

# Il concorso del terzo nelle bancarotte improprie e la responsabilità penal-fallimentare degli organi gestori e di controllo degli istituti di credito

di Fabio Di Vizio

<b>Presentazione</b> .....	4
----------------------------	---

## PARTE PRIMA

### Intranei “problematici” e autori dei reati omissivi impropri

<b>Capitolo 1.</b> Considerazioni introduttive.....	7
1.1. Approccio multidisciplinare e tutela dei diritti dei creditori .....	7
1.2. La crisi d’impresa: i nuovi principi del diritto fallimentare ed i riflessi penalistici .....	7
1.3. Atti in frode ai creditori: il rapporto tra illiceità penale ed illiceità civile e la filosofia del diritto penale.....	8
1.4. L’esperienza della crisi e l’incidenza sulla liceità dei comportamenti.....	12
<b>Capitolo 2.</b> I soggetti gestori .....	15
2.1. La responsabilità dell’amministratore e l’autonomia del funzione gestoria .....	15
2.2. Obblighi, diligenza e la responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori nelle società di capitali.....	19
2.3. Gli amministratori non esecutivi nella prospettiva civile e nell’analisi penale. In genere e negli istituti di credito. ....	23
2.4. L’amministratore di fatto.....	31
2.5. Il direttore generale.....	33
<b>Capitolo 3.</b> Gli organi di controllo .....	35
3.1. Il fondamento della posizione di garanzia ed esame dei poteri di controllo e di impedimento .....	35
3.2. Alcune problematiche penalistiche: il dolo ed il sindaco di fatto. ....	43

## PARTE SECONDA

### Gli *extranei* concorrenti non bancari “quasi tipici”

<b>Capitolo 1.</b> Il concorso dell’extraneus nei reati di bancarotta.....	46
1.1. Premessa.....	46
1.2. Concorso ex art. 110 c.p. nel reato proprio: in generale .....	46
1.3. Il punto dolente dell’elemento soggettivo dell’estraneo nel reato di bancarotta: in generale .....	46
<b>Capitolo 2.</b> La casistica: tipologie di bancarotte .....	47
2.1. <i>Bancarotta per distrazione</i> .....	47
2.2. <i>Bancarotta per operazioni dolose</i> .....	52
2.3. <i>Bancarotta preferenziale</i> .....	52
2.4. <i>Bancarotta documentale</i> .....	54
2.5. La ricettazione fallimentare .....	54
<b>Capitolo 3.</b> “Tipici” terzi estranei concorrenti .....	55
3.1. <i>Riqualificazione soggettiva dell’apporto originariamente contestato</i> .....	57

## PARTE TERZA

### La responsabilità penal-fallimentare degli esponenti bancari

<b>Capitolo 1.</b> La responsabilità penale non fallimentare dei funzionari di banche in bonis per abusi di fido, di custodia e di gestione del risparmio.....	58
1.1. Il reato di appropriazione indebita.....	58
1.1.1. <i>In generale</i> .....	58
1.1.2. <i>La concessione abusiva di fidi</i> .....	59
1.1.3. <i>Il caso bancoposta</i> .....	62
1.1.4. <i>L'inadempimento degli obblighi di custodia e di restituzione dei fondi depositati</i> .....	63
1.1.5. <i>L'inadempimento degli obblighi di gestione e di investimento dei fondi affidati</i> .....	65
1.2. Cenni sulle principali ragioni di ineffettività del presidio assicurato dalle norme di diritto penale societario e bancario .....	65
<b>Capitolo 2.</b> Le fattispecie penal-fallimentari bancarie .....	67
2.1. Premesse giuridiche della configurabilità delle fattispecie penal-fallimentari bancarie .....	67
2.2. Casistica.....	70
2.2.1. <i>Bancarotta distrattiva o dissipativa</i> .....	70
2.2.2. <i>Bancarotta impropria societaria</i> .....	73
2.2.3. <i>Bancarotte semplici</i> .....	74
<b>Capitolo 3.</b> La responsabilità penal-fallimentare dell'estraneo bancario.....	77
3.1. Le premesse e i segni di una responsabilità in espansione .....	77
3.1.1. Il collegamento tra crediti bancari deteriorati e fallimenti.....	77
3.1.2. Le responsabilità civili collegate all'erogazione dei finanziamenti.....	77
3.1.3. Il dovere delle banche di organizzare ed attuare il processo di gestione del rischio di credito e di controparte: la conoscenza e la verifica della condizione del cliente da finanziarie.....	81
3.1.4. L'esenzione ex art. 217-bis L.F. ....	87
3.2. Le bancarotte del concorrente esterno bancario: casistica.....	96
3.2.1. <i>Bancarotta per distrazione</i> .....	96
3.2.2. <i>Bancarotte semplici</i> .....	98
3.2.3. <i>Bancarotta per effetto di operazioni dolose</i> .....	99
3.2.4. <i>Bancarotta preferenziale</i> .....	103
<i>Brevi conclusioni</i> .....	113



Autore: **FABIO DI VIZIO**, magistrato componente della Struttura della Formazione Territoriale Decentrata del Distretto di Firenze, Scuola Superiore della Magistratura.

Relazione per la Scuola Superiore della Magistratura Strutture Didattiche Decentrate di **Venezia**, Bologna, Brescia, Milano, Torino

Corso T 17013 “IL FALLIMENTO E LE RIFORME: QUALE FUTURO PER LA GIUSTIZIA CONCURSALE?”

PADOVA , 20 MAGGIO 2017

## Presentazione

Nell'esperienza giudiziaria la natura di **reati propri** delle bancarotte improprie (artt. 223-226 in relazione agli artt. 216, 217, 218, 220, R.D. n. 267/42) non vale a garantire l'agevole e completa individuazione degli **autori effettivi** delle trasgressioni dei doveri gestori e di controllo che le realizzano o le favoriscono.

Appare solida acquisizione, infatti, quella per cui la verifica della responsabilità penal-fallimentare viene naturalmente rivolta nei confronti dei soggetti investiti delle formali cariche gestorie (siano amministratori, liquidatori e direttori generali di società fallite, ammesse al concordato preventivo o per cui stipulati accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari o convenzioni di moratoria) o di controllo in seno all'impresa fallita. Consapevolezza, evidentemente, non estranea anche a coloro che, all'insorgere dei segnali della crisi o dopo esperienze imprenditoriali rovinose, deliberatamente continuano a gestire e a sorvegliare **celandosi dietro altrui vesti formali** per lucrare l'irresponsabilità penale di una verifica trascurata o frettolosa (tale, non di rado, anche per l'assenza di interessanti attivi da ripartire), o in ragione dell'assenza di incarichi comunicati ai soggetti pubblici (Agenzia delle entrate, Registro delle imprese, istituti previdenziali ed assistenziali).

La stessa aspirazione è sovente sorretta da **letture dereponsabilizzanti dei doveri di controllo sull'attività gestoria** espressasi in operazioni connotate da riprovazione penale per le modalità e per le finalità specifiche per cui congegnate, in quanto pregiudizievoli per l'interesse dei creditori; ad esempio, per avere diminuito la garanzia del patrimonio dell'impresa, ovvero attuato politiche discriminatorie tra coloro che nutrono legittime aspettative su quel patrimonio. E' questo il tema dell'individuazione degli **intranei "problematici"** e degli **autori di reati omissivi impropri**, cui è dedicata al **Parte Prima** della relazione.

Il carattere occasionale del contatto con il gestore della società in crisi, inoltre, può originare ulteriori ragioni di difficoltà per intendere se colui che resta beneficiario dall'altrui condotta di rilievo fallimentare o che vi ha offerto un contributo significativo, ne abbia apprezzato realmente l'autentico disvalore. Ma anche la necessità di non omettere di rilevare che alcuni contributi esterni sono talmente usuali nella pratica da consentire di parlare di **extranei "tipici"** (cfr. **Parte Seconda**).

Approfondendo la riflessione, infine, si perverrà ad esaminare il ruolo degli **istituti di credito** (cfr. **Parte Terza**), affatto estraneo all'esperienza giudiziaria dei **reati fallimentari**, anche se non di rado sottovalutato per la difficoltà di distinguere chiaramente i termini di illiceità nel presidio delle ragioni del creditore professionale ovvero nella trascuratezza delle verifiche del merito creditizio dell'imprenditore finanziato. Ma non pare opinione troppo severa né, invero, inedita quella di chi sostiene che *«in alcuni casi, senza il concorso degli istituti di credito, la commissione dei reati fallimentari da parte degli amministratori non sarebbe possibile»*<sup>1</sup>. Quello che forse può dirsi acquisizione moderna è la consapevolezza dell'importanza del tema, ormai non più di "nicchia".

La responsabilità penal-fallimentare degli istituti di credito (e, per meglio dire, dei loro esponenti aziendali e del loro personale infedele) può originare distinte manifestazioni, in termini sintetici riducibili ad una **prospettiva interna ed una esterna**.

Infatti, da un lato, i reati fallimentari possono essere consumati, nella veste di *intranei*, da parte degli *amministratori*, dei *direttori generali*, dei *sindaci* della banca dichiarata in stato di insolvenza, pregiudicando direttamente l'interesse dei creditori di quest'ultima.

---

<sup>1</sup> BALESTRA, *Il ruolo degli amministratori, dei sindaci e degli istituti di credito in un sistema di imprese in crisi*, in *Il fallimentarista*, 14.5.2015.

D'altro canto, la responsabilità penal-fallimentare può emergere a carico del medesimo personale bancario in dipendenza di condotte concorsuali realizzate quale *extraneus* nei reati consumati da esponenti qualificati di altri soggetti economici dichiarati falliti ovvero in stato di crisi riconosciuta dal decreto di ammissione del concordato, dall'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o dalla convenzione di moratoria *ex art. 182-septies*, legge fallimentare (art. 236, comma 2, legge fall.)<sup>2</sup>.

Quale che sia l'ambito di analisi, in ogni caso, appare **stretta la relazione tra il contegno degli intermediari bancari e la crisi** (presupposto del decreto di ammissione del concordato preventivo, dall'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o dalla convenzione di moratoria *ex art. 182-septies*, legge fallimentare), **nonché l'insolvenza dell'impresa** (presupposto della sentenza dichiarativa di fallimento) giungendo a definire la sostanza delle situazioni delineate dagli articoli 5, 160, 182 *bis*, 182 *septies* legge fallimentare.

Per avvedersene, volendo tralasciare l'enigmatica nozione di stato di crisi<sup>3</sup>, è sufficiente riflettere sulla nozione di **insolvenza**, patologia finanziaria consistente nella incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Per escluderla, in assenza di dilazioni dei creditori commerciali e di capacità patrimoniali e finanziarie autonome, assume ruolo decisivo proprio la **concreta** (e non meramente congetturale) **capacità dell'imprenditore di ottenere credito dal ceto bancario**.

Si tratta di temi di grande rilievo perché in relazione ad alcune connotazioni tipiche delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale (che possono essere realizzate molto prima della sentenza di fallimento e non devono causare direttamente lo stato di dissesto) un'estensione incontrollata della repressione delle condotte del terzo varrebbe a comprimere la **libertà dell'attività d'impresa** dei soggetti che vengono in rapporto con l'impresa fallita. Inoltre, anche al gestore di quest'ultima deve essere assicurata la libertà di intrapresa e di gestione entro i confini ormai chiariti nella riflessione della Cassazione civile, nella misura in cui sia garantito il necessario grado di diligenza nel modo con cui sono assunti i rischi d'impresa e perseguito l'interesse sociale<sup>4</sup>, senza "disturbanti" conflitti di interesse.

---

<sup>2</sup> 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>2</sup> e la convenzione di moratoria con intermediari finanziari*.

<sup>3</sup> Nozione non definita salvo che per l'indicazione di una portata più ampia rispetto a quella di insolvenza (arg. *ex art. 160, comma 3, legge fall.*). Per un quadro delle definizioni dello stato di crisi cfr. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, *op. cit.*, 422 e .L'autore (Cfr. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in CAGNASSO- L. PANZANI (a cura di) *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, UTET, 2016, p. 399 e ss.) ben chiarisce il **carattere non esaustivo delle definizioni dello stato di crisi** sinora emerse in seno alla riflessione dottrinale, come il difetto di contenuti autentici nei rari riferimenti normativi, anche comparativi, pervenendo alla conclusione che non sia possibile fissare un confine con lo *stato di non crisi*, ammettendo solo un *confine superiore* con l'insolvenza, nozione riservata all'incapacità attuale e concreta di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni e, in quanto dimostrabile, conosciuta all'esterno dell'impresa. Per l'introduzione di una definizione dello stato di crisi «*intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica*», cfr. **art. 2 DDL 2681 S** relativo alla «*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*».

<sup>4</sup> Secondo diverse impostazioni (contrattuali o istituzionali), nella riflessione civilistica l'**interesse sociale** è stato ritenuto coincidere, anzitutto, con l'interesse degli azionisti alla **massimizzazione dei profitti** (cui si riferisce espressamente l'art. 2247 c.c. in occasione della definizione del contratto di società, ovvero quello con cui due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica «allo scopo di dividerne gli utili»). Non mancano dubbi sull'esistenza di una nozione unitaria di interesse sociale, assumendo la presenza concomitante (se non prevalente) del **fine dell'impresa di produrre o scambiare beni o servizi** (cui si riferisce l'art. 2082 c.c.) (Bonelli, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004). In seno alla società per azioni, paradigmaticamente, l'elemento contrattuale convive con quello istituzionale, gli amministratori essendo tenuti, ai sensi dell'art. 2380-*bis* c.c., a gestire l'impresa compiendo le operazioni necessarie per l'attuazione dell'**oggetto sociale** (ossia l'attività di impresa consistente nella produzione o scambio di beni o servizi, con metodo economico) mentre l'interesse dei soci potrebbe essere dagli stessi perseguito solo in via mediata [VENTORUZZO, *Richiamo e difesa delle radici istituzionali dell'impresa nel codice civile*, in *Gli imprenditori* (a cura di Paolazzi, Sylos Labini e Traù), Venezia, 2016, p. 88]. Correndo il rischio di semplificazioni,

In proposito, gli approdi della giurisprudenza civile possono essere sintetizzati nei termini che seguono: «a) al giudice **non** è consentito **sindacare l'opportunità** e la convenienza delle **scelte gestionali** degli amministratori; b) **non** è inoltre possibile valutare l'operato degli amministratori con un giudizio **ex post**; viceversa occorre prendere in considerazione la condotta tenuta dagli amministratori avendo riguardo alle sole circostanze oggettive e soggettive esistenti al momento del compimento dell'atto o dell'omissione; c) al giudice invece è consentito controllare il **percorso** attraverso il quale la scelta è stata posta in essere. Pertanto, mentre la scelta tra il compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario la responsabilità può essere generata dall'eventuale **omissione**, da parte dell'amministratore, di quelle **cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima** di procedere a quel tipo di scelta: in altre parole, il giudizio sulla diligenza non può investire le scelte di gestione, ma il **modo** in cui sono compiute; d) la insindacabilità delle scelte di gestione da parte del giudice trova un **limite** rappresentato dalla **irragionevolezza o irrazionalità della decisione**. Decisioni che appaiano chiaramente irragionevoli o irrazionali potranno essere scrutinate dal giudice anche nel merito»<sup>5</sup>.

Entro queste premesse, la constatazione che le scelte gestionali, in seno ad società *in bonis*, sono state assunte senza interferenze con i conflitti di interesse tali da influire sull'esercizio del potere discrezionale e con le cautele, le verifiche e le informazioni preventive richieste dall'ordinaria diligenza professionale del perseguimento dell'interesse sociale dovrebbero assicurare contro il pericolo paventato di surrettizia criminalizzazione dell'insuccesso economico; vale a dire dell'aver gestito l'impresa commettendo errori.

Infine, l'analisi delle condizioni del **dovere che grava le banche di organizzare ed attuare il processo di gestione del rischio di credito e di controparte** e dunque, in definitiva, di gestire la conoscenza e la verifica della condizione del cliente da finanziare e sovvenzionato dovrebbe divellere alcuni alibi e lenire l'ampia problematicità che accompagna la configurabilità astratta del concorso del terzo bancario in seno alle vicende di bancarotta delle imprese fallite o in crisi finanziate; certo non risolverla, poiché la colpa e l'incuria nell'istruttoria o nelle verifiche andamentali non può semplificare la verifica della ricorrenza della conoscenza del dissesto, né solo del rischio di pregiudizio delle ragioni concorsuali dei creditori.

---

passando alla **prospettiva penalistica**, per le imprese in bonis l'interesse sociale di rilevanza penale può individuarsi nell'interesse patrimoniale. Molto muta, però, a seconda che esso si declini quale, modesto, interesse alla salvaguardia della garanzia patrimoniale dei creditori e dei soci attuali, quale unico limite alla libertà di gestione degli amministratori, o si spinga sino alla tutela dell'interesse all'incremento del valore economico della società. Comunque inteso, perseguire l'interesse sociale costituisce l'obiettivo principale dell'attività gestoria, dovere implicito e comunque imposto in negativo proprio dal divieto di agire in conflitto di interessi con esso (art. 2391 c.c.) e dal dovere di compiere le operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2380-bis c.c.).

<sup>5</sup> ALVARO, CAPPARIELLO, GENTILE, IANNACCONE, MOLLO, NOCELLA, VENTORUZZO, *Business judgement rule e mercati finanziari Efficienza economica e tutela degli investitori*, in Quaderni Giuridici Consob, n. 11, Novembre 2016, p. 73.

## PARTE PRIMA

### Intranei “problematici” e autori dei reati omissivi impropri

#### Capitolo 1. Considerazioni introduttive

##### 1.1. Approccio multidisciplinare e tutela dei diritti dei creditori

Nella ricerca del **significato autentico delle espressioni della volontà umana**, specie quelle **negoziali**, rivestono un ruolo decisivo sia **il fine** cui tende **l'autore** nell'utilizzo del mezzo giuridico sia **l'impostazione** che sostiene **l'interprete** dei fatti, che si modella sui diversi **principi dei distinti settori dell'ordinamento**.

Tali rilievi si attagliano all'**esperienza giudiziaria del diritto dell'economia**, con particolare riguardo a quella chiamata a confrontarsi con le **manifestazioni più gravi della crisi dell'impresa** e con le violazioni (si concretino nel danno o nell'esposizione a pericolo) dei **diritti dei creditori**.

Qui l'**approccio multidisciplinare** prima che opzione interpretativa costituisce **necessità esegetica**. Infatti, muovendo da distinte esigenze, la riprovazione civile e quella penale possono presentarsi in forme e gradi solo parzialmente coincidenti, ammettendo anche significativi disallineamenti. Avendo sullo sfondo la salvaguardia delle aspettative dei creditori dell'impresa, è parimenti ammesso, da un lato, che la *liceità civile* dello *strumento giuridico* non garantisca la *liceità penale* del suo *impiego*, come, dall'altro, che l'*illiceità penale* di quest'ultimo non trasmodi di necessità nelle *forme più gravi di illiceità civile*. Nondimeno, in seno alle valutazioni penalistiche (anche quelle che si prefiggono di individuare condotte di frode in danno dei creditori) a non essere eludibile è il confronto con la liceità dello strumento riconosciuta dall'ordinamento civile o la finalità astratta da esso considerata meritevole di tutela.

##### 1.2. La crisi d'impresa: i nuovi principi del diritto fallimentare ed i riflessi penalistici

Per conferire maggior concretezza a quanto detto, basti considerare che 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. In altri termini, la colpa da lavare con la fine dell'impresa. Per favorire 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 è venuta delineando 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>6</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

---

<sup>6</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.

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>7</sup>.

Giocoforza, 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 grave, l'operatore è quello di non apprezzare la *reale portata di contegni 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 e, entro certi limiti, ineliminabili. 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.

### 1.3. Atti in frode ai creditori: il rapporto tra illiceità penale ed illiceità civile e la filosofia del diritto penale

Conferma di quanto appena sostenuto si trae dalla distinzione presente nella prospettiva civile tra **frode alla legge e frode ai creditori** e dalla **lettura penale** dei comportamenti pregiudizievoli per le ragioni dei creditori dell'impresa insolvente.

Nella **giurisprudenza civile** si sono consolidati orientamenti in ordine alla netta distinzione tra frode alla legge e frode ai creditori, come pure in punto di non riconducibilità dell'intento di frodare i creditori alla nozione di illiceità, nemmeno laddove lo stesso costituisca motivo determinante comune.

Quanto al **primo aspetto**, invero, «*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*». Ebbene, «*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*

---

<sup>7</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).



*ipotesi del 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 profilo**, poi, *«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».* Proprio per questo *«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), **né l'intento di vanificare un'aspettativa giuridica** (tutelata, ad es. ex art. 1359 c.c.), **né, infine, lo scopo di impedire l'esercizio di un diritto** (Cass. n. 6239/1983, n. 4116/1986, n. 3905/1981).

Per l'interesse di questo scritto, può rimarcarsi che di fronte all'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 questi ultimi dispongano 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 dell'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<sup>8</sup>. Del resto, *«la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto*, giacché l'art. 1418, comma 1, c.c., con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso di inosservanza del precetto, abbia consentito la validità del

---

<sup>8</sup> Come ricorda la Corte di Cassazione (Sez. 3 Civ., Sentenza n. 23158 del 31/10/2014, Rv. 633290) *«[...] 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».* Infatti, *«[...] 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».*

negozio predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti della norma, sicché, in assenza di un divieto generale di porre in essere attività negoziali pregiudizievoli per i terzi, la stipulazione di un **contratto di mutuo ipotecario in violazione dell'art. 216, comma 3, l.fall.**, che punisce la condotta di bancarotta preferenziale, non dà luogo a nullità per illiceità di causa, ai sensi del citato art. 1418, ma costituisce il presupposto per la revocazione degli atti lesivi della "par condicio creditorum"<sup>9</sup>.

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<sup>10</sup>. In tal senso, **tradizionalmente l'ordinamento appresta ai creditori** - o a particolari categorie di **terzi**, cioè di 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 fictio 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*

---

<sup>9</sup> Così Cassazione civile, sez. 1, **28/09/2016, n. 19196**. Anche Cassazione civile, sez. III, **24/05/2003, n. 8236** ha sostenuto che «la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto giacché l'art. 1418, comma 1, c.c., con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", esclude tale sanzione ove sia predisposto un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli effetti voluti della norma, indipendentemente dalla sua concreta esperibilità e dal conseguimento reale degli effetti voluti».

<sup>10</sup> 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)».***

*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».*

Riepilogando, dunque, **«l'atto negoziale lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non è quindi di per sé solo illecito (e quindi non è nullo, ne' per illiceità della causa, ne' per frode alla legge, ne' 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»**<sup>11</sup>.

Nell'esperienza penalistica, oggetto principale di questa riflessione, l'analisi delle condotte che possono pregiudicare gli interessi del creditore durante la crisi economica del debitore risente del mutare dell'impostazione e degli obiettivi della ricerca, derivandone conseguenze seriamente diverse nelle valutazioni.

In pochi settori del diritto penale come quello in considerazione 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. Ben altra, viceversa, è la "filosofia" 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>12</sup>.

Sono ormai noti i limiti entro i quali strumenti del diritto civile (si pensi all'affitto di azienda o alla locazione di beni dell'impresa, alla cessione del ramo di azienda, alla cessione nascosta dell'avviamento commerciale, alla manomissione e la cessione del bene detenuto in *leasing*, alla cessione del bene acquistato con patto di riservato dominio, alla restituzione dei finanziamenti ed al pagamento dei crediti degli amministratori, alla scissione, alla fusione), leciti in via astratta, si pongono quali nascosti *escamotages* di operazioni connotate da riprovazione penale per le modalità e per le finalità specifiche per cui vengono congegnate, rivelandosi pregiudizievoli per l'interesse dei creditori, diminuendo la garanzia del patrimonio dell'impresa, ovvero attuando politiche discriminatorie tra coloro che hanno aspettative su quel patrimonio.

#### 1.4. L'esperienza della crisi e l'incidenza sulla liceità dei comportamenti

Sulla valutazione penalistica pesa in maniera determinante una distinzione più volte proposta dalla Suprema Corte di Cassazione. **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*

---

<sup>11</sup> In relazione a tale conclusione di **mera inefficacia** viene ammessa quale sola eccezione l'evenienza in cui 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, il contratto è pienamente valido ed efficace, impregiudicata soltanto la reazione del diretto interessato, al ricorrere dei particolari presupposti.

<sup>12</sup> Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 13522 del 21/01/2015 Ud. (dep. 30/03/2015) Rv. 262964

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 dissolvenza**. 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 pregiudizievole ai creditori", contempla la **revocabilità** - presupponendone, perciò, l'illiceità civile - di una molteplicità di atti che incidono 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 crediti, 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 vicendevoles**. Da un lato, 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 crisi o 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>13</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>14</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>15</sup>.*

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**

---

<sup>13</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>14</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>15</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 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».*

**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>16</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*.

---

<sup>16</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*».

## Capitolo 2. I soggetti gestori

### 2.1. La responsabilità dell'amministratore e l'autonomia del funzione gestoria

L'abbinamento dell'espressione «**responsabilità**» alla figura degli amministratori, prima ancora che a quella dei sindaci, evoca il **ripristino di un equilibrio infranto** rispetto a **valori e limiti** fissati dalla legge o dallo statuto<sup>17</sup>. Sebbene possa sorprendere, tale accostamento è acquisizione relativamente recente del diritto commerciale. E difatti, sino all'emanazione del codice di commercio napoleonico al termine «responsabilità» era preferito quello di «*garanzia*».

Un profilo moderno della **responsabilità** della funzione gestoria privata è la diretta correlazione con l'**autonomia dei poteri** che la contraddistinguono. La disciplina della responsabilità degli amministratori, in tal senso, è profondamente mutata nel *tempo*, secondo percorsi altalenanti, sostenuti da logiche anche discontinue.

In seno alle prime *Compagnie delle Indie europee* (enti di stretta connotazione pubblicistica) gli amministratori (nominati e revocati dal sovrano, come in Francia, o da un circoscritto gruppo di potere, come in Olanda) beneficiavano di larghissima autonomia rispetto all'assemblea dei soci e di una forte limitazione della loro responsabilità patrimoniale (intendendo per quest'ultima quella ulteriore rispetto al conferimento iniziale di capitale).

Solo con la *codificazione napoleonica dei primi del 1800* la disciplina della società anonima veniva attratta nell'alveo del diritto privato e commerciale ed il rapporto tra amministratori e soci veniva assimilato a quello delle società di persone, con un forte controllo degli ultimi sui primi, considerati ad ogni effetto «*mandatari*». L'impostazione "proprietaria" del rapporto tra soci ed amministratori esercitò un peso non secondario nel favorire la predilezione degli imprenditori per lo schema societario dell'accomandita: tale forma societaria, non soggetta ad autorizzazione, assicurava maggiori poteri ai soci accomandatari rispetto ai "mandatari revocabili" della società anonima.

Il codice di commercio del Regno d'Italia del 1865, mutuando l'impostazione del codice napoleonico, definiva gli amministratori «*mandatari temporanei revocabili, soci o non soci, stipendiati o gratuiti*» (art. 129, comma 2), introducendo i primi segni dell'emancipazione della figura dai semplici mandatari dei soci, precisando l'art. 130, comma 2, che gli amministratori erano «*soggetti alla responsabilità dell'esecuzione del loro mandato e a quelle altre che la legge specialmente loro impone*» nell'interesse dei soci e dei terzi. Questi speciali doveri imposti dalla legge agli amministratori iniziarono a persuadere che gli amministratori delle società fossero un'autentica «*magistratura sociale*»<sup>18</sup>.

Su tale impostazione si attestava anche il Codice di commercio del 1882<sup>19</sup>. Agendo gli amministratori in nome della società, essi non contraevano di fronte ai terzi responsabilità personali per gli atti compiuti nei limiti dei loro poteri, ma erano

---

<sup>17</sup> ALVARO, CAPPARIELLO, GENTILE, IANNACCONE, MOLLO, NOCELLA, VENTORUZZO, *Business judgement rule e mercati finanziari Efficienza economica e tutela degli investitori*, in Quaderni Giuridici Consob, n. 11, Novembre 2016 ricordano: «La parola responsabilità deriva dal tardo latino *respondere* che non è altro se non il movimento inverso di *spondere* la cui radice richiama in sé l'idea di rito e di solennità e, con esso, quello della formazione di un dato equilibrio, di un dato ordine, avente carattere di solennità» [MAIORCA, *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enc.Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1004]. La responsabilità è dunque la risposta riparatrice della rottura di un dato equilibrio. Il giudizio di disvalore portato sull'evento di rottura trova riscontro nel giudizio di valore portato su la "risposta" riparatrice: è un valore contrapposto ad un disvalore.

