inoltre ingenerare una peculiare forma di responsabilità civile, prevista dall'art. 2497 c.c., nel caso in cui l'ente esercente la direzione, agendo nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società sottoposte a direzione e coordinamento, cagiona un danno ai soci di queste

<sup>61</sup> Cass. Civ., SS. UU., 25.11.2013, n.26823.

<sup>62</sup> Cass. Civ., SS.UU., 13.09.2018, n. 22406, con nota di F. FIMMANO', *Le Sezioni unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019, 67 e ss.; F. FIMMANO', *Ente pubblico holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, in *Società*, 2020, 350 e ss.

<sup>63</sup> Che può risolversi anche in una semplice attività di coordinamento delle imprese collegate. Cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, XXIX, Padova, 2003, 176; V. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, 2011, 604 e ss.

<sup>64</sup> Che l'art. 2497-*sexies* c.c. presume con riguardo alle ipotesi di società tenute al consolidamento dei loro bilanci, o nell'ipotesi di controllo ex art. 2359 c.c., salvo prova contraria. Sicché, potrebbero verificarsi situazioni di controllo non riconducibili al fenomeno della direzione societaria, e viceversa ipotesi di direzione che non presuppongono il controllo.

ultime in ordine alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, oltre che ai creditori sociali per la lesione cagionata al patrimonio della società<sup>65</sup>. Ed invero, secondo tale orientamento, l'esercizio del controllo analogo sulla società *in house* da parte dell'ente affidante sarebbe riconducibile all'attività di direzione e coordinamento, con la possibile applicazione dell'art. 2497 c.c. in caso di *mala gestio* da parte degli amministratori dell'ente *holder*.

Infatti, rientrano nell'ambito degli "enti" gerenti la direzione *de qua* anche il Comune e gli altri enti pubblici diversi dallo Stato<sup>66</sup>; peraltro, non v'è dubbio circa il fatto che, operando l'ente azionista essenzialmente nell'interesse della collettività o dell'ente stesso, possa pienamente integrarsi quell'*agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società* sottoposte alla direzione, che costituisce l'elemento obiettivo dell'illecito di cui all'art. 2497 c.c.

In altre parole, sembra corroborare la ricostruzione offerta nella sentenza in commento con riguardo ai rapporti tra ente *holder* e società *in house*, quell'orientamento volto a qualificare il Sindaco<sup>67</sup> come vero e proprio soggetto gerente l'attività di direzione e coordinamento nei confronti della società partecipata, perciò chiamato a risponderne in caso di *mala gestio*: si tratterebbe di un vero e proprio *amministratore stricto sensu* inteso, così potendosi integrare, per quanto riguarda i relativi risvolti penalistici, la qualifica subiettiva di cui all'art. 223, I comma l.f.

Ricostruzione, questa, tendenzialmente accolta anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione nel quadro della più ampia tematica della qualificazione della tipologia di danno -erariale o *iure civili*- arrecato alla società *in house* da parte dell'amministratore dell'ente affidante, e della conseguente individuazione del giudice munito di giurisdizione<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Dell'illecito risponde in solido anche chi abbia preso parte al fatto lesivo, e, nei limiti del vantaggio conseguito, anche chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. È da escludere la responsabilità qualora il danno risulti neutralizzato dal risultato complessivo dell'attività di direzione o coordinamento; l'ente gerente la direzione è responsabile in via sussidiaria nell'ipotesi in cui i soggetti danneggiati non siano stati soddisfatti dalla società sottoposta alla direzione. Tale azione può inoltre essere esercitata anche dal curatore, commissario liquidatore o commissario straordinario, nell'ipotesi di apertura di procedura concorsuale nei confronti della società etero-diretta.

<sup>66</sup> Secondo l'interpretazione autentica della disposizione in esame offerta dall'art. 19, d.l. 78/2009, conv. in l. n. 102/2009.

<sup>67</sup> Oppure i dirigenti competenti all'esercizio del *controllo analogo* nei confronti della società *in house*.

<sup>68</sup> Sullo sfondo della complessa questione ermeneutica in esame rileva l'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016, in materia di responsabilità civile e contabile relativa alle società partecipate, secondo cui "*i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla*



## **6. La responsabilità penale del Sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società *in house* partecipata dal Comune.**

Nonostante la complessa ed interessante elaborazione ermeneutica prospettata in ordine alla possibilità di qualificare il Sindaco del Comune azionista della società *in house* come vero e proprio *amministratore* della stessa, potrebbero sollevarsi talune obiezioni.

Preliminarmente, non sarebbe irragionevole osservare che tale ricostruzione, lungi dal configurarsi quale esplicitazione di un'interpretazione estensiva, sia piuttosto da ritenersi come una forma di interpretazione analogica *in malam partem*.

Ed invero, dal punto di vista prettamente formale sembrerebbe che il Sindaco rivesta la qualifica di mero *socio* della partecipata, e non già di *amministratore*: come è noto, l'art. 223 l.f. esclude dal novero dei soggetti attivi dei reati ivi contemplati il semplice socio.

Inoltre, anche ad ammettere che lo stesso possa rivestire la qualifica di *amministratore* di diritto, cionondimeno tale posizione sarebbe limitata con riguardo all'ente comunale gerente la direzione e il coordinamento della partecipata.

