

# **BANCAROTTE: LE RESPONSABILITÀ PENALI COLLEGATE ALLA CRISI D'IMPRESA.**

di **Fabio Di Vizio**, *magistrato componente della Struttura della Formazione Territoriale Decentrata del Distretto di Firenze, Scuola Superiore della Magistratura.*

Relazione al seminario "Le Responsabilità nelle procedure concorsuali", *organizzato dall'Osservatorio sulle Crisi di Impresa e dal Centro Studi di Diritto Fallimentare di Ancona*

Ancona 11-12 novembre 2016

## **Sommario.**

<b>Premessa</b> .....	p. 3
<b>1. L'inadempimento di doveri informativi e gestori e responsabilità penalistiche degli amministratori delle imprese in crisi.</b>	
<b>1.1. Contenuti dei doveri di diligenza e figure soggettive.</b>	
1.1.1. Cenni di diritto societario: la diligenza e la responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori nelle società di capitali.....	p. 10
1.1.2. L'amministratore di fatto.....	p. 15
1.1.3. Il prestanome.....	p. 17
1.1.4. Gli amministratori non esecutivi nella prospettiva civile e nell'analisi penale. In genere e negli istituti di credito.....	p. 18
1.1.5. Il direttore generale.....	p. 23
<b>1.2. Gli abusi nella gestione dei beni.</b>	
1.2.1. L'affitto di azienda e la locazione di beni dell'impresa.....	p. 26
1.2.2. La cessione del ramo di azienda.....	p. 29
1.2.3. La cessione dell'avviamento commerciale.....	p. 32
1.2.4. La manomissione e la cessione del bene detenuto in leasing.....	p. 36
1.2.5. La cessione del bene acquistato con patto di riservato dominio.....	p. 40
1.2.6. La cessione dei beni sociali di provenienza illecita.....	p. 41
1.2.7. La cessione dei beni nella disponibilità precaria.....	p. 42
1.2.8. La restituzione dei finanziamenti ai soci non amministratori.....	p. 43
1.2.9. La restituzione di finanziamenti ed il pagamento dei crediti degli amministratori.....	p. 44
1.2.10. I finanziamenti infragruppo ed i vantaggi compensativi ex art. 2634 c.c.....	p. 46

1.2.11.	La scissione.....	p. 49
1.2.12.	La fusione.....	p. 51
1.2.13.	Il contratto preliminare.....	p. 53
<b>1.3.</b>	<b>Gli abusi gestori rispetto alle imprese interessate da procedure pre-concorsuali e concorsuali diverse dal fallimento.</b>	
1.3.1.	L'esenzione ex art. 217- <i>bis</i> , L.f., e gli spazi di configurabilità dei reati di bancarotta in relazione a pagamenti in esecuzione di piano di risanamento e concordato preventivo omologato.....	p. 55
1.3.2.	L'esenzione ex art. 69- <i>septiesdecies</i> del d.lgs. n. 385/1993.Cenni.....	p. 64
1.3.3.	Le responsabilità degli organi societari nel concordato preventivo ex art. 236, L.f., ovvero nei casi di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria.....	p. 65
<b>1.4.</b>	<b>Focus in tema di responsabilità penali di gestori/personale di istituti di credito.</b>	
1.4.1.	Il concorso dell' <i>extraneus</i> nei reati di bancarotta, il rapporto con la contestazione del ruolo di amministratore di fatto e tipologie ricorrenti di terzi estranei.....	p. 75
1.4.2.	Le bancarotte "vocate" al concorso dell' <i>extraneus</i> -creditore bancario: dalla banca rotta fraudolenta distrattiva alle bancarotte semplici ex art. 217 RD n. 267/42, dalla bancarotta impropria per effetto di operazioni dolose alla bancarotta preferenziale.....	p. 81
<b>1.5.</b>	<b>Gli abusi dei doveri documentativi.</b>	
1.5.1.	Le forme tipiche di bancarotta fraudolenta documentale.....	p. 91
1.5.2.	La distinzione tra bancarotta documentale fraudolenta e semplice.....	p. 95
1.5.3.	La distinzione tra bancarotta documentale e impropria a mezzo di false comunicazioni sociali.....	p. 99
<b>2.</b>	<b>L'inadempimento degli obblighi degli organi di controllo delle imprese in crisi.</b>	
2.1.	Il fondamento della posizione di garanzia e esame dei poteri di controllo e di impedimento.....	p. 103
2.2.	Alcune problematiche penalistiche: il dolo ed il sindaco di fatto.....	p. 106
<b>3.</b>	<b>Le interferenze tra le vicende della procedura concorsuale e la giurisdizione penale.</b>	
3.1.	La dichiarazione di fallimento e i confini del sindacato del giudice penale.....	p. 108
3.2.	La chiusura del fallimento per sopravvenuta mancanza di passivo, le azioni revocatorie e la revoca del fallimento.....	p. 115
3.3.	La bancarotta riparata.....	p. 116
3.4.	L'anticipazione della tutela penale ex art. 238 L.F.....	p. 117

## Premessa.

Nella ricerca del significato autentico delle espressioni della volontà umana, specie quelle negoziali, riveste un ruolo decisivo l'impostazione che sostiene l'interprete. Tale rilievo si attaglia in maniera privilegiata alle distinte esperienze giudiziarie del diritto dell'economia, con particolare riguardo per le componenti di esso destinate a confrontarsi con le manifestazioni più gravi della crisi dell'impresa.

Nel settore del **diritto fallimentare**, almeno dal 2005, è venuta dismettendosi la logica che identificava nell'inadempimento del debitore insolvente un fatto illecito da punire con la liquidazione del suo patrimonio. Per favorire - e comunque non pregiudicare - la **conservazione dei valori aziendali e della continuità delle funzioni essenziali dell'impresa**, le procedure concorsuali "minori" (che tanto secondarie non sono...) sono state riscritte in chiave marcatamente contrattualistica, con maggior spazio all'autonomia privata e più intensa considerazione delle aspettative di rassicurazione giuridica dei soggetti coinvolti negli interventi di risanamento economico. Il tradizionale principio dell'indisponibilità dell'insolvenza, connotato originario delle procedure concorsuali, ne è risultato seriamente rivisitato. Al fondo di tale originale impostazione si intravede una concezione dinamica della responsabilità patrimoniale, organizzata sull'esercizio produttivo degli attivi e gestita attraverso una parziale corresponsabilizzazione dei creditori nel rischio di impresa<sup>1</sup>. Se è **mutata**, dunque, **l'atrofizzata condizione liquidatoria del debitore insolvente**, sembra non meno **stravolto il "mestiere" del creditore**, non solo bancario, per il grado di competenze e di valutazioni richiestegli. In considerazione di ciò, le stesse **norme penali fallimentari** (si pensi alla previsione dell'art. 217-bis, L.F., delimitatrice della tipicità di alcune fattispecie incriminatrici) sono chiamate ad assumere un inusuale ruolo di sostegno di alcune delle innovative previsioni civilistiche intervenute nella prevenzione e gestione della crisi d'impresa. In coerenza con una **visione organica e tendenzialmente unitaria** dell'intera materia societaria seguita (o quantomeno ricercata) dal giudice di legittimità, ad esempio, nella soluzione di rilevanti questioni interpretative relative al sottosistema delle norme penali poste a tutela della corretta redazione del bilancio<sup>2</sup>.

Gioco forza, nella materia della crisi d'impresa **l'approccio penalistico** non può essere organizzato prescindendo dalla **conoscenza** delle **regole civilistiche** preordinate al governo delle relazioni e delle situazioni di dissesto patrimoniale e difficoltà finanziaria, siano esse quelle **societarie e fiscali**, siano quelle che presiedono alle **procedure pre-concorsuali e concorsuali**. Senza di essa, infatti, il rischio concreto cui si espone l'interprete e, ancor più

---

<sup>1</sup> Questo mutamento di prospettiva è stato particolarmente rilevante nelle nuove configurazioni delle procedure di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione del debito. La logica di continuità si è contrapposta ad un'ispirazione liquidatoria, secondo un modello di salvaguardia delle risorse economiche nel quale le ragioni dell'impresa e della produzione prevalgono su quelle della proprietà.

<sup>2</sup> Il riferimento è al tema della rilevanza penale del falso valutativo nei reati di false comunicazioni sociali conseguenti alla riforma di essi operata con legge 27 maggio 2015 n. 69 (Sezioni Unite della Cassazione, sentenza n. 22474 del 31/03/2016 Ud., dep. 27/05/2016, Rv. 266803).

grave, l'operatore è quello di non apprezzare la reale portata di congegni dichiaratamente conservativi di valori economici, in rapporto al fondamentale parametro della salvaguardia o dell'esposizione a pericolo delle ragioni dei creditori.

A ben considerare si rendono tangibili **due opposti pericoli**, sviluppati in grado massimo proprio in dipendenza della mutata prospettiva del diritto della crisi. In primo luogo, il rischio della **trasposizione acritica e passiva** nel diritto penale dei risultati di analisi sostenute da ingenua fiducia nella forma esteriore delle operazioni economiche, apparentemente volte a proteggere i valori aziendali residui, finendo per trascurare la realtà autentica delle azioni compiute dai gestori, primariamente, per mantenere saldo il controllo degli attivi e, tramite esso, soddisfare anticipatamente e più comodamente i propri interessi a discapito dei creditori. In secondo luogo, l'azzardo opposto, ovvero perpetuare una **visione sospettosa**, incessantemente protesa ad individuare ragioni effettive o ulteriori delle operazioni, mai contenta di quelle dichiarate, palesate e condivise tra debitore e ceto creditore, terminando per disincentivare strumenti che, al fondo, costituiscono la miglior (per non dire l'unica) salvaguardia pragmatica degli interessi dei creditori. In tal senso, se è fortemente ambiziosa l'aspirazione ad acquisire e gestire una visione equilibrata delle diverse istanze ed esigenze che emergono nelle diversificate esperienze giudiziarie, prescindere dalla tensione verso la conquista di essa appare non meno irrealistica e problematica impostazione.

Per evitare di rendere il discorso evanescente, non devono dimenticarsi alcune **caratteristiche fondamentali dell'analisi della crisi nella esperienza penalistica**, oggetto principale di questa riflessione, che attengono all'**impostazione** ed agli **obiettivi della ricerca** ma anche al peculiare **contesto in cui si realizza lo scrutinio delle condotte**.

In pochi settori come quello in considerazione, innanzitutto, è presente la consapevolezza del potenziale carattere sviante di un esame dei comportamenti «*ispirato ad un (apparentemente ingenuo) formalismo di stampo civilistico, in base al quale se, in astratto, appunto, un'operazione giuridico-contabile si manifesta come corretta, allora sarebbe impossibile che la stessa sia stata piegata a fini illeciti*<sup>3</sup>. Ben altra, viceversa, è la "**filosofia**"

---

<sup>3</sup> Nella giurisprudenza civile si sono delineati consolidati orientamenti in ordine alla **netta distinzione tra frode alla legge e frode ai creditori**, come pure in punto di **non riconducibilità alla nozione di illiceità, nemmeno se basata su motivo determinante comune, dell'intento di frodare i creditori**. Quanto al primo aspetto, invero, è stato affermato che «*il negozio in frode alla legge è quello che persegue una finalità vietata in assoluto dall'ordinamento in quanto contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume ovvero perché diretta ad eludere una norma imperativa. L'intento di recare pregiudizio ad altri soggetti non rientra di per sé nella descritta fattispecie, sia perché il negozio in frode alla legge è ipotesi dei tutto distinta da quella del negozio in frode ai terzi, sia perché non si rinviene nell'ordinamento una norma che stabilisca in via generale, come per il primo tipo di contratto, l'invalidità del contratto stipulato in frode ai terzi, ai quali ultimi, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale*» (Cass. 29 maggio 2003, n. 8600, che richiama espressamente Cass. 10603/93). Quanto al secondo aspetto, poi, è stato affermato che «*il motivo illecito che, se comune e determinante, determina la nullità del contratto si identifica con una finalità vietata dall'ordinamento perché contraria a norma imperativa, ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero poiché diretta ad eludere, mediante detta stipulazione, una norma imperativa. Pertanto, l'intento delle parti di recare pregiudizio ad altri - quale quello di attuare una frode ai creditori, di vanificare un'aspettativa giuridica tutelata o di impedire l'esercizio di un*

**diritto - non è illecito, ove non sia riconducibile ad una di tali fattispecie, non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca in via generale (come per il contratto in frode alla legge) l'invalidità del contratto in frode dei terzi, per il quale, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale»** (Cass. 4 ottobre 2010, n. 20576, che richiama Cass. 7983/91). Più in generale (Cass. 20576/10, cit, ripresa, successivamente, da Cass. 11 ottobre 2013, n. 23158), **non danno luogo a nullità del contratto l'intento di frodare i creditori** (il cui diritto è altrimenti tutelato, come, ad es., con le azioni revocatorie), ne' l'intento di vanificare un'aspettativa giuridica (tutelata, ad es. ex art. 1359 c.c.), ne', infine, lo scopo di impedire l'esercizio di un diritto (Cass. n. 6239/1983, n. 4116/1986, n. 3905/1981). Appare di interesse notare che difronte ad un acclarato intendimento comune delle parti di sottrarre i titoli dati in pegno alla *par condicio creditorum*, volto sostanzialmente a realizzare una frode nei confronti dei creditori, la circostanza che gli stessi disponessero pur sempre della possibilità di esperire l'azione revocatoria, sia ordinaria che fallimentare, per recuperare alla massa fallimentare l'attivo costituito dai titoli in questione è stata considerata preclusiva della esperibilità della azione di nullità verso i collegati contratti di fideiussione e di costituzione dei titoli in pegno, stipulati con l'accordo trilatero volto ad impedire l'esperibilità dell'azione revocatoria. Come ricorda la Corte di Cassazione (Sez. 3 Civ., Sentenza n. 23158 del 31/10/2014, Rv. 633290) «**deve invero convenirsi che l'attività negoziale non può dirsi illecita per il solo fatto che essa comporti un danno per i terzi in generale o per i creditori in particolare, perfino ove tanto sia l'unica o l'effettiva finalità in concreto perseguita dalle parti.** Già in linea di principio qualunque attività di contatto tra consociati può comportare, oltre ad un vantaggio per almeno uno di loro, il rischio di uno svantaggio per gli altri che ne sono coinvolti, a compensazione o contropartita del primo; ma gli ordinamenti giuridici moderni, garantendo a ciascun individuo, con la capacità di agire, la libertà di attività negoziale per il perseguimento di interessi riconosciuti meritevoli di tutela, si limitano a reprimere abusi o deviazioni, ovvero a porre soglie invalicabili, al cui interno ogni altra attività è istituzionalmente libera. **In difetto di limiti finalistici** (basti pensare appunto alla normativa sull'illiceità del negozio, ovvero a quella dell'inefficacia del negozio innominato o atipico, che attengono al suo momento genetico o a quello ancora anteriore del riconoscimento di giuridica efficacia), **l'attività negoziale del privato non può mai dirsi illecita se realizza, come effetti indiretti, il detrimento patrimoniale altrui:** detrimento che, anzi, nella moderna circolazione giuridica, costituisce - sia pure appunto entro detti limiti - un'evenienza per così dire insita o coesistente all'ordinaria estrinsecazione dei traffici giuridici. Non si richiede, cioè, che questi diano luogo a scambi perfettamente equi e giusti, se non altro difficile od arbitraria (se non impossibile) rivelandosene la parametrizzazione in termini di effetti sui patrimoni dei consociati che entrano in contatto tra loro. La libertà di attività negoziale postula, allora, istituzionalmente il perseguimento di un vantaggio - o di un'aspettativa di vantaggio - per chi la pone in essere e, per intuitive ragioni, normalmente comporta, in via simmetrica se non corrispettiva, un vero e proprio svantaggio come contropartita a carico degli altri consociati sulle cui sfere patrimoniali essa venga ad incidere anche indirettamente». Nell'individuazione dei limiti all'attività negoziale privata, allora, l'ordinamento, generalmente assecondando il comune sentire delle singole epoche storiche, introduce una serie di reazioni di tutela alla loro violazione, graduandole in evidente dipendenza del grado di disvalore connesso a ciascuna e dell'intensità dell'interesse pubblico alla loro repressione o prevenzione, in comparazione con quello di dimensione esclusivamente o prevalentemente individuale. Secondo quanto osserva ancora la Corte di Cassazione (Sez. 3 Civ., Sentenza n. 23158 del 31/10/2014, Rv. 633290) «**come si ricava dall'impostazione tradizionale e ultramillenaria delle figure di invalidità del negozio (e come è reso sempre più evidente, oggi, dalla diffusione sempre maggiore della cd. nullità di protezione, nella quale i tradizionali schemi della nullità si fondono con la devoluzione al diretto interessato della libera determinazione sull'attivazione - o meno - della sanzione alla violazione delle norme a sua preponderante tutela), resta rimessa all'ordinamento la valutazione del rimedio più idoneo in relazione agli interessi generali:** e, in particolare, la scelta di apprestare una tutela valida nei confronti di tutti i consociati, anche di quelli non coinvolti direttamente dalla violazione delle regole generali, oppure una tutela diversa e più articolata, in certo senso di minore intensità, consistente nella rimessione al danneggiato dell'iniziativa di attivazione della reazione di tutela accordatagli. Non giova allora invocare clausole o regole generalissime, come il *neminem laedere*, o l'art. 185 cod. pen. sull'obbligo dell'autore del reato - tra l'altro - di risarcire i danni che da esso derivino, o la stessa responsabilità patrimoniale generale del debitore, o gli artt. 1175 e 1375 cod. civ.: si tratta di principi informatori e certamente fondanti dell'intero ordinamento (e come tali insostituibili criteri ermeneutici), ma per ciò stesso insuscettibili di costituire incondizionatamente un diretto parametro di nullità dell'attività del privato, attesa l'invasività della valutazione teleologica di essa che comporterebbero». La nullità, quindi, «**deve quindi essere espressamente prevista come violazione od elusione - mediante frode od anche tramite motivo determinante comune - di norma imperativa in senso stretto, che vieti od imponga una determinata condotta e ne consenta l'eliminazione con effetti non meramente obbligatori: diversamente opinando, ogni norma non derogabile sarebbe di per sé fornita di illiceità di un atto di disposizione negoziale che impinga nella sua violazione od elusione. E con la sola estensione - ricavata in via di interpretazione - della massima sanzione a quelle ipotesi in cui l'effetto finale voluto dalla norma imperativa sia ritenuto assolutamente inderogabile in ragione della peculiare condizione del soggetto in cui favore essa è posta, tanto da fondare un'autentica tutela recuperatoria, in luogo di quella meramente risarcitoria (si pensi ai casi di retratto a favore di particolari categorie di contraenti, ritenute da tutelare anche in forma specifica)».** Può inferirsi, così ed in applicazione di un principio generale dell'ordinamento in tema di limitazione della validità dell'attività negoziale altrimenti libera, che **«la presenza di un corpus di rimedi speciali esclude l'applicazione di quelli generali, siccome solo quelli ritenuti applicabili alla categoria: in tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, in difetto di espressa previsione in tal senso, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, che va, pertanto, esclusa sia quando risulta prevista una diversa forma di invalidità (es. annullabilità), sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi (in termini, di recente, Cass. ord. 14 dicembre 2010, n. 25222)».** In tal senso, tradizionalmente l'ordinamento appresta ai creditori - o a particolari categorie di terzi, cioè di

**del diritto penale, per il quale ciò che conta è la *effettività delle azioni umane, il loro finalismo, le loro conseguenze pratiche*, di talché è ben possibile che uno strumento (materiale e/o giuridico) lecito sia usato per fini illeciti. È ovvio infatti che la compravendita è un negozio tipico previsto dall'ordinamento, ma è altrettanto ovvio che essa ben può essere usata a fini distrattivi»<sup>4</sup>.**

Occorre, inoltre, considerare, secondo la ricognizione più volte segnalata dalla Suprema Corte di Cassazione, che **le iniziative dell'imprenditore vanno valutate con criteri diversi a seconda che concernano un'impresa *in bonis* o in stato prefallimentare**. Infatti, «se nel primo caso la potenzialità offensiva (per il ceto creditorio) di quelle iniziative deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, da condurre - con giudizio *ex ante* - con criteri rigorosi e sulla base di elementi oggettivi (che tengano conto del livello dell'indebitamento, della consistenza patrimoniale dell'impresa e della sua capacità, anche prospettica, di produrre reddito) - poiché trattasi di giudizio che interferisce con i principi dell'autonomia privata, della libertà gestionale e della libera disponibilità dei beni da parte dell'imprenditore -, e deve investire in pieno la condizione soggettiva di quest'ultimo, di cui deve essere dimostrata la consapevolezza di recare offesa ai creditori; **nell'impresa in stato pre-fallimentare** quella valutazione deve necessariamente tenere conto della situazione precaria dell'impresa e della sua potenziale insolvenza. Ne consegue - nello scenario da ultimo delineato - che **anche iniziative altrimenti legittime possono assumere, per il modo in cui sono attuate, il carattere della illiceità, per i riflessi che hanno sugli interessi del ceto creditorio**. E' questo il motivo per cui la legge fallimentare, trattando, in apposita sezione (sezione terza del capo terzo), "degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori", contempla la revocabilità - presupponendone, perciò, l'illiceità civile - di una molteplicità di atti che incidono

---

estranei al negozio suscettibili di danneggiarli - speciali rimedi, volti a tutelarli in determinate circostanze e quindi a particolari condizioni od al ricorrere di bene individuati presupposti: «rimedi che tutti si risolvono non già nella sanzione di invalidità dell'atto negoziale posto in essere col risultato o col fine di danneggiarli, ma appunto e soltanto in quella ben meno invasiva della sola inefficacia e quindi della sua irrilevanza nei confronti dei singoli soggetti specificamente danneggiati, i quali soli del resto e allora, in via di eccezione ed ai soli fini di realizzare comunque la loro garanzia patrimoniale, potranno beneficiare della *fictione iuris* dell'equiparazione dell'atto lesivo ad un atto mai venuto a giuridica esistenza ed aggredire il bene che ne è oggetto come se non fosse mai uscito, per loro, dal patrimonio del debitore. Tanto risponde evidentemente all'interesse generale, che è quello di lasciare al singolo, eventualmente attinto in senso negativo dall'altrui attività altrimenti lecita e legittima, la valutazione di convenienza della reazione alla medesima; ma l'interesse generale è di tanto soddisfatto, lasciando lecito e legittimo l'atto e solo abilitando il danneggiato a reagirvi. Ed il minor disvalore è reso evidente proprio dal fatto che, al verificarsi dei presupposti, l'atto che danneggia (solo) i terzi rimane valido ed efficace nei confronti di tutti gli altri: con la qual cosa è escluso che quello attinga un livello o soglia di contrarietà all'ordinamento tale da esigerne l'espunzione dal mondo del diritto. L'atto negoziale lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non è quindi di per sé solo illecito (e quindi non è nullo, né per illiceità della causa, né per frode alla legge, né per motivo illecito determinante comune), sia perché nessuna norma vieta - di per sé sola considerata - alle parti di compiere attività negoziali che possano comportare un pregiudizio economico o patrimoniale per i terzi, sia perché è previsto un sistema speciale di tutela di chi risulta danneggiato, articolato sulla sola inefficacia degli atti negoziali posti in essere in suo danno ed a peculiari condizioni. In relazione a tale conclusione di mera inefficacia gli interpreti elaborano, come visto, la sola eccezione - del tutto condivisibile, ma che con ogni evidenza non ricorre nella fattispecie - che la preclusione al terzo dell'esercizio del diritto, derivante dall'atto negoziale in sua frode, costituisca di per sé sola e di per sé stessa un risultato vietato, assistito generalmente non solo da una tutela risarcitoria, ma pure da una tutela recuperatoria piena o in forma specifica: al di fuori di questo solo caso, allora, il contratto è pienamente valido ed efficace, impregiudicata appunto soltanto la reazione del diretto interessato, al ricorrere di quei particolari presupposti».

<sup>4</sup> Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 13522 del 21/01/2015 Ud. (dep. 30/03/2015 ) Rv. 262964.

sui diritti dei creditori (o perché sottraggono loro dei beni, o perché alterano la par condicio creditorum) e sancisce la irrevocabilità di altri atti, se posti in essere alle condizioni stabilite dalla legge stessa: tra cui, oltre agli atti necessari allo svolgimento dell'attività caratteristica, gli atti posti in essere in esecuzione di un "piano attestato di risanamento" (atto di un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili che appaia idoneo a consentire il risanamento della intera esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria), ovvero gli atti posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo (art. 67, comma 2, lett. c) e d)). E sempre per lo stesso motivo la legge fallimentare consente alle imprese - al fine di favorire la loro uscita controllata dalla crisi - di stipulare con i creditori "accordi di ristrutturazione dei debiti", sottoposti al vaglio dell'Autorità Giudiziaria, con cui viene contrattata, coi creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei credi, una soluzione concordata dell'indebitamento, a condizione che l'accordo sia idoneo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo stesso (art. 182/bis L.F.)» (tra le altre, cfr. Sez. 5, Sentenza n. 24024 del 01/04/2015 Cc. , dep. 04/06/2015, Rv. 263943).

Da tali previsioni si trae conferma del fatto «che ***l'imprenditore in stato di crisi non ha più l'ampia libertà riconosciutagli dallo statuto dell'impresa, ma, oltre a dover agire con prudenza aggiuntiva, deve, allorché pone in essere tentativi di risoluzione della crisi d'impresa, tenere conto del particolare contesto in cui si sviluppa la sua attività e delle "opportunità" a lui offerte dall'ordinamento*** (opportunità che rappresentano altrettanti indici della direzione in cui - secondo il legislatore - è auspicabile si muova); e comunque ***astenersi da comportamenti aventi impatto negativo sui diritti dei creditori: o nel senso di diminuire la garanzia per loro rappresentata dal patrimonio dell'impresa, o nel senso di attuare politiche discriminatorie tra coloro che hanno aspettative su quel patrimonio***» (Sez. 5, Sentenza n. 24024 del 01/04/2015 Cc. , dep. 04/06/2015, Rv. 263943).

**Uscendo da una visione esclusivamente privatistica del diritto societario**, oltre alle **regole civilistiche** previste per il caso di crisi patrimoniale, rivelata dalla riduzione del patrimonio netto oltre soglie normativamente definite (cfr. artt. 2446-2447 c.c. per le s.p.a., artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. per le s.r.l.), altri criteri comportamentali sono desumibili proprio dalle **fattispecie penali fallimentari** che si confrontano con profili della crisi finanziaria ed in particolare con l'aggravamento del dissesto (cfr. art. 217, comma 1, n. 4, art. 223, comma 2, nn. 1, 224 L.F.) o con la causazione del fallimento (cfr. art. 223, comma 2, nn. 2, L.F.).

Il tutto secondo **meccanismi di integrazione biunivoca e vicendevole**. Da un lato, come si ripercorrerà nel testo di questa riflessione, i contenuti della diligenza e le condizioni della responsabilità per illiceità dei comportamenti gestori e tutori non trovano fonte esclusiva nel diritto civile societario, ricevendo significativo governo anche dalle norme penali disseminate nel diritto fallimentare. In senso inverso, poi, se il ritardo con cui interviene la dichiarazione di

fallimento può incidere sull'aggravamento del dissesto, è pur vero che proprio alcuni dei nuovi istituti di soluzione della crisi valgono a rimodulare tempistiche e contenuti dei doveri dei gestori in caso di insolvenza dell'impresa. In particolare, la possibilità di proporre ai creditori del soggetto economico insolvente il ricorso ad un istituto di soluzione concordata della crisi incide sul contenuto della responsabilità, anche, penale, collegata alla tempestività dell'attivazione di tali procedure<sup>5</sup>. Dinanzi alla constatazione che il legislatore promuove il ricorso a tali istituti da parte di soggetti insolventi, deve ritenersi che «*la tempestiva presentazione - da parte di un imprenditore insolvente - di una proposta di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (a.r.d.), ovvero di un accordo o di una convenzione ex art. 182 septies, l. fall., se non anche la negoziazione di un piano di risanamento attestato ex art. 67, lett. d, l. fall., di per sé sola non possa essere fonte di responsabilità*<sup>6</sup>; fermo restando che qualora tali ipotesi si rivelino non percorribili, o in concreto non vengano percorse, entro un ragionevole arco di tempo dal manifestarsi dell'insolvenza (o, de iure condendo, di specifici segnali di allerta che siano considerati rilevatori dell'insolvenza), il deposito di un'istanza di fallimento in proprio, perlomeno quando la società continui a produrre perdite, dovrebbe essere dichiarato obbligatorio, secondo quanto pare corretto ritenere anche alla luce della normativa attualmente in vigore»<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> In linea con questa tendenza la disciplina delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi previste dall'art. 4, lett. a), DDL C. 3671-bis "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", frutto dell'elaborazione della commissione Rordorf.

<sup>6</sup> Del resto, occorre segnalare, in proposito, che ai sensi dell'**art. 182-sexies, L.F.** (Riduzione o perdita del capitale della società in crisi) «*Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell' articolo 161 , sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all' articolo 182-bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile*».

<sup>7</sup> GUERRIERI, *La responsabilità dell'amministratore nell'impresa in crisi (commento alla normativa)*, in Nuove Leggi Civ. Comm., 2016, 3, 571. L'Autore osserva, con riferimento alle **ipotesi di crisi non sfociata in insolvenza** (per temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni o concreto pericolo di insolvenza) che l'ordinamento italiano non detta alcuna specifica disposizione inerente la condotta degli amministratori. Nell'ipotesi in cui la società abbia **perduto la c.d. "continuità aziendale"**, si sostiene integrata la **causa di scioglimento di cui all'art. 2484, n. 2, c.c.** (per cui le società di capitali si sciolgono "per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie"); con la conseguenza che gli amministratori sarebbero tenuti a iscrivere nel registro delle imprese la dichiarazione di accertamento dell'avvenuto scioglimento ex art. 2484 c.c. e a porre in essere gli ulteriori incombeni prescritti dagli artt. 2485 ss. c.c., per l'ipotesi di liquidazione. Ma secondo l'orientamento tradizionale si ha impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale quando l'esercizio dell'attività di impresa prevista dallo statuto diviene giuridicamente o materialmente impossibile. «*Ne discende che, anche in caso di perdita della continuità aziendale, così come in ogni altra ipotesi di crisi non ancora sfociata in insolvenza, gli amministratori dovranno conformarsi ai parametri generali che devono ispirare l'attività gestionale, in primis il canone di diligenza. È alla stregua di tale criterio, dunque, che si dovrà verificare, inter alia, se, in quale momento e con quali modalità gli amministratori siano tenuti a proporre al ceto creditorio una soluzione concordata della crisi: comportamento che, alla luce della spinta propulsiva impressa dal legislatore a tali istituti, perlomeno sino al 2015, potrà di frequente essere giudicato doveroso, specie nelle situazioni in cui, in un'ottica ex ante, sia prevedibile un aggravamento del dissesto. Invero, per conferire al sistema un maggior grado di certezza e per consentire ai componenti dell'organo di gestione di individuare con precisione le condotte imposte loro dalla legge, si potrebbe pervenire eventualmente mediante riferimento a specifici **parametri e sintomi di allerta** - a una **definizione dello stato di crisi** e statuire che, in presenza di tale presupposto, i gestori, in linea di principio, siano tenuti a verificare, mediante l'ausilio di professionisti, se è possibile presentare, in un arco di tempo predefinito, soluzioni concordate della crisi; fermo quanto precedentemente suggerito, con riferimento all'ipotesi in cui la crisi, invece di dissolversi, sfoci in*

Ne resta rafforzata l'opinione in base alla quale **l'esercizio responsabile e moderno dell'attività d'impresa si declina anche attraverso la competente e tempestiva attivazione degli strumenti offerti dall'ordinamento per prevenire o porre rimedio alla crisi, nonché al suo aggravamento**. Per contro, il disinteresse o l'antagonismo rispetto a tali strumenti integra forma di responsabilità imprenditoriale, meritevole altresì di interesse penale, finendo per costituire imprescindibile base di riferimento dei giudizi di riprovazione comuni alle figure penali sin qui note di bancarotta semplice. Come osservato dalla Corte regolatrice, *«la libertà di autodeterminazione, riconosciuta all'imprenditore, subisce i limiti connessi non solo alla rilevanza sociale della proprietà, ex art. 42 della Costituzione, ma anche quelli derivanti dai rapporti giuridici instaurati dall'impresa; tra cui, principalmente, quelli con i creditori. E' questo il fondamento della punibilità delle condotte che comportano la distrazione dei beni dalla funzione loro assegnata dall'ordinamento (quella di fungere da garanzia generica per i creditori), nonché delle condotte che violano il principio della par condicio creditorum»*<sup>8</sup>. Agli operatori del diritto ed ai protagonisti dell'esperienza giudiziaria, in primis, resta affidato il delicato compito di riconoscere l'autenticità degli sforzi per adeguarsi a questi "nuovi" canoni di diligenza ovvero il loro carattere finto e strumentale.

Nelle pagine a seguire si esamineranno i limiti entro i quali **strumenti del diritto civile**, leciti in via astratta, si pongono quali nascosti **escamotages** di operazioni connotate da riprovazione penale, ovvero, alternativamente, strumenti di genuina ridefinizione, per sottrazione, dei confini delle fattispecie penali incriminatrici. Mantenendo costante la ricerca dei reali responsabili delle azioni e delle omissioni di rilievo penale, per essere gli autentici gestori ovvero i reali tutori dell'interesse penalmente presidiato nonché gli effettivi conoscitori, ispiratori e indispensabili complici dei progetti illeciti.

---

*stato di insolvenza. Ma è inutile evidenziare come una legislazione che affidi la soluzione delle crisi d'impresa a **rules**, invece che a **standards**, potrebbe comportare un eccessivo irrigidimento del sistema; con la conseguenza che una riforma in tal senso delle norme sui doveri dei componenti gli organi sociali sarebbe possibile, al più, al termine di un periodo di ponderata riflessione, che tenga conto delle linee evolutive del sistema e che conduca alla cristallizzazione, per un periodo di tempo consolidato, dei dati normativi».*

<sup>8</sup> Così Cass. Pen., Sez. 5, n. 24024/2015 che osserva ulteriormente: *«principio che, pur essendo stato significativamente intaccato dal proliferare dei privilegi e dal ridimensionamento operato dalla riforma delle legge fallimentare — d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e norme successive -, che ha previsto la possibilità di attuare - nell'ambito del concordato preventivo - trattamenti differenziati per classi di creditori, resta tuttavia uno dei cardini dell'ordinamento d'impresa, tant'è che la sua violazione è tuttora sanzionata a titolo di bancarotta preferenziale».*

## 1. L'inadempimento di doveri informativi e gestori e responsabilità penalistiche degli amministratori delle imprese in crisi.

### 1.1. Contenuti dei doveri di diligenza nella prospettiva civile e figure soggettive a cavallo tra diritto societario e diritto penale.

#### 1.1.1. Cenni di diritto societario: la diligenza e la responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori nelle società di capitali.

In **termini generali**, i parametri cui i gestori di **società per azioni** devono informare la loro condotta sono fissati e comunque evincibili dagli articoli 2392<sup>9</sup>, 2381, commi 3 e 6<sup>10</sup>, e 2394 c.c. La riforma del 2003 ha accentuato la necessità di svolgere **valutazioni personalizzate, in punto di diligenza nell'adempimento dei doveri gestori**, tenendo conto della specificità delle singole fattispecie, delle diverse posizioni rivestite in seno al consiglio di amministrazione e delle differenti cognizioni tecniche<sup>11</sup>. Tra i doveri gestori in analisi si può distinguere, da un lato, l'obbligo generale di amministrare con diligenza la società e di perseguire l'interesse sociale e, dall'altro, i singoli obblighi espressamente previsti dalle legge, posti a garanzia dell'integrità del capitale sociale (artt. 2343, 2357, 2433, 2447 c.c.), del suo corretto impiego (art. 2361 c.c.), dei doveri di fedeltà (artt. 2390, 2391 c.c.), degli obblighi di documentazione delle operazioni sociali e dei doveri di garantire il regolare funzionamento degli organi sociali.

---

<sup>9</sup> **Art. 2392 c.c.** (Responsabilità verso la società): «1. Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la **diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze**. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. 2. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. 3. La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale».

<sup>10</sup> **Art. 2381 c.c.** (Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati): «1. Salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri. 2. Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti. 3. Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; **può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.** 4. Non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-ter e 2506-bis. 5. Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. 6. **Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società».**

<sup>11</sup> Per un'analisi completa cfr. SILVESTRINI, *La responsabilità degli amministratori delle società per azioni*, in *La Governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma* (AA.VV.), 2013, p. 209 e ss.

In linea con tale visione personalizzata della diligenza gestoria<sup>12</sup>, parametrata sulla «*natura dell'incarico*» e «*sulle specifiche competenze*» degli amministratori, lontana dalle semplificazioni della responsabilità da mera posizione, di stampo oggettivo, l'art. 2392 c.c. definisce la responsabilità sociale degli amministratori **valorizzando il significato della delega** (nelle materie in cui essa può intervenire o intervenga) ovvero della portata derogatoria della responsabilità solidale collegata alle «*attribuzioni proprie del comitato esecutivo*» ovvero alle «*funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*».

Nondimeno, **venuto meno per gli amministratori deleganti il dovere della vigilanza attiva e generale sull'andamento della gestione**, non possono trascurarsi le conseguenze dei loro **poteri di direttiva e di avocazione**, così come dei loro **doveri valutativi**, resi significativi ed attuali dai flussi informativi (comunicazioni generali, relazioni, piani strategici, industriali e finanziari) provenienti dai delegati (arg. ex art. 2381, comma 3, c.c.). Tali flussi innescano, infatti, il dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, il generale andamento della gestione nonché di esaminare i piani della società. Per questa ragione, la responsabilità solidale può rivivere, anche per i deleganti, «*se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose*» (art. 2392, comma 2, c.c., che richiama testualmente la previsione dell'art. 2381, comma 3, c.c.).

Un altro importante contrappeso all'eliminazione in capo ai gestori deleganti dell'obbligo di vigilanza attiva sul generale andamento della gestione è individuabile nella previsione dell'articolo 2381, comma 6, c.c., ovvero dell'**obbligo generale di agire in modo informato**, esteso a tutti gli amministratori, titolari del potere di chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società. In particolare, in presenza di riconoscibili lacune, anomalie e contraddizioni informative, gli amministratori senza delega non potranno lucrare l'irresponsabilità dal difetto informativo rimediabile, avvalendosi di contegni inerti. Esiste, in altre parole, un preciso dovere giuridico di acquisire notizie in funzione del diligente esercizio dei poteri di indirizzo, avocazione e valutazione loro affidati. Anche il procedimento di deresponsabilizzazione disciplinato dall'articolo 2392, comma 3, c.c., presuppone che esso, oltre ad essere formalizzato, sia immune da colpa.

---

<sup>12</sup> Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 3409 del 12/02/2013, Rv. 625022) «*all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico. Una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società*». Il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato «*non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e le circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità*» (cfr. Cass. Civ. 28 aprile 1997, n. 3652; Cass. Civ. 12 agosto 2009, n. 18231).

Con riferimento alle società a responsabilità limitata, la responsabilità degli amministratori verso la società è delineata dall'art. 2476<sup>13</sup> c.c. senza riproporre espressamente i parametri della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalla specifica competenza posseduta, previsti dall'art. 2392 c.c., né il richiamo alla diligenza del mandatario. E' comune, però, l'opinione che tali parametri rilevino anche per i gestori delle società in esame, valendo a delimitarne l'azione ed a definirne la responsabilità. Quest'ultima non si estende agli amministratori che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso.

**Il fondamento della responsabilità degli amministratori delle s.p.a. nei confronti dei creditori sociali**<sup>14</sup> riposa sull'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (arg. ex art. 2394, comma 1, c.c.) e sull'insufficienza del patrimonio sociale per il soddisfacimento dei creditori sociali (arg. ex art. 2394, comma 2, c.c.). Come è stato osservato<sup>15</sup>, la conservazione del patrimonio sociale e della garanzia generica che esso rappresenta per i creditori «*costituisce contemporaneamente la prestazione propria di due distinte obbligazioni, l'una verso la società e l'altra verso i creditori sociali. Mentre però l'inadempimento dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale giustifica il risarcimento verso la società in presenza di qualsiasi pregiudizio patrimoniale, nei confronti dei creditori l'obbligazione risarcitoria scatta soltanto quando il pregiudizio subito dal patrimonio della società abbia pure determinato l'incapienza patrimoniale: ciò si giustifica con l'ovvia considerazione che solo in questo caso i creditori possono lamentare di aver subito un danno, mentre nessun pregiudizio all'integrità della garanzia patrimoniale subiscono allorché il patrimonio sociale, ancorché diminuito in conseguenza del comportamento illecito degli amministratori, continui ad essere capiente*».

---

<sup>13</sup> **Art. 2476 c.c. (Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci):** «**1.** Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso. **2.** I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione. **3.** L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione. **4.** In caso di accoglimento della domanda la società, salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori, rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti. **5.** Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale. **6.** Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori. **7.** Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. **8.** L'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale».

<sup>14</sup> Art. 2394 c.c. (responsabilità verso i creditori) «**1.** Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. **2.** L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. **3.** La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi».

<sup>15</sup> SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 225.

L'azione di responsabilità dei creditori sociali ex art. 2394 cod. civ. nei confronti degli amministratori di società è soggetta a prescrizione quinquennale che decorre dal momento dell'oggettiva percepibilità<sup>16</sup>, da parte dei creditori, dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare i debiti (e non anche dall'effettiva conoscenza di tale situazione), che, a sua volta, dipendendo dall'**insufficienza della garanzia patrimoniale generica** (art. 2740 cod. civ.), **non corrisponde allo stato d'insolvenza** di cui all'art. 5 della legge fall. (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 13378 del 12/06/2014, Rv. 631369; Id., n. 941 del 18/01/2005, Rv. 579312; Cass. S.U. 6 ottobre 1981, n. 5241; Cass. 15 maggio 1991, n. 5445;). Quest'ultima, infatti, quale incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, anche ove sia conclamata ed integri il presupposto della dichiarazione di fallimento, non può essere automaticamente identificata con l'insufficienza patrimoniale, requisito per l'esercizio dell'azione di responsabilità dei creditori (art. 2394 c.c.): e ciò, perché la insolvenza non dipende prevalentemente dall'insufficienza della garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.), quanto piuttosto dall'impossibilità di ottenere ulteriore credito. Ne consegue che **l'insufficienza patrimoniale può in concreto rendersi palese prima, dopo, o al momento del fallimento**. E che può sussistere una situazione di **sbilancio patrimoniale negativo** (eccedenza delle passività sulle attività) rispetto a società non insolvente, prescindendo altresì dalla perdita integrale di capitale<sup>17</sup>.

A favore dell'applicabilità, in via analogica, della disciplina dell'art. 2394 c.c. anche per la responsabilità degli amministratori delle s.r.l. nei confronti dei creditori sociali si richiama l'insegnamento della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 20476 del 2008; Id., n. 9619 del 22/04/2009, Rv. 608228; Id., n. 621 del 2012)<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Tale tesi trae fondamento dal dato normativo letterale secondo cui l'insufficienza patrimoniale deve "risultare" ed è condivisa dalla dottrina largamente prevalente, concorde nel ritenere che la decorrenza di tale termine non faccia riferimento all'effettiva conoscenza della situazione da parte dei terzi, bensì alla sua oggettiva percepibilità. In ragione della onerosità della prova gravante sul curatore, sussiste una presunzione *iuris tantum* di coincidenza tra il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione e la dichiarazione di fallimento, spettando pertanto all'amministratore la prova contraria della diversa data anteriore di insorgenza dello stato di incapienza patrimoniale (Cass. Civ., sez. 1, 21 Luglio 2010 n.17121; Cass. Civ., sez. 1, 18 gennaio 2005 n. 941; Cass. Civ., sez. 1, 28 maggio 1998 n. 5287).

<sup>17</sup> Osserva Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 20476 del 2008: «La nozione di *insufficienza patrimoniale* si desume dalla lettera dell'art. 2394, ed è comunemente individuata nella **eccedenza delle passività sulle attività del patrimonio netto dell'impresa**, ovvero sia in una situazione in cui l'attivo sociale, raffrontato ai debiti della società, sia insufficiente al loro soddisfacimento. Ugualmente pacifica è la **differenziazione** di tale concetto dall'eventualità della **perdita integrale del capitale sociale**, dal momento che quest'ultima evenienza può verificarsi anche quando vi è un pareggio tra attivo e passivo perché tutti i beni sono assorbiti dall'importo dei debiti e, quindi, tutti i creditori potrebbero trovare di che soddisfarsi nel patrimonio della società. **L'insufficienza patrimoniale è una condizione più grave e definitiva della mera insolvenza**, indicata dall'art. 5 del r.d. 16 marzo 1992, n. 267 come incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, potendosi una società trovare nell'impossibilità di far fronte ai propri debiti ancorché il patrimonio sia integro; così come potrebbe accadere l'opposto, vale a dire che l'impresa possa presentare un'eccedenza del passivo sull'attivo, pur permanendo nelle condizioni di liquidità e di credito richieste (per esempio ricorrendo ad ulteriore indebitamento). L'insolvenza, in sostanza, connota uno stato di salute dell'impresa meno grave del vero e proprio deficit patrimoniale, dal momento che anche in caso di patrimonio netto negativo la società potrebbe adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (ad esempio, grazie alle disponibilità creditizie di cui gode) e che, d'altra parte, un imprenditore può essere insolvente anche quando l'attivo prevale sul passivo (come avviene tipicamente nell'ipotesi in cui le poste attive siano difficilmente liquidabili nel breve periodo, a fronte di debiti pur di minore entità, ma immediatamente esigibili)».

<sup>18</sup> Sebbene non manchino voci discordi, è stato segnalato che nella versione in vigore prima della riforma, l'art. 2487, comma 2, c.c. richiamava espressamente l'art. 2394 c.c. e, comunque, lo stesso effetto estensivo potrebbe conseguirsi in virtù della previsione dell'art. 2476, comma 6, c.c. ovvero considerando il creditore titolare di un'azione

Per quanto già anticipato (cfr. premessa) e per quanto si osserverà, tali criteri di definizione della diligenza e tali condizioni fondanti la responsabilità gestoria non esauriscono i parametri rilevanti per la valutazione dell'illiceità delle condotte degli amministratori in situazione di crisi o di insolvenza dell'impresa. Situazioni che attivano più pregnanti doveri di prudenza e di conservazione del patrimonio a garanzia degli interessi dei creditori, quantunque non ne manchino di integrativi evincibili dallo statuto penale dell'appropriazione "distrattiva" in danno delle imprese societarie *in bonis*<sup>19</sup>.

---

extracontrattuale legittimata dal comportamento illecito degli amministratori lesivo del loro diritto di credito (Trib. di Milano, 6 febbraio 1989, in *Giur. It.*, 1989, I, 2, 758).

<sup>19</sup> Non manca un orientamento dottrinario contrario alla riconducibilità della distrazione entro il paradigma della fattispecie penale dell'art. 646 c.p., in quanto, in senso proprio, implicherebbe la rottura del vincolo di destinazione impresso al bene, a proprio o altrui vantaggio, non al legame tra il bene ed il proprietario, escludendo l'integrazione di espropriazione definitiva. Non rassicurata dal dolo specifico della fattispecie penale (in particolare per la parte che attiene all'ingiustizia del profitto), tale lettura mira ad evitare l'effetto irragionevole di sanzionare penalmente qualsiasi minimo scostamento della destinazione del bene rispetto alle ragioni che giustificano il possesso ovvero alle istruzioni del *dominus*, anche nel caso di deviazione realizzata nell'interesse di quest'ultimo. Nel settore societario, la stessa interpretazione "contenitiva" è sostenuta dalla preoccupazione di evitare che il delitto in esame si ponga quale «strumento onnivoro di controllo penale della correttezza nella gestione della società» (VIGANO' PIERGALLINI, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2015). Ragioni sistematiche contrarie, d'altro canto, pongono in evidenza gli **impensabili vuoti di protezione che scaturirebbero, anche in ragione dell'attuale assetto dell'ordinamento italiano, in relazione a deviazioni gravi della destinazione del bene e contrastanti con l'interesse del dominus**. Per questi motivi, l'elaborazione giuridica si è mossa cercando di definire altre solide condizioni di rilevanza della deviazione del bene dalla destinazione impressa dall'avente diritto, in violazione del titolo del possesso, per conseguire profitto ingiusto per sé o per altri. Esse sono state essenzialmente individuate: (i) nella realizzazione di condotte incompatibili con la supremazia del proprietario del bene, con *dismissione definitiva e lesione irrimediabile* degli interessi di quest'ultimo (Cass. Pen., Sez. 2, n. 5136/1997); (ii) nell'esercizio di poteri non congruenti con il titolo del possesso, *esorbitanti* dallo stesso, con sottrazione del bene rispetto ai fini cui era destinato (Cass. Pen., Sez. 2, n. 46256/2013). La mancanza di un'esplicita definizione normativa di rilievo penale dei contenuti dell'interesse sociale non ha impedito alla Cassazione, in limitate evenienze, di escludere il requisito del profitto ingiusto quando la distrazione sia realizzata in accordo con la volontà dei titolari dei beni oggetto della condotta, individuati, in termini invero non completamente persuasivi, nelle diverse componenti "sogettive" della compagine sociale (così Cass. Pen, Sez 2, n. 20062/2011). Merita ricordare, invero, che corrisponde a consolidato orientamento di legittimità, in senso opposto a quello appena evocato, ritenere integrata l'appropriazione indebita aggravata dall'abuso delle relazioni di ufficio nella condotta «*dell'amministratore, socio unico di una società a responsabilità limitata, che si appropri di denaro della società stessa distraendolo dallo scopo cui è destinato*» (Cass. Pen., Sez. 2, n. 50087/2013). Ad avviso della Corte la ricordata condotta configura l'elemento materiale del reato di appropriazione indebita (Cass. Pen., n. 3397/2012 Rv. 254312 secondo la quale "*integra il delitto di appropriazione indebita, e non quello di infedeltà patrimoniale previsto dall'art. 2634 c.c., l'erogazione di denaro compiuta dall'amministratore di una società di capitali in violazione delle norme organizzative di questa e per realizzare un interesse esclusivamente personale, in assenza di una preesistente situazione di conflitto d'interessi con l'ente, senza che possa rilevare l'assenza di danno per i soci*"; Cass. Pen., n. 40136/2011 Rv. 251197; Cass. Pen., 13241/1976 Rv. 134923 secondo la quale "*l'amministratore unico di una società per azioni, che sia anche l'unico azionista, il quale, avendo ottenuto degli sconti da una ditta fornitrice, anziché versarne il relativo importo - come doveva, nelle casse della società - li abbia tratti per sé, convertendoli in proprio profitto, commette il reato di appropriazione indebita*"). Per disattendere la tesi secondo la quale il reato in tali peculiari evenienze non sarebbe configurabile perché la società s'identificherebbe nell'indagato, che come tale non potrebbe essere ritenuto colpevole di essersi appropriato di denaro di sua proprietà, la Corte ha notato: «*Si tratta di una singolare tesi difensiva che trascura di considerare quel che costituisce un punto invalicabile della differenziazione fra la posizione giuridica dei soci (quand'anche proprietari dell'intero capitale sociale) e quella della società. Sul punto, è sufficiente ribadire che, proprio in virtù dell'autonomia patrimoniale e giuridica fra i soci e la società "non risulta giuridicamente configurabile in capo ai singoli soci un potere di disposizione delle somme di pertinenza delle società di capitali e ciò in ragione del principio di autonomia patrimoniale perfetta di tali enti; con la conseguenza che la società di capitali risponde delle proprie obbligazioni esclusivamente con il suo patrimonio, che pertanto deve rimanere integro, in quanto, in caso di insolvenza della società, i creditori non possono rivalersi sul patrimonio personale dei singoli soci che, a loro volta, proprio per tale ragione, non possono amministrare il capitale sociale"*: Cass. 3397/2012 cit. A fortiori, il suddetto principio vale nei confronti dell'**amministratore unico della società di cui è anche socio unico**, proprio perché l'amministratore, al di là del fatto che sia anche socio unico, ha la funzione di adempiere ai propri doveri di amministratore così come codificati dal cod. civ. fra i quali, di sicuro, non rientra quello di appropriarsi ad libitum e senza alcuna giustificazione delle somme della società che amministra e della cui amministrazione deve dar conto all'esterno (ad es. ai creditori)». Onde, la Cassazione ha confermato il seguente principio di diritto: «*l'amministratore unico di una società a responsabilità limitata, che sia anche l'unico socio in quanto detentore del 100% delle quote, il quale si appropri - trattenendolo per sé - senza alcun giustificato motivo di denaro della società distraendolo quindi dallo scopo cui è destinato, commette il reato di*

### 1.1.2. L'amministratore di fatto.

Nella riflessione della Cassazione civile, superando un iniziale contrario orientamento<sup>20</sup>, è ormai solida acquisizione quella per cui le norme che disciplinano la responsabilità degli amministratori delle società di capitali sono applicabili anche a coloro i quali, come amministratori di fatto, si siano **ingeriti nella gestione sociale in assenza di una qualsivoglia investitura da parte della società**. Ciò che viene richiesto per configurare la correlativa figura è che le funzioni gestorie svolte abbiano avuto carattere di **sistematicità e completezza** (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 28819 del 05/12/2008, Rv. 606070) e **non si esauriscano, quindi, nel compimento di isolati atti, di natura eterogenea e ed occasionale** (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 9795 del 14/09/1999, Rv. 530052<sup>21</sup>). In buona sostanza, i responsabili della violazione delle norme poste a presidio della corretta gestione della società non vanno individuati sulla base della loro qualificazione formale ma per il contenuto delle funzioni da essi concretamente esercitate, anche in assenza di un'investitura

---

*appropriazione indebita*». La pronuncia si allinea a precedenti (Cass. Pen., Sez. 2, n. 26281/2009) pervenute a medesime conclusioni muovendo dalla evidente notazione che l'autonomia patrimoniale delle società va sempre rispettata dall'amministratore, che egli lo sia solo di fatto o anche formalmente. In tal senso anche recente pronuncia (Cass. Pen., Sez. 2, n. 7484/2014) che ha confermato i seguenti principi di diritto in tema di **distribuzione dell'onere probatorio**, affermando che «*spetta alla pubblica accusa la prova del reato. Tuttavia, ove l'imputato deduca eccezioni o argomenti difensivi, spetta a lui provare o allegare, sulla base di concreti ed oggettivi elementi fattuali, le suddette eccezioni perché è l'imputato che, in considerazione del principio della cd. "vicinanza della prova", può acquisire o quantomeno fornire, tramite l'allegazione, tutti gli elementi per provare il fondamento della tesi difensiva*»; «*nell'ipotesi in cui l'imputato del reato di appropriazione indebita di una somma di denaro neghi il fatto addebitatogli, l'onere della prova o di allegazione su di lui gravante non ha ad oggetto un fatto non avvenuto (mancata appropriazione) ma la dimostrazione di specifici fatti positivi contrari a quelli provati dalla pubblica accusa dalla quale possa desumersi il fatto negativo (mancata appropriazione) e, quindi, la prova della fondatezza della tesi difensiva*». In concreto, la prova o l'onere di allegazione di cui è gravato l'imputato «*non consiste nel provare o allegare un fatto negativo (ossia di non essersi appropriato della somma che è risultata mancante), ma consiste nel provare ad es.: a) che quella somma non è mai entrata nelle casse della società; b) che quella somma, pur essendo stata incassata, ha avuto una destinazione diversa ma sempre nell'interesse della società; c) che di quella somma si è appropriato un terzo; si tratta cioè, di una prova o allegazione che verte su fatti positivi dai quali, se provati, si può poi desumere l'innocenza dell'imputato e, quindi, la prova della fondatezza della tesi difensiva*». Quanto all'applicazione della fattispecie penale anche agli amministratori-soci di **società di persone** (cfr. Cass. Pen., Sez. 2, n. 4244/2012), più volte la Cassazione ha disatteso la tesi secondo la quale l'imputato gestiva, in realtà, beni propri, rilevando che «*anche le società di persone (ed in particolare anche le società in accomandita semplice) costituiscono, pur non avendo personalità giuridica, ma soltanto autonomia patrimoniale, un autonomo soggetto di diritto, che può essere centro di interessi e d'imputazione di situazioni sostanziali e processuali distinte da quelle riferibili ai singoli soci (così ad es. Cassazione civile, sez: 3<sup>^</sup>, 18 luglio 2002, n. 10427 Boraschi c. Ente aut. Fiere Parma). Conseguentemente, ... l' appropriazione indebita di beni sociali costituisce non solo pregiudizio per i soci, ma anche per i terzi e per gli eventuali creditori sociali, che devono poter contare sul patrimonio della società. Se, quindi la società deve ritenersi dotata di autonomia patrimoniale rispetto ai singoli soci, a maggior ragione non è dato confondere il patrimonio del gestore di fatto con quello della società (così Cass. II, 3675/2009; anche Cass. Sez. 5, Sentenza n. 10460 del 24/06/1999 Rv. 214465 Sepe S. per l'aggravante dell'abuso di relazioni di prestazione d'opera ricorre in tutti i casi in cui il reo abbia profittato della fiducia in lui riposta e manifestatagli con l'affidamento a qualsiasi titolo del disimpegno di una determinata attività" nella fattispecie si trattava di appropriazione indebita commessa da un socio amministratore di una società di fatto).*

<sup>20</sup> Cass., 12.1.1984, n. 234.