<sup>18</sup> BORSARI, *Codice di Commercio del Regno d'Italia annotato*, I, Torino, 1868, p. 426; SOPRANO, *Della responsabilità civile e penale degli amministratori di società per azioni*, Torino, 1910, p. 37. Contra: NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in Commentario al Codice di commercio, Milano, 1924, p. 526, nota 1.

<sup>19</sup> Il codice qualificava nuovamente gli amministratori come mandatari «*temporanei e revocabili*» della società (art. 121), «*soggetti alla responsabilità dell'esecuzione del mandato e a quella che deriva dalle obbligazioni che la legge loro impone*» (art. 122).

responsabili di fronte alla società della loro gestione e dell'esatta osservanza dei doveri loro imposti dalla legge, dallo statuto e dalle deliberazioni assembleari (art. 147, comma 5). Prendeva inizio in seno alla riflessione dottrinale un orientamento che valorizzava il ruolo degli amministratori quali componenti di un organo societario, provvisto di aree di autonomia funzionale rispetto all'assemblea dei soci. Mentre si andava consolidando la grande impresa azionaria in Europa, aumentavano di pari passo i compiti attribuiti agli amministratori dalla legge e dall'atto costitutivo, i relativi poteri e, in qualche modo, l'autonomia rispetto all'assemblea; correlativamente, si accrescevano le relative responsabilità.

Si profilavano, in tale fase, le premesse della teoria degli amministratori quali organo della società, dotato di autonomia, fatta propria dal codice civile italiano del 1942, senza scinderla ancora completamente dall'idea del mandato: la disciplina degli amministratori risultava contenuta nella sezione VI del Cap. V del Libro del Lavoro del codice civile, intitolato "organi sociali", mentre l'art. 2392 c.c. prevedeva che gli amministratori dovessero adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge o dall'atto costitutivo «*con la diligenza del mandatario*». Evidente la novità: il mandato diveniva parametro per definire il livello di diligenza per lo svolgimento degli affari sociali, ma la fonte principale dei poteri e dei doveri dell'organo diveniva il diritto societario (e non i diritti o gli obblighi del mandatario).

Con la riforma del diritto delle società del 2003, il criterio di responsabilità degli amministratori verso la società veniva affinato ulteriormente: ai sensi dell'art. 2392 c.c. «*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*».

La natura del rapporto che lega la società per azioni ed il suo amministratore (nelle sue funzioni tipiche di gestione e rappresentanza dell'ente, ossia come soggetto che, immedesimandosi nella società, le consente di agire e raggiungere i propri fini imprenditoriali) è risultata tematica percorsa da costanti tensioni interpretative, in dottrina<sup>20</sup> e in giurisprudenza<sup>21</sup>. Con recente pronuncia (Sent., 20/01/2017, n. 1545) la

---

<sup>20</sup> Pe offrire una sintesi delle tesi dottrinali risulta oltremodo prezioso il contributo riepilogativo offerto dalla sentenza della Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 20/01/2017, n. 1545: «*In estrema sintesi, sono identificabili due diversi orientamenti: 1) la teoria cd. contrattualistica, che individua la presenza di un vero e proprio contratto che legherebbe due soggetti distinti, l'amministratore da un lato, la società dall'altro, ciascuno autonomo centro di interessi, spesso anche contrapposti; 2) la teoria cd. organica, secondo cui, al contrario, mancherebbe ogni dualità, configurandosi solo un'immedesimazione dell'organo nella persona giuridica che rappresenta, senza possibilità di un regolamento negoziale interno, fonte di reciproci diritti e obblighi. E' ovvio che la prima apre la strada alla configurabilità di un rapporto parasubordinato tra i due soggetti distinti costituiti dalla società ed il suo amministratore, mentre la seconda conduce ad escluderlo in forza dell'indistinguibilità dei due. Più in dettaglio, poi, possono essere individuate nell'ambito della teoria cd. contrattualistica (la quale, come s'è visto, fa derivare il conferimento del potere rappresentativo all'amministratore non dalla legge o dallo statuto, bensì dal regolamento negoziale, con la conseguente negazione dell'immedesimazione organica): a) la tesi di coloro i quali hanno ravvisato un negozio sui generis, tipico di amministrazione, non riconducibile ad alcuna tipologia nota, ma assimilabile di volta in volta a questo o quel contratto (di mandato, d'opera, di lavoro subordinato, ecc.), senza tuttavia identificarsi in alcuno, salvo far riferimento alle rispettive, compatibili discipline; b) l'antica teoria che assimila la figura dell'amministratore a quella del mandatario, della quale ha ormai fatto giustizia il riformato testo dell'art. 2392 c.c., nel quale è stato eliminato il richiamo alla "diligenza del mandatario" di cui all'art. 1710 c.c.; c) la teoria più isolata che vede nell'amministratore un lavoratore subordinato della società (diversa da quella che ammette la possibilità di cumulare il rapporto di amministrazione con quello di lavoratore subordinato), in base alla quale il rapporto di amministrazione sarebbe esso stesso da ricondurre ad un rapporto di lavoro subordinato, con l'assemblea che ne ha il potere di nomina e revoca (quindi, di costituire ed estinguere il rapporto) nonchè quello direttivo e di controllo (esercitato unitamente al collegio sindacale) e l'amministratore, dal suo canto, con i suoi doveri di fedeltà e di collaborazione che si manifestano principalmente nell'obbligo di non concorrenza, di cui all'art. 2390 c.c., e nel diritto al compenso; d) la teoria che riconduce l'amministratore alla figura del prestatore d'opera professionale finalizzata a far conseguire un profitto alla società, con assunzione di responsabilità ed impiego di tempo ed energie lavorative; e) la teoria, infine, che riconduce il rapporto d'amministrazione alla fattispecie della parasubordinazione (che, come vedremo in seguito, è stata accolta da una pronuncia delle S.U. del 1994), configurando un rapporto negoziale autonomo tra amministratore e società, dal contenuto fissato dalla legge e dallo statuto, superando definitivamente l'idea di un'immedesimazione organica assoluta che avrebbe impedito il dualismo e la contrapposizione di interessi e costringendo il rapporto di amministrazione nell'area dei rapporti intrasoggettivi. A fronte di quella finora sinteticamente descritta v'è, invece, la cd. **teoria organica**, per la quale gli amministratori rappresentano un organo necessario per l'operatività della società, secondo una precisa scelta del legislatore che ne ha regolato la struttura in modo tale da escludere che il loro rapporto possa operare secondo le regole*



della rappresentanza ordinaria. La configurazione non contrattuale del rapporto società - amministratori incide poi sulla ricostruzione della fonte dei loro poteri: gli amministratori risulterebbero titolari dei poteri gestori in via originaria, in quanto organi necessari per il funzionamento e la realizzazione del contratto sociale, analogamente ai poteri dell'assemblea dei soci, con cui vi sarebbe una semplice convivenza, senza alcuna possibilità di sovrapposizione o limitazione. I poteri degli amministratori derivando direttamente dalla legge sono dunque autonomi, non avocabili, nè disponibili, nè limitabili ad opera dell'assemblea dei soci a cui spetta solo di designare il titolare di prerogative gestorie già determinate. Ulteriore corollario del rapporto organico è quello della immedesimazione organica dell'amministratore nella società stessa, e quindi l'inesistenza di due contrapposti ed autonomi centri di interesse tra i quali instaurare non solo un rapporto contrattuale ma un qualsiasi rapporto intersoggettivo, data l'impossibilità di una diversificazione di posizioni contrapposte e l'inesistenza di separazione tra funzione gestoria e funzione esecutiva sottoponibile a verifica, controllo o disciplina. La natura di organo riconosciuta all'amministratore diviene dunque il principale ostacolo giuridico alla configurabilità di qualsivoglia rapporto di natura patrimoniale tra la persona fisica e la società, a causa della mancanza di due distinti centri di interessi e di volontà, non solo nella fase genetica del rapporto, ma anche e soprattutto nella fase del suo svolgimento».

<sup>21</sup> Sempre la sentenza citata alla nota che precede ricorda come il contrasto si è rilevato endemico in seno alla giurisprudenza di legittimità: «Le molteplici pronunzie susseguites sin dagli anni '80 del secolo scorso (tutte rese per fini diversi da quelli che oggi ci riguardano e, soprattutto, per risolvere problemi di competenza e di rito) evidenziano un primo orientamento che escludeva potersi individuare nell'ambito del rapporto di amministrazione un rapporto tra due distinti centri di interesse tra i quali avviene lo scambio di prestazioni, siccome l'ordinamento della società per azioni è regolato in modo da attribuire all'amministratore-rappresentante le caratteristiche strutturali di organo, con esclusione dei connotati del rapporto inter-soggettivo della rappresentanza ordinaria. Tutte queste pronunce erano favorevoli all'applicazione del rito ordinario, stante l'impossibilità di diversificare l'attività del prestatore di lavoro e l'attività del destinatario della prestazione per l'assenza dei due contrapposti centri di interesse e la conseguente necessità di escludere il rapporto di parasubordinazione, data la mancanza del rapporto di dipendenza sul piano economico e, quindi, di quella situazione di debolezza contrattuale che caratterizza tali rapporti e ne giustifica l'equiparazione alla subordinazione ai fini della tutela processuale. Un diverso orientamento riconduceva invece le controversie in questione all'art. 409 c.p.c., n. 3, ritenendo che il rapporto tra amministratore e società per azioni presentasse i caratteri della continuità e del coordinamento con l'attività svolta dall'impresa societaria, richiesti da tale norma per affermare la competenza per materia del giudice del lavoro. Il tentativo di dare soluzione al contrasto è stato compiuto da queste S.U. con la sentenza n. 10680 del 1994, la quale, ancora una volta per risolvere una questione di rito e competenza (si trattava di stabilire innanzi a quale giudice dovesse essere sottoposta l'azione proposta dall'amministratore contro la società da lui amministrata per il rimborso di spese da lui effettuate in adempimento del mandato), prese netta posizione a favore della qualificazione del rapporto di amministrazione in **termini di rapporto di lavoro parasubordinato**, ai sensi dell'art. 409 c.p.c., n. 3. Il principio enunciato dalla sentenza è il seguente: La controversia nella quale l'amministratore di una società per azioni, o ente assimilato, chieda la condanna della società stessa al pagamento di una somma dovuta per effetto dell'attività di esercizio delle funzioni gestorie, è soggetta al rito del lavoro ai sensi dell'art. 409 c.p.c., n. 3, atteso che, se verso i terzi estranei all'organizzazione societaria è configurabile, tra amministrazione e società, un rapporto di immedesimazione organica, all'interno dell'organizzazione ben sono configurabili rapporti di credito nascenti da un'attività come quella resa dall'amministratore, continua, coordinata e prevalentemente personale, non rilevando in contrario il contenuto parzialmente imprenditoriale dell'attività gestoria e l'eventuale mancanza di una posizione di debolezza contrattuale dell'amministratore nei confronti della società. L'enunciato si articola in quattro essenziali proposizioni: a) l'esistenza di un rapporto organico, in virtù del quale l'amministratore impersona la società all'esterno, non esclude la configurabilità, nei rapporti interni, di un vincolo di natura obbligatoria tra l'amministratore stesso e l'ente da lui gestito, nè la conseguente distinzione, in quest'ambito, di due centri d'interesse contrapposti facenti rispettivamente capo alle parti di tale ultimo rapporto; b) l'attività che l'amministratore è tenuto a prestare in favore della società presenta i caratteri della personalità, della continuazione e della coordinazione, e quindi rientra nella previsione dell'art. 409 c.p.c., n. 3; c) la circostanza che tale attività sia finalizzata al conseguimento dello scopo sociale, ed abbia perciò contenuto imprenditoriale, non impedisce di ritenerla parasubordinata, non foss'altro che un analogo contenuto è ravvisabile anche nell'attività dell'istitutore, il quale certamente opera in posizione di lavoratore subordinato; d) la difficoltà d'ipotizzare una situazione di debolezza contrattuale dell'amministratore nei confronti della società non vale ad escludere il carattere parasubordinato del relativo rapporto, perchè l'indicata situazione di debolezza non costituisce un presupposto di applicabilità della disciplina processuale delle controversie in materia di lavoro. La giurisprudenza successiva alla sentenza a S.U. del 1994. Si diceva in precedenza del "tentativo" operato da queste S.U. nel 1994 di dare un definitivo assetto al tema, siccome quella sentenza ha avuto sicuramente il pregio di fondare l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, senza tuttavia spegnere i contrasti che nei più di venti anni a seguire hanno caratterizzato le decisioni in argomento. Contrasti che, per un verso, sono stati fomentati dalla sempre più diversificata dottrina e che, per altro verso, sono la necessaria conseguenza del mutato quadro normativo, non solo in materia societaria. A fronte, dunque, di numerosissime sentenze che hanno, per finalità varie, ribadito la natura parasubordinata del rapporto in questione, se ne individuano altre che, invece, sono tornate ad affermare la tesi del rapporto di lavoro autonomo, pur con generico riferimento all'immedesimazione organica. Altre ancora - come vedremo - hanno affermato la natura autonoma e tipica del rapporto societario. In quest'ordine di idee, s'è affermata la legittimità della previsione statutaria di gratuità delle funzioni di amministratore di società (Cass. n. 2861/02), s'è esclusa l'applicabilità al rapporto del disposto dell'art. 36 Cost., con conseguente affermazione di disponibilità e rinunciabilità del compenso (Cass. n. 19714/12), oppure s'è affermato che, in caso di revoca senza giusta causa, la liquidazione dei relativi danni debba avvenire secondo i criteri generali degli artt. 1223 e 2697 c.c., e non equiparando la vicenda alla risoluzione di un contratto di lavoro subordinato (Cass. n. 23557/08). Neppure da trascurare è il filone giurisprudenziale il quale, in maniera incontrastata, esclude da molti decenni che il privilegio ex art. 2751 bis c.c., n. 2, assista il credito del compenso in favore dell'amministratore o liquidatore di società. Teoria fondata sulla constatazione che l'attività svolta da quei soggetti non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con conseguente sopportazione del rischio ed, a differenza di quella del prestatore d'opera, non è determinata dai contraenti preventivamente, nè è determinabile aprioristicamente (tra le varie e più recenti, cfr.

Corte di legittimità, nella composizione a Sezioni Unite, ha rimarcato come lo sviluppo dell'assetto normativo imponga un radicale ripensamento di sue pregresse elaborazioni<sup>22</sup>. Secondo la Corte di legittimità *«la riforma del diritto societario rende l'amministratore il vero egemone dell'ente sociale. A lui spetta in via esclusiva la gestione dell'impresa, con il solo limite di quegli atti che non rientrano nell'oggetto sociale (art. 2380 bis c.c.); il suo potere di rappresentanza è generale e concerne anche gli atti estranei all'oggetto sociale (art. 2384 c.c., comma 1); se è amministratore unico ha sia il potere di gestione, sia quello di rappresentanza; in eccezione ai principi generali, è stabilito che le limitazioni ai suoi poteri (sia di rappresentanza, sia di gestione) che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti (non quelle legali) non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, fatta salva la cd. exceptio doli ( art. 2384, comma 2, c.c.)»*. Quanto, poi, al rapporto tra assemblea ed amministratore, la novella consente di escludere l'ipotizzabilità di un coordinamento (inteso come etero-direzione dell'attività) imposto dalla prima al secondo<sup>23</sup>. La giurisprudenza di legittimità è recentemente pervenuta alla profonda rivisitazione del tema ed al superamento degli ambiti tra i quali finora s'era mossa, sostenendo che il rapporto fra l'amministratore e la società debba essere ricondotto nell'ambito dei *«rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario»* cui fa riferimento il D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 3, comma 2, lett. a), per l'individuazione della competenza per materia del tribunale delle imprese<sup>24</sup>. Nell'esegesi dell'ultima disposizione normativa è stato osservato (Cass. n. 14369/15) che tra i "rapporti societari" ai quali essa fa riferimento deve comprendersi il **rapporto tra società ed amministratori**, titolari di un rapporto di rappresentanza funzionale alla vita della società che, secondo la figura della c.d. immedesimazione organica, consente alla stessa di agire. Un rapporto "di società" che serve ad assicurare l'agire della società, non

---

*Cass. n. 22046/14, n. 4769/14, n. 11652/07, n. 13805/04). Si dirà in seguito della recente ed innovativa tesi giurisprudenziale del "rapporto societario", riferita al disposto del D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 3, comma 2, lett. a), che detta criteri per l'individuazione della competenza per materia del tribunale delle imprese».*

<sup>22</sup> Ponendo a raffronto i quattro enunciati sui quali fondava il precedente orientamento ed il disposto dell'art. 409 c.p.c., n. 3, (che fa riferimento ad *«una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato»*) la Suprema Corte continua a ritenere che l'immedesimazione organica rilevi nei rapporti con i terzi, mentre nei rapporti interni sussista una relazione obbligatoria tra soggetti distinti tra loro. Per contro, anche richiamandosi alle novelle susseguitesi in campo societario dal 2003 in poi, nega che possa riconoscersi l'esistenza del coordinamento (inteso in senso verticale, ossia come una situazione per cui il *prestatore* d'opera parasubordinata è soggetto ad un coordinamento che fa capo ad altri, in un rapporto con connotati simili a quelli del rapporto gerarchico propriamente subordinato) assimilabile ad attività in qualche misura eterodiretta o, comunque, soggetta ad ingerenze o direttive altrui. Tale requisito non è riconosciuta nell'attività dell'amministratore societario, neanche sotto il profilo della soggezione al coordinamento dell'assemblea dei soci.

<sup>23</sup> Osserva la Corte: *«Questo rapporto emerge da due disposizioni: il già citato art. 2380 bis c.c., che, come s'è visto, attribuisce la gestione dell'impresa in via esclusiva all'amministratore, e l'art. 2364 c.c. n. 5, per il quale l'assemblea ordinaria delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori. Dal raffronto si deduce che la competenza gestoria dell'assemblea ha carattere delimitato e specifico: ossia, sussiste solo per gli atti espressamente attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, mentre quella degli amministratori ha carattere generale e sussiste per tutti gli atti d'impresa che non sono riservati all'assemblea e che si pongono in rapporto di mezzo a fine rispetto al conseguimento dell'oggetto sociale. Quest'ultima cessa, per lasciare il campo a quella dell'assemblea, solo quando si tratta di iniziative che comportino una sostanziale modifica, diretta o indiretta, dell'oggetto sociale. Inoltre, non è possibile riservare statutariamente all'assemblea la decisione di compiere l'atto ma può essere solo prevista una mera autorizzazione a compiere l'atto, nel senso che la decisione del compimento dell'atto rimane pur sempre riservata all'amministratore, il quale può decidere di non compiere l'atto, benché l'assemblea l'abbia autorizzato a farlo. In ogni caso, l'autorizzazione al compimento degli atti deve essere oggi prevista dallo statuto»*. Per altro verso, la Cassazione osserva come la soggezione al coordinamento sia riflesso di una situazione di debolezza contrattuale, dal momento che è proprio la presupposta inferiorità di una parte rispetto all'altra a giustificare l'equiparazione del lavoratore parasubordinato a quello subordinato. Secondo le Sezioni Unite *«se quest'elemento è idoneo a ricostruire la ratio legis, nella vicenda che ci occupa l'accertata assenza di una situazione di debolezza contrattuale conforta la tesi dell'inconfigurabilità dell'amministratore societario quale lavoratore parasubordinato»*.

<sup>24</sup> Il citato intervento legislativo che ha attribuito al tribunale delle imprese la competenza relativa alle controversie in materia di rapporti societari, nella loro complessità, che coinvolgono amministratori e società, rende ormai irrilevante la distinzione fra l'attività a rilevanza esterna degli amministratori e il rapporto di natura obbligatoria di questi ultimi con la società.

assimilabile, in quest'ordine di idee, né ad un contratto d'opera (in questo senso, cfr. già Cass. 22046/14), né, tanto meno, ad un rapporto di tipo subordinato o parasubordinato<sup>25</sup>.

## 2.2. Obblighi, diligenza e la responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori nelle società di capitali

In **termini generali**, i parametri cui gli amministratori di **società per azioni**<sup>26</sup> devono informare la loro condotta sono definiti dagli articoli 2392<sup>27</sup>, 2381, commi 3 e 6<sup>28</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>29</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. Tentando una classificazione approssimativa, si può distinguere tra quelli posti a **garanzia dell'integrità del capitale sociale** (come il dovere di *controllare il valore dei conferimenti in natura* e di compiere gli adempimenti a tal fine previsti *ex art. 2343 c.c.*, il *divieto di distribuire utili fittizi* o sulla base di bilanci non regolarmente approvati *ex art. 2433 c.c.*, il *divieto di acquisto di azioni proprie* se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili *ex art. 2357 c.c.*, il dovere di compiere gli *adempimenti* necessari quando le *perdite di esercizio*

<sup>25</sup> Così ragionando, facendo riferimento alla natura del rapporto come di tipo "societario", la citata Cass. n. 14369/15 ha ricompreso nella competenza del tribunale delle imprese la controversia avente ad oggetto l'impugnazione di delibera di revoca di un intero consiglio di amministrazione per giusta causa, mentre Cass. n. 2759/16 ha ammesso il ricorso ad arbitri anche nelle controversie tra amministratori e società attinenti al profilo interno dell'attività gestoria ed ai diritti che ne derivano (quale, ad esempio, il diritto al compenso), ove tale possibilità sia prevista dagli statuti societari.

<sup>26</sup> Si riportano i dati statistici tutto il 2016 del numero di s.p.a. e di addetti (dati infocamere)

Natura Giuridica	Registrate	Attive	Addetti tot.
SOCIETA' PER AZIONI CON SOCIO UNICO	5.265	4.431	1.150.573
SOCIETA' PER AZIONI	36.524	26.054	2.664.709

<sup>27</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>28</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>29</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.

superano un determinato ammontare ex art. 2447 c.c.), **del suo corretto impiego** (ad esempio il dovere di compiere *atti di gestione* che non esorbitino dall'*oggetto sociale* o il divieto di assumere partecipazioni in altre imprese, se per la misura e l'oggetto della partecipazione ne risulti sostanzialmente modificato l'oggetto sociale ex art. 2361 c.c.), **dei doveri di fedeltà** (così come l'obbligo di non concorrenza artt. 2390 c.c., divieto di agire in conflitto di interessi e di utilizzare a vantaggio proprio o di terzi dati, notizie e opportunità di affari appresi nell'esercizio dell'incarico ex art. 2391 c.c.), **degli obblighi di documentazione delle operazioni sociali** (relativi alla regolare tenuta della contabilità ed alla formazione del bilancio) e **dei doveri di garantire il regolare funzionamento degli organi sociali** (quanto alla convocazione dell'assemblea ed esecuzione delle delibere assembleari conformi alla legge e all'atto costitutivo).

Resta fermo che *«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, dunque, *«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»*.<sup>30</sup> Si tratta dell'applicazione della *business judgement rule*, *«la quale - prima e dopo la riforma si risolve in ciò, che le scelte gestionali compiute dagli amministratori sono in se stesse insindacabili (a partire da Cass. 12 novembre 1965, n. 2539 per arrivare fino a Cass. 12 febbraio 2013, n. 3409, e da ultimo a Cass. 2 febbraio 2015, n. 1783), salvo non si tratti di operazioni che, se valutate ex ante, si rivelino manifestamente avventate ed imprudenti»* (Cassazione Civile, Sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441).

In linea con tale *visione personalizzata della diligenza gestoria*<sup>31</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»*.

Con riferimento alle **società a responsabilità limitata**<sup>32</sup>, la responsabilità degli amministratori verso la società è delineata dall'art.2476 c.c.<sup>33</sup>, *senza riproporre*

<sup>30</sup> Cass. Civ., Sez. I, Sentenza n. 3409 del 12/02/2013, Rv. 625022; cfr. Cass. Civ. 28 aprile 1997, n. 3652; Cass. Civ. 12 agosto 2009, n. 18231.

<sup>31</sup> Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., Sez. I, 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).

<sup>32</sup> Numero di SRL e di addetti al dicembre 2016 (dati infocamere) :

Natura Giuridica	Registrate	Attive	Addetti tot.
------------------	------------	--------	--------------

espressamente i parametri della *diligenza* richiesta dalla *natura dell'incarico* e dalla *specificata competenza* posseduta, previsti dall'art. 2392 c.c., né il richiamo alla *diligenza del mandatario*<sup>34</sup>. 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>35</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,

SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA	1.236.630	842.982	6.357.965
SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA A CAPITALE RIDOTTO	8	5	14
SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA CON UNICO SOCIO	183.466	126.978	1.329.406
SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA SEMPLIFICATA	129.551	81.433	213.927

<sup>33</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 rappresentino 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>34</sup> Per le società di persone, per gli **amministratori della società in nome collettivo**, come per quelli della **società semplice**, è possibile fare **riferimento generale al mandato** (art. 1703 c.c. e seguenti che regolano il rapporto tra società e amministratori nonché i loro diritti e obblighi), alle cui regole rinvia l'articolo 2260 codice civile. In base al rinvio generale alle norme della società semplice (cfr. art. 2293 c.c.), la società in nome collettivo è amministrata da uno o più soci in base alle seguenti modalità: **amministrazione disgiuntiva** (ex artt. 2293, 2257 c.c., per cui ciascun amministratore compie singolarmente gli atti di amministrazione ma prima che l'operazione sia compiuta, ciascun socio amministratore può opporsi, rinviando alla decisione dei soci in base alla partecipazione agli utili); **amministrazione congiuntiva** (ex artt. 2293, 2258 c.c. ovvero di tutti i soci amministratori, ovvero, se previsto, a maggioranza in base alla partecipazione dei soci amministratori agli utili; sono riservati ai singoli amministratori gli atti urgenti finalizzati ad evitare un danno alla società). Inoltre, gli amministratori sono **solidalmente responsabili** verso la società per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale, salvo per l'amministratore che dimostri di essere esente da colpa (artt. 2293, 2260, comma 2, c.c.). Ai sensi dell'art. 2298 c.c., l'amministratore che ha la rappresentanza della società, può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale. Le **limitazioni al potere di rappresentanza**, che risultano dall'atto costitutivo o dalla procura, non sono opponibili ai terzi, se non sono iscritte nel registro delle imprese o se non si prova che i terzi ne hanno avuto conoscenza. Il **carattere personale** della società in nome collettivo è esaltato all'art. 2301 c.c. (il socio non può esercitare attività commerciale, anche indiretta, concorrenziale a quella della società, ovvero essere socio illimitatamente responsabile di una società concorrente). La disciplina delle **società in accomandita semplice**, a sua volta, rinvia (cfr. art. 2315 c.c.) a quella della società in nome collettivo (nei limiti della compatibilità con le norme specifiche) e dunque a quelle sul mandato, circostanza rilevante per i regimi di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva, per la responsabilità solidale e gli effetti della limitazione del potere di rappresentanza.

<sup>35</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».

comma 2, c.c.). Come è stato osservato<sup>36</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*».

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>37</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 fallimentare<sup>38</sup>. 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>39</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

---

<sup>36</sup> SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 225.

<sup>37</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>38</sup> 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.

<sup>39</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)*».

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>40</sup>.

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 **situazioni 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**.

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

#### Prospettiva civilistica.

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, di avocazione e valutativi**, resi significativi ed attuali dai *flussi informativi* (comunicazioni generali, relazioni, piani strategici, industriali e finanziari) *provenienti e ricevuti dai delegati* (arg. ex art. 2381, comma 3, c.c.). I flussi da ultimo indicati *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. In altre parole, **in presenza di allarmanti informazioni ricevute**, esiste un preciso *dovere giuridico di acquisire notizie* (vale a dire di informarsi) in funzione del *diligente esercizio dei poteri di indirizzo, avocazione e valutazione* affidati agli amministratori non esecutivi. Anche il *procedimento di deresponsabilizzazione disciplinato dall'articolo 2392, comma 3, c.c.*, presuppone che esso, oltre ad essere *formalizzato* (annotazione senza ritardo del suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio ed immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale), sia *immune da colpa*.