È vero che la giurisprudenza richiamata ha elaborato il concetto di *rapporto gerarchico lato sensu* inteso, ed ha all'uopo qualificato la società *in house*

---

*disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.*" Da ultimo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto la problematica *de qua* nel senso di ammettere il concorso tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile anche con riguardo all'ipotesi di esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società *in house* e degli amministratori della P.A. azionista, laddove concorrano sia il danno *civile*, che quello *erariale* (che presuppone il pregiudizio al patrimonio pubblico, la sussistenza del rapporto *di servizio*, anche in fatto, tra soggetto responsabile e P.A., e l'elemento subiettivo del dolo o della colpa grave). Cass. Civ., SS.U., 13.09.2018, n. 22406 cit., che ha riconosciuto, a tale specifico riguardo, l'applicabilità dell'art. 2497 c.c. nei confronti degli amministratori di un Comune per il danno arrecato all'ente *in house*; conforme anche la recente pronuncia del Trib. Napoli, Sez. Specializzata in materia di imprese, 7.11.2019.

Ritiene che l'ipotesi di cui all'art. 12, Il comma d.lgs. n. 175/2016 configuri la traduzione in termini pubblicistici della più generale fattispecie di cui all'art. 2497 c.c. F. FIMMANO', *Le Sezioni unite*, cit., 67 e ss.; F. FIMMANO', *ente pubblico holder*, cit., 350 e ss. Sulla tematica del riparto di giurisdizione *in parte qua*, cfr. R.GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, cit., 286 e ss.

come *longa manus* della P.A.; è però altrettanto indubitabile come nei più recenti arresti della Corte di Cassazione sul punto si sia cercato di precisare meglio tale impostazione, così respingendosi le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 4 della l. n. 70 del 1975, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo.

In altri termini, sembrerebbe che la ricostruzione in esame, se pure sia in grado di delineare il rapporto sostanziale intercorrente tra P.A. e società *in house*, anche al fine di spiegare le ragioni dell'esclusione dell'applicazione della disciplina generale in materia di affidamento dei contratti pubblici *in parte qua*, dal punto di vista formale alcun dubbio pone circa l'alterità subiettiva intercorrente tra gli stessi enti<sup>69</sup>.

Rimane quindi problematica la possibilità di ammettere la responsabilità penale del Sindaco in ordine al fallimento della società *in house* solo in virtù del fatto che sia *amministratore* dell'ente *holder*: sembrerebbe piuttosto necessario accertare la qualifica di amministratore con riguardo invece alla società fallita.

Cionondimeno, potrebbe comunque addivenirsi alla soluzione della responsabilità penale del Sindaco con riguardo al caso di specie mediante altri e diversi percorsi interpretativi.

Viene innanzitutto in rilievo l'istituto dell'*amministratore di fatto*<sup>70</sup>, la cui sussistenza nel caso di specie è stata *expressis verbis* esclusa, a favore della qualificazione del Sindaco quale vero e proprio amministratore di diritto dell'ente *in house*.

Sul punto, occorre in via preliminare rilevare come il fatto che l'art. 2639 c.c.<sup>71</sup> riguardi formalmente soltanto le ipotesi dei reati societari, non viene valutato in senso ostativo dalla giurisprudenza in ordine all'ammissibilità della figura dell'amministratore di fatto anche con riguardo ai reati fallimentari<sup>72</sup>.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, la nozione di amministratore di fatto postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione, non già

<sup>69</sup> Cass. Civ., SS.UU., 13.09.2018, n. 22406, cit.; Cass. Civ., Sez. I, 7.02.2017, n. 3196.

<sup>70</sup> Sul tema, cfr. P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit., 285 e ss.; E. AMATI, L. BARON, *I soggetti attivi*, in AA.VV. *Diritto penale dell'economia*, cit., 2120 e ss.

<sup>71</sup> Secondo il primo comma di tale disposizione, "*per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*".

<sup>72</sup> Sul punto, Cass. Pen., Sez. V, 22.08.2013, n. 35346; Cass. Pen., Sez. V, 8.10.2012, n. 39535. Per la tesi dottrinale contraria, secondo cui si ravviserebbe nell'operazione di estensione in commento un'ipotesi di *analogia in malam partem*, cfr. A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2018, 44 ss

nel senso però del necessario esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, essendo bastevole l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale<sup>73</sup>.

Sicché, ai fini dell'attribuzione della qualifica di *amministratore di fatto* si è ritenuta necessaria la presenza di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività societaria, come con riguardo ai rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti, ovvero in qualunque altro settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare<sup>74</sup>. A titolo esemplificativo, si è ritenuta non sufficiente, in tal senso, la semplice circostanza relativa al rilascio di una procura generale, qualora non vi sia prova che siano stati concretamente esercitati i poteri corrispondenti<sup>75</sup>.

D'altra parte, con l'assunzione della qualifica in esame deriva anche l'insorgenza dei doveri che competono all'amministratore di diritto, per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili<sup>76</sup>.

Nel caso esaminato, sembra possibile qualificare la complessiva condotta posta in essere da parte del Sindaco del Comune come espressiva di una sistematica e continuativa ingerenza dello stesso nella gestione della società *in house*.