<sup>21</sup> Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la decisione dei giudici di merito che avevano ritenuto la disciplina delle responsabilità degli amministratori della società di capitali a carico di un soggetto il quale, pur privo di qualsiasi qualificazione formale, si era ingerito in modo sistematico nella gestione sociale, desumendo tale circostanza dai "numerossimi" bigliettini rinvenuti presso la sede sociale in cui costui si era qualificato come direttore generale della società, e dal fatto, ritenuto sufficientemente provato, che lo stesso "firmava per la società".

da parte della società, così come del resto è espressamente statuito nell'ambito del diritto penale e del diritto amministrativo (artt. 135 e 136, d.lgs. 1 settembre 1993, n.385; artt. 190 e 193, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 11, d.lgs.18 settembre 1997, n. 472). Come esattamente notato, «secondo i giudici di legittimità, l'obbligo di gestire correttamente la società può discendere, oltre che dal rapporto contrattuale che lega la società all'amministratore, anche da una situazione di contatto sociale particolarmente pregnante e, proprio per questo, idonea a giustificare, indipendentemente dalla ricorrenza di un conforme intento negoziale, il sorgere di vincoli che vanno al di là del generico dovere di rispetto di diritto altrui: ove ciò accada, si è in presenza di uno di quei "fatti" giuridici, privi di natura negoziale, ma comunque annoverati dall'art. 1173 c.c. tra le "fonti" delle obbligazioni»<sup>22</sup>.

Secondo consolidato orientamento della Cassazione penale, la nozione di **amministratore di fatto**, delineata dall'art. 2639 c.c., «postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei **poteri tipici** inerenti alla qualifica od alla funzione, anche se "**significatività**" e "**continuità**" non comportano necessariamente l'esercizio di "tutti" i poteri propri dell'organo di gestione - dunque è compatibile anche con la presenza di un amministratore di diritto non necessariamente testa di legno - ma richiedono l'esercizio di un' apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale». Dunque, «è amministratore di fatto non chi eserciti tutti i poteri propri dell'organo di gestione, ma quantomeno un' apprezzabile **attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale**»<sup>23</sup>. La prova della posizione di amministratore di fatto si traduce nell'accertamento di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive nella società (per i principi esposti cfr. *ex multis*, Cass. Pen., Sez.5, n. 35346 del 20 giugno 2013, Tarantino, Rv. 256534; id, n. 39681/2016)<sup>24</sup>. Inoltre, «in tema di reati fallimentari, la previsione di cui all'art. 2639 c.c. - nel testo modificato dal *D.Lgs. n. 61/2002* - non esclude che l'esercizio dei poteri o delle funzioni dell'amministratore di fatto possa verificarsi **in concomitanza con l'esplicazione dell'attività di altri soggetti di diritto**, i quali - in tempi successivi o anche contemporaneamente - esercitino in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla

<sup>22</sup> SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 230

<sup>23</sup> Ai fini del riconoscimento della qualifica di amministratore di fatto, **non è indispensabile un esercizio continuativo e significativo di tutti i profili gestionali** (di tenuta della contabilità, di organizzazione interna e di rappresentanza esterna della società fallita), ma è necessario, in ogni caso, «lo svolgimento di un' apprezzabile attività di gestione in **termini non occasionali o episodici**». Del resto, in base all'articolo 2639 c.c., l'estensione delle qualifiche soggettive ricollegata allo svolgimento effettivo dei poteri tipici inerenti la qualifica o la funzione è ammessa nella misura in cui tale esercizio avvenga «in modo continuativo e significativo», con ciò identificando connotati, di ordine temporale e valenza contenutistica, necessariamente compresenti e non alternativi. In tal senso, il **criterio temporale** (definito usualmente come non occasionalità e non episodicità) **tempera il rigore che scaturirebbe dal fatto di non esigere l'esercizio di tutti i poteri propri dell'amministratore di una società** (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 43388 del 17/10/2005, Carboni, Rv. 232456; Id, n. 15065 del 02/03/2011, Guadagnoli, Rv. 250094).

<sup>24</sup> Secondo la Cassazione (Sez. 5 Pen, Sentenza n. 9222 del 22/04/1998 Ud., dep. 07/08/1998 rv. 212145; Sez. 1 Pen., n. 18464 del 12/05/2006, Ponciroli, Rv. 234254; Cass. Pen., Sez. 5, n. 35346 del 20/06/2013 Ud., dep. 22/08/2013, Rv. 256534) «la prova della posizione di amministratore di fatto si traduce nell'accertamento di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto, con funzioni direttive, **in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società**, quali sono i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti; ovvero **in qualunque settore gestionale di detta attività**, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare».

qualifica o alla funzione» (Sez. 5, n. 46962 del 22/11/2007 Ud., dep. 18/12/2007, Rv. 238893).

L'amministratore "di fatto" della società fallita è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto"; onde, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili (Cass. Pen., Sez. 5, n. 7203 del 11/01/2008 Ud. dep. 14/02/2008, Rv. 239040; Id., n. 39593 del 20/05/2011 Ud. dep. 03/11/2011, Rv. 250844; Id., n. 15065 del 02/03/2011, Rv.250094), rappresentando l'autentico *intraeus* dei reati di bancarotta (Cass. Pen., Sez. 1, Sentenza n. 18464 del 12/05/2006 Ud., dep. 25/05/2006, Rv. 234254).

### 1.1.3. Il prestanome.

In tema di **bancarotta fraudolenta patrimoniale**, l'amministratore di diritto risponde unitamente all'amministratore di fatto per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo di impedire, essendo sufficiente, sotto il profilo soggettivo, la **generica consapevolezza** che l'amministratore effettivo distrugga, occulti, dissimuli, distrugga o dissipati i beni sociali. Tale consapevolezza, se da un lato non deve investire i singoli episodi nei quali l'azione dell'amministratore di fatto si è estrinsecata, non può dedursi dal solo fatto che il soggetto abbia accettato di ricoprire formalmente la carica di amministratore; tuttavia allorché si tratti di **soggetto che accetti il ruolo di amministratore esclusivamente allo scopo di fare da prestanome, la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato** (dolo generico) **o l'accettazione del rischio che questi si verifichino** (dolo eventuale) possono risultare **sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 7332 del 07/01/2015 Ud., dep. 18/02/2015, Rv. 262767; Id., 26 gennaio 2006 n. 7208; Id., n. 7583 del 06/05/1999 Ud., dep. 11/06/1999, Rv. 213647). Non manca un orientamento (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 28007 del 04/06/2004 Ud., dep. 22/06/2004, Rv. 228713) che rimarca, con riferimento all'ipotesi della distrazione, che nei confronti dell'amministratore apparente non può trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente **non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto**. Infatti, *«non è automatico che ogni accettazione della carica di amministratore formale celi un disegno criminoso dell'amministratore di fatto (potendo questi trovarsi in una condizione che non gli consenta la*

*gestione in prima persona) ma, in realtà, denuncia come insufficiente la prova del dolo richiesto, sia pure come generico, ai fini di riconducibilità all'amministratore di diritto dei fatti distrattivi commessi dall'amministratore di fatto».*

In tema di **bancarotta fraudolenta documentale**, la responsabilità dell'amministratore prestanome si fonda sulla violazione dei doveri di vigilanza e di controllo che derivano dalla accettazione della carica, cui però va aggiunta la dimostrazione non solo astratta e presunta ma effettiva e concreta della consapevolezza dello stato delle scritture, tale da impedire la ricostruzione del movimento degli affari o, per le ipotesi con dolo specifico, di procurare un ingiusto profitto a taluno (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 44293 del 17/11/2005 Ud., dep. 05/12/2005, Rv. 232816). Così è stato stimato che la generica consapevolezza dell'amministratore di diritto - prestanome circa la condotta dell'amministratore di fatto, considerato il diretto e personale obbligo del primo di tenere e conservare le scritture, è coerentemente desumibile dalla volontaria abdicazione a tal dovere specifico in uno al dato oggettivo della estromissione "fisica" delle scritture di legge dall'area del suo immediato e costante controllo (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 28007 del 04/06/2004 Ud., dep. 22/06/2004, Rv. 228713). Per altra posizione, la sola consapevolezza che dalla condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato, ovvero l'accettazione del rischio che questi si verificano, sono sufficienti per l'affermazione di responsabilità (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 5619 del 27/04/2000 Ud., dep. 12/05/2000, Rv. 216117).

Risponde del reato di **bancarotta semplice** (art. 217 L. fall.), l'amministratore che, ancorché estraneo alla gestione dell'azienda - esclusivamente riconducibile all'amministratore di fatto - abbia omesso, anche per colpa, di esercitare il controllo sulla regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili, poiché l'accettazione della carica di amministratore, anche quando si tratti di mero prestanome, comporta l'assunzione dei doveri di vigilanza e di controllo di cui all'art. 2932 cod. civ. (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 31885 del 23/06/2009 Ud., dep. 04/08/2009, Rv. 244497; Id., 1 luglio 2002, Arienti; Id., 27 aprile 2000, Eagogna; Id., 27 maggio 1999, Perelli). Non esplica alcuna efficace scusante l'acclarata estraneità completa del prestanome alla gestione dell'azienda, riconducibile invece esclusivamente ad altro amministratore di fatto, né il riferimento alla giurisprudenza di legittimità formatasi in tema di "amministratore meramente formale", che ne postula sì la responsabilità a determinate rigorose condizioni, ma con riguardo al coinvolgimento dell'amministratore formale in condotte di bancarotta fraudolenta attuate dall'amministratore di fatto, tra, le quali non rientra quelle a titolo di colpa ex art. 217 L.f.

#### **1.1.4. Gli amministratori non esecutivi nella prospettiva civile e nell'analisi penale. In genere e negli istituti di credito.**

## Prospettiva civilistica.

Oltre a quanto sopra accennato, occorre muovere da una precisa consapevolezza. La **riforma societaria del 2003** ha inteso escludere qualsiasi imputazione di responsabilità oggettiva in capo agli amministratori di società, siano essi esecutivi o meno. Quanto a questi ultimi, in ogni caso, nel sistema generale delineato dalla riforma, «*elemento costitutivo della fattispecie integrante la responsabilità sociale degli amministratori non esecutivi - accanto alla condotta d'inerzia, al fatto pregiudizievole antidoveroso altrui e al nesso causale tra i medesimi - è infatti quello della colpa, i cui caratteri risultano dal sistema medesimo: la fattispecie sostanziale omissiva precisata dal nuovo art. 2392 c.c. ha inteso così effettivamente superare ogni possibile riconduzione della responsabilità degli amministratori non esecutivi alla mera carica ricoperta, avendola ancor più esplicitamente condizionata all'elemento della colpa. La norma stabilisce che la colpa può consistere o nell'inadeguata conoscenza del fatto altrui, o nel non essersi il soggetto con diligenza utilmente attivato al fine di evitare l'evento, aspetti entrambi ricompresi nell'essere "immuni da colpa" (cfr. art. 2392, 3° comma, c.c.). Pertanto, la colpa dell'amministratore non esecutivo può consistere, sotto il primo aspetto (ignoranza del fatto altrui), nel non aver rilevato colposamente i segnali dell'altrui illecita gestione, pur percepibili con la diligenza della carica, in quanto solo la responsabilità omissiva dolosa presuppone la conoscenza effettiva del fatto illecito o reato in itinere quale elemento essenziale della fattispecie, laddove l'imputazione per colpa richiede la mera conoscibilità dell'evento (mediante la conoscibilità dei predetti "sintomi" o "segnali di allarme"); sotto il secondo aspetto, la colpa consiste nel non essersi utilmente attivato al fine di evitare l'evento, e, dunque, l'amministratore non esecutivo non risponde in modo automatico per ogni fatto dannoso aziendale ed in ragione della mera "posizione di garanzia" ricoperta, ma solo in presenza di un difetto di diligenza. Nell'illecito colposo non si richiede quindi la conoscenza dei predetti segnali dell'altrui gestione inadempiente, ma la loro concreta conoscibilità e ciò attinge agli schemi propri della colpa. La "conoscibilità" non si valuta, però, in via esclusiva alla stregua dei flussi informativi tracciati dall'art. 2381 c.c. e per tramite formali o predeterminati: ma l'individuabilità dell'evento, negli illeciti colposi, può scaturire anche (e, persino, in contrasto con le informazioni rese dall'amministratore o dagli amministratori esecutivi) da segnali inequivocabili, dunque percepibili con l'ordinaria diligenza da parte dell'amministratore non operativo; onde sussiste poi l'obbligo giuridico di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento, costituendo, in caso contrario, l'omissione una concausa del danno. Agli amministratori privi di deleghe è richiesto cioè non soltanto di essere passivi destinatari delle informazioni rese sua sponte dall'organo delegato, ma anche di assumere l'iniziativa di richiedere informazioni, in particolare allorché sussistano quei "segnali di pericolo" o "sintomi di patologia", quali "indici rivelatori" o "campanelli di allarme" del fatto illecito posto in essere - o che sta per essere posto in essere -*

dagli organi delegati. In osservanza del potere-dovere di richiedere informazioni, ad essi si impone l'attivazione di non predeterminate fonti conoscitive, le quali non possono ragionevolmente ridursi all'informazione resa in seno al consiglio di amministrazione; nel contempo, l'amministratore non esecutivo è tenuto ad intraprendere tutte le iniziative, rientranti nelle sue attribuzioni, volte ad impedire gli eventi medesimi, in ciò concretandosi l'obbligo di agire informati. In conclusione, il **sistema della responsabilità degli amministratori privi di deleghe posto dagli art. 2381, dal 3 °al 6 °comma, e 2392 c.c.**, come innovati dalla riforma del diritto societario, conforma l'obbligo di vigilanza dei medesimi non più come avente ad oggetto "il generale andamento della gestione" quale controllo continuo ed integrale sull'attività dei delegati - ma richiedendo loro, secondo la diligenza esigibile sin dal momento dell'accettazione della carica, di informarsi ed essere informati, anche su propria sollecitazione, degli affari sociali, e di trarne le necessarie conseguenze. Il perdurante dovere di controllo in capo ai medesimi può precisarsi come obbligo di informazione attiva e passiva, nonché di conseguente attivazione, al fine di scongiurare le condotte dei delegati da cui possa derivare danno alla società; quel che è definito il "**dovere di agire informato**"»<sup>25</sup>.

Qualche parola in più meritano i **consiglieri non esecutivi di società bancarie, apparendo più intenso il loro dovere di agire informati**. L'art. 53, lett. b) e d), del t.u.b. prevede che la Banca d'Italia emani disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni e l'organizzazione societaria e dei controlli interni. Le disposizioni attuative sono state dettate con le Istruzioni di vigilanza per le banche, mediante la circolare 21 aprile 1999 n. 229, e le successive modificazioni ed integrazioni, le quali sanciscono doveri di particolare pregnanza in capo al consiglio di amministrazione di azienda bancaria, che si incentrano, per l'intero organo collegiale, proprio in quel compito di monitoraggio e valutazione della struttura operativa. In particolare, il dovere di agire in modo informato gravante sui consiglieri non esecutivi è stato chiarito dalla Corte di Cassazione essere «*particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile*»: ciò, in quanto la «*diligenza richiesta agli amministratori risente della «natura dell'incarico» ad essi affidato ed è commisurata alle «loro specifiche competenze» (art. 2392 c.c.)*» (Cass. Civ., 5 febbraio 2013, n. 2737). La medesima decisione ha ricordato come, sotto questo profilo, il d.lgs. n. 385 del 1993, esiga il possesso, in capo ai soggetti investiti di funzioni di amministrazione presso banche, di determinati requisiti di professionalità (art. 26), mentre le predette Istruzioni di vigilanza attribuiscono al consiglio di amministrazione una quantità di compiti specifici afferenti ai rischi ed al sistema informativo interno, con l'obbligo espresso di

---

<sup>25</sup> Così Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 22848 del 09/11/2015, Rv. 637769.

adottare "con tempestività idonee misure correttive" "nel caso emergano carenze o anomalie" (titolo IV, capitolo 11, sezione II). Tanto più, pertanto, nell'ambito delle società bancarie, è stato enfatizzato il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi: che «non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti del quali la legge onera questi ultimi, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (al quale è affidata l'approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell'intermediario), hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo; e ciò non solo in vista della valutazione dei rapporti degli amministratori delegati, ma anche ai fini della diretta ingerenza nella delega attraverso l'esercizio dei poteri, di spettanza del consiglio di amministrazione, di direttiva e di avocazione» (così, testualmente, Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 2737 del 05/02/2013, Rv. 625145; nonché 7 agosto 2014, n. 17799). Mediante le richiamate disposizioni del testo unico di cui al d.lgs. n. 385 del 1993 e della normativa secondaria, l'ordinamento ripone dunque un particolare affidamento nella specifica competenza degli amministratori, sia pure non esecutivi, in ragione dei loro requisiti di professionalità e, perciò, di una dovuta sensibilità percettiva, nonché nella connessa reazione, che concreta il dovere di ostacolare l'accadimento dannoso: in presenza di segnali d'allarme percepibili da un amministratore diligente secondo la specifica competenza, egli risponde del mancato utile attivarsi (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 22848 del 09/11/2015, Rv. 637769).

### **Profili penali.**

I peculiari contenuti del dovere di agire in modo informato a carico degli amministratori non esecutivi rappresentano il presupposto ma non la soluzione per la valutazione dei potenziali comportamenti di rilievo penale cui è dedicata questa analisi, posta la base psicologica dolosa che connota, per lo più, questi ultimi. Se tale dovere informativo vale a chiarire cosa può pretendersi ed è dunque esigibile dai gestori deleganti, nonché, in termini vagamente indiziari, cosa è ragionevole immaginare che essi si siano rappresentati ed abbiano voluto, nondimeno, esso non consente di ritenere risolto l'impegno a conseguire la prova rigorosa, scambiando la premessa per il risultato dell'indagine: ovvero, la conoscenza effettiva della situazione che ingenera l'obbligo di attivarsi per impedire il compimento di atti pregiudizievoli o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392, comma 3, c.c.). La prova della straordinaria negligenza nell'assolvimento del dovere di agire informati, in tal senso, non vale semplificata

dimostrazione della consapevolezza delle circostanze che ne avrebbero imposto l'adempimento.

In proposito, l'insegnamento consolidato della Corte di Cassazione (recente ribadito anche con la sentenza n. 14045/2016) è nel senso per cui, ai fini della responsabilità penale dell'amministratore privo di delega per fatti di **bancarotta fraudolenta**, non è sufficiente la oggettiva presenza di dati (i "segnali d'allarme") da cui desumere un evento pregiudizievole per la società o almeno il rischio della verifica di detto evento, essendo necessario che egli ne sia concretamente venuto a conoscenza ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo (Cass. Pen., Sez. 5, n. 23000/13 del 5 ottobre 2012, Berlucchi e altri, Rv. 256939; Id., n. 9736 del 10 febbraio 2009, Cacioppo e altri, Rv. 243023). In sostanza è richiesto al giudice del merito, qualora non sussista la prova che l'amministratore abbia acquisito diretta conoscenza delle condotte penalmente rilevanti, l'accertamento della percezione da parte del medesimo dei sintomi dell'illecito, certamente desumibile anche dal grado di anormalità ed inequivocabilità di questi ultimi (Cass. Pen., Sez. 5, n. 3708/12 del 30 novembre 2011, Ballatori e altri, Rv. 252945; Id., n. 32352 del 7 marzo 2014, Tanzi e altri, Rv. 261938; Id., n. 36595 del 16 aprile 2009, Bossio ed altri, Rv. 245138), ma pur sempre attraverso una valutazione che deve avere ad oggetto la situazione concreta e che deve dunque essere parametrata alle specifiche peculiarità della singola vicenda, alle condizioni soggettive dell'agente ed al ruolo effettivamente svolto dal medesimo in seno all'organo collegiale e, quindi, al significato che per lo stesso assumono nella situazione data i segnali d'allarme astrattamente rilevabili (Sez. 5, n. 23838 del 4 maggio 2007, P.M. in proc. Amato e altri, Rv. 237251). Il principio che emerge dall'analisi del citato indirizzo giurisprudenziale è dunque quello per cui in tanto si può discutere di dolo dell'amministratore privo di delega, in quanto egli sia concretamente venuto a conoscenza di dati da cui potesse desumersi un evento pregiudizievole per la società, od almeno il rischio che un siffatto evento si verificasse, ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo. Dunque, occorre la effettiva conoscenza del "segnale di allarme", non già la mera conoscibilità. Non solo, per dare senso e concretezza al dolo eventuale più volte invocato nella giurisprudenza di questa Corte come parametro minimo per la riferibilità psicologica di quell'evento pregiudizievole al soggetto attivo del reato, occorre che il dato indicativo del rischio di verifica dell'evento stesso non sia stato soltanto conosciuto, ma è invece necessario che l'amministratore se lo sia in effetti rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi, e non di meno sia rimasto deliberatamente inerte. Argomentando diversamente, infatti, non si potrebbe ancora discutere di dolo, neppure nella forma del dolo eventuale, che richiede pur sempre da parte del soggetto attivo - per potersi affermare che un fatto è da lui voluto, per quanto in termini di mera accettazione del rischio che si produca - la determinazione di orientarsi verso la lesione o l'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice: un conto è, dunque, che l'amministratore privo di delega rimanga indifferente dinanzi ad un "segnale di

allarme" percepito come tale, in quanto decida di non tenere in considerazione alcuna l'interesse dei creditori o il destino stesso della società, ben altra cosa è che egli continui a riconoscere fiducia, per quanto mal riposta, verso le capacità gestionali di altri, ovvero che per colpevole - ma non dolosa superficialità venga meno agli obblighi di controllo su di lui effettivamente gravanti, accontentandosi di informazioni insufficienti su un'operazione che gli viene sottoposta per l'approvazione senza che egli si renda davvero conto delle conseguenze che ne potrebbero derivare (Cass. Pen., Sez. 5, n. 23000/13 del 5 ottobre 2012, Berlucci e altri, cit.). Solo nel primo caso, infatti, l'amministratore potrà essere chiamato a rispondere penalmente delle proprie azioni od omissioni, non già nel secondo, dove - ferma restando la prospettiva di ravvisare una sua responsabilità in sede civile, ricorrendone i meno rigorosi presupposti - può ritenersi provato soltanto l'addebito di aver agito (*rectius*: omissio di agire) per colpa.

### 1.1.5. Il direttore generale

Secondo l'**art. 2396 c.c.** «*le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società*»<sup>26</sup>.

La Corte di Cassazione (Sez. 1 Civ., Sentenza n. 23630 del 18/11/2015, Rv. 637686) ha ribadito, anche in tempi recenti, l'opinione che tale estensione opera esclusivamente ove la posizione apicale del direttore generale all'interno della società, sia o meno un lavoratore dipendente, sia desumibile da una **nomina formale** da parte dell'assemblea o anche del consiglio di amministrazione, in base ad apposita previsione statutaria; «*infatti, non avendo il legislatore fornito una nozione intrinseca di direttore generale collegata alle mansioni svolte, non è configurabile alcuna interpretazione estensiva od analogica che consenta di allargare lo speciale ed eccezionale regime di responsabilità di tale figura ad altre ipotesi, salva la ricorrenza dei diversi presupposti dell'amministratore di fatto*» (Sez. 1 Civ., Sentenza n. 28819 del 05/12/2008, Rv. 606069). Le **incertezze sulle caratteristiche proprie delle funzioni del direttore generale**, in particolare sull'ampiezza di quelle decisionali qualificanti il destinatario della delega<sup>27</sup>, inducono a ritenere che con l'art.2396 c.c.

---

<sup>26</sup> La Corte di Cassazione, con riferimento alla versione della disposizione precedente alla riforma di cui al D.lgs. n. 6/2003, aveva affermato che «*al direttore generale può essere estesa la stessa disciplina prevista per la responsabilità degli amministratori qualora la sua nomina sia stata prevista nell'atto costitutivo o sia stata deliberata dall'assemblea, entrando in questi casi la sua figura a far parte della struttura tipica della società*» (Cass. 12.12.2003, n. 18995; Cass. 14.12.1970, n. 2667; Cass. 5.7.1968, n. 2284).

<sup>27</sup> Come ricorda la sentenza n. 28819/2008 cit. «*non vi è pieno accordo in dottrina e giurisprudenza sulle caratteristiche proprie delle mansioni del direttore generale. Si è osservato, a tale proposito, che la circostanza della*

**il legislatore non abbia offerto una definizione di direttore generale legata al contenuto intrinseco delle mansioni, ma ne abbia ricollegato la responsabilità alla posizione apicale all'interno della società, desunta dal dato formale della nomina** da parte dell'assemblea o anche da parte del consiglio di amministrazione, in base ad apposita previsione statutaria<sup>28</sup>. In altre parole, il tentativo di procedere ad un'interpretazione estensiva

---

*preposizione formale alla carica di direttore generale con delibera dell'assemblea sociale o in virtù di apposita previsione statutaria, non è sufficiente a determinare lo speciale regime di responsabilità previsto dall'art. 2396 c.c., ove in concreto il soggetto preposto non abbia svolto le funzioni che sono tipiche del direttore generale. Nell'individuazione delle funzioni non vi è peraltro accordo in dottrina. Definizioni che affermano che il direttore generale è "colui al quale, per la posizione preminente che gli è stata assegnata, è attribuita una funzione direttiva generale su tutti gli uffici e i servizi, mediante i quali l'impresa esercita la sua attività" ovvero che la qualifica di direttore generale va riconosciuta "ai dirigenti che svolgono attività di alta gestione dell'impresa sociale; ai dirigenti cioè che sono al vertice della gerarchia dei lavoratori subordinati dell'impresa ed operano in rapporto diretto con gli amministratori, dando attuazione alle direttive generali da essi impartite", ovvero ancora che sottolineano che l'attività di alta gestione conferita integra attività strategica d'impresa "al di sopra della quale non si ha più attuazione dell'oggetto sociale, ma solo una sua modificazione" hanno una funzione descrittiva della fattispecie, di cui evidenziano questo o quell'aspetto, ma non forniscono un quadro ne' preciso ne' univoco. La giurisprudenza di merito, similmente, in più occasioni ha sottolineato che "per aversi la figura del direttore generale, sotto il profilo sostanziale, occorre che tale soggetto si collochi al vertice della struttura aziendale, in posizione immediatamente subordinata a quella degli amministratori, ma al contempo in posizione sovraordinata a tutti gli altri dipendenti e conseguentemente con poteri di alta gestione che gli consentano di determinare le strategie aziendali". È indubbio che le mansioni del direttore generale vanno ricollegate allo svolgimento di funzioni di alta gestione in modo continuativo, in virtù di nomina effettuata dall'organo amministrativo. Sotto tale profilo occorre che sussista lo svolgimento, in posizione subordinata rispetto agli amministratori, di funzioni decisionali nell'amministrazione con posizione di preminenza, di direzione e vigilanza sugli uffici e servizi dell'impresa, ancorché prive di rilevanza esterna (cfr. però Cass. 27.4.2007, n. 10096, che ha confermato il consolidato orientamento secondo il quale nelle società per azioni il potere del direttore generale di rappresentare verso l'esterno la società può ritenersi sussistere se vi sia in tal senso una specifica attribuzione statutaria o dell'organo amministrativo, od anche se tale potere inerisca, intrinsecamente, alla natura stessa dei compiti affidatigli), cui si accompagni uno stabile inserimento nell'organizzazione imprenditoriale. Non esiste tuttavia accordo sull'ampiezza delle funzioni decisionali che valgono a qualificare il destinatario della delega come direttore generale, se tali funzioni debbano riferirsi all'intera impresa facente capo alla società o possano essere limitate ad un ramo dell'azienda, se il ruolo del direttore generale possa essere assimilato a quello dell'istitutore (quantomeno quando vi siano poteri di rappresentanza esterna), su quale sia il rapporto con gli amministratori. Va aggiunto che se tradizionalmente il direttore generale è stato inquadrato nell'ambito dei lavoratori dipendenti dell'impresa, ancorché il vincolo di subordinazione, pur sussistente, risulti affievolito dall'ampiezza e discrezionalità dei poteri attribuiti (Cass. 10.11.1987, n. 8279; Cass. 16.6.1979, n. 3400), non sono mancate affermazioni contrarie, essendo stato sostenuto che il direttore generale può anche essere un soggetto esterno alla società, non legato da un vincolo di subordinazione (Cass. 14.7.1993, n. 7796; Cass. 4.6.1981, n. 3614), ancorché la prestazione per le caratteristiche che la contraddistinguono rientri ragionevolmente nella previsione dell'attività coordinata e continuativa. Indicazioni univoche sotto tale profilo non possono trarsi neppure dall'art. 2396 nuovo testo c.c., che afferma che al direttore generale si applicano le norme in tema di responsabilità dettate per gli amministratori, aggiungendo che sono salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società. Da tale norma, infatti, si ricava soltanto che il direttore generale può essere un lavoratore subordinato - ed in tal caso saranno salve le azioni che nascono dal rapporto di lavoro in essere, anche sotto il profilo della responsabilità - ma non certamente che egli debba necessariamente esserlo».*

<sup>28</sup> Dal rilievo che nella pratica è dato rinvenire figure di direttori generali che non soddisfano i requisiti stabiliti dall'art. 2396 c.c., ribaditi anche con la riforma societaria in ragione delle modifiche di dettaglio introdotte nel testo normativo in cui è riaffermata la necessità dell'investitura formale nella carica, parte della dottrina ha tratto la conclusione che la nomina di dirigenti con la qualifica di direttore generale senza che siano state rispettate le disposizioni dell'art. 2396 c.c., non vale ad estendere loro il regime di responsabilità previsto per gli amministratori. La nomina di tali dirigenti al di fuori dello schema tipico previsto dal legislatore comporterebbe soltanto la responsabilità dei deleganti e l'illegittimità della nomina. Altra parte della dottrina e qualche pronuncia di merito hanno invece svalutato l'elemento formale della nomina, sottolineando che non avrebbe senso, a parità di funzioni, un diverso regime di responsabilità. Sotto tale profilo si è osservato in dottrina che il riconoscimento della responsabilità dell'amministratore di fatto, al di fuori del dato dell'investitura formale (Cass. 12.3.2008, n. 6719; Cass. 23.4.2003, n. 6478; Cass. 14.9.1999, n. 9795; Cass. 6.3.1999, n. 1925), porterebbe a concludere che un diverso regime non possa applicarsi nel caso in cui l'assenza del dato formale della nomina riguardi chi abbia svolto in concreto le funzioni di direttore generale.

od analogica dell'art. 2396 c.c. urta contro la circostanza che manca il *tertium comparationis*, perché difetta una nozione normativa di direttore generale collegata alle mansioni svolte ed ogni determinazione del loro contenuto diverrebbe arbitraria.

Quanto alla distinzione tra la figura dell'amministratore e quella del direttore generale proposta dalla giurisprudenza meno recente della Corte di Cassazione, in base alla quale le due funzioni danno luogo a diverse e distinguibili responsabilità, concettualmente e praticamente diverse, l'una consistendo nella gestione dell'impresa, l'altra nell'esecuzione, sia pure al più elevato livello, delle disposizioni generali impartite dall'amministratore nel corso di tale gestione (Cass. 10.11.1987, n. 8279; Cass. 16.6.1979, n. 3400) «offre un parametro di riferimento che, pur chiaro sul piano teorico, si rivela in realtà ben difficile da applicare in concreto» (così la sentenza n. 28819 cit. ). E' però acquisizione solida che «lo svolgimento sistematico di atti di mala gestio da parte di colui che non riveste la qualifica formale di direttore generale nei termini indicati dall'art. 2396 c.c. trova diretta sanzione nella disciplina prevista per gli amministratori di fatto» ed eventualmente in quella prevista nell'ambito del rapporto di lavoro.

Nella **materia penale** la figura del direttore generale identifica uno dei soggetti attivi tipici dei reati fallimentari previsti dagli articoli 218, 223, 224, 225, 226, 236, comma 2, L.F.. Può ritenersi indiscutibile che le mansioni del direttore generale vadano ricollegate allo svolgimento in modo continuativo - sia pure in posizione subordinata rispetto all'organo amministrativo, in virtù di nomina effettuata dal quest'ultimo - di funzioni di alta gestione e decisionali nell'amministrazione, ancorché prive di rilevanza esterna, con posizione di preminenza, di direzione e di vigilanza sugli uffici e sui servizi dell'impresa. Nondimeno, la portata estensiva dell'art. 2639 c.c., incentrata sull'esercizio continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione, si rivela seriamente ridotta, se non preclusa, nel caso di direttore generale per cui manchi la nomina formale proprio in ragione del ricordato difetto di una nozione normativa, con precisa definizione dei contenuti e dell'estensione delle mansioni peculiari. Non rare saranno, per tali medesimi motivi, le sovrapposizioni con la figura dell'amministratore di fatto.

## 1.2. Gli abusi nella gestione dei beni.

### 1.2.1. L'affitto di azienda e la locazione di beni dell'impresa.

L'**affitto di azienda** rappresenta una tipica operazione contrattuale suscettibile di originare difformi apprezzamenti nella fase della crisi imprenditoriale. Infatti, esso può profilarsi quale prezioso strumento di salvaguardia dei valori (pure immateriali o occupazionali) collegati alla continuità aziendale dell'impresa in crisi, eventualmente utile anche alla sua più proficua liquidazione. D'altro canto, l'affitto aziendale può integrare "rimedio" sfruttato dal debitore per ledere gli interessi della massa dei creditori, complicando la realizzazione degli attivi in sede concorsuale ovvero celando la dispersione di valori aziendali. Si pensi, a tal ultimo riguardo, al protratto e non dissentito inadempimento delle obbligazioni incombenti sull'affittuario ovvero alla modulazione delle intese contrattuali in senso smisuratamente favorevole alle ragioni economiche di quest'ultimo, non di rado soggetto economico sotto il controllo, quantunque indiretto e segreto, del dominus dell'impresa che concede l'affitto allorché si trova già in stato di crisi conclamata o in prossimità dell'accesso a procedura concorsuale. Al ricorrere di precise condizioni, il reato fallimentare più frequente è la bancarotta fraudolenta patrimoniale, nella figura della c.d. "distrazione". Delitto che può ascriversi al debitore affittante, ma anche all'affittuario e ai professionisti che concorrono nell'ideazione e utilizzo dello strumento contrattuale con la consapevolezza della sua attitudine distrattiva.

E' stato ritenuto integrare il reato di bancarotta fraudolenta impropria patrimoniale, in tal senso, **l'affitto d'azienda**<sup>29</sup> nel caso in cui la società fallita **non consegua l'incasso dei canoni pattuiti**, senza che sia addotta in proposito alcuna giustificazione (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16989 del 02/04/2014 Ud., dep. 16/04/2014, Rv. 259858) e dunque **la concessione del suo godimento priva di effettiva contropartita e preordinato ad avvantaggiare i soci a scapito dei creditori** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 10742 del 15/02/2008 Ud., dep. 10/03/2008, Rv. 239480)<sup>30</sup>. Così come analoga connotazione distrattiva riveste l'affitto di azienda **a favore di una terza società per somma insignificante**, specie quando la società beneficiaria risulti riferibile ai congiunti o fiduciari dell'amministratore della società poi fallita (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 20370 del 10/04/2015 Cc.,

---

<sup>29</sup> Il vigente **art. 79 del RD n. 267/1942** (articolo modificato dall' art. 65, comma 1, lett. a) e b), D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 , a decorrere dal 16 luglio 2006 e, successivamente, così sostituito dall' art. 4, comma 11, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, a decorrere dal 1° gennaio 2008), in relazione al contratto di affitto d'azienda, statuisce che *«Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall' articolo 111, n. 1»*.

<sup>30</sup> Nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione era stata data esecuzione ad un contratto di affitto di azienda senza effettiva contropartita attraverso una trasferito "in blocco" e senza inventario del magazzino alla affittuaria, situazione che aveva reso poi impossibile accertare quali vendite dovessero tornare a vantaggio della azienda "affittata". In tal modo era stato procurato un vantaggio ai soci a scapito dei creditori.

dep. 15/05/2015, Rv. 264078; nello stesso senso: Cass., n. 44891 del 9.10.2008; Cass., n. 49642 del 2/10/2009; Cass., n. 46508 del 27.11.2008).

La Corte di Cassazione (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 7201 del 18/01/2006 Ud., dep. 27/02/2006, Rv. 233634) ha osservato che «*anche un **contratto di locazione** può integrare gli estremi oggettivi della bancarotta per distrazione ove sia stipulato in previsione del fallimento ed allo scopo di trasferire la disponibilità di tutti o dei principali beni aziendali ad altro soggetto*» (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 46508 del 27/11/2008<sup>31</sup> Ud., dep. 17/12/2008, Rv. 242614). Infatti, un tale contratto lascia l'impresa dissestata nell'impossibilità di esercitare qualsiasi attività economica e produce effetti anche dopo il fallimento del locatore (L. Fall., art. 80)<sup>32</sup>, ostacolando gli organi del fallimento nella liquidazione dell'attivo (complicando la collocazione sul mercato di beni non immediatamente disponibili) e danneggiando i creditori concorsuali, determinando una drastica diminuzione del valore di mercato dei beni locati (cfr. sul punto Cass. Pen., Sez. 2, 10 marzo 1996, Granata; Cass. Pen., Sez. 5, 29 ottobre 1993, Locatelli)<sup>33</sup>. Nelle dette occasioni, dunque, la Corte regolatrice ha riferito alla stipula del contratto di locazione **finalità estranee alle ragioni** dell'organizzazione dei beni aziendali.

Costituisce principio consolidato della giurisprudenza della Corte Suprema quello per cui «*il distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore poi fallito (con conseguente depauperamento in danno dei creditori), in cui si concreta l'elemento oggettivo del reato di*

---

<sup>31</sup> Nella fattispecie l'affitto aveva avuto riguardo ad un capannone industriale senza pretendere né esigere il corrispettivo per il periodo antecedente alla stipula del contratto.

<sup>32</sup> Quanto al contratto di locazione di immobili, l'**art. 80 del RD n. 267/1942** dispone che «*Il fallimento del locatore non scioglie il contratto di locazione d'immobili e il curatore subentra nel contratto. Qualora la durata del contratto sia complessivamente superiore a quattro anni dalla dichiarazione di fallimento, il curatore ha, entro un anno dalla dichiarazione di fallimento, la facoltà di recedere dal contratto corrispondendo al conduttore un equo indennizzo per l'anticipato recesso, che nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Il recesso ha effetto decorsi quattro anni dalla dichiarazione di fallimento. In caso di fallimento del conduttore, il curatore può in qualunque tempo recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un equo indennizzo per l'anticipato recesso, che nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Il credito per l'indennizzo è soddisfatto in prededuzione ai sensi dell' articolo 111, n. 1 con il privilegio dell'articolo 2764 del codice civile*».

<sup>33</sup> Cfr. Cass. Pen., **Sez. 5, Sentenza del 29/10/1993 Ud., dep. 06/12/1993, Rv. 196456** in fattispecie relativa alla locazione dei locali, delle attrezzature e dei macchinari da parte di una società in nome collettivo in stato di decozione, poi dichiarata fallita; nello stesso senso: Id., n. 49642 del 02/10/2009, dep. 28/12/2009, Rv. 245822 Imp. Olivieri; Id., n. del 28/01/1998 Ud., dep. 16/03/1998, Rv. 209947; Id., **n. 35882 del 17/06/2010 Ud., dep. 06/10/2010, Rv. 248425** con riferimento all'affitto della azienda in favore di altra società gestita di fatto dagli stessi imputati, affitto connotato dalla corresponsione di canoni del tutto inadatti a coprire le esposizioni debitorie lasciate in capo alla società cedente, così rimasta priva dell'azienda e quindi di qualsiasi prospettiva di guadagno; Cass. Pen., **Sez. 5, Sentenza n. 35882 del 17/06/2010 Ud., dep. 06/10/2010, Rv. 248425; Id., n. 20081 del 2013** con riferimento ad affitto di un ramo di azienda stipulato per un canone sottostimato; Id., **n. 27207 del 2013** in relazione ad un contratto simulato di affitto di azienda, concluso dietro un corrispettivo assai modesto, tale da comportare una perdita annua di almeno 25.000,00 euro, quand'anche versato - e che comunque le parti avevano concordato di non pagare e non incassare; Id., **n. 16689 del 2014** in relazione a canoni pattuiti per l'affitto dell'azienda mai corrisposti o comunque non incassati dalla fallita, con la conseguenza che, essendo l'affittuaria società amministrata di fatto dallo stesso imputato, sostanzialmente la locazione era avvenuta a titolo gratuito; Id., **n. 20370 del 2015** ha ritenuto che al fine della configurabilità della bancarotta fraudolenta per distrazione ciò che rileva «è che una determinata operazione, anche astrattamente riconducibile ad una categoria di atti gestionali leciti e disciplinati dall'ordinamento (l'affitto di azienda, in determinate condizioni, quale l'avere ad oggetto l'intero complesso aziendale della fallita, in modo da privare quest'ultima della concreta possibilità di proseguire nella propria attività, il mancato accollo dei debiti della locatrice da parte dell'affittuario o l'assenza di una clausola di gradimento per la curatela a fronte di un'elevata durata del contratto), «per le modalità con le quali è stata realizzata, si presenti come produttiva di effetti immediatamente e volutamente depauperativi del patrimonio (...) ed in prospettiva pregiudizievole per i creditori laddove si avvenga ad una procedura concorsuale».

*bancarotta fraudolenta patrimoniale, può realizzarsi in qualunque forma e con qualunque modalità, **non avendo incidenza su di esso la natura dell'atto negoziale** con cui tale distacco si compie, né la possibilità di recupero del bene attraverso l'esperimento delle azioni apprestate a favore della curatela (Cass. 23 marzo 1999, Olivieri). Ne consegue che costituisce condotta idonea a integrare un fatto distrattivo, sussumibile nell'area di operatività della L. Fall., art. 216, comma 1, n. 1), l'affitto dei beni aziendali per un **canone incongruo**» (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 44891 del 09/10/2008 Cc., dep. 02/12/2008, Rv. 241830)<sup>34</sup>. Ciò è particolarmente vero «**quando il complesso dei beni affittati esaurisca il compendio aziendale dell'impresa, per cui ne deriva l'impossibilità per questa di proseguire nella propria attività economica** (Cass. 28 gennaio 1998, Martinel)».*

In tal senso sono considerate non dirimenti le ricorrenti osservazioni volte a rimarcare il carattere **solo temporaneo** dell'ablazione del bene dal patrimonio della società, ovvero il suo connotato **obbligatorio** (non venendo in rilievo la disposizione di diritti reali), essendo per contro prevalenti i profili dell'anti-economicità dell'operazione, si sostanzino essi nella modestia del canone pattuito o addirittura nell'intesa delle parti di non versarlo. Come osservano i giudici di legittimità (Cass. Pen., Sez. 5, n. 49472/2013) «l'oggetto giuridico del reato è dato, nella specie, dalla tutela dell'integrità del patrimonio del debitore in funzione dell'interesse dei creditori: integrità certamente compromessa da atti che, seppur formalmente leciti, determinano, per il modo e le circostanze in cui vengono posti in essere, un danno per i creditori»<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Nel caso posto all'esame della Corte di legittimità una delle clausole del contratto di affitto prevedeva espressamente che, in caso di sottoposizione a procedura concorsuale di una delle parti contraenti, il contratto sarebbe stato sottoposto all'approvazione degli organi preposti ad essa. A fronte della deduzione difensiva per cui tale clausola avrebbe fatto salvi gli interessi del ceto creditorio e dimostrato la volontà dell'amministratore della società affittante di non sottrarre all'attivo fallimentare il complesso aziendale, la Corte di Cassazione ha osservato che essa prestava il fianco a consistenti critiche. Da un primo punto di vista, infatti, non teneva conto del fatto che la clausola in argomento, nella sua formulazione, non precisava quali conseguenze giuridiche sarebbero derivate, secondo l'assetto voluto dai contraenti, dalla mancata approvazione da parte degli organi della procedura concorsuale: onde non attribuiva a detti organi maggiori poteri di quelli già loro spettanti in base alla legge fallimentare. Inoltre, non vertendosi in un'ipotesi di condizione sospensiva, né risolutiva, sarebbe stato in ogni caso da escludersi tanto uno stato di iniziale quiescenza del rapporto contrattuale, quanto una sua caducazione retroattiva; sicché, anche se si fosse voluto ipotizzare il conferimento di un diritto di recesso a favore della procedura, l'esercizio di esso avrebbe operato soltanto con efficacia ex nunc, lasciando inalterati gli effetti pregiudizievoli fino ad allora prodottisi in termini di equilibrio fra le reciproche prestazioni.

<sup>35</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 49472/2013 in relazione a contratto d'affitto stipulato a favore di società riconducibile agli amministratori di società fallita (che ne sceglievano i soci), che non si accollava i debiti della locatrice poi fallita, la quale perdeva la possibilità di svolgere qualsiasi proficua attività, per cui non avrebbe consegnato al curatore un'azienda con residua vitalità, anche in vista di un esercizio provvisorio. I giudici hanno ritenuto che tale contratto fosse stato stipulato nel solo interesse degli amministratori della fallita e che determinasse un impoverimento della massa fallimentare, comportando una drastica riduzione del valore dei beni che ne erano oggetto. L'affitto, infatti, era stipulato per sei anni e non prevedeva alcuna clausola di gradimento per la curatela: pertanto, sulla base della normativa dell'epoca (art. 80 L.F.), il curatore poteva solo subentrare nel contratto e accettarne gli effetti, con tutte le conseguenze che ne derivavano per i creditori (compresa quella di attendere lo spirare del sessennio per avviare la liquidazione dei beni locati). Né ha rilievo che i beni non fossero ancora entrati definitivamente nel patrimonio del locatore, né che il contratto non avesse avuto ancora esecuzione. E' la Corte di legittimità a rimarcare, infatti, che «tra i beni del fallito sono ricompresi, infatti, non solo quelli di sua proprietà, ma anche quelli sui quali l'impresa vanta un diritto reale, sia pure sottoposto a condizione, o personale di godimento, in quanto: nel primo caso, sussiste in capo al curatore il diritto di subentro nel contratto, ovvero, in caso di risoluzione per inadempimento, un diritto alla restituzione delle rate già riscosse (ex art. 1526 cc); nel secondo caso si tratta pur sempre di un diritto avente contenuto economico, di cui il curatore può, a seconda delle circostanze e della natura del contratto, avvalersi».

### 1.2.2. La cessione del ramo di azienda.

Altre operazioni contrattuali suscettibili di essere apprezzate in termini diametralmente opposti attengono alla cessione dell'azienda e, in particolare, di suoi rami particolari. Secondo l'articolo 186-bis, L.F., il piano di concordato di cui all' *articolo 161* , secondo comma, lettera e), può prevedere la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, come pure può ammettere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. Ma nella lettura penalistica, al fuori dell'attivazione della procedura delineata dall'art. 186-bis, cit.<sup>36</sup>, è comune l'esperienza per cui integra il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale la cessione di un ramo di azienda **senza corrispettivo** o con **corrispettivo inferiore al valore reale** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 17965 del 22/01/2013 Ud., dep. 19/04/2013 Rv. 255501) .

Non assume rilievo, al riguardo, il dettato dell'**art. 2560, comma 2, cod. civ.** in ordine alla responsabilità solidale dell'acquirente dell'azienda<sup>37</sup>. Da un lato, infatti, l'assunzione di tale responsabilità è subordinata alla circostanza che i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta risultino dai libri contabili obbligatori; in secondo luogo, la previsione civilistica non può avere alcuna ricaduta sul versante penale, posto che la natura distrattiva dell'operazione negoziale della cessione del ramo di azienda si riconnette non tanto alla cessione in sé, quanto piuttosto al fatto che al trasferimento non abbia fatto riscontro il versamento del corrispettivo del bene ceduto ovvero un valore di esso sottodimensionato.

Oltre all'evenienza sopra riportata, di intuitiva evidenza, anche un'iniziativa economica in sé legittima, nella misura in cui risulti riferita ad un'impresa in stato pre-fallimentare e produttiva

---

Esatta è stata stimata, in questa situazione, l'interpretazione dei giudici di merito che avevano ritenuto che la riserva di proprietà dei beni a favore della fallita non avesse influenza nella qualificazione della condotta.

<sup>36</sup> Ai sensi dell'art. 186-bis, L.F., occorrono le seguenti condizioni: a) il piano di cui all' articolo 161 , secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura; b) la relazione del professionista di cui all' articolo 161 , terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto. Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all' articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell' articolo 173 . Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.

<sup>37</sup> In proposito il ricorrente eccepiva che la cessione di un ramo d'azienda, neppure principale, non era atto tale da arrecare pregiudizio ai creditori, in forza della richiamata normativa civilistica, secondo cui, in caso di cessione d'azienda, l'acquirente risponde dei debiti pregressi risultanti dalle scritture contabili. Secondo il ricorrente l'esclusione della responsabilità dell'acquirente, risultante dall'atto di cessione, era da ritenere inefficace in quanto contrastante con una perentoria disposizione di legge.

di riflessi negativi per i creditori, può integrare il reato di bancarotta fraudolenta impropria patrimoniale<sup>38</sup>. In particolare, è stata ritenuta configurare tale delitto la cessione di un **ramo di azienda** di un'impresa in stato fallimentare effettuata per un prezzo corrispondente alla differenza algebrica tra attività e passività del ramo di azienda ma che, per la sua esiguità, aveva reso la **cedente priva di beni e della possibilità di proseguire utilmente l'attività**, con conseguente sottrazione di ogni garanzia per i crediti non compresi nel trasferimento<sup>39</sup> (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 24024 del 01/04/2015 Cc. , dep. 04/06/2015, Rv. 263943), senza garantire contestualmente il ripiano della situazione debitoria della società (Sez. 5, Sentenza n. 10778 del 10/01/2012 Ud., dep. 19/03/2012, Rv. 252008). Del resto, «*la bancarotta fraudolenta (nelle forme della distrazione o della dissipazione, ovvero nella determinazione dolosa del dissesto) non consiste soltanto - com'è ovvio - nella dismissione di beni (in particolare, di rami d'azienda) senza corrispettivo o con corrispettivo inferiore al*

---

<sup>38</sup> Con la **sentenza n. 24024/2015** la Corte ha osservato: «*Al riguardo, non può che convenirsi col ricorrente sul fatto il **trasferimento di un ramo d'azienda** (così come la scissione, la fusione o la cessione d'azienda) non rappresenta, in astratto, una operazione illecita, rientrando nella sfera dell'autonomia privata dell'imprenditore, che mantiene, fino allo spossessamento attuato con la dichiarazione di fallimento, la disponibilità dei beni di cui si compone l'azienda. Tale facoltà va però esercitata nel rispetto delle norme e dei principi che regolano il concorso dei creditori sui beni dell'impresa, poiché è pacifico che **la libertà di autodeterminazione, riconosciuta all'imprenditore, subisce i limiti connessi non solo alla rilevanza sociale della proprietà, ex art. 42 della Costituzione, ma anche quelli derivanti dai rapporti giuridici instaurati dall'impresa; tra cui, principalmente, quelli con i creditori. E' questo il fondamento della punibilità delle condotte che comportano la distrazione dei beni dalla funzione loro assegnata dall'ordinamento (quella di fungere da garanzia generica per i creditori), nonché delle condotte che violano il principio della par condicio creditorum: principio che, pur essendo stato significativamente intaccato dal proliferare dei privilegi e dal ridimensionamento operato dalla riforma delle legge fallimentare — d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e norme successive -, che ha previsto la possibilità di attuare - nell'ambito del concordato preventivo - trattamenti differenziati per classi di creditori, resta tuttavia uno dei cardini dell'ordinamento d'impresa, tant'è che la sua violazione è tuttora sanzionata a titolo di bancarotta preferenziale***».

<sup>39</sup> Nel caso in esame era ritenuta la dannosità dell'operazione per il ceto creditorio della fallita, giacché col **conferimento del ramo d'azienda** (quello rappresentato dall'attività di riparazione degli autoveicoli) in una distinta srl una parte dei creditori della fallita era stata "blindata" ed un'altra parte era stata lasciata completamente priva di garanzia. Il conferimento nella SRL del ramo d'azienda in questione - sebbene attuato con le procedure di cui agli artt. 2464 e segg. del cod. civ. - aveva avuto un sicuro impatto negativo sul ceto creditorio della fallita, per cui non poteva escludersene l'illiceità penale, sotto forma di distrazione, aggravamento del dissesto o trattamento preferenziale di alcuni creditori. Infatti, trasferendo alla srl gli immobili e le relative dotazioni strumentali, la fallita era rimasta completamente priva di beni e della possibilità di proseguire utilmente l'attività imprenditoriale, con la conseguenza che i crediti non trasferiti insieme al ramo d'azienda (ammontanti ad oltre 550mila euro) erano stati privati di ogni garanzia. Irrilevante il fatto che insieme ai beni erano stati trasferiti alla srl anche debiti di importo pressoché corrispondente, circostanza che non toglieva che gli altri crediti, non trasferiti insieme al ramo d'azienda, erano stati o privati della possibilità di concorrere sui beni (quelli trasferiti) dell'impresa. I creditori della fallita non avevano conservato "integra la garanzia patrimoniale costituita dai beni della società debitrice conferiti nella s.r.l." (per il disposto dell'art. 2560 cod. civ. , secondo cui l'acquirente d'azienda risponde dei debiti del cedente, ove risultanti dalla scritture contabili), giacché tale principio vale per la cessione d'azienda, ma non anche per un suo ramo. A meno di non voler compromettere del tutto la possibilità di operare cessioni di rami d'azienda, l'art. 2560 cod. civ. va interpretato, infatti, nel senso che **il cessionario risponde dei debiti della cedente - risultanti dalle scritture contabili - nel caso di trasferimento della "intera" azienda, e non anche in caso di trasferimento di una sua parte**. Il "ramo d'azienda", infatti, è un "bene" dell'azienda e come tale porta con sé -in caso di trasferimento - i debiti su di esso gravanti; non certo i debiti gravanti sui rami non oggetto di trasferimento. Sul punto la Cassazione civile (Sez. 3, Sentenza n. 13319 del 30/06/2015, Rv. 635820) ha chiarito che in caso di cessione di ramo d'azienda, l'acquirente, pur in presenza di una contabilità unitaria, risponde, a norma dell'art. 2560 cod. civ., dei debiti pregressi risultanti dai libri contabili obbligatori, a condizione, però, che siano inerenti alla gestione del ramo d'azienda ceduto. Nello stesso senso cfr. **Sez. 5 Pen., n. 18208/2015** che assume non esclusa la distrazione in virtù della previsione dell'art. 2560, comma 2, cod. civ. quale regola che vale per la cessione dell'intera azienda e per i debiti risultanti dalle scritture contabili e perché i beni aziendali sono posti a garanzia della totalità delle obbligazioni dell'impresa, e non solo di quelle relative al ramo di azienda ceduto. Pertanto, la cessione del ramo d'azienda attuata a condizioni estremamente svantaggiose per la cedente fallita è senz'altro idonea a creare pregiudizio ai suoi creditori, quale che fosse l'origine del credito facente capo a questi ultimi.