Come ha ben sintetizzato recente arresto giurisprudenziale (Cassazione Civile, Sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441) «[...] *la responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da trasmodare nei fatti in responsabilità oggettiva, ma deve riconnettersi*

---

<sup>40</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 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).

alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa. In definitiva gli amministratori (i quali non abbiano operato) rispondono delle conseguenze dannose della condotta di altri amministratori (i quali abbiano operato) soltanto qualora **siano a conoscenza di necessari dati di fatto tali da sollecitare il loro intervento, ovvero abbiano omesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari ad agire informati**. Ne discende che, nel contesto normativo attuale, gli amministratori non operativi **rispondono per non aver impedito "fatti pregiudizievoli" dei quali abbiano acquisito in positivo conoscenza** (anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi dell'art. 2381 c.c., comma 3) **ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo posto dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c.:** per il che occorre che la semplice facoltà di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" sia **innescata**, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze": altrimenti si ricadrebbe nella configurazione di un generale obbligo di vigilanza che la riforma ha invece volutamente eliminato<sup>41</sup>.

La situazione è diversa per i **consiglieri non esecutivi di società bancarie: più intenso è il loro dovere di agire informato e, prima, quello di informarsi**<sup>42</sup>. Non paiono

---

<sup>41</sup> 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'adeguata 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". Così Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 22848 del 09/11/2015, Rv. 637769.

<sup>42</sup> RIGANTI, *Gli amministratori «non esecutivi» nella governance delle banche*, in Atti del VIII convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "orizzonti del diritto commerciale" "il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti" Roma, 17-18 febbraio 2017.



sussistere dubbi sul fatto che il principio dell'«agire informati» nella società bancaria si pone in termini derogatori delle previsioni tipiche della disciplina comune.

La prospettiva anzidetta, «secondo cui in presenza di un assetto organizzativo adeguato, gli amministratori non operativi possono affidarsi alle informazioni rese dai delegati, salvo che queste siano tali da porre sull'avviso gli amministratori in ragione della diligenza dovuta, risulta [...] coerente esclusivamente in sistemi ordinamentali in cui i **doveri degli amministratori deleganti** si collocano sul piano di un'attività di valutazione ed indirizzo e non su un piano operativo. Ciò significa che laddove gli stessi siano investiti anche di **competenze operative correlate a poteri informativi maggiormente incisivi**, come nel sistema bancario - in cui l'obiettivo di conseguire una sana e prudente gestione permea l'intera disciplina e dunque anche la governance, ed in particolare il rapporto tra amministratori deleganti ed esecutivi - il **dovere di agire in modo informato dovrà essere inteso in senso più rigoroso**»<sup>43</sup>. Da ciò derivando, pertanto, da un lato, (i) un netto rafforzamento della posizione degli L'art. 53, lett. d), del t.u.b. prevede che la Banca d'Italia in conformità delle deliberazioni del CICR, emani disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto *l'organizzazione amministrativa e contabile ed i controlli interni*. Le disposizioni attuative sono oggi contenute nel nuovo capitolo I, titolo IV, Parte I, della circolare n. 285 del 17/12/2013, con cui la Banca d'Italia ha dato attuazione alla Dir. 2013/36/UE (c.d. "CRD IV")<sup>44</sup>.

Se per tutte le imprese **efficaci assetti organizzativi e di governo societario** costituiscono condizione essenziale per il perseguimento degli obiettivi aziendali, per le **banche** essi assumono **particolare rilievo** in ragione delle caratteristiche che connotano l'attività bancaria e degli interessi pubblici ad essa sottesi, dovendo rispondere agli interessi dell'impresa ma anche assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza<sup>45</sup>.

Particolarmente decisivo, in tal senso, è il **ruolo e il funzionamento degli organi di amministrazione e controllo** e il rapporto di questi con la struttura aziendale; esse formano parte integrante di un più ampio sistema normativo riguardante altri aspetti rilevanti dell'organizzazione e del governo societario, quali i controlli sugli assetti proprietari e sulle modificazioni statutarie, il sistema dei controlli interni, la gestione dei rischi, i requisiti degli esponenti aziendali, le operazioni con parti correlate e più in generale i conflitti di interesse, il contrasto al riciclaggio nonché gli obblighi di *disclosure* verso gli investitori e il mercato e la disciplina speciale prevista per le società quotate e per le attività e i servizi di investimento.

In tale contesto settoriale, i **componenti non esecutivi** del consiglio di amministrazione devono: «1. **acquisire, avvalendosi dei comitati interni, ove presenti, informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale, dal management, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo;** 2. essere **fattivamente impegnati nei compiti loro affidati, anche sotto il profilo della disponibilità di tempo;** 3. **partecipare ai processi di nomina e revoca dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo**».

E' stato osservato in proposito: «La Circolare 285 rivisita, in profondità, il tema delle deleghe di gestione all'interno del consiglio di amministrazione, secondo un'impostazione intesa a **consegnare all'organo di supervisione strategica un ruolo nevralgico fin dalla predisposizione di idonei assetti di governo e di controllo della società, oltreché nella verifica della corretta attuazione degli stessi e nell'eventuale**

<sup>43</sup> SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, Le Società, 2/2017.

<sup>44</sup> FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di "organo con funzione di supervisione strategica"*, in Banca, borsa, tit. cred., 4, 2015, 485 ss.

<sup>45</sup> Sul tema del governo societario in seno alle imprese bancarie si vedano: FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, atti del Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11 "REGOLE E MERCATO", Siena, 7-9 aprile 2016; GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, in Diritto della banca e del mercato finanziario, 4/2016, p. 787.

assunzione di **idonee soluzioni** in caso di possibili lacune o inadeguatezze. In materia, [...], le disposizioni regolamentari precisano, da un lato, il **contenuto delle deleghe conferite all'organo gestorio** (da determinarsi «in modo analitico e (...) caratterizzate da chiarezza e precisione, anche nell'indicazione dei limiti quantitativi o di valore e delle eventuali modalità di esercizio») e prospettano, dall'altro, una profonda rivisitazione della questione, affermando come, ferme le attribuzioni *ex lege* non delegabili, spettino alla funzione di supervisione strategica – non potendo pertanto costituire oggetto di «incarico» agli esecutivi – alcuni compiti a ben vedere cruciali per le dinamiche di controllo interno, quali sono quelli relativi (i) alla predisposizione di assetti organizzativi adeguati, (ii) alla costituzione di eventuali comitati interni agli organi aziendali e (iii) alla nomina e alla revoca – sentito l'organo con funzione di controllo – dei responsabili delle funzioni di revisione interna, di conformità e di controllo dei rischi (v. sul punto Circolare 285, Parte Prima.IV.1.9, lett. b) ed e). [...] La prima tematica esposta – relativa al coinvolgimento della supervisione strategica, e cioè di tutti gli amministratori, esecutivi e non, nella fase di strutturazione dell'assetto societario – prospetti alcuni potenziali distinguo dalla disciplina dettata per le società di diritto comune, capaci di apportare una concreta riformulazione alla natura dell'incarico amministrativo nelle società bancarie. In particolare, l'intervento dell'Autorità di Vigilanza, in quanto **attributivo di importanti mansioni altresì ai componenti deleganti del consiglio**, parrebbe finanche in disaccordo con le strutture di governo societario disegnate dal codice civile, e ciò, in primis, con riferimento al tema degli assetti organizzativi adeguati e al noto binomio funzionale – nella disciplina settoriale sempre più indebolito – tra «valutazione» (dei deleganti) e «cura» (dei delegati), sul punto stabilito dall'art. 2381 cod. civ. Ciò non bastasse, l'esplicita richiesta della Vigilanza di prevedere un contributo fattivo dei diversi consiglieri, parrebbe comportare alcune conseguenze degne di nota, restando da approfondire, innanzitutto, come una tale previsione «impatti (...) sulla responsabilità dei componenti non esecutivi del consiglio di amministrazione ora gravati da nuovi compiti». In particolare, a porsi a mo' di elemento problematico della rinnovata disciplina enucleata dalla Circolare 285 sarebbe proprio **l'assegnazione, anche ai consiglieri non esecutivi, di ruoli e mansioni operative** che – di natura decisoria o di fatto finanche gestionale, **soprattutto in tema di controlli interni** – risulterebbero non pienamente inquadrabili all'interno della fattispecie di cui all'art. 2381 cod. civ., oltretutto in parziale disaccordo con la funzione monitoring – nel settore bancario sistematicamente rivista a favore di un maggiore coinvolgimento diretto degli amministratori privi di deleghe – normalmente ricoperta dal c.d.a.»<sup>46</sup>.

Si profilano poteri ispettivi dei singoli amministratori deleganti (potere ipotizzato della Circolare 285 con l'espressione «acquisizione» delle informazioni), secondo un impianto regolamentare in astratto idoneo a legittimare un intervento di vigilanza diretto da parte degli amministratori non esecutivi sull'operato dei delegati, in deroga con quanto previsto dalla disciplina di diritto comune, ma in linea con la finalità di attuare una più netta responsabilizzazione degli amministratori tutti, attenuando il ruolo del consiglio di amministrazione quale «filtro» nella dialettica informativa tra esecutivi e non<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> RIGANTI, *Gli amministratori «non esecutivi» nella governance delle banche*, op. cit., il quale individua nel netto accrescimento degli strumenti di informazione attribuiti agli amministratori non esecutivi quale punctum dolens della normativa regolamentare della Circolare 285, osservando: «previsione, questa, che – sebbene in parte condivisibile, in quanto diretta a scongiurare una sostanziale de-responsabilizzazione degli amministratori sprovvisti di delega per il tramite di un netto potenziamento dell'aspetto riflessivo del dovere informativo loro imposto – a ben vedere andrebbe contestualizzata con particolare attenzione, in quanto altrimenti capace di aprire le porte alla configurazione di un vero e proprio potere-dovere informativo rafforzato in capo agli amministratori non esecutivi, con conseguente innalzamento della diligenza professionale loro richiesta e correlate ricadute sul piano della loro responsabilità, a tal punto ampliata da risultare finanche «appiattita» su quella dei delegati.

<sup>47</sup> Per una lettura critica cfr. Riganti, op. cit.

Nelle banche intermedie è costituito il “comitato rischi”<sup>48</sup>. Anche tale organo si inserisce nel quadro dell’irrobustimento dei compiti di supervisione attribuiti ai consiglieri deleganti, indipendenti e non, i quali divengono destinatari di un obbligo di vigilanza rafforzato sulla componente delegata, da compiersi o in via autonoma o per il tramite del c.d. comitato rischi, la cui costituzione risulta obbligatoria in presenza di realtà intermedie. La Circolare n. 285 del 2013 dedica particolare attenzione a tale «diramazione interna» all’organo con funzione di supervisione strategica, «*stabilendone tanto le caratteristiche strutturali quanto quelle specifiche mansioni che, analiticamente definite, dovrebbero pur sempre appartenere ad un alveo istruttorio-consulenziale e propositivo, non potendo comportare, in nessun caso, alcuna «limitazione dei poteri decisionali e della responsabilità degli organi aziendali al cui interno sono costituiti»*»<sup>49</sup>. Tale comitato endo-consiliare svolge **funzioni di supporto** all’organo con funzione di supervisione strategica in materia di rischi e sistema di controlli interni<sup>50</sup>. Deve riporre particolare attenzione alle attività strumentali e necessarie affinché l’organo con funzione di supervisione strategica possa addivenire ad una corretta ed efficace determinazione del RAF (“risk appetite framework”) e delle politiche di governo dei rischi<sup>51</sup>. Scambia con l’organo con funzione di controllo tutte le informazioni di reciproco interesse e, ove opportuno, si coordina per lo svolgimento dei rispettivi compiti. Per agevolare tale scambio, almeno un componente dell’organo con funzione di controllo partecipa ai lavori del comitato. Il comitato identifica altresì tutti gli ulteriori flussi informativi che a esso devono essere indirizzati in materia di rischi (oggetto, formato, frequenza ecc.) e deve poter accedere alle informazioni aziendali rilevanti.

Il **presidente del consiglio di amministrazione**, infine, svolge una funzione cruciale per garantire il buon funzionamento del consiglio, favorire la dialettica interna e assicurare il bilanciamento dei poteri, in coerenza con i compiti in tema di organizzazione dei lavori del consiglio e di circolazione delle informazioni che gli vengono attribuiti dal codice civile<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, Parte Prima - Recepimento in Italia della CRD IV Titolo IV - Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi Capitolo 1 - Governo societario Sezione IV - Composizione e nomina degli organi sociali paragrafo 2.3.3 Comitato rischi. Cfr. Riganti, *op. cit.*, comitato

<sup>49</sup> RIGANTI, *op. cit.*

<sup>50</sup> Il comitato: — **individua e propone**, avvalendosi del contributo del comitato nomine, **i responsabili delle funzioni aziendali di controllo da nominare**; — **esamina** preventivamente i programmi di attività (compreso il piano di audit) e **le relazioni annuali delle funzioni aziendali di controllo** indirizzate all’organo; — esprime valutazioni e formula pareri all’organo sul rispetto dei principi cui devono essere uniformati il sistema dei controlli interni e l’organizzazione aziendale e dei requisiti che devono essere rispettati dalle funzioni aziendali di controllo, portando all’attenzione dell’organo gli eventuali punti di debolezza e le conseguenti azioni correttive da promuovere; a tal fine valuta le proposte dell’organo con funzione di gestione; — contribuisce, per mezzo di valutazioni e pareri, alla definizione della politica aziendale di esternalizzazione di funzioni aziendali di controllo; — **verifica che le funzioni aziendali di controllo si conformino correttamente alle indicazioni e alle linee dell’organo** e coadiuva quest’ultimo nella redazione del documento di coordinamento previsto dal Tit. IV, Cap. 3; — **valuta il corretto utilizzo dei principi contabili per la redazione dei bilanci d’esercizio e consolidato**, e a tal fine si coordina con il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e con l’organo di controllo. Con particolare riferimento ai compiti in materia di gestione e controllo dei rischi, il comitato svolge funzioni di supporto all’organo con funzione di supervisione strategica: — nella definizione e approvazione degli indirizzi strategici e delle politiche di governo dei rischi. Nell’ambito del RAF, il comitato svolge l’attività valutativa e propositiva necessaria affinché l’organo con funzione di supervisione strategica, come richiesto dal Tit. IV, Cap. 3, possa definire e approvare gli obiettivi di rischio (“Risk appetite”) e la soglia di tolleranza (“Risk tolerance”); — nella verifica della corretta attuazione delle strategie, delle politiche di governo dei rischi e del RAF; — nella definizione delle politiche e dei processi di valutazione delle attività aziendali, inclusa la verifica che il prezzo e le condizioni delle operazioni con la clientela siano coerenti con il modello di business e le strategie in materia di rischi. Ferme restando le competenze del comitato remunerazioni, il comitato accerta che gli incentivi sottesi al sistema di remunerazione e incentivazione della banca siano coerenti con il RAF.

<sup>51</sup> I membri del comitato devono possedere conoscenze, competenze ed esperienze tali da poter comprendere appieno e monitorare le strategie e gli orientamenti al rischio della banca. Il comitato deve potersi avvalere di esperti esterni e - ove necessario - interloquire direttamente con le funzioni di revisione interna, controllo dei rischi e conformità alle norme.

<sup>52</sup> Un ruolo analogo, volto a favorire la dialettica con la funzione di gestione, deve essere rivestito nel modello dualistico dal **presidente dell’organo al quale sia attribuita la funzione di supervisione strategica**. Qualora quest’ultima sia assegnata al consiglio di sorveglianza, è in particolare necessario che il presidente dell’organo mantenga una posizione di equidistanza tra le diverse funzioni svolte, in modo da assicurare un raccordo obiettivo e imparziale tra le stesse. Il presidente, infatti, promuove l’effettivo funzionamento del sistema di governo societario, garantendo l’equilibrio di poteri

Da tale quadro regolamentare, emergono doveri di particolare pregnanza in capo al **consiglio di amministrazione delle aziende bancaria**, che si incentrano, per l'intero organo collegiale, nel **compito di monitoraggio e valutazione della struttura operativa**.

In particolare, il **dovere di agire in modo informato** gravante sui consiglieri non esecutivi è «*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)<sup>53</sup>. 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 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 adottare "con tempestività idonee misure correttive" "nel caso emergano carenze o anomalie"<sup>54</sup>.

Nell'ambito delle società bancarie, dunque, il **dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi** ha un'estensione ed un meccanismo di innesco peculiari: «*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*

---

rispetto all'amministratore delegato e agli altri amministratori esecutivi; si pone come interlocutore dell'organo con funzione di controllo e dei comitati interni. A tal fine egli, oltre a possedere le caratteristiche richieste agli amministratori, deve avere le specifiche competenze necessarie per adempiere ai compiti che gli sono attribuiti. Per svolgere efficacemente la propria funzione, il presidente deve avere un **ruolo non esecutivo e non svolgere, neppure di fatto, funzioni gestionali**. Secondo quanto emerge dalla Circolare 285 (Parte Prima - Recepimento in Italia della CRD IV Titolo IV - Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi Capitolo 1 - Governo societario Sezione V - Funzionamento degli organi, flussi informativi e ruolo del presidente): «2.2 *Linee applicative a. Il presidente del consiglio di amministrazione garantisce l'efficacia del dibattito consiliare e si adopera affinché le deliberazioni alle quali giunge il consiglio siano il risultato di un'adeguata dialettica e del contributo consapevole e ragionato di tutti i suoi componenti. A questi fini, il presidente provvede affinché: i) ai consiglieri sia trasmessa con congruo anticipo la documentazione a supporto delle deliberazioni del consiglio o, almeno, una prima informativa sulle materie che verranno discusse; ii) la documentazione a supporto delle deliberazioni, in particolare quella resa ai componenti non esecutivi, sia adeguata in termini quantitativi e qualitativi rispetto alle materie iscritte all'ordine del giorno. b. Nella predisposizione dell'ordine del giorno e nella conduzione del dibattito consiliare il presidente assicura che siano trattate con priorità le questioni a rilevanza strategica, garantendo che ad esse sia dedicato tutto il tempo necessario. c. E' buona prassi, soprattutto per le banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, prevedere occasioni – ad esempio 1 o 2 volte l'anno – di incontro tra tutti i consiglieri, anche al di fuori della sede consiliare, per approfondire e confrontarsi sulle questioni strategiche. Il presidente promuove queste pratiche e richiede la partecipazione di tutti i consiglieri a queste occasioni. d. Il presidente assicura che: i) il processo di autovalutazione sia svolto con efficacia, le modalità con cui esso è condotto siano coerenti rispetto al grado di complessità dei lavori del consiglio, siano adottate le misure correttive previste per far fronte alle eventuali carenze riscontrate; ii) la banca predisponga e attui programmi di inserimento e piani di formazione dei componenti degli organi e, laddove tenuta, piani di successione delle posizioni di vertice dell'esecutivo. e. Il presidente favorisce in modo neutrale la dialettica tra componenti esecutivi e non esecutivi e sollecita la partecipazione attiva dei componenti non esecutivi ai lavori del consiglio. Non può essere membro del comitato esecutivo; se utile per assicurare un efficace raccordo informativo tra la funzione di supervisione strategica e quella di gestione, può partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni del comitato esecutivo. Al presidente del collegio sindacale si applicano le linee applicative a, b, d. Nelle banche che adottano il modello dualistico: — al presidente del consiglio di sorveglianza si applicano le linee applicative a, b, c, d.»*

<sup>53</sup> Non manca chi parla di «tendenziale e preoccupante (oltreché rinnovata?) oggettivizzazione della responsabilità derivante dall'incarico gestorio nelle s.p.a. bancarie, secondo uno schema capace di ricollegare il disposto dell'art. 2392 cod. civ. tout court alla qualifica di amministratore, rimettendo alla distinzione tra delegati e deleganti, al più, la sola determinazione della diversa misura della sanzione irrogata (v., sul punto, Cass., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656 e Cass., Sez. II, 5 agosto 2016, n. 16587)» (così Riganti, *Gli amministratori «non esecutivi» nella governance delle banche*, in Atti del VIII convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "orizzonti del diritto commerciale" "il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti" Roma, 17-18 febbraio 2017.

<sup>54</sup> Cfr. Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, Parte I – Recepimento in Italia della CRD IV Titolo IV - Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi Capitolo 3 – Il sistema dei controlli interni Sezione II – Il ruolo degli organi aziendali 11° aggiornamento.

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)<sup>55</sup>.

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 *specifico competenza*, egli risponde del *mancato utile attivarsi* (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 22848 del 09/11/2015, Rv. 637769)<sup>56</sup>.

### 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 oggetto di 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 (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

---

<sup>55</sup> Risulta così configurato un potere-dovere informativo rafforzato in capo agli amministratori non esecutivi, con innalzamento della diligenza professionale loro richiesta e correlate ricadute sul piano della loro responsabilità, assimilata a quella dei delegati. Tendenza sostenuta dalla normativa regolamentare della Banca d'Italia e che non ha mancato di ricevere aspre critiche di parte della dottrina (cfr. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in Banca borsa tit. cred., 2015, p. 707 e ss.) che ha opposto l'insuperabilità del principio della netta distinzione di poteri e quindi di responsabilità tra amministratori senza deleghe e amministratori esecutivi ed ha escluso che il consigliere senza deleghe possa avere poteri ispettivi (cfr. art. 2381, comma 6), potendo soltanto in consiglio chiedere informazioni e valutare la gestione soltanto sulla base delle informazioni ricevute. In tal senso, «Egli deve agire informato e non può certo adagiarsi in ricezione passiva, ma non ha e non può avere il rapporto diretto con l'operatività aziendale e il dialogo diretto con la struttura che solo agli esecutivi compete e che fonda, dunque, una loro individuale e specifica responsabilità. Un sistema chiarificatore espressamente voluto dal legislatore della riforma che nessuna normativa secondaria può modificare e che non può non riflettersi anche sul piano sanzionatorio».

<sup>56</sup> La più recente giurisprudenza di merito e legittimità afferma il principio per cui gli amministratori deleganti hanno un costante potere-dovere di controllo attivo sugli organi delegati (che operano per conto dell'organo collegiale, alle cui direttive devono uniformarsi). In ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost. il principio dell'«agire informati» nella società bancaria viene ad operare in chiave derogatoria della disciplina comune, essendo ricollegato, più che alle segnalazioni degli amministratori deleganti attraverso i rapporti dei quali essi sono per legge onerati, «alla necessaria conoscenza, da parte di tutto il board, del business bancario» (così in senso critico Riganti, *op. cit.*). Sempre in tema, cfr. Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in [www.dirittoegustizia.it](http://www.dirittoegustizia.it), con nota di TANTALO L. Gli amministratori di banca rispondono degli illeciti in modo del tutto automatico?

l'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 ommesso di attivarsi per scongiurarlo*<sup>57</sup>. 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<sup>58</sup>, 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<sup>59</sup>. 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 ommesso di attivarsi per scongiurarlo. Dunque, occorre l'effettiva conoscenza del "segnale di allarme", non già la mera conoscibilità.

Non solo, per dare senso e concretezza al **dolo eventuale**<sup>60</sup> più volte invocato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione come parametro minimo per la riferibilità

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 3708/12 del 30 novembre 2011, Ballatori e altri, Rv. 252945; in applicazione del principio, la S.C. ha confermato la decisione con cui i giudici di merito avevano affermato la responsabilità degli amministratori di una società (nella specie un istituto bancario) in ordine ai reati di concorso in bancarotta, con l'indicazione puntuale dei predetti segnali, sulla consapevolezza di questi ultimi in relazione alle condotte illecite poste in essere dal direttore e dal presidente, condotte che contribuivano ad avallare mediante ratifica delle stesse; In senso conforme Cass. Pen., Sez. 5, n. 32352 del 7 marzo 2014, Tanzi e altri, Rv. 261938; Id., n. 36595 del 16 aprile 2009, Bossio ed altri, Rv. 245138. Si è ritenuto che « non può ritenersi esente l'amministratore che abbia accolto il deficit informativo passivamente [...] l'art. 2381, comma 6, c.c.esprime l'obbligo di puntuale informazione nello svolgimento del mandato gestorio, obbligo che è oggi nitidamente articolato nella norma formulata con la riforma portata dal d.lg. n. 6 del 2003. Ma esso era agevolmente rinvenibile anche in precedenza nel più generico dovere di impedire l'evento pregiudizievole di cui si erano riscontrati segnali perspicui, come rilevabile dal dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione (menzionato dall'abrogato art. 2392, comma 3, c.c.) (Cass., sez. 5, 29 marzo 2012, n.23091, C.E.D. Cass., n. 252803).

<sup>59</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 23838 del 4 maggio 2007, P.M. in proc. Amato e altri, Rv. 237251. La pronuncia aderisce alla tesi prevalente secondo la quale, salvo diversa previsione statutaria, i singoli amministratori deleganti non possono chiedere informazioni direttamente ai dirigenti e non possono compiere atti individuali di ispezione e controllo presso le strutture aziendali, essendo questi poteri riservati al consiglio, che può esercitarli direttamente oppure delegando il loro esercizio a uno o più suoi componenti o a comitati costituiti nel suo ambito. Contra Trib. Lecce, 2 dicembre 2010, in Vita not., p. 379, secondo cui «il diritto di informazione autonoma sui dati aziendali è implicito nella figura di amministratore (sia pure di minoranza o sprovvisto di delega), essendo a tale figura riconosciuto per legge il potere di amministrazione, il cui effettivo esercizio non è immaginabile separato dall'approfondita conoscenza dei dati aziendali». Sulla permanenza della responsabilità gestoria in capo ai deleganti cfr. Cass., 9 gennaio 2013, n. 319, in Giur. it., 2013, p. 1564, per la quale «la presenza di amministratori con funzioni delegate non comporta che gli altri siano esonerati da responsabilità solidale per i danni derivanti dalla condotta dei primi, in quanto gli amministratori senza delega sono investiti del dovere generale di valutare l'andamento della gestione e la sua violazione comporta il riconoscimento della loro responsabilità, salvo che non sussista la prova che l'amministratore, pur essendosi comportato diligentemente, non abbia potuto in concreto esercitare la dovuta vigilanza a causa del comportamento ostantivo degli altri componenti del consiglio di amministrazione»

<sup>60</sup> In dottrina è diffuso l'orientamento che esclude alcune categorie di reato dalla sfera di applicabilità dell'art. 40, comma 2, c.p. Come ricorda BELTRANI (Art. 40 c.p. in Codice Penale 2015, Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, a cura di Giorgio Lattanzi ed Ernesto Lupu) vengono enucleate due limitazioni (PAGLIARO, Principi, p.g., 365 ss.): «a) la prima è collegata alla formulazione letterale delle norme incriminatrici: il legislatore si muove nella sfera delle formule linguistiche e non nella sfera dei fatti, con la conseguenza che l'art. 40 cpv. risulterà applicabile solo quando la fattispecie, come proposizione linguistica, ricomprenda termini come «cagionare», «procurare» e simili. Ne consegue che l'equivalenza tra il «non impedire» ed il «cagionare» potrebbe operare per fattispecie come l'omicidio (art. 575 c.p.), non anche per quelle che, in termini descrittivi, non siano caratterizzate da riferimenti al «cagionare» et similia (si pensi al peculato — art. 314 c.p. —, alla calunnia — art. 368 c.p. —, all'ingiuria ed alla diffamazione — artt. 594 s. c.p. —, al furto — artt. 624 ss. c.p.); b) la seconda riguarda i reati commessi con dolo indiretto o eventuale; l'imputazione di un evento realizzato attraverso la semplice violazione di un obbligo di attivarsi è consentita soltanto quando il soggetto, attraverso l'omissione, tenda comunque all'evento (come fine ultimo, o come mezzo necessario per il conseguimento del fine ultimo), non anche quando l'agente si rappresenti l'evento come conseguenza necessaria, o possibile, del fatto, poiché il verificarsi dell'evento

psicologica di quell'evento pregiudizievole al soggetto attivo del reato, occorre che il dato indicativo del rischio di verificazione 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<sup>61</sup>. 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*: omesso di agire) per colpa.

#### 2.4. L'amministratore di fatto.

Nella riflessione della **Cassazione civile**, superando un iniziale contrario orientamento<sup>62</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**<sup>63</sup> e **non** si esauriscano, quindi, nel **compimento di isolati atti, di natura eterogenea e ed occasionale**<sup>64</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 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*

---

*stesso in conseguenza dello svolgimento naturale di altri, distinti, processi causali non rappresenterebbe la proiezione esterna del volere del soggetto agente».*

<sup>61</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 23000/13 del 5 ottobre 2012, Berlucchi e altri.