Depone in tal senso, infatti, oltre che la sua partecipazione in assemblea dettata essenzialmente dalla necessità di differire l'adozione dei provvedimenti più opportuni per il recupero finanziario della società, anche la sua compiacenza rispetto alle irregolarità amministrative consistite

---

<sup>73</sup> Cass. Pen., Sez. V, 20.09.2019, n. 38884; Cass. Pen., Sez. V, 12.12.2017 n. 55409; Cass. Pen., Sez. V, 7.07.2017, n. 33256. La Corte di Cassazione ha recentemente ammesso anche la configurabilità della figura del *sindaco di fatto*, con riguardo all'ipotesi della responsabilità penale del sindaco che sia stato nominato nonostante la carenza dei requisiti di legge, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 14.04.2016, n. 15639, con nota di F. DI VIZIO, *Le scomode responsabilità fallimentari del sindaco di fatto*, in *Quotidiano giuridico*, 27.04.2016

<sup>74</sup> Cass. Pen., Sez. V, 6.11.2019, n. 45134. Inoltre, l'accertamento della sussistenza dei presupposti per la configurazione della qualifica *de qua*, costituisce oggetto di una valutazione di fatto insindacabile in sede di legittimità, ove sostenuta da congrua e logica motivazione.

<sup>75</sup> Cass. Pen., Sez. V, 22.05.2017, n. 24781; Cass. Pen., Sez. V, 5.01.2017, n. 547, con nota di C. SANTORIELLO, *Amministratore di fatto: non basta il rilascio di procura generale per assumerne il ruolo*, in *Quotidiano giuridico*, 31.01.2017.

<sup>76</sup> Va ricompreso nell'ambito di tali doveri anche l'obbligo di vigilanza sul comportamento dell'amministratore di diritto, con la configurazione di una posizione di garanzia nei suoi confronti ex art. 40, II comma c.p. Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 26.07.2019, n. 34122 e Cass. Pen., Sez. V, 19.09.2017, n. 42759.

nell'affidamento dei lavori da parte della società *in house* in violazione delle regole dell'evidenza pubblica; ancora, si registra la sua diretta ingerenza anche con riguardo alle procedure di assunzione di nuovi dipendenti nonostante l'evidente stato di decozione dell'ente e la sua opera di intermediazione con i creditori della società al fine di dissuaderli dall'esercizio di azioni legali.

Semberebbero pienamente integrati, quindi, i presupposti per la qualificazione del Sindaco quale vero e proprio *amministratore di fatto* della società *in house*, avendo agito sostanzialmente quale *dominus* della stessa. Una diversa ricostruzione interpretativa potrebbe risolvere la problematica *de qua* valorizzando invece la posizione del Sindaco come concorrente *ex art.* 110 c.p. nel reato proprio commesso da amministratori e sindaci della società *in house*.

Ed invero, la giurisprudenza riconosce pienamente la possibilità del concorso dell'*extraneus* nel reato fallimentare oggetto di contestazione in tale sede: trattasi infatti, secondo la ricostruzione maggioritaria sul punto, di un'ipotesi di reato proprio non esclusivo<sup>77</sup>, la cui condotta tipica, quindi, può essere posta in essere anche da parte dell'*extraneus*.

Infatti, dall'esame delle operazioni oggetto di contestazione, emerge come il Sindaco abbia partecipato per lo più a titolo di co-autore delle stesse insieme agli altri amministratori della società fallita.

Quindi, applicando i principi generali in materia di concorso di persone nel reato, è necessario che, innanzitutto, uno dei compartecipi rivesta la qualifica propria di cui all'art. 223 l.f.; che sia realizzata la fattispecie oggettiva del reato oggetto di esame; che l'*extraneus* abbia fornito un contributo causale, anche di tipo meramente agevolatore alla realizzazione del reato; che sussista il dolo di concorso, consistente nella coscienza e volontà del fatto criminoso, comprensivo quindi anche della consapevolezza della qualifica subiettiva dell'*intraneus*, oltre che della volontà di concorrere con altri alla realizzazione del reato<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> E. AMATI, L. BARON, *I soggetti attivi*, cit., 2129 e ss. e P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit. 328. Per la distinzione tra reati propri non esclusivi, semiesclusivi ed esclusivi, si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 109 e ss.

<sup>78</sup> Cass. Pen., Sez. V, 5.09.2019, n. 37194; Cass. Pen., Sez. V, 2.04.2019, n. 14366, Cass. Pen., Sez. V, 10.05.2016, n. 19460. Con riguardo al dolo dell'*extraneus* concorrente nella bancarotta impropria da operazioni dolose, la giurisprudenza consolidata richiede, oltre alla volontà dell'apporto alla condotta dell'autore proprio del reato, la consapevolezza del rischio che le suddette operazioni determinano per le ragioni dei creditori della società, non essendo invece necessario che egli abbia voluto causare un danno ai creditori medesimi (Cass. Pen., Sez. V, 2.10.2014, n. 41055; Cass. Pen., Sez. V, 26.03.2012, n. 11624; Cass. Pen., Sez. V, 21.01.2011, n. 1901, con nota di B. ERSI, *L'elemento soggettivo dell'extraneus concorrente in fatti di bancarotta impropria nel caso di fallimento per effetto di operazioni dolose*, in *Cass. Pen.*, 2012, 654 e ss.