*valore reale (in questo senso, specificamente, Cass., n. 17965 del 22/1/2013), ma è integrata pure da attività e comportamenti che, sebbene corrispondenti all'esercizio di facoltà legittime riconosciute dall'ordinamento all'imprenditore, tuttavia rechino consapevolmente danno all'impresa, in quanto la liceità di ogni operazione dipende dai suoi riflessi sul patrimonio dell'imprenditore, sulla "salute" dell'impresa e sulla capacità dei beni aziendali di soddisfare le ragioni del ceto creditorio».*

In relazione alla **cessione da parte di società fallita di un ramo di azienda** comprensivo dei cespiti più facilmente collocabili sul mercato, la Corte di Cassazione (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 10778 del 10/01/2012 Ud., dep. 19/03/2012, Rv. 252008) ne ha riconosciuto la natura fraudolenta, in termini di **distruzione** della possibile prosecuzione dell'attività commerciale, quantunque il negozio fosse stato stipulato per prezzo congruo, venendo in rilievo l'estraneità agli interessi della fallita società. E' quest'ultimo profilo, in particolare, ad assumere un significato dirimente per apprezzare l'illegittimità (e non solo inopportunità) dell'operazione. Ha osservato, in proposito, la Corte: *«in tema di bancarotta fraudolenta, la cessione di beni patrimoniali è attività legittima quando sia destinata alla realizzazione delle **finalità dell'impresa**. Valutazione che deve essere accertata in concreto, tenendo presente che il criterio discretivo sulla legittimità della manovra va riferito all'interesse dell'impresa all'esitazione della porzione di ricchezza in vista, comunque, dell'integrità del suo patrimonio (garanzia dei creditori, ex art.2740 cod. civ.) nel suo complesso. Pertanto non sussiste alcun illecito se con la cessione viene realizzata una finalità aziendale (per es. raccolta di liquidità in ragione di pendenze debitorie) e viene conservata, con l'acquisizione della controprestazione offerta dal cessionario, l'ammontare quantitativo del patrimonio sociale. Diversamente è a dirsi se, con la perdita della disponibilità del cespite, si priva l'organismo non soltanto di una porzione di ricchezza, ma anche della capacità di perseguire utilmente l'oggetto sociale».* Nel caso all'esame della Cassazione l'operazione era stata stimata dannosa, poiché l'atto di cessione di fatto aveva posto fine all'attività economica della fallita, ridotta al parziale incasso dei crediti ed al parziale pagamento dei debiti. Come tale essa concretava opzione gestoria che danneggiava i creditori, non censurabile solo sul piano del merito della scelta, avendo realizzato un trasferimento patrimoniale di una porzione aziendale, sottratta all'apprensione dei creditori, qualitativamente indispensabile alla gestione della fallita, conservando quella di più difficile collocazione sul mercato (in un'ottica liquidatoria), rivelatasi insufficiente a fronteggiare le passività ed a proseguire nell'attività, tanto da aver condotto l'organismo, dopo poco tempo, al fallimento.

### 1.2.3. La cessione dell'avviamento commerciale.

In relazione alla contestazione della bancarotta fraudolenta per **distrazione dell'avviamento** dell'azienda della società fallita, realizzata concedendo, senza corrispettivo, alla cessionaria (sotto il controllo gestorio dell'amministratore della prima) di proseguire la medesima attività nella medesima sede, con i medesimi dipendenti e infrastrutture ed usufruendo della medesima clientela della fallita, la sentenza Agostini (Sez. 5, Sentenza n. 3817 del 11/12/2012 Ud., dep. 24/01/2013, Rv. 254474) ha ritenuto che «**non è suscettibile di distrazione l'avviamento commerciale dell'azienda se, contestualmente, non sia stata oggetto di disposizione anche l'azienda medesima o quanto meno i fattori aziendali in grado di generare l'avviamento, potendo peraltro quest'ultimo rappresentare da solo l'oggetto materiale della distrazione in caso di assenza di adeguata contropartita**». Per converso «**l'avviamento può essere oggetto autonomo della condotta di distruzione**».

La Corte di Cassazione ha assunto nel tempo differenti posizioni in merito alla configurabilità del delitto in esame rispetto all'avviamento. Come ricorda la sentenza Agostini, a fronte di una «*risalente decisione la quale ha affermato che l'avviamento, i rapporti di lavoro e la tecnologia costituiscono beni economicamente apprezzabili e pertanto suscettibili di essere considerati oggetto di bancarotta per distrazione, atteso che nel concetto di beni, agli effetti della L. Fall., art. 216, dovrebbero farsi rientrare tutti gli elementi del patrimonio dell'imprenditore, compresi non soltanto i beni suscettibili di utilizzazione immediata, ma anche i beni strumentali e persino quelli futuri (Sez. 5, n. del 24 maggio 1982, Marcucci, Rv. 155357), si registra un intervento più recente e di segno opposto, secondo cui, essendo necessario ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta che oggetto di distrazione siano rapporti giuridicamente rilevanti ed economicamente valutabili, l'avviamento commerciale di un'azienda non potrebbe costituire oggetto di distrazione (Sez. 5, n. del 8 marzo 2006, Franceschini ed altri, Rv. 234242)*»<sup>40</sup>.

Il dissidio origina, in parte determinante, dalla ricostruzione della natura dell'avviamento commerciale. Infatti, «*la sentenza Franceschini, rifacendosi alla giurisprudenza civile di legittimità, ricorda che tale deve intendersi, nei suoi termini generali, la **capacità di profitto di un'attività produttiva**, ossia quell'attitudine che consente ad un complesso aziendale di*

---

<sup>40</sup> Come ricorda la sentenza n. 3187/2013, cit., mentre «*nel caso risolto dalla sentenza Marcucci l'avviamento era stato ritenuto oggetto di distrazione in quanto erano stati ceduti, senza adeguato corrispettivo, i beni che lo incorporavano, in quello deciso dalla sentenza Franceschini, invece, l'autonoma contestazione della distrazione dell'avviamento era conseguita all'impossibilità di rinvenire i geni della medesima condotta tipica in comportamenti consistiti nella cessione delle quote della società poi fallita e nell'assunzione del suo personale da parte della società acquirente della medesima (apparentemente senza che vi fosse stata una cessione dei relativi contratti di lavoro). In definitiva, nel primo caso la distrazione dell'avviamento era stato considerato come conseguenza di quella dell'azienda, mentre nel secondo era stato sostanzialmente escluso che lo stesso potesse integrare l'oggetto autonomo della condotta criminosa - a fronte dell'escamotage ordito dagli imputati per non procedere alla cessione dell'azienda, che, per l'appunto, avrebbe comportato la necessità di retribuire anche il valore dello stesso avviamento - in quanto formalmente i beni che lo incorporavano non erano a loro volta stati oggetto di illecita distrazione*».

conseguire risultati economici diversi (ed, in ipotesi, maggiori) di quelli raggiungibili attraverso l'utilizzazione isolata dei singoli elementi che la compongono (Sez. 1 civ., n. del 2 agosto 1995, Rv 493535). In tal senso, dunque, l'avviamento sarebbe una mera **qualità del bene** (nello specifico l'azienda) ed in quanto tale non potrebbe costituire oggetto di distrazione indipendentemente dal bene cui è riferito. Breve: oggetto di distrazione sono i beni dell'Impresa e non il "valore" di quest'ultima, in quanto questo dipende inevitabilmente dalla sommatoria dei primi che lo incorporano».

Muovendo da una logica di composizione del contrasto, ritenuto apparente, la sentenza della Suprema Corte n. 3817/2013 precisa che l'avviamento commerciale deve sinteticamente intendersi come «la **"capacità" di profitto di un'azienda** (rectius: la capacità di produrre sovraredditi)» e il suo valore come «il **plusvalore dell'azienda avviata**». Esso non rappresenta per l'imprenditore una mera aspettativa di fatto, ma costituisce, invece, un "valore" dell'azienda che lo incorpora<sup>41</sup>, con natura patrimoniale e suscettibile di quantificazione economica. Ciò non significa che esso possa costituire oggetto di autonoma disposizione, risultando inscindibile dall'azienda medesima. «Ne consegue che - come affermato dalla sentenza Franceschini - non è possibile configurare la distrazione dell'avviamento commerciale dell'azienda oggetto dell'impresa successivamente fallita se contestualmente non sia stata oggetto di disposizione anche l'azienda medesima o quantomeno quei fattori aziendali in grado di generare l'avviamento. Ma nel caso di passaggio di mano dell'azienda per una contropartita che non remunerati adeguatamente il suo avviamento non v'è ragione - come ritenuto dalla sentenza Marcucci - per negare che quest'ultimo possa anche da solo rappresentare l'oggetto materiale della distrazione, atteso che la nozione di "bene" accolta dalla L. Fall., art. 216, si estende a tutti gli elementi del patrimonio dell'impresa, poiché l'oggetto del reato è costituito dal complesso dei rapporti giuridici economicamente valutabili che fanno capo all'imprenditore e che concorrono a costituire la garanzia patrimoniale dei creditori (Sez. 5, n. del 15 gennaio 1985, Ortolani, Rv. 167651)». Una volta stabilito che l'avviamento ha una intrinseca natura patrimoniale ed è suscettibile di valutazione economica, «il suo essere una "qualità" dell'azienda non ne pregiudica la vocazione a costituire l'oggetto materiale della bancarotta, quantomeno nei termini descritti».

La distrazione dell'avviamento della società fallita attraverso lo **sviamento della sua clientela e l'impiego del suo personale e delle sue infrastrutture in favore di altra impresa** possono in astratto considerarsi atti di disposizione del patrimonio sociale, dovendosi

---

<sup>41</sup> Si tratta di conclusione, come osserva la sentenza n 3187/2013, di cui dottrina e giurisprudenza civile non dubitano e che è confortata da plurimi indici positivi. «Basti pensare alla L. n. 392 del 1978, art.34 che, in tema di cessazione del rapporto di locazione di immobili commerciali, prevede a carico del locatore la prestazione di una indennità in favore del conduttore proprio in ragione della perdita dell'avviamento o al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, art. 51, comma 4 il quale, ai fini del calcolo dell'imposta di registro sugli atti che hanno ad oggetto aziende, assume a base imponibile il valore dei beni aziendali ricomprendendovi espressamente anche l'avviamento. Ed ancora vengono in conto gli artt. 2424 e 2426 c.c. che, rispettivamente, considerano l'avviamento "derivativo" una immobilizzazione immateriale e ne consentono l'appostazione nello stato patrimoniale del bilancio nei limiti del costo sostenuto per la sua acquisizione».

in proposito considerare i **rapporti obbligatori sottostanti ai contratti di lavoro con i dipendenti e quelli di fornitura in favore dei clienti** (Cass. Pen., Sez. 5, n. del 27 settembre 2012, Muglia, non massimata sul punto). *«In altri termini, oggetto di potenziale distrazione non sono i "clienti" o i "dipendenti", bensì i rapporti giuridici suscettibili di valutazione economica intrattenuti con essi dall'azienda. E non v'è dubbio che la cessione di tali rapporti comporti di fatto la cessione anche dall'avviamento aziendale, che necessita di adeguata ed autonoma retribuzione. Non è invece possibile ipotizzare la distrazione dell'aspettativa che i clienti, con i quali non sussista alcun rapporto in atto, si rivolgano in futuro all'azienda in forza dei rapporti intrattenuti in passato con la stessa (in questo senso anche la più volte citata sentenza Franceschini) ovvero quella che i dipendenti decidano di rimanere in azienda, piuttosto che licenziarsi e passare alla concorrenza».*

In senso parzialmente difforme (almeno in apparenza) si pone l'insegnamento della Sez. 5, Sentenza n. 26542 del 19/03/2014 Ud., dep. 19/06/2014, Rv. 260689<sup>42</sup> alla cui stregua *«ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta è necessario che la distrazione sia riferita a rapporti giuridicamente ed economicamente valutabili, con la conseguenza che non può costituire oggetto di distrazione l' avviamento commerciale di un'azienda ove questo venga identificato come prospettiva di costituire rapporti giuridici solo teoricamente immaginabili»*<sup>43</sup>. Secondo la Corte di legittimità è configurabile un atto distrattivo con riferimento a concreti ed individuabili atti di disposizione patrimoniale, privi di utilità per la società cedente, o a cessioni (senza corrispettivo) di rapporti contrattuali in essere, fonti di attuali situazioni creditorie. Non ha tali caratteri la distrazione dell'avviamento in sé, quando viene in considerazione come semplice passaggio, per la instaurazione di rapporti contrattuali futuri ed eventuali, di uno o più clienti della fallita, alla società o impresa con la quale il medesimo imprenditore prosegue la medesima attività produttiva: perché, infatti, non è automatico che ogni valore del patrimonio della società fallenda (così dovendosi qualificare quella parte di avviamento rappresentata dalla clientela) sia idoneo a dare luogo, se trasferito a vantaggio di altra realtà produttiva, ad un fatto penalmente rilevante come distrazione. Secondo quanto osservato dalla Cassazione, infatti, *«la distrazione, invero, è la condotta che determina il depauperamento del patrimonio della società e un bene immateriale quale è l'avviamento commerciale in sé considerato, a prescindere dalla gestione dei rapporti*

---

<sup>42</sup>Fattispecie in cui la Corte di legittimità ha escluso che potesse costituire condotta distrattiva l'aver l'agente indirizzato i principali clienti della società fallita alla impresa individuale con la quale aveva proseguito l'attività produttiva al fine di favorire la instaurazione di futuri rapporti contrattuali in capo a quest'ultima.

<sup>43</sup> La Corte di Cassazione ha richiamato il precedente della sentenza Franceschini che aveva dato risposta negativa al quesito qui in esame (dando ragione, in motivazione, dell'unico precedente solo apparentemente contrario - Cass., sez. 5<sup>^</sup>, 24 maggio 1982, Marcucci - ma riferito al trasferimento di ordinazioni già ricevute e dei materiali necessari ad eseguirle), assumendo che ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta è necessario che oggetto di distrazione siano rapporti giuridicamente rilevanti ed economicamente valutabili, con la conseguenza che, in linea generale, non può costituire oggetto di distrazione l'avviamento commerciale di un'azienda (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. del 08/03/2006 Ud., dep. 22/03/2006, Rv. 234242). Si è poi precisato, sulla stessa linea, che l'impossibilità di distrazione dell'avviamento commerciale dell'azienda va intesa come limitata al caso in cui, contestualmente, non siano stati oggetto di disposizione anche l'azienda medesima o i fattori aziendali in grado di generare l'avviamento (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. del 11/12/2012 Ud., dep. 24/01/2013, Rv. 254474).

*patrimoniali e contrattuali sottostanti, rappresenta una potenziale capacità di reddito, una aspettativa, ma non un reddito: ne' presente, ne' futuro nella forma del credito. In tale veste, la sua dispersione oggettiva, per l'autonoma scelta dei clienti di fruire dei prodotti della nuova impresa del medesimo imprenditore, non costituisce un fatto addebitabile a quest'ultimo né sotto la forma della distrazione, ne' sotto la forma della distruzione, ne' sotto la forma di comportamento doloso rilevante a titolo di bancarotta impropria». In altri termini, «in assenza di individuazione di un rapporto contrattuale già definito e trasferito, la capacità di fare impresa, raggiunta in concreto dall'agente per le sue personali capacità professionali, non è, di per sé, e per effetto di autonome scelte di clienti, idonea ad integrare l'elemento oggettivo del reato in contestazione poiché, a tacer d'altro, non sarebbe suscettibile di determinare un concreto e quantificabile depauperamento del patrimonio della società a danno dei creditori». Non appare sufficiente ad integrare il reato, sotto tale profilo, la semplice affermazione del trasferimento, non di rapporti contrattuali già definiti ed economicamente valutabili, ma dei principali clienti della società fallita, così facendo riferimento a rapporti giuridici che, con questi, solo potenzialmente, si sarebbero verificati e solo teoricamente erano immaginabili.*

Tali principi vengono considerati complementari (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 24295/2015) a quelli della sentenza n. 3817/2013 Rv. 254474 per la parte in cui viene affermato che l'avviamento commerciale dell'azienda è invece suscettibile di distrazione quando, contestualmente, è stata oggetto di disposizione anche l'azienda medesima o quanto meno i fattori aziendali in grado di generare l'avviamento. Da quanto esposto, recente pronuncia della Cassazione (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 31703 del 03/03/2015 Cc., dep. 21/07/2015, Rv. 264347) ha tratto l'ulteriore, in parte originale corollario. In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, in particolare, la **distrazione di un ramo di azienda** sarebbe **configurabile solo in caso di cessione avente ad oggetto, unitariamente, oltre che i singoli beni e rapporti giuridici, anche l'avviamento** riferibile a tale autonoma organizzazione produttiva. In tal senso, la Corte regolatrice ha ritenuto corretta l'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva annullato il sequestro preventivo di un intero complesso aziendale, che si ipotizzava costituisse l'oggetto di una cessione fittizia, rilevando come nella specie, pur essendovi una distrazione di veicoli, dei dipendenti, di denaro e di locali della società cedente successivamente fallita, non potesse configurarsi, in assenza della cessione dell'avviamento, una distrazione dell'intera azienda. Ad avviso della Corte, «è proprio lo stretto collegamento esistente tra l'avviamento ed il complesso di rapporti giuridicamente ed economicamente valutabili costituenti l'azienda, in virtù del quale il primo non esiste senza i secondi e questi ultimi non danno vita ad un'azienda, senza quel valore immateriale costituito dall'avviamento», che può persuadere del fatto che nel trasferimento parziale di mezzi, dei dipendenti, di denaro e della disponibilità di locali possa mancare l'elemento fondamentale, dato dall'avviamento, che consente di distinguere tra una semplice sommatoria di attività e passività aziendali e un'azienda unitariamente considerata, elemento sul quale influiscono vari fattori, quali la

clientela, l'organizzazione aziendale, l'ubicazione, l'abilità gestoria dell'imprenditore", come, peraltro, sottolineato da diverse sentenze pronunciate dal Supremo Collegio, in materia penale (cfr. la già citata Cass., sez. 5, 19/03/2014, rv. 260689) e civile (cfr. Cass., sez. 1, 27.2.2004, rv. 570614; Cass., sez. 1, 8.3.2013, rv. 625716). Occorre dunque la prova della avvenuta distrazione di un intero ramo di azienda, mancando nei trasferimenti dei singoli beni e rapporti l'elemento fondamentale costituito dall'avviamento, che consente di attribuire ad essi una dimensione aziendale, giustificando, quindi, ove sussistente, il sequestro dell'intero complesso aziendale.

Per altro ordine di considerazioni, secondo la ricordata sentenza n. 3817/2013, l'**avviamento** può costituire oggetto materiale della bancarotta fraudolenta patrimoniale realizzata attraverso la condotta di **distruzione** e cioè di annullamento del valore economico di uno degli elementi del patrimonio dell'imprenditore. *«In tal senso è dunque ipotizzabile l'intenzionale dispersione da parte dell'imprenditore dell'avviamento commerciale anche in assenza di alienazione od eterodestinazione dei beni aziendali. E la mancata conservazione dell'avviamento costituisce certamente una lesione della garanzia patrimoniale, frustrando l'interesse del ceto creditorio alla potenziale realizzazione di quel plusvalore impresso dal medesimo all'azienda all'atto della liquidazione dell'attivo fallimentare»*. Dunque, **eventuali condotte dell'imprenditore tese ad indirizzare i clienti che si rivolgano alla sua azienda verso altra concorrente o ad istigare il personale alla risoluzione volontaria del rapporto di lavoro nella prospettiva di una riassunzione presso una società concorrente** possono in concreto tradursi nella distruzione dell'avviamento penalmente rilevante.

#### **1.2.4. La manomissione e la cessione del bene detenuto in leasing.**

Secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione (Sez. 5 Pen., Ordinanza n. 9427 del 03/11/2011 Cc., dep. 12/03/2012, Rv. 251996), integra il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale qualsiasi **manomissione del bene pervenuto all'impresa a seguito di contratto di leasing**<sup>44</sup> che ne impedisca l'acquisizione alla massa, determinando la distrazione dei diritti esercitabili dal fallimento con contestuale pregiudizio per i creditori a causa dell'inadempimento delle obbligazioni assunte verso il concedente. La distrazione, dunque, non riguarda il bene, quanto i diritti esercitabili dal fallimento al termine del

---

<sup>44</sup> Come ha ricordato la Cassazione nell'occasione, il contratto di leasing o locazione finanziaria, è il negozio atipico col quale una parte, il concedente, dietro corrispettivo di un canone periodico, concede ad un'altra parte (utilizzatore) il godimento di un bene, con facoltà di restituirlo al termine prefissato ovvero di "riscattarlo" dietro pagamento di una specificata somma residua. Tale essendo la struttura del rapporto giuridico, ne deriva che la proprietà del bene, in pendenza del termine di durata, rimane in capo al concedente e il relativo trasferimento è solo eventuale in quanto dipende dalla scelta dell'utilizzazione, che sarà effettuata in base a una valutazione della residua utilità economica della cosa, in rapporto all'ammontare del prezzo di "riscatto".

contratto<sup>45</sup>, originando per i creditori il danno derivante dall'inadempimento delle obbligazioni verso il concedente (cfr. Cass. Pen., Sez. 5 n. 25137/2012; Id., n. 9427/12 del 3 novembre 2011, P.M. in proc. Cannarozzo e altro, Rv. 251995; Id., n. 33380 del 18 luglio 2008, Bottamedi, Rv. 241397; Id., n. 6882 del 8 aprile 1999, Trifiletti, Rv. 213604). In altri termini (Cass. Pen., Sez. 5, n. 49115/2015), «*la sottrazione del bene di cui il fallito ha acquisito il godimento ne impedisce la restituzione al concedente, che ne è il proprietario, influendo in tal senso sulla integrità della garanzia patrimoniale dei creditori e ciò anche a prescindere dalla eventualmente già avvenuta risoluzione del rapporto contrattuale per il mancato pagamento dei canoni del leasing (e della sua opponibilità alla curatela) o della distruzione della facoltà di riscattare il bene medesimo*».

Al riguardo, occorre altresì precisare (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 44898 del 01/10/2015 Ud., dep. 09/11/2015, Rv. 265509) che ai fini della configurabilità della bancarotta per distrazione da parte dell'utilizzatore (poi) fallito di beni ottenuti in "leasing" è **necessario che gli stessi siano pervenuti nella sua effettiva disponibilità**, in conseguenza dell'**avvenuta consegna**, e che di essi vi sia stata appropriazione, non rilevando la tipologia del contratto di "leasing" (traslativo o di godimento)<sup>46</sup>. Non è configurabile la distrazione dei beni non rinvenuti in sede di inventario ove essi non siano entrati realmente nella sfera patrimoniale della società fallita, condizione imprescindibile per ipotizzare quel distacco ingiustificato che integra sul piano oggettivo la fattispecie incriminatrice.

Con la sentenza 29757/2010 Rv. 248262 la Cassazione penale ha aggiunto che nel caso di **fallimento dell'utilizzatore** può venire in rilievo la **sola disponibilità di fatto**, essendo sprovvisto della disponibilità giuridica, almeno sino alla fine rapporto e, cioè, sino a quando, previo esercizio del diritto di opzione, il medesimo non corrisponda il prezzo di riscatto, acquisendo così la proprietà del bene<sup>47</sup>. La disponibilità di fatto postula, pur sempre,

---

<sup>45</sup> La Cassazione (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 7746 del 10/05/1988 Ud., dep. 04/07/1988, Rv. 178790) assume che il contratto di locazione finanziaria attribuisce allo utilizzatore la **facoltà di scegliere**, alla scadenza del rapporto, fra la restituzione del bene ricevuto o il conseguimento della proprietà di esso alle condizioni stabilite. Nel caso di locazione finanziaria, osserva la Corte di legittimità (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 845 del 05/11/1992 Ud., dep. 01/02/1993, Rv. 193188), «*anche se il bene in quanto tale non è ancora entrato nel patrimonio del conduttore, vi è entrato, però, il relativo diritto di riscattarlo alla scadenza del rapporto*» (nello stesso senso Sez. 5 Pen., Sentenza n. 6882 del 08/04/1999 Ud., dep. 01/06/1999, Rv. 213604). Nel rapporto di leasing la clausola di opzione per l'acquisto del bene da parte dell'utilizzatore produce i suoi effetti e la dichiarazione del concedente costituisce proposta irrevocabile: «*sorge, così, nel primo il diritto di addivenire al futuro contratto di compravendita, con la conseguenza, in caso di suo fallimento, che l'opzione, che ha posto in essere un rapporto giuridico economicamente valutabile, dà facoltà al curatore di subentrare nell'esercizio dello stesso diritto ai fini dell'acquisizione del bene*» (Cass. Pen., Sez. 1, Sentenza n. 4846 del 26/11/1992 Cc., dep. 14/01/1993, Rv. 193443).

<sup>46</sup> La consegna del bene oggetto del contratto non è un naturale negotii, posto che il leasing, anche se nella forma c.d. traslativa, non ha natura reale, ma efficacia meramente obbligatoria, tant'è che, poi, il perfezionamento dell'effetto traslativo è rimesso ad un evento futuro ed eventuale, conseguente ad una manifestazione unilaterale di volontà del conduttore, che intenda esercitare il diritto di opzione in suo favore ai fini del riscatto del bene ad un prezzo predeterminato.

<sup>47</sup> In ordine alla nozione di disponibilità dei beni locati nei contratti di leasing, condizione necessaria ai fini dell'integrazione della distrazione rilevante ai sensi della fattispecie delittuosa di cui alla L. Fall., art. 216, comma 1, n. 1, la Cassazione ha ricordato nell'occasione che se la condotta distrattiva in un rapporto di leasing, penalmente rilevante nell'ottica dell'art. 216, comma 1, n. 1, RD 267/42, nel senso del distacco del bene dall'asse patrimoniale in pregiudizio dei creditori, può avere come presupposto tanto la disponibilità giuridica che quella meramente di fatto, è evidente che un qualsiasi atto dispositivo in chiave giuridica, che riguardi strumentalmente il contratto di leasing in

**l'avvenuta consegna del bene** oggetto di contratto di leasing; verificatosi tale indefettibile presupposto, la relativa appropriazione da parte sua integra distrazione<sup>48</sup> (cfr., tra le altre, Cass. Pen., Sez. 5, 14.12.2000, n. 10333, dep. 13.3.2001, rv. 218681; Id., Sentenza n. 33380 del 18/07/2008 Ud., dep. 12/08/2008, Rv. 241397), in quanto la sottrazione (o la dissipazione) del bene comporta un pregiudizio per la massa fallimentare (che avrebbe potuto conseguirlo mediante riscatto al termine del rapporto negoziale), privata del valore dello stesso e, ad un tempo, gravata di ulteriore onere economico scaturente dall'inadempimento dell'obbligo di restituzione. Occorre mettere in risalto che il pregiudizio si verifica sia nell'ipotesi di *leasing* c.d. traslativo che in caso di *leasing* di godimento<sup>49</sup>, anche se si connota per diversa entità nelle due tipologie negoziali<sup>50</sup>.

---

logica distrattiva, postula che il soggetto agente abbia la disponibilità giuridica. Disponibilità che «può avere solo il concedente e non anche l'utilizzatore, che, per cedere efficacemente il contratto di locazione finanziaria, ha necessità del consenso della società locatrice. Di guisa che una condotta distrattiva che si realizzi tramite un atto dispositivo di un contratto di leasing già in essere può riguardare soltanto il concedente, nell'ipotesi che sia questo il soggetto sottoposto a procedura fallimentare». Invece, **ove il fallimento riguardi l'utilizzatore «può venire in rilievo la sola disponibilità di fatto**, essendo pacifico che il soggetto non ha la disponibilità giuridica, almeno sino alla fine rapporto e, cioè, sino a quando, previo esercizio del diritto di opzione, non abbia corrisposto il prezzo di riscatto, acquisendo così la proprietà del bene».

<sup>48</sup> Secondo lo stabile insegnamento della Corte regolatrice, per **distrattione**, rilevante ai fini dell'integrazione della corrispondente forma di bancarotta fraudolenta, deve intendersi qualsivoglia distacco del bene o di utilità economiche dal patrimonio dell'imprenditore o della società, con conseguente depauperamento dell'asse concorsuale. Distacco inteso in senso non solo fisico, ma anche giuridico (come la perdita di titolarità sul bene, conseguente a qualsiasi atto negoziale di disposizione che comporti diminuzione patrimoniale od anche l'assunzione di obbligazioni volte a determinare, comunque, pur con effetti differiti, quella diminuzione, con la messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'imprenditore singolo, costituente garanzia generica del creditori, ai sensi della generale previsione dell'art. 2740 c.c., o del patrimonio della società: cfr. tra le altre, Cass. Sez. 5 Pen., n. 15850 del 26.6.1990 Ud., dep. 29/11/1990, rv. 185891; id., n. 7359 del 24.5.1984, dep. 24/09/1984, rv. 165673). Perché si configuri la distrazione occorre che l'agente abbia disponibilità del bene, in senso giuridico od anche di mero fatto. Per disponibilità giuridica si intende il potere di disporre del bene con atti giuridicamente rilevanti, nel senso della loro idoneità a produrre effetti nella sfera giuridica delle parti. Disponibilità materiale è, invece, il potere di disporre di fatto del bene, nel senso del suo concreto utilizzo e godimento, indipendentemente dalla titolarità, in senso appunto giuridico, dello stesso.

<sup>49</sup>Seconda la basilare **distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo**, elaborata dalla giurisprudenza civile della Corte di legittimità, il primo viene pattuito con funzione essenziale di finanziamento rispetto a beni soggetti a rapida obsolescenza economica ed **inidonei**, quindi, a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto; e prevede il versamento di canoni che costituiscono, esclusivamente, il corrispettivo dell'uso, e dunque del godimento, del bene. Il secondo, invece, viene pattuito con riferimento a beni durevoli, atti a conservare, alla scadenza del contratto, un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'esercizio del diritto di opzione, al fine dell'acquisizione in proprietà e dietro il versamento di canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto, rispetto al quale la concessione in godimento assume valore meramente strumentale (cfr., tra le altre, Cass. Sez. 1 Civile, 9.4.2003, n. 5552, rv. 562004). In entrambe le forme contrattuali, la dinamica del rapporto è però identica, prevedendo alla fine la possibilità del riscatto in esito all'esercizio del diritto di opzione. Per effetto della mera manifestazione di unilaterale volontà dell'utilizzatore, nei termini anzidetti, potrà perfezionarsi l'acquisto della proprietà del bene in suo favore, ma sino a quel momento la disponibilità giuridica rimane in capo al concedente.

<sup>50</sup> Diversi sono gli effetti ed i riflessi economici nelle due configurazioni contrattuali in caso di inadempimento dell'utilizzatore e di conseguente risoluzione del contratto. Nel caso di leasing di godimento, sussiste il diritto del concedente di trattenere le prestazioni già eseguite e di pretendere la restituzione del bene; nel leasing traslativo, il concedente ha diritto di pretendere la restituzione del bene ma ha il **dovere di restituire i canoni percepiti**, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno, sulla falsariga della disciplina dettata per la vendita a rate con patto di riservato dominio. Di talché, **«la determinazione della tipologia del rapporto può assumere rilievo al fine di stabilire se dalla sottrazione o dissipazione dei beni oggetto di leasing, di cui sia previamente accertata la consegna, sia derivato un apprezzabile pregiudizio per i creditori, posto che - in rapporto al residuo valore del bene - potrebbe non essere sempre, economicamente, conveniente l'esercizio del diritto potestativo del riscatto. In tale ultima ipotesi, la sottrazione o dissipazione del bene - pur se, astrattamente, riconducibile ad altri paradigmi delittuosi - non integra, però, bancarotta fraudolenta per distrazione, che presuppone un concreto pregiudizio per i creditori. La disponibilità giuridica del bene è in capo del concedente (o locatore) e permane sino allo svolgimento del rapporto; la disponibilità di fatto è in capo all'utilizzatore - conduttore e**

Nel caso di **cessione del contratto ad altro utilizzatore**, invece, la situazione è più articolata e complessa. Il **nocumento per la massa è soltanto eventuale**, in quanto «*si realizza soltanto se possa affermarsi che la prosecuzione del rapporto da parte del curatore avrebbe recato in concreto una risorsa economica positiva e non un onere: e al relativo accertamento è condizionata la responsabilità dell'imprenditore cedente a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale (Sez. 5, n.3612/07 del 06/11/2006, Trallicci, Rv. 236043; Sez. 5, n. del 23/04/2003, Lazzarini, Rv. 227705)*». Ove dalla mancata cessione derivi l'impossibilità per l'impresa (poi) fallita di far fronte alle scadenze dei canoni di leasing, considerati gli effetti dell'inadempimento alla stregua delle clausole contrattuali (obbligo di restituzione del bene, corresponsione dei canoni già scaduti, risarcimento dei danni, da commisurarsi ai canoni destinati a scadere fino al termine del rapporto, salvo moderazione ad opera del giudice ex art. 1526 c.c.), può essere considerato oneroso per la curatela fallimentare il subentro nel rapporto, con conseguente esclusione della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione. Né tale conclusione è vincibile dalla considerazione della sproporzione fra l'esiguo corrispettivo versato dal cessionario e i vantaggi derivanti dal maggior valore residuo dei beni, rispetto ai canoni maturandi. Infatti, gli effetti della cessione nei confronti della massa e della prosecuzione del rapporto contrattuale non possono essere valutati secondo il regime "fisiologico" (ovvero di regolare adempimento delle obbligazioni), ma tenendo conto dell'incapacità della cedente di far fronte al pagamento dei canoni. In altri termini, la Corte regolatrice (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 3612 del 06/11/2006 Ud., dep. 31/01/2007, Rv. 236043) ha chiarito che la pregressa cessione di un contratto di locazione finanziaria integra gli estremi della distrazione nel solo caso in cui determini un **effettivo nocumento nei confronti dei creditori**, il che è escluso quando la permanenza del rapporto negoziale nel patrimonio affidato al curatore costituisca in concreto, dal punto di vista economico, un onere e non già una risorsa positiva. In applicazione di questo principio, la Suprema Corte ha censurato la decisione con cui il giudice di appello aveva ritenuto la sussistenza del reato di cui all'art. 216 L.F. omettendo di valutare la pesante situazione debitoria nei confronti del locatore, per canoni scaduti e non pagati, con la conseguenza che la cessione dei beni in *leasing* per un corrispettivo che teneva conto di tale situazione, lungi dall'arrecare un danno all'impresa fallita, si era risolta in un vantaggio, avendo evitato la risoluzione per inadempimento dei contratti con la conseguenziale perdita sia delle autovetture sia degli importi delle rate già versate. Secondo la Corte di Cassazione (cfr. Sez. 5 Pen., Sentenza n. 30492 del 23/04/2003 Ud., dep. 21/07/2003, Rv. 227705) il giudice di merito deve verificare, sulla base delle molte variabili che condizionano la gestione fallimentare, se la continuazione del rapporto di *leasing* avrebbe rappresentato per la curatela un peso economico

---

*postula, naturalmente, l'avvenuta consegna del bene, che costituisce adempimento di uno specifico obbligo del concedente, come in un ordinario rapporto di locazione, a mente dell'art. 1575 c.c., n. 1».*

improduttivo - il ché escluderebbe il significato distrattivo della cessione - oppure un potenziale vantaggio patrimoniale, ad esempio attraverso l'utile acquisizione della proprietà del bene mediante riscatto.

### 1.2.5. La cessione di bene acquistato con patto di riservato dominio.

È configurabile la bancarotta fraudolenta nel caso in cui l'imprenditore, nell'imminenza della dichiarazione di fallimento, consegna al venditore i beni acquistati con patto di riservato dominio (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 3392 del 14/12/2004 Ud., dep. 02/02/2005, Rv. 231407; Id., 4 aprile 1984, Tinti, rv 165469; Id., 17 giugno 1983, Lisi, rv 160521). Occorre ricordare, in proposito, che i beni sui quali grava la riserva di proprietà creano a favore del compratore possessore, in caso di risoluzione del contratto a norma dell'art. 1526 cc., un diritto di credito in relazione alle rate già corrisposte e, ciò che più conta, i beni stessi possono essere acquisiti al fallimento essendo prioritaria - ex art. 73<sup>51</sup> l.fall. - la scelta del curatore di subentrare nel contratto con l'autorizzazione del giudice delegato (salva la facoltà del venditore, di chiedere cauzione)<sup>52</sup>. Solo nel caso di mancato esercizio di tale facoltà da parte del curatore, il venditore potrà ottenere la restituzione della cosa con la risoluzione del contratto a norma dell'art. 1526 cit., ma dovrà restituire al fallimento le rate riscosse e insinuare al passivo il credito chirografario per l'uso della cosa, salva la compensazione ex art. 56 l. fall. qualora ne ricorrano le condizioni.

Questo significa che la particolare situazione di tali beni mobili non li esclude dalla categoria di "beni" suscettibili di costituire oggetto delle condotte di cui al disposto dell'art. 216 l. fall., comprendenti il complesso dei rapporti giuridici economicamente valutabili che fanno capo all'imprenditore, con esclusione delle sole mere aspettative di fatto.

---

<sup>51</sup> **Art. 73 RD 267/42** (come modificato dall' art. 60, comma 1, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 , a decorrere dal 16 luglio 2006 e, successivamente, così sostituito dall' art. 4, comma 9, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 , a decorrere dal 1° gennaio 2008): «Nella **vendita con riserva di proprietà, in caso di fallimento del compratore**, se il prezzo deve essere pagato a termine o a rate, il curatore può subentrare nel contratto con l'autorizzazione del comitato dei creditori; il venditore può chiedere cauzione a meno che il curatore paghi immediatamente il prezzo con lo sconto dell'interesse legale. Qualora il curatore si scioglia dal contratto, il venditore deve restituire le rate di prezzo già riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa. **Il fallimento del venditore** non è causa di scioglimento del contratto».

<sup>52</sup> Come rimarca Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 1527 del 07/05/1965 Ud., dep. 08/06/1965, Rv. 099679, «*la vendita con riserva di proprietà differisce il passaggio della proprietà al momento del pagamento integrale del prezzo, per cui il pagamento dell'ultima rata costituisce la condizione necessaria perché nell'attivo del patrimonio del fallito entri la proprietà della cosa venduta; e innegabile però che ogni altro effetto normale del contratto si verifica sin dal momento della stipulazione, il che consente al curatore di subentrare nel contratto con l'autorizzazione del giudice delegato e di acquisire il bene in favore della massa dei creditori*».

### 1.2.6. La cessione di beni sociali di provenienza illecita.

Con riferimento alla rilevanza o meno della liceità dell'ingresso del bene nel patrimonio del fallito, corrisponde ad orientamento stabile della Corte di Cassazione ritenere che **«il reato di bancarotta fraudolenta non è escluso dal fatto che i beni oggetto della condotta siano di provenienza illecita»** (Sez. 5 Pen., n. 44159 del 2008, Rv 241692; id., 6336/2016). Ad assumere prioritario significato, in tal senso, è *«la consistenza obiettiva del patrimonio, comunque formatasi: e ne deriva che anche un bene provento di delitto può costituire un cespite sul quale soddisfare le ragioni dei creditori»*.

Ne consegue l'irrelevanza, ai fini della configurabilità della bancarotta patrimoniale, della diversa natura dei reati generativi del provento distratto ed in particolare della distinzione tra quelli con o senza cooperazione della vittima. **E' configurabile il concorso tra la bancarotta fraudolenta e la truffa, nel caso dell'imprenditore, poi, fallito che, dopo aver acquisito con mezzi fraudolenti beni al suo patrimonio ed alla sfera di disponibilità (indipendente dalla proprietà e dal modo di acquisto), successivamente li sottragga alla garanzia della massa creditizia.** Si tratta di evento differente, cui si perviene con un'azione distinta ed autonoma, che lede un bene giuridico distinto da quello della truffa, reato esaurito con l'acquisizione di beni mediante mezzi fraudolenti (Cass. Pen., Sez. 6, n. 6791 del 2000; Cass. , Sez. 5 Pen., n. 8373 del 2013; Id., n. 11711 del 1997); circostanze che escludono la ricorrenza di un concorso apparente tra tali norme incriminatrici. E' configurabile il concorso effettivo con il reato fallimentare anche nel caso in cui **il soggetto abbia acquisito la disponibilità di un bene attraverso un reato senza cooperazione della vittima, comportandosi sullo stesso uti dominus;** è il caso del furto e dell'appropriazione indebita (Cass. Pen., Sez. 5, n. 1401 del 1980) nonché del contrabbando (Cass. Pen., Sez. 3, n. 3852 del 1992). Anche i frutti di tali reati *«entrano a far parte del patrimonio del fallito e diventano cespiti sui quali i creditori possono pretendere di soddisfare le loro ragioni, con la conseguenza che le eventuali sottrazioni operate su di essi configurano, in caso di dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, il reato di bancarotta per distrazione»*. Per la Cassazione (Sez. 5 Pen., n. 3852 del 1992; Id., n. 31911 del 2001) **«non è, infatti, rilevante come il denaro sia entrato nel patrimonio della società anche quando esso sia frutto di azioni poco o per nulla lecite, non vi è dubbio che una volta entrato a fare parte del patrimonio sociale esso non possa essere distratto in danno dei creditori»**.

Non manca una giurisprudenza di legittimità per cui i beni di provenienza illecita sarebbero suscettibili di distrazione fino a quando non siano individuati e separati dagli altri facenti parte del patrimonio del fallito (in questo senso da ultima Sez. 5 Pen., n. 23318 del 17 marzo 2004, Spartà ed altri, Rv. 228863). Ma ciò secondo la Cassazione (Sez. 5 Pen., n. 24051/2014) non contraddice il principio illustrato e può essere ribadita a patto di coglierne l'esatto significato.

In tal senso « *infatti, si è inteso affermare semplicemente che i beni rinvenuti in possesso del fallito, ma che sono rimasti materialmente distinti dal suo patrimonio, non sono suscettibili di distrazione a patto che vengano individuati e formalmente separati e sempre che il fallito non ne abbia reso impossibile la restituzione, dovendo egli altrimenti rispondere comunque del reato di bancarotta. Come chiarito dalle sezioni civili di questa Corte, comunque, le domande di rivendicazione, restituzione o separazione, ai sensi dell'art. 103 della legge fallimentare, sono ammissibili solo con riguardo a cose mobili possedute dal fallito ed esattamente individuate per specie, non anche in relazione alle cose fungibili ed, in particolare, al denaro, restando al loro riguardo configurabile un diritto di credito azionabile nei modi e con gli effetti previsti dagli art. 93 e segg. della stessa legge nei confronti della curatela del fallito (Sez. 1 civ., Sentenza n. 12718 del 18 ottobre 2001, Rv. 549721). E' dunque escluso che il danaro conseguito dal fallito, anche se di provenienza illecita, possa in alcun caso sottrarsi alla confusione con il suo patrimonio evitando di costituire oggetto dello spossessamento previsto dall'art. 42 legge fall. e ciò a prescindere dalla sua eventuale tracciabilità o dalla capienza del suddetto patrimonio. Conseguentemente non può dubitarsi che la successiva sottrazione di una somma pari a quella precedentemente oggetto di confusione integri l'elemento materiale del reato previsto dall'art. 216 legge fall., in quanto tale condotta è idonea a mettere a repentaglio gli interessi dei creditori del fallito».*

#### **1.2.7. La cessione di beni sociali nella disponibilità precaria.**

Costituiscono **beni appartenenti al fallito le cose oggetto del diritto di proprietà, dei diritti immateriali ed i crediti, ma non i beni mantenuti nella sua limitata disponibilità con possesso solo precario**, per essere stati ricevuti «*a titolo diverso dalla traslatio dominii (locazione, comodato, deposito) e dunque mai usciti dal patrimonio del dominus*», titolare del diritto alla restituzione (Cass., Sez. 5 Pen., n. 13356 del 2015). Questi ultimi beni non possono essere oggetto delle condotte di bancarotta patrimoniale, essendo solo affidati al fallito. Tali beni possono essere coinvolti nella procedura fallimentare, in quanto si trovino presso il fallito al momento dell'apertura della procedura concorsuale, ma non fanno parte del suo patrimonio e devono essere restituiti al proprietario, seppure con le modalità individuate dal R.D. n. 267 del 1942. Fermo restando che la loro eventuale manomissione può comportare la penale responsabilità del fallito ad altro titolo diverso dalla bancarotta.

Non possono formare oggetto di distrazione fallimentare i **beni pervenuti al fallito attraverso un negozio giuridico affetto da anomalia genetica, inidoneo al trasferimento della proprietà** (Cass. Pen., Sez. 5, n. 5423 del 1997 per una compravendita di immobile, stipulata con atto notarile sottoscritto dalle parti, ma non trascritto né registrato

né inserito a repertorio per la mancata allegazione del certificato di destinazione urbanistica, requisito essenziale per la validità dell'atto ex art. 18, L. n. 47 del 1985).

### **1.2.8. La restituzione dei finanziamenti ai soci non amministratori.**

Secondo il maggioritario insegnamento di legittimità (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 14908 del 07/03/2008 Ud., dep. 09/04/2008, Rv. 239487; Id., Sentenza n. 1793 del 10/11/2011 Ud., dep. 17/01/2012, Rv. 252003; Id., Sentenza n. 13318 del 14/02/2013 Ud., dep. 21/03/2013, Rv. 254985) integrano il reato di bancarotta preferenziale le **restituzioni, effettuate in periodo di insolvenza, ai soci (non amministratori) dei finanziamenti concessi alla società**, che costituiscono crediti liquidi ed esigibili. Non può esser trascurata la specifica posizione del creditore soddisfatto in periodo di insolvenza o di forte difficoltà del debitore: non tanto per la disciplina che oggi assiste questa forma di finanziamento, con la postergazione rispetto agli altri creditori (cfr. art. 2467 c.c.), quanto, invece, dalla connotazione soggettiva specifica del dolo che caratterizza questi pagamenti: *«vi è, invero, assenza di motivi giustificabili in termini di interesse societario nella soddisfazione del socio prima degli altri creditori (per es. le aziende di credito), poiché il primo, a differenza della restante massa creditoria, non ha alcun interesse ad avanzare, in caso di inadempimento, istanza di fallimento verso la società. Unica ragione, quindi, è il volontario e specifico perseguimento dell'interesse del creditore privilegiato, a danno della restante massa creditoria»* (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 14908 del 07/03/2008 Ud., dep. 09/04/2008, Rv. 239487). In tal senso sembra superata la più rigorosa impostazione della sentenza Ribatti (Sez. 5, Sentenza n. 23672 del 15/04/2004 Ud., dep. 20/05/2004, Rv. 229032) alla cui stregua le **restituzioni ai soci dei conferimenti o delle anticipazioni** effettuate poco prima del fallimento della società, fuori dei casi di legittima riduzione del capitale, integrerebbe il reato di bancarotta per distrazione (e non quello di bancarotta preferenziale), quale condotta in contrasto con gli interessi della società fallita e della intera massa dei creditori, consistendo nella appropriazione di parte delle risorse sociali, distolte dalla loro naturale destinazione a garanzia dei creditori<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Come ha osservato la Corte, nell'occasione, *«la fattispecie di cui all'art. 216, terzo comma, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (bancarotta preferenziale) si riferisce al fallito che esegue pagamenti o simula titoli di prelazione allo scopo di favorire, a danno di altri creditori, alcuni di essi. Occorre, quindi - quanto all'oggetto del reato - la violazione della "par condicio creditorum" nella procedura fallimentare e, in relazione all'elemento psicologico, il dolo specifico, costituito dalla volontà di recare un vantaggio al creditore (o ai creditori) soddisfatto. Le restituzioni ai soci dei conferimenti o delle anticipazioni, effettuate, nel corso della vita della società, fuori dai casi di legittima riduzione del capitale sociale, costituiscono un comportamento illecito dell'amministratore, sanzionato dall'articolo 2626 c.c.. Le indicate restituzioni, nell'ipotesi in cui siano effettuate poco prima del fallimento di una società, incidono sul patrimonio della stessa riducendolo di fatto, e conseguentemente determinano l'affievolimento della garanzia generale che i creditori vantano sul capitale sociale. In particolare i **finanziamenti effettuati dai soci possono costituire anticipazioni su futuri aumenti di capitale sociale, ovvero conferimento di beni o risorse economiche che entrano a far parte del patrimonio della società e come tali possono essere oggetto delle pretese dei creditori sociali. La restituzione ai soci delle anticipazioni da loro effettuate a favore della società, costituisce quindi, una vera e propria appropriazione di parte delle risorse sociali, che vengono distolte dalla loro naturale***

### 1.2.9. La restituzione dei finanziamenti ed il pagamento dei crediti degli amministratori.

Nel caso di **finanziamenti del socio amministratore**, la Corte di Cassazione (Sez. 5, Sentenza n. 34505 del 06/06/2014 Ud., dep. 05/08/2014, Rv. 264277; Id., n. 41143 del 20/05/2014 Ud., dep. 03/10/2014, Rv. 261250; Id., n. 25292 del 2012 Rv. 253001; Id., n. 42710 del 2012 Rv. 254456) ritiene con buona stabilità che la condotta del gestore, volta alla restituzione, in periodo di dissesto, di prestiti dal medesimo in precedenza concessi, integri il reato di bancarotta per distrazione e non quello di bancarotta preferenziale.

Più in generale, la qualificazione penalistica della condotta dell'**amministratore che si ripaghi di un credito**, maturato verso la società fallita, con denari o beni appartenenti al patrimonio sociale, ha registrato altalenanti soluzioni in seno alla giurisprudenza di legittimità, con conseguenze significative sul regime del **dolo** e della **prescrizione** dei reati a turno ipotizzati<sup>54</sup>.

In particolare, al riguardo, si sono delineate due opinioni fondamentali. Un primo e più risalente indirizzo ha ritenuto configurabile la fattispecie della **bancarotta preferenziale** (Cass. Pen., Sez. 5, n. 7051 del 07/06/1973 Ud., dep. 17/10/1973, Rv. 125217), rapidamente superato da un successivo orientamento, favorevole alla tesi dell'integrazione della **bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione** (Cass. Pen., Sez. 5, n. 5077 del 30/01/1987 Ud., dep. 24/04/1987, Rv. 175775; Id., n. 14380 del 14/10/1999 Ud., dep. 21/12/1999, Rv. 215186), valorizzando, accanto all'illecito ristoro del credito, la lesione dei doveri di protezione del patrimonio sociale, connessi alla carica gestoria, e, quindi, dei doveri di fedeltà all'organismo amministrato. Con una sentenza del 2006 (Cass. Pen., Sez. 5, n. 23730 del 18/05/2006, dep. 07/07/2006, Rv. 235325) sembrava essere stata nuovamente invertita la tendenza, in favore dell'integrazione della fattispecie di bancarotta preferenziale<sup>55</sup>. Nondimeno,

---

**destinazione a garanzia dei creditori.** Non si tratta di alterazione dei criteri preferenziali previsti dalla legge nel concorso dei creditori, preferendo alcuni di loro in danno di altri, ma di una condotta in contrasto con gli interessi della società fallita e dell'intera massa dei creditori, con la conseguenza che il comportamento dell'amministratore che in previsione del fallimento restituisca le quote sociali o le anticipazioni effettuate dai soci, non integra il reato di bancarotta preferenziale, bensì quello di **bancarotta per distrazione** sancito dall'articolo 223 comma secondo numero 1 legge fallimentare. Esso sussiste indipendentemente dalla capienza dell'attivo fallimentare rispetto alla possibilità di soddisfare in tutto o in parte le ragioni dei creditori, perché discende dal divieto espressamente sancito dal legislatore all'articolo 2626 c.c. richiamato dall'articolo 223 n. 1 legge fall. ».

<sup>54</sup> Per la bancarotta preferenziale collegata a restituzioni per crediti di soggetti societari, oltre ad essere richiesto che essi siano liquidi ed esigibili e che i rimborsi siano effettuati in periodo di insolvenza, infatti, è anche necessario provare che i pagamenti abbiano lo scopo di favorire taluno dei creditori a danno degli altri. Parimenti evidente la consistente maggior brevità del tempo occorrente ad estinguere per prescrizione il reato "preferenziale".

<sup>55</sup> Nell'occasione, infatti, era stato evidenziato che la fattispecie penale meno grave «*si caratterizza, distinguendosi nettamente da quella descritta alla L. Fall., art. 216, comma 1, n. 1, per la diversità dell'interesse giuridico protetto. In essa non è offeso il diritto dei creditori alla conservazione del patrimonio del debitore in funzione della garanzia loro concessa dall'ordinamento, lesione che discende dalla diminuzione del patrimonio (complessivamente considerato) assoggettato al soddisfacimento delle istanze creditorie, come potrebbe avvenire per la perdita di ricchezza non giustificata da ragioni giuridicamente apprezzabili o da spese, perdite od oneri in gestione. La L. Fall., art. 216, comma 3, punisce l'imprenditore che dispone, in funzione solutoria, dei beni in maniera che non è conforme alla posizione paritaria disposta dal legislatore (c.d. par condicio). All'esito dell'illecito ristoro la consistenza patrimoniale complessiva non è alterata: alla carenza della dotazione di ricchezza liquida, corrispondente al*

pure quest'ultima posizione è stata a rapidamente riconsiderata assumendo che l'amministratore (o il liquidatore) che sia anche creditore nei confronti della società, ove si appropri di somme per crediti vantati nei confronti della stessa fallita, commette il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione e non preferenziale, poiché «*non è possibile distinguere nella stessa persona tra creditore e amministratore, vincolato alla società dall'obbligo di fedeltà e da quello della tutela degli interessi sociali anche nei confronti dei terzi*» (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 19557 del 13/04/2007 Ud., dep. 18/05/2007, Rv. 236645; Id., n. 27343 del 22/06/2007 Ud., dep. 12/07/2007, Rv. 237580; Cass. pen., Sez. 6, n. 17616 del 27/03/2008 Ud., dep. 30/04/2008, Rv. 240069 ). Indirizzo successivamente più volte ribadito (Cass. pen., Sez. 5, n. 25292 del 30/05/2012 Ud., dep. 26/06/2012, Rv. 253001; Id., n. 24324 del 15/04/2015 Ud., dep. 05/06/2015, Rv. 263910) e derogato, in favore della configurabilità della bancarotta preferenziale, solo nell'evenienza dell'amministratore che si ripaghi di suoi crediti relativi a **compensi per il lavoro prestato**, prelevando dalle casse sociali una somma congrua rispetto a tale lavoro, quantunque senza autorizzazione degli organi sociali (Cass. Pen., Sez. 5, n. 38149 del 06/07/2006 Ud., dep. 21/11/2006, Rv. 236034; Id., Sentenza n. 9188 del 14/02/2007 Ud. dep. 02/03/2007, Rv. 236263; Id., n. 43869 del 05/10/2007 Ud., dep. 26/11/2007, Rv. 237975; Id., Sez. 5, n. 46301 del 17/10/2007 Ud. , dep. 12/12/2007, Rv. 238291; Id., n. 21570 del 16/04/2010 Ud., dep. 07/06/2010, Rv. 247964; Id., Sentenza n. 48017 del 10/07/2015 Ud., dep. 03/12/2015, Rv. 266311). Minoritario, infatti, è rimasto l'orientamento giurisprudenziale più radicale secondo cui l'amministratore che si ripaghi di propri crediti verso la società fallita, risponde sempre di bancarotta preferenziale, grazie alla presenza dell'elemento caratterizzante della alterazione della *par condicio creditorum*, essendo considerata irrilevante, al fine della qualificazione giuridica del fatto, la specifica qualità dell'agente di amministratore della società, se del caso censurabile in sede di commisurazione della sanzione (Cass. Pen., Sez. 5, n. 5186 del 02/10/2013 Ud., dep. 03/02/2014, Rv. 260196; Id., n. 13318 del 14/02/2013 Ud., dep. 21/03/2013, Rv. 254985). Con la recente sentenza n. 32816 del 27 luglio 2016, la Cassazione è tornata ad attestarsi su posizioni rigoriste, laddove ha escluso la configurabilità del reato di bancarotta preferenziale per l'amministratore che, in presenza di segnali di insolvenza, impiega denaro della società dichiarata fallita per adempiere crediti vantati dal primo, pure in presenza di uno stretto ed effettivo rapporto sinallagmatico biunivoco delle prestazioni tra gestore e società. Ciò in linea

---

*pagamento preferenziale, si riscontra la scomparsa di pari passività corrispondente. Sulla scorta di questa netta distinzione obiettiva, è possibile affermare che **qualora sussista una ragione giuridica effettiva e reale che sorregge la pretesa del creditore, il relativo soddisfacimento (a beneficio dello stesso soggetto attivo del reato ovvero di terzi) non può mai collocarsi tra le condotte di fraudolenza patrimoniale, sanzionate dal primo comma della norma. Situazione che prescinde dalla posizione dell'autore del fatto nella sua relazione con l'organismo amministrato, profilo che non attiene all'oggettività della fattispecie, la quale non è influenzata dai collegamenti estranei alla definizione dell'interesse tutelato, i quali - piuttosto - sono riconducibili piuttosto ad autonome fattispecie penali, come l'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. ..omissis. Piuttosto, la maggior gravità della destinazione della ricchezza societaria a se medesimo potrà esser censurata in sede di commisurazione della sanzione, ma non con un debordamento dal perimetro oggettivo della disposizione incriminatrice... ».***

con una severa visione lealistica fondata sull'obbligo di fedeltà e sui doveri di protezione del patrimonio e degli interessi sociali, anche nei confronti dei terzi, a carico dell'amministratore creditore-finanziatore, nella fase della crisi dell'impresa connotati in senso marcatamente conservativo dell'attivo. Con la comparsa dei segni dell'insolvenza, dunque, il credito dell'amministratore, pure per compensi per lavoro effettivamente prestato e di ammontare congruo, diventa sostanzialmente inestinguibile per mano del gestore medesimo, in funzione della prioritaria protezione dell'integrità del patrimonio societario, nell'interesse degli altri creditori.