<sup>62</sup> Cass., 12.1.1984, n. 234.

<sup>63</sup> Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 28819 del 05/12/2008, Rv. 606070.

<sup>64</sup> Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 9795 del 14/09/1999, Rv. 530052. 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 numerosi 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.

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>65</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>66</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<sup>67</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 qualifica o alla funzione»<sup>68</sup>.

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 responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili<sup>69</sup>, rappresentando l'autentico *intranus* dei reati di bancarotta<sup>70</sup>.

Il diritto penale bancario ha anticipato la previsione dell'art. 2639 c.c. atteso che ha statuito con l'art. 135 del d.lgs. n. 385/1993 che «le disposizioni contenute nel titolo XI del libro V del codice civile si applicano a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria».

## 2.5. Il direttore generale

<sup>65</sup> SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 230.

<sup>66</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 alla 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) modera 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>67</sup> Per i principi esposti cfr. *ex multis*, Cass. Pen., Sez.5, n. 35346 del 20 giugno 2013, Tarantino, Rv. 256534; id, n. 39681/2016. 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».

<sup>68</sup> Sez. 5, n. 46962 del 22/11/2007 Ud., dep. 18/12/2007, Rv. 238893.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> Cass. Pen., Sez. 1, Sentenza n. 18464 del 12/05/2006 Ud., dep. 25/05/2006, Rv. 234254.



La figura del direttore generale è caratteristica delle società di capitali<sup>71</sup>, in particolare delle società per azioni di maggiori dimensioni. La nomina di tale figura è facoltativa, salvo per le **imprese bancarie**, per le quali si considera «**organo sostanzialmente necessario**»<sup>72</sup>, espressamente collocato in seno all'alta dirigenza (cfr. art. 69-*bis*, TUB).

In seno a queste ultime, infatti, all'organo con funzione di gestione spetta o sono delegati compiti di **attuazione degli indirizzi** deliberati nell'esercizio della funzione di supervisione strategica (indirizzo e/o di supervisione della gestione sociale) ed il direttore generale, che appartiene all'alta direzione, rappresenta il vertice della struttura interna e come tale partecipa alla funzione di gestione<sup>73</sup>. Oltre alle attribuzioni non delegabili per legge, spettano all'organo con funzione di supervisione strategica e non possono formare oggetto di delega la **nomina e la revoca del direttore generale**<sup>74</sup>. Nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa devono essere formalizzati piani volti ad assicurare l'ordinata **successione** nelle posizioni di vertice dell'esecutivo (tra cui quelle di amministratore delegato, direttore generale) in caso di cessazione per scadenza del mandato o per qualsiasi altra causa, al fine di garantire la continuità aziendale e di evitare ricadute economiche e reputazionali.

Tornando alle società di diritto comune, 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>75</sup>.

La Corte di Cassazione ha ribadito, anche in tempi recenti<sup>76</sup>, 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***»<sup>77</sup>. Le **incertezze sulle caratteristiche proprie delle funzioni** del direttore generale, in particolare *sull'ampiezza* di quelle *decisionali* qualificanti il destinatario della delega<sup>78</sup>, inducono a ritenere che*

---

<sup>71</sup> L'incarico è configurabile anche nelle società di persone (cfr. Trib. Salerno, 10 dicembre 2009, i nGiur. comm., 2011, II, 461 ss.), salva la tematica dell'ammissibilità dell'esercizio di funzioni gestionali da parte di soggetti non soci.

<sup>72</sup> Così DOLMETTA, *Responsabilità ex art.2396 c.c. di direttore generale di fatto di banca (di credito cooperativo)*, in Fall., 2010, 98 ss., 105.

<sup>73</sup> Circolare 285 del 17.12.2013, Parte Prima - Recepimento in Italia della CRD IV Titolo IV - Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi Capitolo 1 - Governo societario.

<sup>74</sup> La nomina e la revoca possono essere attribuite al consiglio di gestione nelle banche che adottano il modello di amministrazione dualistico, quando al consiglio di sorveglianza sono attribuite funzioni di supervisione strategica, ex art. 2409-terdecies, co. 1, lett. f *bis*, del codice civile.

<sup>75</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>76</sup> Sez. 1 Civ., Sentenza n. 23630 del 18/11/2015, Rv. 637686.

<sup>77</sup> Sez. 1 Civ., Sentenza n. 28819 del 05/12/2008, Rv. 606069.

<sup>78</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 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*

con l'art.2396 c.c. 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>79</sup>. In altre parole, il tentativo di procedere ad un'interpretazione estensiva 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<sup>80</sup>.

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,

---

*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'instatore (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>79</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 alcune pronunce 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.

<sup>80</sup> Con necessario grado di approssimazione, deve rilevarsi che tra i compiti ricorrenti associati alla figura del direttore generale ed elencati nello statuto sociale, nell'ambito della esecuzione delle decisioni dell'organo amministrativo, possono annoverarsi: - l'assunzione e gestione del rapporto con il personale dell'impresa; - la vigilanza sul corretto funzionamento del modello organizzativo adottato; - la scelta di fornitori; - la realizzazione di investimenti. Al direttore generale è riconosciuto **ampio potere discrezionale nella scelta delle modalità operative** con cui eseguire le delibere dell'organo amministrativo, alla cui formazione però non concorre; se può intervenire alle riunioni del consiglio di amministrazione, non può contribuire alla formazione delle decisioni assunte, esprimendo solo voti consultivo (cfr. Cass.20 novembre 1990, n. 11208, in, Società, 1991, 473 ). Di regola gli sono affidati compiti di alta gestione dell'impresa sociale, che possono estendersi a **tutti i rami e uffici di essa** - con il limite delle funzioni indelegabili ai sensi dell'art.2381,comma4,c.c.- ammettendosi anche **limitazioni entro determinati settori** dell'alta gestione.

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 *sogetti attivi tipici dei reati fallimentari* previsti dagli articoli 218, 223, 224, 225, 226, 236, comma 2, legge fallimentare. 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 da 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* che valga a definire i contenuti e l'estensione delle mansioni peculiari<sup>81</sup>. Motivo che rende comune la sovrapposizione con la figura dell'amministratore di fatto.

### 3. Organi di controllo delle imprese in crisi

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

Non manca in dottrina l'opinione<sup>82</sup> che **esclude che i sindaci siano gravati dell'obbligo di impedire i reati** dei soggetti che operano in seno all'organismo societario. In termini più radicali si ritiene che il collegio sindacale sia tenuto ad una mera obbligazione di mezzi e non di risultato, non accompagnata dalla contestuale attribuzione di poteri normativi idonei, già in astratto, ad impedire la realizzazione dell'illecito e assolutamente priva di rilievo penale<sup>83</sup>.

In particolare, al collegio sindacale sarebbero affidati doveri di vigilanza, ma non sarebbe titolare di una posizione di garanzia atta a fondare la responsabilità a titolo di concorso omissivo improprio. Piuttosto, la posizione di garanzia dei sindaci venutasi enucleando nell'esperienza giurisprudenziale costituirebbe un *escamotage* per aggirare la prova del contributo concorsuale e incriminare condotte di partecipazione colpevole da parte dei sindaci. L'art. 2407, comma 2, c.c., in tal senso, non avrebbe la portata dirimente usualmente ad esso attribuita, limitandosi a disciplinare il rapporto di causalità tra l'omessa vigilanza e l'evento dannoso, senza parificare l'omissione

---

<sup>81</sup> Alcuni interpreti (BORGIOLI, *I direttori generali di s.p.a.*, Milano, 1975, 165 s.; nello stesso senso DOLMETTA,) sono favorevoli alla astratta configurabilità della figura del **direttore generale di fatto** (in giurisprudenza cfr. Cass.14 settembre1999), in base ad una **nomina tacita**, ossia desunta dall'esercizio in concreto delle funzioni svolte. Controversa è, invece, l'ammissibilità di una **nomina irrituale**, ossia effettuata al di fuori delle due ipotesi indicate dall'art.2396 c.c., dall'organo amministrativo nel silenzio dello statuto sul punto (a favore Cass., 18 luglio 1973, n. 2113, in Foro it., 1973, I, 2988; in dottrina BORGIOLI, *I direttori*, cit., 166; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 229. Contra: Cass. 5 dicembre 2008, n. 28819).

<sup>82</sup> MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di sussidiarietà, di libertà e di responsabilità*, in Riv., it., dir. proc., pen., 2011.

<sup>83</sup> PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 4. Non si esclude la possibilità che il mancato esercizio dei poteri previsti dalla legge possa tradursi in un contributo positivo da parte dei sindaci alla realizzazione dell'altrui reato ma si evidenzia la necessità di provare rigorosamente il nesso di causalità.

all'azione secondo il meccanismo estensivo previsto dall'art. 40, comma 2, c.p.. L'obbligo di controllare la gestione societaria, infatti, **non** sarebbe assistito dall'attribuzione di **poteri impeditivi risolutivi**, provvisti di attitudine ad arrestare l'attività illecita dei gestori societari, segno della mancanza di volontà normativa di riferire ai poteri con cui si esercita il valore di **rimedio essenziale** per contrastare il pericolo dell'evento criminoso. Mancherebbe, in particolare, l'attribuzione da parte dell'ordinamento di poteri di intervento così **penetranti e determinanti** da indurre a considerarli che, già a livello di previsione normativa astratta, **presidi decisivi** del bene da essi tutelato. In assenza di tale connotato, infatti, dovrebbe escludersi che l'omissione possa dirsi provvista di autentica efficienza causale pari all'azione e condizione necessaria di salvezza del bene penalmente protetto: solo in quest'ultima ipotesi, infatti, può affermarsi che «il bene giuridico è proprio nelle mani dell'obbligato»<sup>84</sup>.

L'assenza di autosufficienza impeditiva dei poteri dei sindaci rispetto all'evento delittuoso è apparso argomento fragile alla giurisprudenza e a parte della dottrina. Infatti, «*l'intervento doveroso omesso può essere **condizione necessaria, ancorché non autosufficiente, ad impedire l'illecito in fieri***», come nel caso dei poteri reattivi (impugnazione della delibera, denuncia all'autorità giudiziaria) per impedire l'approvazione di un progetto di bilancio contenente alterazioni e artifici, sia pure con il filtro dell'autorità giudiziaria<sup>85</sup>. Distinta tematica è invece la **difficoltà di offrire la prova, necessaria, dell'accertamento del nesso eziologico tra le omissioni e il reato commesso dai vertici aziendali**<sup>86</sup> «*res[a] compless[a] dal fatto che i sindaci non sono dotati di poteri reattivi in grado di sanare direttamente le eventuali irregolarità riscontrate nell'espletamento del controllo. Al collegio sindacale sono semmai attribuiti **poteri reattivi mediati**, idonei ad innescare dei meccanismi sottoposti al controllo di altri organi, sociali o extrasocietari, e finalizzati a ricondurre l'azione sociale nell'alveo della legalità (quali il potere di impugnazione delle delibere del CDA e di quelle dell'assemblea non prese in conformità della legge o dello statuto, il potere di attivare il procedimento giudiziario ex art. 2409 c.c. o, ancora, la facoltà di convocazione dell'assemblea, laddove si ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia l'urgenza di provvedere ex art. 2406 c.c.). La prova del nesso di causalità desta inoltre difficoltà maggiori se si volge lo sguardo alla tipologia dei poteri di reazione messi a disposizione del sindaco uti singulus; si tratta in tal caso di facoltà cui viene riconosciuta una qualche "attitudine impeditiva"<sup>87</sup> –la quale dovrà essere sempre verificata in concreto ex post – quali il potere-dovere di partecipare attivamente alle riunioni dell'organo gestorio richiamando i manager al rispetto della legge e sollevando dubbi e perplessità in ordine alla legittimità di certe operazioni, o ancora la facoltà di presentare all'assemblea una relazione di minoranza al fine di segnalare la presenza di operazioni sospette e di prendere le distanze dall'operato dell'organo gestorio e dalla linea di condotta dello stesso collegio sindacale*<sup>88</sup>.

I giudici di legittimità, per parte loro, hanno escluso che l'obbligo impeditivo dei sindaci sia limitato ai soli reati propri degli amministratori, configurandosi anche

---

<sup>84</sup> FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 20

<sup>85</sup> FARINA, *I reati fallimentari*, in *Diritto Penale dell'Economia* (a cura di R. Rampioni), Torino 2016, n. 275-276.

<sup>86</sup> Anche la Corte di Cassazione rimarca la necessità che il nesso eziologico tra violazione dei doveri di vigilanza e consumazione del reato sia provato in maniera rigorosa, verificando che il mancato attivarsi da parte del sindaco «abbia avuto effettiva incidenza di contributo causale nella commissione del reato da parte degli amministratori» (Cass., Sez. V, 10 novembre 2005, Barrasso, in *Cass. pen.*, 2007, 735 ss).

<sup>87</sup> CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2007, 281.

<sup>88</sup> RAIMONDO, *La posizione di garanzia del collegio sindacale a posizione di garanzia del collegio sindacale a posizione di garanzia del collegio sindacale nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Archivio Penale*, 2012, n. 1, che osserva in nota: «Quanto al potere-dovere di intervento attivo alle riunioni del CDA e del comitato esecutivo, la dottrina ritiene che esso sia implicitamente riconosciuto dalla norma che impone ai sindaci doveri di presenza (art. 2405 c.c.). A tal proposito, si osserva che "non avrebbe senso prescrivere che i sindaci assistano muti alle riunioni per esprimere a posteriori l'eventuale proprio dissenso", FORTUNATO, *Poteri e doveri del collegio sindacale nelle società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 52»

rispetto agli illeciti comuni, tenuto conto degli ampi doveri di vigilanza ex art. 2403 c.c. e dell'attitudine dei reati comuni di ledere interessi rispetto ai quali i sindaci sono considerati garanti<sup>89</sup>. Proprio l'art. 2407 c.c. accredita il convincimento per cui i sindaci sono garanti rispetto all'interesse della società e dei creditori sociali a che il patrimonio sociale non sia depauperato, ma anche rispetto ad interessi patrimoniali propri dei singoli soci e dei terzi. Infatti, al comma terzo (disciplina dell'azione di responsabilità contro i sindaci) rinvia anche all'art. 2395 c.c., il quale prevede il diritto del socio o del terzo, danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori, di esperire l'azione indipendentemente dal fatto che vi sia stata o meno lesione del patrimonio sociale<sup>90</sup>.

Volendo premettere un inquadramento schematico dei confini entro i quali è ipotizzabile, per la giurisprudenza, il **concorso dei sindaci<sup>91</sup> 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 delle decisioni dell'organo deliberativo*, 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>92</sup>**.

In sintesi, questa la più **complessa argomentazione<sup>93</sup>**: (i) i sindaci sono gravati di **obblighi di controllo e di vigilanza** delineati dall'**art.2403 c.c.**, norma che, letteralmente,

---

<sup>89</sup> Cass., Sez. Fer., 31 agosto 1993, Minelli, in Cass. pen., 1994, 716. Cass., Sez. II, 12 febbraio 2009, Frattini; Cass., Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni, in Cass. pen., 1991, vol. I, 828; Id., Sez. V, 28 febbraio 1991, Cultrera e altri, in Mass. Uff., n. 186890; Id., Sez. V, 22 aprile 1998, Bagnasco e altri, ivi, n. 211368

<sup>90</sup> RAIMONDO, *op.cit.*

<sup>91</sup> Il Collegio sindacale è nominato dall'atto costitutivo e successivamente dall'assemblea. In alternativa al sistema tradizionale (impennato sull'esistenza di Consiglio di Amministrazione, Collegio Sindacale e Società di Revisione) può utilizzarsi anche il "sistema dualistico" (che prevede un Consiglio di Sorveglianza ed un Consiglio di Gestione) o il "sistema monistico", che prevede un Consiglio di Amministrazione al cui interno si distingue un Comitato di amministratori indipendenti preposti al controllo della gestione. Il decreto competitività (D.L. 91/2014) ha abrogato la previsione dell'art. 2477 c.c. che imponeva alle s.r.l. con capitale sociale non inferiore a quello minimo stabilito per le s.p.a. (ora pari a 50.000 euro) di nominare un collegio sindacale. Inalterate, inoltre, le altre circostanze in presenza delle quali la s.r.l. è obbligata alla nomina di un collegio sindacale: a) s.r.l. tenuta alla redazione del bilancio consolidato; b) s.r.l. che controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti c) s.r.l. che per due esercizi consecutivi ha superato due dei seguenti limiti: totale attivo: 4.400.000 euro; ricavi: 8.800.000 euro; media dipendenti: 50 unità.

<sup>92</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, comma 2, c.p. (cfr. Cass., Sez. 5 pen., n. 5927/1990; Id., 15850/1990; Id., n. 3949/1991; Id., n. 8327/1998).

<sup>93</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

riconnette al collegio sindacale la **funzione identitaria** di *vigilare sull'osservanza delle legge e 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** della gestione sociale (dunque non solo gli aspetti estrinseci e formali ma anche la 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 di controllo ed ispettivi** attribuiti ai sindaci, sia individualmente sia come collegio<sup>94</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>95</sup>; (v) l'**art. 2403-bis c.c.**, per vero, non esaurisce i doveri attribuiti ai sindaci che, correlandosi ai molteplici doveri di controllo cui essi sono tenuti, si esprimono in **poteri reattivi**, sono numerosi e disposti in **diverse norme del codice civile**<sup>96</sup>; (vi) ai sensi dell'**art. 2407, comma 1, c.c.**, oltre ad essere *responsabili della*

---

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, comma 2, c.p. in clausola generale di trasposizione penale di tutti gli obblighi, rendendoli fonte onnivora di responsabilità penale. FIANDACA-MUSCO (Diritto, p.g. 594 s.), in particolare, lamenta che «un'indiscriminata applicazione, a tutte le fattispecie omissive, del principio della "equivalenza", avrebbe come effetto di ampliare in maniera "ipertrofica" il sistema delle incriminazioni» e che «con ciò si finirebbe però col disattendere le stesse scelte legislative di politica criminale, e risulterebbero quindi violati i limiti in cui è predisposta la stessa tutela legale dei beni penalmente protetti». Sono state dunque prospettate alcune limitazioni. L'art. 40, comma 2, presupponendo la realizzazione di un reato di evento, sarebbe concettualmente incompatibile: i) con i reati omissivi propri, tipizzati con riferimento ad una specifica condotta omissiva; b) con i reati di pura condotta, nei quali difetta un evento in senso naturalistico; c) con i reati abituali, che richiedono una reiterazione di comportamenti; d) con i delitti c.d. di mano propria, la cui fattispecie richiede una condotta positiva di carattere esclusivamente personale.

<sup>94</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. Per rendere effettivi tali poteri deve ricordarsi che incombe sui sindaci l'obbligo di *partecipare alle riunioni* del collegio sindacale e di *assistere alle adunanze* del consiglio di amministrazione, alle assemblee ed alle riunioni del comitato esecutivo (art. 2405 c.c.); obblighi e doveri la cui trasgressione ingiustificata e ripetuta è punita con la decadenza. L'art. 2429 c.c., inoltre, nell'ottica di stimolo del potere di chiedere informazioni sulla gestione sociale, prevede l'obbligo degli amministratori di comunicare al collegio sindacale il bilancio almeno trenta giorni prima della data fissata per la discussione in assemblea. Il collegio deve tenere conto nella propria relazione all'assemblea (ex art. 2429 c.c.) delle eventuali denunce che siano state ad esso presentate da soci che ritengano sussistere fatti censurabili, sussistendo un vero e proprio obbligo di indagare senza indugio sui fatti denunciati e di presentare le proprie conclusioni ed eventuali proposte all'assemblea (ex art. 2408 c.c.) laddove la denuncia provenga da un numero di soci che rappresenti un quorum significativo. Il collegio sindacale è chiamato a riferire all'assemblea sui risultati dell'esercizio sociale e fa proposte ed osservazioni in ordine al bilancio e alla sua approvazione. Anche i soci, infatti, possono sollecitare l'esercizio dell'attività di controllo e ispettiva del collegio sindacale (art. 2408 c.c.).

<sup>95</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>96</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

verità delle loro attestazioni, «i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico»<sup>97</sup>; (vii) il comma 2 dell'art. 2407 c.c., inoltre, prevede che i sindaci 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>98</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<sup>99</sup> o il potere-dovere di effettuare segnalazioni alla Consob per le società quotate;

---

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>97</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 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>98</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.

<sup>99</sup> Come ricorda Rordorf (*Sub art. 2409 c.c.*, in *Giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina*, 2011), l'attribuzione ai sindaci della legittimazione a proporre ricorso ex art. 2409 c.c., inizialmente prevista dal legislatore solo nel settore delle società quotate (art. 152, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, è stata ora estesa dall'ultimo comma del medesimo art. 2409 a tutte le società azionarie. In concomitanza con l'introduzione alternativa dei sistemi di amministrazione e controllo dualistico e monistico, analoga legittimazione è stata riconosciuta anche al consiglio di sorveglianza ed al comitato per il controllo della gestione e, con il d.lgs. n. 37 del 2004, è stata integrata anche la disciplina speciale dettata per le società quotate dal citato art. 152 del d.lgs. n. 58 del 1998. La denuncia deve avere ad oggetto non già dei meri sospetti, bensì dei fatti, dotati di sicuro riscontro obiettivo, dai quali sia lecito desumere il fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione sociale (cfr. App. Lecce 9 luglio 1990, Giur. Merito 1990, 927); e deve trattarsi di fatti circostanziati e specifici, di modo che sia consentito agli organi amministrativi e di controllo di esercitare il diritto di difesa, nonché al tribunale di disporre, se del caso, i mezzi più opportuni per l'accertamento della verità e per la tutela delle minoranze (Trib. Napoli 23 marzo 1992, cit. al n. 12). Inoltre, «è necessario il sospetto che «gli amministratori, in violazione del loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società o ad una o più società controllate». Dunque, per assumere rilevanza ai fini dell'art. 2409, secondo (App. Salerno 19 luglio 2005,

(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 2407 c.c., inoltre, finisce per estendere al collegio sindacale<sup>100</sup> molti dei doveri degli amministratori.

In seno alle **imprese bancarie** ed alle **società quotate** appaiono particolarmente pregnanti ed incisivi i poteri degli organi di controllo "domestico", essendo istituzionalizzati in massima espressione i flussi informativi interni e potenziata la possibilità di avviare interventi extrasocietari, anche da parte delle autorità di vigilanza.

Per le **imprese bancarie**, infatti, l'articolo 52, comma 1, d.lgs.n.385/1993 prevede che «*il collegio sindacale **informa senza indugio la Banca d'Italia di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria. A tali fini lo statuto della banca, indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo adottato, assegna all'organo che svolge la funzione di controllo i relativi compiti e poteri***».

Come specificato dalla Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (Disposizioni di vigilanza per le banche emanate dalla Banca d'Italia)<sup>101</sup> **l'organo con funzione di controllo**

---

*Giur. Merito 2007, 729, le gravi irregolarità devono: 1) riguardare la sfera societaria, e non quella personale degli amministratori; 2) rivestire il carattere dell'attualità; 3) presentare un carattere dannoso, nel senso che deve trattarsi di violazioni di norme civili, penali, tributarie o amministrative, capaci di provocare un danno al patrimonio sociale e, di conseguenza, agli interessi dei soci e dei creditori sociali o un grave turbamento dell'attività sociale»*. Se il legislatore del 1942 aveva ideato l'articolo 2049 come strumento di tutela applicabile in tutti i tipi di società di capitale, a seguito della riforma organica attuata con il d.lgs. n. 6 del 2003, l'articolo non è più espressamente richiamato nell'ambito della disciplina delle società a responsabilità limitata. Su tale questione si registrano diffusi interventi giurisprudenziali. A favore della applicabilità dell'art. 2409 alle s.r.l. parte della giurisprudenza di merito (T. Treviso 27.9.2004; T. Roma 6.7.2004; T. Udine 18.6.2004, in particolare alle s.r.l. dotate di collegio sindacale), con contrasti (T. Bologna 21.10.2004; T. Bari 27.9.2004, T. Lecce 16.7.2004). Parte della giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la applicazione del procedimento del controllo giudiziario addirittura alle società di persone (A. Lecce 24.11.1993; T. Salerno 5.6.2001, nel caso di revoca per giusta causa del socio accomandatario; T. Roma 24.7.1997). Di contrario avviso, allineato all'orientamento prevalente, precisa che l'art. 2409 è di per sé incompatibile con la particolare struttura della società di persone (T. Catania 19.12.2003; T. Udine 6.4.2004; T. Roma 22.5.1997; T. Napoli 14.3.1996). L'orientamento restrittivo, persuaso dell'inammissibilità del controllo giudiziario nelle s.r.l., è stato confermato dalla Corte di Cassazione (sentenze del 13 gennaio 2010, n. 403; 4 giugno 2012, n. 8946), ma disatteso dal Tribunale di Milan (Decreto del 26 marzo 2010) che ha riproposto la linea interpretativa estensiva, poi avallata dalla Corte Costituzionale (Ordinanza del 7 maggio 2014, n. 116) che pur in occasione della dichiarazione di manifesta inammissibilità della questione prospettata dal Tribunale di Tivoli, ha sostenuto che l'art. 14, 13° comma, della L. 12 novembre 2011, n. 183, (che aveva modificato il 5° comma dell'art. 2477 c.c.) continuava ad enunciare il rinvio alle disposizioni sulle s.p.a. risultando, sul punto, invariato. Il 5° comma (attualmente diventato 4° comma) dell'art. 2477 c.c., e sancisce che «Nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni». Con quest'ultima precisazione della Corte Costituzionale, sembra aver confermato la legittimazione dei sindaci di s.r.l. ad esperire il procedimento del controllo giudiziario, almeno nel caso in cui il collegio sindacale sia di nomina obbligatoria in base all'art. 2477 c.c. Interpretazione fatta propria dal Tribunale di Bologna (Decreto del 4 febbraio 2015 espressosi in senso **favorevole all'ammissibilità del procedimento ai sensi dell'art. 2409 c.c. nelle s.r.l., allorché sussista l'obbligo della presenza dell'organo di controllo ex lege**.

<sup>100</sup> Sebbene il riferimento sia il collegio sindacale, occorre rilevare che in seno a tal organo vige il principio maggioritario e che il sindaco dissenziente ha il diritto di far annotare il proprio dissenso nel verbale che, sottoscritto dagli altri intervenuti, viene trascritto nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale (art 2404 C.C.).

<sup>101</sup> Cfr. Parte Prima - Recepimento in Italia della CRD IV Titolo IV - Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi Capitolo 1 - Governo societario Sezione III - Compiti e poteri degli organi sociali, paragrafo 3. Organo con funzione di controllo, 12° aggiornamento. Mette conto osservare che tale disciplina si inserisce in un quadro articolato di fonti normative, sintetizzabili nei seguenti termini: - art. 53, co. 1, lett. d), TUB, che attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, il compito di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni; - art. 67, che, al fine di realizzare la vigilanza consolidata, attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, la facoltà di impartire alla capogruppo, con



**vigila sull'osservanza** delle norme di legge, regolamentari e statutarie, sulla **corretta amministrazione, sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili** della banca. Per l'importanza che detti compiti rivestono a fini di vigilanza, il TUB (art. 52) ha predisposto **un meccanismo di collegamento funzionale con l'autorità di vigilanza**: l'organo con funzione di controllo deve informare senza indugio la Banca d'Italia di tutti i fatti o gli atti di cui venga a conoscenza che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria<sup>102</sup>. A tali fini lo statuto della banca, indipendentemente dal modello di amministrazione e controllo adottato, assegna all'organo con **funzione di controllo i relativi compiti e poteri**.