Nel caso di specie, l'esame delle plurime condotte poste in essere dal Sindaco, ove non dovessero ritenersi idonee a qualificare la sua posizione quale vero e proprio amministratore di fatto dell'ente *in house*, sembrerebbero quantomeno integrare i requisiti richiesti per la configurazione di un apporto materiale qualificabile come concorso nel reato proprio commesso da amministratori e sindaci della società.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire la distinzione tra la fattispecie del concorso dell'*extraneus* nel reato fallimentare dalla diversa ipotesi della diretta contestazione del reato *de quo* in virtù della qualificazione come *amministratore di fatto* dell'autore del delitto.

Ed invero, se nel primo caso sarà necessario dimostrare la sussistenza dei requisiti di cui si è detto poc'anzi, invece, perché possa ritenersi sussistente una posizione di amministrazione di fatto, occorrerà una più completa e puntuale dimostrazione della continuativa e sistematica ingerenza nell'attività gestoria della società<sup>79</sup>.

Sul punto, occorre preliminarmente rilevare come l'imputazione elevata nei confronti del Sindaco contestava specificamente i singoli fatti materiali addebitati: la condotta posta in essere veniva formalmente qualificata come partecipazione materiale al reato proprio ex artt. 110 c.p. e 223, cpv. n.2) l.f.

In sentenza, invece, si è accertata la responsabilità penale del Sindaco per tale titolo di reato, previo riconoscimento della sua qualifica di *amministratore di diritto* della società *in house*: in tal senso, si è ritenuto che l'imputato abbia direttamente perfezionato la fattispecie monosoggettiva *de qua*, a prescindere dall'eventuale concorso degli altri imputati nello stesso delitto.

Sicché, laddove dovesse ritenersi che nel caso di specie non sussistano i presupposti per qualificare la figura del Sindaco come *amministratore di diritto* della società *in-house*, il suo contributo sarebbe eventualmente riquificabile quale concorso nel reato proprio commesso dagli amministratori e dai membri del collegio sindacale; diversamente, potrebbe sostenersi che lo stesso abbia rivestito la qualifica di *amministratore di fatto* della società fallita<sup>80</sup>.

Ad ogni modo, tale attività ermeneutica, che dovrebbe operare nell'ambito dell'eventuale giudizio di impugnazione, consisterebbe nel riconoscimento della qualifica di *amministratore di fatto* e non già *di diritto* in capo al Sindaco,

---

<sup>79</sup> Cass. Pen., Sez. V, 23.09.2016, n. 39681, con nota di F. DI VIZIO, *Amministratore di fatto e concorrente extraneus: le distinzioni essenziali*, in *Quotidiano giuridico*, 3.10.2016.

<sup>80</sup> Sul punto, Cass. Pen., Sez. V, 9.11.2006, n. 37038 ha avuto modo di chiarire come gli elementi di prova ritenuti insufficienti per radicare la qualità di amministratore di fatto in capo all'estraneo non possono giustificare, di per sé solo ed in assenza della dimostrazione degli elementi costitutivi del concorso di persone nel reato, la sua responsabilità a titolo di concorso esterno nel reato proprio del fallito.

ovvero della sua responsabilità a titolo di concorso esterno nel reato proprio: sembrerebbe quindi rientrarsi pienamente nei limiti della riqualificazione giuridica del fatto originariamente contestato, nel rispetto del più generale principio di cui all'art. 521, I comma c.p.p..

Infatti, anche se con riguardo al tema della correlazione tra l'imputazione e la sentenza di primo grado, la giurisprudenza ha già avuto modo di rilevare come il principio non sia violato dalla decisione con la quale sia condannato un soggetto quale concorrente esterno in un reato di bancarotta fraudolenta, anziché quale amministratore di fatto della società, sempre che rimanga immutata l'azione distrattiva contestata, e nemmeno nell'ipotesi in cui il soggetto cui sia stato contestato in concorso il reato *de quo*, venga poi condannato come amministratore di fatto<sup>81</sup>; parimenti dicasi con riguardo alle ipotesi in cui il soggetto venga qualificato nella richiesta di rinvio a giudizio come amministratore di fatto e venga poi condannato come direttore generale della società<sup>82</sup>.

Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, infatti, sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza solo se il fatto contestato sia mutato nei suoi elementi essenziali, così da provocare una situazione di incertezza e di cambiamento sostanziale della fisionomia dell'ipotesi accusatoria capace di impedire o menomare il diritto di difesa dell'imputato. Occorre quindi una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; l'indagine volta ad accertare la violazione del principio non si esaurisce nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'*iter* del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione<sup>83</sup>.

Nel caso di specie verrebbe a configurarsi soltanto la riqualificazione giuridica di un fatto che, nella sua connotazione empirica, risultava già dettagliatamente contestato in primo grado: si tratterebbe, cioè, della mera riqualificazione del titolo di imputazione in capo al Sindaco dello stesso reato oggetto di accertamento nel giudizio di primo grado.