### **1.2.10. I finanziamenti infragruppo ed i vantaggi compensativi ex art. 2634 c.c.**

La configurabilità dei **vantaggi compensativi legati a trasferimenti di risorse infragruppo** ed il loro possibile significato esimente rispetto a fattispecie penali fallimentari sono tematiche tradizionalmente al centro di ricorrenti tensioni interpretative. La loro rilevanza – espressamente prevista dall'art. 2634, comma 3, c.c. per escludere il carattere ingiusto del profitto della società collegata o del gruppo ove compensato dal vantaggio, conseguito o fondatamente prevedibile, derivante dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo di società – è formalmente riferita alla sola fattispecie di infedeltà patrimoniale. In ogni caso, la previsione non vale a rendere inoperante, rispetto alle diverse ipotesi di bancarotta, il principio dell'autonomia soggettiva delle singole società facenti parte del gruppo. L'offensività tipica di esse, quali fattispecie di pericolo, rimane inalterata, nel momento in cui le ragioni dei creditori della società fallita, i quali fanno affidamento sulle capacità patrimoniali di quest'ultima, sono comunque pregiudicate da trasferimenti di risorse ingiustificatamente effettuati dalla società in questione in favore di altri soggetti economici, pur ricompresi nello stesso gruppo<sup>56</sup>.

Secondo un orientamento non isolato della Corte di legittimità (Cass. Pen., sez. 5, n. 1137 del 17/12/2008; Id., n. 36764 del 24/05/2006; Id., n. 41293 del 25/09/2008; Id., n. 48518 del 06/10/2011; Id., n. 29036 del 09/05/2012; Id., n. 20039 del 09/05/2013<sup>57</sup>) l'autonoma tutela delle ragioni creditorie specificamente riferibili alla società fallita contrasterebbe seriamente, in termini più o meno radicali, l'operatività delle previsioni dell'art. 2634, comma 3, c.c. nei reati fallimentari, riservandola alle società *in bonis*.

---

<sup>56</sup> Cass. pen., sez. 5, n. 23241 del 24/04/2003; Id., n. 13169 del 26/01/2001; Id., n. 36595 del 16/04/2009.

<sup>57</sup> In motivazione: «l'influenza sulla ravvisabilità dei reati in esame dei collegamenti della società fallita nell'ambito del gruppo deve pertanto essere esaminata nel rispetto dell'autonoma tutela delle ragioni creditorie specificamente riferibili alla società fallita; dovendo di conseguenza essere allegata dall'imputato, a fronte della natura oggettivamente distrattiva dell'operazione, l'esistenza di uno specifico vantaggio derivante dall'atto di disposizione patrimoniale, complessivamente riferibile al gruppo ma altresì produttivo per la fallita di benefici, sia pure indiretti, i quali si rivelino concretamente idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione stessa che derivi anche in favore della fallita (Sez. 5, n. 1137 del 17/12/2008, Vianello, Rv. 242546; Sez. 5, n. 36764 del 24/05/2006, Bevilacqua, Rv.234606; Sez. 5, n. 41293 del 25/09/2008, Mosca, Rv. 241599; Sez. 5, Sentenza n. 48518 del 06/10/2011, Plebani, Rv. 251536; Sez. 5, n. 29036 del 09/05/2012, Cecchi Gori, Rv. 253031)».

In ogni caso, anche a ritenere diversamente<sup>58</sup>, a fronte della natura oggettivamente distrattiva dell'operazione, è onere di chi ne adduca l'esistenza allegare e dimostrare uno specifico vantaggio derivante dall'atto di disposizione patrimoniale, complessivamente riferibile al gruppo ma altresì produttivo per la fallita di benefici, sia pure indiretti. Non può prescindersi, in definitiva, dall'identificazione di benefici concretamente idonei, anche per la società fallita, a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione medesima. Infatti, solo nella misura in cui venga dimostrata tale "**idoneità compensativa specifica**" dei **benefici indiretti** per la fallita potrà ritenersi che l'operazione compiuta non incide sulle ragioni dei suoi creditori (Cfr. Cass. pen., sez. 5, n. 49787 del 10/12/2013).

La Corte di Cassazione (Sez. 5 Pen., n. 32131/2016; Id., 46689/2016) è orientata ad approfondire la riflessione sulle condizioni di operatività dei vantaggi compensativi ex art. 2634, comma 3, c.c. (alla cui stregua non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo), afferente ai casi in cui le operazioni siano riferite a società facenti parte di un gruppo (inteso empiricamente per le modalità di gestione accentrata di un'impresa economicamente unitaria, ma articolata in più soggetti giuridicamente autonomi)<sup>59</sup>, ovvero siano collegate, ai sensi delle norme del medesimo codice civile e delle

---

<sup>58</sup> Pur se prevista per la fattispecie incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale degli amministratori, l'esclusione della rilevanza penale dell'atto depauperatorio, in presenza dei "vantaggi" dei quali la società apparentemente danneggiata abbia fruito o sarebbe stata in grado di fruire in ragione della sua appartenenza a un più ampio gruppo di società, viene ritenuta conferire valenza normativa a principi - già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività - senz'altro applicabili anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari e, segnatamente a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi. In tal senso Cass. Pen., Sez. 5, 49787/2013; Id. 46689/2016.

<sup>59</sup> Osserva la Corte di Cassazione, per quanto concerne il "gruppo" od i "gruppi" di società, «*pur in assenza una specifica codificazione del concetto e di un'armonica regolamentazione del fenomeno, è possibile ricavare dal codice civile, anche all'esito della riforma delle società di cui al D.Igs. n. 6 del 2003 e ss., le caratteristiche strutturali minime di esso, in relazione all'attività di direzione e coordinamento che lo connaturano*», elemento essenziale e caratterizzante del fenomeno dei gruppi assieme alla disciplina contemplata per la tutela dei terzi dall'art. 2497 bis c.c. Come ricorda la sentenza n. 32131/2016, «*prima della riforma, il codice si occupava solo di aspetti strumentali del fenomeno, dettando la disciplina dei poteri di controllo, limitandosi a delineare, all'art. 2359 c.c., la sola nozione di controllo, sulla base della quale era possibile ricavare tre distinte forme, tutte ruotanti attorno al concetto di influenza dominante di una società sulle scelte operative di altre società, che assumevano per questo la veste di società controllate. La legge delegata, ha introdotto una disciplina relativa al fenomeno di «direzione e coordinamento di società», senza alcun esplicito riferimento al «gruppo», in quanto tale, e senza alcuna preoccupazione definitoria, privilegiando il terreno fattuale e limitandosi alla disciplina delle conseguenze collegate allo svolgimento di attività di direzione e coordinamento di società. Ciò non toglie, tuttavia, che sebbene la fenomenologia dei gruppi di società non possa essere correlata esclusivamente alle poche nuove norme che regolano l'attività di direzione e coordinamento, tale attività costituisce, comunque, l'elemento essenziale e caratterizzante del fenomeno dei gruppi; inoltre dalla pur scarsa disciplina codicistica possono, altresì, ricavarsi gli elementi indefettibili del gruppo e tra questi particolarmente significativo quello contemplato per la tutela dei terzi dall'art. 2497 bis c.c., il quale prescrive le forme di pubblicità cui sono tenute, non soltanto le società aggregate (indicazione negli atti e nella corrispondenza e iscrizione nel registro delle imprese della società o ente cui sono assoggettate), ma anche la stessa capogruppo (iscrizione in apposita sezione presso il registro delle imprese) e che, all'ultimo comma, impone altresì agli amministratori di indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati*». Come rileva anche di recente la Cassazione (Sez. 5 Pen., n. 46689/2016), l'opportunità di una disciplina dei gruppi ha costituito una precisa scelta del legislatore delegante che, all'art. 10, lett. a), della legge n. 366/2001, ha imposto di prevedere una disciplina del gruppo, secondo principi di trasparenza, tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperasse adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime. La legge delegata, tuttavia, ha aderito soltanto in minima parte a tale indicazione, introducendo una disciplina relativa al fenomeno di «direzione e coordinamento di società», senza alcun esplicito riferimento al «gruppo», in quanto tale, e senza alcuna preoccupazione definitoria, privilegiando il terreno fattuale e

disposizioni ricavabili da altre norme di legge<sup>60</sup>. Se la disciplina civilistica dei "vantaggi compensativi" delineata dall'art. 2497/1<sup>61</sup> c.c. ha privilegiato una dimensione di tipo aritmetico, la causa di esclusione della responsabilità penale, ai sensi dell'art. 2634/3 c.c., ha un ambito operativo più ampio estendendosi sino ai **vantaggi "fondatamente prevedibili"**<sup>62</sup>. Tale clausola «*presuppone che i vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, siano concreti, non essendo sufficiente la mera speranza, e che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta siano "conseguiti" o "prevedibili" "fondatamente" e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza*» (così anche Sez. 5 pen., n. 8253/2016).

Da tali considerazioni la Cassazione trae le seguenti implicazioni: (i) per invocare il disposto normativo dell'art. 2643, comma 3, c.c. occorre indicare gli **elementi formali previsti dagli artt. 2497 e ss. c.c.**, espressivi di un'autentica funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento e legittimanti l'applicazione delle relative norme; (ii) in tema di bancarotta fraudolenta, qualora il fatto si riferisca a rapporti intercorsi fra società appartenenti al medesimo gruppo, solo il **saldo finale positivo delle operazioni**, compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, consente di ritenere legittima l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata, circostanza della cui prova è onerato l'interessato (cfr. Sez. 5, 9.5.2012, n. 29036, Cecchi Gori e altro, rv. 253031; Sez. 5, n. 49787 del 2013); (iii) inoltre, nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo la regola del "vantaggio compensativo" esclude la rilevanza penale del fatto solo in quanto sia dimostrato che le operazioni contestate abbiano prodotto uno **specifico vantaggio**, anche indirettamente derivante da quello riferibile al gruppo nel suo complesso, **idoneo a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi delle operazioni stesse** (Cass. Pen., Sez. 5, 17/03/2015, n. 23997; Id., n. 20039 del 21/02/2013, Turchi, Rv. 255646; Id., n.

---

limitandosi alla disciplina delle conseguenze collegate allo svolgimento di attività di direzione e coordinamento di società. In definitiva, in tema di bancarotta *fraudolenta* per distrazione, il concetto di gruppo di società riveste solo valenza finanziaria e programmatica, ma **lascia intatta la distinzione giuridico-patrimoniale tra le diverse società**. Pertanto la destinazione di risorse da una società all'altra, sia pur collegata, integra perfettamente la violazione del vincolo patrimoniale nei confronti dello scopo strettamente sociale e configura la condotta del delitto sopra menzionato (Sez. 5, n. 1070 del 14/12/1999, Tonduti ed altri, Rv. 215668; Id., n. 28520 del 24/04/2013, Avesani e altro, Rv. 257250).

<sup>60</sup> Le società collegate sono quelle che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2359/3 c.c. ("*Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati*").

<sup>61</sup> **Art. 2497, comma 1, c.c. (Responsabilità)**: «*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*».

<sup>62</sup> La responsabilità civile viene ad essere esclusa allorché il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo della attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette; mentre, per quel che concerne la responsabilità penale, l'art. 2634 c.c. ha preferito una clausola che consente all'interprete di comprendere i vantaggi "fondatamente prevedibili".

44963 del 27/09/2012, Bozzano, Rv. 254519; Id., n. 48518 del 06/10/2011, Plebani, Rv. 251536)<sup>63</sup>.

L'interesse che può escludere l'effettività della distrazione **non** può, dunque, ridursi «*al fatto stesso della partecipazione al gruppo, né identificarsi nel vantaggio della società controllante, perché il collegamento tra le società e l'appartenenza a un gruppo imprenditoriale unitario è solo la premessa dalla quale muovere per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l'atto di disposizione del proprio patrimonio (Sez. 1, 26/10/2012, n. 48327; Sez. 5, n. 48518 del 06/10/2011), perdurando l'autonomia soggettiva delle singole società facenti parte del gruppo (Rv. 224952)*».

Inoltre, i vantaggi compensativi di rilievo esimente **non possono essere successivi al fallimento**, poiché se all'operazione qualificata come distrattiva, e addirittura per effetto della stessa, segue l'assoggettamento alla procedura concorsuale, manca in radice la possibilità di ravvisare di tali vantaggi (Cass. Pen., Sez.5, n. 7079/2016). Né possono essere identificati nel **mero spostamento di disponibilità fra società dello stesso gruppo che si trovino tutte in condizioni di difficoltà economiche**, tali pertanto da escludere una prognosi favorevole sul risultato dell'operazione (Cass. Pen., Sez. 5, n. 37370 del 07/06/2011, Bianchi, Rv. 250492).

### 1.2.11. La scissione.

Secondo l'orientamento prevalente della Cassazione<sup>64</sup> integra il *fumus* del reato di bancarotta per distrazione la scissione di una società, successivamente dichiarata fallita, a favore di altra società alla quale siano conferiti beni di rilevante valore, costituenti l'attivo, qualora tale operazione - astrattamente lecita - sulla base di una valutazione in concreto che tenga conto della effettiva situazione debitoria in cui operi la società poi fallita al momento della scissione, nonché di ulteriori operazioni poste in essere a danno della società poi fallita, si riveli volutamente depauperatoria del patrimonio aziendale, avulsa dalle finalità dell'impresa

---

<sup>63</sup> Nota in proposito la sentenza n. 32131/0156: «Deve escludersi, infatti, l'esistenza di una distrazione, se la mancanza di corrispettivo sia solo apparente, in considerazione dei concreti vantaggi che rendano appunto solo apparente la diminuzione patrimoniale della società (Sez. 1, n. 48327 del 26/10/2012). In particolare, se si accerta che l'atto non risponde all'interesse diretto della società il cui amministratore lo ha compiuto e che ne è scaturito nell'immediato un danno al patrimonio sociale, potrà ben ammettersi che il medesimo amministratore deduca e dimostri innanzitutto l'esistenza di un gruppo alla luce della quale anche quell'atto è destinato ad assumere una coloritura diversa e quel pregiudizio a stemperarsi (Sez. 5, n. 49787 del 05/06/2013), nonché allegli e provi che gli ipotizzati benefici indiretti della società fallita risultino non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta, in guisa tale da non renderla capace di incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori della società (Sez. 5, 24/05/2006, n. 36764, L.B., rv. 234605; Sez. 1, 26/10/2012, n. 48327; Sez. 5, n. 49787 del 05/06/2013)».

<sup>64</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 20370 del 10/04/2015 Cc., dep. 15/05/2015, Rv. 264078; Id., n. 13522 del 21/01/2015 Ud., dep. 30/03/2015, Rv. 262964; Id., n. 6404 del 08/10/2014 Ud., dep. 13/02/2015, Rv. 262723; Id., n. 42272 del 13/06/2014 Ud., dep. 09/10/2014, Rv. 260393.

fallita e pregiudizievole per i creditori nella prospettiva della procedura concorsuale<sup>65</sup>. Tale manovra, specie ove riguardi l'intero attivo, assume i connotati dell'operazione distrattiva per l'assenza di un concreto vantaggio economico e per l'impossibilità di continuare l'attività di impresa (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 15715 del 28/11/2013 Cc., dep. 08/04/2014, Rv. 262762). Né le tutele previste dagli artt. 2506 e seg. cod. civ. di per sé sono idonee ad escludere ogni danno o pericolo per le ragioni creditorie.

Il tema della configurabilità della scissione di società quale fatto di bancarotta fraudolenta per distrazione è stato esaminato *funditus* da recente pronuncia della Corte di Cassazione (Sez. 5 Pen., n. 42272 del 13/06/2014 - dep. 09/10/2014, Alfano e altri, Rv. 260393. Posto che, come osservato dalla Corte di legittimità (Sez. 5 Pen., n. 10201 del 18/01/2013 - dep. 04/03/2013), l'operazione societaria di scissione è disciplinata dagli artt. 2506 e ss. cod. civ., in termini che consentono anche l'assegnazione alla società beneficiaria dell'intero patrimonio della società scissa (cfr. art. 2506-*bis*, comma 2, c.c.) e che l'ordinamento prevede tutele per i creditori della società scissa (da un lato, con la possibilità di opposizione degli stessi al progetto di scissione e, dall'altro, con la previsione della responsabilità della società beneficiaria, nei limiti del suo patrimonio netto, per gli elementi del passivo non assegnati, ai sensi dell'art. 2506-*bis*, comma 3, cod. civ. e comunque per i debiti della società scissa dalla stessa non soddisfatti, secondo l'art. 2506 *quater*, comma 3, cod. civ.), da ciò, tuttavia, non deriva «una conclusione in termini generali, per la quale la scissione non assumerebbe connotazioni di rilevanza penale in materia fallimentare, con particolare riguardo all'ipotesi della bancarotta fraudolenta per distrazione». Ancora una volta, ciò che rileva, infatti, è che una determinata operazione, anche astrattamente riconducibile ad una categoria di atti gestionali leciti e disciplinati dall'ordinamento (l'affitto di azienda, in determinate condizioni, quale l'avere ad oggetto l'intero complesso aziendale della fallita, in modo da privare quest'ultima della concreta possibilità di proseguire nella propria attività, il mancato accollo dei debiti della locatrice da parte dell'affittuario o l'assenza di una clausola di gradimento per la curatela a fronte di un'elevata durata del contratto), «per le modalità con le quali è stata realizzata, si presenti come produttiva di effetti immediatamente e volutamente depauperativi del patrimonio (...) ed in prospettiva pregiudizievoli per i creditori laddove si addivenga ad una procedura concorsuale»<sup>66</sup>. Con particolare riferimento alla scissione, ha osservato ancora la

---

<sup>65</sup> Nella fattispecie all'attenzione della Corte la società poi fallita al momento della scissione era stata oggetto di una verifica tributaria, si trovava in stato di insolvenza ed a suo danno erano state effettuate ulteriori operazioni depauperatorie, quali l'affitto di azienda a favore di una terza società per una somma insignificante, mentre la società beneficiaria era ascrivibile ai congiunti dell'amministratore della società poi fallita.

<sup>66</sup> Secondo la sentenza n. 42272/2014 le condotte riferibili alla scissione, in dette condizioni, «presentano connotati intrinseci di offensività (Sez. 5, n. 16759 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879) nei confronti della garanzia generica che il patrimonio dell'imprenditore, secondo la previsione dell'art. 2740 cod. civ., offre ai creditori, messa in pericolo dalla destinazione di componenti del patrimonio a finalità diverse da quelle inerenti all'attività imprenditoriale (Sez. 5, n. 36629 del 05/06/2003, Longo, Rv. 227148). Tale dimensione di pericolosità, costantemente riconosciuta come tipica dell'offesa propria dei reati di bancarotta (Sez. 5, n. 12897 del 06/10/1999, Tassan Din, Rv. 214860; Sez. 5, n. 11633 dell'08/02/2012, Lombardi Stronati, Rv. 252307; Sez. 5, n. 3229 del 14/12/2012, Rossetto, Rv. 253932), assume, per effetto della previsione di punibilità del fatto a seguito dell'intervento della dichiarazione di fallimento o

sentenza n. 42272 del 2014, le tutele normative accordate ai creditori risultano inidonee ad escludere interamente il danno o quanto meno il pericolo per le loro ragioni, in quanto se è vero che ad essi è riconosciuto il diritto di rivalersi sui beni conferiti alle società beneficiarie, che rimangono obbligate per i relativi debiti, «è vero altresì che un pregiudizio per gli stessi è comunque ravvisabile nella necessità di ricercare detti beni» e che, soprattutto, «all'esito di tale ricerca i creditori potranno trovarsi nella condizione di dover concorrere con i portatori di crediti nel frattempo maturatisi nei confronti delle società beneficiarie, con la concreta possibilità che tanto riduca le possibilità di un effettivo soddisfacimento delle loro pretese»; ai fini del giudizio sulla ravvisabilità del reato, dunque, è necessaria «una valutazione in concreto», che tenga conto della «effettiva situazione debitoria in cui versava la società poi fallita al momento della scissione».

Appare minoritario, dunque, l'orientamento di segno contrario, rappresentato dalla sentenza n. 10201/2013<sup>67</sup> della Cassazione, con cui è stato escluso che in caso di scissione mediante costituzione di nuova società, l'assegnazione a quest'ultima di rilevanti risorse costituisca di per sé un fatto di distrazione qualora la società scissa venga successivamente dichiarata fallita, dovendo invece tenersi conto dell'effettiva situazione debitoria in cui versava la stessa al momento della scissione, nonché del fatto che tale condotta non è necessariamente idonea a porre in pericolo gli interessi dei suoi creditori, atteso che ai medesimi è attribuito il potere di opporsi al progetto di scissione e che i loro diritti sono comunque salvaguardati dalla disposizione di cui all'art. 2506-*quater*, comma terzo, cod. civ. che stabilisce la responsabilità solidale, nei limiti dell'attivo trasferito, della nuova società per i debiti di quella scissa non ancora soddisfatti al momento della scissione. A tali asserzioni la sentenza Alfano ha replicato nei termini sopra spiegati, oltre che rimarcando che il principio della sentenza n. 10201/2013 si limitava a riconoscere che la praticabilità della scissione e le garanzie per i creditori escludevano che il conferimento di beni alla società beneficiaria, nel caso dell'intervenuto fallimento della società scissa, fosse condotta inevitabilmente produttiva di pericolo gli interessi dei creditori della fallita e idonea ad integrare gli estremi del reato di bancarotta per distrazione; evidenziandosi la necessità, ai fini del giudizio sulla ravvisabilità del reato, di una valutazione in concreto, che tenesse conto dell'effettiva situazione debitoria in cui versava la società poi fallita al momento della scissione.

### **1.2.12. La fusione.**

---

*degli altri provvedimenti alla stessa a tali fini equiparati, il contenuto effettivo del pericolo che, nell'eventualità dell'intervento della procedura concorsuale, il soddisfacimento per quanto possibile delle pretese creditorie, a cui la stessa è funzionale, sia pregiudicato dalla pregressa ed indebita diminuzione patrimoniale (Sez. 5, n. 1354 del 07/05/2014, Daccò). E tanto prescinde dall'eventuale, astratta riconducibilità della condotta ad una categoria di atti gestionali leciti e disciplinati dall'ordinamento».*

<sup>67</sup> Sez. 5, Sentenza n. 10201 del 18/01/2013 Cc., dep. 04/03/2013, Rv. 254788.

A seguito della sostituzione dell'art. 2630 cod. civ. per effetto del D.Lgs. n. 61 del 2002, non costituisce illecito penale l'operazione, inquadrabile nel più ampio schema del c.d. **leveraged buy-out**<sup>68</sup>, con la quale parte del pacchetto azionario di una società operativa, sia ceduto a credito ad altra società, creata in modo strumentale per effettuare il detto acquisto con previsione di indebitamento e al fine di compiere attività di gestione di interesse della prima, per poi essere destinata alla **fusione per incorporazione** con la medesima e ripianare il debito con gli utili dell'attività posta in essere. Ma la condotta descritta potrebbe integrare il reato ex art. 223, comma secondo, n. 2, L. fall., quale "operazione dolosa", ove si dia prova che il *leveraged buy-out* attuato attraverso il procedimento di fusione **non sia, al momento del suo avvio, sorretto da un effettivo progetto industriale** e risulti, pertanto, proiettato verso un'attività incapace di generare effettiva ed adeguata ricchezza, sicché i rischi ad esso indubitabilmente sottesi, non siano giustificabili con la doverosa tutela del patrimonio societario, a garanzia dei creditori (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 23730 del 18/05/2006 Ud., dep. 07/07/2006, Rv. 235324).

In tema di reati fallimentari, occorre rammentare che anche la società fusa in altra è assoggettabile a fallimento, in base all'art. 10 R.D. 16 marzo 1942 n. 267<sup>69</sup> entro un anno dal momento della sua estinzione, che coincide con la data di cessazione delle attività di liquidazione e non con quella della relativa deliberazione. In tal caso, la **qualità di soggetto attivo** della bancarotta fraudolenta, a norma dell'art. 223 della stessa legge, non può essere esclusa in capo a quei **soggetti qualificati della società incorporata** che abbiano commesso il fatto entro un anno dalla cessazione delle relative attività di gestione patrimoniale e di conseguente liquidazione (cfr. Cass. civ., sez. 1, 19 giugno 1996 n. 5679, mass. 498195; Sez. 5, Sentenza n. 38230 del 22/10/2002 Ud., dep. 14/11/2002, Rv. 223066)<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Il *leveraged buy-out* consiste nell'acquisizione della partecipazione di controllo (o totalitaria) di una società (target) attraverso altra società (NEWCO), appositamente costituita, titolare di un capitale non sufficiente per far fronte all'acquisto delle azioni di target, per il quale ottiene un finanziamento (bridge), contestualmente offrendole all'ente finanziatore come garanzia (pegno) del prestito. L'operazione prosegue con la fusione per incorporazione tra TARGET e NEWCO e con la sostituzione del pegno con garanzie reali accese sui beni di target. Infine, la società risultante dalla fusione ripaga il finanziamento con gli utili operativi.

<sup>69</sup> Gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo.

<sup>70</sup> La questione che si pone è se agli amministratori di una società, che si dice incorporata, quando i fatti loro attribuiti sono stati commessi dopo questo evento, si applichi il disposto dell'articolo 10 L.F., secondo il quale "l'imprenditore che, per qualunque causa, ha cessato l'esercizio dell'impresa, può essere dichiarato fallito entro un anno dalla cessazione dell'impresa, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente o entro l'anno successivo". Ad avviso della Corte (sentenza n. 38230/2002) è infondato l'asserto che l'art. 10, nel caso, sarebbe applicato in via analogica, posto che l'equivalenza sul piano della soggettività attiva di reato è espressamente prevista dalla legge, nell'articolo 223 L.F., con riferimento all'art. 216, che per la qualificazione di fallito si rifà necessariamente anche all'articolo 10. È inoltre indiscusso già in giurisprudenza civile che il termine dell'art. 10 L.F. si applichi anche alla società estinta per fusione mentre circa l'applicabilità della norma all'impresa societaria, per ritenere questa realmente estinta, è necessario che sia esaurita la liquidazione. Conseguentemente, «nel caso di società di cui è stata deliberata la fusione per incorporazione, la disposizione dell'articolo 10 L.F. va intesa nel senso che la qualità di soggetto attivo del reato di bancarotta, ex art. 223 L.F., non può essere esclusa dal giudice penale, quando egli ha commesso il fatto di cui all'art. 216 entro un anno dalla cessazione delle attività di gestione patrimoniale e di liquidazione conseguente, perciò con decorrenza da un momento ulteriore rispetto a quello in cui la deliberazione di estinzione è manifestata ai terzi, nelle forme prescritte dalla legge civile». Se l'atto formale di fusione non implica privazione immediata della disponibilità

E' altresì vero che in caso di fusione di società per incorporazione, per la mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili della società incorporata risponde di bancarotta fraudolenta documentale **l'amministratore di fatto della società incorporante** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 32728 del 11/03/2014 Ud., dep. 23/07/2014, Rv. 261966). In primo luogo, infatti è obbligo giuridico, per l'amministratore, tenere le scritture contabili nella sede della società ovvero in altro luogo espressamente indicato, sia pure ai fini fiscali. Inoltre, quanto all'essenza precipua ed agli effetti civilistici della fusione è sufficiente il richiamo alla disposizione dell'art. 2501-*septies* cod. civ., che prevede il deposito delle scritture contabili nella sede delle società partecipanti alla fusione per trenta giorni, con facoltà per i soci di prenderne visione ed estrarne copia. *«Facoltà questa, il cui mancato esercizio, giustifica certamente l'imputazione a carico degli amministratori della società incorporante della mancanza od irregolare tenuta delle scritture contabili della società incorporata»*. Questo costituisce il fondamento giuridico della contestazione del reato, connesso all'onere di preventiva verifica delle scritture contabili delle società incorporande, al di là dell'argomento, sovente addotto, per cui altrimenti, sarebbe assai agevole utilizzare l'istituto della fusione per azzerare ogni profilo di responsabilità penale in ordine a fatti di bancarotta patrimoniale posti in essere dagli amministratori delle società da incorporare.

### 1.2.13. Il contratto preliminare

La stipula del contratto preliminare in fase antecedente alla dichiarazione di fallimento può corrispondere ad operazione di rilievo penal-fallimentare. Occorre tener in conto che gli atti di disposizione che determinano un vincolo per il patrimonio dell'impresa fallita, creando obbligazioni pertinenti alla destinazione di un bene, possono configurare un'ipotesi di distrazione quando detto vincolo sia privo di inerenza alle finalità dell'impresa stessa e che l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte.

In tal senso sono ritenute di natura distrattiva alcune operazioni collegate alla stipula di preliminari in periodo antecedente alla pronuncia di fallimento. Tra esse si segnalano: (i) il

---

patrimoniale della società incorporata, è corretto ritenere che le somme intanto riscosse in nome della società di cui pure era stata disposta l'incorporazione, e poi dichiarata fallita, fossero pertinenti proprio al patrimonio della stessa società, e conseguentemente che la loro disponibilità da parte degli amministratori, in nome e per conto della società in via d'estinzione, non era per sé illecito, mentre è illecita la destinazione in frode ai creditori, con conseguente qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 216 L.F. in relazione ai beni della fallita portati fuori dal suo patrimonio, proprio e solo per essere destinati, *contra legem*, a profitto personale degli amministratori, senza traccia di trasferimenti da una società all'altra (che, è il caso di rimarcare, vanno previamente notificati ai creditori della prima). In tali condizioni la fusione si pone quale mero l'alibi preconstituito per la distrazione.

preliminare di vendita di immobile priva di corrispettivo, non essendo la caparra entrata nelle casse sociali della venditrice (Cass. Pen., Sez. 5 Pen., Sentenza n. 52077 del 04/11/2014 Ud., dep. 15/12/2014, Rv. 261348)<sup>71</sup>, ovvero (ii) essendo stata versata solo in termini simulati, salvo che non si producano effetti negativi per la massa dei creditori optando il curatore per l'esecuzione del contratto, conseguendo l'intero prezzo della vendita comprensivo della caparra (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 52077 del 04/11/2014 Ud., dep. 15/12/2014, Rv. 261347); (iii) l'appropriazione della somma ricevuta in acconto in relazione a contratto preliminare di vendita di un immobile da parte del presidente del consiglio di amministrazione di una società successivamente dichiarata fallita, così sottraendo alla garanzia patrimoniale le entità economiche acquisite fraudolentemente al suo patrimonio (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 2057 del 15/12/1993 Ud., dep. 19/02/1994, Rv. 197270).

Per contro viene esclusa la natura distrattiva per atti gestionali le cui conseguenze sul patrimonio della fallita e sui diritti dei creditori sono regolate dalla legge, senza che l'eventuale permanenza di diritti dei terzi possa assumere la valenza di evento distrattivo. E' stata stabilita, in tal senso, l'irrilevanza di contratti preliminari di vendita stipulati dai responsabili di una impresa edile a favore di società loro riferibili, sebbene tali società - una volta prescelta dal curatore la via dello scioglimento dei contratti - si trovassero a vantare un privilegio in ordine alla restituzione degli acconti versati, secondo il disposto del comma 5 dell'art 72 legge fall. e dell'art. 2775-*bis* cod.civ. (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 37565 del 04/04/2003 Ud., dep. 03/10/2003, Rv. 228296).

---

<sup>71</sup> Nel caso di specie, al momento della pronuncia del fallimento della società e dei soci, la stipulazione del preliminare, costitutivo di un vincolo per il patrimonio della fallita fonte di obbligazioni inerenti alla destinazione del bene risultava apparentemente accompagnata dal versamento della caparra, con la conseguenza che, alla stregua di tale situazione, ove il curatore avesse scelto lo scioglimento del contratto, la promittente acquirente avrebbe avuto il diritto di far valere nel passivo il proprio, peraltro inesistente, credito, assistito dal privilegio speciale sul bene immobile, che riguarda (ai sensi dell'art. 2775 bis cod. civ.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare, mentre, nel caso in cui il curatore avesse optato per l'esecuzione del contratto, il fallimento avrebbe conseguito soltanto la differenza tra il prezzo totale e l'importo della caparra simulatamente corrisposta. La circostanza che tali effetti negativi per la massa dei creditori non si siano concretamente verificati avendo la procedura di fatto conseguito l'intero prezzo dell'immobile, è frutto, non già di un'attività riparatoria anteriore al fallimento, bensì del disvelamento dell'operazione da parte delle indagini in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento, quando, dunque, la distrazione della caparra, solo fittiziamente uscita dalle casse della promissaria acquirente e mai entrata in quelle della fallita, si era già realizzata con conseguente assoggettamento dell'immobile, così in parte distolto dalla garanzia dei creditori, alle opzioni di cui all'art. 72 legge fall., essendo quindi 'riparata', mediante il comportamento remissivo della prima, soltanto dopo la - e non prima della - sottoposizione della società alla procedura concorsuale.

### **1.3. Gli abusi gestori rispetto alle imprese interessate da procedure pre-concorsuali e concorsuali diverse dal fallimento.**

#### **1.3.1. L'esenzione ex art. 217-bis L.F. e gli spazi di configurabilità dei reati di bancarotta in relazione a pagamenti in esecuzione di piano di risanamento e concordato preventivo omologato.**

In base all'art. 217-bis RD n.267/1942 le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma (bancarotta preferenziale), e 217 (bancarotta semplice) non si applicano: (a) ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione (i) di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o (ii) di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis o (iii) del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)<sup>72</sup>, ovvero (iv) di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell' articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3; b) ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies<sup>73</sup> (cd. finanza interinale o finanza-ponte, di origine essenzialmente bancaria); c) alle

---

<sup>72</sup> In base a tale previsione, non sono soggetti all'azione revocatoria «gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall' articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore».

<sup>73</sup> **Art. 182-quinquies** (Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti): «1. Il debitore che presenta, anche ai sensi dell' articolo 161, sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell' articolo 182-bis , primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell' articolo 182-bis , sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre **finanziamenti**, prededucibili ai sensi dell' articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67 , terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono **funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori**. 2. L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative. 3. Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre **finanziamenti**, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, **funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale** ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. La richiesta può avere ad oggetto anche il **mantenimento di linee di credito autoliquidanti** in essere al momento del deposito della domanda. 4. Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti. 5. Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell' articolo 161 , sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a **pagare crediti anteriori per**

operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22-*quater*, comma 1<sup>74</sup>, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116 (misure a favore del credito per le imprese sottoposte a commissariamento straordinario e per la realizzazione del piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria), nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.

Restano **aperte questioni** rilevanti sulla natura della previsione dell'art. 217-*bis* L.F., in merito alle figure di bancarotte minori di cui è ragionevole ritenere esclusa la configurabilità in virtù di esso, in ordine alle tipologie di pagamenti e operazioni che lo stesso immunizza, oltre che sulla possibilità di sindacato del giudice penale, con particolare riferimento alla verifica in seno alla giurisdizione penale delle condizioni per l'applicabilità della disposizione rispetto a soluzioni negoziali già vagliate dal giudice civile.

In merito alla **natura giuridica**, a fronte di una rubrica che richiama letteralmente il concetto di «*esenzione*», indecifrabile alla luce delle usuali categorie penalistiche, pare condivisibile la tesi dottrina che identifica nella previsione, secondo una impostazione ricognitiva e descrittiva, un **limite esegetico di natura normativa delle fattispecie incriminatrici richiamate** (la bancarotta preferenziale e quelle semplici) ovvero un «**concetto qualitativo di degradazione della tipicità**»<sup>75</sup>. In altre parole, la norma svolge una funzione delimitativa, per sottrazione e specificazione, della struttura dei reati di bancarotta, precisandone i confini applicativi. La soluzione appare preferibile rispetto alle diverse ricostruzioni pure presenti nella riflessione giuridica (causa oggettiva di giustificazione, causa di esclusione della colpevolezza, causa di non punibilità in senso stretto).

---

**prestazioni di beni o servizi**, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all' articolo 67 , terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori. **6.** Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell' articolo 182-bis , primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell' articolo 182-bis , sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quinto comma del presente articolo, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all' articolo 67».

<sup>74</sup> Tale norma, sotto la rubrica "Misure a favore del credito per le imprese sottoposte a commissariamento straordinario e per la realizzazione del piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria", dispone: «1. All'articolo 12, comma 5, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «Anche a prescindere dalla predisposizione dei piani di cui al periodo precedente, l'impresa commissariata di cui all'articolo 1, comma 1, del citato decreto-legge n. 61 del 2013, può contrarre finanziamenti, prededucibili a norma dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, funzionali a porre in essere le misure e le attività di tutela ambientale e sanitaria ovvero funzionali alla continuazione dell'esercizio dell'impresa e alla gestione del relativo patrimonio. La funzionalità di cui al periodo precedente è attestata dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentito il Ministro dello sviluppo economico, relativamente alle misure e alle attività di tutela ambientale e sanitaria. In caso di finanziamenti funzionali alla continuazione dell'esercizio dell'impresa e alla gestione del relativo patrimonio, l'attestazione è di competenza del Ministro dello sviluppo economico, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. L'attestazione può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia, entità».

<sup>75</sup> Così ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis l.fall: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in Fall., 2011, cit., 520. Definizione ripresa da Vitale in *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in Archivio Penale, 2014, n.1

Quanto alle **fattispecie penali autenticamente "delimitate" dalla norma in esame**, lo spazio controverso non riguarda la **bancarotta preferenziale**, che si attaglia convenientemente alle procedure di soluzione della crisi richiamate<sup>76</sup>. La disciplina della prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure di soluzione della crisi, in assenza dell'opportuno raccordo penalistico, avrebbe finito per generare una diffusa incertezza e una paralisi esiziale per il successo delle riforme succedutesi dal 2005. Come ricorda la relazione Rel. n. III/09/10 del Massimario della Cassazione<sup>77</sup>, *«piani di risanamento erano frequentemente portati all'attenzione del giudice penale, anche prima della citata riforma, dalla persona accusata di bancarotta preferenziale, con l'evidente scopo di dimostrare l'insussistenza del dolo specifico caratterizzante il reato; tuttavia, solo se si accertava, in concreto, l'esclusiva finalità di risanamento e non sussistevano dubbi sulla sua praticabilità, l'accusa cadeva per mancanza dell'elemento psicologico. Ma non era semplice. Soltanto nella effettiva ricerca di "respiro" in una prospettiva di pagamento di tutti i creditori, una volta superata la crisi finanziaria, debitore e creditore non incappavano nei rigori della norma incriminatrice. E la previsione di salvezza doveva essere percepita come effettivamente realizzabile perché se essa era, fin dall'inizio, sentita come dubbia o addirittura "disperata" e, ciò nonostante si agiva, l'incriminazione era incombente. Ad integrare il dolo della bancarotta preferenziale, d'altra parte, si ritiene sufficiente, per ciò che attiene al danno dei creditori, la mera accettazione del rischio di una siffatta conseguenza. Solo la soggettiva certezza di poter superare le difficoltà economiche era, dunque, ritenuta idonea ad escludere il dolo specifico della bancarotta preferenziale nella forma anche del dolo eventuale, il cui limite è dato dalla "certezza soggettiva del non verificarsi dell'evento" (mentre non valeva a tal fine la semplice speranza di evitare o ritardare il fallimento attraverso il pagamento preferenziale)»*.

I profili più complessi riguardano, a ben vedere, la **disposizione a più norme dell'art. 217<sup>78</sup> RD n. 267/42**.

---

<sup>76</sup> Secondo parte della dottrina (MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Diritto penale e processo*, n. 12/2010, pagg. 1474 e ss.) dall'immunizzazione dell'articolo 217-bis, L.F., deve ritenersi estranea la simulazione di titoli di prelazione intesa in senso civilistico, posto che *«una condotta di tal genere non può in alcun modo essere ricompresa fra le operazioni poste in essere in esecuzione di una delle procedure finalizzate alla soluzione della crisi d'impresa, proprio per la natura simulatoria della stessa (...) Comportamenti caratterizzati in tal senso ben difficilmente possono essere fatti rientrare in un piano o in accordo, che necessitano, proprio per la loro stessa natura, di essere una rappresentazione fedele non soltanto della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, ma anche dei vari passaggi attraverso i quali si sviluppa il piano per il superamento razionale della crisi»*. Tuttavia, in caso di effettiva costituzione di titoli di prelazione, per la più parte dei commentatori (BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano 2011, pag. 158; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l.fall.*, in *Le società*, n. 2/2011, pag. 212; TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, relazione tenuta al Convegno "La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari: problematiche vecchie e nuove, Milano, 23 gennaio 2012) non v'è ragione di escludere la piena operatività dell'art. 217 bis cit. in quanto ove realizzata nell'ambito di una delle ricordate procedure tale operazione sarà penalmente irrilevante sia per il debitore sia per il creditore.

<sup>77</sup> PISTORELLI, *Rel. n. III/09/10, Novità legislative: D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni nella Legge 30 luglio 2010, n. 122, recante "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*, Roma, 3 agosto 2010.

<sup>78</sup> Art. 217 (Bancarotta semplice). «1. E' punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: 1) ha fatto spese personali o per la famiglia

Seramente **problematica**, infatti, appare l'estensione della non punibilità in argomento all'attuazione qualificata delle procedure anzidette in relazione alle spese personali o familiari eccessive (art. 217, comma 1, n.1, L.F.), come all'inadempimento delle obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare (art. 217, comma 1, n.5, L.F.). Se appare connotata da maggiore coerenza sistematica la non punibilità delle condotte descritte dal n.2 (quanto alla consumazione di una notevole parte del suo patrimonio in operazioni manifestamente imprudenti), n. 3) (operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento) e dal n. 4) dell'art. 217 cit. (aggravamento del proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa), può dubitarsi di quella relativa alle condotte previste dal **n. 2** dell'art. 217 cit. (consumazione di una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte) e dal **secondo comma** (bancarotta documentale semplice) della disposizione in esame. Non si ravvede, infatti, sufficiente coerenza tra tali contegni ed i piani o gli accordi volti al superamento della crisi di impresa.

Nella **nozione di pagamenti** rientra ogni modalità solutoria del debito, mentre nel concetto di **operazioni** rientrano gli atti ed i negozi giuridici concretamente funzionali ed idonei a realizzare una delle procedure di appianamento della crisi<sup>79</sup>. In merito al significato della locuzione «**in esecuzione**» che segue le pagamenti ed operazioni di interesse, non sembra condivisibile l'opinione di chi ne sottolinea il significato funzionale rispetto alle procedure di superamento della crisi, prima che attuativo di esse. In tal senso, è stata ritenuta identitaria<sup>80</sup> «*la polarizzazione dei pagamenti e delle operazioni al perseguimento del risultato prefigurato dal legislatore (la realizzazione delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa). Sebbene il termine esecuzione paia alludere a comportamenti **attuativi** di alcunché di già deliberato o di compiutamente definito, nel contesto sistematico sembra preferibile una lettura più ampia, nel*

---

eccessive rispetto alla sua condizione economica; 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; 5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare. 2. La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.

<sup>79</sup> In questo senso, MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in Dir. Pen. Proc., 2010, 1478, che osserva: «Se il termine pagamenti trova la sua ragion d'essere nell'evidente parallelismo che si voleva istituire con la fattispecie della bancarotta preferenziale, è allora agevole ritenere che il suo valore semantico corrisponde a quello di cui s'è detto: verrà quindi in considerazione ogni forma di pagamento, rilevando qualsiasi modalità solutoria di un debito (purché effettivo: ove non lo fosse, anche soltanto parzialmente, si verterebbe in un'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, come tale esclusa dall'operatività dell' art. 217- bis l. fall.). Il termine operazioni, di chiara matrice aziendalistica, ha una valenza molto meno rigorosa sul piano giuridico e ad esso sembra lecito attribuire una portata assai ampia: nel contesto della disposizione e sul piano sistematico, non è certo azzardato ritenere che il vocabolo in discorso designi qualunque atto, negozio giuridico o fatto in concreto funzionale alla realizzazione di un piano ex art. 67, comma 3, ovvero di un accordo ex art 182- bis l. fall., ovvero ancora di un concordato preventivo. In altre parole: la intrinseca latitudine del lemma operazioni e il suo carattere giuridicamente atecnico inducono a ritenere che, per tal modo, il legislatore abbia inteso comprendere nella previsione una serie indeterminata di situazioni, difficilmente riducibile a un'elencazione tassativa ed esaustiva, preferendo invece individuarle sul versante della loro finalità e destinazione: quella d'esser strumentalmente funzionali alla realizzazione di una delle procedure di soluzione della crisi d'impresa. Nella nozione di operazioni ben possono essere quindi compresi, proprio in quanto funzionali allo scopo legalmente assegnato alle procedure di soluzione della crisi, riscadenziamenti o consolidamenti del debito, impegni a confermare linee di credito per un certo ambito temporale (in genere coincidente con la durata prevista per il piano)».

<sup>80</sup> MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in Dir. Pen. Proc., 2010.

sensu di una strumentalità di detti comportamenti, finalizzata al perseguimento dello scopo legalmente assegnato (la soluzione della crisi d'impresa)». La formula in discorso rimarcherebbe la valenza funzionale, direttamente collegata allo scopo perseguito dalle procedure, riconoscibile anche rispetto a «**comportamenti prodromici** alla realizzazione di un piano o di un accordo (si pensi, per esemplificare, ad una moratoria ovvero a un finanziamento-ponte, entrambi immediatamente precedenti e direttamente funzionali alla predisposizione di un piano)», onde, «qualunque comportamento qualificabile come operazione (da chiunque posto in essere) potrà rientrare nella previsione dell'art. 217-bis l.fall. purché, ovviamente, **strumentale** alla realizzazione di una delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa». Una tal interpretazione (che allontana la nozione di esecuzione dall'attuazione, in nome della funzionalizzazione procedurale) si connota per evidenti profili di indeterminazione e di imperscrutabilità dei possibili profili soggettivi di chi invoca l'operatività della esenzione ex art. 217-bis cit., confidando nel poderoso significato delimitativo della tipicità delle fattispecie penali riferite ad attività prospettate come strumentali rispetto alla riuscita dei piani e degli accordi da ultimo, per ragioni non sempre verificabili, non perfezionati.

Venendo, infine, al **vaglio del giudice penale** rispetto alla sussistenza dei presupposti dei pagamenti e delle operazioni realizzate in esecuzione delle procedure di risoluzione della crisi, la situazione risulta articolata<sup>81</sup>. La soluzione più agevole da inquadrare attiene ai **pagamenti ed alle operazioni compiute in esecuzione del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lett. d), L.F.**, di natura nitidamente privatistica. Infatti, i primi e le seconde non rientrano nell'orbita della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice, solo ove poste in essere proprio in esecuzione «di un piano che appaia **idoneo** a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui **ragionevolezza** sia attestata» dal professionista. In caso di fallimento dell'impresa (quando il piano non ha conseguito il risultato avuto di mira), il giudizio sulla «ragionevolezza» e sulla «idoneità» del piano, da svolgere *ex ante*, compete al giudice penale. L'esenzione, infatti, non può dipendere da un'incontrollata scelta lasciata alla privata autonomia privata<sup>82</sup>.

Per contro, non è semplice stabilire se il giudice penale «debba limitarsi a prendere atto dell'intervenuta omologazione degli accordi intervenuti tra debitore e creditori o

---

<sup>81</sup> Per un quadro completo delle diverse situazioni e soluzioni, in parte ripercorso nel presente scritto, cfr. PISTORELLI, *op. cit.*

<sup>82</sup> In merito al piano ex art. 67, comma 3, lett. d), osserva MUCCIARELLI (*L'esenzione, op. cit.*): «Trattandosi di una procedura che si svolge completamente in un'area privatistica, senza alcun intervento giudiziale, sarebbe a dir poco azzardato ritenere che al magistrato penale sia preclusa ogni valutazione in ordine alla idoneità *ex ante* del piano di ristrutturazione. Diversamente ragionando, si arriverebbe alla conclusione (inammissibile sul piano sistematico) che un atto dell'autonomia privata è in grado di paralizzare l'operatività di norme incriminatrici (che, come ognuno sa, hanno valenza pubblicistica). Conseguentemente la eventuale non applicabilità delle fattispecie richiamate dall'art. 217-bis l.fall. sarà soggetta all'accertamento da parte del giudice penale circa l'idoneità *ex ante* del piano a superare lo stato di crisi, nel quale versava l'impresa all'epoca in cui il piano stesso venne predisposto. Tale accertamento concernerà ovviamente anche la correttezza dei dati patrimoniali, economici e finanziari su cui si fonda il piano medesimo, non essendo possibile neppure immaginare un piano idoneo basato su dati aziendali non veritieri».

dell'ammissione del primo al concordato preventivo, provvedendo a verificare esclusivamente che operazioni e pagamenti di cui viene invocata l'irrilevanza penale siano effettivamente stati eseguiti in esecuzione di tali accordi, ovvero se gli sia attribuito anche il potere di testare – con valutazione ex ante - l'originaria efficienza economica dell'accordo, al fine di escludere la possibilità che questo sia stato concluso al solo fine di evitare la concorsualità di alcuni crediti e di sottrarre il loro soddisfacimento al rischio della bancarotta»<sup>83</sup>. Può ritenersi, in via di approssimazione, che, sulla scia dell'orientamento della Suprema Corte (v. Sez. Un. 28 febbraio 2008, n. 19601, Niccoli, rv 239398, formatosi in relazione alla sentenza di fallimento) **quanto maggiore è il vaglio di merito affidato al giudice civile, tanto minore è lo spazio di sindacabilità in sede penale.**

In particolare, allorché l'esenzione riguarda pagamenti ed operazioni posti in essere in esecuzione dell'**accordo di ristrutturazione del debito omologato ai sensi dell'articolo 182-bis L.F.**, nella sua organizzazione l'imprenditore in stato di crisi che domandi l'omologazione deve depositare una relazione redatta da un professionista (in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) sull'**attuabilità** dell'accordo con riferimento all'idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei<sup>84</sup>. La verifica di detta "attuabilità" da parte del giudice penale, ancora secondo valutazione ex ante, risente delle incertezze sull'estensione della valutazione affidata al decreto di omologazione del tribunale. Ove essa si dilati sino al "merito" delle condizioni di legalità dell'accordo, incorporando una valutazione giudiziale di "attuabilità"<sup>85</sup>, una volta definitivo, potrebbe porsi in dubbio la

---

<sup>83</sup> Cfr. PISTORELLI, *op. cit.*

<sup>84</sup> INZITARI (*Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*) segnala diversi motivi per i quali l'accordo di ristrutturazione non può essere considerato una procedura concorsuale: «1) non è previsto un procedimento, né un provvedimento di apertura; 2) non vi è la nomina di organi quali un commissario, un amministratore giudiziale, un giudice delegato, un comitato dei creditori; 3) non è prevista, né può verificarsi una regolazione concorsuale del dissesto, non tutti i creditori sono coinvolti nell'accordo e qualunque regolazione venga scelta ed attuata con l'accordo essa non coinvolge tutti i creditori, né ha una efficacia erga omnes; 4) i creditori non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste; 5) il debitore resta dominus dell'impresa, non solo perché continua nei suoi pieni poteri di gestione e direzione, ma anche perché non si verifica alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato, in quanto i suoi atti non subiscono alcun vincolo ed alcun controllo» (nello stesso senso, cfr. FABIANI, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 902; NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011 p. 708).

<sup>85</sup> Per INZITARI (*Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*) il giudizio di omologazione investe, pertanto, la **verifica degli elementi che sono presupposto dell'accordo** e che sono enunciati al primo comma dell'art. 182 bis, l.fall.. Vale a dire, **la documentazione ex art. 161 l.fall., l'adesione almeno del 60% dei crediti, la relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei crediti estranei.** L'Autore, pur dando atto che il giudizio di attuabilità necessariamente comprende una valutazione di affidabilità dei dati contabili e fattuali raccolti, esclude la sussistenza di un obbligo di attestazione della veridicità dei dati aziendali, poiché il contenuto della relazione risulta autonomamente disciplinato dall'ultima parte del primo comma dell'art. 182 bis, L.F., senza far riferimento alcuno a tale attestazione. Se i primi elementi (documentazione, adesioni di almeno del 60% dei creditori, requisiti dell'esperto e relazione) potranno essere verificati sulla base di obiettivi riscontri della esistenza o meno degli elementi richiesti, la verifica della attuabilità ed, in particolare, della idoneità dell'accordo a pagare regolarmente i crediti degli estranei, viene compiuta dal Tribunale con una valutazione volta a considerare se gli atti di disposizione contenuti nell'accordo depositato sono o meno suscettibili di veder riconosciuta nell'eventuale successivo fallimento l'esenzione dalla revocatoria fallimentare e dai reati fallimentari. Infatti, «la attuabilità dell'accordo, sotto il profilo della idoneità a pagare i creditori ed in particolare i creditori estranei, costituisce, infatti, la migliore e più realistica e pragmatica verifica della esistenza o meno di una fondata giustificazione per disporre una deroga al regime generale dell'insolvenza (la quale prevede, come è noto la possibilità per il curatore di revocare, con la proposizione della specifica azione gli atti di disposizione del debitore che

sindacabilità da parte del giudice penale, tenuto altresì conto che l'esenzione pare ricollegata al fatto storico della omologazione. In senso contrario, invece, potrebbe rilevarsi la portata generale dell'art. 2, comma 1, cod. proc. pen., che attribuisce al giudice penale il potere – dovere di risolvere ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. Con l'ulteriore implicazione per cui ove si dovesse escludere che il giudice civile svolga una valutazione sulla fattibilità del piano di ristrutturazione, quando venga invocata l'operatività dell'art. 217-bis, l.fall. la stessa valutazione non potrebbe essere impedita al giudice penale.