L'organo con funzione di controllo è **parte integrante del complessivo sistema dei controlli interni** e ha la responsabilità di **vigilare sulla funzionalità** di esso. Considerata la pluralità di funzioni e strutture aziendali aventi compiti e responsabilità di controllo, tale organo è tenuto ad **accertare l'efficacia** di tutte le strutture e funzioni coinvolte nel sistema dei controlli e l'adeguato **coordinamento** delle medesime, promuovendo gli **interventi correttivi** delle carenze e delle irregolarità rilevate. Può **avvalersi delle strutture e delle funzioni di controllo interne** all'azienda per svolgere e indirizzare le proprie verifiche e gli accertamenti necessari. A tal fine riceve da queste adeguati **flussi informativi** periodici o relativi a specifiche situazioni o andamenti aziendali. In ragione di tale stretto collegamento l'organo con funzione di controllo è specificamente **sentito**,

---

provvedimenti di carattere generale o particolare, disposizioni concernenti il gruppo bancario complessivamente considerato o i suoi componenti, aventi ad oggetto l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni; - art. 56, che dispone come la Banca d'Italia accerti che le disposizioni degli statuti delle banche non contrastino con i principi di sana e prudente gestione; - decreto 5 agosto 2004, n. 1419, emanato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze in qualità di presidente del CICR. Vengono inoltre in rilievo: — la CRD IV (Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE); — l'RMVU (Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE); — l'RQMVU [Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull'MVU) (BCE/2014/17)]; — gli orientamenti dell'Autorità bancaria europea, "Orientamenti ABE sull'organizzazione interna" (GL 44) del 27 settembre 2011; — le linee guida emanate dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria in materia di: "Principles for enhancing corporate governance", ottobre 2010; "Core Principles for Effective Banking Supervision", settembre 2012.

<sup>102</sup> FRIGENI, *La governance delle società bancarie, op. cit.*, a proposito dei poteri reattivi esosocietari, analizza il "rapporto funzionale" tra tale organo societario e Banca d'Italia, osservando «*Se l'inapplicabilità al settore bancario dell'art. 2409 c.c. (ex art. 70, ultimo comma, TUB) sottrae ai sindaci un importante strumento di reazione nei confronti dei gestori, questa privazione è controbilanciata dalla previsione contenuta nell'art. 52 TUB, che dispone un dovere di comunicazione a carico dell'organo di controllo e a favore dell'autorità di vigilanza, gravando il collegio del dovere di informare quest'ultima al verificarsi di atti o fatti idonei a costituire situazioni di pericolo per la banca. Si tratta di norma di grande rilievo, in grado di creare un importante collegamento tra l'internal governance e le Autorità chiamate a controlli esterni, così come fa l'art. 149, comma 3, TUF, che, con riguardo alle società quotate, prevede un obbligo di segnalazione alla Consob da parte del collegio sindacale. In particolare, l'art. 52 consente a Banca d'Italia un ampliamento degli strumenti a sua disposizione - quali la vigilanza informativa ed ispettiva (rispettivamente artt. 51 e 54 TUB) - e un rafforzamento della propria capacità d'informazione ed intervento (Morera 1999). L'assegnazione al collegio sindacale del ruolo di "interlocutore privilegiato" dell'Autorità di vigilanza si spiega, del resto, in virtù della posizione ricoperta da tale organo all'interno dell'organizzazione societaria e della funzione di vigilanza sulla gestione svolta dal medesimo, entrambi elementi che consentono ai sindaci di avere ampia comprensione della situazione aziendale. Più in dettaglio, in forza dell'art. 52, il collegio è tenuto a vigilare sulla "violazione di norme disciplinanti l'attività bancaria" e sulle "irregolarità nella gestione delle banche": distinzione questa riconducibile a quella relativa ai doveri di vigilanza del collegio, di cui all'art. 2403 c.c. e 149 TUF, da ampliare, però, in accordo ai canoni specifici del settore bancario. Il primo tipo di violazione immediatamente richiama l'onere di vigilanza sull'osservanza della legge che gli artt. 2403 c.c. e 149 TUF impongono, in termini generali, al collegio sindacale. Con una doppia precisazione: in primo luogo, il richiamo all'attività bancaria è da intendersi come concernente l'attività delle banche integralmente considerata, ex art. 10, commi 1, 2 e 3 TUB; inoltre, il dovere di comunicazione sussiste non solo nel caso di mancato rispetto della normativa bancaria (primaria e secondaria), ma anche della disciplina di diritto societario e di diritto dell'impresa, alla cui applicazione l'attività bancaria è soggetta (Vella - Prestipino 2010). Pure il riferimento alle "irregolarità nella gestione delle banche" va letto in relazione agli artt. 2403 c.c. e 149 TUF. Dovendo, infatti, il collegio sindacale vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione mediante verifica dell'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile della banca, il medesimo non potrà poi esimersi dal denunciare all'Autorità di vigilanza casi in cui la società viene gestita in modo inadeguato. E, peraltro, il dovere di segnalazione non riguarda solo le carenze gestorie in senso stretto, ma si estende anche a singole deficienze nell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile».*

oltre che in merito alle decisioni riguardanti la **nomina e la revoca dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo** (controllo dei rischi, conformità alle norme, revisione interna), anche sulla definizione degli **elementi essenziali dell'architettura complessiva del sistema dei controlli** (poteri, responsabilità, risorse, flussi informativi, gestione dei conflitti di interesse).

L'organo con funzione di controllo **verifica e approfondisce cause e rimedi delle irregolarità gestionali, delle anomalie andamentali, delle lacune degli assetti organizzativi e contabili**. Particolare attenzione va rivolta al rispetto della regolamentazione concernente i **conflitti di interesse**<sup>103</sup>. Si richiamano, al riguardo, sia le disposizioni del codice civile di cui agli artt. 2391 e 2391-*bis*, sia le specifiche previsioni per le banche riguardanti le attività di rischio verso soggetti collegati e le obbligazioni degli esponenti bancari, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 53 e 136 TUB. Assumono rilievo inoltre le disposizioni sui conflitti di interesse nella prestazione di attività e servizi di investimento contenute nel Regolamento attuativo dell'art. 6, co. 2-*bis*, TUF.

Maggiore incisività viene riconosciuta anche ai poteri attribuiti all'organo di controllo nell'ambito delle **società quotate** (cfr. artt. 148-151 TUF per il collegio sindacale nel sistema tradizionale, art. 151-*bis* TUF per il consiglio di sorveglianza, nel sistema dualistico, art. 151-ter TUF per il comitato per il controllo sulla gestione).

In seno a tali tipologie di società, il collegio sindacale (al pari del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione) **comunica senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza** e trasmette i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione (art. 149, comma 3, TUF). Gli **amministratori riferiscono tempestivamente**, secondo le modalità stabilite dallo statuto e con periodicità almeno trimestrale, al collegio sindacale **sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate**; in particolare, **riferiscono sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento** (art. 150, comma 1, TUF); obbligo adempiuto, nel sistema dualistico, dal consiglio di gestione nei confronti del consiglio di sorveglianza e, in quello monistico, dagli organi delegati nei confronti del comitato per il controllo sulla gestione (art. 150, comma 2, TUF). Il collegio sindacale e il revisore legale o la società di revisione legale si scambiano tempestivamente i dati e le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti. Coloro che sono preposti al controllo interno riferiscono anche al collegio sindacale di propria iniziativa o su richiesta anche di uno solo dei sindaci.

---

<sup>103</sup> Nella concreta determinazione dell'**intensità e delle modalità delle verifiche** da condurre nonché nella valutazione delle irregolarità riscontrate l'organo con funzione di controllo **tiene in considerazione sia la rilevanza delle perdite** che potrebbero derivarne per l'intermediario sia **le ricadute sul piano della reputazione e della salvaguardia della fiducia** del pubblico. **I controlli devono riguardare trasversalmente tutta l'organizzazione aziendale**, includendo verifiche in ordine ai sistemi e alle procedure (es. quelli informativi e amministrativo-contabili), ai diversi rami di attività (credito, finanza, ecc.), all'operatività (introduzione di nuovi prodotti, ingresso in nuove aree di business o geografiche, continuità operativa, outsourcing). Ai sensi del richiamato art. 52 TUB, **lo statuto della banca deve assegnare a tale organo compiti e poteri idonei a consentire il corretto adempimento dell'obbligo di riferire tempestivamente alla Banca d'Italia in merito a irregolarità gestionali o violazioni della normativa**. Nei modelli dualistico e monistico le banche devono adottare idonee cautele – statutarie, regolamentari e organizzative – volte a prevenire i possibili effetti pregiudizievoli per l'efficacia e l'efficienza dei controlli derivanti dalla compresenza nello stesso organo di funzioni di amministrazione e controllo. Nel modello dualistico, ove la funzione di supervisione strategica sia assegnata al consiglio di sorveglianza o quest'ultimo abbia un numero elevato di componenti, detti obiettivi vanno assicurati attraverso la costituzione di un apposito comitato (comitato per il controllo interno), punto di riferimento per le funzioni e le strutture aziendali di controllo interno. Nel caso di adozione del modello dualistico e di quello monistico, le cariche dei componenti dell'organo con funzione di controllo devono avere caratteristiche di stabilità idonee a preservare la continuità nell'azione di controllo. Con riferimento al controllo contabile svolto dal revisore esterno, l'organo con funzione di controllo conserva compiti connessi con la valutazione dell'adeguatezza e della funzionalità dell'assetto contabile, ivi compresi i relativi sistemi informativi, al fine di assicurare una corretta rappresentazione dei fatti aziendali. **Anche al revisore esterno si applica l'obbligo di informazione alla Banca d'Italia (art. 52, comma 2, TUB)**.

I sindaci, inoltre, non devono necessariamente attendere una deliberazione dell'organo collegiale che avvii un'operazione di contrasto, potendo essi stessi procedere individualmente alla convocazione dell'organo gestorio (e almeno in due) alla convocazione dell'assemblea (art. 151, commi 2 e 3, TUF).

Il collegio sindacale (o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione), se ha fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono recare danno alla società o ad una o più società controllate, possono **denunciare i fatti al tribunale ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile**. In tale ipotesi le spese per l'ispezione sono a carico della società ed il tribunale può revocare anche i soli amministratori (art. 152 TUF).

Il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione riferiscono sull'attività di vigilanza svolta e sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati all'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio di esercizio ovvero ai sensi dell'articolo 2364-bis, comma 2, del codice civile. Inoltre, il collegio sindacale può fare proposte all'assemblea in ordine al bilancio e alla sua approvazione nonché alle materie di propria competenza (art. 153 TUF).

### 3.2. 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>104</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

---

<sup>104</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.

che l'atteggiamento omissivo antidoveroso segua (e non preceda) la conoscenza del segnale di 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*»<sup>105</sup>. 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***».

In tema di bancarotta, ad esempio, la Corte di Cassazione (Sez. 5, 1 luglio 2011, n. 31163, Rv n. 250555) ha ritenuto configurabile il concorso dei componenti del collegio sindacale nei reati commessi dall'amministratore della società anche a titolo di omesso controllo sull'operato di quest'ultimo o di omessa attivazione dei poteri loro riconosciuti dalla legge. Parimenti, con riferimento al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, per il Presidente del collegio sindacale che aveva omesso l'esercizio dei poteri di controllo (rendendosi inadempiente ai poteri doveri di vigilanza il cui esercizio sarebbe valso ad impedire le condotte distrattive degli amministratori) trasmodando da una dimensione meramente colposa a dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale, per consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori. (Cass. Pen, sez. 5, 5 marzo 2014 n. 26399, Rv. n.260215 (nella specie, la S.C. ha valorizzato, come elementi significativi, le circostanze che l'imputato 1) fosse espressione del gruppo di controllo della società, 2) avesse rilevante competenza professionale, e 3) avesse omesso, malgrado la situazione critica della società, ogni minimo controllo).

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>106</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>107</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.).

<sup>105</sup> Cfr. già Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 43101 del 03/10/2007 Ud., dep. 22/11/2007, Rv. 238498.

<sup>106</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>107</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.

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 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 delle 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**.

## PARTE SECONDA

### Gli *extranei* concorrenti “quasi tipici”

#### Capitolo 1. Il concorso dell'*extraneus* nei reati di bancarotta.

##### 1.1. Premessa

I **delitti fallimentari** si segnalano per la natura di **reati propri**, essendo connotati dalle *qualità* dei rispettivi *soggetti attivi* e dai *doveri e poteri* loro correlati. Tali sono l'imprenditore fallito, gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori ed sindaci della società dichiarata fallita. Ma nell'esperienza criminologica raramente i reati fallimentari, specie quelli maturati in organismi societari di maggiore complessità e collegati ad infedeltà gestorie e documentative, siano illeciti penali solitari ovvero ad autentica soggettività ristretta. Infatti, altri soggetti, pur estranei alle figure tipiche, formali e di fatto, delineate fattispecie incriminatrice astratta, si rivelano utili, se non imprescindibili, a favorire la consumazione del delitto fallimentare.

##### 1.2. Concorso ex art. 110 c.p. nel reato proprio: in generale

La natura di reato proprio dei delitti di bancarotta non esclude la configurabilità del concorso dell'*extraneus* governato dalle regole dell'art. 110 c.p.<sup>108</sup>

Secondo i principi generali, per la configurabilità di questa forma di concorso sono necessari i seguenti **elementi**: (i) l'**incidenza causale** dell'azione dell'*extraneus*; (ii) la **consapevolezza** da parte dell'*extraneus* del **fatto illecito** e della **qualifica dell'intraneus** che ha posto in essere il fatto tipico<sup>109</sup>; in linea con la prevalente giurisprudenza<sup>110</sup> la **condotta tipica da parte può essere tenuta dal soggetto estraneo**, purché il soggetto qualificato contribuisca, in forma commissiva oppure omissiva, alla realizzazione del reato<sup>111</sup>.

In tali condizioni, il principio di unicità del reato concorsuale parifica la posizione dell'*extraneus* e dell'*intraneus*. L'estraneo che concorre nel reato proprio è punibile anche se il soggetto qualificato viene assolto per difetto dell'elemento psicologico<sup>112</sup>. Né costituisce ostacolo all'affermazione della sua penale responsabilità, a titolo di concorso, nel reato proprio il mancato esercizio dell'azione penale nei confronti di chi, rivestiva la qualifica di amministratore, sempreché risulti provata a suo carico l'esistenza di un consapevole e valido apporto causale alla lesione del bene giuridico tutelato dalla norma<sup>113</sup>.

##### 1.3. Il punto dolente dell'elemento soggettivo dell'estraneo nel reato di bancarotta: in generale

---

<sup>108</sup> Infatti, il mutamento del titolo del reato (per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso) considerato dall'art. 117 c.p. presuppone che il fatto commesso dall'estraneo costituisca pur sempre reato anche in mancanza della qualifica rivestita dall'autore principale; **quando l'azione del concorrente è di per sé lecita e la sua illiceità dipende solo dalla qualità personale di altro concorrente**, si applica la norma generale sul concorso di persone, ovvero l'art.110 c.p. (Cass. pen., Sez. 1, Sentenza n. 39292 del 23/09/2008 Ud., dep. 21/10/2008, Rv. 241129).

<sup>109</sup> Cass., Sez. V, 18.4.2013, n. 40332.

<sup>110</sup> Sez. 6, Sentenza n. 21192 del 25/01/2013 Ud. (dep. 17/05/2013) Rv. 255365.

<sup>111</sup> La necessità che la condotta tipica sia realizzata personalmente dal soggetto qualificato viene affermata esclusivamente per i reati di mano propria, quali l'incesto e la bigamia.

<sup>112</sup> Sez. 5, Sentenza n. 10062 del 19/04/1978 Ud. (dep. 24/07/1978) Rv. 139829

<sup>113</sup> Sez. 6, Sentenza n. 10896 del 02/04/1992 Ud. (dep. 12/11/1992) Rv. 192875

L'elemento soggettivo richiesto per la configurabilità del concorso dell'*extraneus* nei reati fallimentari costituisce tematica che registra profondi **dissidi** tra la prevalente posizione dottrinale e il maggioritario orientamento giurisprudenziale. Ad essere controversa, in particolare, è la **necessità o meno della consapevolezza da parte dell'*extraneus* dello stato di decozione** dell'impresa dell'*intraneus* al momento in cui viene offerto il contributo alla condotta di quest'ultimo.

Parte della **dottrina**, in proposito, segnala come, sia per la bancarotta patrimoniale distrattiva che per quella preferenziale, non possa prescindere dalla conoscenza da parte del terzo *extraneus* della decozione dell'impresa da cui originano le risorse. Se l'*intraneus* si trova naturalmente nella condizione per apprezzare il proprio stato patrimoniale e la propria realtà economica e, dunque, la vantaggiosità dell'impiego di una componente patrimoniale ed economico-finanziaria ovvero il pericolo che può originare ed accompagnarlo rispetto all'insolvenza, non altrettanto può dirsi per l'*extraneus*. Costui, in ragione della lontananza dal meccanismo produttivo del profitto, per un comprensibile *deficit* informativo, può non apprezzare il pregiudizio concreto recato alle ragioni dei creditori dell'impresa. In tale contesto, disancorare il dolo del terzo dalla rappresentazione del rischio di insolvenza collegato alla condotta, quantunque non connotata ulteriormente dalla volontà di pregiudicare i creditori, significherebbe assecondare logiche di semplificazione della prova del dolo, sulla base di un ritenuto intrinseco disvalore delle condotte favorite per le ragioni dei creditori, deviando dai principi in tema di prova del dolo, che non può essere mai presunto ma impone rigorosa dimostrazione<sup>114</sup>. Parimenti, per la bancarotta preferenziale non può prescindere dalla consapevolezza dello stato di insolvenza del debitore, in assenza della quale potrebbe dubitarsi della stessa configurabilità della coscienza del creditore favorito (e che non si sia limitato a riscuotere il dovuto, esercitando la facoltà ex art. 1186 c.c.) della violazione della *par condicio creditorum*.

La **giurisprudenza di legittimità** non ha maturato risulta posizioni unanimi. Non manca un orientamento giurisprudenziale minoritario che assume che il concorrente *extraneus* deve conoscere lo stato di decozione dell'impresa da cui il denaro proviene<sup>115</sup>. Trova robusta accoglienza, invece, il convincimento per cui la nozione di distrazione fraudolenta comporta di per sé, in capo al concorrente *extraneus*, la consapevole ingiustificata esposizione a pericolo delle ragioni dei creditori. Il dolo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'amministratore, quindi, si identifica nella volontarietà della propria condotta di sostegno a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni del creditore; senza che sia, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto o di insolvenza della società<sup>116</sup>. Tale approccio valorizza anche la necessaria omogeneità della struttura del dolo nelle fattispecie concorsuali-

## Capitolo 2. La casistica: tipologie di bancarotte

### 2.1. Bancarotta per distrazione

---

<sup>114</sup> Farina, *I reati fallimentari*, in Diritto Penale dell'Economia (a cura di R. Rampioni), Torino 2016, n. 267-268.

<sup>115</sup> Cass. pen., Sez.5, n. 41333 del 27/10/2006, Tisi, Rv. 235766; conf. Sez. 5, 22.4.2004, n. 23675; Sez. 5, n. 16000 del 2012, ric. Scalera, non massimata sul punto; Sez. 5, n. 16388 del 2011, ric. Barbato, non massimata sul punto; Sez. 5, n. 27367 del 26/04/2011, Rosace, Rv. 250409 per cui risponde a titolo di concorso ai sensi dell' art. 110 c.p. la persona estranea al fallimento che abbia tenuto in concorso col fallito una condotta efficiente per la produzione dell'evento, con la consapevolezza e la volontà di aiutare l'imprenditore in **dissesto** a frustrare gli adempimenti predisposti dalla legge a tutela dei creditori dell'impresa.

<sup>116</sup> Cass. pen., Sez.5, n. 9299 del 13/01/2009, Poggi Longostrevi, Rv. 243162; Id., n. 16579 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879; Id., 3 maggio 2012, n. 16280; Id., Sez. 5, 12 novembre 2013, n.1706; Id., 29 gennaio 2013, n. 4362; Id., 21 maggio 2012, n.19270; Id., n. 12414 del 26/01/2016, Morosi, Rv. 267059.

In materia di bancarotta per distrazione, vien rimarcato che il **terzo estraneo** può concorrere con gli *intranei*, anzitutto, ove realizzi una **condotta attiva efficiente** per la produzione dell'evento<sup>117</sup>, ovvero con **apporto provvisto di influenza causale rispetto alla realizzazione dell'illecito**<sup>118</sup>.

L'amministratore di una società diversa da quella fallita, ad esempio, può concorrere quale *extraneus* nel reato solo mediante una **partecipazione attiva**. Non è configurabile, infatti, ai sensi dell'art. 40, comma secondo, c.p., una posizione di garanzia, ex art. 2392 cod.civ., se non con riferimento agli atti di gestione della società amministrata, non dilatabile per gli atti compiuti da amministratori di società terze.

Se è imprescindibile la coscienza dell'*extraneus* di partecipare al comportamento dell'*intraneus* (imprenditore fallito, amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori della società dichiarata fallita), **l'estensione della declaratoria di fallimento al terzo non è elemento necessario**. Se è necessaria la consapevolezza del **fatto illecito tipico cui si contribuisce** e della **qualifica del soggetto attivo che lo ha posto in essere**<sup>119</sup>, in tale situazione, nondimeno, **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 il fallimento alla presunta società di fatto** fra i medesimi<sup>120</sup>.

In tema di concorso nel delitto di **bancarotta fraudolenta per distrazione**, secondo i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità<sup>121</sup>, 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 ridurne la consistenza<sup>122</sup>. **Non è, invece, richiesta la specifica conoscenza**, da parte dell'*extraneus*, **del dissesto della società**<sup>123</sup>, né che lo stesso abbia **anche previsto ed accettato il rischio del futuro dissesto**. Come detto, l'indispensabilità di queste consapevolezze e previsioni era affermata da un indirizzo giurisprudenziale della Corte di legittimità<sup>124</sup>, più volte successivamente rimeditato<sup>125</sup>. Il concorrente *extraneus* nel reato proprio dell'amministratore deve volere la propria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, mentre **non è richiesta la specifica conoscenza del dissesto della**

<sup>117</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 27367 del 26/04/2011 Ud., dep. 13/07/2011, Rv. 250409.

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 15850 del 26/06/1990 Ud., dep. 29/11/1990. Rv. 185893. 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.

<sup>120</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 87 del 25/10/1971 Ud., dep. 12/01/1972, Rv. 119781; id., n. 316 del 27/11/1985 Ud. (dep. 15/01/1986) Rv. 171577.

<sup>121</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 12414 del 26/01/2016 Ud., dep. 23/03/2016, Rv. 267059.

<sup>122</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>123</sup> Cfr. anche Cass. Pen., Sez. 5, 12414/2016; Id, n. 9299 del 13/01/2009 Ud., dep. 02/03/2009, Rv. 243162.

<sup>124</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 41333 del 27/10/2006 -dep. 18/12/2006, Tisi e altro, Rv. 235766. 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.

<sup>125</sup> Sembra però rifarsi a tale orientamento, in motivazione, anche la recente Cass. Pen., Sez. 5, 17819/2017.



società<sup>126</sup>. Ogni atto distrattivo, dunque, può assumere rilievo ai sensi dell'art. 216, legge fallimentare, in caso di fallimento, indipendentemente dalla rappresentazione del dissesto, estraneo come tale all'evento del reato, coincidente con la *lesione dell'interesse patrimoniale* della massa.

Questo non significa che la **conoscenza dello stato di decozione** non costituisca **dato significativo** della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori, ma la stessa può 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 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>127</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<sup>128</sup>, in aderenza alle **regole generali sul concorso di persone nel reato, non vi sono ragioni perché a tale oggetto si debba attribuire contenuto diverso e più ampio**, per la posizione del concorrente estraneo, rispetto a **quanto richiesto all'amministratore della società**. Esaminando i precedenti invocati a sostegno dell'interpretazione contraria, la stessa sentenza n. 15613 cit. ha escluso la realtà del contrasto<sup>129</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*

<sup>126</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010 - dep. 29/04/2010, Fiume e altro, Rv.246879.

<sup>127</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>128</sup> Sez. 5 n. 32031 del 7 maggio 2014, Daccò.

<sup>129</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»*.

*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 questa Corte nelle pronunzie citate ad evocare la - fin troppo enfaticamente nella massimazione - conoscenza dello stato di decozione è il **timore dell'inesco 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>130</sup>.*

Una recente pronuncia della Cassazione (Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 17819, del 24.03.2017, depositata in data 07.04.2017) ha offerto qualche ulteriore elemento per preservare un profilo di omogeneità della struttura del dolo richiesto all'estraneo ed all'intraneo, arricchendo i contenuti di quest'ultimo, almeno per le evenienze di contegni obiettivamente depauperativi realizzati in fase diversa da quella della crisi dell'impresa e distante dalla dichiarazione di fallimento. Situazione che sovente induce a sviluppare verifiche più selettive in punto di dolo tipico.

Secondo la Corte di legittimità, nel caso di stretto rapporto cronologico tra l'atto dispositivo depauperativo e crisi di impresa, insolvenza o dissesto appaiono manifeste sia la natura concretamente "pericolosa" dell'azione sia la rimproverabilità soggettiva del suo autore. Infatti, sussiste un «valore fortemente indiziante - ai fini della configurazione delle componenti *oggettiva e soggettiva della fattispecie - dell'aver agito, l'agente, nella "zona di rischio penale"* (vedi, in senso analogo, Sez. V, n. 16579 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879), che è quella che in dottrina viene comunemente individuata come *prossimità dello stato di insolvenza, quando l'apprezzamento di uno stato di crisi, normalmente conosciuto dall'agente imprenditore o figura equiparata, è destinato a orientare la "lettura" di ogni sua iniziativa di distacco dei beni - fatte salve quelle inquadrabili nelle altre ipotesi di reato pure previste dalla legge del 1942 - nel senso della idoneità a creare un pericolo per l'interesse dei creditori sociali*»

Nelle **situazioni di lontananza temporale dalla crisi**, invece, il comportamento depauperativo non integra distrazione fallimentare, ove difetti l'idoneità a pregiudicare la massa dei creditori in seno ad una procedura concorsuale. In tali condizioni temporali e economico-finanziarie, infatti, il distacco ingiustificato dal patrimonio dell'impresa può integrare l'elemento oggettivo del ricordato reato fallimentare solo se determina il pericolo concreto di pregiudicare l'interesse e le prospettive di soddisfacimento dei creditori in sede di eventuale, futura, procedura concorsuale; influenza che, al pari della procedura concorsuale, deve essere prevedibile al momento della condotta e persistere sino alla dichiarazione di fallimento. Anche comportamenti antecedenti alla fase della vita della azienda definita come "**zona di rischio penale**", dunque, **possono integrare il reato in esame, a condizione** però che presentino **caratteristiche obiettive** (si pensi alla operazione fittizia, alla distruzione o alla dissipazione) che, di regola, non richiedono particolari e ulteriori accertamenti per provare la **esposizione a pericolo** del patrimonio e che risultino e permangano congruenti rispetto all'evento giuridico (esposizione a pericolo degli interessi della massa) addebitato all'agente. **Per le residue**

---

<sup>130</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 ricavarci 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).

tipologie di bancarotta, «*ossia essenzialmente gli atti di spesa non orientati su obiettivi correlati all'oggetto della impresa e cronologicamente distaccati, in modo significativo, dall'epilogo della vita della stessa, il compito dell'interprete, volto sempre a dimostrare la idoneità lesiva di simili comportamenti rispetto agli interessi dei creditori della procedura concorsuale, si fa proporzionalmente più oneroso perché, pur senza mai cadere nella necessità di provare la previsione, da parte dell'imprenditore (o equiparato) del fallimento o del dissesto, deve tenere conto della eventuale presenza di tutti gli elementi sopra descritti, quali emergano dalle indagini o siano allegati in modo serio dall'indagato*». L'azione dell'imprenditore deve essere oggetto di una valutazione dinamica, che ne verifichi l'effettiva offensività, al di fuori di logiche ricostruttive di progressione della offesa. La Corte di Cassazione, infine, ha avvertito che l'esigenza di indagare l'imputabilità soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori non risente del ruolo riferito alla dichiarazione di fallimento all'interno della fattispecie, permanendo anche ove le si riferisca il valore di condizione di punibilità (secondo il più recente approdo della Corte medesima), sebbene quest'ultima qualificazione sia sovente sostenuta proprio per negare rilevanza a tale indagine.