Né sembrerebbero potersi invocare nel caso di specie i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti nell'uomo nel caso *Drassich c. Italia*<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Cass. Pen., Sez. V, 13.06.2019, n. 2621.

<sup>82</sup> Cass. Pen., Sez. V, 16.05.2018, n. 21657.

<sup>83</sup> Cass. Pen., SS.UU., 15.06.2010, n. 36551.

<sup>84</sup> La pronuncia richiamata della Corte Edu, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, ha affermato che il principio del giusto processo di cui all'art. 6 C.E.D.U. implica che l'imputato sia informato non solo del motivo dell'accusa, e quindi dei fatti materiali

Ed invero, occorre preliminarmente rilevare come dalla stessa contestazione del P.M. risultava *expressis verbis* l'imputazione a carico del Sindaco per il delitto di cui all'art. 223, cpv., n.2) l.f., a titolo di concorso ex art. 110 c.p. nel reato proprio; laddove invece si propenda per la riqualificazione mediante riconoscimento della qualifica di *amministratore di fatto* in capo all'organo politico, può parimenti evidenziarsi come pure nell'addebito *de quo*

---

posti a fondamento della stessa, ma anche della qualificazione giuridica data a tali fatti, in modo che egli possa esercitare il proprio diritto di difesa anche con riguardo alla nuova qualificazione giuridica del fatto consentita dall'ordinamento interno. Nel caso di specie, la Corte aveva ritenuto violato il principio in esame con riguardo alla riqualificazione del reato di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio nella più grave ipotesi della corruzione in atti giudiziari, trattandosi di reato autonomo in ordine al quale non era stata data alla difesa la possibilità di difendersi sul punto. Per l'effetto, la Corte di Cassazione revocò, applicando analogicamente l'istituto di cui all'art. 625 *bis* c.p.p., la precedente sentenza emanata nei confronti dell'imputato ricorrente in sede europea limitatamente alla contestazione *de qua*, disponendo una nuova trattazione del ricorso in ordine ai fatti riqualificati. Con la successiva sentenza, Cass. Pen., Sez. VI, 25.05.2009 n. 36323, gli Ermellini hanno nuovamente confermato la condanna dell'imputato, riconoscendosi come nel giudizio di legittimità il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto quando l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio* sia stata rappresentata al difensore dell'imputato con un atto del Collegio, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa. Soluzione questa avallata anche dalla Corte EDU, che, a chiusura della complessa vicenda in esame, ha ritenuto legittima la soluzione processuale adottata dalla Cassazione, ritenendo come il ricorso straordinario non abbia pregiudicato il diritto di difesa dell'imputato (Corte EDU, sez. I, sent. 22 febbraio 2018, Drassich c. Italia).

Da ultimo, la Cassazione ha precisato come in tema di reato di falso in atto pubblico non possa ritenersi legittimamente contestata, sì da non poter essere ritenuta in sentenza dal giudice, la fattispecie aggravata di cui all'art. 476, II comma c.p., qualora nel capo d'imputazione non sia esposta la natura fidefacente dell'atto, o direttamente, o mediante l'impiego di formule equivalenti, ovvero attraverso l'indicazione della relativa norma (Cass. Pen., SS.UU., 4.06.2019, n. 24906). Più in generale, con riguardo alle circostanze aggravanti aventi carattere valutativo, non basta quindi la contestazione in fatto della circostanza, dovendosi procedere piuttosto alla specifica individuazione dell'articolo di legge violato, ovvero della qualificazione normativa attribuita al fatto addebitato. Diversamente ragionando, si incorrerebbe nella violazione del più generale principio della contestazione in forma "chiara e precisa del fatto" concernente il provvedimento con cui si esercita l'azione penale - artt. 417, I. b); 429, I comma I. b); 450, III comma; 456, I comma; 452, I comma I.c) - , anche alla luce dell'art. 6, III comma, I.a) C.E.D.U., secondo cui ogni accusato ha diritto di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico.

risultavano essere dettagliatamente contestati i fatti da cui poter inferire la qualifica in commento<sup>85</sup>.

D'altra parte, secondo l'orientamento prevalente, perché possa rilevare tale violazione processuale, dovrebbe registrarsi un concreto e non meramente ipotetico regresso sul piano dei diritti difensivi, attraverso un mutamento della cornice accusatoria che abbia determinato una novazione dei termini dell'addebito tali da rendere la difesa menomata<sup>86</sup>.

Non sembrano riscontrabili tali circostanze nel caso di specie: non si tratta della contestazione di una diversa fattispecie incriminatrice, ma soltanto di un diverso titolo di imputazione dello stesso reato originariamente addebitato in capo all'imputato, in ordine a fatti, tra l'altro, dettagliatamente descritti con l'imputazione, relativamente ai quali lo stesso imputato ha avuto sicuramente modo di esercitare il suo diritto di difesa<sup>87</sup>.

Peraltro, si è avuto modo anche di precisare come la riqualificazione del fatto effettuata dal giudice di appello non determini alcuna compromissione del diritto al contraddittorio, consentendosi all'imputato di contestarla eventualmente nel merito con il ricorso per cassazione<sup>88</sup>.