Parimenti è a dirsi per il **concordato preventivo**, il quale presuppone un piano di soluzione dello stato di crisi, da prospettarsi con la domanda comunicata al pubblico ministero, la cui "fattibilità" esige di essere valutata (cfr. art. 161, comma terzo, L.F.), tenendo presente che il controllo del tribunale in sede di ammissione alla procedura appare più pregnante<sup>86</sup>. A differenza delle previsioni degli artt. 67, comma 3, e 182- bis l.fall., che nulla dicono in proposito, il terzo comma dell'art. 161 l.fall. espressamente stabilisce che il professionista "attesti [anche] la veridicità dei dati aziendali": *«se questa clausola dovesse essere intesa - come sembra plausibile - nel senso che la valutazione sulla correttezza dei dati patrimoniali, economici e finanziari posti alla base del piano viene "incorporata" nel provvedimento ammissivo alla procedura, all'apprezzamento del giudice penale non rimarrà spazio alcuno»*<sup>87</sup>.

---

*hanno pregiudicato la par condicio creditorum) e quindi per la concessione del privilegio ai creditori aderenti all'accordo della più volta menzionata esenzione dalla revocatoria e dalla bancarotta. Se infatti l'accordo risulta, sulla base della valutazione effettuata dal Tribunale in sede di omologa sulle modalità e sulle risorse desumibili dall'accordo, dal piano e dalla relazione dell'esperto, idoneo a soddisfare gli elementi alle condizioni dell'accordo e gli estranei, deve ritenersi che ricorrano giustificati motivi per concedere la esenzione in parola. Si tratta, quindi, della concessione o se si vuole del riconoscimento di una deroga alla generale disciplina fallimentare sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Quindi la concessione della esenzione dalla revocatoria è pur sempre volta ad un risultato valutativo prospettico, riassumibile nella ragionevole previsione che, avendo potuto verificare che con l'attuazione dell'accordo, i creditori aderenti potranno essere soddisfatti secondo le regole contrattuali dell'accordo e i creditori estranei potranno essere soddisfatti regolarmente e alla scadenza, il Tribunale procedendo all'omologazione dell'accordo, potrà così concedere il privilegio della esenzione della revocatoria, in quanto tale deroga alle regole fallimentari, non arreca (o non dovrebbe) prevedibilmente arrecare pregiudizio ai creditori». MUCCIARELLI (L'esenzione, op. cit.), in relazione all'oggetto del giudizio incorporato nel decreto di omologa, a fronte di un disposto normativo silente, rileva come la maggioranza degli autori attribuisca al tribunale - anche indipendentemente dalla presenza di opposizioni - un potere di verifica in ordine al merito dell'accordo, non inteso come valutazione della convenienza economica di esso, bensì come "esame valutativo della documentazione", con strumenti di accertamento officioso, funzionali ad una più attendibile valutazione circa l'omologabilità dell'accordo. In senso non difforme sembra porsi la giurisprudenza di merito, con l'eccezione rilevante della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (sentenza 26 febbraio 2009, n. 22468) che orienta verso un potere giudiziale di verifica della legalità procedimentale, nel momento in cui relega l'accordo "in un'area privatistica a sfondo negoziale", cui l'omologazione non attribuisce connotazione pubblicistica. Per le diverse estensioni del vaglio del giudice penale derivante dalla **diversa** ampiezza delle verifiche del giudice civile in sede di omologa cfr. MUCCIARELLI, L'esenzione, op. cit.*

<sup>86</sup> Per la Cassazione (Sez. U, Sentenza n. 1521 del 23/01/2013, Rv. 624796), in tema di concordato preventivo, *«il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua verificandosi l'effettiva realizzabilità della causa concreta: quest'ultima, peraltro, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro».*

<sup>87</sup> MUCCIARELLI, L'esenzione, op. cit.

Anche con riferimento all'evenienza in cui le autorizzazioni giudiziali per la finanza interinale ex art. 182-quinquies L.F. in vista del perfezionamento del concordato preventivo o degli accordi ex art. 182-bis, comma 1, L.F. siano conseguite sulla base di una falsa e consapevole prospettazione da parte del debitore o del professionista di circostanze per le prime rilevanti (come la funzionalità dei finanziamenti per la migliore soddisfazione dei creditori, ovvero le urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale in situazione di impossibilità di reperire altri finanziamenti o, ancora, il pericolo, in assenza di tali finanziamenti, di un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda) non si intravedono ragioni per ritenere impraticabile la contestazione di bancarotta preferenziale, viepiù resa evidente dalla «*intenzione dolosa di ledere o porre in pericolo la par condicio*»<sup>88</sup>.

Non sussistono dubbi sul fatto che la formazione di piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), della L.F., fondati su dati falsi o la realizzazione di atti fraudolenti, indicati dall'art. 173 L.F.<sup>89</sup>, nel contesto di una procedura di concordato preventivo, **non garantisca l'effetto immunizzante previsto dall'art.217-bis L.F., anche quanto alle forme di bancarotta fraudolente**, per vero non comprese nel cono di operatività della disposizione in commento<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> SANTORIELLO, *op. cit.*

<sup>89</sup> Art. 173 (Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura): «1. Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell' articolo 171 , secondo comma. 2. All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all' articolo 15 , il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 , dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell' articolo 18 . 3. Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell' articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato».

<sup>90</sup> MUCCIARELLI (*ult. op.cit.*), svolge le seguenti puntualizzazioni, circa le conseguenze di dati patrimoniali, economici e finanziari (posti alla base del piano o dell'accordo) emersi come difformi dal vero al successivo accertamento del giudice penale: «In proposito occorre distinguere tra due differenti situazioni: (i) se la falsità dipende da una condotta colposa ( id est: negligente, imprudente o imperita) di chi ha predisposto tali dati (l'imprenditore o chi per lui, ad esempio un advisor, ovvero il professionista in fase di attestazione); (ii) se la falsità dipende da una consapevole e deliberata ( id est: dolosa) scelta. Nel caso (i) per i soggetti diversi da coloro che fornirono i dati non rispondenti al vero, permane l'applicabilità della previsione dell' art. 217- bis l. fall. per due distinte ragioni. Con riferimento ai reati di natura dolosa ivi richiamati, mancherebbe in ogni caso il requisito soggettivo richiesto; nel caso delle fattispecie richiamate dal citato art. 217- bis l. fall. e punibili invece a titolo di colpa, l'operatività della disposizione in discorso troverebbe fondamento nella circostanza che costoro, per un verso, non rivestono una posizione di garanzia in ordine alla veridicità dei dati aziendali, mentre, per l'altro, potrebbero invocare la sussistenza di un affidamento legittimo che trova fondamento nella attestazione del professionista (affidamento che raggiunge il grado massimo nell'ipotesi dell'art. 161 l.fall, posto che - come detto - la previsione normativa estende l'attestazione anche alla veridicità dei dati aziendali) . Nel caso (ii), indipendentemente dalle responsabilità penali che graverebbero su coloro che fornirono i dati non veritieri, l'applicabilità dell'art. 217- bis l.fall. ai soggetti diversi da costoro troverebbe ragion d'essere nel non controvertibile rilievo che detti soggetti non erano consapevoli della falsità dolosamente realizzata da altri. Si tenga però presente che, in accordo con le regole generali del sistema, l'eventuale consapevolezza della congegnata falsità in capo a coloro che pur non la realizzarono, importerebbe la non operatività della disposizione che esonera dalla responsabilità penale anche tali soggetti. In altri termini, se della falsità dei dati aziendali, destinata ad inficiare il giudizio di idoneità del piano, fossero a conoscenza (qualunque fosse la fonte di tale conoscenza) anche soggetti che concorrono alla realizzazione dei pagamenti e delle operazioni cui si riferisce l'art. 217- bis l.fall., qualora tali condotte dovessero integrare gli estremi dei reati fallimentari richiamati dalla norma in esame, tali fattispecie incriminatrici sarebbero pienamente applicabili, non operando la clausola del più volte ricordato art. 217- bis l.fall.».

Ne ha offerto conferme anche la giurisprudenza di legittimità. Un **piano di risanamento aziendale redatto ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), della L.F.**, deve essere, o almeno "apparire", idoneo "a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria". E' questo il motivo per cui i pagamenti effettuati in esecuzione del piano stesso sono esclusi dalla revocatoria fallimentare: si tratta, infatti, di un piano che, per i suoi contenuti e per l'attestazione che riceve da un professionista qualificato, deve essere idoneo a consentire il risanamento dell'impresa, per il valore che questa rappresenta per l'ordinamento; un piano, quindi, che deve essere redatto in una prospettiva di continuazione dell'attività d'impresa e non già in funzione della sua liquidazione al di fuori di qualsiasi controllo pubblico. Peraltro, il piano suddetto, come ricorda la Cassazione (Sez. 5 Pen., sentenza n. 8926/2016) «**non si sottrae alla valutazione di congruenza e fattibilità del giudice penale** (come non si sottrae, in caso di successivo fallimento, alla valutazione del giudice civile) **allorché sia strumentalmente destinato a "proteggere" attività negoziali che, per essere svolte in un momento di crisi dell'impresa, si appalesano idonee a distogliere il patrimonio dalla sua finalità tipica (la garanzia per i creditori)**». In situazione caratterizzata dall'avvio della procedura prefallimentare, giunta fino alla comparizione del debitore dinanzi al Tribunale, la Corte regolatrice ha ritenuto che il debitore non avesse nessuna facoltà di vendere tutti i beni aziendali, approfittando del fatto che non era stata immediatamente pubblicata la sentenza di fallimento, giacché tale attività - posta in essere, al di fuori di qualsiasi procedura pubblicistica, quando la società non era, pacificamente, in grado di soddisfare tutte le sue obbligazioni - concretava indiscutibilmente un'attività distrattiva, dal momento che privava l'impresa della totalità del patrimonio senza nessuna garanzia di soddisfacimento integrale dei creditori.

In relazione ad una prospettata cessione fraudolenta di azienda per corrispettivo inferiore al valore di mercato, inserita in un più ampio piano volto a svuotare di risorse la società ammessa al **concordato preventivo** in favore di altre società, italiane ed estere, dello stesso gruppo, sempre riconducibili al dominus della prima (piano avvalorato dall'inserimento nel contratto di affitto di azienda, stipulato in limine alla messa in liquidazione volontaria della società concordataria, della clausola che prevedeva la cessione dell'azienda all'affittuaria al prezzo al quale era poi avvenuta), il Tribunale del riesame ha ritenuto irrilevante la circostanza che la vendita si fosse perfezionata all'interno della procedura di concordato preventivo, sotto la vigilanza degli organi della procedura. In proposito, la Corte di Cassazione (Sez.5 Pen., n. 18997/2016) ha sostenuto che sebbene il quadro complessivo delle incolpazioni fosse idoneo ad avvalorare il sospetto del piano criminoso, non potesse essere svilita la funzione della rete di controlli apprestati dalla legge a tutela dell'interesse dei creditori nella cessione dei beni concordatari, dovendosi affrontare *ex professo* il tema della libera, ovvero frutto di ingannevole prospettazione, scelta degli organi della procedura di autorizzare quell'atto. In ogni caso la Corte di Cassazione muove esplicitamente dall'assunto per cui «**non significa che gli atti**

**posti in essere nell'ambito della procedura concordataria siano per ciò solo sottratti a qualunque sospetto di bancarotta».**

### **1.3.2. L'esenzione ex art. 69-septiesdecies del d.lgs. n. 385/1993. Cenni.**

Alla stregua dell'art. 69-septiesdecies del d.lgs. n. 385/1993, alla conclusione degli accordi di sostegno finanziario previsti dal capo 02-I titolo IV del TUB e alla prestazione di sostegno finanziario in loro esecuzione non si applicano le disposizioni di cui all'art. 53, comma 4, e agli artt. 2391-bis, 2467, 2497-quinquies e 2901 del codice civile, nonché agli artt. 64, 65, 66 e 67, **216, comma 1, n. 1) e comma 3 e 217, I. fall.**

Si tratta di previsione di particolare rilievo ma seriamente problematica, introducendo una complicata esenzione normativa per la bancarotta patrimoniale, semplice o fraudolenta, residuando un'area maggiore d'interesse rispetto all'inibizione della configurazione della bancarotta preferenziale.

In proposito è stato osservato<sup>91</sup>: *«Anzitutto, la definizione dell'accordo deve rispettare premesse rigorose, quali l'assenza al momento della sua conclusione dei presupposti per un intervento precoce, nonché principi, quali la piena informazione sulla situazione dei beneficiari, che collidono con il compimento delle condotte colpose della bancarotta semplice. Si ponga mente a quelle collegate alla consumazione di notevole parte del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, ovvero al compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento ovvero di aggravamento del dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa. Venendo, poi, alle condotte di bancarotta fraudolenta, le consapevolezza che devono sostenere i comportamenti tipici (distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione dei beni ovvero di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori), paiono inconciliabili non solo con tali premesse e principi, ma anche con le condizioni congiunte di erogazione del sostegno finanziario ex art. 69quinquiesdecies TUB. Si consideri, ad esempio, la ragionevole aspettativa che sarà pagato un corrispettivo e rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria ovvero alla possibilità di recuperare per intero, anche in via di surroga o regresso, capitale, interessi e spese. Nonché, ancora, la necessità che la concessione del sostegno finanziario non metta a repentaglio la liquidità o solvibilità della società del gruppo che lo fornisce ovvero che la società sovventrice rispetti nel momento in cui lo fornisce, i requisiti in materia di capitale, liquidità, grandi esposizioni e gli altri requisiti specifici eventualmente imposti dal Reg. (UE) n. 575/2013 e dalle disposizioni di attuazione*

---

<sup>91</sup> DI VIZIO, *Il nuovo sistema di prevenzione e gestione delle crisi bancarie. Disciplina amministrativa e tutela penale del risparmio*, 2016, p.60.

della Dir. 2013/36/UE. Si abbia riguardo, infine, alla condizione che la concessione del sostegno finanziario non pregiudichi la risolvibilità della società del gruppo che lo fornisce. Considerazioni che inducono a ritenere che l'esenzione penale dell'art. 69septiesdecies TUB, all'effetto pratico, risulterà impraticabile rispetto alla più parte dei reati fallimentari indicati per difetto delle premesse necessarie e per contrarietà ai rigorosi principi di conclusione degli accordi di sostegno finanziario ovvero per assenza delle rigide condizioni di erogazione di esso. Salvo, per contro, che non si intenda conferire alla stipula dell'accordo o all'erogazione del sostegno finanziario, in situazioni di apparente rispetto delle premesse e dei principi di stipula o di illusoria sussistenza delle condizioni di concessione, un effetto immunizzante del rilievo penale di propositi, consapevolezza e condotte autenticamente fraudolente».

### **1.3.3. Le responsabilità degli organi societari nel concordato preventivo ex art. 236 L.f. ovvero nei casi di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria.**

Ai sensi del vigente **art. 236, comma 1, L.F.**, «è punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore, che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria, di amministrazione controllata, **siasi attribuito attività inesistenti**, ovvero, per **influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti**». In base all'art. 236, comma 2, L.F., inoltre, «nel caso di concordato preventivo o di amministrazione controllata, si applicano: 1) le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società; 2) la disposizione dell' art. 227 agli institori dell'imprenditore; 3) le disposizioni degli artt. 228 e 229 al commissario del concordato preventivo o dell'amministrazione controllata; 4) le disposizioni degli artt. 232 e 233 ai creditori. Nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria, si applicano le disposizioni previste dal secondo comma, numeri 1), 2) e 4)»<sup>92</sup>.

Con riferimento alla **fattispecie penale descritta dal primo comma**, la riformulazione della disposizione non ne altera la **finalità**, rispondente a «*garantire il corretto svolgimento delle procedure concorsuali che si connotano per essere dirette ad evitare il fallimento dell'impresa, sanzionando quanti espongono una situazione economica non veritiera allo scopo di ottenere i benefici connessi all'espletamento delle predette procedure, senza che ne*

---

<sup>92</sup> E' la formulazione vigente a seguito del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132. Si ricorda che a norma dell' art. 147, comma 2, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, tutti i riferimenti all'amministrazione controllata sono soppressi, a decorrere dal 16 luglio 2006.

ricorrano i presupposti - e ciò anche se tale condotta non determina un pregiudizio per i creditori»<sup>93</sup>.

L'**ambito soggettivo** di applicazione della fattispecie appare di problematica definizione. In particolare, non mancano interpretazioni che ritengono di limitarlo, in ragione di vincoli letterali, agli imprenditori individuali, con esclusione dei soggetti indicati dall'art. 223 L.F. (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società di capitali dichiarate fallite) e sostanziale depotenziamento della previsione penale. Sembra apprezzabile, in tal senso, la lettura ermeneutica che individua nella nozione di imprenditore null'altro che il soggetto (anche in forma societaria) che può essere ammesso alla conclusione del concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Le **condotte** tipizzate consistono nell'auto-attribuzione di attività inesistenti, ovvero, nella simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti, connotate nei peculiari termini soggettivi indicati dalla norma.

Quanto all'auto-attribuzione di **attività inesistenti** non vi è concordia in giurisprudenza sulla rilevanza delle condotte di sopravvalutazione delle poste attive effettivamente esistenti ovvero di occultamento di quelle passive. Secondo un più risalente orientamento (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 9392 del 03/07/1991 Ud., dep. 13/09/1991, Rv. 188188) «*la sopravvalutazione di beni effettivamente esistenti nel patrimonio del fallito non è prevista come reato dall'art. 236 legge fallimentare, la cui norma si riferisce alla condotta dell'imprenditore, che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di amministrazione controllata, si sia attribuito attività inesistenti*». In senso contrario, è stato sostenuto (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 3736 del 26/01/2000 Ud., dep. 23/03/2000, Rv. 215721) che il reato previsto dall'art. 236 Legge Fallimentare «*punisce, con la dizione "attribuzione di attività inesistenti e simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti", anche l'omessa indicazione di debiti e la sopravvalutazione di immobili, e, dunque, la simulazione o la dissimulazione, anche parziali, dell'attivo o del passivo*»<sup>94</sup>. Secondo la Corte regolatrice, a

---

<sup>93</sup> SANTORIELLO, *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il d.l. n. 83/2015*, in *Fallimento*, 2016, 2, 129.

<sup>94</sup> In motivazione la Corte ha osservato che il **reato in esame punisce, in definitiva, la simulazione o la dissimulazione, anche parziali, dell'attivo o del passivo**, «operazioni che, alterando il risultato finale della denuncia della situazione patrimoniale dell'impresa al momento della proposta di concordato, comportano, implicitamente ed esplicitamente, una automatica attribuzione di attivo, ideologicamente falsa. Viene in considerazione, infatti, un **falso ideologico punibile a titolo di dolo specifico, reato di pericolo** che prescinde dalla realizzazione della finalità e da un evento di danno, che sono fuori della struttura oggettiva. **Reato a condotta libera**, che può essere commesso in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, attraverso operazioni contabili e atti artificiosi, impicanti, nella sostanza, la falsa attribuzione dell'entità dell'attivo, quale condotta di sintesi, risultante del computo di elementi positivi e negativi - dolosa omissione o esagerazione di voci attive e passive, di beni circolanti o di immobilizzazioni, titoli di credito e denaro esistenti in cassa, scorte di merci in magazzino, crediti e debiti, partecipazioni, riservato dominio, prestiti, leasing, diritti di brevetto e di marchio, beni immobili, rapporti giuridici economicamente valutabili-. Condotta di sintesi che è il risultato dell'obbligo di presentare, ex art. 161, 171, 172 della Legge, allegati alla domanda, "le scritture contabili, uno stato analitico ed estimativo delle attività" e "l'elenco dei creditori e dei debitori", necessari per la formazione dell'inventario del patrimonio dell'imprenditore. Obbligo previsto sia come condizione di ammissibilità formale della proposta di concordato, sia quale condizione di merito, finalizzata alla rappresentazione della verità dei riferiti dati contabili e di stima e, quindi, della convenienza economica della proposta. La norma incriminatrice richiama, in sostanza, quali disposizioni integrative, le predette norme e anche gli

fronte della locuzione, ritenuta impropria e generica, di "simulazione di crediti", il termine di specificazione è usato nel significato promiscuo di credito-debito, di crediti vantati da terzi nei confronti dell'imprenditore e di crediti vantati da questi verso terzi debitori. Tale interpretazione è conforme all'obbligo, dell'imprenditore di presentare anche l'elenco dei crediti e debiti, con conseguente necessaria verifica di essi, ex artt. 161 e 171, e di esporli con verità, ex art. 186 e 138. «Consegue che il reato è ipotizzabile per la condotta di falsa denuncia, diretta ad influire sulla formazione della maggioranza nell'adunanza di cui all'art. 174 o sul giudizio di convenienza economica del concordato; sia per l'esposizione di inesistenti o maggiorati debiti dell'impresa, perché il falso si risolve in un artificioso aumento dell'entità dei crediti o del numero dei creditori, non tutti legittimati a partecipare all'adunanza e ad ottenere il pagamento della percentuale di un credito inesistente o maggiorato; sia per l'occultamento di debiti sociali, operazione che riduce fittiziamente il numero dei creditori legittimati e si traduce, in definitiva, per il conseguenziale calcolo del deficit, in una surrettizia maggiorazione dell'attivo; sia, infine, per la simulazione o maggiorazione di crediti vantati dall'imprenditore verso terzi, che sono, in sostanza, strumenti per una surrettizia attribuzione di attività inesistenti in assoluto o nella entità denunciata». Tale interpretazione appare conforme, inoltre, alla natura dall'istituto e alla finalità da esso perseguita. Il concordato preventivo, infatti, «quale beneficio concesso all'imprenditore insolvente che può evitare il fallimento con la procedura alternativa e con il pagamento di una percentuale dei crediti chirografari, attuabile anche con una cessione di beni, postula la verità della situazione patrimoniale, risultante dalla documentazione prodotta, che si articola in attività passività e deficit, risultanti dalla prescritta documentazione. Consegue che la falsità ideologica, relativa ad uno di questi elementi, altera tutta la procedura e il giudizio di convenienza economica del concordato, per la simulazione o dissimulazione di elementi positivi e negativi, anche sub specie di sopravvalutazione degli immobili che, peraltro, in conseguenza dello "stato estimativo" dolosamente maggiorato,

---

artt. 173, 186 e 138 della Legge, con la conseguenza che dal combinato disposto di esse si ricava il principio che **l'immutatio veri in ordine alla situazione patrimoniale dell'azienda**, per aver "l'imprenditore occultato o dissimulato parte dell'attivo, o omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode", già civilmente sanzionata con la trasformazione della procedura alternativa in dichiarazione di fallimento e, intervenuta l'omologazione, con l'annullamento del concordato, **è la medesima fattispecie incriminata anche in sede penale come falso ideologico**, e consente nell'identità della condotta di occultamento, simulazione e dissimulazione pur se espressa con la formulazione riassuntiva e generica di cui al citato art. 236. **Non può seriamente ritenersi che il legislatore abbia voluto limitare l'incriminazione a determinati atti fraudolenti, escludendone altri, pur sanzionati civilmente, non riportandoli nella dizione della norma incriminatrice. Per i principi esposti, tale assunto è del tutto incoerente con la natura del reato e la ratio della norma incriminatrice, la struttura e la finalità del concordato preventivo, che invece, giustificano la diversa interpretazione.** Il delitto de quo, infatti, è, plurioffensivo, contro l'amministrazione della giustizia e contro il patrimonio dei creditori. Tutela, da una parte, la regolarità e la legalità della procedura, diretta e controllata dall'autorità giudiziaria che deve verificare la legittimità formale e di merito e, quindi, la convenienza economica della proposta di concordato che postula la verità della situazione patrimoniale riportata nella prescritta documentazione. Tutela, dall'altra parte, l'interesse dei creditori a non essere tratti in inganno da atti di frode e determinati dall'errore indotto all'approvazione della proposta che, intervenuta a maggioranza all'interno dell'adunanza di essi, che opera, ex art. 177 della Legge, come organo intermedio della procedura, è momento strumentale e necessario rispetto alla successiva fase di omologazione - artt. 174/181».

risulterebbero insufficienti a coprire la garanzia prestata e il pagamento della prescritta percentuale, anche nell'ipotesi di cessione pro solvendo»<sup>95</sup>.

Inoltre, l'art. 236, comma 1, L.F., **non richiede il compimento di attività fraudolenta per la sussistenza del reato, ma solo la mendace denuncia di creditori inesistenti**, senza che sia necessaria la produzione di documenti atti a suffragarla (Sez. 5, Sentenza n. 4343 del 15/02/1984 Ud., dep. 10/05/1984, Rv. 164135).

In relazione alla **fattispecie penale delineata dall'articolo 236, comma 2, L.F.**, avendo quale riferimento gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società ammesse agli accordi di ristrutturazione, la  **riforma del D.L. n. 83/2015**  ha operato un'estensione delle disposizioni penali previste dagli articoli 223, 224 RD n. 267/42 (bancarotta fraudolenta, semplice, societaria e dolosa) equiparando al concordato preventivo l'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari<sup>96</sup> o la convenzione di moratoria con intermediari

---

<sup>95</sup> Sez. 5, Sentenza n. 3736 del 26/01/2000 Ud., dep. 23/03/2000, Rv. 215721

<sup>96</sup> **Art. 182-septies (Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria):** «**1. Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182-bis, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari. 2. L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso, con il ricorso di cui al primo comma di tale articolo, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria. 3. Ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. 4. Il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-bis alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Per costoro il termine per proporre l'opposizione di cui al quarto comma del medesimo articolo decorre dalla data della notificazione del ricorso. **Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei** rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; b) abbiano ricevuto **complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative**; c) possano risultare **soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.** 5. Quando fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari viene stipulata una **convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari e sia raggiunta la maggioranza di cui al secondo comma, la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.** 6. Nel caso previsto dal comma precedente, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d). La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo. Nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183. 7. In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati. 8. La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma». INZITARI (Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto**

finanziari. Senza completare il raccordo con disposizioni come sarebbe stato necessario in considerazione della diversità strutturale delle due procedure. Come è stato osservato<sup>97</sup>, infatti, nel caso un accordo di ristrutturazione non è chiaro quando tale convenzione possa dirsi definita nel caso di successiva e progressiva adesione ad essa da parte di altri creditori e di opposizione all'accordo proposta in sede giurisdizionale.

Corrisponde a stabile orientamento della Corte di Cassazione quello di riferire la disposizione dell'art. 236, secondo comma, n. 1, L.F. anche ai **fatti di bancarotta pre-concorsuali** (Sez. 5 Pen., sentenza n. 10517 del 29/09/1983 Ud., dep. 07/12/1983, Rv. 161589). Ancora di recente (Cass. Pen., Sez. 5, n. 16504/2010; id. n. 26444/2014) è stata ribadita la riconducibilità delle condotte distrattive poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo alla previsione dell'articolo 236, comma 2, L.F. (con riferimento ai fatti di bancarotta previsti dagli articoli 216, 217, 223 e 224 L.F., commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite) quand'anche la società non sia dichiarata poi fallita e pure ove i soggetti attivi abbiano eventualmente dimesso tali cariche al momento dell'apertura della procedura concorsuale. La tesi contraria, sovente argomentata richiamando l'art. 238 L.F., per cui la punibilità della bancarotta nelle procedure concorsuali "minori" dipenderebbe dall'effettiva successiva instaurazione di quella fallimentare, importerebbe l'abrogazione del dettato dell'art. 236 L.F. Tale disposizione, invece, *«rivela la volontà del legislatore di punire, per l'appunto in maniera autonoma, le condotte di bancarotta nelle diverse procedure concorsuali al fine di evitare che gravi comportamenti verificatisi prima ed anche in assenza del fallimento restassero impuniti (così Sez. 5, 26444/2014; nello stesso senso Sez. 5, n. 12897 del 6 ottobre 1999, Tassan Din B., Rv. 214859 con riguardo a fatti*

---

*ed effetti sui creditori estranei*, in Dir. Fall., 2015, 6, 10517) ha individuato l'origine dell'introduzione di tali forme di accordi di ristrutturazione ad opera del D.L. n. 83/2015, convertito con L. n. 132 del 2015, nelle difficoltà manifestatesi nei casi di esposizione debitoria prevalente nei confronti delle banche, la cui posizione giuridica ed i cui interessi economici possono risultare notevolmente divergenti e, conseguentemente, rendere più difficoltosa o addirittura impedire la costruzione della soluzione della crisi. Per ciò, *«la novella fallimentare ha inteso regolare secondo il sistema maggioritario tale conflitto, fornendo un'articolata serie di strumenti idonei ad estendere gli effetti dell'accordo anche alle banche minoritarie, stabilendo in questo modo una importante deroga al principio secondo cui il contratto ha effetti solo tra le parti ed aprendo, al contrario, ad una rilevante efficacia del patto negoziale nei confronti dei terzi. In particolare, allorché la complessiva esposizione debitoria dell'impresa è rivolta verso il sistema bancario, la posizione delle banche appare differenziata tra quelle banche maggiormente esposte, talora disposte a subire nell'immediato anche rilevanti sacrifici pur di evitare il naufragio della crisi nella generale insolvenza del debitore, e le banche che presentano una minore esposizione creditoria, che sono piuttosto interessate solo alla soddisfazione del credito e possono essere tentate di assumere il ruolo di creditori estranei all'accordo, al fine di ottenere l'immediata ed integrale soddisfazione del loro credito con possibile compromissione degli esiti dell'accordo negoziato»*. Come osserva l'Autore, *«le strategie delle banche sulle modalità di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi sono sovente tutt'altro che omogenee e le decisioni possono essere profondamente diversificate, in quanto gli intermediari finanziari possono avere interesse alla continuazione dell'attività del debitore e possono risultare disponibili anche ad erogare finanza nuova, mentre in altri casi gli intermediari finanziari hanno interesse alla mera liquidazione dei beni. A ciò si aggiunge l'interesse di alcune banche a consolidare le garanzie che erano state precedentemente ottenute o comunque a non far emergere un'insolvenza che potrebbe avere effetti pesanti sui bilanci delle stesse banche. È ben noto, del resto, che la crisi e la prospettiva della possibile insolvenza del debitore comportano l'emergere di conflitti assai rilevanti tra i creditori concorrenti»*. In tal modo, *«sul piano sistematico emerge una rilevante deroga al principio generale della relatività degli effetti del contratto; sul piano funzionale lo strumento dell'accordo con effetti anche verso la minoranza dissenziente è espressione della saldatura funzionale tra l'interesse del debitore, volto al superamento della crisi, e l'interesse delle banche che maggiormente hanno finanziato il debitore stesso, oltre che alla soluzione della crisi stessa, come pure alla più conveniente e opportuna gestione della esposizione creditoria che a queste banche fa capo»*.

<sup>97</sup> SANTORIELLO, *op. cit.*

*commessi con riguardo alla allora vigente procedura di amministrazione controllata la cui disciplina penale era accomunata dall'art. 236 a quella del concordato preventivo)». In definitiva, chiosa la Corte di legittimità, «l'autonomia della fattispecie in esame dalle altre ipotesi di bancarotta contemplate dalla legge fallimentare, con le quali sostanzialmente condivide l'oggetto giuridico, si caratterizza per il particolare disvalore della modalità d'offesa selezionata dalla norma incriminatrice, individuato nella consumazione delle tradizionali condotte di bancarotta nell'ambito delle singole procedure concorsuali pre-fallimentari». **Le condotte distrattive compiute prima dell'ammissione al concordato preventivo di una società poi dichiarata fallita** integrano il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale anche nel caso in cui l'agente abbia ottenuto l'ammissione al concordato preventivo, si sia adoperato per il buon esito della procedura e questo non sia stato conseguito per fatti indipendenti dalla sua volontà, in quanto, laddove si verifichi il fallimento, ai fini della configurabilità del dolo, è sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 33268 del 08/04/2015 Ud., dep. 28/07/2015, Rv. 264354).*

Nella struttura della fattispecie in esame, il **decreto di ammissione al concordato preventivo** assume la stessa funzione ed efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 7144 del 07/06/1984 Ud., dep. 21/08/1984, Rv. 165475). La Corte Suprema ha anche precisato (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 3330 del 05/02/1993 Ud., dep. 07/04/1993, Rv. 193843) che per la configurazione del reato di bancarotta fraudolenta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 non è necessaria la sentenza di omologazione passata in giudicato, essendovi equiparazione tra la sentenza dichiarativa di fallimento e il decreto di ammissione, «*il quale presuppone pur sempre un accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, intervenuto il quale, si perfezionano i fatti di bancarotta*». La considerazione va rivalutata alla luce delle modifiche che hanno interessato l'istituto del concordato preventivo, sinteticamente ripercorse nella sentenza n. 43428/2010 delle Sezioni Unite<sup>98</sup>. Se in origine l'istituto rispondeva all'esigenza di evitare il fallimento

---

<sup>98</sup> Come ricordano le Sezioni Unite, in origine l'istituto del concordato preventivo era articolato nelle diverse fasi della ammissione, deliberazione (votazione), omologazione ed esecuzione. Per l'art. 160 legge fall. l'ammissione alla procedura dipendeva dall'iniziativa dell'imprenditore che si trovava in stato d'insolvenza ed era subordinata al possesso da parte del medesimo di alcuni requisiti soggettivi di meritevolezza e affidabilità e ad alcune condizioni oggettive di soddisfacimento delle pretese dei creditori (garanzia del pagamento, anche attraverso la *cessio bonorum*, di una percentuale minima predeterminata dei chirografari). «**La prima fase** si concludeva (art. 163 legge fall.) con un decreto del Tribunale che, ritenuta l'ammissibilità della proposta, segnava il momento genetico della procedura concorsuale e provvedeva, tra l'altro, alla nomina del giudice delegato e del commissario giudiziale, organo cui l'art. 164 legge fall. espressamente attribuiva la qualifica di pubblico ufficiale "per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni". Ai sensi dell'art. 167 legge fall., in seguito all'ammissione alla procedura, il debitore conservava l'ordinaria amministrazione dei suoi beni, mentre per gli atti eccedenti necessitava dell'autorizzazione del giudice delegato. Per contro, il successivo art. 168 legge fall. paralizzava, fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, le azioni esecutive dei creditori "anteriori" (per causa o titolo) alla data del decreto. Nella **seconda fase**, previa convocazione e deliberazione da parte del giudice delegato dei crediti contestati, si svolgeva l'adunanza dei creditori, chiamati a discutere e approvare la proposta concordataria. L'adesione a quest'ultima (artt. 177 e 178 legge fall.) veniva siglata dal voto favorevole della maggioranza dei creditori partecipanti, comunque rappresentativa dei due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto. A questo punto si apriva la **terza fase** del procedimento, dedicata all'omologazione del concordato da parte del Tribunale (artt. 179-181 legge fall.). In sede di omologazione il collegio

dell'imprenditore attraverso la riduzione del passivo concordata con i creditori nell'ottica della conservazione, anziché della distruzione, dell'impresa, nel tempo tale concezione è mutata, «essendo emersi, dalla prassi applicativa, il perseguimento di un fascio più composito di interessi (non escluso quello pubblico ad evitare le ripercussioni del dissesto) e la non centralità della finalità conservativa». L'ambiguo equilibrio tra l'esigenza di risanamento dell'impresa e le finalità liquidatorie ed esdebitative ha inciso sul dibattito relativo alla natura della procedura anticipatoria, che ha registrato due teorie: l'una ispirata allo schema privatistico-negoziale e l'altra a quello pubblicistico-processuale<sup>99</sup>. La compresenza nell'istituto di componenti privatistiche e pubblicistiche si è mantenuta in corrispondenza delle riforme successive<sup>100</sup> (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, e d.lgs.

---

*giudicante decideva sulle eventuali opposizioni presentate dai creditori dissenzienti e, previo accertamento delle condizioni di ammissibilità del concordato e della regolarità della procedura, procedeva a una valutazione sul merito della proposta, verificandone, tra l'altro, la convenienza economica e la meritevolezza del proponente. Mancando le condizioni per l'omologazione il Tribunale dichiarava il fallimento del debitore; mentre, in caso contrario, fissava le modalità per l'esecuzione dell'accordo intervenuto con i creditori. Per l'ipotesi di concordato con cessione dei beni l'art. 182 legge fall. prevedeva che con la sentenza di omologazione il Tribunale nominasse uno o più liquidatori e un comitato di creditori per assistere alla liquidazione, di cui fissava le modalità. La norma da ultima citata non imponeva peraltro la nomina del liquidatore in ogni caso, ma solo nell'ipotesi che non fosse disposto altrimenti (come ad esempio nel caso in cui il progetto di concordato accettato dai creditori è ritenuto meritevole di omologazione attribuisse direttamente al debitore il compito di liquidare il proprio patrimonio). La fase esecutiva era disciplinata dall'art. 185 legge fall., il quale affidava al commissario giudiziale la sorveglianza sull'adempimento del concordato secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione. Infine il successivo art. 186 mutuava dalla disciplina del concordato fallimentare le ipotesi di risoluzione e annullamento della procedura anticipatoria, stabilendo che in tal caso il Tribunale procedesse alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore. Ancora va ricordato come l'art. 173 legge fall. contemplasse un meccanismo di conversione del concordato in fallimento per il caso che il commissario giudiziale accertasse nel corso del suo svolgimento comportamenti fraudolenti del debitore».*

<sup>99</sup> In motivazione: «Per la prima, il concordato sarebbe un accordo di natura negoziale, ovvero specificamente transattiva - tra il debitore e i creditori, intesi come unità collettiva (assorbente anche la minoranza dissenziente), rispetto al quale l'omologazione giudiziaria rappresenterebbe una mera condizione di efficacia. Per i fautori della tesi processualistica, invece, il concordato preventivo sarebbe un processo giurisdizionale, nel senso che la sentenza di omologazione, della quale l'accordo tra debitore e creditori sarebbe sostanzialmente un mero presupposto, produrrebbe come effetto l'espropriazione del diritto degli stessi creditori a vantaggio della collettività attraverso l'intervento di organi statuali sul diritto di disposizione del debitore». La giurisprudenza di legittimità, in origine propensa ad aderire alla concezione contrattualistica, a partire dagli anni sessanta «si è orientata verso una costruzione della natura del modello concorsuale in termini essenzialmente pubblicistici, ponendo in particolare l'accento sul penetrante controllo di merito esercitato dal tribunale sull'accordo, la cui obbligatorietà per coloro che vi rimangono estranei non potrebbe che costituire un effetto della sentenza di omologazione».

<sup>100</sup> Tra le altre riforme dell'istituto si segnalano, ripercorrendo la sentenza in commento: (i) l'eliminazione, nell'art. 160, dei requisiti di meritevolezza per l'ammissione alla procedura; (ii) l'esclusione di qualsiasi sindacato giudiziale sul merito della proposta di concordato preventivo, la cui omologazione, ai sensi del nuovo art. 180, avviene per decreto sulla base della mera verifica del raggiungimento delle maggioranze prescritte nell'adunanza dei creditori e della regolarità formale della procedura seguita; (iii) concessione al debitore di più ampia autonomia nella scelta dei contenuti del piano concordatario e la possibilità di suddividere i creditori in classi omogenee (all'interno delle quali devono essere raggiunte autonome maggioranze in sede di deliberazione del concordato) cui proporre anche trattamenti differenziati; (iv) necessità ex art. 161 L.F. di asseverare la proposta attraverso la relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario; (v) eliminazione nell'art. 180 legge fall. di qualsiasi riferimento all'automatismo della conversione del concordato preventivo in fallimento (facendo però salve le ipotesi in qualche modo "sanzionatorie" tuttora previste dall'art. 173 legge fall.), affidando la stessa conversione all'iniziativa dei creditori o del pubblico ministero, nonché alla previa verifica dello stato d'insolvenza. Con il D.L. n. 83/2015, convertito con modificazioni nella legge n. 135/2015, sono state introdotte ulteriori rilevanti novità: (i) la proposta di concordato deve soddisfare (se non si tratta di concordato con continuità aziendale ex art. 186-bis, L.f.) almeno il 20% dei crediti chirografari (art. 160, comma 3, L.F.) e deve indicare le specifiche utilità ricavabili da ciascun creditore (art. 161, comma 1, L.F.); (ii) è stata introdotta la possibilità della presentazione di offerte alternative rispetto al piano di concordato per l'acquisto dell'azienda o di un suo ramo o di specifici beni, aprendo un procedimento competitivo finalizzato alla migliore soddisfazione dei creditori concordatari (art. 163-bis, L.F.), consentendo ai creditori la presentazione di proposte di concordato alternative a quella presentata dall'imprenditore all'assemblea dei creditori; (iii) è stata ammessa la possibilità per uno o più creditori, che rappresentino almeno il 10% dei crediti, di presentare una proposta concorrente di concordato preventivo con continuità e il relativo piano, salvo che nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesti che

12 settembre 2007, n.169), sebbene da esse ne sia stato esaltato il profilo negoziale-privatistico dell'accordo tra l'imprenditore ed i suoi creditori e ridimensionati gli aspetti processuali dell'istituto, contraendo l'intervento statale nella procedura anticipatoria<sup>101</sup>. Tra le novità più rilevanti occorre annoverare la modifica del presupposto di accesso alla procedura, ora identificato nello **stato di crisi** dell'impresa, nozione sfornita di definizione normativa se non per la precisazione contenuta nel nuovo art. 160 comma 3, L.f. secondo il cui ultimo comma "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". Come chiosano le Sezioni Unite della Cassazione «lo stato d'insolvenza è rimasto dunque presupposto della procedura concorsuale, ancorché le ambigue formule normative lascino intendere che alla stessa può accedere anche l'imprenditore che versa in una situazione di **difficoltà non ancora identificabile con quella di dissesto**». Ciò evoca (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16000 del 10/02/2012 Cc., dep. 26/04/2012, Rv. 252309) «sia situazioni in cui l'impresa versi nell'impossibilità di adempiere le obbligazioni in scadenza, sia situazioni di squilibrio irreversibile, sia situazioni in cui è agevolmente pronosticabile il verificarsi, nell'immediato, di uno di tali inconvenienti». Muovendo da tale consapevolezza la Cassazione ha incidentalmente ritenuto non contrastante con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. la normativa che parifica ex art. 236, comma 2, L.F. il decreto di ammissione al concordato preventivo alla sentenza dichiarativa di fallimento ai fini dell'applicabilità delle norme penali in tema di bancarotta al concordato, pur dopo la modifica di cui alla novella della L. n. 80 del 2005 nei casi in cui lo stesso abbia quale presupposto finanziario la mera crisi dell'impresa non derivante da insolvenza. Secondo i giudici di legittimità rientra nei poteri discrezionali del legislatore equiparare *quoad poenam* situazioni concretamente diverse ma aventi in comune la medesima finalità della tutela dei creditori a fronte dell'attività del debitore non ancora impossibilitato del tutto alla fisiologica estinzione delle proprie obbligazioni<sup>102</sup>. Considerazione che ora sembra di poter ritenere valida anche per l'ulteriore estensione dell'equiparazione penale ai **casi di accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzioni di moratoria**.

---

la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari (art. 163, commi 3 e 4, L.F.); (iv) in punto di esecuzione del concordato, è stato introdotto l'obbligo del debitore di dare esecuzione al concordato omologato, anche quando presentato da uno o più creditori, pena l'intervento del commissario giudiziale o addirittura di un amministratore giudiziario (art. 185, commi 3-6, L.F.).

<sup>101</sup> Rimane arduo ricostruire in termini unitari l'istituto anche dopo la "svolta" impressa dalla riforma. La Cassazione ha in proposito notato che «come il principio dell'autonomia privata tuttora non sia in grado di spiegare la paralisi delle azioni esecutive e la prevalenza della volontà della maggioranza dei creditori ovvero i residui poteri decisori attribuiti al Tribunale in sede di omologazione in presenza di opposizioni dei creditori dissenzienti o del mancato raggiungimento della maggioranza richiesta all'interno delle singole classi».

<sup>102</sup> Osserva la Cassazione: «L'amministrazione controllata aveva, a sua volta, come finalità primaria il risanamento dell'impresa e il ripristino della sua solvibilità o, meglio, il recupero della solvibilità in conseguenza del risanamento dell'impresa, non aveva natura liquidatoria né effetto immediatamente soddisfattivo delle pretese creditorie ma, per così dire, dilatorio, nel senso che il debitore era obbligato a soddisfare integralmente tali pretese dopo la chiusura della procedura, se il risanamento finanziario fosse stato conseguito. La struttura normativa del concordato preventivo, viceversa, prescinde da qualsiasi idea di necessaria protrazione dell'attività imprenditoriale ed è orientata ad assicurare effetti meramente liquidativi dei crediti attraverso qualsiasi forma ma in misura, di norma, falcidiata».

La **distrazione di somme da una società ammessa al concordato preventivo**, inoltre, configura un'ipotesi di **bancarotta fraudolenta post-fallimentare** in relazione alla quale la restituzione della somma distratta non realizza una forma di cosiddetta bancarotta "riparata", poiché, per determinare l'insussistenza della materialità del reato, l'attività di segno contrario che annulla la sottrazione deve reintegrare il patrimonio dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento o del decreto che ammette il concordato preventivo, evitando che il pericolo per la garanzia dei creditori acquisisca effettiva concretezza (così Sez. 5, sentenza n. 50289 del 07/07/2015 Cc., dep. 22/12/2015, Rv. 265903). In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, **nel caso in cui all'ammissione alla procedura di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, la prescrizione decorre dalla sentenza dichiarativa di fallimento** e non dalla ammissione al concordato preventivo, stante la disuguaglianza tra le due procedure che non consente di intravedere nella successione delle vicende concorsuali la medesima connotazione e quella uniformità che può consentire l'assorbimento cronologico della seconda nella prima (Sez. 5, Sentenza n. 15712 del 12/03/2014 Ud., dep. 08/04/2014, Rv. 260220; Id., n. 31117 del 30/06/2011 Ud., dep. 04/08/2011, Rv. 250588; Id., n. 39307 del 18/09/2007 Ud., dep. 24/10/2007, Rv. 238183<sup>103</sup>). La diversità della configurazione non consente alcun assorbimento di una

---

<sup>103</sup> In motivazione: «Non vi è dubbio che la L.Fall. artt. 236 cpv. e 223, riguardano situazioni diverse, tanto che la seconda si rapporta alla prima per via di un espresso rinvio formale, giustificabile con l'impossibilità di ravvisare un raccordo per via di mera interpretazione estensiva della disciplina generale della bancarotta impropria. Dunque, si tratta di **fattispecie autonome e tra loro indipendenti**. Corretta è, quindi, la lettura in chiave di specialità della disposizione ancorata alla dichiarazione di fallimento rispetto a quella scaturita dal decreto ammissivo al concordato preventivo: la vicenda concorsuale fallimentare, essendo successiva a quella "minore" si è arricchita di momenti qualificanti diversi ed ulteriori rispetto alla prima e, segnatamente, la prova della irreversibilità della insolvenza (ovvero, per altro contesto, dell'accertata immeritevolezza del debitore (o, ipotesi, ancor oggi vigente, della scoperta di atti di frode L.Fall., ex art. 173, nel vecchio testo). Il Collegio, inoltre osserva che, al di là delle differenze normative conseguenti al rinvio disposto dall'art. 223, comma 2, alle ipotesi di bancarotta fraudolenta, riferito ad una limitata categoria di imprenditori (quelli collettivi e non quello individuale), esistono intrinseche incompatibilità tra le situazioni nelle situazioni dedotte nel richiamo dell'art. 236. E, tra l'altro: - il decreto di ammissione si fondava (prima della riforma) su presupposti diversi dalla sentenza dichiarativa di fallimento: vero che identica è la situazione di insolvenza e corretto è il richiamo del ricorrente alla giurisprudenza maturata nella vigenza della vecchia legge fallimentare, ma è altrettanto vero che la sentenza attesta una situazione qualitativamente diversa dell'insolvenza (differenza che oggi è sottolineata dalla modifica del presupposto per il concordato, nella mera situazione di crisi), ossia la sua irredimibilità, circostanza essenziale per abbandonare la procedura inizialmente avanzata; d'altra parte la prassi giudiziale ha evidenziato che il concordato preventivo ha perso la sua esclusiva funzione di liquidazione giudiziale dell'impresa, potendo sfociare in un suo recupero mediante il trasferimento a terzi; - la conversione della procedura può, tuttavia, dipendere anche dal riscontro di condotte post concorsuali, che differenziano oggettivamente la fattispecie dedotta nella nuova procedura, sicché l'ipotesi punitiva si estende oltre all'art. 236, comma 2, la quale prevede che la condotta preceda l'ammissione dell'imprenditore sociale al concordato, essendo incompatibile una condotta fraudolenta successiva al decreto di ammissione determinando la conversione nella procedura fallimentare la previsione dell'art. 173 contemplava un obbligo di denuncia al giudice delegato ed un obbligo di questi di promuovere presso il tribunale la dichiarazione di fallimento); - la situazione dei creditori è diversa nelle due procedure, diverso essendo il criterio di regime dei rapporti pendenti e della soddisfazione delle loro pretese, e del regime gravante sul debitore che non viene fatto oggetto (art. 167) di effettivo ed integrale spossessamento patrimoniale, ma soltanto attenuato con libertà di gestire l'impresa, purché nell'interesse dei creditori (permanendo anche l'obbligo di annotazione contabile), senza alcuna estensione al socio illimitatamente responsabile, ecc; - la diversità oggettiva delle situazioni si riflette anche nelle difformità processuali, non foss'altro che per la presenza nella vicenda fallimentare di un curatore e non di un commissario, non è prevista la verifica del passivo, ecc. Dunque, pur in presenza di una causa genetica comune (l'insolvenza) le due procedure si differenziano sostanzialmente e, quindi, evidenziano la necessità di una diversa tutela, difforme potendo essere il pregiudizio recato ai creditori pur da una stessa condotta illecita. In questa prospettiva la diversità delle fattispecie evidenzia la diversa potenzialità lesiva dei reati dedotti dalla L.Fall., art. 236 e 223, nella progressione sottesa alla conversione di una procedura nell'altra (correlativamente alla c.d. "consecuzione dei procedimenti concorsuali")».

fattispecie nell'altra ed esalta la diversità dei beni protetti: di qui **«l'autonomia delle ipotesi incriminatrici descritte dall'art. 223, rispetto alle condotte fraudolente sottese all'art. 236 e, conseguentemente, l'impossibilità di valersi delle dinamiche della procedura concorsuale concordataria per fissare regole discendenti dalla bancarotta propriamente fallimentare»** (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 39307/2007).

Al di fuori dell'evenienza di concorso nel reato dell'*intraneus*, il liquidatore nominato nel concordato preventivo con cessione dei beni non è soggetto attivo dei reati di bancarotta fraudolenta o semplice richiamati nell'art. 236, comma secondo, n. 1, legge fall., in quanto non si identifica con alcuno dei soggetti espressamente indicati nella suddetta disposizione ed in particolar modo, tra questi, con i "liquidatori di società" (Sez. U, Sentenza n. 43428 del 30/09/2010 Ud., dep. 07/12/2010, Rv. 248381)<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Dopo aver ripercorso l'*excursus* che ha interessato la procedura di concordato preventivo e con la consapevolezza dei possibili vuoti (relativi) di tutela scaturenti dall'interpretazione prescelta, le Sezioni Unite hanno affermato che la figura del liquidatore concordatario presenta connotazioni assai peculiari rispetto all'ordinario liquidatore delle società: *«Quest'ultimo, infatti, nominato dall'assemblea, resta un vero e proprio organo sociale cui sono assegnati compiti e funzioni coerenti rispetto al rapporto societario: convoca l'assemblea, redige i bilanci in corso di liquidazione e il bilancio finale ed è responsabile del suo operato secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori (art 2489, comma secondo, cod. civ.). Il liquidatore di cui all'art. 182 legge fall., invece, per il compito che espleta e il rapporto che lo lega agli organi della procedura (in particolare, al commissario giudiziale, tenuto a vigilare sull'esecuzione del concordato, con riguardo anche al rispetto delle modalità di liquidazione determinate dal Tribunale in sede di omologazione), si viene a trovare in una posizione di terzietà rispetto al debitore, che esclude il determinarsi di un suo rapporto organico con la società e circoscrive la sua sostituzione agli organi di quest'ultima nei limiti funzionali all'esecuzione del mandato (realizzazione del valore dei beni ceduti, costituenti ormai una sorta di patrimonio separato - con riparto del ricavato)»*. In sostanza, il liquidatore concordatario manca del tratto tipico (rappresentato appunto dal rapporto organico con la società) che accomuna i soggetti richiamati nell'art. 236 legge fall., secondo comma, n. 1 (che sono poi gli stessi che l'art. 146 legge fall. indica come destinatari degli stessi obblighi del fallito in caso di fallimento di società), e che costituisce la ratio stessa dell'applicabilità delle richiamate disposizioni degli artt. 223 e 224 legge fall., in una naturale estensione ad essi, ai fini penali, degli effetti dell'insolvenza dell'imprenditore.

#### 1.4. Focus in tema di responsabilità penali di gestori/personale di istituti di credito.

##### 1.4.1. Il concorso dell'*extraneus* nei reati di bancarotta, il rapporto con la contestazione del ruolo di amministratore di fatto e tipologie ricorrenti di terzi estranei.

I delitti fallimentari (si pensi alla bancarotta per distrazione, all'omessa tenuta di libri e scritture contabili obbligatorie ed all'omesso deposito del bilancio e delle altre scritture) sono per lo più reati propri, connotati dalle qualità dei rispettivi soggetti attivi (imprenditore fallito, amministratori, direttori generali, liquidatori e sindaci della società dichiarata fallita).

In materia di bancarotta per distrazione, il terzo estraneo può concorrere con gli *intranei*, anzitutto, ove realizzi una **condotta attiva efficiente** per la produzione dell'evento (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 27367 del 26/04/2011 Ud., dep. 13/07/2011, Rv. 250409), ovvero con **apporto provvisto di influenza causale rispetto alla realizzazione dell'illecito** (Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 195 del 09/12/1991 Ud., dep. 13/01/1992, Rv. 188871; Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 7556 del 28/11/2012 Ud., dep. 15/02/2013, Rv. 254653). Per tale tipologia di reato la responsabilità dell'amministratore di una società diversa da quella fallita non è configurabile ai sensi dell'art. 40, comma secondo, c.p., in virtù di una posizione di garanzia, ex art. 2392 cod.civ., che come tale è invocabile solo con riferimento agli atti di gestione della società amministrata e non è dilatabile per gli atti compiuti da amministratori di società terze. Ne consegue che l'amministratore di una società diversa da quella fallita può concorrere quale *extraneus* nel reato solo mediante una **partecipazione attiva**.

Venendo alle **consapevolezze** che devono sostenere il **terzo**, per il quale l'estensione della declaratoria di fallimento non è elemento necessario, occorre in ogni caso quella della **partecipazione** al comportamento dell'*intraneus* (imprenditore fallito, amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori della società dichiarata fallita). Ciò significa che è necessaria la consapevolezza del **fatto illecito cui si contribuisce** e della **qualifica del soggetto attivo che ha posto in essere il fatto tipico** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 15850 del 26/06/1990 Ud., dep. 29/11/1990. Rv. 185893<sup>105</sup>). Ne consegue che in tale situazione non ha rilievo che non sia stata accertata anche l'esistenza di un vincolo societario fra i soggetti che hanno concorso alla realizzazione dell'evento criminoso, né che non sia stato esteso integralmente il fallimento alla presunta società di fatto fra i medesimi (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 87 del 25/10/1971 Ud., dep. 12/01/1972, Rv. 119781) .

---

<sup>105</sup> Conf. Cass. Pen., Sez. 5, 15613/2015. Conf. mass n. 175013; mass n. 164577; mass. N. 158988; mass. N. 149194 ed ivi citate; mass. N. 116001; mass. n. 105114; mass. n. 103945; Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 2179 del 07/12/1983 Ud., dep. 08/03/1984, Rv. 163042; mass n. 158878; mass. n. 155272; mass. n. 157534; mass n. 155272; mass. n. 153256; mass. n 152641; mass. n. 151040; mass. n. 149194 ed ivi citate; Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 10880 del 26/10/1983 Ud., dep. 16/12/1983, Rv. 161767.