Si tratta di orientamento maggiormente sensibile alle implicazioni del principio costituzionale di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1, Cost., che emerge specie con riferimento alle evenienze di significativa **distanza temporale tra la tenuta della condotta**, da un lato, e **l'emersione della crisi e la dichiarazione di fallimento**, dall'altro. In linea con la natura dei delitti di bancarotta quali reati di condotta e di pericolo, l'orientamento giurisprudenziale tradizionale assume che la dichiarazione di fallimento è estranea al dolo e alla colpa per essi richiesta. Non farebbero dunque parte dell'elemento psicologico del reato né la consapevolezza dello stato d'insolvenza, né la sua manifestazione al momento della condotta illecita (Cass. Pen., Sez. V, 14 dicembre 2012, n. 3229/13, Rossetto, Rv. 253932; Id., 8 febbraio 2012, n. 11633, Lombardi Stronati, Rv. 252307), né la rappresentazione (o anche la mera prevedibilità) del fallimento (Cass. Pen., Sez. V, 20 febbraio 2001, n. 17044, Martini, in *Cass. pen.*, 2002, 3872 ss.). Per contro, la pronuncia 18897/2017 sembra inserirsi nel filone più sensibile alle **esigenze di rimproverabilità**, che perviene ad individuare un requisito subiettivo d'imputazione per vero connotato in termini colposi, quale quello della prevedibilità. Anzitutto, valorizzando la necessaria natura concreta del pericolo che deve connotare le condotte ingiustificate e obiettivamente depauperative della garanzia dei creditori per integrare la bancarotta per distrazione, riconosciuta nell'**idoneità a determinare il rischio di sottrarre risorse ad una possibile procedura concorsuale, ledendo l'interesse procedimentale della massa**. In secondo luogo, esigendo un **dolo generico** avente ad oggetto la **rappresentazione e la volizione della condotta come pericolosa rispetto alla lesione degli interessi creditori protetti dalla norma incriminatrice, identificati in quelli collegati alle prospettive di soddisfacimento in seno ad una possibile futura procedura concorsuale**.

A ben vedere, nonostante le diverse rassicurazioni offerte nel corpo della pronuncia commentata, la necessità che l'agente si rappresenti la prevedibile influenza della condotta depauperativa rispetto agli interessi dei creditori nella futura procedura concorsuale finisce, **inevitabilmente, per esigere, quantomeno, la prevedibilità (se non la storica previsione) al momento della condotta (e la persistenza sino alla dichiarazione di fallimento) del fallimento e dei suoi presupposti storici**. Non sembrano esserne stati inconsapevoli gli estensori della sentenza allorché hanno avvertito che non si potrebbe giungere a diverse conclusioni anche ove si muovesse dalla ricostruzione della dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità. Ed è evidente che **con tale prospettiva la concretezza del pericolo associato alla condotta depauperativa assume intensità talmente sviluppata da restarne pressoché indistinguibile il confine con il danno**.

In ogni caso 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**<sup>131</sup>. 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.

## 2.2. Bancarotta per operazioni dolose

In tema di **bancarotta impropria**, nell'ipotesi del fallimento causato **da operazioni dolose** (nella fattispecie integrate dalle 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 tali operazioni determinano per le ragioni dei creditori della società**, non essendo, invece, *necessario che egli abbia voluto causare un danno ai creditori medesimi*<sup>132</sup>. Il dolo dell'*extraneus*, dunque, consiste nella volontarietà dell'apporto alla condotta dell'autore proprio del reato nella rappresentazione dell'evento che ne consegue<sup>133</sup>.

## 2.3. Bancarotta preferenziale

In **termini generali**, l'art. 216, comma 3, 1. fall., ricollega il dolo identificativo della fattispecie allo «**scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi**», connotato dei comportamenti atti ad intaccare la *par condicio creditorum*.

La **dottrina** assume che si tratta di **dolo specifico "composto"**, consistente nell'intenzione di favorire un creditore e di danneggiare gli ulteriori creditori. Per contro, la giurisprudenza<sup>134</sup> non richiede che quest'ultimo aspetto (*animus nocendi*) ricada nel fuoco del dolo diretto, accontentandosi che esso rientri nel **dolo eventuale**.

---

<sup>131</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 34584 del 06/05/2008 Ud., dep. 03/09/2008, Rv. 241350.

<sup>132</sup> 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. 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.

<sup>133</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16388 del 23/03/2011 Ud., dep. 26/04/2011, Rv. 250108.

<sup>134</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 194 del 30/01/1967 Ud. (dep. 10/06/1967) Rv. 104587: «la dizione 'a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi', usata dalla disposizione dell'art 216 comma terzo della legge fallimentare per indicare l'elemento psicologico del reato di bancarotta preferenziale, sta a significare che nella commissione del fatto l'agente deve essere consapevole del vantaggio, che volontariamente procura al singolo creditore, con correlativo danno della massa degli altri. La tutela penale accordata dalla norma intende, pertanto, solo sanzionare l'obbligo del fallito che, prima o durante la procedura concorsuale, altera la *par condicio creditorum*, con un atto di disposizione che egli pone in essere nonostante la previsione del danno che ne deriva: evento che egli, quindi, dimostra di accettare con piena consapevolezza. Anzi, non usando la norma di cui trattasi l'espressione 'con lo scopo di recare pregiudizio ai creditori', come nelle precedenti ipotesi delittuose, deve ritenersi non necessario che il danno alla massa costituisca uno degli scopi diretti che il colpevole si proponga di conseguire, bastando che il danno medesimo sia stato da lui previsto e consentito (V 102662, anno 1966). Il dolo specifico nella bancarotta preferenziale «consiste nello scopo precipuo di favorire taluno dei creditori con la consapevole previsione che il fatto si riverbera negativamente sugli altri creditori» (Cass., Sez. V, 11.8.1986, n. 9211),

La diversa impostazione riverbera serie conseguenze in relazione alla liceità penale dei cd. **pagamenti di salvataggio**, sostenuti dal proposito di superare la crisi, necessari a soddisfare i creditori più irruenti ed beneficiare di tempo; essa è ammessa dai sostenitori della teoria del dolo specifico composto, mentre è negata dalla tesi del dolo eventuale rispetto al danno per i creditori non favoriti. In giurisprudenza è apparso maggioritario, inizialmente, quest'ultimo orientamento<sup>135</sup>, potendo l'intenzione di favorire taluno dei creditori concorrere con fini ulteriori senza smarrire il proprio significato penale. La finalità di alleggerire la pressione era ritenuta irrilevante<sup>136</sup>, onde la speranza, «specie se infondata», di realizzare un accordo tra i creditori ed evitare il fallimento non avrebbe escluso il fine di favoreggiamento<sup>137</sup>. Ma si trattava di posizione sofferta. Non mancavano pronunce che assumevano inconciliabile l'elemento soggettivo con il serio intendimento di evitare il fallimento<sup>138</sup>, rivelato dalla certa *convincione* del fallito che il pagamento avrebbe evitato il fallimento<sup>139</sup>. Successivamente, a seguito della riforma della revocatoria fallimentare, la giurisprudenza ha più volte ritenuto inapplicabile la sanzione penale per i pagamenti effettuati per placare i creditori, «in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale»<sup>140</sup>.

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 **specificata conoscenza del dissesto della società**<sup>141</sup>.

Quest'ultima esclusione è *contrastata in dottrina*<sup>142</sup>, ma la **giurisprudenza** è tradizionalmente solida nel ritenerne il carattere inessenziale. In origine, quest'impostazione era giustificata ritenendo sufficiente ai fini dell'integrazione del concorso la mera accettazione del pagamento<sup>143</sup>; posizione rimeditata escludendo la rilevanza dell'art. 1186 c.c.<sup>144</sup>, operando la norma speciale e derogatoria dell'art. 216, comma

---

ovvero «con l'accettazione dell'eventualità di un danno per gli altri» [Cass., Sez. V, 5.7.1991, n. 7230, Martelli, in *Riv. pen.*, 1992, 38], «secondo lo schema tipico del dolo eventuale (Cass., Sez. V, 5.3.2014, rv 16983).

<sup>135</sup> Cass., 22.3.2004, n. 13893.

<sup>136</sup> Cass., Sez. V, 23.9.1984, in *Giust. pen.*, 1985, 625.

<sup>137</sup> Cass., 27.9.1984, Massarutto, in *Giust. pen.*, 1985, 625.

<sup>138</sup> Cass., Sez. V, 15.4.1992, Accardi, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, 108, secondo cui il delitto non è ipotizzabile per difetto dell'elemento psicologico qualora l'agente paghi alcuni creditori «al fine di eliminare le istanze di fallimento, con la intenzione di migliorare la situazione dell'azienda medesima ed evitare la procedura concorsuale».

<sup>139</sup> Cass., Sez. V, 19.3.1982, in *Giust. pen.*, 1983, 358; Cass., 12.6.1985, Oddi, in *Cass. pen.*, 1987, 397.

<sup>140</sup> Cass., Sez. V, 20.5.2009, n. 31168, Scala, in *CED*, 2009/244490: «bancarotta preferenziale (art. 216, comma terzo, L. fall.), sul piano oggettivo richiede la violazione della "par condicio creditorum" nella procedura fallimentare e, sul piano soggettivo, la ricorrenza della forma peculiare del dolo, costituito dalla volontà di recare un vantaggio al creditore (o ai creditori) soddisfatto, con l'accettazione dell'eventualità di un danno per altri, finalità che deve risultare primario interesse perseguito dal debitore, con la conseguenza che la strategia di alleggerire la pressione dei creditori, in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale, è incompatibile con il delitto, soprattutto alla luce della riforma, introdotta dal D.L.vo 269 del 2007, dell'azione revocatoria e specialmente dell'art. 67, comma terzo, L. fall.». Sez. 5, Sentenza n. 16983 del 05/03/2014 Ud. (dep. 16/04/2014) Rv. 262904: «In tema di bancarotta preferenziale, l'elemento soggettivo del reato è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale; ne consegue che tale finalità non è ravvisabile allorché il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile».

<sup>141</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16983 del 05/03/2014 Ud., dep. 16/04/2014, Rv. 262905. Più risalente orientamento, ritiene che nel caso di bancarotta preferenziale, il creditore favorito risponde 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 consente il concorso eventuale nel reato (rv.105619, anno 1967).

<sup>142</sup> CERQUA, *Il concorso del creditore favorito nel delitto di bancarotta preferenziale*, in *Riv. Trim. dir. Penn. Econ.*, 2003,

<sup>143</sup> Basata concezione della bancarotta preferenziale quale reato monosoggettivo (Cass., Sez. III, 24.1.1956, Lauri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 253) e non necessariamente (o normalmente) plurisoggettivo.

<sup>144</sup> Cass., Sez. V, 24.9.2008, n. 39417, in *Fall.*, 2009, 740.

3, legge fall. e quelle in tema di revocatoria<sup>145</sup>. Per la corresponsabilità del creditore favorito sarebbe dunque sufficiente che lo stesso condivida *l'animus favendi* del debitore. La soluzione non è scevra dal pericolo di dar luogo ad una eccessiva estensione del rischio penale, che non considera le interferenze con disposizioni che profilano diritti (art. 1186 c.c.) di rilevanza penale ex art. 51 c.p. In ogni caso, essa viene temperata dalla rigorosa richiesta di un contributo causale positivo determinante da parte del creditore favorito alla violazione della *par condicio creditorum*<sup>146</sup>, che richiede un contributo causale determinante in capo al creditore.

Si sottolinea inoltre che il dolo del partecipe deve comportare la **rappresentazione** della preferenzialità della prestazione e del **correlativo danno agli altri creditori**.

#### **2.4. Bancarotta documentale**

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, sussistendo contrasti giurisprudenziali circa l'ulteriore **specifico conoscenza del dissesto della società**<sup>147</sup>. 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*, ad esempio, è stato ritenuto connotato da inevitabile ed *oggettiva finalizzazione alle false annotazioni contabili*, essendo le prime naturalmente volte ad essere utilizzate come prova di elementi passivi da appostare in bilancio.

#### **2.5. La ricettazione fallimentare**

Il concorso dell'estraneo nel reato fallimentare (in particolare nella bancarotta fraudolenta per distrazione) pone sovente problemi nell'identificazione del confine con la ricettazione fallimentare.

Ai sensi dell'**art. 232, comma 3, R.D. n. 267/42** (corrispondente alla rubrica «distrazioni **senza concorso** col fallito») «è punito con la reclusione da uno a cinque anni chiunque: 1) dopo la dichiarazione di fallimento, **fuori dei casi di concorso in bancarotta o di favoreggiamento**, sottrae, distrae, ricetta ovvero in pubbliche o private dichiarazioni dissimula beni del fallito (cd. *ricettazione post-fallimentare*) ; 2) essendo **consapevole dello stato di dissesto** dell'imprenditore distrae o ricetta **merci o altri beni** dello stesso o li **acquista** a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente, se il fallimento si verifica (cd. *ricettazione pre-fallimentare*). La pena, nei casi previsti ai nn. 1 e 2, è aumentata se l'acquirente è un imprenditore che esercita un'attività commerciale.

Le fattispecie costituiscono **reati comuni**, con la precisazione che il soggetto attivo deve essere un terzo estraneo diverso dal fallito o da chi riveste la qualifica di amministratore, sindaco, direttore generale o liquidatore della società dichiarata fallita. Il reato è realizzabile anche dal creditore dell'impresa fallita.

<sup>145</sup> Cass., Sez. V, 17.11.1983, Dinì, in *Cass. pen.*, 1985, 483; recentemente nello stesso senso Cass., 16.8.2005, n. 16957, in *Guida dir.*, 2005, n. 41, 71

<sup>146</sup> Cass. Sez. V, 20.5.2014, n. 40998.

<sup>147</sup> Sez. 5, Sentenza n. 1706 del 12/11/2013 Ud., dep. 16/01/2014, Rv. 258950.

La ricettazione prefallimentare può avere ad **oggetto** anche il **denaro** dell'imprenditore in dissesto<sup>148</sup> («ove distratto o ricettato senza il concorso di quest'ultimo anche da colui che abbia agito ai fine di soddisfarsi del proprio credito, giacché tutte le attività dell'imprenditore medesimo sono destinate per legge al soddisfacimento di tutti i suoi creditori»), nonché merci di cui il soggetto abbia la disponibilità per avere stipulato con il curatore fallimentare un contratto di affitto di azienda e un contratto estimatorio per la vendita delle merci in magazzino<sup>149</sup>.

Le fattispecie sono connotate dal **dolo generico**, dovendo il soggetto attivo rappresentarsi l'alterità del bene appreso, appartenenza al fallito. Nel caso della forma prefallimentare, deve ricorrere la conoscenza dello stato di dissesto dell'imprenditore, non la coscienza e volontà di danneggiare ai creditori concorsuali; in caso di ricettazione postfallimentare, inoltre, deve sussistere la consapevolezza dell'avvenuta dichiarazione di fallimento.

La **distinzione con l'ipotesi di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta commesso dal fallito** si fonda sul diverso atteggiamento soggettivo: in definitiva, qualora si evidenzi una mera **concorrenza causale** fra l'azione del fallito e l'azione del terzo, trova applicazione nei confronti di quest'ultimo l'art. 232, se invece il terzo abbia manifestato la **volontà di cooperare** nell'attività del fallito, agendo **d'accordo** con lui, ricorre l'ipotesi di concorso in bancarotta<sup>150</sup>; pertanto, «il fatto del terzo non fallito che distrugga beni prima del fallimento, in accordo con l'imprenditore, è punibile a titolo di concorso in bancarotta fraudolenta patrimoniale ex art.216, comma 1 e art. 223, comma 1, legge fall. e non a norma del citato art.232»<sup>151</sup>.

### Capitolo 3. "Tipici" terzi estranei concorrenti

Circa le **tipologie di terzi estranei concorrenti**, è stato più volte esaminato dalla giurisprudenza 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*

---

<sup>148</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 8383 del 16/01/2013 - dep. 20/02/2013, Pecoraro, Rv. 254713. Confrontandosi con il significato della formula "**merci od altri beni**" cui il legislatore è ricorso per individuare l'oggetto materiale della ricettazione la Corte di Cassazione ha osservato che l'espressione "beni" potrebbe evocare un oggetto che partecipa della medesima natura delle "merci", atteso che, accanto alle condotte di distrazione e ricettazione, il legislatore ha inteso punire anche la condotta di chi "li" acquista a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente. Soltanto le merci o i beni che abbiano una comune vocazione mercantile potrebbero infatti essere acquistati a prezzo vile e non certo il danaro, rimanendo quindi dimostrato come quest'ultimo sia stato consapevolmente escluso dal perimetro della fattispecie. In realtà, La Corte di Cassazione ritiene apodittico l'implicito assunto per cui la volontà legislativa sia stata quella di definire in maniera necessariamente omogenea l'oggetto materiale delle tre condotte incriminate. Infatti, se tale assunto fosse vero «a stretto rigore la norma avrebbe dovuto punire colui che "distrae, ricetta o acquista a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente merci od altri beni", mentre proprio l'isolamento della terza condotta rilevante ai fini dell'integrazione del reato semmai ne rivela l'attitudine ad essere consumata solo in relazione a quei beni destinati alla compravendita». Per contro, «l'eccentrico riferimento alle merci deve imputarsi alla considerazione della prevalenza di queste nelle "contrattazioni" oggetto della condotta di acquisto speculativo, non sussistendo invece dubbio alcuno che i beni oggetto del reato siano tutti quelli soggetti alla garanzia creditoria ed acquisirli alla procedura concorsuale, compreso, dunque, il danaro. E che il dato testuale non possa essere sopravvalutato, evocando orizzonti interpretativi quantomeno avventurosi, è testimoniato in fondo dallo stesso **carattere pleonastico della locuzione "merci od altri beni"**, atteso che le merci sono comunque dei beni. Del resto, laddove dovesse invece concludersi che effettivamente il danaro non possa rappresentare l'oggetto materiale del reato, sarebbe assai arduo giustificare sul piano della **ragionevolezza una siffatta interpretazione**, posto che attraverso l'incriminazione della ricettazione prefallimentare il legislatore aveva voluto rafforzare la tutela dei creditori, punendo coloro che approfittando della situazione di dissesto dell'imprenditore realizzano illeciti lucri in danno delle ragioni dei creditori, assicurando al contempo agli organi del fallimento l'apprensione dei beni soggetti all'esecuzione fallimentare e garantendo così il regolare svolgimento della procedura concorsuale (Sez. 5<sup>^</sup>, n. 12229 del 14 maggio 1976, Hussmann, Rv. 134842)».

<sup>149</sup> Cassazione Penale, Sez. 5, n. 21081 del 13/04/2004 - dep. 05/05/2004, Pontini, Rv. 229199.

<sup>150</sup> Cassazione Penale, Sez. 5, 23 giugno 2016, n. 42572.

<sup>151</sup> Cassazione penale, Sez. 5, 22 febbraio 2012, n. 16062; Cassazione Penale, Sez. 5, 23 giugno 2016, n. 42572.

*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*<sup>152</sup>.

Tale può essere anche 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*<sup>153</sup>.

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**<sup>154</sup>.

Risponde del reato di bancarotta fraudolenta il **collaboratore dell'imprenditore** che appresti un **conto corrente per raccogliervi proventi della vendita dei prodotti dell'azienda destinati ad una gestione privata extracontabile** dell'imprenditore indipendentemente dalla conoscenza della effettiva destinazione delle somme. È infatti sufficiente che il collaboratore sia consapevole che le somme vengono sottratte alle ragioni dei creditori, tra i quali vi è sicuramente anche il fisco<sup>155</sup>.

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*<sup>156</sup>. Per contro, è stata esclusa la configurabilità del concorso in reati di bancarotta per distrazione da parte del professionista che si limiti ad indicare al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori, «trattandosi di comportamento che viola l'obbligo della correttezza e dell'etica professionale ma non induce in responsabilità penale»<sup>157</sup>. Sembra di dover intendere che il riferimento sia alla condotta del professionista che non si estrinsechi in preventive assicurazioni di assistenza, né valga a favorire o rafforzare l'altrui proposito delittuoso; in concreto, però, può risultare difficile distinguere tale ipotizzata situazione di connivenza da una significativa forma concorsuale, quale è stata riconosciuta quella del consulente professionale che suggerisca il mezzo fraudolento per celare le condizioni economiche e realizzare la bancarotta fraudolenta<sup>158</sup>. È stato così ritenuto concorrere in qualità di "extraneus" nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale il legale o il consulente contabile che, consapevole dei propositi distrattivi dell'imprenditore o dell'amministratore di una società in dissesto, fornisca a questi consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o lo assista nella conclusione dei relativi negozi, ovvero ancora svolga un'attività diretta a garantire l'impunità o a rafforzare, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l'altrui progetto delittuoso<sup>159</sup>.

---

<sup>152</sup> 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.

<sup>153</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 10742 del 15/02/2008 Ud., dep. 10/03/2008, Rv. 239480.

<sup>154</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 49642 del 02/10/2009 Ud., dep. 28/12/2009, Rv. 245821.

<sup>155</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sent. n. 10941 del 23/10/1996 Ud. (dep. 20/12/1996) Rv. 206543; Id., Ord. n. 1889 del 01/12/1970 Cc. (dep. 17/12/1970) Rv. 116001.

<sup>156</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 1298 del 07/11/1985 Ud., dep. 05/02/1986, Rv. 171851.

<sup>157</sup> Sez. 5, Sentenza n. 6409 del 11/03/1988 Ud. (dep. 27/05/1988) Rv. 178484

<sup>158</sup> Cass. Sez. 5, 3/12/1998, Minieri, in Fisco 1999, 1537

<sup>159</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 8276 del 06/11/2015 Ud. (dep. 29/02/2016) Rv. 267724. Nella specie, l'imputato, quale consulente incaricato della tenuta della contabilità di varie società fallite, aveva consapevolmente partecipato alla realizzazione di numerose manipolazioni delle scritture contabili al fine di occultare la distrazione di ingenti somme di denaro. Massime precedenti Conformi: N. 1341 del 1987 Rv. 175013, N. 569 del 2004 Rv. 226973, N. 10742 del 2008 Rv.



### 3.1. Riqualficazione soggettiva dell'apporto originariamente contestato

Quanto alla **riqualificazione soggettiva dell'apporto** offerto, *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*, ove rimanga *immutata l'azione distrattiva* ascritta<sup>160</sup>. Come già affermato dalla giurisprudenza di legittimità<sup>161</sup> «*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*».

---

239480, N. 39387 del 2012 Rv. 254319, N. 49472 del 2013 Rv. 257566 (nella specie l'imputata, in qualità di ragioniere e fiduciario dell'amministratore di diritto aveva consapevolmente proposto, coltivato e insistito per porre in essere atti depauperatori del patrimonio sociale a danno dei creditori).

<sup>160</sup> Cass. Pen Sez. 5, Sentenza n. 18770 del 22/12/2014 Ud., dep. 06/05/2015, Rv. 264073.

<sup>161</sup> Cass. Pen, Sez. 5, n. 4117 del 09/12/2009, Prosperi, Rv 246100; nello stesso senso, Id., n. 13595 del 19/02/2003, Leoni.

## PARTE TERZA

### La responsabilità penal-fallimentare degli esponenti bancari

#### Capitolo 1. La responsabilità penale non fallimentare dei funzionari di banche *in bonis* per abusi di fido, di custodia e di gestione del risparmio

##### 1.1. Il reato di appropriazione indebita

###### 1.1.1. In generale

La configurabilità del reato di appropriazione indebita è stata variamente esaminata con riferimento alle ipotesi di **concessione abusiva di fidi da parte dei dipendenti bancari** e di **inadempimento degli obblighi di custodia, gestione e di restituzione dei fondi** depositati.

L'assenza nell'ordinamento penale italiano di una norma equiparabile a quelle che contrastano l'abuso dei beni, del credito e dei poteri da parte dei gestori sociali, presenti da oltre ottanta anni nel diritto penale societario francese<sup>162</sup>, unita alla mancata definizione normativa dell'esatto contenuto dell'interesse sociale e dell'interesse personale, ingenerano dispute cicliche circa l'esatta estensione della nozione di appropriazione. In assenza di un testuale riferimento in seno all'art. 646 c.p., il dissidio più intenso si consuma attorno alla riconducibilità ad essa della «**distrazione**»,<sup>163</sup>

Come noto, parte della dottrina<sup>164</sup> sostiene l'*orientamento restrittivo*, evidenziando come nella distrazione la *rottura attenga al vincolo di destinazione impresso al bene*, a proprio o altrui vantaggio, *non al legame tra il bene ed il proprietario*, non operando un'espropriazione definitiva. Non rassicurata dall'operatività del dolo specifico della fattispecie (per la parte che attiene all'ingiustizia del profitto), tale lettura mira a scansare 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, in particolare, la stessa interpretazione limitatrice è sostenuta dalla preoccupazione di evitare che il delitto in esame si profili quale «*strumento onnivoro di controllo penale della correttezza nella gestione della società*»<sup>165</sup>.

D'altro canto, ragioni contrarie di razionalità sistematica pongono in evidenza gli impensabili *vuoti di protezione* che scaturirebbero, anche in ragione dell'attuale assetto dell'ordinamento italiano, a fronte di 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

<sup>162</sup> Cfr. art. L242-6 del Codice di commercio, come modificato dalla L. n. 2013-1117.

<sup>163</sup> Al fondo di ogni scelta qualificatoria, invero, resta tangibile una serrata tensione sui temi della configurabilità dell'appropriazione tramite distrazione, della definizione dell'ingiustizia del profitto, ripercorrendo ovvero individuando i confini dell'interesse sociale e di quelli personali incoerenti, nonché dei reali obiettivi della condotta. Con un margine di opinabilità delle soluzioni seriamente mai eliminabile.

<sup>164</sup> PEDRAZZI, *Sui limiti dell'appropriazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435.

<sup>165</sup> ATTILI, *I delitti di appropriazione indebita*, in Viganò-Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2015, p. 839.

quest'ultimo<sup>166</sup>; (ii) nell'esercizio di poteri non congruenti con il titolo del possesso, *esorbitanti* dallo stesso, con sottrazione del bene dai fini cui era destinato<sup>167</sup>.

### 1.1.2. La concessione abusiva di fidi

Intorno alla fine degli anni '80 si sviluppò un vivace dibattito giurisprudenziale sulla **natura dell'attività bancaria** e sulla possibilità di considerare integrato il **delitto di peculato o di appropriazione indebita aggravato** dall'abuso di prestazione di opera nella condotta del dipendente bancario che avesse impiegato, a profitto proprio o altrui, il denaro del quale aveva la disponibilità per ragione del suo ufficio.

Le Sezioni Unite della Cassazione (n. 8243/2007) fissarono *tre principi fondamentali*, due dei quali rimasti capisaldi anche della posteriore esperienza giurisprudenziale. In particolare, la Corte affermò che «*la normale attività bancaria di raccolta del risparmio fra il pubblico e di esercizio del credito in un libero mercato concorrenziale, svolta da enti creditizi sia privati che pubblici, non comporta l'attribuzione a chi la esercita della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio*». Inoltre, con riferimento ad un fatto privato del carattere di illecito penale a seguito di una successiva modifica legislativa afferente la disciplina normativa extra-penale di riferimento, la Cassazione affermò che «*per attribuire la qualità di soggetto attivo di un reato proprio si applica il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 cod. pen. perché per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto tra cui, nei reati propri è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo*». In particolare, nel caso in diretta valutazione, non venne ritenuta più ravvisabile l'ipotesi di peculato nella condotta di un dipendente di una Cassa di risparmio che aveva concesso ad un cliente

---

<sup>166</sup> Cass., sez. II, n. 5136/1997, Bussei «*Sussiste il delitto di appropriazione indebita nel fatto dell'amministratore di società che, costituendo riserve di danaro extrabilancio, con gestione occulta, le distrae in favore di terzi per scopi illeciti ed estranei all'oggetto sociale ed alle finalità aziendali, così procurando ad essi un ingiusto profitto: la condotta di appropriazione, che caratterizza il delitto di cui all'art. 646 cod. pen., consiste infatti non solo nell'annettere al proprio patrimonio il danaro o la cosa mobile altrui, bensì anche nel disporre arbitrariamente, "uti dominus", sotto qualsiasi forma, in modo tale che ne derivi per il proprietario la perdita irreversibile*». In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto sussistente il delitto di appropriazione indebita nel caso di un amministratore di società di capitali il quale, omettendo l'annotazione, la fatturazione e l'iscrizione a bilancio di una quota dei ricavi d'impresa, aveva creato riserve occulte utilizzate per pagare, tra l'altro, politici ed amministratori che gestivano appalti pubblici ed ufficiali della Guardia di finanza corrotti o concussori. *Contra*, Cass. pen., sez. V, n. 1245/1998, Cusani: «*La creazione di riserve occulte e l'utilizzazione extrabilancio di fondi sociali non sono di per sé sufficienti ad integrare il delitto di appropriazione indebita: deve infatti escludersi che possa essere qualificata come distrattiva, e tantomeno come appropriativa, un'erogazione di danaro che, pur compiuta in violazione delle norme organizzative della società, risponda a un interesse riconducibile anche indirettamente all'oggetto sociale; è da ritenersi, infatti, che per aversi appropriazione sia necessaria una condotta che non risulti giustificata o giustificabile come pertinente all'azione o all'interesse della società, in quanto può accadere che una persona giuridica, attraverso i suoi organi, persegua i propri scopi con mezzi illeciti, senza che ciò comporti di per sé l'interruzione del rapporto organico. Da ciò consegue che ne' il versamento dei fondi extrabilancio su conti non formalmente riconducibili alla società ne' la destinazione di tali fondi al perseguimento con mezzi illeciti degli interessi sociali integrano gli estremi dell'appropriazione indebita, fermo restando comunque che il gestore di tali occulte riserve deve ritenersi gravato da un rigoroso onere di provarne l'effettiva destinazione allo scopo predetto. (Fattispecie in tema di finanziamenti illeciti a partiti politici; nell'occasione la Corte ha precisato che l'appropriazione indebita è invece configurabile, e concorre pertanto con il delitto di cui all'art. 71. 2 maggio 1974, n. 195, allorché l'illecito finanziamento di partiti politici con fondi occulti sia erogato nell'interesse personale ed esclusivo dell'amministratore)*». Nello stesso senso della sentenza da ultimo rammentata cfr. Cass. pen., sez. V, n. 10041/1998 Altissimo. Per una posizione di significato intermedio, cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 16362/2012: «*Non integra il delitto di appropriazione indebita in danno di una società per azioni l'erogazione di somme di denaro effettuata dai suoi dirigenti in favore di soggetti terzi, nel rispetto delle regole contabili e di spesa interne, quale corrispettivo di servizi informativi e di sicurezza effettivamente resi e funzionali, direttamente o indirettamente, alla tutela di interessi della società, a nulla rilevando che i predetti servizi siano stati espletati mediante condotte delittuose*».