Conclusivamente, può dirsi quindi che l'eventuale riqualificazione della condotta materialmente posta in essere dal Sindaco entro le maglie del concorso da *extraneus* nella bancarotta impropria da operazioni dolose, ovvero come espressione dell'esercizio in fatto di poteri propri dell'*amministratore di diritto* della società *in house*, non violerebbe il più generale principio di cui all'art. 521 c.p.p., con conseguente conferma della responsabilità penale dello Sindaco per le condotte oggetto di contestazione.

### **7. Le circostanze aggravanti oggetto di contestazione.**

Il riconoscimento delle circostanze di cui all'art. 219, I comma e II comma, n.1) l.f., consente l'occasione per soffermarci, infine, su tali fattispecie.

Si tratta delle aggravanti del danno patrimoniale di rilevante gravità e della "continuazione fallimentare".

Nell'ipotesi concreta era stata riconosciuta la configurabilità di ambedue le circostanze in commento con riguardo ad entrambi gli imputati, avendo gli stessi posto in essere più fatti di bancarotta e soprattutto avendo cagionato un danno di rilevante gravità: la società aveva infatti accumulato un passivo

<sup>85</sup> Così Cass. Pen., Sez. II, 15.05.2013, n. 35678.

<sup>86</sup> Cass. Pen., SS.UU., 26.06.2015, n. 31617.

<sup>87</sup> Cass. Pen., Sez. V, 19.01.2018, n. 2298, con nota di M.DI FLORIO, *Il concorso dell'extraneus nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. Pen.*, 2019, 317 e ss., che ha escluso per tali motivi la violazione dei principi inerenti al caso Drassich nell'ipotesi della riqualificazione in sentenza come concorso dell'*extraneus* in bancarotta fraudolenta dell'ipotesi di riciclaggio originariamente contestata.

<sup>88</sup> Cass. Pen., Sez. II, n. 17782 del 11.04.2014.



di oltre quattro milioni di euro. Cionondimeno, nel giudizio di bilanciamento tali aggravanti venivano considerate subvalenti rispetto alle concorrenti attenuanti generiche.

Occorre innanzitutto analizzarne l'ambito di applicazione.

Il problema affrontato dalla giurisprudenza ha riguardato infatti proprio la possibilità di riconoscere la configurabilità delle aggravanti di cui ai primi due commi dell'art. 219 l.f. anche con riferimento alle ipotesi di bancarotta impropria di cui agli artt. 223 e 224 l.f., posto che la lettera dell'art. 219 l.f. sembrerebbe contemplare espressamente soltanto le fattispecie di reato di cui agli artt. 216, 217 e 218 l.f.

Con riguardo all'ipotesi della *continuazione fallimentare* di cui all'art. 219, l comma n.2) l.f., trattandosi, come si dirà, di un'ipotesi derogatoria della più generale disciplina in materia di continuazione di reati di cui all'art. 81 cpv. c.p., la soluzione positiva pare agevole, in quanto disposizione favorevole al reo, e quindi suscettibile di applicazione analogica anche con riguardo alle ipotesi di bancarotta impropria non espressamente contemplate dall'art. 219 l.f.<sup>89</sup>

Più problematica risulta la questione concernente l'applicabilità dell'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità in ordine alle ipotesi *de quibus*. Ed invero, un orientamento minoritario tende ad escludere la configurabilità dell'aggravante in questione nelle ipotesi di specie: diversamente ragionando, si incorrerebbe in una forma di analogia *in malam partem*<sup>90</sup>.

L'opinione maggioritaria, invece, ammette la possibilità di applicazione dell'aggravante in commento anche con riguardo ai reati di cui agli artt. 223 e 224 l.f., così ribadendo l'orientamento estensivo già espresso dalla Cassazione a Sezioni unite del 2011<sup>91</sup>, sia pure *incidenter tantum*.

In tale arresto gli Ermellini, sia pure con riferimento all'ipotesi della continuazione fallimentare, ebbero modo di affermare come il richiamo contenuto nelle norme incriminatrici della bancarotta impropria alle pene previste per le corrispondenti ipotesi di cui agli artt. 216 e 217 l.f. comporti un rinvio all'intero trattamento sanzionatorio previsto per la bancarotta propria, comprensivo anche delle aggravanti di cui all'art. 219 l.f.

Tale conclusione è stata generalmente condivisa dalla giurisprudenza successiva, che ha puntualizzato l'applicazione dell'aggravante *de qua* non solo con riguardo all'ipotesi di bancarotta impropria *stricto sensu* di cui agli artt. 223, l comma e 224, n.1) l.f., ma anche alle fattispecie di bancarotta

<sup>89</sup> Cass. Pen., SS.UU., 26.05.2011, n. 21039.

<sup>90</sup> Cass. Pen., 5.03.2010, n. 21039. Cfr. anche G.L. PERDONO', *Circostanze aggravanti e circostanza attenuante*, in AA.VV. *Diritto penale dell'economia*, cit., 2464.

<sup>91</sup> Cass. Pen., SS.UU., 26.05.2011, n. 21039.

impropria societaria di cui agli artt. 223, II comma e 224, n.2) l.f.<sup>92</sup>, venendo a rilevare nelle ipotesi di specie una mera interpretazione di tipo estensivo, e non già un procedimento analogico *in malam partem*.