In tema di concorso nel delitto di **bancarotta fraudolenta per distrazione**, secondo i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 12414 del 26/01/2016 Ud., dep. 23/03/2016, Rv. 267059), il **dolo** del concorrente *extraneus* nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, contribuendo a ridurre la consistenza<sup>106</sup>. **Non è, invece, richiesta la specifica conoscenza, da parte dell'*extraneus*, del dissesto della società<sup>107</sup>, né che lo stesso abbia anche previsto ed accettato il rischio del futuro dissesto.** L'indispensabilità di queste consapevolezze e previsioni era affermata da un risalente indirizzo giurisprudenziale della Corte di legittimità (Cass. Pen., Sez. 5, n. 41333 del 27/10/2006 -dep. 18/12/2006, Tisi e altro, Rv. 235766<sup>108</sup>), ridimensionato dall'orientamento successivo. Per quest'ultimo, il dolo del concorrente *extraneus* nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società (Cass. Pen., Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010 - dep. 29/04/2010, Fiume e altro, Rv.246879). Con la conseguenza che ogni atto distrattivo assume rilievo ai sensi dell'art. 216, legge fall., in caso di fallimento, indipendentemente dalla rappresentazione di quest'ultimo, il quale non costituisce l'evento del reato che, invece, coincide con la lesione dell'interesse patrimoniale della massa. In altre parole, se la conoscenza dello stato di decozione costituisce dato significativo della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori, ciò non significa che tale consapevolezza non possa ricavarsi da fattori diversi, quali la natura fittizia o l'entità dell'operazione che incide negativamente sul patrimonio della società.

Anche la sentenza n. 15613/2015 della Quinta sezione penale della Cassazione ha escluso con risolutezza che la consapevolezza del dissesto sia elemento costitutivo del dolo dell'*extraneus* concorrente nel delitto di bancarotta patrimoniale. Del resto, con osservazione non contrastabile, se l'oggetto del dolo dei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale è

---

<sup>106</sup> Corrisponde a solida convinzione giurisprudenziale (Sez. 5, n. 9299 del 13 gennaio 2009, Poggi Longostrevi, Rv. 243162; Sez. 5, n. 16579 del 24 marzo 2010, Fiume, Rv. 246879; Sez. 5, n. 1706/14 del 12 novembre 2013, Papalia, Rv. 258950) ritenere che il dolo dell'*extraneus* si risolve nella consapevolezza di concorrere nella sottrazione dei beni alla funzione di garanzia delle ragioni dei creditori per scopi diversi da quelli inerenti all'attività di impresa, immediatamente percepibile dal concorrente esterno, così come dall'imprenditore con il quale lo stesso concorre, come produttivo del pericolo per l'effettività di tale garanzia nell'eventualità di una procedura concorsuale, a prescindere dalla conoscenza della condizione di insolvenza.

<sup>107</sup> Cfr. anche Cass. Pen., Sez. 5, 12414/2016; Id, n. 9299 del 13/01/2009 Ud., dep. 02/03/2009, Rv. 243162.

<sup>108</sup> Secondo tale orientamento al fine della configurabilità del concorso dell'*extraneus* nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione (art. 216 L. fall.) è necessario che sussista **la consapevolezza del percettore della somma - versata dall'imprenditore, successivamente dichiarato fallito - in ordine allo stato di decozione dell'impresa da cui il denaro proviene** e, quindi, in ordine al rischio cui siano esposte le ragioni creditorie, con la conseguenza che il giudice deve dare rigorosa dimostrazione del sufficiente contenuto rappresentativo dell'elemento psicologico, focalizzato sul concreto rischio di insolvenza, anche se non qualificato da una specifica volontà di cagionare danno ai creditori dell'imprenditore.

individuato nella consapevolezza di dare a beni della fallita una destinazione diversa da quella dovuta secondo la funzionalità dell'impresa, privando quest'ultima di risorse e di garanzie per i creditori<sup>109</sup>, ovvero di distaccare beni distratti dal patrimonio dell'imprenditore con la previsione delle conseguenze pregiudizievoli ad esso strettamente inerenti nella prospettiva dell'ipotetico concorso dei creditori (Sez. 5 n. 32031 del 7 maggio 2014, Daccò, cit.), in aderenza alle regole generali sul concorso di persone nel reato, non vi sono ragioni perché a tale oggetto debba essere attribuito contenuto diverso e più ampio, per la posizione del concorrente estraneo, rispetto a quello che è richiesto all'amministratore della società. Esaminando i riferimenti ai precedenti invocati a sostegno dell'interpretazione contraria, la stessa sentenza n. 15613 cit. ha escluso la realtà del contrasto<sup>110</sup>, assumendo che *«risulterebbe assai singolare pretendere che la configurabilità del concorso dell'extraneus in un reato alla cui struttura lo stato di dissesto al momento della consumazione della condotta è estraneo, dipenda dalla sua consapevolezza dello stesso. Ciò equivarrebbe infatti a sostenere che il concorso esterno nella bancarotta patrimoniale potrebbe sussistere esclusivamente nell'ipotesi in cui il dissesto dell'impresa è già conclamato, ma si tratterebbe di affermazione che non ha alcuna coerenza con i dati normativi di riferimento (Sez. 5 n. 32031 del 7 maggio 2014, Daccò, in motivazione)»*. Osserva ancora la sentenza n. 15613, cit.: *«E' indiscutibile che, qualora l'impresa depauperata dalla distrazione versi in stato di decozione, la consapevolezza di tale stato costituisca un indice inequivocabile del dolo del concorrente che a tale distrazione abbia prestato il proprio contributo, giacché tale consapevolezza contiene inevitabilmente (e senza necessità di prova ulteriore) la rappresentazione della pericolosità della condotta per gli interessi dei creditori. Ciò peraltro non significa che, in situazioni in cui il dissesto o anche il solo disequilibrio economico dell'impresa non si sia ancora palesato, le circostanze del fatto cui il soggetto concorre non possano rivelarne la natura effettivamente distrattiva nel senso illustrato in precedenza. In tal senso la preoccupazione che ha mosso*

---

<sup>109</sup> In tal senso cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 12897 del 6 ottobre 1999, Tassan Din, Rv. 211538; Sez. 5, n. 29896 del 1 luglio 2002, Arienti, Rv. 222388; Id, n. 7555 del 30 gennaio 2006, De Rosa, Rv. 233413; Id., n. 11899 del 14 gennaio 2010, Rizzardi, Rv. 246357; Id., n. 44933 del 26 settembre 2011, Pisani, Rv. 251214; Id., n. 3299/13 del 14 dicembre 2012, Rossetto, Rv. 253932.

<sup>110</sup> In motivazione: *«Talune di esse (Sez. 5, n. 16388 del 23 marzo 2011, Barbato, Rv. 250108; Sez. 5, n. 16000 del 10 febbraio 2012, Daccò, Rv. 252309) si limitano infatti a richiamare una precedente decisione (Sez. 5, n. 23675 del 22 aprile 2004, Bertuccio, Rv. 228905), la cui motivazione individuava anch'essa, in realtà, il dolo dell'extraneus nella consapevolezza del possibile pregiudizio derivante dalla distrazione per la garanzia dei creditori; riservando in tale prospettiva alla conoscenza del dissesto una funzione meramente probatoria, quale elemento che come altri, e quindi in funzione non necessaria, può risultare in concreto utile ai fini della dimostrazione del dolo come sopra delimitato. Altra pronuncia (Sez. 5, n. 41333 del 27 ottobre 2006, Tisi, Rv. 235766), ad un esame completo della motivazione, risulta incentrare il dolo del concorrente estraneo nella consapevolezza non dell'insolvenza, ma del "rischio di insolvenza"; esplicando tale nozione in termini descrittivi come pregiudizio per la garanzia dei creditori, in una dimensione che ancora una volta corrisponde a quella che si è visto essere l'offesa di pericolo propria del reato, nella prospettiva dell'eventuale apertura di procedure concorsuali, non dissimile dall'oggetto del dolo del soggetto intraneo all'impresa. Non è infine possibile trarre indicazioni contrarie all'orientamento qui seguito da una decisione (Sez. 5, n. 27367 del 26 aprile 2011, Rosace, Rv. 250409) che identifica il contenuto del dolo del concorrente esterno nella "consapevolezza e volontà di aiutare l'imprenditore in dissesto a frustrare gli adempimenti predisposti dalla legge a tutela dei creditori dell'impresa", ove al riferimento al dissesto non è attribuito l'inequivoco significato dell'indicazione di una componente dell'oggetto del dolo piuttosto che di un'espressione meramente descrittiva della posizione del concorrente interno»*.

questa Corte nelle pronunzie citate ad evocare la - fin troppo enfatizzata nella massimazione - conoscenza dello stato di decozione è il timore dell'innescamento di automatismi interpretativi che sfocino nell'affermazione della responsabilità dell'*extraneus* a mero titolo di responsabilità oggettiva nelle ipotesi in cui il distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore - cui in qualche modo il concorrente contribuisce - non possa apparire di per sé sintomatico della sua intrinseca pericolosità»<sup>111</sup>.

In ogni caso (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 34584 del 06/05/2008 Ud., dep. 03/09/2008, Rv. 241350) ai fini del concorso nella bancarotta fraudolenta per distrazione, non è necessario il previo concerto dell'*extraneus* con l'amministratore della società fallita, essendo sufficiente il **dolo generico**. Principio affermato per fattispecie in tema di concorso nel reato dell'amministratore di società che aveva acquistato beni della società fallita, non corrispondendo il relativo prezzo.

In tema di **bancarotta fraudolenta impropria, nell'ipotesi del fallimento causato da operazioni dolose** (nella fattispecie si trattava di emissioni di fatture per operazioni inesistenti nel quadro di attività riconducibili al sistema delle "truffe intracomunitarie dell'IVA", cd. "truffe carosello), il concorso dell'*extraneus* - istigatore e beneficiario delle operazioni - è stato stimato configurabile quando questi sia **consapevole 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. 5, Sentenza n. 41055 del 04/07/2014 Ud., dep. 02/10/2014, Rv. 260932; Id., n. 11624 del 08/02/2012 Ud., dep. 26/03/2012, Rv. 252315; Id., n. 41333 del 27/10/2006 Ud., dep. 18/12/2006, Rv. 235766)<sup>112</sup>. Il dolo dell'*extraneus*, dunque, consiste nella volontarietà

---

<sup>111</sup> Tali pronunzie non hanno mai messo in discussione il consolidato orientamento per cui il dolo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni del creditore, non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società. Con la conseguenza che ogni atto distrattivo assume rilievo ai sensi della L. Fall., art. 216 in caso di fallimento, indipendentemente dalla rappresentazione di quest'ultimo, il quale non costituisce l'evento del reato che, invece, coincide con la lesione dell'interesse patrimoniale della massa, posto che se la conoscenza dello stato di decozione costituisce dato significativo della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori ciò non significa che essa non possa ricavarsi da diversi fattori, quali la natura fittizia o l'entità dell'operazione che incide negativamente sul patrimonio della società (per tutte Cass. Pen., Sez. 5, n. 16579 del 24 marzo 2010).

<sup>112</sup> Ha osservato la Corte di Cassazione come la tortuosità dell'operazione in frode al fisco può comportare difficoltà nell'illustrazione della consapevolezza dell'agente in ordine a tutti i passaggi rilevanti della operazione, ma non la sua indimostrabilità. L'avvio di un'operazione di notevole peso ed importanza patrimoniale, volta allo sfruttamento illegittimo di norme sul commercio intracomunitario in regime di sospensione dell'IVA, con conseguente esposizione delle società protagoniste del meccanismo ad accertamenti degli organi di Polizia giudiziaria incerti soltanto nel "quando" «pone necessariamente i titolari delle persone giuridiche utilizzate in uno stato di consapevolezza e volontà del risultato finale perseguito, che è, sì, in primo luogo, quello positivo di vedere temporaneamente incrementato il patrimonio della società, con gli importi della attività truffaldina in danno dell'erario; in secondo luogo, però, è doveroso anche affermare che un risultato di segno negativo per la vita delle società, come in un ineluttabile gioco di specchi è necessariamente profilato ai protagonisti della azione truffaldina, come del tutto probabile conseguenza della propria azione: quello dell'accertamento dei reati tributari commessi e della impossibilità di proseguire con la stessa attività, per una società comunque esposta alle conseguenze risarcitorie e alle sanzioni previste» (così nella motivazione della sentenza 41055/2014). Un risultato, cioè, che sebbene possa non costituire l'oggetto diretto dell'azione volontaria degli agenti, può chiaramente ritenersi previsto come normale conseguenza di tali comportamenti dolosi, in termini di elevata probabilità ed accettato e voluto anche dal ricorrente - sia pure nella veste di *extraneus* - secondo lo schema tipico del dolo eventuale che è ritenuto compatibile con la ricostruzione della responsabilità del reato in esame.

dell'apporto alla condotta dell'autore proprio del reato nella rappresentazione dell'evento che ne consegue (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16388 del 23/03/2011 Ud., dep. 26/04/2011, Rv. 250108).

Anche per il concorso in **bancarotta preferenziale**, il dolo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'amministratore è stato identificato nella **volontarietà della propria condotta di sostegno a quella dell'intraneus, con la consapevolezza che essa determina la preferenza nel soddisfacimento di uno dei creditori rispetto agli altri, non essendo richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16983 del 05/03/2014 Ud., dep. 16/04/2014, Rv. 262905) .

In tema di concorso in **bancarotta fraudolenta documentale**, il dolo dell'*extraneus* nel reato dell'amministratore consiste nella **volontarietà della propria condotta di sostegno a quella dell'intraneus**, con la consapevolezza che essa incide sul versante della regolarità e correttezza della rappresentazione documentale della società poi fallita, **non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società** (Sez. 5, Sentenza n. 1706 del 12/11/2013 Ud., dep. 16/01/2014, Rv. 258950). Con riferimento alla fattispecie della bancarotta documentale, in particolare, *«il riconoscimento del concorso dell'extraneus postula l'accertamento dell'efficienza causale della sua condotta e la consapevolezza in ordine alla sua incidenza sul versante della regolarità e correttezza della rappresentazione documentale della società poi fallita, ad opera del responsabile di quest'ultima (cfr., tra le altre, Cass., sez. 5, n. 39387 del 27/6/2012, rv. 254319; id. sez. 5, del 26/06/1990, Rv. 185893)»*. L'apporto considerevole di false fatturazioni, riferite al terzo *extraneus*, è stato ritenuto connotato da inevitabile ed oggettiva finalizzazione alle false annotazioni contabili, essendo le prime ontologicamente volte ad essere utilizzate come prova di elementi passivi da appostare in bilancio.

Quanto alla riqualificazione soggettiva dell'apporto offerto, è comunemente ritenuto che non integra la violazione del principio di correlazione tra reato contestato e reato ritenuto in sentenza (art. 521 c.p.p.), la decisione con la quale sia condannato un soggetto quale concorrente esterno in un reato di bancarotta fraudolenta, anziché quale amministratore di fatto, qualora rimanga immutata l'azione distrattiva ascritta (Sez. 5, Sentenza n. 18770 del 22/12/2014 Ud., dep. 06/05/2015, Rv. 264073). Come già affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen, Sez. 5, n. 4117 del 09/12/2009, Prosperi, Rv 246100; nello stesso senso, Id., n. 13595 del 19/02/2003, Leoni) *«per aversi violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza occorre che il fatto ritenuto dal giudice sia mutato, rispetto a quello contestato nella imputazione, nei suoi elementi essenziali, in modo tanto determinante da comportare un effettivo pregiudizio ai diritti della difesa. Tale evenienza non può però dirsi verificata nel caso di specie nel quale il reato è rimasto addebitato a titolo di concorso personale con l'amministratore di diritto, essendo stata ritenuta sufficiente una qualificazione non professionale della condotta del ricorrente. Si apprezza, cioè, un rapporto di continenza tra*

la fattispecie originariamente contestata e quella ritenuta, essendo questa ultima della stessa natura giuridica, ma più circoscritta in punto di fatto, con una conseguente delimitazione del *thema probandum*. Il soggetto che non risulti essere amministratore di fatto, ove chiamato a rispondere quale concorrente dell'amministratore di diritto, *extraneus* cioè rispetto alla fattispecie del delitto di bancarotta, non vede mutata la sostanza della accusa mossagli».

Circa le ricorrenti **tipologie di terzi extranei concorrenti**, più volte esaminato dalla giurisprudenza è il caso del consulente contabile che, consapevole dei propositi distrattivi dell'amministratore di diritto della società dichiarata fallita, fornisca consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori e lo assista nella conclusione dei relativi negozi ovvero svolga attività dirette a garantirgli l'impunità o a rafforzarne, con il proprio ausilio e con le proprie assicurazioni, l'intento criminoso (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 49472 del 09/10/2013 Ud., dep. 09/12/2013, Rv. 257566; Id., n. 39387 del 27/06/2012 Ud., dep. 05/10/2012, Rv. 254319). Ovvero, il consulente della società che, consapevole dei propositi distrattivi dell'imprenditore e degli amministratori della società, concorra all'attività distrattiva posta in essere dagli *intranei* progettando e portando ad esecuzione la conclusione di contratti (nella specie affitto di azienda) privi di effettiva contropartita e preordinati ad avvantaggiare i soci a scapito dei creditori (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 10742 del 15/02/2008 Ud., dep. 10/03/2008, Rv. 239480).

Ancora, integra il concorso dell'*extraneus* nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, il **soggetto che agevoli il titolare della società fallenda nella costituzione di una società di cui assuma l'amministrazione e con cui la prima stipuli un contratto di locazione connotato da un canone** sensibilmente inferiore a quelli di mercato al fine di mantenere la disponibilità materiale dell'immobile locato alla famiglia del titolare della società fallenda (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 49642 del 02/10/2009 Ud., dep. 28/12/2009, Rv. 245821).

Altra figura censita nei repertori di giurisprudenza è quella del **legale dell'imprenditore**, che, senza limitarsi alla prospettazione delle conseguenze giuridiche di condotte distrattive, si faccia ideatore e programmatore di esse o le suggerisca in un ambito che lo veda gestore o cogestore dell'impresa, situazione che condurrà a rispondere della bancarotta, secondo i casi, come concorrente *extraneus* o come amministratore di fatto (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 1298 del 07/11/1985 Ud., dep. 05/02/1986, Rv. 171851).

Infine, ulteriore evenienza ricorrente per il reato di bancarotta preferenziale, è quella del **creditore favorito**, qualora consapevole dello stato di insolvenza del debitore e del proprio vantaggio, con pregiudizio della massa, derivante dagli atti incriminati (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 252 del 13/02/1969 Ud., dep. 18/03/1969, Rv. 110675). Per la Cassazione, infatti, la bancarotta preferenziale, o favoreggiamento dei creditori, non è un reato a concorso necessario ed in ogni caso esso consente il concorso eventuale nel reato (rv.105619, anno 1967).

**1.4.2. Le bancarotte "vocate" al concorso dell'*extraneus*-creditore bancario: dalla bancarotta fraudolenta distrattiva alle bancarotte semplici ex art. 217 RD n. 267/42, dalla bancarotta impropria per effetto di operazioni dolose alla bancarotta preferenziale.**

E' stato ritenuto configurabile il concorso del personale degli istituti di credito nella **bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione** consumata dai gestori di una S.p.a., in relazione all'erogazione di un prestito bancario ponte di 50 milioni di euro, veicolato dalla S.p.a. mutuata a società del sottogruppo turismo, esterno al perimetro di consolidamento del gruppo e che versavano in uno stato di virtuale *default*; ciò (i) in parte, allo scopo di garantirne la sopravvivenza nelle more della conclusione di un accordo finalizzato alla ristrutturazione della esposizione debitoria della S.p.a. con il ceto bancario e, (ii) in parte, per il pagamento di una rata del prezzo di un'azienda il cui acquisto, per il tramite di una S.r.l. controllata, sarebbe stato effettuato dal gestore della S.p.a. mutuata per corrispondere alle pressioni esercitate dal gruppo bancario (verso il quale il gruppo societario, quello del turismo e il dominus del primo personalmente erano fortemente indebitati) interessato a ristrutturare il debito di un altro gruppo societario (che versava in condizioni critiche ed a sua volta "grande" debitore dell'istituto di credito), attraverso la liquidazione *in bonis* di altro sottogruppo, cui originariamente l'azienda di cui promesso l'acquisto apparteneva<sup>113</sup>. In particolare, l'utilizzazione da parte della S.p.a., finanziata dalla banca, della provvista da quest'ultima fornita per scopi giudicati estranei a quelli sociali (e cioè per finanziare società del sottogruppo turismo e dotare un'altra impresa di esso delle risorse necessarie al pagamento della seconda rata del prezzo dell'azienda) è stata considerata integrare la bancarotta patrimoniale, essendo stati altresì reputati, *ab origine*, comunque inesigibili i crediti insorti nei confronti delle menzionate imprese del gruppo turismo, stante il loro stato di decozione. Analogamente, la stessa fattispecie è stata ritenuta configurabile per la strumentalizzazione della società costretta ad indebitarsi nei confronti della S.p.a. e della società venditrice (che successivamente aveva ceduto, in parte, il proprio credito alla Banca) per acquistare un'azienda di valore pressoché nullo e comunque enormemente inferiore a quello pattuito e in parte pagato<sup>114</sup>. In tale situazione, la Cassazione ha riconosciuto «un'operazione che, per la

---

<sup>113</sup> La concessione del finanziamento ponte alla società poi fallita solo formalmente serviva a soddisfare esigenze stagionali della sua tesoreria, in concreto inesistenti, essendo destinata ad essere utilizzato per gli scopi descritti. Il finanziamento, inoltre era stato effettivamente erogato non prima di aver ottenuto, secondo i giudici del merito, che il gestore desistesse dalle iniziative nel frattempo intraprese per liberarsi dagli obblighi derivanti dal contratto ad oggetto l'azienda, rivelatasi sostanzialmente non in grado di operare nell'immediato. L'acquirente aveva fatto ricorso all'arbitrato previsto dal contratto, sospendendo il pagamento delle rate del prezzo, al quale, nelle more dell'erogazione del prestito, aveva rinunciato a seguito di una transazione che prevedeva un marginale sconto sul prezzo medesimo.

<sup>114</sup> La Corte di Cassazione (n. 156372015) ha escluso che fosse negabile la natura intrinsecamente distrattiva (o anche solo tale natura) dell'operazione relativa al *bridge* sulla base della considerazione che la stessa consisteva nella

*dimostrata consapevolezza da parte della struttura della banca della rilevante esposizione dell'intero gruppo e per l'entità della somma erogata, assumeva una chiara connotazione di pericolosità per le aspettative del ceto creditorio della società così sovvenzionata e contestualmente privata dei mezzi apparentemente forniti, ma al contempo gravata di un ulteriore e pesante debito in difetto di qualsivoglia contropartita, attesa la sostanziale irrealizzabilità del credito acquisito nei confronti delle destinate finali della nuova finanza».* Né era possibile restringere il campo della responsabilità per la distrazione alla sola S.p.a. mutuata ed al suo vertice, *«laddove era chiaro per la banca, che in tal modo agiva nel contesto di una serie di operazioni non valutabili singolarmente, ma quale complesso di azioni volte ad unico scopo di interesse per l'istituto e che il prestito, per sua natura, doveva transitare verso società decotte, o comunque prive di mezzi per sostenerne il peso, che non si sarebbero potute finanziare direttamente».* Ciò dimostrava come la banca avesse chiara percezione della destinazione e pretendesse di entrare nelle scelte della S.p.a. mutuata, formale percettrice del prestito. Analoghe considerazioni valevano, poi, per la distrazione della società resasi debitrice nei confronti della S.p.a. dei mezzi finanziari avuti per l'acquisto della azienda di valore pressoché nullo nell'assetto in cui si trovava al momento della cessione.

Con riferimento alle **fattispecie di bancarotta semplice**, è stato osservato che l'addebito ascritto ai funzionari dell'istituto di credito di aver contribuito colposamente all'**aggravamento del dissesto**, ai sensi dell'art. **217, comma 1, n. 4, RD n. 267/42**, pare in contraddizione rispetto ad una concomitante contestazione del reato di bancarotta impropria dolosa ai sensi dell'art. 223, comma 2, n. 2, R.D. n. 267/1942. La Corte di legittimità (Sez. 5 Pen., n. 32899/2011) ha chiarito che per **dissesto** *«deve intendersi, non tanto una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto una situazione di **squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente**, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare*

---

ordinaria erogazione di un mutuo. Il suo contenuto, infatti, era assai più complesso e la sua composita articolazione era stata gestita in tutte le fasi sotto la supervisione della banca. L'erogazione del finanziamento era avvenuta, in difetto di qualsivoglia formale richiesta dell'apparente beneficiario e mediante individuazione di una causale pretestuosa e comunque inveritiera (esigenze "stagionali" della tesoreria della S.p.a.), anche per realizzare esigenze proprie del gruppo bancario, connesse all'intreccio che l'affare dell'azienda aveva con gli interessi dell'istituto. La somma erogata era stata, poi, accreditata alla S.p.a. direttamente mutuata, entrando indiscutibilmente nel suo patrimonio, con la correlativa assunzione dell'obbligazione di restituzione all'istituto. Contestualmente, con la fattiva ulteriore collaborazione della struttura centrale e periferica della banca nella concreta realizzazione dell'operazione anche attraverso la predisposizione simultanea di conti a ciò dedicati, la maggior parte dei fondi era stata trasferita ad una società del sottogruppo turismo, avendo la banca trattenuto su altro conto l'importo della seconda rata dell'acquisto dell'azienda, poi liberata solo in seguito alla formalizzazione della transazione e trasferita ad altra S.r.l. che aveva pagato la seconda rata ancora dovuta. Si era, quindi, trattato per la banca della consapevole collaborazione, e sostanziale istigazione, per soddisfare esigenze proprie, alla realizzazione da parte del gestore della S.p.a. mutuata di un'attività distrattiva dal patrimonio di fondi, apparentemente erogati a questa a titolo di mutuo, con iscrizione in contabilità di poste creditorie fin dall'inizio da considerarsi come inesigibili, sia nei confronti della società del sottogruppo turismo società inattiva utilizzata come mero schermo per l'operazione dell'azienda, che di altra società del gruppo turismo, per la ben conosciuta incapacità di quest'ultima di garantire una credibile ipotesi di restituzione.

*l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori»<sup>115</sup>.*

Pare configurabile il concorso nella **bancarotta semplice prevista dall'art. 217, n. 2, L.f.** (consumazione di notevole parte del patrimonio in operazioni manifestamente imprudenti) e **n. 3 L.Fall.** (operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento)<sup>116</sup> in presenza di un'operazione di **finanziamento volta a ritardare il fallimento di un'impresa in stato di crisi**, già emersa con connotati di **irrimediabilità**. La rilevanza penale scaturisce, proprio, dalla realizzazione delle operazioni mentre l'impresa mutuata si trova in uno stato di crisi pressoché irreversibile, con possibile corresponsabilità penale del funzionario di banca consapevole della decozione dell'impresa beneficiaria. Ma occorre tenere presenti i confini tra tali forme di bancarotte semplici<sup>117</sup>, sovente non immediatamente perspicui, e le **più gravi condotte di bancarotta fraudolenta<sup>118</sup> o per effetto di operazioni dolose**.

Il concorso del dipendente dell'istituto di credito nel delitto di **bancarotta impropria per fallimento effetto di operazioni dolose** appare situazione esaminata nell'esperienza

---

<sup>115</sup> Assume sicuro rilievo il fatto che fin dall'inizio dell'attività imprenditoriale si manifestino i limiti di redditività, con l'accumulo di perdite che erodono rapidamente l'intero capitale sociale, con «*squilibrio progressivamente aumentato proprio a causa della caparbia, pervicace, ma altrettanto imprudente prosecuzione dell'attività, in mancanza di un'attenta valutazione delle reali prospettive dell'impresa e di interventi di ricapitalizzazione, irrilevanti essendo state le immissioni di fondi personali dei soci*», che, in quanto avvengano sotto forma di finanziamento e non di aumento di capitale, aggravino ulteriormente la posizione debitoria della società, divenuta per tale motivo irrecuperabile.

<sup>116</sup> Ai fini del reato in commento, **operazioni di grave imprudenza** sono «*quelle caratterizzate da alto grado di rischio, prive di serie e ragionevoli prospettive di successo economico, le quali, avuto riguardo alla complessiva situazione dell'impresa, oramai votata al dissesto, hanno il solo scopo di ritardare il fallimento*» (Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 24231 del 20/03/2003 Ud., dep. 04/06/2003). Nel caso di specie, la S.C. ha condiviso l'interpretazione del giudice di merito che aveva considerato gravemente imprudenti alcune operazioni negoziali poste in essere da una società in stato di dissesto (la locazione dell'intera azienda in favore di altra società, che non offriva serie garanzie di solvibilità e per un canone locativo di gran lunga inferiore rispetto al valore dei beni locati; un contratto estimatorio mediante il quale la merce di magazzino era immediatamente consegnata all'altra società, con facoltà per quest'ultima di acquistarla per sé, venderla a terzi o restituirla alla controparte; una cessione di contratti relativi a beni oggetto di locazione finanziaria detenuti dalla stessa società cedente).

<sup>117</sup> La **differenza tra le due ipotesi di bancarotta semplice previste all'art. 217, comma primo, n. 2 e 3, legge fall.** (relative, rispettivamente, alla consumazione del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti ed al compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento) risiede nel fatto che la prima fattispecie riguarda operazioni "in genere", aventi ad oggetto il patrimonio dell'imprenditore, consumato, in notevole parte, in operazioni aleatorie od economicamente scriteriate, il cui effetto conclusivo è la diminuzione della garanzia generica dei creditori, costituita proprio dal patrimonio del debitore, ai sensi dell'art. 2740 cod.civ.; la seconda ipotesi riguarda, invece, operazioni finalisticamente orientate a ritardare il fallimento, ma ad un tempo caratterizzate da grave avventatezza o spregiudicatezza, che superino i limiti dell'ordinaria "imprudenza", che, secondo la comune logica imprenditoriale, può a volte giustificare il ricorso, da parte dell'imprenditore che versi in situazione di difficoltà economica, ad iniziative "coraggiose", da "extrema ratio", ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo, al fine di scongiurare il fallimento. Inoltre, mentre la seconda ipotesi, per via dell'anzidetta finalizzazione, ha certamente carattere doloso, la prima è, invece, punibile a titolo di colpa (Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 24231 del 20/03/2003 Ud., dep. 04/06/2003, Rv. 225938).

<sup>118</sup> Occorre, inoltre, rimarcare che non ricorre l'ipotesi di bancarotta semplice di cui all'art. 217, comma primo, n. 3, legge fall., integrata da operazioni di manifesta imprudenza, ma quella più grave della **bancarotta fraudolenta**, «*allorché si tratti di operazioni che comportino un notevole impegno sul patrimonio sociale, essendo quasi del tutto inesistente la prospettiva di un vantaggio per la società, mentre le operazioni realizzate con imprudenza costitutive della fattispecie incriminatrice della bancarotta semplice sono quelle il cui successo dipende in tutto o in parte dall'alea o da scelte avventate e tali da rendere palese a prima vista che il rischio affrontato non è proporzionato alle possibilità di successo, ma, in ogni caso, si tratta pur sempre di comportamenti realizzati nell'interesse dell'impresa*» (Sez. 5, Sentenza n. 6462 del 04/11/2004 Ud., dep. 22/02/2005, Rv. 231394). La fattispecie di **bancarotta fraudolenta per dissipazione** si distingue da quella di bancarotta semplice per consumazione del patrimonio in operazioni aleatorie o imprudenti, sotto il profilo oggettivo, per l'incoerenza, nella prospettiva delle esigenze dell'impresa, delle operazioni poste in essere e, sotto il profilo soggettivo, per la consapevolezza dell'autore della condotta di diminuire il patrimonio della stessa per scopi del tutto estranei alla medesima (Sez. 5, Sentenza n. 47040 del 19/10/2011 Ud., dep. 20/12/2011, Rv. 251218; Sez. 5, Sentenza n. 24231 del 20/03/2003 Ud., dep. 04/06/2003, Rv. 225938).

giurisprudenziale. Il riferimento è inteso alle seguenti evenienze: (i) assunzione di debiti, ovvero operazioni di ricorso al credito da parte della società in crisi a condizioni anormali (per tasso superiore a quello di mercato o con garanzie eccessive); (ii) agevolazione all'impresa in seguito fallita, di concerto con l'amministratore della medesima, a reperire liquidità utile per la costituzione di un fondo, con il quale rappresentare la provvisoria copertura di riserve tecniche in precedenza distratte e non allertare l'autorità di vigilanza (Cass. Pen., Sez. 5, n. 17690/2010); (iv) partecipazione attiva, con diverse modalità, all'organizzazione e al collocamento di obbligazioni, di modo da permettere a soggetti economici in palese difficoltà finanziaria di reperire ingenti risorse sul mercato, orchestrando, in concorso con il debitore, di operazioni finanziarie ai danni dei piccoli risparmiatori.

**In termini generali**, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen., Sez.5, sent. n. 15613 del 05/12/2014, dep. 15/04/2015; sez. F, 39142/2015), la fattispecie in parola «*configura un reato la cui **condotta** è certamente a **forma libera**, ma **sufficientemente definita** nella sua identità da una serie di adeguati indici forniti dal legislatore. Innanzi tutto la scelta terminologica effettuata nella definizione dell'elemento materiale, in connessione alla configurazione di un reato proprio del ceto gestorio di una società commerciale, evidenzia come le "operazioni" rilevanti siano esclusivamente quelle che si traducano in una **attività attinente alla funzione che qualifica i soggetti attivi selezionati** dalla norma incriminatrice. In secondo luogo il fatto che le operazioni debbano esse "dolose" evoca immediatamente come l'atto di gestione debba essere posto in essere dall'autore tipico **con abuso della propria carica ovvero contravvenendo ai doveri che la stessa gli impone**<sup>119</sup>, atteso che tale attributo - altrimenti del tutto inutile sotto il profilo tecnico-penalistico alla luce dell'art. 43 cod. pen. - evidenzia un connotato d'intrinseca illiceità della condotta, anche a prescindere dai suoi effetti. Infine, la tipicità della condotta medesima è fortemente caratterizzata (e dunque definita) dalla **necessaria causazione del "fallimento" e cioè dalla esistenza di un rapporto eziologico tra la stessa e il dissesto della società**»<sup>120</sup>.*

---

<sup>119</sup> Per la Corte (Sez. 5, Sentenza n. 17355 del 12/03/2015 Ud., dep. 24/04/2015, Rv. 264080) integra il reato di fallimento cagionato per effetto di operazioni dolose la **condotta dell'amministratore che ometta il versamento delle imposte dovute** - in relazione ai profitti realizzati mediante operazioni di *trading* immobiliare - **gravando così la società da ingenti debiti nei confronti dell'erario e successivamente proceda alla distribuzione dei predetti utili a favore dei soci**. Quando l'assegnazione dell'utile avvenga senza la pre-deduzione dell'onere tributario e della conseguente penalità tributaria - che sorge al momento dell'erogazione della ricchezza - si concreta una **manomissione della ricchezza sociale**, trattandosi di distribuzione che eccede quanto di pertinenza dei soci. Ancora, integra il delitto fallimentare in esame il meccanismo di frode fiscale realizzato attraverso **l'emissione di fatture per operazioni inesistenti e la costituzione di apposite società fittizie finalizzate ad ottenere liquidità con gli anticipi bancari e la detrazione dell'iva sulle merci acquistate e collocate sul mercato a prezzi concorrenziali** la cui interruzione abbia provocato il tracollo finanziario e dunque il fallimento della società, potendo il reato fallimentare concorrere con quello tributario per diversità del bene tutelato, dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 40009 del 23/04/2014 Ud., dep. 26/09/2014, Rv. 262212).

<sup>120</sup> In tal senso, osserva la Cassazione (Sez.5 Pen., sent. n. 15613 del 05/12/2014, dep. 15/04/2015) «*deve ritenersi che la norma abbia selezionato una serie di parametri in grado di rendere conoscibile il precetto, tanto più nel contesto in cui la fattispecie di cui si tratta è inserita. Deve osservarsi infatti come essa assuma un carattere eminentemente residuale, una volta proiettata sullo schermo del sistema di incriminazioni configurato dalla legge fallimentare. In altri*

Ancora più nitidamente è stato sottolineato che le operazioni dolose di interesse, non integrano necessariamente fatti di reato (Sez. 5, Sentenza n. 6992 del 08/04/1988 Ud., dep. 16/06/1988, Rv. 178604), ma «*attengono 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***». Inoltre, esse «*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 divisato***» (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 47621 del 25/09/2014 Ud., dep. 18/11/2014, Rv. 261684; Id. n. 17408 del 12/12/2013 Ud., dep. 18/04/2014, Rv. 259998; Id., n. 17690 del 18/02/2010, Rv. 247316)<sup>121</sup>. In proposito, «*la valutazione degli abusi di gestione o dell'infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo concretizzanti tali operazioni non può essere assunta in via generale ed astratta, ma dipende dal rilievo dei peculiari doveri statutari, dalla tipologia dell'organismo societario e dalla situazione economico/patrimoniale in cui la condotta si compie*» (v. Cass. Pen., Sez. 5, n. 17690 del 18/02/2010, , Rv 247313).

Sempre in punto di elemento materiale, è richiesto che le operazioni dolose dalle quali derivi il fallimento di una società comportino un **depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa**, non una diminuzione dell'attivo *stricto sensu*, da intendere in senso algebrico<sup>122</sup>.

---

*termini, è da escludersi la tipicità di condotte già espressamente previste da altre specifiche disposizioni incriminatrici in tema di bancarotta».*

<sup>121</sup> In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto corretta la qualificazione di operazione dolosa data al **protratto, esteso e sistematico inadempimento delle obbligazioni contributive**, che, aumentando ingiustificatamente l'esposizione nei confronti degli enti previdenziali, anche in ragione dell'inevitabile carico sanzionatorio, rende, proprio per l'ampiezza del fenomeno e la sua sistematicità, prevedibile il conseguente dissesto della società. L'idoneità della condotta a ledere interessi ulteriori non elide la sussumibilità della prima nella fattispecie in analisi, quante volte essa comunque si traduca un abuso gestionale o in una infedeltà alla quale si accompagni l'indebita diminuzione dell'asse attivo e la prevedibilità del dissesto. Il carattere omissivo della condotta non impedisce la configurabilità oggettiva del reato (v., ad es., Cass. Pen., Sez. 5, n. 3506 del 23/02/1995, Barducco, Rv. 201057; Cass. Pen., Sez. 5, **Sentenza** n. 29586 del 15/05/2014 Ud., dep. 07/07/2014, Rv. 260492; Cass. Pen., Sez. 5, **Sentenza** n. 12426 del 29/11/2013 Ud., dep. 17/03/2014, Rv. 259997). Cfr. Cass., Sez. 5, n. 15613/29015 nel senso che le fattispecie ex art. 216 e 223, comma 2, n. 2, L.f., abbiano ambiti diversi, postulando il primo 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. Fall. 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 (*ex multis* Sez. 5, n. 24051 del 15 maggio 2014, Lorenzini e altro, Rv. 260142). Tra le due fattispecie non vi è dunque alcuna interferenza, avendo le stesse ad oggetto condotte distinte.

<sup>122</sup> E' il caso di una serie di operazioni che non comportino una immediata diminuzione del patrimonio di una società, per essere il bene ceduto ad un congruo prezzo di mercato, ma ne derivino in ogni caso l'aggravamento di un dissesto già in atto e l'inevitabile fallimento. Ovvero, di una società che venda a prezzo di mercato un bene immobile costituente l'unico ramo d'azienda di una società e che, pur se seguita dall'effettivo conseguimento del corrispettivo, aveva tuttavia privato l'impresa della possibilità di svolgere l'attività per cui era stata costituita (così Sez. 5, Sentenza n. 40998 del 20/05/2014 Ud., dep. 02/10/2014, Rv. 262189).

Inoltre, l'art. 223, comma 2, n. 2, L.F. trova applicazione anche quando la condotta di uno dei soggetti ivi contemplati - sia pure con l'eventuale concorso di chi non possa considerarsi *intraheus* - **abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente**, con una nozione di **aggravamento** da intendersi «*globalmente e non già con riferimento a singole situazioni debitorie*» (Cass. Pen., Sez. 5, n. 19806 del 28/03/2003, Negro, Rv 224947), ovvero con riferimento alla **situazione effettivamente concretizzatasi al momento della formale apertura della procedura concorsuale**<sup>123</sup>. Ai fini della configurabilità del reato in esame, «*non interrompono il nesso di causalità tra l'operazione dolosa e l'evento, costituito dal fallimento della società, né la preesistenza alla condotta di una causa in sé efficiente del dissesto, valendo la disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 cod. pen., né il fatto che l'operazione dolosa in questione abbia cagionato anche solo l'aggravamento di un dissesto già in atto, poiché la nozione di fallimento, collegata al fatto storico della sentenza che lo dichiara, è ben distinta da quella di dissesto, la quale ha natura economica ed implica un fenomeno in sé reversibile*» (Sez. 5, n. 8413 del 16/10/2013, Rv 259051; Id, n. 8413 del 16/10/2013 Ud., dep. 21/02/2014, Rv. 259051; Id. n. 40998 del 20/05/2014 Ud., dep. 02/10/2014, Rv. 262189)<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Di recente, la Cassazione (sent. n. 15613/2015) ha ribadito il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale il reato in questione sussiste anche nell'ipotesi in cui la condotta abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente (Cass. Pen., Sez. 5, n. 19806 del 28 marzo 2003, Negro ed altri, Rv. 224947; Id., n. 17690 del 18 febbraio 2010, Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a. e altri, Rv. 247316; Id., n. 8413/14 del 16 ottobre 2013, Besurga, Rv. 259051; Id., n. 17021 del 11 gennaio 2013, Garuti e altro, Rv. 255090). Ha notato la Corte: «*La L. Fall., art. 223 al pari dell'art. 216, già contiene il riferimento testuale alla dichiarazione giudiziale di fallimento, in assenza della quale i fatti incriminati dal medesimo articolo in entrambi i suoi commi non assumono rilevanza penale ai sensi del R.D. n. 267 del 1942, talché la duplicazione del riferimento al fallimento in senso formale non avrebbe senso alcuno*». Del resto, «*non è possibile tracciare un rapporto causale tra le condotte incriminate e la sentenza dichiarativa del fallimento (o altro provvedimento equipollente). E' dunque ovvio che con la formula impegnata nella disposizione di cui si tratta il legislatore ha voluto fare riferimento al fallimento in senso sostanziale e cioè alla situazione obiettiva di dissesto nella quale la società si viene a trovare per effetto delle operazioni poste in essere dal suo ceto gestorio. In tal senso la situazione che viene in conto è il dissesto come effettivamente concretizzatosi al momento della formale apertura della procedura concorsuale, rimanendo dunque irrilevante che al momento della consumazione della condotta e della produzione dei suoi effetti già fosse in atto una situazione di dissesto sulla quale la medesima condotta incide solo aggravandola*». Deve escludersi, ai fini dell'asserita esclusione della rilevanza del mero aggravamento del dissesto, la decisività dell'argomento correlato alla diversa formulazione delle fattispecie descritte, rispettivamente, negli artt. 223 e 224 L. Fall., secondo l'interpretazione meramente letterale per cui soltanto l'art. 224, e non anche l'art. 223, sanziona l'aggravamento del dissesto, mentre il secondo esigerebbe, quale evento del reato, necessariamente la causazione del dissesto, con la conseguenza che l'aggravamento, in quest'ultimo caso, resterebbe privo di punizione. Osserva la Cassazione: «*Tale interpretazione presenta già in sé una nota di irragionevolezza, lasciando ingiustificatamente orfana di sanzione penale una condotta comunque incidente sullo stato di dissesto mediante aggravamento dello stesso*». Inoltre, il dato testuale valorizzato «*appare infatti in contrasto con un'interpretazione sistematica della norma che tenga conto della disciplina del concorso di cause di cui all'art. 41 c.p., applicando la quale assumono rilievo ai fini della responsabilità penale, nel caso di bancarotta fraudolenta impropria, anche le condotte successive alla irreversibilità del dissesto, in quanto sia il richiamo alla rilevanza delle cause successive, espressamente contenuto nella norma predetta - che disciplina il legame eziologico tra il comportamento illecito e l'evento -, sia la circostanza per cui il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo, assegnano influenza ad ogni condotta che incida, aggravandolo, sullo stato di dissesto già maturato* (Sez. 5, n. 16259 del 4 marzo 2010, Chini, Rv. 247254). La differente formulazione delle due norme (art. 223, comma secondo, n. 1, nell'attuale formulazione dettata con D.Lgs. n. 61 del 2002, e L. Fall., art. 224) appare quindi verosimilmente ascrivibile alla loro redazione in tempi diversi, che può giustificare il mancato richiamo espresso in quella più recente all'aggravamento del dissesto, comunque sottinteso in base ai principi generali sul concorso di cause sopra richiamati».

<sup>124</sup> Analizzando in parallelo le previsioni di cui dell'art. 223, comma 2, nn. 1 e 2, L.Fall., la Corte di Cassazione rimarca che la prima ipotesi conferisce rilievo a condotte che abbiano cagionato, ovvero concorso a cagionare il dissesto della società, mentre nella seconda non si ha riguardo al dissesto bensì al fallimento. Quest'ultima nozione giuridica, da ricollegare al fatto storico di una pronuncia che lo abbia dichiarato, «*deve perciò ben distinguersi dal dissesto, nozione*

In merito all'**elemento soggettivo**, secondo gli approdi più recenti (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 38728 del 03/04/2014 Ud., dep. 23/09/2014, Rv. 262207) il fallimento determinato da operazioni dolose, si sostanzia in un'eccezionale ipotesi di **fattispecie a sfondo preterintenzionale**. In tal senso, è necessaria la consapevolezza e volontà dell'amministratore della complessa azione arrecante pregiudizio patrimoniale, nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i propri doveri a fronte degli interessi della società (Cass. Pen., Sez. 5, n. 17690 del 18.2.2010, rv. 247315), nonché l'astratta prevedibilità dell'evento di dissesto quale effetto dell'azione antidoverosa. Per contro, non sono necessarie la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare<sup>125</sup>. In tema di bancarotta fraudolenta dell'amministratore di fatto della società, poiché il fallimento non deve necessariamente e intenzionalmente essere voluto quale conseguenza della condotta, non sussiste contrasto logico tra compimento di operazioni dolose (come l'emissione di fatture per operazioni inesistenti e le false comunicazioni sociali), per effetto delle quali sia stato cagionato il fallimento, e interesse alla società poi fallita, stante la diversità concettuale tra l'elemento psicologico delle predette operazioni e il rapporto causale con il fallimento. Può coesistere, infatti, la mera consapevolezza di quest'ultimo quale possibile esito (anche) della propria condotta, e quindi l'assunzione del relativo rischio, con un soggettivo interesse ad esiti meno infausti (Cass. Pen. Sez. 1, Sentenza n. 3942 del 13/12/2007 Ud., dep. 24/01/2008, Rv. 238367).

Poste tale premesse, se la **proroga di un finanziamento a condizioni onerose, in luogo della restituzione della somma maturata**, ottenendo la provvista necessaria dall'effettivo beneficiario dello stesso, può integrare un'operazione dolosa di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, l. fall. rimproverabile ai gestori della società debitrice che ne abbiano fatto richiesta, **«tuttavia, affinché possa addebitarsene la responsabilità anche al creditore, non è sufficiente la mera decisione di concedere la proroga ovvero di pretendere**

---

*economica da intendersi in senso dinamico e dunque misurabile perché suscettibile di aggravamenti o miglioramenti nel corso del tempo: ne deriva **che eventuali operazioni dolose che abbiano aggravato un dissesto già esistente, ma senza le quali il fallimento non si sarebbe prodotto (qualora le difficoltà in cui la società versava fossero state ancora reversibili), ben possono assumere rilievo penale**».*

<sup>125</sup> Fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto correttamente affermata la responsabilità, ex art. 223, comma secondo, n. 2., l. fall., nei confronti dell'amministratore che aveva realizzato le seguenti operazioni: - accensione di un ingente mutuo, al fine dichiarato del consolidamento di posizione debitoria nei confronti di due istituti di credito, che, singolarmente, prestavano onerose fidejussioni bancarie a garanzia dello stesso finanziamento; - il pagamento delle sole due prime rate del piano di ammortamento, nonostante la società avesse liquidità per farvi fronte; - la custodia, assolutamente imprudente ed irragionevole di tali liquidità non già in banca, bensì nella cassaforte della sede sociale ed il successivo furto delle stesse ad opera di ignoti. Tali condotte venivano ritenute integrare la nozione di operazioni dolose, caratterizzate da abusività degli elementari doveri inerenti alla qualità di amministratore. Inoltre, è stato ritenuto che tali dolose condotte avevano causato il dissesto della società, le cui condizioni economiche, peraltro, erano tutt'altro che floride, avendo presentato, nelle ultime annualità, bilanci sempre in perdita. In piena coerenza con quanto in precedenza affermato, in ordine all'irrelevanza delle illiceità delle dette condotte sotto il profilo civilistico, è stato correttamente ritenuto irrilevante l'esito positivo del giudizio civile di responsabilità a carico dell'odierno ricorrente, posto che la prospettiva penalistica risponde a logiche diverse.

di una società che con le sue condotte (accensione di un ingente mutuo, pagamento delle sole due prime rate del piano di ammortamento, nonostante la società avesse liquidità per farvi fronte e la conservazione assolutamente imprudente ed illogica della liquidità così ottenuta non già in banca ma nella cassaforte della sede sociale poi oggetto di furto, ha integrato le operazioni dolose che hanno causato il dissesto della società.

condizioni più gravose piuttosto che richiedere l'immediato rientro ovvero il fallimento, e ciò anche quando questi è consapevole dello stato di dissesto del debitore, ma è, invece, **necessario che il comportamento del creditore presenti, in forma diversa ed ulteriore, i caratteri del contributo causale alla consumazione del reato, come quando vi sia una istigazione, nella consapevolezza dell'impatto della proroga sull'equilibrio economico dell'impresa, a porre in essere l'operazione ritenuta illecita**» (Sez. 5, Sentenza n. 15613 del 05/12/2014 Ud., dep. 15/04/2015, Rv. 263804)<sup>126</sup>. Il contributo concorsuale non può essere identificato, dunque, con la mera decisione di concedere la ricordata proroga ovvero di pretendere condizioni più gravose. Infatti, «*tale decisione costituisce infatti manifestazione del libero esercizio dell'attività d'impresa di cui gli amministratori della banca sono chiamati a rispondere (agli organi di vigilanza, ai propri soci e ai propri creditori) per l'impatto che comporta sulla situazione economica di quest'ultima. In altri termini concedere la proroga di un prestito, piuttosto che pretenderne l'immediato rientro o, in ipotesi, richiedere il fallimento del debitore inadempiente è scelta che, anche qualora il creditore sia consapevole dello stato di dissesto di quest'ultimo, non costituisce di per sé condotta apprezzabile a titolo di concorso nell'operazione dolosa eventualmente imputabile al debitore medesimo. Come detto è invece necessario che il comportamento del creditore presenti in forma diversa ed ulteriore i caratteri del contributo causale alla consumazione del reato ipotizzato, come, ad esempio, nel caso in cui egli stesso abbia istigato il debitore, nella consapevolezza dell'impatto sull'equilibrio economico dell'impresa, a porre in essere l'operazione ritenuta illecita. In relazione alla rinegoziazione del finanziamento, occorre dunque identificare quale sia l'effettivo e consapevole contributo prestato dai creditori extranei alla consumazione del reato di cui si tratta*».

Con riferimento alla **bancarotta preferenziale**, in via generale, la giurisprudenza di legittimità (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 16688 del 02/03/2004 Ud., dep. 08/04/2004, Rv. 228766) assume che «*la locuzione "simulazione" di cui all'art. 216, comma terzo, seconda*

---

<sup>126</sup> Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata per non avere il giudice di merito identificato il contributo causale prestato dal creditore in una operazione di differimento della restituzione di un prestito che il debitore aveva precedentemente veicolato, su indicazione del primo, a società già in stato di decozione e che era stato frazionato in quattro autonome linee di debito con scadenze progressive e con tassi differenziati e crescenti. In particolare, la restituzione del prestito era stata poi differita, su richiesta del dominus del gruppo direttamente finanziato a seguito di una sorta di rinegoziazione che formalmente aveva portato alla scomposizione dell'originario rapporto in quattro autonome linee di debito, a scadenze progressive e tassi d'interesse differenziati e crescenti, delle quali la fallita ne aveva rimborsata una per l'ammontare di 12,5 milioni di euro. Nel frattempo era stato altresì avviato il progetto di ristrutturazione del debito del sottogruppo turismo, seguito come banca "agente" da banca del gruppo bancario e culminato nella stipulazione di una convenzione interbancaria che coinvolgeva gli istituti creditori del comparto fondata su un piano industriale di rilancio dello stesso e sulla valutata solidità patrimoniale della neo costituita s.p.a., nella quale erano state trasferite le attività operative provenienti dalle due società del sottogruppo turismo. La sentenza impugnata aveva i sostanzialmente dato per scontato che la proroga del rimborso del bridge (o se si preferisce la sua rinegoziazione) accordata alla sua scadenza alla S.p.a. costituisse un'operazione dolosa di cui dovevano rispondere anche i rappresentanti della banca creditrice che l'avevano deliberata o che avevano partecipato alle trattative funzionali alla sua concessione e ciò sulla base del fatto che la stessa erogazione del finanziamento originario era stata qualificata (anche) come operazione dolosa e che la rinnovazione ha comportato un aggravamento degli interessi dovuti.

parte L.F. non va intesa in senso civilistico, poiché la ratio della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della *par condicio creditorum*». Integra gli estremi della "simulazione di prelazione" di cui all'art. 216, comma terzo, parte seconda, della legge fallimentare, dunque, la condotta di una impresa in situazione di decozione, che consegua da una banca creditrice mutui fondiari garantiti da ipoteca immobiliare utilizzati per il ripianamento dei saldi negativi dei conti correnti intrattenuti con la stessa banca, così trasformandosi il credito vantato da quest'ultima verso l'impresa da chirografario in privilegiato<sup>127</sup> e, quindi, costituendosi un titolo di prelazione in danno di ogni altro creditore<sup>128</sup>.

Il **concorso del creditore** nel reato di bancarotta preferenziale è ritenuto configurabile (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 40998 del 20/05/2014 Ud., dep. 02/10/2014, Rv. 262190; Id., n. 39417 del 24/09/2008 Ud., dep. 21/10/2008, Rv. 241740) ove il medesimo, **consapevole dello stato di dissesto del debitore** fallendo, fornisca un **contributo causale**

---

<sup>127</sup> Il fatto, in breve. Una S.n.c. esercente lavori edili, già in una situazione di decozione - e quindi fallita in data 31.10.1990 - aveva ottenuto, a partire dall'anno 1988, finanziamenti dalla sezione di credito fondiario di una banca, mediante accensione di mutui fondiari per centinaia di milioni garantiti da ipoteca sugli immobili compromessi in vendita; tali finanziamenti, concordati fra il funzionario preposto al settore mutui della filiale della banca e nella piena consapevolezza della situazione di decozione - ed anzi da lui stesso "indirizzati" erano stati in parte utilizzati per il ripianamento dei saldi negativi dei conti correnti intrattenuti dalla società con la stessa Banca ed avevano di fatto trasformato il credito, vantato dalla medesima verso la s.n.c., da chirografario in privilegiato, precostituendo un titolo di prelazione in danno di ogni altro creditore.