<sup>167</sup> Cass. pen., sez. II, n. 46256/2013: «*Commette il delitto di appropriazione indebita il mandatario che, violando le disposizioni impartitegli dal mandante, si appropri del denaro ricevuto utilizzandolo per propri fini e, quindi, per scopi diversi ed estranei agli interessi del mandante*». Fattispecie relativa ad appropriazione di una somma accreditata sul proprio conto corrente dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed assistenza a favore dei Ragionieri e Periti commerciali da parte del mandatario incaricato di compiere un'offerta reale relativa ad una controversia civile.

diciannove fidi non autorizzati di rilevante valore, essendo stata esclusa, a seguito di *novatio legis*, la sua qualifica di pubblico ufficiale.

Nella medesima evenienza, inoltre, la Corte di legittimità *escluse* anche che *la concessione abusiva di fido* commessa da un dipendente bancario potesse integrare gli estremi dell'*appropriazione indebita* «*poiché tale reato prevede come condotta punibile solo l'appropriazione e non la distrazione*». La Corte sottolineò come la condotta della "appropriazione" consiste nell'esercizio sulla cosa di atti di dominio (*uti dominus*) incompatibili con il titolo che ne giustifica il possesso mentre quella di "distrazione" nel dare alla cosa una destinazione diversa da quella cui era originariamente destinata. Ciò posto la Cassazione chiosò: «*Orbene, poiché il reato di appropriazione indebita previsto dall'art. 646 C.P. postula che il possessore si comporti verso la cosa come se fosse propria, compiendo cioè sulla stessa quegli atti che potrebbe compiere solo il proprietario, e questa condotta coincide con quella di "appropriazione" prevista dall'art. 314 C.P. ma nettamente diverge da quella di "distrazione", ne consegue che, quando la "distrazione", consistente nella concessione abusiva di fido, venga commessa da un dipendente bancario che, come nella specie, non riveste la qualifica di "pubblico ufficiale" ne' di "incaricato di pubblico servizio", il fatto da lui commesso non realizza la fattispecie dell'appropriazione indebita di cui all'art. 646 C.P.*». Quest'ultima affermazione di principio venne lestamente *riconsiderata*, anche per i pericolosi vuoti di tutela che da essa derivavano. Con una successiva pronuncia, infatti, le Sezioni Unite ritennero «*configurabile il reato di appropriazione indebita nel caso in cui il dipendente dell'istituto bancario, assumendo arbitrariamente i poteri dell'organo di amministrazione competente ad autorizzare il **superamento dei limiti del fido o della provvista del conto corrente di corrispondenza, abbia concesso un fido al cliente violando, in collusione con lo stesso, le norme sugli affidamenti stabilite dagli istituti in modo da realizzare sostanzialmente un'arbitraria disposizione di beni della banca a profitto di terzi***»<sup>168</sup>.

Allorquando il possesso del denaro importi l'impiego dello stesso per un determinato uso, tale possesso non conferisce il potere di compiere atti di disposizione non autorizzati o, comunque, incompatibili col diritto del proprietario, di modo che, ove ciò avvenga, l'agente commette il delitto di appropriazione indebita. Trasferendo tali concetti all'evenienza in diretto esame<sup>169</sup>, ad avviso della Corte di legittimità, si delineava con sufficiente chiarezza la configurabilità del reato di appropriazione indebita nel caso in cui il dipendente dell'istituto bancario avesse di fatto concesso un fido al cliente, *violando, in collusione con lo stesso, le norme sugli affidamenti stabilite dagli istituti, in modo da realizzare, sostanzialmente, un'arbitraria disposizione di beni della banca a profitto di terzi*<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> SS. UU. n. 9863/1989; nello stesso senso cfr. Cass. pen., sez. II, n. 3332/2013. La Corte segnalò come la qualificazione di diritto privato dell'ordinaria attività creditizia e, quindi, l'esclusione per essa delle ipotesi di reato di cui agli artt. 314 e 315 c.p., non importasse l'assenza di rilevanza penale del comportamento dei dipendenti bancari che, in violazione di specifiche norme penali poste a tutela del patrimonio, avessero operato con mezzi fraudolenti oppure in collusione coi terzi. Un'impunità per siffatte modalità di gestione bancaria si sarebbe posta in contrasto con le *fondamentali esigenze di protezione dei beni giuridici*, riferibili non solo al pubblico dei consumatori del credito, ma anche agli stessi istituti bancari. Escludendo fenomeni di supplezza giurisprudenziale, la Cassazione ricordò come, già in epoca precedente alla sentenza n. 8243/2007, più volte le sezioni semplici avessero affermato che il reato di appropriazione indebita può sussistere sia nel caso in cui l'agente abbia dato alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni del suo possesso, sia nel caso in cui abbia omesso deliberatamente di restituire la cosa, giacché in entrambe le ipotesi è manifestata la sua volontà di affermare un dominio sulla cosa stessa. Si vedano, tra le altre, Cass. 11/03/1975, Semeraro; Cass. 01/02/1983, Rappollo; Cass. 19/02/1985, Amato; Cass. 25/10/1972, Girelli; Cass. 16/04/1985, Fugaroli.

<sup>169</sup> Ad un direttore di banca era stata rivolta l'accusa di aver **vistato assegni emessi e girati da terzi, privi di copertura, consentendone l'accredito a più riprese sul conto corrente di uno degli imputati**.

<sup>170</sup> «*Se, infatti, l'appropriazione si concreta anche col dare alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni che ne giustificano il possesso, ne consegue che, allorché il dipendente dell'istituto di credito, nel concedere il fido al cliente, travalichi i limiti fissati dalle norme o dalle direttive che regolano gli affidamenti; egli pone in essere una condotta che rientra nella previsione dell'art. 646 cod.pen. Ed invero, sotto il profilo oggettivo, il dipendente bancario, realizzando un'arbitraria attribuzione di beni della banca a favore di terzi, compie un atto di disposizione "uti dominus", si comporta cioè come se la cosa fosse propria. Qualora, poi, ciò avvenga in collusione con il cliente abusivamente favorito ed al fine di*

La **casistica** nella quale è stata riconosciuta l'appropriazione indebita ha avuto riguardo a *situazioni diversificate*:

- dirigenti bancari che, esorbitando da loro poteri, avevano *messo a disposizione del cliente*, con accrediti sui conti dello stesso, *somme di denaro delle quali disponevano per conto della banca o avevano pagato assegni privi di provvista*<sup>171</sup>;

- dipendente di istituto di credito che aveva concesso un *fido* al cliente, con **violazione**, in accordo con lo stesso, delle **norme sugli affidamenti stabiliti dall'istituto**, quale arbitraria disposizione dei beni dell'istituto a profitto di terzi; rilevando che la sussistenza di fondate prospettive di "rientro" del beneficiario, la presenza di garanzie o risorse patrimoniali, l'intento di agire nell'interesse dell'istituto di credito, mentre valevano ad escludere l'elemento soggettivo del reato, non incidevano minimamente sull'oggettivo "*superamento del rischio di impresa*", verificatosi attraverso operazioni irregolari e con comportamenti "*uti dominus*"<sup>172</sup>;

- **concessione di fido bancario in violazione delle norme di garanzia sugli affidamenti** stabilite dagli istituti realizzata in concorso con il beneficiario del fido illecitamente concesso e, quindi, mediante la consapevole partecipazione del concedente e del concessionario<sup>173</sup>.

In definitiva, sin dalla fine degli anni '80, la Corte di legittimità ha individuato **quattro condizioni per assumere integrata l'appropriazione indebita nelle ipotesi di concessione abusiva di fido**:

(i) travalicamento dei limiti fissati dalle *norme statutarie o dalle direttive* che regolano gli affidamenti;

(ii) *collusione* tra il dipendente di banca infedele ed il beneficiario del fido, condizione ricorrente ma della cui indispensabilità si discute<sup>174</sup>;

(iii) *scopo* di avvantaggiare quest'ultimo;

(iv) *consapevolezza* dell'irrecuperabilità del denaro prestatato, non restituibile.

---

*procurargli un ingiusto profitto, si realizza anche l'estremo soggettivo del reato di cui all'art. 646 cod. pen., che consiste appunto nella volontà di investire il titolo del possesso per trarre dalla cosa un ingiusto profitto per sé o per altri. Così, concorrendo l'indispensabile elemento soggettivo, si rende configurabile la fattispecie criminosa dell'art. 646 cod. pen. nei casi in cui il dipendente della banca abbia compiuto un atto di disposizione a favore del cliente, assumendo arbitrariamente i poteri dell'organo di amministrazione competente ad autorizzare il superamento dei limiti del fido o della provvista del conto corrente di corrispondenza. In tali casi di abuso nella gestione del credito, il dipendente bancario non si limita, infatti, a rivolgere la cosa ad un fine diverso da quello cui era destinata, strumentalizzando il possesso a profitto del terzo, esercita sulla cosa poteri di dominio incompatibili col titolo da cui il possesso medesimo trae giustificazione».*

<sup>171</sup> Cass., sez. VI, n. 8179/1988, Rv. 178881; sez. V, n. 2337/1994; sez. II, 19/01/2004; sez. II, n. 6603/2014.

<sup>172</sup> Cass., sez. II, n. 5523/1991.

<sup>173</sup> Cass., sez. II, n. 2829/1992.

<sup>174</sup> Non manca l'opinione (Cass., sez. II, n. 26501/2007) che esclude la necessità della collusione con il cliente. Con riferimento ad evenienza nella quale al direttore della filiale bancaria si contestava d'aver elargito credito, eccedendo i limiti entro i quali la normativa interna lo *autorizzava* a concedere fidi, **occultando l'appartenenza a un medesimo gruppo di più soggetti simultaneamente finanziati e superando i limiti quantitativi degli affidamenti, per categoria di credito e in assoluto**, la Corte di legittimità ha rammentato che l'appropriazione indebita contempla esplicitamente l'ipotesi dell'ingiusto profitto a beneficio di un terzo, sicché il concorso del beneficiario nella condotta dell'agente è solo eventuale. Per la Cassazione, il carattere indebito del vantaggio deriva direttamente dall'illegittimità degli atti di erogazione del credito, mentre nessuna necessità di ordine logico o giuridico impone il coinvolgimento collusivo dei clienti. La collusione con il cliente, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite (sent. n. 1/1989) costituisce – insieme al comportamento *uti dominus* – **l'elemento rivelatore** dell'appropriazione indebita del funzionario di banca per concessione di credito extra-fido. Ma si tratta di una **relazione descrittiva** della situazione di fatto in cui si consuma normalmente l'appropriazione indebita, che come tale non prescinde dalla figura del cliente, al quale fanno capo un complesso di attività di per sé sole prive di significato penale (accensione e intrattenimento del conto, richiesta di fido, presentazione dei titoli all'incasso etc.) senza le quali il delitto non può essere commesso. Malgrado ciò, la Corte ha escluso che questo limitato concetto di collusione si estenda fino ad integrare il concorso necessario di persone nel reato, in contrasto con la definizione normativa dell'appropriazione indebita. «È dunque ben possibile che la collusione di conio giurisprudenziale si arresti ad una soglia di irrilevanza penale relativamente al cliente beneficiario, il quale è ordinariamente ignaro del preciso contenuto della discrezionalità del funzionario, sicché non può agevolmente discernere il momento in cui il comportamento del suo interlocutore si distacca completamente dall'interesse della banca, diventando condotta appropriativa». Del resto, il richiamo alla "collusione" in *subiecta materia* non è neppure una costante nella giurisprudenza di legittimità, non mancando precedenti in cui il tratto caratteristico della condotta antigiuridica viene individuato da altre circostanze.

### 1.1.3. Il caso bancoposta

La Corte regolatrice sembrava essersi consolidata nel ritenere che il «*dipendente di Poste Italiane S.p.A. che svolga attività di tipo bancario (cosiddetto “bancoposta”) non riveste la qualità di persona incaricata di pubblico servizio; con la conseguenza che l’appropriazione di somme dei risparmiatori commessa con abuso del ruolo integra il reato di appropriazione indebita e non quello di peculato*». In particolare, la Corte aveva osservato «*che la natura privatistica dell’attività di raccolta del risparmio non è esclusa per il fatto che Poste S.p.A. operi per conto della Cassa Depositi e Prestiti, essendo quest’ultima equiparabile ad un comune azionista*»<sup>175</sup>.

La qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio deriva dal contenuto della attività effettivamente esercitata, prescindendo dalla qualità pubblica o privata dell’ente di appartenenza e dall’essere l’attività tipica dell’ente un pubblico ufficio o servizio<sup>176</sup>. In particolare, «*l’attività bancaria è, di per sé, attività privata e non esercizio di pubblico servizio. Questa è una acquisizione ormai risalente negli anni, essendo venuto meno il sistema normativo delle banche pubbliche ed il ruolo statale nel settore, ed è quindi questione non più in discussione. Né sono significativi quei casi particolari in cui la banca ed il suo dipendente operano nel contesto di un pubblico ufficio o servizio (come laddove, ad es., operino quali delegati della Agenzia delle Entrate, nell’esercizio di attività di tesoreria per enti pubblici etc.), perché la possibile diversa qualità deriva dal rapporto diretto con l’ente pubblico che si avvale della banca e non dalla peculiarità della attività bancaria in quanto tale*». Secondo tale approdo, per qualificare il dipendente delle Poste che gestisca, per conto dell’ente di appartenenza, attività nell’ambito bancario (“bancoposta”), ciò che rileva è l’individuazione della funzione svolta e poiché l’attività bancaria delle Poste è attività di tipo privato al pari di quella delle banche, l’impiegato che svolge tali servizi non è né pubblico ufficiale né incaricato di pubblico servizio. Ne consegue che, in caso di appropriazione di fondi affidati dal cliente, l’impiegato è responsabile di appropriazione indebita e non del reato proprio di peculato. Sembra irragionevole ritenere, inoltre, un trattamento diverso per la condotta di appropriazione dei fondi depositati dal cliente, per la quale il dipendente delle Poste, a parità di condizioni con il dipendente della banca di identiche mansioni, subirebbe il più grave trattamento sanzionatorio del peculato. Tale conclusione non troverebbe avallo in nessuna delle norme e delle fonti usualmente invocate dall’orientamento avverso (art. 12 del D.P.R. n. 156/1973, art. 18 del D.Lgs. n. 261/1999,

---

<sup>175</sup> Cass. pen., sez. VI, n. 10124/2015. La pronuncia riepiloga i precedenti di legittimità difformi, rappresentati dalle sentenze n. 20118/2001, n. 36007/2004 e n. 33610/2010, giungendo al seguente approdo: «*Il soggetto che, quindi, eserciti per conto della società Poste tale tipo di attività non è incaricato di pubblico servizio. Peraltro la rigida separazione della contabilità dei vari settori di attività impedisce che vi sia alcuna commistione di fondi delle attività in bancarie e postali. Insomma, mancano le condizioni oggettive del pubblico servizio, non vi è alcuna previsione espressa (come invece avviene per gli addetti al servizio postale) e, ultimo argomento ma non certo minore, vi è l’assoluta mancanza di ragioni per differenziare sul piano della attività nonché sul piano della “qualità” dei fondi maneggiati, l’addetto a servizi bancari di una banca dall’addetto servizi bancari dell’ente poste punendo diversamente condotte oggettivamente e soggettivamente identiche. Deve essere quindi affermato il seguente principio di diritto cui dovrà attenersi il giudice di rinvio: “Nell’ambito dello svolgimento di funzioni di tipo bancario, quale è la raccolta del risparmio, l’attività svolta da Poste spa è di tipo privatistico, non diversamente da quella svolta dalle banche; ne consegue che la appropriazione di somme di risparmiatori commessa con abuso del ruolo integra il reato di appropriazione indebita e non il reato di peculato; ne’ rileva che Poste spa operi per conto della Cassa Depositi e Prestiti, essendo quest’ultima equiparabile ad un comune titolare di azioni e non operando personalmente nei rapporti con la clientela, che ha rapporti, regolati esclusivamente dal diritto civile, con Poste spa*». Nello stesso senso Cass. pen., sez. VI, n. 18457/2015.

<sup>176</sup> Secondo la Corte di Cassazione riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio il soggetto che svolga un’attività di carattere *intellettivo* – dunque, non semplici mansioni d’ordine o un’opera di tipo meramente materiale – caratterizzata, da un lato, dalla mancanza dei poteri autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione (Sez. U, n. 7958 del 27/03/1992, Delogu, Rv. 191172), e, dall’altro lato, da una precisa correlazione funzionale al soddisfacimento di uno specifico interesse pubblico (Sez. 6, n. 11240 del 24/10/1995, Ronchi, Rv. 203178). Assume pertanto siffatta qualità colui che, eventualmente accanto allo svolgimento di prestazioni di carattere materiale, espleti anche compiti che comportino conoscenza e applicazione di normative, anche se a livello esecutivo, e che involgano profili, sia pure complementari e integrativi, di collaborazione nell’espletamento del pubblico servizio.

il “contratto di programma” del 21/09/2000 tra il Ministero delle Comunicazioni e Poste Italiane, il D.P.R. 14/03/2001, n. 144 quale Regolamento recante norme sui servizi di bancoposta, determinante nel dimostrare che i servizi di tipo bancario offerti da Poste spa non differiscono da quelli offerti da qualsiasi banca) né nel particolare rapporto tra la Cassa Depositi e Prestiti e Poste spa (D.Lgs. 30/07/1999, n. 284 “riordino della cassa depositi e prestiti”) non potendosi affermare che Poste operi in nome della Cassa o che, comunque, operi, in ragione del rapporto con tale ente, secondo regole diverse e particolari rispetto alle banche “comuni”<sup>177</sup>.

L’approdo ora riepilogato, per quanto argomentato e non privo di coerenza sistematica, non è ancora stabile. Di recente la Cassazione ha ricordato che «*in tema di qualificazione soggettiva degli addetti ai servizi postali, la trasformazione dell’amministrazione postale in ente pubblico economico e la successiva adozione della forma della società per azioni, di cui alla L. 23 dicembre 1996, n. 662, non fanno venir meno la natura pubblicistica non solo dei servizi postali definiti riservati dal D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, ma neppure dei servizi non riservati, come quelli relativi alla raccolta del risparmio attraverso i libretti di risparmio postale ed i buoni postali fruttiferi (cosiddetto “bancoposta”), ora disciplinata dal D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 284*»<sup>178</sup>. In applicazione di tale principio la Corte ha riconosciuto la qualità di persona incaricata di un pubblico servizio all’addetto all’attività contabile nel settore della raccolta del risparmio postale, confermando la condanna per peculato<sup>179</sup>. Ed ancora, è stato precisato, per fattispecie in tema di peculato, che «*il dipendente di un ufficio postale addetto allo svolgimento del servizio di raccolta del risparmio riveste la qualità di persona incaricata di pubblico servizio*»<sup>180</sup>.

#### ***1.1.4. L’inadempimento degli obblighi di custodia e di restituzione dei fondi depositati***

Secondo un risalente approdo della giurisprudenza di legittimità, confermato anche in tempi recenti, «*il cassiere di banca, in quanto destinatario dell’obbligo di custodia di danaro, valori e titoli in dotazione alla cassa, è titolare del possesso di essi e come tale, qualora disponga in proprio favore di somme depositate sul conto corrente, risponde di appropriazione indebita in danno della banca e non già di delitti in danno del correntista*»<sup>181</sup>. In applicazione di tale principio, è stato ritenuto responsabile di appropriazione indebita aggravata ex art. 61, n. 11, c.p., e non di truffa, il cassiere di banca, che, mediante il fraudolento rinnovo in assenza del titolare di libretti di deposito a risparmio nominativi, successivamente indebitamente estinti, si era appropriato delle relative somme di denaro<sup>182</sup>. Come sottolineato dalla Corte regolatrice, «*la proprietà delle*

---

<sup>177</sup> Orientamento confermato anche da successive pronunce (Cass. pen., sez. VI, n. 3940/2016) che ha ritenuto condivisibile che “*il dipendente di Poste Italiane S.p.A. che svolga attività di tipo bancario (cosiddetto “bancoposta”) non riveste la qualità di persona incaricata di pubblico servizio — con la conseguenza che l’appropriazione di somme dei risparmiatori commessa con abuso del ruolo non integra il reato di peculato*”. Nello stesso senso: Cass., sez. VI, n. 39852/2015; Id., n. 18457/2015; Id., n. 32517/2015.

<sup>178</sup> Cass. pen., sez. VI, n. 31660/2015; Cass. pen., sentenza 6 marzo 2017, n. 10875. In senso parzialmente difforme cfr. Sez. 6, Sentenza n. 40747 del 28/06/2016 Ud. (dep. 29/09/2016 ) Rv. 268220: «*Il direttore dell’ufficio postale che si appropri di somme di denaro prelevate direttamente dalla cassa dell’ufficio, e non nell’ambito dello svolgimento dell’attività privatistica di raccolta del risparmio, riveste, agli effetti dell’integrazione del reato di peculato, la qualità di pubblico ufficiale, in considerazione dei poteri certificativi esercitati per le consegne o i versamenti di denaro effettuati dagli utenti e per la contabilizzazione dei relativi passaggi o movimenti.*

<sup>179</sup> Cass. pen., sez. VI, n. 36007/2004; Id. n. 31660/2015.

<sup>180</sup> Cass. pen., sez. VI, n. 33610/2010; Id. n. 31660/2015.

<sup>181</sup> Cass. pen., sez. VI, n. 5170/1988; Cass. pen., sez. II, n. 28786/2015.

<sup>182</sup> È stato inoltre ravvisato il delitto di appropriazione indebita e non già quello di truffa quando l’artificio o il raggio non risultino necessari all’impossessamento, già intervenuto, ma valgano a celarlo. In particolare, in relazione ad un cassiere di banca cui erano contestate continuate appropriazioni di denaro dalla cassa alla quale era preposto, è stato ritenuto che, avendo egli, per l’espletamento della sua funzione, la materiale disponibilità del denaro, non aveva necessità di ricorrere ad artifici o raggiri per appropriarsene. L’ulteriore attività commessa, come l’emissione di assegni all’ordine di apparenti

*somme di danaro versate in banca dal titolare di un deposito in conto corrente spetta, ai sensi dell'art. 1834 cod. civ., alla banca depositaria, mentre al correntista l'art. 1852 stesso codice riconosce solo il potere di disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, escludendolo anche dal possesso di dette somme che, per quanto contabilizzate nel conto di sua pertinenza, fanno tuttavia parte della massa monetaria appartenente alla banca».*

In altre evenienze<sup>183</sup>, la Corte ha optato per qualificazioni più severe, assumendo integrato il delitto di *furto aggravato* da parte del dipendente bancario che si era impossessato, mediante movimentazioni effettuate con i terminali dell'ufficio, di *somme di danaro di clienti depositate in conti correnti*, escludendo al contempo che la condotta sia sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 640-ter c.p., quando lo spostamento del denaro (con ordini di bonifico da conto corrente) sia effettuato attraverso operazioni ordinarie sul sistema informatico della banca alle quali era personalmente abilitato dall'istituto titolare del sistema, pur senza averne avuta disposizione dai correntisti<sup>184</sup>.

Per contro, in riferimento alla condotta di un funzionario di banca cui era contestato d'essersi impadronito di *valori custoditi nella cassetta di sicurezza* di pertinenza di un cliente, la Corte<sup>185</sup> ha ritenuto configurabile il delitto di appropriazione indebita, assumendo che l'agente ne avesse il possesso. Appare di interesse il percorso argomentativo svolto nell'occasione dalla Cassazione: «è evidente che, se un terzo si impossessa dei beni contenuti in una cassetta di sicurezza allocata in banca, si tratta di furto. In tal caso, ha ritenuto la giurisprudenza (ASN 199007598-RV 184479) la qualità di soggetto passivo del reato viene assunta dalla banca, mentre i titolari delle singole cassette assumono quella di danneggiati dal reato (atteso che la condotta dell'agente pregiudica il rapporto di fatto con la cosa ed il potere di vigilanza e custodia su di essa esercitato dall'istituto di credito). Se poi ad impadronirsi del contenuto della cassetta è un dipendente della banca, che approfitti della sua posizione, la qualificazione giuridica non muta (tranne per quel che riguarda la sussistenza della aggravante ex art. 61, n. 11), trattandosi di situazione sostanzialmente analoga a quella in cui il dipendente di una banca si impossessi, mediante movimentazioni effettuate con i terminali dell'ufficio, di somme di danaro di clienti, depositate in conti correnti (come affermato da ASN 200732543-RV 237175). In entrambi i casi, invero, si verifica l'impossessamento da parte dell'agente (e lo spossessamento in danno del proprietario), tramite la effrazione della

---

prenditori con false girate di costoro, era volta a costruire una falsa documentazione allo scopo di giustificare le differenze di cassa e, pertanto, allo scopo di occultare le appropriazioni di denaro, tanto è vero che se tali artifici si fossero rilevati inidonei per occultare ai quotidiani riscontri le appropriazioni, queste avrebbero dovuto ritenersi comunque consumate e penalmente perseguibili (Cass. pen., sez. VI, n. 10397/1989). Nello stesso senso è stata ritenuta l'appropriazione nella sottrazione di somme di pertinenza di un'associazione da un libretto di deposito bancario ad opera del suo Presidente che aveva occultato poi gli ammanchi mediante false annotazioni di versamenti per pari importi, in quanto gli artifici e raggiri erano stati posti in essere dopo l'appropriazione del danaro e al solo fine di mascherarla (Cass. pen., sez. II, n. 3924/2004), così come nel rilascio da parte di un promotore finanziario di falsi rendiconti relativi a fondi di investimento da lui gestiti, così da sottrarre ai rispettivi intestatari parte delle somme confluite sui fondi, in quanto il possesso del denaro era già stato conseguito dall'agente al momento della realizzazione degli artifici e raggiri (Cass., sez. II, n. 39114/2003).

<sup>183</sup> Cass. pen., sez. VI, n. 32543/2007.