L'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità, inoltre, configura un'ipotesi di circostanza speciale ad effetto speciale, prevedendosi un aumento della pena fino alla metà. Si ritiene che abbia carattere oggettivo ex art. 70 c.p., sicché, sussistendo i presupposti di imputazione subiettiva di cui all'art. 59, II comma c.p., può estendersi ai concorrenti nel reato.

Secondo l'orientamento dominante, il danno cui è riferibile l'aggravante consiste nella riduzione della quota di attivo ripartibile tra i creditori determinata dalle condotte delittuose, e cioè nel danno provocato agli stessi creditori. Sicché, la valutazione del danno va effettuata con riferimento non all'entità del passivo o alla differenza tra attivo e passivo, bensì alla diminuzione patrimoniale cagionata direttamente ai creditori dal fatto di bancarotta; il giudizio relativo alla particolare gravità del fatto non si riferisce al singolo rapporto che passa tra il fallito e creditore ammesso al concorso, né a singole operazioni commerciali o speculative dell'imprenditore fallito, ma va posto in relazione alla diminuzione globale che il comportamento del fallito ha provocato nella massa attiva che sarebbe stata disponibile per il riparto ove non si fossero verificati gli illeciti<sup>93</sup>.

Si ritiene che il rapporto tra l'aggravante *de qua* e la circostanza di cui all'art. 61 n.4) l.f. vada risolto nel senso della prevalenza della prima, in virtù del più generale principio di specialità di cui all'art. 15 c.p.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> Cass. Pen., sez. V, 7.11.2018, n. 50489; Cass. Pen., sez. V, 16.5.2018, n. 21657; Cass. Pen., sez. V, 24.4.2018, n. 18092. Ad ammettere l'opposta soluzione dell'inapplicabilità dell'aggravante *de qua* in siffatte ipotesi di bancarotta impropria, verrebbe a configurarsi la potenziale incostituzionalità della norma in commento, per violazione del più generale principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., trattandosi in maniera differenziata ipotesi sostanzialmente analoghe. L'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale, comunque, determinerebbe una declaratoria di tipo ablativo dell'art. 219, I comma l.f., non potendo la Corte Costituzionale estendere con una pronuncia additiva la portata di una norma incriminatrice, alla stregua del più generale principio di legalità in materia penale. Cfr. F. MALAGNINO, *La bancarotta impropria*, Napoli, 2014, 21 e ss. Conformemente a tale ricostruzione, Cass. Pen., Sez. V, 30.01.2018, n. 4400 che ribadisce, tra l'altro, la natura di interpretazione estensiva dell'operazione ermeneutica *de qua*.

<sup>93</sup> Cass. Pen., Sez. V, 19.10.2017, n. 48203.

<sup>94</sup> Diversa ricostruzione, invece, tende a risolvere il rapporto tra norme alla stregua del *ne bis in idem sostanziale*, venendo in rilievo un rapporto di specialità in concreto, poiché la circostanza fallimentare sarebbe speciale per ambito applicativo, mentre l'aggravante comune sarebbe speciale per il contenuto, prendendo in considerazione il danno arrecato alla singola persona offesa, diversamente dall'art. 219, I comma l.f. che invece ricomprende il danno arrecato a qualunque soggetto. Cfr. G.L. PERDONO', *op.cit.*, 2455 e P. FILIPPI, *Reati fallimentari*, cit., 351.

Nel caso affrontato, avendo la società accumulato un passivo di oltre quattro milioni di euro, direttamente riconducibile alle condotte oggetto di contestazione, si riteneva pienamente integrata l'aggravante in esame.

Passando alla fattispecie di cui all'art. 219, cpv. n.1) l.f., l'opinione maggioritaria tende a qualificarla come circostanza aggravante, derogatrice della disciplina in materia di concorso di reati, sulla scia dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite<sup>95</sup> sul punto.

Ed invero, rigettando la ricostruzione unitaria del reato di bancarotta, fondata sulla concezione del fallimento quale evento del reato, la Cassazione ha accolto invece la tesi pluralista con riguardo al delitto *de quo*, così riconoscendo autonomia ai singoli *fatti* di bancarotta, e solo formalmente la natura di circostanza aggravante alla disposizione di cui all'art. 219, cpv. n.1) l.f.

Infatti, in tale ipotesi mancherebbe il profilo dell'accessorietà, elemento centrale per la qualificazione di una fattispecie nell'alveo degli *accidentalia delicti*. Trattasi piuttosto di una forma di concorso di reati autonomi e indipendenti che il legislatore unifica fittiziamente *quoad poenam*, ricorrendo allo strumento tecnico della circostanza aggravante: istituito, peraltro, già rinvenibile nella normativa codicistica, ad esempio con riguardo all'art. 589, IV comma c.p. in materia di omicidio colposo di più persone o di omicidio colposo di una o più persone e lesione colposa di una o più persone.

La *ratio* della norma deriva dal fatto che nella realtà concreta risulta particolarmente frequente la commissione di più fatti di bancarotta, sicché un siffatto regime più mite per il reo si propone di attenuare il trattamento sanzionatorio applicabile che diversamente risulterebbe particolarmente gravoso.