<sup>128</sup> La Corte ha sottolineato che se nell'ipotesi ordinaria in cui l'imprenditore *in bonis* difetta dell'immediata liquidità necessaria ad assicurare il corretto svolgimento dell'attività può considerarsi come lecito e "normale" un sistema di finanziamento a lungo termine dell'attività di impresa, mediante accensione di mutuo fondiario, esso non può dirsi più "normale" e lecito quando l'imprenditore versi in stato di insolvenza e, ciò nonostante, concordi un finanziamento presso la banca sua creditrice secondo modalità capaci di trasformare il credito da chirografario in privilegiato e, quindi, attributive di un titolo di prelazione in favore dell'ente mutuante, sì da consentire al medesimo, garantito dalla iscrizione della ipoteca quale garanzia di restituzione delle somme, un indebito vantaggio in danno della *par condicio creditorum* (e ciò a prescindere dalla consapevolezza, nel mutuante, dello stato di decozione dello imprenditore). E, nella specie, l'accensione dei mutui fondiari, garantiti da ipoteca sugli immobili compromessi in vendita alterava inevitabilmente la *par condicio*, atteso che i creditori chirografari venivano esposti, nella ipotesi (tutt'altro che peregrina) di fallimento della comune debitrice già in stato di decozione, al rischio di una soddisfazione percentualmente ridotta delle loro ragioni. Senza poi considerare, in vantaggio del mutuante, il più favorevole regime dell'azione esecutiva riservata all'istituto di credito fondiario ex art. 41 comma 2 T.U. 1.9.1993 n. 385, ovvero l'esenzione dello istituto stesso dall'azione revocatoria ex art. 67 ultimo comma L.F. L'art. 216, comma 3, L.F., finalizzato eminentemente alla salvaguardia della regola della *par condicio creditorum*, intende punire condotte che possono porre a rischio il bene tutelato e cioè, i pagamenti effettuati a preferenza o la simulazione dei titoli di prelazione, perché entrambe producono il risultato di favorire alcuni creditori a svantaggio degli altri, evento che il legislatore vuole, appunto, evitare. Orbene, per la seconda ipotesi descritta nella norma, il termine "simulazione" non deve essere inteso in senso civilistico, sicché resterebbero puniti dalla norma soltanto i negozi "simulati" ossia quelli "apparenti" - costitutivi del titolo di preferenza, che, per effetto di separato accordo non abbiano valore alcuno fra le parti ovvero nascondano un negozio diverso. In linea con l'orientamento espresso nella citata sentenza Garofalo (Sez. 5, 2126/2000), la stessa ratio e la precipua finalità della norma indirizzano a ritenere del tutto irragionevole un diverso trattamento di condotte che - sia che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in tempi sospetti ed in presenza dello stato di insolvenza - conducono al medesimo risultato di alterazione della *par condicio creditorum*. Ad una interpretazione più ampia, sotto tal profilo, dell'area di punibilità normativamente prevista, non è neppure di ostacolo la testuale espressione "simula" come necessariamente mutuabile dalla nozione della simulazione in senso civilistico, sia perché il diritto penale utilizza in autonomia, per le sue proprie finalità, termini comuni ad altri rami del diritto, quali ad es. quello di "possesso" nei reati contro il patrimonio, sia perché la stessa lettera della norma non parla di negozio simulato bensì usa l'espressione "simula titoli di prelazione", idonea a ricomprendere ogni condotta che ben può prescindere dalla creazione di una "apparenza" di negozio e però fa risultare una situazione "diversa da quella reale, alterandola, indipendentemente dai mezzi usati" (così la sentenza Garofalo).

**determinante alla violazione della *par condicio***. La Corte di legittimità, ad esempio, ha ravvisato gli estremi del reato con riferimento alla condotta di soci dell'impresa poi dichiarata fallita, i quali, in un momento successivo alla manifestazione dei segnali di decozione, avevano anticipato delle somme di denaro necessarie per consentire all'ente il compimento di un'operazione economica e ne avevano poi ottenuto l'immediata restituzione. Ovvero, nella situazione in cui il creditore era stato soddisfatto utilizzando le somme di pertinenza della società in stato di insolvenza versate dai debitori di quest'ultima su un conto corrente a lui intestato. La Corte regolatrice ha anche chiarito (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 31894 del 26/06/2009 Ud., dep. 04/08/2009, Rv. 244498; Conf. n. 4427 del 1998 Rv. 211138) che l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta preferenziale (art. 216, comma terzo, L. fall.) è costituito dal **dolo specifico**, ravvisabile ogni qualvolta l'atteggiamento psicologico del soggetto agente sia rivolto a favorire un creditore, riflettendosi contemporaneamente, anche secondo lo schema tipico del dolo eventuale, nel pregiudizio per altri. Ne consegue che i pagamenti effettuati in situazione di insolvenza, anche attraverso *datio in solutum* e più specificamente a mezzo di compensazioni, sono consentiti in linea generale dagli art. 1186<sup>129</sup> cod. civ. e dall'art. 56 L. fall., ma assumono rilievo penalistico se qualificati al fine di favorire, a danno dei creditori, taluni di essi.

Dal contributo causale sembra esclusa la **condotta del creditore che si limita a ricevere il pagamento che gli spetta**, mentre non sembra dubbia la riconducibilità di forme di **istigazione**, in parte, probatoriamente semplificate da organizzazione del pagamento preferenziale con modalità celate, quantunque non necessarie ai fini dell'integrazione oggettiva del reato. Seriamente problematica, per le interferenze con le facoltà ex art. 1186 c.c., l'esplicita richiesta del creditore rivolta al debitore di provvedere dell'adempimento in presenza dei segnali di insolvenza del debitore, rappresentando la volontà di azionare il relativo diritto.

---

<sup>129</sup> Art. 1186 c.c. (**Decadenza dal termine**): «Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse».

## 1.5 Gli abusi dei doveri documentativi.

### 1.5.1. Le forme tipiche di bancarotta fraudolenta documentale.

L'articolo 216, comma 1, n. 2, L.fall., delinea distinte **figure di bancarotta fraudolenta documentale**. Accanto ad una forma **specific**a (per sottrazione, distruzione o falsificazione, in tutto o in parte, dei libri o delle altre scritture contabili, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori), se ne delinea una **generica** (per tenuta dei libri o delle altre scritture contabili in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari)<sup>130</sup>.

Al fondo di tali ipotesi delittuose si identifica si riconosce una comune «*concezione sociale dell'impresa: i documenti e le altre scritture contabili non costituiscono infatti soltanto un fatto interno di essa, ma sono destinati anche a tutelare i terzi che con l'impresa vengono a contatto*» (Cass. Pen., Sez. 5, n. 9426 del 28/05/1984 Ud., dep. 30/10/1984, Rv. 166402). E' questa la ragione per cui il delitto di bancarotta fraudolenta documentale «è configurabile anche quando le violazioni o le irregolarità contabili sono state commesse per occultare altri fatti costituenti reato, **non potendosi invocare al riguardo l'effetto scriminante del diritto di difesa**» (Cass. Pen., Sez. 5, n. 18962 del 07/03/2012 Ud., dep. 17/05/2012, Rv. 252524<sup>131</sup>). E' inoltre «*configurabile il delitto di bancarotta fraudolenta documentale nella condotta di un ex amministratore di società dichiarata fallita che non consegna la documentazione contabile al curatore per evitare che la stessa sia utilizzata in suo pregiudizio in un processo penale già in corso, posto che il principio del "nemo tenetur se detegere" comporta la non assoggettabilità*

---

<sup>130</sup> Tali fattispecie penali completano il quadro delle forme di tutela della fedeltà della rappresentazione contabile, funzionale a favorire l'esatta ricostruzione della realtà economica dell'impresa e delle masse fallimentari, cui contribuiscono anche altre disposizioni assistite da sanzione penale. Si consideri, tra l'altro, l'**obbligo del deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell'elenco dei creditori ex artt. 16 n. 3 e 220 L.fall.**, ovvero quello della **tenuta regolare o completa dei libri e delle altre scritture contabili prescritti dalla legge**, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, arg. ex art. 217, comma 2, L.Fall. Secondo la Cassazione (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 2809 del 12/11/2014 Ud., dep. 21/01/2015, Rv. 262589) «*in tema di reati fallimentari, l'inosservanza dell'obbligo di deposito delle scritture contabili, ex artt. 16, n. 3, 220 legge fall., deve ritenersi assorbita dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale, commessa mediante sottrazione del compendio contabile, posto che, a fronte dell'omogeneità della struttura e dell'interesse sotteso ad entrambe le figure di reato, la seconda è più specifica, in ragione dell'elemento soggettivo*». Parimenti è a dirsi per la distruzione ovvero la mancata tenuta delle scritture contabili, mentre nel caso di tenuta irregolare o incompleta delle stesse ovvero in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari è ammesso il concorso (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 49789 del 25/06/2013 Ud., dep. 10/12/2013, Rv. 257829).

<sup>131</sup> In motivazione la Corte ha sottolineato che la mancata registrazione delle vendite della merce, sia al momento della sua acquisizione, sia a quello della sua rivendita, sia, infine, nell'indicazione del movimento finanziario relativo all'impiego del denaro ricavato, aveva suggellato il disegno di frode, essendo del tutto improprio il convincimento secondo cui l'operazione illecita non abbisogni di annotazione contabile. Infatti, «*la conservazione e la redazione (fedele) delle scritture di impresa è preciso ed indefettibile onere dell'imprenditore (individuale o associato, e - dunque - anche dell'amministratore di fatto che ebbe a ricoprire le funzioni indicate dall'art. 2639 c.c.) come è dato desumere dall'art. 2214 c.c. e ss.. Nè giova invocare il principio del nemo tenetur se detegere che ha vigenza esclusivamente processuale. Ricorre, invero, il reato di bancarotta fraudolenta documentale anche se le violazioni o irregolarità contabili sono state commesse per occultare altri fatti costituenti reato, non potendosi invocare al riguardo l'effetto scriminante del diritto di difesa (cfr. Cass. pen., sez. 5, 22 gennaio 1992, Zampini)*».

*ad atti di costrizione tendenti a provocare un'autoincriminazione, ma non anche la possibilità di violare regole di comportamento poste a tutela di interessi non legati alla pretesa punitiva»* (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 9746 del 12/12/2014 Cc., dep. 05/03/2015, Rv. 262941).

A norma degli artt. 2214 e 2241 cod. civ., l'imprenditore che esercita un'attività commerciale è **obbligato, personalmente, alla regolare tenuta** dei libri e delle scritture contabili nella propria azienda. Egli può avvalersi dell'opera di un tecnico, sia esso un proprio dipendente o un libero professionista, ma resta sempre responsabile per l'attività da essi svolta nell'ambito dell'impresa. In caso di fallimento, quindi, risponde penalmente dell'attività e delle omissioni delle persone da lui incaricate che non hanno tenuto, in assoluto, o non hanno tenuto regolarmente i libri e le scritture contabili prescritte dalla legge. Il principio opera sia ove la condotta afferisca a reati punibili per dolo o colpa (bancarotta semplice), sia a delitti punibili soltanto a titolo di dolo (bancarotta fraudolenta documentale). In tale ultima ipotesi, l'imprenditore non va esente da responsabilità per aver **affidato a un collaboratore le operazioni contabili**, dovendosi presumere che i dati siano stati trascritti secondo le indicazioni e i documenti forniti dall'imprenditore medesimo. Trattasi, peraltro, di una presunzione *iuris tantum*, che può essere vinta da rigorosa prova contraria (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 709 del 01/10/1998 Ud., dep. 19/01/1999, Rv. 212147). Anche nel caso in cui la contabilità dell'impresa sia affidata a soggetti forniti di specifiche cognizioni tecniche, l'imprenditore non è esonerato dall'obbligo di vigilare e controllare le attività svolte dai delegati e sussiste una presunzione semplice, superabile solo con una rigorosa prova contraria, che i dati siano trascritti secondo le indicazioni fornite dal titolare dell'impresa (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 2812 del 17/10/2013 Ud., dep. 21/01/2014, Rv. 258947).

Muovendo dalle **condotte della bancarotta documentale specifica**, le nozioni della **sottrazione** e della **distruzione** appaiono di intuitiva evidenza, con la precisazione che ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta documentale, *«le condotte di mancata consegna ovvero di sottrazione, di distruzione o di omessa tenuta dall'inizio della documentazione contabile, sono tra loro equivalenti, con la conseguenza che non è necessario accertare quale di queste ipotesi si sia in concreto verificata se è comunque certa la sussistenza di una di esse ed è inoltre acquisita la prova in capo all'imprenditore dello scopo di recare pregiudizio ai creditori e di rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari»* (così Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 47923 del 23/09/2014 Ud., dep. 19/11/2014, Rv. 261040; Id., n. 8369 del 27/09/2013 Ud., dep. 21/02/2014, Rv. 259038).

Il deposito nella procedura fallimentare delle scritture contabili in copia non è sufficiente ad evitare l'addebito di sottrazione delle stesse (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 11796 del 05/02/2014 Ud., dep. 11/03/2014, Rv. 258886)<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> In motivazione, è stato escluso che la produzione in copia della contabilità in sede fallimentare sia sufficiente in virtù del principio per il quale nel procedimento civile la produzione di documenti in copia tiene luogo dell'originale se non ne è contestata la conformità. Ha osservato la Corte: *«Invero tale principio, relativo al procedimento civile che ha*

La condotta della **falsificazione** include ogni ipotesi di falsità, anche ideologica, dei documenti contabili (Cass. Pen., Sez. 5, del 17/12/2010, dep. 28/01/2011, Clementoni, Rv. 249267)<sup>133</sup> ma, solo, in quanto concretamente idonea a comprometterne la funzione penalmente tutelata, ovvero provvista dell'**attitudine a pregiudicare effettivamente la ricostruzione dell'andamento contabile della fallita e la garanzia che tale ricostruibilità offre ai creditori** della stessa. In tal senso, ove sfornita di tale attitudine, la mera **esposizione di costi fittizi** non è sufficiente ad integrare l'ipotesi di bancarotta (Sez. 5, Sentenza n. 41051 del 19/06/2014 Ud., dep. 02/10/2014, Rv. 260773), essendo la prima condizione necessaria per attribuire concretezza al dolo specifico di danno per i creditori che contraddistingue la fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale per falsificazione della contabilità. Integra gli estremi del reato in esame anche la **violazione dei criteri di tecnica contabile nella redazione di documenti societari** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 51127 del 05/11/2014 Ud., dep. 09/12/2014, Rv. 261738)<sup>134</sup>. Ancora, comporta l'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta documentale la **violazione del principio di continuità delle scritture di cui all'art. 2216 cod. civ.** (per il quale le operazioni devono essere annotate giorno per giorno) in caso di tenuta della contabilità del libro giornale mese per mese, partendo da zero all'inizio di ogni mese, come se si trattasse di un periodo autonomo rispetto ai precedenti e successivi, così impedendo la ricostruzione del patrimonio della società (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 49593 del 14/10/2014 Ud., dep. 27/11/2014, Rv. 261344).

In merito alla **forma generica**, si ritiene integrato il reato di bancarotta fraudolenta documentale non solo quando la ricostruzione del patrimonio si renda impossibile per il modo in cui le scritture contabili sono state tenute, ma **anche quando gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 45174 del 22/05/2015 Ud., dep. 11/11/2015, Rv. 265682; Id., n. 21588 del 19/04/2010). In tal senso, la ricostruzione *aliunde* della documentazione non esclude la bancarotta fraudolenta documentale, ma la prova. La necessità di acquisire presso terzi la documentazione, infatti, costituisce la riprova che la tenuta dei libri e delle altre scritture contabili era tale da non rendere possibile la

---

*carattere contenzioso essendo connotato dall'esercizio della pretesa dell'attore nei confronti del convenuto, non si attaglia al procedimento per la dichiarazione di fallimento che prevede la convocazione in camera di consiglio del debitore e dei creditori istanti, oltre eventualmente all'intervento del PM che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, nel quale il deposito delle scritture contabili da parte dell'imprenditore che abbia chiesto il proprio fallimento (art. 14 legge fall.) o che ne sia stato richiesto con decreto del tribunale (art. 15 legge fall.), costituisce un obbligo del fallendo avente ad oggetto il deposito degli originali, non surrogabile da quello di semplici copie».*

<sup>133</sup> La norma incriminatrice è «preordinata a tutelare l'agevole svolgimento delle operazioni della curatela e a proscrivere ogni manipolazione documentale che impedisca o intralci una facile ricostruzione del patrimonio del fallito o del movimento dei suoi affari, considerato che a questo risultato si frappone non solo la falsità materiale dei documenti, ma anche e soprattutto quella ideologica che fornisce un'infedele rappresentazione del dato contabile». Cfr. anche Cass. Sez. 5, Sentenza n. 3951 del 18/02/1992 Ud., dep. 03/04/1992, Rv. 189812; Sez. 5, Sentenza n. 2663 del 06/12/1985 Ud. (dep. 07/04/1986 ) Rv. 172332.

<sup>134</sup> Ciò è stato ritenuto in una fattispecie concernente una rivalutazione di cespiti annotata in contabilità sulla base di una perizia di stima, in contrasto con il principio generale di iscrizione delle immobilizzazioni al valore di acquisto, ex art. 2426 cod. civ., derogabile solo in casi eccezionali, non ravvisabili con riguardo a macchinari industriali soggetti a perdita di valore per obsolescenza e non certo a rivalutazione.

ricostruzione del patrimonio o del movimento di affari della società (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 2809 del 12/11/2014 Ud., dep. 21/01/2015, Rv. 262588).

Quanto all'**elemento soggettivo**, la Corte regolatrice (Cass. Pen., Sez. 5, n. 11279 del 16/02/2010 Ud., dep. 24/03/2010, Rv. 246370; Id., n. 1137 del 17/12/2008 Rv. 242550) «è da tempo orientata nel senso che, mentre per le ipotesi di sottrazione, distruzione o falsificazione di libri e scritture contabili, per espresso dettato della legge (L. Fall., art. 216, comma 1, n. 2), è necessario il **dolo specifico**, consistente nello scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori (Cass., sez. 5<sup>^</sup>, 13 ottobre 1993, Trombetta, m. 195896), per le ipotesi di irregolare tenuta della contabilità, caratterizzate dalla tenuta delle scritture in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, è richiesto, invece, il **dolo intenzionale**, perché la finalità dell'agente è riferita a un elemento costitutivo della stessa fattispecie oggettiva, l'impossibilità di ricostruire il patrimonio e gli affari dell'impresa, anziché a un elemento ulteriore, non necessario per la consumazione del reato, qual è il pregiudizio per i creditori (Cass., sez. 5<sup>^</sup> 18 febbraio 1992, De Simone, m. 189813)». E' altresì vero in ogni caso, che «l'intenzione di rendere impossibile o estremamente difficile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari dell'impresa fallita cela, di per sé, sul piano pratico lo scopo di danneggiare i creditori o di procurarsi un vantaggio (Cass., sez. 5<sup>^</sup> 24 marzo 1981, Benassi, m. 148926, Cass., sez. 5<sup>^</sup>, 8 novembre 1971, Bertazzoli, m. 119792). Sicché, nella **prospettiva dell'accertamento**, alle diverse configurazioni del dolo nelle due ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale non corrisponde una sostanziale diversificazione nell'**onere probatorio** per l'accusa, perché è pur sempre necessario escludere in entrambi i casi la rilevanza di un atteggiamento psicologico di mera superficialità dell'imprenditore fallito (Cass., sez. 5<sup>^</sup>, 6 dicembre 1999, Amata, m. 216267)»<sup>135</sup>. Pure di recente la Corte (Cass. Pen., Sez. 5, n. 11115 del 22/01/2015 Cc., dep. 16/03/2015, Rv. 262915) ha confermato la riferita distinzione nella struttura del dolo per le due ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale: **dolo generico** per la condotta di tenuta fraudolenta e **dolo specifico** per il falso contabile per la prima parte dell'incriminazione.

In merito alla **omessa tenuta dei libri contabili**, corrisponde a consolidato insegnamento (Cass. Pen., Sez. 5, n. 11279 del 16/02/2010 Ud., dep. 24/03/2010, Rv. 246370) ritenere che tale ipotesi rientri nell'alveo di tipicità dell'art. 216, comma 1, n. 2 legge fall., norma che punendo la tenuta della contabilità in modo tale da rendere relativamente impossibile la ricostruzione dello stato patrimoniale e del volume d'affari dell'imprenditore, *a fortiori* implica la punibilità anche di colui che non l'ha istituita, pur solo per una parte della vita dell'impresa. Ai fini dell'**elemento soggettivo**, la condotta di omessa tenuta della contabilità interna integra

---

<sup>135</sup> Un atteggiamento di superficialità caratterizza la bancarotta documentale semplice, che può essere caratterizzata dal dolo o indifferentemente dalla colpa, che sono ravvisabili quando l'agente ometta, rispettivamente, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture (Cass. Pen., sez. 5, 18 ottobre 2005, Dalceggio, m. 233997).

il reato di bancarotta documentale fraudolenta solo qualora si accerti che **scopo dell'omissione sia quello di recare pregiudizio ai creditori**, elemento necessario per distinguere tale fattispecie da quella, analoga sotto il profilo materiale, prevista dall'art. 217 legge fall. e punita a titolo di bancarotta semplice documentale (Sez. 5, n. 25432 del 11 aprile 2012, De Mitri e altri, Rv. 252992).

Inoltre, per operare un corretto inquadramento delle **condotte contabili omissive**, merita considerare le seguenti circostanze: (i) è evidente che l'imprenditore non può al contempo omettere di istituire i libri contabili e **tenerli in «guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio»**, atteso che quest'ultima condotta presuppone l'inattendibilità fraudolentemente provocata di **scritture effettivamente esistenti**; la prospettazione dell'omessa tenuta delle scritture contabili per **omesso aggiornamento** di esse, piuttosto, identifica un fatto riconducibile allo schema descritto nella seconda parte dell'art. 216, comma 1, n. 2, L.fall. (bancarotta documentale generica), che, assieme all'istituzione delle scritture contabili, implica le note connotazioni modali della condotta ed il dolo generico (Cass. Pen., Sez. 5, n. 36823 del 22.6.2016 Ud., dep. 05/09/2016; Id., n. 11115 del 22/01/2015 Cc., dep. 16/03/2015, Rv. 262915); (ii) **l'ostacolo alla ricostruibilità** della realtà economica dell'impresa fallita per occultare le proprie irregolari condotte gestorie sembra costituire in sé, anche, un **pregiudizio per i creditori** (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 32173 del 11/06/2009 Ud., dep. 06/08/2009, Rv. 244494), oltre che un **ingiusto profitto**; in ogni caso, ove non si riconosca tale coincidenza, l'ostacolo pare **rivelatore e sintomatico** di tali ulteriori eventi.

### 1.5.2. La distinzione tra bancarotta documentale fraudolenta e semplice.

**Le differenze tra la bancarotta fraudolenta documentale, prevista dall'art. 216, comma primo, n. 2, L. fall.** (in particolare quella generica, collegata alla tenuta della contabilità in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio) **e quella semplice, prevista dall'art. 217, comma secondo, L. fall.**, emergono sotto più profili, quantunque sussistano diverse sensibilità nell'identificazione di quello ritenuto discriminante.

Anzitutto, quanto all'**oggetto materiale**, nel caso di **bancarotta fraudolenta documentale** esso può essere rappresentato da qualsiasi documento contabile, relativo alla vita dell'impresa, dal quale sia possibile conoscere i tratti della sua gestione<sup>136</sup>, mentre nella

---

<sup>136</sup> **Non** sono ritenuti costituire oggetto materiale del delitto di bancarotta fraudolenta documentale societaria (art. 216, comma primo, n. 2 e 223, comma primo, L.F.) **i libri sociali, specificamente disciplinati dall'art. 2421 cod. civ.**, che rappresentano fatti relativi all'organizzazione interna dell'impresa e non il possibile tramite della ricostruzione del movimento degli affari, salvo che la loro falsificazione incida direttamente ed immediatamente sulla rappresentazione contabile dei fatti di gestione. Secondo la Cassazione (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 182 del 23/11/2006 Ud., dep. 09/01/2007, Rv. 236045), infatti, la previsione incriminatrice individua espressamente l'oggetto materiale del reato nei libri e nelle altre scritture contabili i quali hanno la funzione di rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, così ricollegandosi direttamente all'art. 2214 cod. civ.. Ne deriva che la

**bancarotta semplice documentale**, di identifica nelle sole scritture obbligatorie (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 44886 del 23/09/2015 Ud., dep. 09/11/2015, Rv. 265508; nello stesso senso: n. 7582 del 1972, n. 7165 del 1977, n. 8081 del 1991, n. 22593 del 2012 Rv. 252973). Per il delitto fraudolento, dunque, non rilevano soltanto i documenti indicati nell'art 2214 c.c. ma anche le scritture facoltative e tutti i documenti che possono giovare, in mancanza o ad integrazione della contabilità legale, alla ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, con esclusione delle sole scritture del tutto inidonee a tal fine. È stata ritenuta integrare il delitto in esame anche la dolosa dispersione di semplici brogliacci o quaderni di note aziendali (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 7165 del 29/01/1977 Ud., dep. 03/06/1977, Rv. 136073).

Quanto all'**elemento psicologico**, nel caso della bancarotta fraudolenta, lo stesso viene individuato nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà dell'irregolare tenuta delle scritture con la consapevolezza che ciò rende impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore e, nella bancarotta semplice, dal dolo o indifferentemente dalla colpa<sup>137</sup>, che sono ravvisabili quando l'agente ometta, rispettivamente, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture (Cass. Pen., Sez. 5, n. 6769 de/ 18/10/2005; Id., n. 48523 del 06/10/2011 Ud., dep. 28/12/2011, Rv. 251709; Id., n. 6769 del 2006 Rv. 233997). In ogni caso, in tema di bancarotta **fraudolenta** documentale, l'esistenza dell'**elemento soggettivo** non può essere desunto dal solo fatto, costituente l'elemento materiale del reato, che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, tanto più quando l'omissione è contenuta in limiti temporali piuttosto ristretti: in detta ipotesi è necessario chiarire la ragione e gli elementi sulla base dei quali l'imputato abbia avuto coscienza e volontà di realizzare detta oggettiva impossibilità e non semplicemente di trascurare la regolare tenuta delle scritture, senza valutare le conseguenze di tale condotta, atteso che, in quest'ultimo caso, si integra l'atteggiamento psicologico del diverso e meno grave reato di bancarotta semplice (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 23251 del 29/04/2014 Ud., dep. 04/06/2014, Rv. 262384, precedenti Conformi: Sez. 5, Sentenza n. 172 del 07/06/2006 Ud., dep. 09/01/2007, Rv. 236032).

---

falsificazione del verbale del consiglio di amministrazione - atto previsto dall'art. 2421, comma primo, n. 4, cod. civ. concernente i libri sociali - non integra l'art. 216, comma primo, n. 2 della legge fallimentare, salvo il caso di incidenza diretta sull'alterazione del quadro contabile. È stato escluso (Cass. Pen., Sez. 5, n. 25438/2012) che il **bilancio** sia una scrittura contabile, costituendo piuttosto la rappresentazione delle risultanze delle scritture contabili, assumendo inoltre che la sua acquisizione presso l'organo deputato a riceverne il deposito non costituisce attività di particolare difficoltà, di per sé idonea a determinare l'esistenza del reato di bancarotta fraudolenta documentale. **Integra il reato** di bancarotta fraudolenta documentale il **mancato rinvenimento dei partitari** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 22593 del 20/04/2012 Ud., dep. 11/06/2012, Rv. 252973).

<sup>137</sup> Non osta alla punibilità della **bancarotta semplice documentale è punibile anche a titolo di colpa** il tenore dell'art. 42 cod. pen. che esige la previsione espressa della punibilità di un delitto a titolo di colpa, «*in quanto la nozione di "previsione espressa" non equivale a quella di "previsione esplicita" e, nel caso della bancarotta semplice documentale, la previsione implicita è desumibile dalla definizione come dolosa della bancarotta fraudolenta documentale*» (Sez. 5, Sentenza n. 38598 del 09/07/2009 Ud., dep. 05/10/2009, Rv. 244823).

L'individuazione del confine tra le due forme di bancarotta documentale si profila più problematica in relazione all'ipotesi di **mancanza di scritture contabili obbligatorie**. Tradizionalmente è stata la ricostruzione dello **scopo** dell'omissione della tenuta della contabilità interna ad orientare la soluzione dell'interprete. Infatti, si ritiene configurabile il reato di bancarotta **documentale** fraudolenta, e non la bancarotta semplice, se lo scopo viene identificato in quello di recare pregiudizio ai creditori (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 11115 del 22/01/2015 Cc., dep. 16/03/2015, Rv. 262915; conformi: n. 32173 del 2009 Rv. 244494, n. 25432 del 2012 Rv. 252992). Secondo tale tramandato orientamento, qualora sia assente o insufficiente l'accertamento in ordine allo **scopo eventualmente** propostosi dall'agente ed in ordine alla oggettiva finalizzazione di tale carenza, la mera mancanza dei libri e delle scritture contabili deve essere ricondotta alla ipotesi criminosa di bancarotta semplice. Infatti, la bancarotta fraudolenta documentale è un delitto doloso, mentre la bancarotta semplice è punibile indifferentemente a titolo di dolo o di colpa, per cui è superflua l'indagine sulla efficacia causale dell'omessa o irregolare tenuta dei predetti documenti, che è punita per sé stessa, indipendentemente dalle conseguenze (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 10364 del 14/04/1999 Ud., dep. 01/09/1999, Rv. 215031). In altre parole, **il fatto meramente omissivo della mancata tenuta della contabilità interna** integra gli estremi della bancarotta semplice e non quelli della bancarotta fraudolenta documentale, a meno che non risulti accertato che **scopo** dell'omissione sia stato proprio quello di recare pregiudizio ai creditori (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 9103 del 25/06/1992 Ud., dep. 27/08/1992, Rv. 191662).

Non manca diverso indirizzo, pure di recente ribadito (Cass., Sez. 5, n.38309/2016)<sup>138</sup>, che rimarca come l'autentica differenza tra le fattispecie penali in esame attenga al requisito dell'**impedimento della ricostruzione del volume d'affari o del patrimonio del fallito** conseguente alla condotta. Nel caso di **bancarotta semplice documentale** tale requisito è estraneo al fatto tipico, mentre esso costituisce l'evento di una delle fattispecie alternativamente integranti il delitto di bancarotta fraudolenta documentale (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 32051 del 24/06/2014 Ud., dep. 21/07/2014, Rv. 260774; conformi: n. 6769 del 2006 Rv. 233997, n. 48523 del 2011 Rv. 251709). Tale requisito, di natura oggettiva, non connota direttamente l'elemento psicologico, ma anzitutto la condotta, ponendosi quale risultato di essa. Ciò comporta che diversamente da quanto è ipotizzabile in relazione alla bancarotta fraudolenta documentale, il delitto di **bancarotta semplice per omessa tenuta**

---

<sup>138</sup> Ad avviso della Corte, infatti, «l'elemento distintivo tra le due fattispecie di bancarotta documentale fraudolenta e semplice attiene soprattutto al profilo oggettivo della condotta del fallito, rilevando nella bancarotta semplice l'**aspetto meramente formale** dell'omessa o irregolare o incompleta tenuta delle scritture contabili obbligatorie per legge, mentre nella bancarotta fraudolenta un **profilo sostanziale**, atteso che, da un lato, l'illiceità della condotta non è circoscritta alle sole scritture obbligatorie per legge, riguardando tutti i libri e scritture contabili genericamente intesi, e, dall'altro, è richiesto il requisito dell'impedimento della ricostruzione del volume d'affari o del patrimonio del fallito, estraneo invece al fatto tipico previsto dall'art. 217 legge cit. (Sez. 5, n. 32051 del 24/06/2014 - dep. 21/07/2014, Corasaniti, Rv. 260774)».

**dei libri e delle scritture contabili obbligatori per legge non può ritenersi escluso dalla possibilità di ricostruire la contabilità aziendale attraverso documenti informali,** perché la legge non ammette equipollenti alle scritture e ai registri regolamentari; ai fini della sussistenza del reato di bancarotta semplice, infatti, il pregiudizio derivante dall'omissione, dall'incompletezza o dalla irregolarità dei libri e scritture non è costituito dalla lesione, ma dal semplice pericolo di lesione del bene tutelato e la responsabilità può essere affermata anche a titolo di mera colpa dell'inadempiente (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 1440 del 25/11/1981 Ud. , dep. 15/02/1982, Rv. 152212, conf. mass n 137639; conf. mass n 137638)<sup>139</sup>. Ma significa altresì che *«l'imprenditore fallito o l'amministratore della società fallita che, anche solo per negligenza, abbia o messo, sotto il profilo formale, di tenere o abbia tenuto in modo irregolare o incompleto le scritture contabili obbligatorie per legge ma che, sotto il profilo sostanziale, abbia lasciato comunque traccia di tutte le sue operazioni gestorie, evincibile da documenti contabili pur non regolarmente tenuti (fatture, bolle di accompagnamento conservate presso di sé), estratti conto bancari, altre annotazioni comunque intellegibili, etc. , in modo tale che a posteriori sia possibile ricostruire sia il patrimonio sia il movimento degli affari, non risponde del reato di bancarotta fraudolenta ma a quello meno grave di bancarotta semplice. Per contro, l'imprenditore ( ed ovviamente l'amministratore di società) che non solo non tenga o tenga irregolarmente i libri contabili obbligatori per legge, ma che non lasci anche alcuna traccia documentale delle operazioni gestorie compiute o conservi comunque documentazione contabile inidonea a ricostruire il patrimonio ed i movimenti contabili dell'impresa, risponde, ricorrendo l'elemento soggettivo del **dolo generico**, del delitto di bancarotta fraudolenta documentale»*<sup>140</sup>. Appare evidente che in tal ultimo evenienza, la Corte di Cassazione ha ricondotto l'ipotesi della omissione della tenuta della contabilità alla bancarotta documentale generica, estendendole lo statuto dell'elemento soggettivo (dolo generico) previsto per quest'ultimo<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Osserva ancora la sentenza n. 38302/2016: *«non vi è dubbio che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 217 c.p. sia posta a presidio della regolarità contabile intesa in senso formale. L'art. 2214 cod. civ. impone l'istituzione di libri obbligatori, quali il libro giornale, il libro degli inventari ed altre scritture che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa. Gli articoli dal 2215 al 2220 del codice civile prescrivono le modalità di tenuta e conservazione di tali scritture contabili obbligatorie. L'omessa o irregolare o incompleta tenuta delle scritture contabili obbligatorie per legge, in violazione degli art. 2214 e ss c.c., costituiscono condotte punite dalla legge fallimentare solo perché espongono a pericolo il bene giuridico tutelato, costituito dalla esigenza di una corretta informazione sulle vicende patrimoniali e contabili dell'impresa fallita, e ciò nella prospettiva successiva della ricostruzione e della tutela del patrimonio del fallito, che rappresenta la garanzia per la massa dei creditori. Si tratta di un delitto di pericolo presunto e di pura condotta e viene integrato anche se non si realizza alcun danno o solo la messa in pericolo degli interessi dei creditori»*.

<sup>140</sup> Così la sentenza n. 38302/2016.

<sup>141</sup> Ancora la sentenza n. 38302/2016, in motivazione: *«Va osservato che la quarta ipotesi del reato di bancarotta fraudolenta documentale di cui all'art. 216 comma 10 n. 2 L.F. , ovvero la tenuta delle scritture contabili in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio, non richiede, a differenza delle prime tre ipotesi ( sottrazione, distruzione, falsificazione, in tutto o in parte, delle scritture contabili) il dolo specifico dello scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori. Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato è, infatti, sufficiente il dolo generico, costituito dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità potrà rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio, non essendo, per contro, necessaria la specifica volontà di impedire quella ricostruzione. La locuzione "in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari" connota, infatti, la condotta e non la volontà dell'agente, sicché è da*

### 1.5.3. La distinzione tra bancarotta documentale e impropria a mezzo di false comunicazioni sociali.

Secondo la Corte di Cassazione (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 24051 del 15/05/2014 Cc., dep. 09/06/2014, Rv. 260142) i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, da un lato, e quello di bancarotta impropria di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, L.F., dall'altro, hanno **ambiti diversi**: il primo postula il compimento di atti di distrazione o dissipazione di beni societari ovvero di occultamento, distruzione o tenuta di libri e scritture contabili in modo da non consentire la ricostruzione delle vicende societarie, atti tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, **a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento** (ovvero il dissesto accertato nella definitiva consistenza ai fini della procedura concorsuale), essendo sufficiente che questo sia effettivamente intervenuto; il secondo concerne, invece, condotte dolose che non costituiscono distrazione o dissipazione di attività - **né si risolvono in un pregiudizio per le verifiche concernenti il patrimonio sociale da operarsi tramite le scritture contabili** - ma che devono porsi in **nesso eziologico con il fallimento**<sup>142</sup> (ovvero il dissesto "fotografato" dalla sentenza di 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**

---

*escludere che essa configuri il dolo specifico (Sez. 5, n. 5264 del 17/12/2013 - dep. 03/02/2014, Manfredini, Rv. 258881; vedi anche sez 5 n. 11115 del 22.1.2015, non massimata)».*

<sup>142</sup> Con la riforma del 2002 il delitto di **bancarotta impropria societaria** è stato significativamente **trasformato**, sotto i profili della diversa elencazione dei reati presupposto e dell'espressa previsione di un collegamento causale tra la loro realizzazione ed il **dissesto societario**. In particolare, non opera più l'automatica mutazione dei reati presupposti essi in bancarotta fraudolenta per il solo fatto di essere seguiti dal fallimento della società, a prescindere da ogni collegamento di ordine causale e psicologico, i reati societari configurandosi quali condotte del delitto fallimentare, causalmente dirette a provocare il dissesto dell'imprenditore. Quanto al nesso causale tra l'attività illecita e il dissesto societario, secondo l'indirizzo giurisprudenziale ampiamente maggioritario, la formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. non richiede che il fatto integrante il reato presupposto sia stato l'unico a determinare lo stato di decozione della società, ben potendo essere stato uno dei fattori concausali. Ciò perché lo stato di dissesto dell'azienda, ai fini della fattispecie in esame, non viene identificato nella semplice crisi economica della stessa, costituendo la **condizione patrimoniale della società come accertata nella sentenza di fallimento**, ovvero l'insolvenza accertata dall'autorità giurisdizionale che dichiara il fallimento. Ed è rispetto a questa entità economica che va valutata l'incidenza della condotta illecita realizzata dai soggetti tipici (amministratori, sindaci, liquidatori, ecc.). Ne deriva che: «(i) *l'aggravamento di uno stato di crisi economica dell'azienda equivale a produrre un "nuovo" stato di dissesto, quello penalmente rilevante fotografato dalla sentenza di fallimento*; (ii) *ai fini della configurabilità della bancarotta da reato societario rilevano anche le condotte che abbiano concorso a cagionare il dissesto, sia aggravando l'effetto di cause preesistenti, sia inserendosi in una serie di fattori intervenuti anche successivamente. Confortano questa interpretazione sia ragioni letterali sia l'applicazione dei principi generali in tema di causalità e sulla naturale progressività dei fenomeni determinativi del dissesto di un'impresa: l'aggravamento del passivo è solo un ulteriore dato concorrente alla realizzazione del dissesto accertato nella definitiva consistenza ai fini della procedura concorsuale*» (così *ex multis*, Cass. pen., sez. 5, n. 19806/2003, Id., n. 37555/2015). La causazione dell'evento certamente si realizza anche quando attraverso il mendacio l'imprenditore evita che si manifesti la necessità di procedere ad interventi di rifinanziamento o di liquidazione, in tal modo consentendo alla fallita la prosecuzione dell'attività di impresa con accumulo di ulteriori perdite negli anni successivi (*ex multis*, Sez. 5, n. 42811 del 18/06/2014, Ferrante, Rv. 26175901). Parimenti è acquisizione solida che il dissesto sia un fenomeno graduale e complesso, legato ad una pluralità di fattori in un contesto normativo che sanziona anche il solo aggravamento di detto squilibrio. Ma proprio per questo «*esso va delineato in maniera puntuale, giacché è necessario chiarire in che termini la illecita prosecuzione dell'attività d'impresa abbia causato ovvero aggravato il suddetto evento*», essendo «*necessaria un'analisi della progressiva formazione del debito e in quali termini su di esso abbiano inciso causalmente i bilanci sospetti di falsità*» (Cass. Pen., Sez. 5, n. 46689/2016).

**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, ovvero del dissesto generativo di esso. In questo senso, occorre rimarcare, dunque, che la bancarotta impropria non è integrata in forza dell'accertata consumazione dei fatti di bancarotta patrimoniale e documentale, essendo necessari ulteriori comportamenti (cfr. anche Cass. Pen., Sez. 5, n. 29431 del 2006 Rv. 235216; Id., n. 17978 del 2010 Rv. 247247; Id. n. 34559 del 2010 Rv. 248167)<sup>143</sup>.

In punto di elemento soggettivo della bancarotta causativa del dissesto per false comunicazioni sociali, le recenti Sezioni Unite n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli e altro, Rv. 26680301 hanno sinteticamente affermato che *«poiché poi il soggetto attivo (gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori) deve avere agito «consapevolmente» ed «al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto», il delitto è connotato da dolo specifico»*. In senso più ampio la giurisprudenza della Corte di legittimità ha riferito tradizionalmente all'elemento soggettivo del reato di bancarotta impropria da falso in bilancio una struttura complessa: un dolo generico, consistente nella rappresentazione del mendacio; un dolo specifico, qualificato dal profitto ingiusto, rispetto ai contenuti

---

<sup>143</sup> Ponendo termine ad un contrasto interpretativo emerso in seno alla Quinta Sezione Penale, le Sezioni Unite della Cassazione hanno recentemente (Sentenza n. 22474 del 31/03/2016 Ud., dep. 27/05/2016, Rv. 266803) affermato il seguente principio di diritto: *«Il reato di false comunicazioni sociali, previsto dall'art. 2621 cod. civ., nel testo modificato dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, è configurabile in relazione alla esposizione in bilancio di enunciati valutativi, se l'agente, in presenza di **criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati**, se ne discosti consapevolmente e senza fornire adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni»*. Principio che riverbera alcuni dei suoi effetti più significativi proprio in relazione alla configurabilità della bancarotta impropria societaria da false comunicazioni sociali ex art. 223, comma 2, n. 1, L.F. Le Sezioni Unite muovono dalla visione - organica e tendenzialmente unitaria e coerente - dell'intera materia societaria in tema di bilancio e del sottosistema delle norme penali poste a tutela della corretta redazione del predetto documento, partendo dal presupposto che l'oggetto di essa si individua nella "trasparenza societaria". Il bilancio, in tutte le sue componenti (stato patrimoniale, conto economico, rendiconto finanziario, nota integrativa), è un documento dal contenuto essenzialmente valutativo, nel quale confluiscono dati certi (es. il costo di acquisto di un bene), dati stimati (es. il prezzo di mercato di una merce) e dati congetturali (es. le quote di ammortamento). Quale documento composito e complesso, la sua lettura e intelligenza presuppone una specifica preparazione, che abbraccia la conoscenza dei criteri (tanto legali, quanto tecnici) vigenti per la sua redazione. Il redattore di tale documento, a sua volta, non può non operare valutazioni, "guidate" dai suddetti criteri, dovendo effettuare una stima ponderale delle singole componenti del bilancio, attribuendo un valore in denaro a ciascuna di esse, operazione di conversione indispensabile per descrivere lo "stato di salute" di un operatore economico. Tali criteri sono definiti dal legislatore nazionale (artt. 2423 ss. cod. civ.), dalle direttive europee (cfr. Direttiva 2013/34/UE, relativa ai bilanci di esercizio ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recepita dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139), ovvero sono frutto della elaborazione dottrinale nelle materie di competenza (e sono ufficializzate ad opera di soggetti "certificatori": Organismo italiano di contabilità e, a livello sovranazionale, *International Financial Reporting Standard*). Al bilancio viene riconosciuta la sua eminente ed irrinunciabile funzione informativa/comunicativa, costruita attraverso l'utilizzo di criteri - obbligatori e/o largamente condivisi - indispensabili per eseguire le operazioni intellettuali, riferite sia a chi lo forma sia a chi lo utilizza. Lo stesso concetto di "rilevanza" ai fini del falso in bilancio origina dalla normativa comunitaria (art. 2 punto 16 Direttiva UE 2013/34/UE, relativa ai bilanci di esercizio, ai bilanci consolidati ed alle relative relazioni e tipologie di imprese, recepito con d. lgs. 14 agosto 2015, n. 136), che definisce rilevante l'informazione *«quando la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori, sulla base del bilancio dell'impresa»*. Il falso insomma deve essere tale da alterare in misura apprezzabile il quadro d'insieme e deve avere la capacità di influire sulle determinazioni dei soci, dei creditori o del pubblico in ciò sostanziandosi la concreta pericolosità conseguente alla falsificazione.

dell'offesa; un dolo intenzionale di inganno dei destinatari previsto per escludere letture in chiave di dolo eventuale. Dopo la riforma operata dalla legge n. 69/2015, è venuta meno la caratteristica dell'intenzionalità del dolo, le false comunicazioni sociali costituendo reati a dolo specifico, la condotta dell'autore orientandosi verso il conseguimento per sé o per altri di un ingiusto profitto. Non cancellano l'ingiustizia valutazioni imprenditoriali che sorreggono scelte pragmatiche di difesa del valore apparente dell'azienda per la salvaguardia di ulteriori beni da essa garantiti (si pensi alla finalità di evitare il licenziamento dei dipendenti), né il ricorso alla teoria dei vantaggi compensativi ex art. 2634, comma 3, c.c.. I contenuti e la forma della condotta tipica, inoltre, devono essere realizzati consapevolmente. *«Tale innovativa espressione, da un lato, sottolinea una peculiare intensità del dolo, quantomeno diretto, a significare l'insufficienza del dolo eventuale, d'altro canto, svolge un'ulteriore funzione tipizzante dei contenuti fraudolenti ed ingannevoli della condotta, confermando come l'interesse penale sia limitato a quella potenzialmente lesiva del bene giuridico; ed è tale la condotta provvista di oggettiva e concreta attitudine ed adeguatezza ad ingannare i destinatari e dunque ad influire sulle loro scelte. È ampiamente pronosticabile che i dissidi interpretativi più intensi si sposteranno su questo piano, non dissimilmente dal previgente sistema, ove l'intenzionalità del dolo (espressa dalla "intenzione di ingannare i soci o il pubblico") aveva esercitato una funzione straordinariamente selettiva, limitando l'applicazione delle fattispecie penali. L'avverbio ("consapevolmente") descrive ora un intenso coefficiente di partecipazione psicologica dell'autore. Nella lettura comune, esso esclude il rilievo penale di una falsità sostenuta solo dal dubbio ovvero da un "dolo eventuale". Non sono mancate, per contro, critiche alla reale valenza tipizzante dell'elemento, posti i profili tautologici nel contesto di un reato a struttura dolosa. Di certo, in termini pratici, la prima tesi restringe il perimetro delle responsabilità in seno ad organi collegiali (sindaci, amministratori senza deleghe, amministratori indipendenti) per il bilancio infedele da altri sottoscritto, usualmente costruita attraverso il meccanismo omissivo improprio, per mancato impedimento dell'altrui reato (art. 40, comma 2, c.p.) a titolo di dolo eventuale, in presenza dei segnali di allarmi tipici conosciuti e rappresentati per tali. Rimane seriamente discutibile che l'avverbio implichi, oltre alla necessaria consapevolezza del falso, anche la coscienza diretta (e dunque non eventuale) della sua concreta idoneità decettiva. Esigere quest'ultima finirebbe per tradursi in una probatio diabolica, plausibilmente estranea alla logica delle competenze e dei doveri di chi forma la comunicazione sociale e consciamente vi inserisce dati falsi»<sup>144</sup>.*

Il dolo del reato di bancarotta impropria presuppone, in ogni caso, 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

---

<sup>144</sup> DI VIZIO, *op. cit.*, p. 127

squilibrio economico (Sez. 5, n. 42257 del 06/05/2014, Solignani, Rv. 26035601; Sez. 5, n. 23091 del 29/03/2012, P.G., Baraldi e altro, Rv. 25280401). Occorre verificare la sussistenza di elementi probatori della volontà degli amministratori di mantenere in vita la società, accettando anche il rischio di incrementare il passivo e quindi di aggravare il dissesto (dolo di accettazione del dissesto).

[www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org)

## 2. L'inadempimento degli obblighi degli organi di controllo delle imprese in crisi.

### 2.1. Il fondamento della posizione di garanzia ed esame dei poteri di controllo e di impedimento.

Volendo premettere un inquadramento schematico dei confini entro i quali è ipotizzabile il **concorso dei sindaci nei reati dell'amministratore per l'omesso controllo sull'operato di quest'ultimo ovvero per l'omessa attivazione dei poteri loro riconosciuti dalla legge**, occorre fissare le seguenti **premesse**: - (i) il controllo sindacale non si esaurisce in una verifica formale, vale a dire in un riscontro contabile della documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende il **raffronto tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile**, che non può prescindere dal controllo che la gestione si svolga nell'osservanza della legge e nel rispetto dell'atto costitutivo e che la contabilità sia regolarmente tenuta; (ii) il coinvolgimento dei sindaci, per inadempimento dei loro doveri di controllo e di vigilanza, idonei ad impedire le condotte illecite degli amministratori, non si fonda unicamente sull'esistenza della relativa posizione di garanzia, ma implica la presenza di **qualificati elementi sintomatici dell'incidenza causale** delle omissioni nella commissione del reato da parte degli amministratori; (iii) nella bancarotta, infine, l'elemento soggettivo può configurarsi anche nella forma del **dolo eventuale**; ad esempio, il membro di collegio sindacale può rispondere a detto titolo ove abbia consapevolmente omesso di esercitare i doveri impostigli dalla legge con la previsione della conseguente tenuta caotica dei libri e delle scritture contabili da parte degli amministratori della società e l'accettazione del rischio che, anche a causa della sua condotta omissiva, venisse posta in essere la bancarotta fraudolenta documentale (risultato certo o comunque probabile).

Più in generale, in merito alla responsabilità concorsuale dei sindaci nei reati fallimentari, la Cassazione ha proposto sinteticamente i suoi consolidati **approdi in punto di configurabilità del contributo omissivo improprio e del dolo tipico**, di cui conviene, in questa sede, ripercorrere la **logica argomentativa**<sup>145</sup>.

In sintesi, questa la più **complessa argomentazione**<sup>146</sup>: (i) i sindaci sono gravati di obblighi di controllo e di vigilanza delineati dall'**art.2403 c.c.**, norma che, letteralmente, riconnette al collegio sindacale la **funzione identitaria** di vigilare sull'osservanza delle legge e

---

<sup>145</sup> La responsabilità dei sindaci nei reati fallimentari, in effetti, ha rappresentato *tematica trascurata sino ai primi anni novanta*, allorché la giurisprudenza ha iniziato a definire i criteri di identificazione del loro concorso nei reati commessi dagli amministratori, attraverso il modello della **responsabilità per omesso impedimento dell'evento** di cui all'art.40, co.2 c.p. (cfr. Cass., Sez. 5 pen., n. 5927/1990; Id., 15850/1990; Id., n. 3949/1991; Id., n. 8327/1998).

<sup>146</sup> Non rari commentatori hanno censurato tale impostazione, riferendole il difetto di confondere i poteri di controllo con il dovere di impedire, ovvero con la posizione di garanzia, dilatando eccessivamente la responsabilità penale. Dagli obblighi di vigilanza e controllo non discenderebbe l'obbligo di impedire l'evento ai sensi dell'art. 40 c.p., ma solo il dovere di attivazione e segnalazione. Pena il pericolo di trasformare l'art. 40, co.2 c.p. in clausola generale di trasposizione penale di tutti gli obblighi, rendendoli fonte onnivora di responsabilità penale.

dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società nonché sul suo concreto funzionamento; (ii) si tratta di sorveglianza sull'adeguatezza e sull'operatività concreta dell'organizzazione societaria e del sistema di controllo interno, estesa a tutta l'attività sociale (dal momento che è organo cui è deputata sia la tutela dei soci e della minoranza, sia quella concomitante dei creditori sociali), ivi compresa quella svolta dagli amministratori, intesa come **verifica di legittimità sostanziale** (rispondenza dell'attività sociale alle regole che la governano, riconoscibili dalla legge e dallo statuto, conformità ai canoni di una buona, diligente, informata, non avventurosa amministrazione, compatibile con i fini della società), senza eccedere in valutazioni sull'opportunità e la convenienza economica dei singoli atti; (iii) oltre ad una **fase ricognitiva-ispettiva** ed ad una **fase valutativa**, l'attività dei sindaci si contraddistingue per una **fase di intervento attivo**, tesa a **reagire** contro gli atti e le omissioni degli amministratori pregiudizievoli per la società, attraverso la denuncia agli organi competenti delle irregolarità riscontrate; (iv) l'**art. 2403-bis c.c.** individua **alcuni dei poteri** attribuiti ai sindaci, sia individualmente sia come collegio<sup>147</sup>, connotandolo quale il centro del sistema informativo, destinatario di un flusso di informazioni di contenuto specifico relative alla gestione societaria, per individuare le aree critiche bisognose di interventi<sup>148</sup>; (v) l'art. 2403-bis c.c., per vero, non esaurisce i poteri attribuiti ai sindaci che, essendo correlati ai molteplici doveri di controllo cui essi sono tenuti, sono numerosi e disposti in **diverse norme del codice civile**<sup>149</sup>; (vi) ai sensi dell'**art. 2407, comma 1, c.c.**, oltre ad essere responsabili della verità delle loro attestazioni, «*i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*»<sup>150</sup>; (vii) il **comma 2 dell'art. 2407 c.c.**, inoltre, prevede che i sindaci

---

<sup>147</sup> Tra essi vi è quello di procedere in qualsiasi momento ad **atti di ispezione e di controllo**, di **chiedere agli amministratori notizie** sull'andamento delle operazioni sociali e su determinati affari, nonché con riferimento alle società controllate, di **scambiare informazioni** con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale.

<sup>148</sup> In questo senso si muove anche la norma relativa agli **scambi di notizie con i soggetti incaricati del controllo contabile** (art. 2409-septies, c.c.). Nell'espletamento di specifiche operazioni di ispezioni e controllo, essi **possono avvalersi**, sotto la propria responsabilità e a proprie spese, di **propri dipendenti ed ausiliari**, che non si trovino in una delle condizioni di incompatibilità descritte dall'art. 2399 c.c.. **Degli accertamenti eseguiti dai sindaci devono risultare evidenze nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale** (art. 2421, n. 5, c.c.).

<sup>149</sup> Si pensi, in tal senso, al **potere di impugnativa delle delibere assembleari e consiliari viziate** (artt. 2377, 2388, 2391, comma 3, c.c.); al potere di **chiedere giudizialmente la riduzione del capitale sociale**; al potere di **approvare la nomina degli amministratori cooptati** (art. 2386 c.c.). Tra gli strumenti per esercitare la vigilanza non secondario il potere, già previsto dal T.U.F., di **denunciare al Tribunale le "gravi irregolarità" nella gestione societaria**, che possono riguardare anche le società controllate (art. 2409 c.c. e art. 152 del T.U.F.). Inoltre, il collegio sindacale ha **poteri sostitutivi di procedere alla convocazione dell'assemblea e di eseguire le pubblicazioni nell'inerzia degli amministratori** (2406, comma 1, c.c.); e può **convocare l'assemblea dei soci** qualora ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere (art. 2406, comma 2, c.c.).