Tale normativa di favore, quindi, assume carattere derogatorio rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 81 cpv. c.p.: ne consegue che, rispetto alla continuazione di reati, l'aggravamento di pena è limitato al terzo, e non si estende quindi al triplo della pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave; non sarà necessario l'accertamento del medesimo disegno criminoso, così riconoscendosi la piena compatibilità dell'aggravante *de qua* anche con riguardo alle ipotesi di bancarotta colposa.

Peraltro, la continuazione fallimentare risulterà applicabile sia con riguardo alla commissione di più fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, che nell'ipotesi di commissione di più fatti tra quelli previsti dagli artt. 216 e 217 l.f.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> Cass. Pen., SS.UU., 26.05.2011, n. 21039.

<sup>96</sup> Sul punto, le Sezioni Unite hanno offerto una sistematica ricostruzione delle fattispecie di reato di cui agli articoli in commento. Ed invero, in linea generale, le fattispecie ricomprese nel medesimo numero – come ad esempio le condotte di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione di cui all'art. 216, I comma n.1), oppure le varie condotte che integrano la bancarotta

La natura formale di circostanza, quindi, legittima la sottoposizione dell'aggravante *de qua* al giudizio di bilanciamento con le eventuali concorrenti attenuanti<sup>97</sup>, come è avvenuto nel caso di specie.

Trattandosi quindi di unificazione fittizia di più fatti giuridicamente autonomi, dal punto di vista processuale sarà comunque necessaria la contestazione nel decreto che dispone il giudizio dei singoli fatti di bancarotta, che dovranno essere accertati in sede dibattimentale e che quindi costituiranno oggetto di un autonomo capo della decisione.

Sicché, qualora si accerti in un nuovo procedimento un diverso fatto di bancarotta attinente allo stesso fallimento, l'eventuale giudicato avente ad oggetto un altro fatto di bancarotta non può considerarsi preclusivo del nuovo accertamento in virtù del *ne bis in idem processuale* di cui all'art. 649 c.p.p. Infatti, trattandosi nel caso di specie non già di una circostanza in senso sostanziale, ma di un'ipotesi specifica di concorso di reati, qualora il nuovo fatto oggetto del successivo accertamento appaia diverso nella sua connotazione empirica, non potrà ravvisarsi un *idem factum* preclusivo, come chiarito anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale<sup>98</sup>.

---

documentale – sono qualificate come norme a più fattispecie (norme miste alternative), con ciò identificandosi più condotte alternativamente considerate la cui commissione integra un'unica ipotesi di reato, salvo il caso in cui si rilevi l'assenza di unicità di azione, e le differenti azioni tipiche siano distinte sul piano ontologico, psicologico e funzionale ed abbiano ad oggetto beni diversi; diversamente, nel rapporto reciproco tra le fattispecie contemplate nei singoli numeri viene a configurarsi un'ipotesi di fattispecie a più norme (norme miste cumulative), sicché, nei casi di integrazione di condotte sussumibili nell'alveo di più ipotesi tra queste in esame, verrà a configurarsi un concorso di reati. Per la distinzione tra fattispecie a più norme e norme a più fattispecie, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 464 e ss.

<sup>97</sup> Cass. Pen., Sez. V, 13.01.2016, n. 1106.

<sup>98</sup> Corte Cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale, per violazione dell'art. 117, I comma Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che sancisce il più generale principio del *ne bis in idem* processuale in sede convenzionale. Ed invero, avuto riguardo al concetto di *idem* rilevante ai fini della decodificazione dell'operatività del principio, si è avuto modo di rilevare come lo stesso debba valutarsi con riguardo alle connotazioni empiriche del fatto, sia pure mediate dalle categorie normative: elementi costitutivi del fatto risulteranno essere quindi la condotta oltre che l'evento e il nesso eziologico nel caso dei reati causali. Tale pronuncia, inoltre, consente di apprezzare anche taluni risvolti in tema di *ne bis in idem* sostanziale. Ne deriva come l'effettiva configurabilità del *bis in idem in parte qua* verrebbe a rilevare solo nel caso in cui lo stesso fatto, inteso nella sua connotazione empirica, venga sanzionato contemporaneamente da più norme incriminatrici: si tratta dell'ipotesi in cui i reati oggetto di contestazione non

Le Sezioni Unite hanno altresì ritenuto che anche con riguardo a tale ipotesi speciale di continuazione possa applicarsi l'istituto di cui all'art. 671 c.p.p., secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata. In tal senso, si legittima il riconoscimento in sede esecutiva della "continuazione fallimentare" nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti e relativi a un unico fallimento, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta, sempre che il giudice della cognizione non abbia già escluso l'unificazione *quoad poenam* dei reati in commento.

Cionondimeno, qualora i fatti di bancarotta attengano a distinte procedure fallimentari, non potrà trovare applicazione la speciale disposizione di cui all'art. 219, I comma, n.1) l.f., ma la disciplina generale di cui all'art. 81 cpv. c.p.

---

valorizzino aspetti diversi del *factum*, forieri di un autonomo disvalore e meritevoli di autonoma sanzione, ma effettivamente duplichino la punizione nonostante l'unitarietà ontologica del fatto contemplato.