<sup>150</sup> Coerentemente con quanto previsto dall'art. 2392 c.c. per gli amministratori, è stato abbandonato il riferimento alla diligenza del mandatario, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza. Ma mentre la responsabilità degli amministratori prevede standard di diligenza differenziati all'interno del consiglio d'amministrazione in considerazione delle diverse deleghe (esigendo "la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze"), per i **sindaci si accentua il profilo della qualificazione professionale di tutti i componenti del collegio sindacale, come confermato dalla norma sulla composizione del collegio** (art. 2397 c.c.). Dal complesso di norme in considerazione, in particolare dalla lettura congiunta degli artt. 2403 e 2407 c.c., emerge che la **diligenza professionale dei sindaci va considerata in concreto**, anche avendo riguardo alle dimensioni, all'oggetto sociale e

**rispondano solidalmente con gli amministratori per i fatti di cattiva gestione a questi imputabili**, quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero agito in conformità degli obblighi della loro carica<sup>151</sup>; (viii) per la Cassazione **l'obbligo della vigilanza importa**, sotto il profilo della diligenza, **l'attivazione di tutte le condotte possibili, anche se non espressamente considerate dal legislatore**, con il dovere di avviare, se necessario, anche forme di controllo ed interventi extra societari, quali il procedimento ex art. 2409 c.c. in caso di gravi irregolarità nella gestione o il potere-dovere di effettuare segnalazioni alla Consob per le società quotate; (ix) i sindaci sono titolari, dunque, di una **posizione di garanzia ex art. 40, comma 2, c.p. avente ad oggetto l'obbligo di impedire le azioni delittuose degli amministratori**; (x) in particolare, il rinnovato assetto della figura dei sindaci, reso evidente dalle modifiche degli artt. 2403 e 2407 c.c., ha indotto a ritenere definitivamente superate le obiezioni opposte dalla dottrina penalistica in merito alla configurabilità di una **generale responsabilità omissiva dei sindaci, per omesso impedimento dell'evento**; infatti, è esplicitamente sancito nella norma civile extrapenale (art. 2403 c.c.) che il **dovere di controllo non è generico e non può pertanto ridursi al dovere di segnalazione, estendendosi al dovere di far rispettare i principi di corretta amministrazione**; l'art

---

alla struttura organizzativa della società. Inoltre, **la responsabilità dei sindaci è sempre una responsabilità per fatto proprio**, cioè responsabilità esclusiva per il mancato adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge, sempre che dalla loro condotta o dalla loro omissione sia derivato un danno alla società o ai creditori. Tale forma di responsabilità, dunque, prescinde dagli inadempimenti eventualmente imputabili agli amministratori e trova fonte direttamente nel comportamento negligente dei sindaci, in sé e per sé considerato. **Altra forma di responsabilità per fatto proprio, inoltre, è configurabile per l'evenienza in cui i sindaci non rispettino l'obbligo di verità delle loro attestazioni e del segreto d'ufficio**. Secondo parte della dottrina, in concreto, "l'obbligo di verità delle attestazioni" deve coniugarsi con il rilievo che esse hanno spesso ad oggetto valutazioni tecniche che implicano una certa discrezionalità. L'attestazione, dunque, deve essere il risultato di una valutazione ragionevole, operata con diligenza ed effettuata sui dati, informazioni e conoscenze acquisite nel corso dell'attività di controllo.

<sup>151</sup> Questa ipotesi è qualificata in termini di **"responsabilità concorrente"**, perché non può esistere senza una concomitante responsabilità degli amministratori, presupposto necessario per la condanna dei sindaci al risarcimento dei danni. La **fonte normativa** di tale responsabilità viene individuata nel **dovere del collegio sindacale di vigilare sull'operato degli amministratori**. Secondo la giurisprudenza, la responsabilità concorrente dei sindaci di una società per azioni per i comportamenti illegittimi degli amministratori ex art. 2407, comma 2, è modellata su quella degli amministratori medesimi. Pertanto, essi possono essere chiamati a rispondere, in via solidale con questi ultimi, dei danni cagionati non solo alla società o ai creditori sociali, ma anche ai terzi, o a singoli soci, da fatti od omissioni attribuibili agli amministratori, tutte le volte in cui non abbiano adeguatamente vigilato in conformità agli obblighi della loro carica. La responsabilità dei sindaci, ai sensi dell'art. 2407, comma 2, c.c. ha dunque **natura solidale**. La ripartizione del danno in relazione all'incidenza della singola condotta colposa attiene esclusivamente al profilo interno, mentre non può avere rilevanza nei rapporti esterni nei confronti del terzo danneggiato, il quale avrà esclusivamente l'onere di provare l'inadempimento degli amministratori e dei sindaci, il danno patito dalla società ed il nesso di causalità tra il difetto di vigilanza e il danno stesso. La responsabilità dei sindaci in queste ipotesi, tuttavia, non è automatica proiezione di quella degli amministratori, ma consegue all'**accertamento dell'omessa vigilanza sull'attività di questi ultimi**. L'art.2407, comma 2, c.c., a sua volta, **assicura un più preciso coordinamento con le nuove disposizioni sulla responsabilità degli amministratori rinviando espressamente agli artt. 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis e 2395 c.c.**, che pertanto diventano applicabili anche al collegio sindacale, in quanto compatibili. In particolare, si segnala la **possibilità che l'azione sociale di responsabilità nei confronti dei sindaci venga esercitata anche dalla minoranza**, purché si rispettino le soglie indicate dall'art. 2393-bis c.c. e le regole procedurali rilevanti con riguardo agli amministratori. **L'art. 2395 c.c.** prevede che i sindaci possono essere condannati a risarcire i danni provocati ai soci o ai terzi in conseguenza di un proprio comportamento negligente o in solido con gli amministratori, se si versa in un'ipotesi di responsabilità da omessa vigilanza. Il legislatore, in tal modo, ha ampliato la tutela del socio e del terzo creditore considerando rilevante ai fini del giudizio di responsabilità ogni comportamento pregiudizievole dei loro diritti.

2407 c.c., inoltre, finisce per estendere al collegio sindacale molti dei doveri degli amministratori.

## 2.2. Alcune problematiche penalistiche: il dolo ed il sindaco di fatto.

Quanto all'**elemento soggettivo** sotteso a tale contributo omissivo, la Cassazione ha sviluppato un'ampia **riflessione in relazione alla figura degli amministratori senza deleghe**, per molti profili significativa ai fini in esame anche per i sindaci. La responsabilità omissiva nelle infedeltà gestorie consumate dagli amministratori con deleghe, in tal senso, presuppone la prova che gli amministratori non esecutivi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi (Cass. Pen., Sez. 5, n. 23838 del 2007). Soltanto in presenza della prova della «*conoscenza*» del fatto illecito altrui o della «*concreta conoscibilità*» dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo, in presenza di **segnali inequivocabili**, è possibile immaginare l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito. L'inerzia di tali soggetti in presenza di circostanze così connotate comporta l'affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, in senso giuridico, l'evento. A miglior specificazione del concetto di **concreta conoscibilità** evocato - obiettivamente suscettibile di creare pericolose semplificazioni nella dimostrazione dell'elemento soggettivo, col rischio di scambiare meri atteggiamenti colposi con la rigorosa prova del dolo<sup>152</sup> - è intervenuta una significativa pronuncia della Cassazione (Sez. 5 Pen., n. 23000/2013). La Corte, nell'occasione, ha affermato che in tema di reati fallimentari e societari, ai fini della responsabilità penale dell'amministratore privo di delega (e il principio pare pienamente adattabile alla situazione del sindaco) per fatti di bancarotta fraudolenta, non è sufficiente la presenza di dati (c.d. segnali d'allarme) da cui desumere un evento pregiudizievole per la società o almeno il rischio della verifica di detto evento, ma **è necessario che il garante ne sia concretamente venuto a conoscenza ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo**. In altre parole è necessario che l'atteggiamento omissivo antidoveroso segua (e non preceda) la conoscenza del segnale di

---

<sup>152</sup> Non è mancata una fase nella quale la stessa giurisprudenza è sembrata desumere il dolo da ragionamenti presuntivi, in dipendenza dell'inadempimento dei doveri di riunione e di presenza (ex artt. 2404 e 2405 c.c.) e di controllo (ex art. 2403 c.c.). Inerzia conoscitiva è stata individuata come volontà di non percepire eventuali segnali di pericolo e dunque di consapevole accettazione del rischio del verificarsi di condotte illecite (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 8327 del 22/04/1998 Ud., dep. 14/07/1998, Rv. 211367, sul cd. caso Ambrosiano, relativa a condanna dei sindaci e degli amministratori senza delega dell'Istituto di credito bancario per concorso omissivo nel reato di bancarotta fraudolenta commesso dagli amministratori delegati). Sennonché, l'ignoranza di quanto si sarebbe potuto conoscere fonda un addebito colposo, inidoneo a fondare responsabilità per reato doloso, senza che sussista evidenza di disprezzo verso quel bene particolare e concreto che viene offeso dall'evento.

allarme. Occorre che il garante abbia avuto piena percezione di segnali d'allarme, «*intesi come momenti rivelatori, avuto riguardo al bagaglio di esperienza e cognizione professionale proprio del preposto alla posizione di garanzia, del pericolo dell'evento*» (cfr. già Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 43101 del 03/10/2007 Ud., dep. 22/11/2007, Rv. 238498). Approfondendo questa affermazione la Corte di Cassazione (Sez. 5 Pen., n. 23000/2013) ha ulteriormente notato: «*per dare senso e concretezza al dolo eventuale più volte invocato nella giurisprudenza di questa Corte come parametro minimo per la riferibilità psicologica di quell'evento pregiudizievole al soggetto attivo del reato, occorre che il dato indicativo del rischio di verifica (del "segnale di allarme", per intendersi) dell'evento stesso non sia stato soltanto conosciuto, ma è necessario che l'amministratore se lo sia in effetti rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi, e non di meno sia rimasto deliberatamente inerte*».

Con la sentenza n. 15639/2016 è stata offerta una delle **prime conferme**, in seno alla giurisprudenza di legittimità, della **praticabilità della figura del sindaco di fatto rispetto a reati fallimentari**, per contro già ampiamente sperimentata per gli amministratori. Come noto, per effetto del d.lgs. n. 61/2002, con l'**art. 2639 c.c.** è stato positivizzato l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale (maggioritario) che aveva già esteso la categoria dei destinatari dei reati societari ai soggetti di fatto<sup>153</sup>. La norma, in particolare, ha inteso individuare un punto di equilibrio tra effettività della tutela e garanzia di tassatività e determinatezza, assumendo compatibile con l'una e le altre l'estensione dell'applicazione dei *reati societari*, oltre che a coloro che risultino formalmente investiti della qualifica o titolari della funzione prevista dalla legge civile, tra l'altro, anche chi esercita «*in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*». L'elaborazione giurisprudenziale non ha mancato di segnalare come la disposizione, censendo approdi ermeneutici già consolidati, sia **operativa anche per reati fallimentari**, pure ove precedenti alla riforma del 2002<sup>154</sup>.

Secondo unanime lettura dottrinale tale definizione, di stampo funzionale, richiama distinte situazioni soggettive, ovvero: (i) colui che è sprovvisto completamente della qualifica organica, non essendo mai stato nominato e/o designato; (ii) colui che ha ricevuto una nomina nulla o revocata; (iii) colui che è decaduto dalla nomina per differenti ragioni (decorso del termine, sopravvenuta incapacità, etc.).

Con riferimento ai sindaci, tradizionalmente, sono queste ultime evenienze le sole per cui si è ritenuta ammissibile l'estensione, per contro **impraticabile al di fuori di una formale** (per quanto invalida o revocata o decaduta) **investitura**. Questa sembra essere anche l'opinione

---

<sup>153</sup> Si inseriscono nella medesima tendenza ad identificare in via normativa le posizioni giuridiche soggettive penalistiche sulla base delle funzioni significative concretamente svolte, tra le altre, le seguenti disposizioni: art. 357 c.p., art. 358 c.p., art. 135 d.lgs. n. 385/1993, art. 299 d.lgs. n. 81/2008.

<sup>154</sup> In tal senso, Cass., Sez. 5 pen., n. 39593/2011 Rv. 250844; Id., n. 15065/2011 Rv. 250094; Id., n. 7203/2008 Rv. 239040 che ha notato come l'art 2639 c.c., comma 1 è applicabile anche per condotte antecedenti la sua introduzione nel nostro sistema penale per la sua natura interpretativa di approdi ermeneutici già fatti propri dalla giurisprudenza.

della Corte regolatrice, allorché ha osservato che il vizio di nomina non può incidere «**una volta accettato l'incarico**, sulla insorgenza in capo al soggetto nominato, ancorché illegittimamente per il predetto vizio, della relativa posizione di garanzia e dunque per l'eventuale imputazione a titolo omissivo improprio ai sensi del capoverso dell'art. 40 cod. pen». Nel caso di recente all'esame della Corte, le difese dei sindaci avevano rimarcato il difetto dei requisiti richiesti dall'art. 2397, comma 2, c.c., in base al quale almeno un membro effettivo ed uno supplente del collegio sindacale devono essere scelti tra gli iscritti nel registro dei revisori contabili legali istituiti presso il Ministero della giustizia (condizione ora sostituita dal d.lgs. n. 39/2010 con l'iscrizione di essi nel registro dei revisori legali), situazione che nel caso di specie difettava sin dall'atto di nomina. Va tenuto presente, inoltre, che ai sensi dell'art. 2399, comma 2, c.c. «la cancellazione o la sospensione dal registro dei revisori contabili (ora, a seguito della riforma del 2010, dei revisori legali e delle società di revisione legale) e la perdita dei requisiti previsti dall'ultimo comma dell'articolo 2397 sono causa di decadenza dall'ufficio di sindaco». La Corte ha ritenuto che tali irregolarità integrino **vicende di mero rilievo civilistico, inidonee ad impedire l'estensione delle qualifiche soggettive dei reati fallimentari in esame**, collegata all'esercizio effettivo, continuativo e significativo, di poteri tipici della funzione di controllo sindacale.

### 3. Le interferenze tra le vicende della procedura concorsuale e la giurisdizione penale.

#### 3.1. La dichiarazione di fallimento ed i confini del sindacato del giudice penale.

Il significato della sentenza di fallimento nella struttura della bancarotta fraudolenta patrimoniale<sup>155</sup> è tematica di rilievo anche per indagare l'eventuale necessità di una relazione causale tra la condotta ed il dissesto, così come l'oggetto dell'elemento soggettivo tipico, specie in funzione delle condotte consumate molto prima della dichiarazione di fallimento.

Nella materia è generalmente **contrastata la tesi** della sentenza Corvetta (Cass. Pen., Sez. 5, n. 47502 del 24/09/2012, Rv. 253493), secondo la quale per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale sarebbe necessaria la sussistenza di un **nesso causale, coperto dal dolo, fra gli atti di distrazione e la dichiarazione di fallimento**<sup>156</sup>. Tale sentenza ha

---

<sup>155</sup> Preliminarmente, per quanto di rilievo ai fini della configurazione delle condotte atte ad integrare i **delitti di bancarotta patrimoniale**, secondo gli approdi più persuasivi della giurisprudenza di legittimità, l'**occultamento** si identifica nel comportamento del fallito che nasconde materialmente i suoi beni in modo che il curatore non possa apprenderli, ovvero che, mediante atti o contratti simulati, faccia apparire come non più suoi beni che continuano ad appartenergli, celando una situazione giuridica che consentirebbe di assoggettarli all'azione esecutiva concorsuale (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 46921 del 15/11/2007 Ud., dep. 18/12/2007, Rv. 237981). La **dissimulazione** evoca un nascondimento giuridico di uno o più beni, in modo da ostacolare la reperibilità e quindi l'apprensione da parte degli organi della procedura concorsuale, effettuato **con mezzi giuridici**, come intestazioni fittizie o fiduciarie, trasferimenti simulati a terzi. La **dissipazione** sottende la dispersione di beni effettuata per scopi estranei all'impresa ovvero per sue esigenze del tutto irragionevoli. La **distrazione**, infine, risulta variamente individuata dalla destinazione del bene verso scopi diversi da quelli doverosi o dall'estromissione dal patrimonio senza adeguata contropartita. In punto di **onere della prova della destinazione dei beni non rinvenuti in sede di inventario**, la giurisprudenza di legittimità ha maturato saldi approdi. In proposito, infatti: (i) «*in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, l'accertamento della previa disponibilità da parte dell'imputato dei beni non rinvenuti in seno all'impresa non può fondarsi sulla presunzione di attendibilità dei libri e delle scritture contabili dell'impresa prevista dall'art. 2710 cod. civ., dovendo invece le risultanze desumibili da questi atti essere valutate - soprattutto quando la loro corrispondenza al vero sia negata dall'imprenditore - nella loro intrinseca attendibilità, anche alla luce della documentazione reperita e delle prove concretamente esperibili, al fine di accertare la loro corrispondenza al reale andamento degli affari e delle dinamiche aziendali*» (Cass. Pen., Sez. 5, n. 52219 del 30/10/2014 Ud., dep. 16/12/2014, Rv. 262197; Cass. Pen., Sez. 5, n. 40726 del 06/11/2006 Ud., dep. 14/12/2006, Rv. 235767); (ii) è vero, però, che «*la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, da parte dell'amministratore, della destinazione dei beni suddetti*» (Sez. 5, n. 11095 del 13/02/2014 Ud., dep. 07/03/2014, Rv. 262740) e «*tale esigenza si riallaccia l'obbligo, sanzionato, dalla regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili durante la gestione della società. In difetto della suddetta prova è da presumere, specie in assenza di una qualsiasi registrazione contabile, che i beni stessi siano stati oggetto di dolosa distrazione* (Sez. 5, Sentenza n. 178 del 26/02/1991 Cc., dep. 24/04/1991, Rv. 186949)». Come ha ricordato la Cassazione anche con la sentenza n. 11095 cit. vi sono due ragioni che persuadono ad escludere che quella in esame identifichi un'autentica inversione dell'onere della prova: (i) l'imprenditore è posto dal nostro ordinamento in una posizione di garanzia nei confronti dei creditori, i quali ripongono la garanzia dell'adempimento delle obbligazioni dell'impresa sul patrimonio di quest'ultima; da essa deriva la diretta responsabilità del gestore di questa ricchezza per la sua conservazione in ragione dell'integrità della garanzia mentre la perdita ingiustificata del patrimonio o l'elisione della sua consistenza danneggia le aspettative della massa creditoria, integrando l'evento giuridico sotteso dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta; (ii) l'art. 87, comma 3, L.fall. (anche prima della sua riforma) assegna al fallito obbligo di verità circa la destinazione dei beni di impresa al momento dell'interpello formulato dal curatore al riguardo, con espresso richiamo alla sanzione penale.

<sup>156</sup> La ricordata sentenza si confrontava con il peculiare caso di imputati cui era riferibile una amministrazione priva di contiguità temporale con il fallimento, essendo stata seguita da altre gestioni totalmente estranee e da un'amministrazione giudiziale ex art. 2409 cod. civ. *medio tempore* conclusasi senza alcun rilievo su eventuali situazioni di insolvenza e con una vendita della società a terzi dietro corrispettivo. Per la Cassazione, in detta occasione, «*nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento costituisce elemento essenziale del reato, in qualità di evento dello stesso, e pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere, altresì, sorretto all'elemento soggettivo del dolo*». Secondo tale precedente, «*non può da un lato ritenersi che qualsiasi atto distrattivo sia di per sé reato, dall'altro che la punibilità sia*

rappresentato un momento di discontinuità rispetto all'insegnamento tradizionale della Corte di Cassazione, risalente alla sentenza n. 2 del 1958 delle Sezioni Unite. Secondo quest'ultima, la dichiarazione di fallimento non costituisce una condizione obiettiva di punibilità, ma una **condizione di esistenza del reato**; si tratta, in definitiva, di un **elemento costitutivo** della fattispecie criminosa che, nella bancarotta prefallimentare, segna il momento consumativo ad ogni effetto di legge, **senza assumere il significato di evento**. Da queste premesse, la giurisprudenza ha enunciato i seguenti principi (ripetuti anche in recenti occasioni<sup>157</sup>):

(i) il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è **reato di pericolo**; l'offesa penalmente rilevante consegue anche all'esposizione dell'interesse protetto alla probabilità di lesione, onde la penale responsabilità sussiste non soltanto in presenza di un danno attuale ai creditori, ma anche nella situazione di messa in pericolo dei loro interessi; per questo motivo, **«il delitto di bancarotta non impone contestualità tra l'azione antidoverosa ed il pregiudizio derivante dalla stessa, ma ammette anche uno sfasamento temporale, se esso non elide il portato dannoso dell'azione: sicché la tutela penale dispiega la sua efficacia retroattivamente, risalendo a ritroso, a far data dalla dichiarazione di fallimento, ricapitolando ogni passaggio della gestione dell'impresa fallita nel pregiudizio che viene accertato al momento della dichiarazione di insolvenza con la verifica delle passività gravanti sulla stessa»** (Cass. Pen., Sez. 5, n. 44933 del 26/09/2011, Pisani, Rv 251214)<sup>158</sup>;

---

*condizionata ad un evento»* (la dichiarazione di fallimento, di cui viene diffusamente discussa la natura all'interno della struttura della fattispecie incriminatrice), *«che può sfuggire totalmente al controllo dell'agente, e dunque ritorcersi a suo danno senza una compartecipazione di natura soggettiva e, ancor peggio, senza che sia necessaria una qualche forma di collegamento eziologico tra la condotta e il verificarsi del dissesto»*. Nella sentenza si evidenziava quindi che se il fallimento è *«il risultato di un'azione dell'imprenditore, da cui la legge (o, meglio, la giurisprudenza conforme) fa dipendere l'esistenza stessa del delitto»*, lo stesso fallimento, *«o meglio il suo presupposto di fatto, cioè lo stato di insolvenza, deve essere dall'agente preveduto e voluto, quantomeno a titolo di dolo eventuale. Il soggetto, cioè, deve prefigurarsi che il suo comportamento depauperativo porterà verosimilmente al dissesto (il cui risvolto è la lesione del diritto di credito, che costituisce l'interesse principale protetto dalla norma penale) ed accettare tale rischio. Ogni diversa soluzione in punto dolo costituisce una violazione dei principi generali di cui agli artt. 42 e 43 cod. pen., che costituiscono l'ossatura della responsabilità penale personale del nostro ordinamento»*. Ne deriverebbe l'opzione interpretativa secondo cui *«la bancarotta è un reato di evento e tale evento consiste nella insolvenza della società, che trova riconoscimento formale e giuridicamente rilevante nella dichiarazione di fallimento. Questa è la unica ricostruzione strutturale del reato coerente con le premesse; il fallimento è elemento costitutivo dell'illecito in qualità di evento e si pone quale conseguenza (esclusiva o concorrente) della condotta distrattiva dell'imprenditore»*. Con la richiamata pronuncia si avvertiva peraltro che *«la tesi "secca" della non necessarietà del rapporto di causalità tra la condotta dell'imprenditore e il fallimento (che si accompagna alla ritenuta non necessarietà del dolo a copertura dell'insolvenza), porterebbe a conseguenze assurde; da un lato non sarebbe punibile l'imprenditore che drena risorse enormi da una società dotata di un patrimonio attivo considerevole, tale da permetterle di sfuggire al fallimento, dall'altra sarebbe invece punito con la pesante sanzione di cui alla legge fall., art. 216, un imprenditore o un amministratore della società che moltissimi anni prima del fallimento abbia prelevato indebitamente una modestissima somma di denaro (anche se l'impresa ha poi operato in attivo e pagato regolarmente i propri creditori e sia poi caduta in dissesto esclusivamente per le condotte spoliative di successivi amministratori) [...]. Sarebbe esente da responsabilità quell'imprenditore che, pur avendo causato il dissesto della sua impresa con gravi atti di spoliazione, riuscisse ad ottenere il consenso dei creditori ad una procedura di soluzione negoziale della crisi (salvo il concordato, per l'imprenditore collettivo), mentre sarebbe penalmente sanzionato l'imprenditore che compie un atto di distrazione di modesta entità e molto risalente nel tempo, se non incontra il favore dei creditori. E ciò anche se il dissesto dell'impresa dipende esclusivamente da fattori esterni alla sua condotta, e cioè, per esempio, da una congiuntura economica negativa o da circostanze comunque imprevedibili o ancor più da condotte successive di altre persone»*.

<sup>157</sup> Cass., Sez. 5, 15613/2015; Id., 46689/2016.

<sup>158</sup> Come ricorda la sentenza n. 33774/2015 la giurisprudenza della Cassazione successiva alla sentenza Corvetta è tornata all'orientamento precedente, ritenendo che *«ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento»* (Cass. Pen., Sez. 5, n. 7545 del 25/10/2012, Lanciotti, Rv 254634; Id., n. 27993 del 12/02/2013, Di Grandi). In una

(ii) in coerenza con tale natura del reato, di pericolo concreto, esso è contraddistinto dal **dolo generico**, nell'agente occorrendo la **consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte** (Sez. 5, n. 11899 del 14/01/2010, Rizzardi, Rv. 246357), ovvero la «**rappresentazione da parte dell'agente della pericolosità della condotta distrattiva, da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale** che la stessa è in grado di determinare» (Sez. 5, 16813/2015);

(iii) **non occorre**, per contro, **la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, eventualmente non ancora manifestatosi o non sussistente, né il perseguimento dello scopo di recare pregiudizio ai creditori** (Sez. 5, n. 3229 del 14/12/2012 - dep. 22/01/2013, Rossetto, Rv. 253932; Sez. 5, n. 44933 del 26/09/2011, Pisani, Rv. 251214)<sup>159</sup>;

---

quasi coeva decisione, identicamente massimata (Rv 254061) la Quinta Sezione ha precisato che «*anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, ad integrare il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione non si richiede l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione e il successivo fallimento [...]. Al riguardo vale la pena di rimarcare che il rapporto eziologico fra la condotta vietata e il dissesto della società è richiesto dalla legge fall., art. 223, comma 2, n. 1, nel testo novellato, con esclusivo riferimento alle ipotesi di bancarotta "da reato societario", il cui elemento oggettivo - nel modello descrittivo recato dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 cod. civ., richiamati dalla norma incriminatrice - è del tutto diverso da quello che caratterizza le condotte vietate dall'art. 216 della stessa legge, richiamato invece dal citato art. 223, comma 1*» (Sez. 5, n. 232 del 09/10/2012, Sistro)». Le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell'analisi del reato di bancarotta, hanno avallato «*l'abbandono definitivo della concezione del fallimento come evento*» (Sez. U, n. 21039 del 27/01/2011, Loy). Mentre non pare possibile interpretare l'art. 223, comma secondo, legge fall., come una sorta di norma di chiusura, con funzioni interpretative dell'intero sistema sanzionatorio: «*da un lato, si tratta di una previsione recentemente modificata (nel 2002), e se si fosse avvertita l'esigenza di uniformare le varie previsioni incriminatrici in tema di bancarotta (volendo intendere, come si sostiene nella richiamata sentenza, che «i fatti di bancarotta di tipo patrimoniale in tanto rilevano in quanto abbiano in qualche modo rilevanza nella produzione del dissesto») il legislatore ben avrebbe potuto porre mano anche al precedente art. 216; dall'altro, se è vero che la lettura delle plurime ipotesi di rilievo penale di cui alla legge fallimentare rende palesi alcuni difetti di coordinamento (come parimenti avvertito nella sentenza Corvetta), è ancor più evidente che non vi sarebbe necessità di reprimere la condotta di chi abbia "cagionato con dolo il fallimento della società" (art. 223, comma secondo, n. 2) se già il primo comma dell'art. 223 venisse a sanzionare per le società commerciali condotte di distrazione ex art. 216, di cui possa affermarsi la rilevanza penale soltanto qualora siano fattore causale del fallimento medesimo. La condotta sanzionata dall'art. 216 legge fall. - e, per le società, dall'art. 223, comma 1 - non sia quella di avere cagionato lo stato di insolvenza o di avere provocato il fallimento, bensì - assai prima - quella di depauperamento dell'impresa, consistente nell'averne destinato le risorse ad impieghi estranei all'attività dell'impresa medesima. La rappresentazione e la volontà dell'agente debbono perciò inerire alla deminutio patrimonii (semmai, occorre la consapevolezza che quell'impoverimento dipenda da iniziative non giustificabili con il fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale): tanto basta per giungere all'affermazione del rilievo penale della condotta, per sanzionare la quale è sì necessario il successivo fallimento, ma non già che questo sia oggetto di rappresentazione e volontà - sia pure in termini di semplice accettazione del rischio di una sua verifica - da parte dell'autore». Se la conoscenza dello stato di decozione costituisce dato significativo della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori ciò non significa che essa non possa ricavarsi da diversi fattori, quali la natura fittizia o l'entità dell'operazione che incide negativamente sul patrimonio della società (Cass. Pen., Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010, Fiume, Rv 246879). Anche le indicazioni della giurisprudenza di legittimità in tema di c.d. "bancarotta riparata" avvalorano la conclusione appena illustrata; vero è che in quegli interventi si è ritenuto che «*non integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione il finanziamento concesso al socio e da questi restituito in epoca anteriore al fallimento, in quanto la distrazione costitutiva del delitto di bancarotta si ha solo quando la diminuzione della consistenza patrimoniale comporti uno squilibrio tra attività e passività, capace di porre concretamente in pericolo l'interesse protetto e cioè le ragioni della massa dei creditori*», ma si è al contempo precisato che il momento cui fare riferimento per verificare la consumazione dell'offesa è pur sempre «*quello della dichiarazione giudiziale di fallimento e non già quello in cui sia stato commesso l'atto, in ipotesi, antidoveroso*» (Sez. 5, n. 39043 del 21/09/2007, Spitoni, Rv 238212; si veda anche Sez. 5, n. 8402 del 03/02/2011, Cannavale)». In sostanza, l'imprenditore deve considerarsi sempre tenuto ad evitare l'assunzione di condotte tali da esporre a possibile pregiudizio le ragioni dei creditori, non nel senso di doversi astenere da comportamenti che abbiano in sé margini di potenziale perdita economica, ma da quelli che comportino diminuzione patrimoniale senza trovare giustificazione nella fisiologica gestione dell'impresa.*

<sup>159</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità la dichiarazione di fallimento è svincolata dal dolo necessario per la sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta. In tal senso, la rappresentazione del fallimento esulerebbe

(iv) **non è necessario**, dunque, **un nesso eziologico tra la condotta**, realizzatasi con l'attuazione di un atto dispositivo che incide sulla consistenza patrimoniale di un'impresa commerciale, **e il fallimento o il dissesto** di essa; con la conseguenza per cui né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, possibile o probabile, dell'atto dispositivo, né la percezione della sua stessa preesistenza nel momento del compimento dell'atto, costituiscono condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta<sup>160</sup>, la quale richiede **solo una diminuzione del patrimonio pregiudizievole per i creditori**; si è rilevato, in proposito, che «quando il legislatore ha ritenuto necessaria l'esistenza di un tal nesso lo ha previsto espressamente nell'ambito della legge fallimentare, all'art. 223, distinguendo le condotte previste dall'art. 216 (legge fall., art. 223, comma 1) da quelle specificamente volte a cagionare il dissesto economico della società (legge fall., art. 223, comma 2), per modo che solo in tali ultime fattispecie delittuose è previsto un nesso causale o psichico tra condotta ed evento» (Cass. Pen., Sez. 5, n. 39546 del 15/07/2008, Bonaldo; Id., n. 47616 del 17/07/2014; Id., n. 33774/2015);

(v) nel reato di bancarotta fraudolenta «**i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi**<sup>161</sup>, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza» (cfr. anche la recente Sez. 5, n. 33774/2015);

---

dall'elemento soggettivo del reato, con la conseguente irrilevanza del fatto che nell'agente manchi la consapevolezza di poter fallire (*ex multis* Cass. Pen., Sez. 5, n. 17044 del 20 febbraio 2001, Martini A, Rv. 219269). E nel medesimo senso si è precisato che per la sussistenza del dolo della bancarotta distrattiva non è necessario che l'agente abbia consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, risultando dunque irrilevante che questo si sia o meno già manifestato al momento della consumazione della condotta illecita (Cass. Pen., Sez. 5, n. 11633 del 8 febbraio 2012, Lombardi Stronati, Rv. 252307; Id., n. 29896 del 1 luglio 2002, Arienti ed altri, Rv. 222388). Per la configurabilità del dolo di bancarotta patrimoniale è necessaria la **rappresentazione da parte dell'agente della pericolosità della condotta distrattiva, da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare** e, dunque, la rappresentazione del rischio di lesione degli interessi creditori tutelati dalla norma incriminatrice. In tal senso si è, ad esempio, precisato che l'elemento psicologico della bancarotta patrimoniale, desumibile da tutte le componenti che caratterizzano la condotta dell'imputato, consisterebbe nel dolo generico, cioè nella consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e di compiere atti che cagionino, o possano cagionare, danno ai creditori, e questo anche nel caso in cui l'agente, pur non perseguendo direttamente il risultato, tuttavia lo preveda e, ciò nonostante, agisca, consentendo, in tal modo, il suo realizzarsi (Cass. Pen., Sez. 5, n. 12897 del 6 ottobre 1999, Tassan Din, Rv. 214863; Id., n. 29896 del 1 luglio 2002, Arienti, cit.; Id., n. 7555 del 30 gennaio 2006, De Rosa, Rv. 233413).

<sup>160</sup> In tal senso: Cass. Pen., Sez. 5, n. 316 del 27/11/1985 - dep. 15/01/1986, Benedetti, Rv. 171578; Id., n. 15850 del 26/06/1990, Bordoni, Rv. 185883; Id., n. 8327 del 22/04/1998, Bagnasco, Rv. 211366; Sez. 5, n. 36088 del 27/09/2006, Corsatto, Rv. 235481; Id., n. 232 del 09/10/2012 - dep. 07/01/2013, Sistro, Rv. 254061; Id., n. 7545 del 25/10/2012 - dep. 15/02/2013, Lanciotti, Rv. 254634; Sez. 5, n. 27993 del 12/02/2013; Id., n. 1444 del 13/05/2014; Id., n. 51094/2014.

<sup>161</sup> *Ex multis*: Cass. Pen., Sez. 5, n. 27993 del 12 febbraio 2013, Di Grandi e altri, Rv. 255567; Id., n. 7545/13 del 25 ottobre 2012, Lanciotti, Rv. 254634; Id., n. 232/13 del 9 ottobre 2012, Sistro, Rv. 254061; Id., n. 8327 del 22 aprile 1998, Bagnasco e altri, Rv. 211366; Id., n. 15850 del 26 giugno 1990, Bordoni, Rv. 18589; Id., n. 34584 del 6 maggio 2008, Casillo, Rv. 241349; Id., n. 36088 del 27 settembre 2006, Corsatto e altro, Rv. 235481; Sez. F, n. 32779 del 13 agosto 2012, Lavitola, Rv. 253490; Cass. Pen., Sez. 1, n. 40172 del 1 ottobre 2009, Simonte, Rv. 245350. Nel ribadire l'assunto, la sentenza n. 15613/2015 ha altresì notato come la disciplina relativa alla bancarotta fraudolenta patrimoniale sia in grado, nella concreta applicazione, di selezionare i comportamenti in ragione del tempo che li separa dalla pronuncia giudiziale, «dovendo il giudice pur sempre dar conto dell'effettiva offesa alla massa dei creditori (oggetto della tutela penale), quale portato del comportamento illecito, anche mediato e consequenziale, derivato dalla perdita di ricchezza e non compensato medio tempore da alcun riequilibrio economico (Sez. 5, n. 523/07 del 22 novembre 2006, Cito e altro, Rv. 235694 e in motivazione)».

(vi) va escluso che l'agente possa essere chiamato a rispondere penalmente per fatti privi di disvalore al momento in cui vengono commessi e che invece lo assumerebbero solo retrospettivamente in forza di un accadimento (la dichiarazione giudiziale del fallimento per l'appunto) successivo e indipendente dagli stessi (non essendo richiesto, come già chiarito, che tale dichiarazione rappresenti lo sviluppo in senso causale delle condotte punite, né l'obiettivo cui tende la volontà del loro autore); a ben considerare, «se la dichiarazione di fallimento attribuisce rilevanza penale alle condotte contemplate dall'art. 216 (essendo al pari di tutti gli elementi della fattispecie uno dei presupposti di tale rilevanza), non per questo può essergli attribuita anche un'efficacia - per di più retrospettiva - qualificante dei fatti di bancarotta sul piano dell'illiceità o addirittura della tipicità»; in realtà, «le condotte incriminate non sono prive di un autonomo disvalore, anche prima della declaratoria giudiziale del fallimento. Conclusione questa che è suggerita dalla loro stessa configurazione normativa. Infatti, termini come "distrarre", "dissipare", "occultare", "distruggere", "dissimulare" o locuzioni come "esporre passività inesistenti" (per tacere di quelle utilizzate per definire la bancarotta documentale o le fattispecie contemplate dall'art. 217) appaiono impregnati di una evidente connotazione negativa, rivelando l'intenzione del legislatore di selezionare per l'incriminazione soltanto comportamenti che, in quanto evocativi di una anomala gestione dei beni dell'impresa, risultino intrinsecamente idonei a mettere in pericolo l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. violando il relativo dovere gravante sull'imprenditore. Violazione cui il singolo creditore può tra l'altro reagire ben prima dell'instaurazione della procedura concorsuale, attraverso gli strumenti all'uopo concessigli dall'ordinamento e cioè facendo ricorso all'azione surrogatoria, a quella revocatoria ovvero al sequestro conservativo, come previsto dall'art. 2900 c.c. e ss.» (Sez.5, sent. n. 15613 del 05/12/2014, dep. 15/04/2015)<sup>162</sup>. Sempre dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 19601 del 28/02/2008, Rv. 239398) proviene l'insegnamento secondo cui, nella struttura dei reati di

---

<sup>162</sup> In motivazione: «In definitiva il disvalore intrinseco delle condotte tipizzate deve essere ricostruito in ragione dell'oggetto della tutela penale del diritto di credito, che non è sintonizzato sul mero inadempimento, bensì sulla responsabilità patrimoniale del debitore. Ed è in tale prospettiva che può dunque ritenersi che il fallimento non determini in maniera autonoma l'offesa, ma, per l'appunto, la renda attuale e meritevole di pena. Per converso l'esposizione a pericolo dell'interesse dei creditori diviene connotato di tipicità della condotta proprio in ragione della funzione che la dichiarazione di fallimento assume nella struttura della fattispecie. L'esito concorsuale va dunque inteso non quale progressione dell'offesa, bensì come prospettiva nella quale deve essere valutata l'effettiva offensività della condotta. In altri termini il fallimento non trasforma la bancarotta in reato di danno, giacché lo stesso non costituisce oggetto di rimprovero e non consegue necessariamente alla consumazione delle condotte incriminate, le quali vengono punite per il solo fatto di aver esposto a pericolo l'integrità della garanzia patrimoniale, indipendentemente da quello che sarà poi l'effettivo esito della procedura concorsuale, del quale, infatti, la norma incriminatrice si disinteressa. E conferma della correttezza di tale impostazione può trarsi dall'art. 219, che in funzione aggravante o attenuante considera il danno patrimoniale, il quale, ancorché misurato al tempo del fallimento, è solo quelle che consegue ai fatti di bancarotta. Non di meno, a dimostrazione della correttezza dell'impostazione accolta, può evocarsi la disciplina sull'esercizio dell'azione penale dettata dalla L. Fall., art. 238, che rende evidente come il disvalore delle condotte incriminate preesista alla declaratoria del fallimento. In tal senso la selezione dei comportamenti da considerare conformi al tipo descritto dal legislatore deve avvenire già sul piano oggettivo - e non solo su quello soggettivo - attraverso la verifica della idoneità degli stessi a pregiudicare l'integrità della garanzia patrimoniale; mentre sotto il profilo soggettivo tale idoneità deve essere quantomeno rappresentabile da parte dell'agente, anche quando egli non agisca con l'obiettivo di recare pregiudizio ai creditori, finalità invero non richiesta per la sussistenza del reato di bancarotta patrimoniale quantomeno con riguardo alla fattispecie descritta nella prima parte della L. Fall., art. 216».

bancarotta, la **dichiarazione di fallimento** assume rilevanza per la sua natura di provvedimento giurisdizionale, in quanto tale **insindacabile in sede penale**. In particolare, l'elemento costitutivo della fattispecie criminosa non risiede nei presupposti di fatto (fra cui lo stato d'insolvenza) accertati dal giudice fallimentare, ma nella pronuncia di una sentenza rispetto alla quale non è ipotizzabile un'efficienza causale facente capo all'imprenditore, ovvero al ceto creditorio.

Alle Sezioni unite era devoluta la questione se i fatti di bancarotta commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e del successivo d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (che hanno modificato i requisiti perché l'imprenditore sia assoggettabile a fallimento) dovessero continuare ad essere previsti come reato, anche se in base alla nuova normativa l'imprenditore non poteva più essere dichiarato fallito. Sulla questione si registrava un contrasto di giurisprudenza, tutto interno alla Quinta sezione penale<sup>163</sup>. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che i nuovi contenuti dell'art. 1 l. fall. non incidono su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta) ma sulle condizioni di fatto per la dichiarazione di fallimento, sicché non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono sulla fattispecie penale. Il giudice penale, come non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento sulla base della normativa all'epoca vigente, non può escluderne gli effetti sulla base di una normativa sopravvenuta<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> In base alla sentenza 20 marzo 2007, Celotti, nell'ambito di cognizione del giudice penale, in presenza di una sentenza dichiarativa di fallimento, rientra l'accertamento della qualità di imprenditore assoggettabile a fallimento, ex art. 1 l. fall., quale "indefettibile requisito" del reato di bancarotta propria, la disciplina sul fallimento rivestendo funzione in varie parti integratrice della fattispecie penale. In forza della norma transitoria di cui all'art. 150 d. lgs. n. 5 del 2006, "gli eventi processuali (concorsuali e penali) avviati prima della data di entrata in vigore [del decreto]" sono regolati dalle norme previgenti "anche per quanto attiene alla identificazione del soggetto assoggettabile a fallimento ed alla nozione di piccolo imprenditore, ancorata a indici monetari di per sé indicativi di una cesura temporale con eventi passati. Per contro, la sentenza 18 ottobre 2007, Rizzo, ribadito che la sentenza dichiarativa di fallimento non fa stato nel procedimento per bancarotta, essendo preciso compito del giudice penale accertare se sussistevano i requisiti soggettivi di fallibilità - osserva che se per volontà del legislatore tali requisiti vengono a mutare, è sulla base della nuova disciplina che va parametrato l'accertamento degli elementi costitutivi del reato. Non sarebbe poi corretto desumere la perdurante applicabilità della precedente disciplina sui requisiti di fallibilità dell'imprenditore dalla norma transitoria di cui all'art.150 d. lgs. n. 5 del 2006, perché questa ha riguardo alla procedura fallimentare, ma non esplica incidenza sul fondamentale canone della "retroattività della legge più favorevole" di cui all'art. 2 c.p. che, pur non essendo costituzionalizzato, deve in sede penale trovare applicazione in mancanza di una esplicita volontà in senso contrario del legislatore. In termini simili a quest'ultima pronuncia si è poi espressa la sentenza 30 ottobre 2007, Cremona.

<sup>164</sup> In merito alla insindacabilità della sentenza dichiarativa di fallimento ai fini della punibilità per fatti di bancarotta, le Sezioni Unite hanno attribuito decisivo rilievo al significato della dichiarazione di fallimento nella struttura dei reati di bancarotta, osservando: «nella struttura delle fattispecie di bancarotta di cui agli artt. 216 e s. della l. fall., il presupposto formale perché possano essere prese in considerazione, ai fini della responsabilità penale, le condotte specificamente contemplate dalle norme non richiama le condizioni di fatto richieste per il fallimento (o l'ammissione alle altre procedure concorsuali) di un'impresa, consistendo invece nella esistenza di una sentenza dichiarativa di fallimento». In altri termini, «nella struttura dei reati di bancarotta "la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale", e non per i fatti con essa accertati. Sicché, in quanto atto della giurisdizione richiamato dalla fattispecie penale, la sentenza dichiarativa di fallimento è insindacabile in sede penale; né la disciplina delle questioni pregiudiziali prevista dal codice di rito agli artt. 2 e 3 "vale a spostare le premesse di diritto sostanziale", perché i presupposti di fatto accertati nella sentenza richiamata dalla fattispecie penale non sono una "questione pregiudiziale" della quale possa ritenersi investito il giudice penale, dato che essi sono stati appunto accertati da detta sentenza, "la quale vincola il giudice penale (purché esistente e non revocata) come elemento della fattispecie criminosa, e non quale decisione di una questione pregiudiziale" implicata dalla fattispecie». Disatteso la giurisprudenza di legittimità che, a seguito della modifica apportata dagli artt. 2 e 3 c.p.p. alla disciplina delle questioni pregiudiziali, assumeva che la sentenza dichiarativa di fallimento non ha efficacia di giudicato nel processo penale e lo status di "imprenditore" (fallibile), in quanto richiamato dalle fattispecie di bancarotta, andava accertato

### 3.2. La chiusura del fallimento per sopravvenuta mancanza di passivo, le azioni revocatorie e la revoca del fallimento.

La **chiusura del fallimento per sopravvenuta mancanza del passivo** non esclude la legittimità e l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento e non fa venir meno, sul piano oggettivo, il reato di bancarotta fraudolenta documentale (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 21872 del 25/03/2010 Ud., dep. 08/06/2010, Rv. 247443; id., n. 1336 del 05/11/1986 Ud., dep. 06/02/1987, Rv. 175003). Parimenti, il **recupero del bene distratto a seguito di azione revocatoria** non spiega alcun rilievo sulla sussistenza dell'elemento materiale del reato di bancarotta fraudolenta, il quale - perfezionato al momento del distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore - viene a giuridica esistenza con la dichiarazione di fallimento, mentre il recupero della *res* rappresenta solo un *posterius* - equiparabile alla restituzione della refurtiva dopo la consumazione del furto - avendo il legislatore inteso colpire la manovra diretta alla sottrazione, con la conseguenza che è tutelata anche la mera possibilità di danno per i creditori (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 39635 del 23/09/2010 Ud., dep. 10/11/2010, Rv. 248658; id. 18208/2015), non esclusa dal fatto che il fallimento si riveli attivo. Come ha osservato la Corte in tale 'ultima occasione, *«l'accertamento dello stato di insolvenza e la conseguente dichiarazione di fallimento del giudice civile, infatti, non possono essere messi in dubbio dal giudice penale; con la dichiarazione di fallimento vengono ad esistenza giuridica i fatti di distrazione commessi in precedenza. Gli eventi successivi a detta dichiarazione - quali ad esempio revocatorie fallimentari che consentano il recupero di beni - non incidono, come del resto sé è già notato, sulla sussistenza dell'illecito, il quale, pertanto, rimane integro anche nel caso i beni vengano successivamente rinvenuti e recuperati dagli organi fallimentari, avendo il legislatore inteso colpire la manovra diretta alla sottrazione, con la conseguenza che rimane tutelata anche la mera possibilità di danno per i creditori (vedi, tra le altre, Cass., Sez.*

---

autonomamente dal giudice penale, le Sezioni Unite hanno osservato: *«A ben leggere gli artt. 216 e 217 l. fall., appare chiaro che in essi il termine "imprenditore" non rileva di per sé ma solo in quanto individua il soggetto "dichiarato fallito": esso compone cioè un'endiadi che ha lo stesso valore connotativo del più breve riferimento al "fallito" contenuto nell'art. 220 l. fall., del tutto analogo alla espressione "società dichiarate fallite" usata negli artt. 223 e 224 l. fall. per il caso dei "reati commessi da persone diverse dal fallito"; e nessun indizio logico-giuridico può desumersi da dette fattispecie acché possa a ragione ritenersi che al giudice penale sia demandato il compito di accertare in capo all'imputato la veste di "imprenditore" ovvero, per la ipotesi di bancarotta impropria, di sindacare la veste societaria assunta dalla fallita. omissis L'"imprenditore" evocato dalle fattispecie in questione altri non è, dunque, che il "soggetto dichiarato fallito", giacché nel nostro ordinamento la dichiarazione di fallimento è inscindibilmente legata all'esercizio di una impresa, e la norma penale, ponendo a dato strutturale della fattispecie l'esistenza di una dichiarazione di fallimento, non può che richiamarsi a quella condizione soggettiva ("imprenditore") che la dichiarazione di fallimento implica necessariamente. Le modifiche apportate dal vigente codice alla materia delle questioni pregiudiziali al processo penale non hanno, a ben vedere, una incidenza determinante sulla questione qui esaminata. Lo status di fallito non rappresenta, infatti, una "questione pregiudiziale" da cui dipende la decisione sui reati di bancarotta, perché questo status è diretto effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, che, come osservato, non è sindacabile dal giudice penale».*

5<sup>^</sup>, 17 marzo - 15 maggio 1987, n. ). Insomma il fatto che a conclusione della procedura fallimentare il fallimento, anche per effetto delle azioni di recupero del curatore fallimentare, si risolva in bonis non esclude la configurabilità del delitto di bancarotta per distrazione».

Sul reato di bancarotta incide, invece, **la revoca del fallimento pronunciabile ex art. 19, L.F., a seguito di opposizione, in caso di insussistenza dello stato di insolvenza al momento della dichiarazione di fallimento** (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 21872 del 25/03/2010 Ud., dep. 08/06/2010, Rv. 247443; Id., n. 1336 del 05/11/1986 Ud., dep. 06/02/1987, Rv. 175003).

In tema di reati di bancarotta, **il giudice penale può disporre la sospensione del dibattimento a norma dell'art. 479 cod. proc. pen. qualora sia in corso il procedimento civile per la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento** (Cass. Pen., Sez. 5, Ordinanza n. 41255 del 16/09/2008 Cc., dep. 05/11/2008, Rv. 241930). In relazione a fattispecie di bancarotta reale e documentale in cui la difesa aveva provato l'esistenza del giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, ma non le ragioni del giudizio, la Cassazione (Sez. 5 Pen., Sentenza n. 3670 del 05/02/1992 Ud. dep. 27/03/1992, Rv. 189788) ha statuito che «*a norma dell'art. 479 c.p.p., l'esercizio della facoltà discrezionale del giudice penale di sospendere il dibattimento, qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente, presuppone non solo la conoscenza della esistenza della causa civile, ma anche quella dei termini nei quali la controversia si svolge, poiché solo in tal modo il giudice è in condizione di valutare la serietà della controversia. Valutazione demandata espressamente al giudice dell'art. 3 c.p.p. e che "a fortiori" va effettuata per le altre questioni pregiudiziali cui si riferisce l'art. 479 citato, per le quali la sospensione è condizionata alla particolare complessità (che presuppone la serietà) della controversia*». La Suprema Corte ha precisato che, *ove la dichiarazione di fallimento venga revocata in sede civile, soccorre il rimedio della **revisione, ai sensi dell'art. 630, lett. b), c.p.p.*** (Sez. U, n. 19601 del 28/02/2008 - dep. 15/05/2008, Niccoli, Rv. 239399; Cass. Pen., Sez. 5, n. 3670 del 05/02)'992 - dep. 27/03/1992, Carzedda ed altro, Rv. 189788).

### **3.3. La bancarotta riparata.**

E' consolidato l'orientamento della Corte regolatrice in tema di bancarotta "riparata" sulla definizione dei **limiti temporali di rilevanza di condotte reintegratorie** ai fini dell'esclusione della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato fallimentare. Tale soglia cronologica è costituita dalla dichiarazione di fallimento (Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 4790 del 20/10/2015 Ud., dep. 05/02/2016, Rv. 266025) o dal decreto che ammette il concordato preventivo (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 50289 del 07/07/2015 Cc., dep. 22/12/2015, Rv.

265903), momento entro il quale deve realizzarsi l'insussistenza dell'elemento materiale del reato, attraverso l'annullamento della sottrazione dei beni mediante un'attività di segno contrario che reintegri il patrimonio dell'impresa, così cancellando il pregiudizio per i creditori o anche solo la potenzialità di un danno (Cass. Pen., Sez. 5, n. 52077 del 04/11/2014 - dep. 15/12/2014, Lelli, Rv. 261347), evitando che il pericolo per la garanzia dei creditori acquisisca effettiva concretezza (Cass. Pen., Sez. 5, n. 50289 del 07/07/2015 - dep. 22/12/2015, P.M. in proc. Mollica, Rv. 265903; sentenza n. 25064/2016). L'attentato alle ragioni dei creditori, rappresentato dalla messa in pericolo della garanzia offerta dal patrimonio del debitore, può essere innocuizzato, in via straordinaria, per recesso integralmente "riparatorio", differendo la valutazione del pregiudizio (che resta identificato nello squilibrio patrimoniale e nel conseguente concreto pericolo di insoddisfazione delle ragioni dei creditori) originato dalla condotta distrattiva sino al momento della dichiarazione di apertura del fallimento, anche ove molto posteriore rispetto a quello in cui è insorto lo scompensamento patrimoniale. La valutazione della persistenza dell'evento pericoloso, dunque, deve essere svolta non solo e non tanto al momento della condotta antidoverosa o dell'iniziale manifestarsi dello squilibrio patrimoniale, ma anche e prioritariamente in relazione al momento della pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento, che chiude la fase prefallimentare e apre una nuova fase del procedimento concorsuale.

Non manca un orientamento più rigoroso, delineatosi nella motivazione di recente precedente dei giudici di legittimità (Cass. Pen., Sez. 5, n. 6408 del 22/10/2014 - dep. 13/02/2015, Beccaria), che anticipa la verifica della persistenza del pericolo al momento dell'insorgenza della situazione di dissesto fallimentare.

#### **3.4. L'anticipazione della tutela penale ex art. 238 L.F.**

L'articolo 238, comma 2, L.F., consente, ai soli fini procedurali, di anticipare l'iniziativa del Pubblico Ministero, rispetto ai termini naturali propri del diritto penale sostanziale. In deroga a quanto previsto dall'art. 238, comma 1, L.f., la disposizione permette uno scollamento tra la consumazione del reato e la sua persecuzione giudiziale. *«L'esercizio "anticipato" dell'attività processuale è, comunque, imposta al Pubblico Ministero, nell'ambito rigidamente circoscritto da tre limitazioni: tipologia della fattispecie (la norma accenna testualmente alla L. Fall., soli artt. 216, 217, 223, 224, riferimento che, per quanto riguarda i casi di restrizione della libertà, non può che avere carattere tassativo); le ipotesi della L. Fall., precedente art. 7, o altro grave motivo; il già esistente o il contemporaneo inoltro dell'istanza di fallimento)»* (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16000 del 10/02/2012 Cc., dep. 26/04/2012, Rv. 252309). La norma, come riconosciuto dall'unanime dottrina, rappresenta una deroga ai principi generali, consentendo l'esercizio della attività repressiva penale prima della

dichiarazione di fallimento e, quindi, in epoca antecedente alla consumazione del delitto. La ragione della disposizione è agevolmente rinvenibile nell'esigenza di interrompere comportamenti la cui protrazione, alla luce della già maturata insolvenza, renda definitivo o più dannoso l'esito della condotta delittuosa, atteso quello che si prospetta come inevitabile ed imminente perfezionamento del momento consumativo. Da tanto discende che il legislatore ha dato rilevanza, per i limitati (ma per nulla irrilevanti) fini di ordine processuale, non già al fatto illecito, completo in tutti i suoi elementi, bensì anche soltanto a meri profili di probabile lesione agli interessi dei creditori, in seno ad una condotta che è ancora carente del crisma giudiziale dichiarativo dell'insolvenza (ed indefettibile premessa alla procedura concorsuale). In siffatto contesto, la Corte di Cassazione ha ritenuto ammissibile l'**emissione di misure cautelari**, non ritenendo che la mancata consumazione del delitto si risolva in un ostacolo incompatibile con la nozione di "gravi indizi di colpevolezza", quali richiesti dall'art. 273 cod. proc. pen., comma 1 (Cass. Pen., Sez. 5, 19 dicembre 2005 n. e 16 aprile 2007; Id., 17.09.2015, n. 43082; Id., 09-11-2005, n. 43871, rv. 232731 per le misure cautelari reali).

In particolare, la Corte di legittimità (sentenza n. 8363/2005) ha chiarito che in virtù del ricordato art. 238 L. Fall. l'azione penale, per una delle ipotesi di reato fallimentare specificamente previste, può essere esercitata anche prima della declaratoria di fallimento nel caso previsto dall'art. 7, ossia in presenza dello stato di insolvenza desunto dagli indici normativamente previsti, e in ogni altro caso in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione anzidetta. La formula "esercizio dell'azione penale" deve essere letta alla luce del nuovo codice di rito che ha collocato l'esercizio dell'azione penale al termine della fase delle indagini preliminari. Alla stregua della disciplina codicistica, e segnatamente degli artt. 326 e 405 del codice di rito, la locuzione deve oggi intendersi nel senso della possibilità di espletamento di tutte le indagini necessarie ai fini delle valutazioni e determinazioni funzionali all'esercizio dell'azione penale. Poiché non vi è coincidenza tra quest'ultimo momento e l'adozione di misure cautelari personali, risulta evidente che, pur in mancanza di dichiarazione di fallimento, le stesse esigenze di cautela, sottese alla previsione dell'anticipato esercizio dell'azione penale, nel senso dianzi specificato, possano giustificare l'adozione di misure cautelari personali durante la fase delle indagini preliminari (cfr. anche da Cass. Pen., Sez. 1, 15/10/1993, n. 4191, rv. 195570).