<sup>184</sup> La Corte regolatrice ha osservato che «ai fini della delimitazione dei confini tra il reato di furto e quello di appropriazione indebita, possono rientrare nella nozione di possesso vari casi di detenzione, ma deve comunque trattarsi di detenzione "nomine proprio" e non in "nomine alieno", come in tutti i casi di persone che abbiano la disponibilità materiale della cosa ad altri appartenente in virtù del rapporto di dipendenza che le lega al titolare del diritto (Cass., Sez. II pen, n. 4853/1994). L'impiegato di banca non ha la disponibilità neanche provvisoria della provvista dei conti correnti dei clienti dell'istituto, in quanto egli non ha altro compito che quello di eseguire le disposizioni del correntista, il quale rimane, in ogni momento, possessore e "dominus" della gestione del conto: onde risponde del reato di furto, e non del delitto di appropriazione indebita, l'impiegato che, con movimentazioni fittizie, effettui spostamenti o prelievi dai conti correnti dei clienti, sottraendo denaro alla disponibilità di costoro (Cass. 10.07.1996, Iegiani)». Si tratta di un approdo omogeneo a quello in virtù del quale è stato riconosciuto il delitto di furto nell'impossessamento da parte di dipendente di una Cassa di Risparmio dei titoli di clienti dei quali aveva la *detenzione materiale o meramente precaria al limitato fine di determinate operazioni*, non potendo portarli all'esterno se non per le esigenze connesse a dette operazioni, escludendosi dunque il possesso in senso penalistico. Cass. pen., sez. II, n. 4853/1994.

<sup>185</sup> Cass. pen., sez. V, n. 44942/2011.



*cassetta, l'uso non conforme di chiavi in possesso dell'istituto di credito, ovvero la "manomissione elettronica" del conto del cliente. Diversa tuttavia è l'ipotesi in cui (come nel caso in esame) il dipendente della banca abbia ottenuto dal cliente la chiave della cassetta di sicurezza, dal momento che tale traditio sta a significare – a meno che non sia diversamente convenuto – l'autorizzazione ad aprire la cassetta e, salvo prova del contrario, a disporre (si intende nell'interesse del titolare) del suo contenuto. In tal caso, invero, deve giungersi alla conclusione che l'agente abbia il possesso della cassetta e dei beni in essa custoditi».*

#### **1.1.5. L'inadempimento degli obblighi di gestione e di investimento dei fondi affidati**

La stessa *impostazione* appare riconoscibile alla base dell'insegnamento alla cui stregua consuma l'appropriazione indebita il dipendente bancario che s'impossessi di somme di danaro, prelevandole dai conti correnti dei clienti della banca che gli avevano dato incarico di acquistare con essi titoli di stato<sup>186</sup>. Per la relazione del delitto con la contravvenzione della gestione infedele *ex art. 167 TUIF v. infra*.

#### **1.2. Cenni sulle principali ragioni di ineffettività del presidio assicurato dalle norme di diritto penale societario e bancario**

Il *sistema penale societario* italiano non considera la cattiva gestione del conflitto di interessi di per sé meritevole di sanzione penale. L'edificazione delle fattispecie (ora con l'eccezione della corruzione privata), infatti, non prescinde mai dall'elemento del *danno*, che assume contenuti per lo più patrimoniali, in ogni caso valutabili in termini economici, rifuggendo la struttura dei reati di pericolo. Può dirsi stabile, infatti, l'inefficacia dell'intervento repressivo penale, anzitutto per la scelta di non dotare il sistema di fattispecie di pericolo, diversamente dal modello francese incentrato sin dal 1935 sulla rilevanza penale dell'abuso dei beni, del credito e dei poteri da parte dei gestori societari, non solo in presenza di interessi di rilevanza pubblica, come quelli dei risparmiatori e degli investitori.

La necessità di salvaguardare l'espressione libera dell'autonomia privata e della discrezionalità gestionale ha tradizionalmente precluso definizioni normative stringenti dell'interesse sociale, come di quello personale. Tale mancanza è stata tradizionalmente riempita dalla riflessione della giurisprudenza, ma residuano margini di consistente opinabilità.

Nei **reati societari** posti a presidio del risparmio custodito e gestito la tutela degli interessi dei risparmiatori e degli investitori non professionali trova limitatissimo spazio e comunque una protezione riflessa. L'applicabilità del *delitto ex art. 2629-bis c.c.* non è certo agevolata dalla mancata definizione della nozione dell'interesse sociale e personale, dalla considerazione del danno quale elemento costitutivo del reato (ove non si preferisca la tesi della condizione obiettiva di punibilità), dalla necessità di offrire la problematica dimostrazione del nesso causale diretto tra la violazione dei doveri informativi e comportamentali *ex art. 2391, comma 1, c.c.* ed il danno (per quanto di contenuto non esclusivamente patrimoniale) nonché del corrispondente dolo.

Né consistente contributo è legittimo attendersi dalla infedeltà patrimoniale *ex art. 2634 c.c.*, nell'attuale configurazione normativa non integrabile con comportamenti omissivi e organizzativi, né con contegni dolosi volti a conseguire interessi extrasociali, ma connotati dalla sola accettazione del rischio del danno per il patrimonio sociale e non

---

<sup>186</sup> Cass. pen., sez. VI, n. 16638/1989.

dall'intenzionalità della sua ricerca. Con esclusione, peraltro, della ingiustizia del profitto della società collegata o del gruppo, se compensato dagli evanescenti «*vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*». La *corruzione privata* ex art. 2635 c.c., recentemente riformata, in virtù del decreto legislativo n. 38/2017<sup>187</sup> si allinea al processo di attribuzione alla corruzione tra privati di uno statuto penale in linea con le indicazioni internazionali. Conviene però non trascurare che si tratta di percorso non ancora compiuto. I miglioramenti apportati al tessuto normativo della fattispecie penale (con l'estensione sul versante dei soggetti interessati e delle condotte conosciute per corruttive e istigatrici nella realtà criminologica, con la focalizzazione del disvalore sul patto corruttivo "finalizzato", nonché attraverso il potenziamento del sistema sanzionatorio complementare, rappresentato dalle pene accessorie e dalle sanzioni per illeciti amministrativi da reato degli enti) non permettono di trascurare il persistere di pericoli di ineffettività. Il difetto principale appare il disfunzionale regime di procedibilità a querela, solo in parte corretto in ragione della derivazione della distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi e limitatamente emendabile da letture estensive della legittimazione alla querela in favore di terzi estranei al patto corruttivo. Così che pur essendo stato abbandonato il requisito della indispensabilità del nocumento alla società, quest'ultima che «*conserva nella maggior parte dei casi il potere di decidere se i comportamenti corruttivi debbano o meno essere puniti*».

Il **diritto penale bancario**, che pure delinea reati di pericolo, è stato reso cedevole da frenetiche riforme. Dopo la novella del 2012, ad esempio, il delitto previsto dall'articolo 136 TUB (che in fondo non richiede che il peso della trasparenza) sono estranee, tra l'altro, le obbligazioni contratte con la banca da società collegate all'esponente bancario per *influenza* notevole ai sensi dell'articolo 2359, co.3 c.c. ovvero contratte da società in cui l'esponente bancario riveste funzioni gestorie o di controllo. Non mancano, ancora, letture volte a segnalare l'estromissione dalla fattispecie penale anche delle obbligazioni contratte dall'esponente bancario qualificato attraverso soggetto giuridici economici dal primo controllati ma con autonomia patrimoniale perfetta, derivandone la sostanziale vanificazione della *ratio* del reato di pericolo. Come nei casi in cui si propugna l'opinione che l'effetto scriminante derivi da qualsiasi deliberazione unanimitaria, pure generica, non preceduta dall'assolvimento di doveri informativi né seguita da motivazioni conformi alle previsioni dell'articolo 2391 c.c. La natura sussidiaria del mendacio bancario interno e la verecondia degli intermediari che ha finito, tradizionalmente, per beneficiare i suoi autori ne spiegano la pressoché inesistente esperienza giudiziaria.

Né il reato di gestione infedele ex art. 167 TUIF, parimenti sussidiario, ha offerto una tutela efficace agli investitori se è vero che nell'attesa del verificarsi dell'evento di danno la fattispecie non risulta in grado di contrastare prestazioni di servizi di investimento sistematicamente e deliberatamente trasgressive di regole di contenimento del rischio e delle garanzie della clientela. Critica riproponibile anche per la contravvenzione di confusione di patrimoni ex art. 168 TUIF. In dipendenza di questa scelta di politica criminale, la repressione di alcune delle infedeltà gestorie risulta sistematicamente tardiva, dunque vana ed inconsistente, specie in corrispondenza dell'emergere dell'irrimediabile dissesto dell'intermediario. Anche la scelta di escludere dalla gestione infedele le condotte omissive costituisce lacuna grave rispetto alla effettiva efficacia della fattispecie di proteggere l'investitore, atteso che proprio scelte omissive,

---

<sup>187</sup> Attraverso la tecnica della novella legislativa sono state interpolate le disposizioni del codice civile e delle leggi complementari, riformulate le fattispecie in attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI, inasprito il trattamento sanzionatorio in ordine alla responsabilità degli enti ed attribuita rilevanza penale all'istigazione alla corruzione tra privati.

anche di natura informativa, realizzate trasgredendo le disposizioni regolanti il conflitto di interessi, possono costituire premessa e causa di danni del cliente.

## Capitolo 2. Le fattispecie penal-fallimentari bancarie

### 2.1. Premesse giuridiche della configurabilità delle fattispecie penal-fallimentari bancarie

Le principali **infedeltà informative e gestorie** possono integrare severe incriminazioni penali al manifestarsi dello stato di insolvenza giudizialmente riconosciuto e dichiarato<sup>188</sup>. Nell'esperienza giudiziaria penale non può certo dirsi originale la constatazione della difficoltà di contrastare bilanci mendaci, gestioni infedeli dei servizi e delle attività di investimento e del risparmio, confusioni di patrimoni nonché abusi di fidi nella fase in cui il soggetto economico si trova *in bonis*. Per contro, a compensare la sostanziale innocuità del presidio penale apprestato per il periodo precedente, le condizioni della crisi e dell'insolvenza aprono alle rigorose prospettive repressive del diritto penale fallimentare.

Non sussistono dubbi sull'**applicabilità delle disposizioni penali fallimentari in riferimento alle imprese bancarie** e, segnatamente, in tema di liquidazione coatta amministrativa, nonostante le novelle introdotte dall'art. 99 del D.Lgs. n. 270/1999 e dal D.Lgs. n. 5/2006.

Al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. 385/1993 l'applicazione del *diritto penale fallimentare anche in materia bancaria* era confortata da indicazioni testuali. L'art. 82, ultimo comma, d.lgs. n. 385/1993 rinviava all'art. 203 legge fallimentare per la determinazione degli effetti conseguenti alla dichiarazione giudiziale di insolvenza ed il secondo periodo del comma 1 dell'art. 203 prevedeva espressamente l'applicabilità ai soci a responsabilità illimitata, agli amministratori, ai direttori generali, ai liquidatori e ai componenti degli organi di vigilanza delle disposizioni da 216 a 219 e da 223 a 225 legge fallimentare. Tale periodo è stato successivamente abrogato dall'art. 99, comma 1, d.lgs. n. 270/1999, modificando anche il previgente **art. 237 legge fallimentare**.

In base all'attuale formulazione di quest'ultima norma, **«l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, a norma degli articoli 195 e 202, è equiparato alla dichiarazione di fallimento ai fini dell'applicazione delle disposizioni del titolo VI della legge fallimentare»**, dedicato alle disposizioni penali concorsuali; inoltre, ai sensi dell'art. 237,

---

<sup>188</sup> Come chiarito dalla riflessione giurisprudenziale (Cass. civ., sez. I, n. 9408/2006) «*occorre dunque che lo stato d'insolvenza sussista al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa*». La ragione di questa retrodatazione del momento rilevante ai fini della valutazione in esame riposa sulla circostanza che «*per effetto del provvedimento che ha disposto la liquidazione coatta gli amministratori della banca perdono il potere di gestione dell'impresa e la disponibilità del complesso aziendale, sì che non potrebbe tenersi conto, nella valutazione dello stato d'insolvenza, di situazioni che si riferiscano ad eventi posteriori alla messa in liquidazione*». L'art. 82 TUB non offre un'autonoma definizione dello stato d'insolvenza della banca, diversa da quella prevista per ogni altra impresa dall'art. 5 l. fall., cui, per opinione condivisa, va parametrata anche l'insolvenza bancaria. Sebbene il TUB non si esprima più nei termini di «*stato di cessazione dei pagamenti*», come gli artt. 68 e 69 della Legge Bancaria, deve ritenersi tuttora valido il principio «*secondo il quale l'insolvenza dell'impresa bancaria "si traduce nel venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessaria per l'espletamento della specifica attività imprenditoriale"*» (Sez. 1<sup>a</sup>, 17.3.1989, n. 1321). Tale quadro deve essere completato rilevando peraltro che, siccome in linea generale l'insolvenza è descritta dal legislatore in relazione al suo effetto, che è quello rappresentato dalla compromissione dell'impresa di far fronte con regolarità alle sue esposizioni debitorie resa manifesta da indici rilevatori, l'insolvenza bancaria, che non presenta una sua connotazione specifica, si colloca in questo paradigma nonostante la peculiarità dell'attività espletata, e deve essere valutata alla stregua dei criteri applicati ordinariamente, tenendo presenti, ma non solo, i concetti sopra riferiti di illiquidità e di mancanza di credito, dal momento che, si tratta pur sempre di un'impresa che dispone di molteplici canali d'accesso al reperimento di liquidità per impedire la suggestione della corsa ai prelievi». In banca prospettiva, come ribadito nella giurisprudenza di merito, «*assume pertanto particolare rilevanza indiziaria circa il grado d'irreversibilità della crisi la sussistenza del deficit patrimoniale, che si connota come un fattore dotato di centralità rispetto sia agli inadempimenti che all'eventuale illiquidità*».

comma 2, l. fall. nel caso di liquidazione coatta amministrativa si applicano al commissario liquidatore ed alle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura le disposizioni degli artt. 228, 229 e 230 l. fall.

Il recente d.lgs. n. 180/2015, nell'attuare la Dir. 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15/05/2014, ha introdotto una nuova procedura per il caso di *dissesto* degli enti creditizi e delle imprese di investimento: la **risoluzione**<sup>189</sup>.

L'avvio delle procedure di gestione delle crisi, ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 180/2015, può intervenire solo se l'intermediario è in **stato di dissesto o "rischio di dissesto"** e se non sono praticabili soluzioni alternative, di mercato o di vigilanza<sup>190</sup>. A tal fine, l'accertamento dello stato di dissesto o di rischio di dissesto è svolto dalla autorità di vigilanza o da quella di risoluzione, mentre l'accertamento della insussistenza di soluzioni alternative è svolto dall'autorità di risoluzione.

Nel caso delle *banche*, l'**art. 82 TUB** si confronta, ora, con varie situazioni. Il primo comma attiene al caso di una banca **non sottoposta a liquidazione coatta amministrativa** o a *risoluzione*, il secondo comma all'evenienza di una banca **già interessata** da provvedimento di *liquidazione coatta amministrativa*. L'**art. 36, D.Lgs. n. 180/2015** ha chiarito che ove l'ente sottoposto a *risoluzione* si trovi in stato di insolvenza alla data di adozione del provvedimento di avvio della risoluzione di cui all'art. 32, D.Lgs. n. 180/2015, si applica l'art. 82, comma 2, TUB (con i meccanismi di richiamo e rinvio alle disposizioni fallimentari penali già illustrati), con l'avvertenza che la legittimazione dei commissari liquidatori ivi prevista spetterà ai commissari speciali di cui all'art. 37, D.Lgs. n. 180/2015 (se questi ultimi non sono stati nominati, il ricorso può essere presentato dalla Banca d'Italia o da un soggetto da essa appositamente designato). *Al Tribunale compete accertare lo stato di insolvenza dell'ente sottoposto a risoluzione avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione*. In relazione a tali evenienze, dunque, può pervenirsi alla *sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza della banca*, su istanza di *legittimati* più estesi di quelli previsti dall'art. 195 l. fall. (è ammessa anche la pronuncia di ufficio o su istanza del pubblico ministero)<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> L'azione di risoluzione presuppone, tra l'altro, la ricorrenza dell'*interesse pubblico* (cfr. art. 32, comma 1, lett. c, Direttiva BRRD e art. 20, comma 2, D.Lgs. n. 180/2015), che sussiste in presenza: (a) della *necessità e proporzionalità rispetto al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione* (descritti dall'art. 31 della direttiva BRRD, art. 21 D.Lgs. n. 180/2015<sup>189</sup>) e (b) dell'inidoneità della *liquidazione* dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza a *consentire di realizzare tali obiettivi nella stessa misura*. La carenza di un interesse pubblico ad attivare gli strumenti di risoluzione, rende percorribile una procedura ordinaria di insolvenza, in Italia rappresentata dalla liquidazione coatta amministrativa. Non è richiesto il previo ricorso a strumenti di intervento precoce (artt. 32, comma 3, direttiva BRRD, 17, comma 3, D.Lgs. n. 180/2015).

<sup>190</sup> La banca è considerata in **dissesto o a rischio di dissesto** al ricorrere di una o più delle seguenti **situazioni** (art. 32, comma 4, Direttiva BRRD, art. 17, comma 2, d.lgs. n. 180/2015): a) risultano **irregolarità nell'amministrazione o violazioni di disposizioni legislative, regolamentarie o statutarie che regolano l'attività della banca di gravità tale che giustificerebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività**; b) risultano **perdite patrimoniali di eccezionale gravità**, tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di un importo significativo del patrimonio; c) le sue **attività sono inferiori alle passività**; d) **difetta la capacità di pagare i propri debiti alla scadenza**; e) elementi oggettivi indicano che una o più delle *situazioni* indicate nelle lett. a), b), c) e d) *si realizzeranno nel prossimo futuro*; f) è prevista l'erogazione di un **sostegno finanziario pubblico straordinario** a suo favore, fatto salvo quanto previsto dall'art. 18, d.lgs. n. 180/2015 e 32, paragrafo 4, lett. d), Direttiva BRRD. **L'accertamento dello stato di dissesto o di rischio di dissesto** è rimesso all'autorità di vigilanza o a quella di risoluzione, mentre **l'accertamento dell'insussistenza di soluzioni alternative** spetta all'autorità di risoluzione. Quale regola, **l'individuazione della specifica procedura di gestione della crisi** concretamente attivabile è svolta secondo **il principio di proporzionalità e di adeguatezza**. Il **write-down** degli strumenti di capitale può essere disposto se, a seguito della sua applicazione, è superabile lo stato di dissesto. Ove il **write-down**, da solo o in combinazione con l'eventuale intervento di terzi, non consenta di rimediare allo stato di dissesto e la liquidazione coatta amministrativa non tutelerebbe in maniera almeno equivalente alla risoluzione l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria, alla tutela dei depositanti e dei clienti, alla continuità delle funzioni essenziali, può essere disposta la **risoluzione**. La **liquidazione coatta amministrativa**, infine, è avviabile se il **write-down** (da solo o in combinazione con un eventuale intervento di terzi) non consente di rimediare allo stato di dissesto e non sussistono i presupposti per la risoluzione.

<sup>191</sup> In altra recente evenienza (Cass. civ., sez. I, n. 14555/2014) è stata ribadita la **legittimazione del Pubblico Ministero a promuovere l'accertamento dello stato d'insolvenza**. In particolare, difronte al rilievo difensivo che segnalava la necessità di coordinare l'espressa previsione della legittimazione del Pubblico Ministero nell'art. 82 TUB con la riforma della legge fallimentare operata dal D.Lgs. 09/01/2006, n. 5 – e in particolare con l'art. 7 l. fall. riformato che sottopone a precisi limiti

ovvero dei commissari liquidatori e speciali), il Tribunale essendo onerato di sentire la Banca d'Italia ed i legali rappresentanti.

L'art. 82 del TUB richiama, nelle varie porzioni, **tutte le previsioni dell'art. 195 legge fallimentare**, onde non pare dubbio che *la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza*, anche nel contesto di *procedura di risoluzione*, debba considerarsi resa ai sensi di quest'ultima previsione e dunque *equiparata*, in base all'art. 237 l. fall., alla sentenza di fallimento ai fini dell'applicazione delle disposizioni penali fallimentari.

L'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 180/2015 prevede inoltre che *«le disposizioni del Titolo VI della legge fallimentare trovano applicazione anche quando lo stato di insolvenza è superato per effetto della risoluzione»*. La disposizione appare stabilizzare le prospettive di praticabilità delle iniziative investigative e sanzionatorie ricollegate alla consumazione dei reati fallimentari, in ossequio al principio di contrastare efficacemente azzardi gestori dei responsabili del dissesto.

In caso di insolvenze gestite con procedure di *liquidazione coatta amministrativa o risoluzione*, dunque, l'ipotesi più realistica sarà che eventuali *operazioni di contenuto distrattivo o infedele*, astrattamente riconducibili alle fattispecie ex artt. 167, 168 TUIF e 136 TUB, restino assorbite nei più gravi reati previsti dagli artt. 223, 216 e ss. della l. fall., integrando bancarotte fraudolente patrimoniali (con preferenza per le fattispecie della distrazione e della dissipazione), documentali ed improprie (con riferimento a quella da reato societario).

Se l'art. 237, comma 1, legge fall. equipara la dichiarazione giudiziale di insolvenza *«a norma degli articoli 195 e 202»* alla dichiarazione di fallimento ai fini dell'applicabilità delle disposizioni penali fallimentari, occorre anche di tenere in conto che l'attuale *«previsione legislativa sintetica, in luogo di quella precedente, analitica nei molteplici rinvii alle singole norme incriminatrici, comporta che l'interprete verifichi l'effettiva possibilità del rinvio, tenendo conto delle peculiarità e modalità obiettive e soggettive delle diverse fattispecie penali. Il rinvio peraltro deve intendersi effettuato a quelle tra esse soltanto che risultino applicabili in rapporto alle diverse situazioni che si possono effettivamente verificare nell'ambito della procedura di liquidazione coatta»* (Cass., sez. V, n. 9724/2004)<sup>192</sup>.

---

l'iniziativa del P.M. – la Cassazione ha disatteso la prospettazione ed osservato: *«Se, infatti, può convenirsi che la disciplina della legittimazione del PM a promuovere l'accertamento dello stato d'insolvenza delle banche sia contenuta nell'art. 82 TUB, quale norma speciale di settore, non è però convincente la tesi secondo cui a tale legittimazione si applicherebbero gli stessi limiti previsti in generale, quanto alla richiesta di fallimento formulata dal PM, dall'art. 7, L. Fall. riformato. Invero il mancato adeguamento, da parte del legislatore, della norma speciale alla modifica della disciplina generale del fallimento rivela, piuttosto, la volontà di tener ferma la prima norma: volontà che, del resto, ben si giustifica, data proprio la qualità delle imprese bancarie, con la considerazione del preminente interesse generale alla tutela del credito e del risparmio, con la connessa stabilità dei mercati finanziari, che a più forte ragione giustificano il rafforzamento dei controlli pubblici e, dunque, l'iniziativa del PM lasciata in vita anche dall'art. 202, L. Fall., pur dopo la riforma, per le imprese in generale»*.

<sup>192</sup> Secondo la Cassazione *«la previsione incriminatrice di cui all'art. 220 legge fallimentare che prevede l'obbligo di procedere al deposito dei bilanci e delle scritture contabili non si applica all'imprenditore soggetto a liquidazione coatta amministrativa, sia che si abbia riguardo alla disciplina previgente alla novella introdotta con decreto legislativo n. 270 del 1999, sia che si abbia riguardo alla nuova regolamentazione della materia introdotta con il nuovo testo dell'art. 237 legge fallimentare»*. In motivazione la Corte ha osservato: *«L'art. 237, vecchio testo, rendeva applicabili all'imprenditore in caso di liquidazione coatta amministrativa le disposizioni degli artt. 220 e 226. L'art. 220 considera varie condotte illecite del fallito, tra cui la mancata osservanza degli obblighi imposti dall'art. 16 n. 3 l. fall., vale a dire il deposito dei bilanci e delle scritture contabili nelle 24 ore dalla pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento. Tale norma non è peraltro applicabile alla liquidazione coatta amministrativa. Com'è noto, la procedura si apre con il provvedimento ministeriale che dispone la liquidazione coatta, provvedimento che può precedere o seguire, giusta il disposto degli artt. 195 e 202 l. fall., l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza. La sentenza che accerta lo stato d'insolvenza non contiene l'ordine di deposito dei bilanci e delle scritture contabili, come si evince chiaramente dal disposto degli artt. 195 e 202 ora citati. D'altra parte neppure il provvedimento che dispone la liquidazione coatta contiene siffatto ordine né esso discende dalla disciplina degli effetti del provvedimento quali sono regolati dagli artt. 200 e ss. l. fall. Si deve dunque concludere, come sempre rilevato dalla dottrina, che il rinvio dell'art. 237, vecchio testo, all'art. 220 si riferiva ad altre condotte del fallito punite dalla norma incriminatrice, ma non al mancato deposito delle scritture contabili, non sussistendo una norma da cui si potesse ricavare l'obbligo del fallito, ed in caso di società, degli amministratori, di procedere al deposito nelle 24 ore dalla pronuncia del decreto che dispone la liquidazione coatta ovvero della sentenza che accerta lo stato d'insolvenza. Né*

## 2.2. Casistica

Posta l'impossibilità di esaminare l'estesa serie di fattispecie penal-fallimentari adattabili all'insolvenza degli istituti di credito, appare utile richiamare alcune significative esperienze giudiziarie che hanno interessato imprese bancarie e SIM per esaminare la relazione tra stato di dissesto ed infedeltà informative e gestorie dei loro esponenti.

### 2.2.1. Bancarotta distrattiva o dissipativa

Nelle ipotesi di **finanziamenti da parte di intermediari bancari in assenza di garanzie e di serie prospettive di rientro** con il manifestarsi della insolvenza dell'intermediario appare ipotizzabile il provvedimento di **liquidazione coatta amministrativa**. Lo stesso può dirsi, ancora, in presenza di estese **spoliazione dei clienti** da parte dell'intermediario o di **confusioni di patrimoni** in violazione delle norme che presidiano la separazione. Ciò dischiude spazi di configurabilità ai reati di **bancarotta fraudolenta per distrazione o dissipazione**, in presenza di operazioni integranti una **dispersione di beni per scopi diversi da quelli doverosi dell'impresa, per esigenze ad essa estranee, del tutto irragionevoli e senza adeguata contropartita**<sup>193</sup>.

In particolare, difronte all'estrema variabilità di impieghi con carattere distrattivo e dissipativo, in materia di **finanziamenti**, la Corte di Cassazione ha riconosciuto sufficiente il **dolo generico** per il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, sia nella forma diretta, che indiretta od eventuale, **«quando il soggetto agisce anche a costo, «a rischio», di subire una perdita altamente probabile se non certa. Ne deriva che la distrazione fallimentare prevista dall'art. 216 n. 1 legge fall. è configurabile anche a titolo di dolo eventuale nell'ipotesi in cui si realizzi mediante l'erogazione di finanziamenti (mutui) concessi dagli amministratori di una banca senza le necessarie garanzie, in violazione delle norme civili e bancarie che regolano i rapporti tra la banca ed i suoi amministratori e nell'interesse degli stessi amministratori e non della banca. In tal caso, infatti, gli amministratori agiscono accettando il rischio della perdita patrimoniale e della conseguente lesione dell'interesse dei creditori ex art. 2740 cod. civ. alla garanzia del patrimonio del debitore»**<sup>194</sup>.

Nell'occasione la Corte regolatrice ha altresì precisato che i finanziamenti eseguiti in modo massiccio con la tecnica dei **depositi fiduciari**, mediante la **simulazione del deposito interbancario** e la **dissimulazione del prestito a terzi**, nell'interesse del "gruppo" e non delle banche, **in violazione dell'art. 38 L. Bancaria**, in mancanza di garanzie, senza l'osservanza dei limiti legali dettati dalla disciplina bancaria (art. 35 l. bancaria), costituivano **ipotesi di distrazione**, ai sensi dell'art. 216, n 1, l. fallimentare.

---

*risultava un obbligo, penalmente sanzionato, dell'imprenditore in liquidazione coatta amministrativa di procedere al deposito su richiesta del commissario liquidatore».*

<sup>193</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.

<sup>194</sup> In tal senso, Cass. pen., sez. V, n. 15850/1990 sulla vicenda della **Banca Privata Italiana**; cfr. anche Cass. pen., sez. V, rv 182121, rv 178608, rv177518, rv 177152, 170343.

La Corte ha riconosciuto, inoltre, che nei **contratti di mutuo** può essere formulata la distinzione tra un *rischio fisiologico*, connesso al tipo di accordo tra le parti (l'alea del successivo adempimento, mediante il rimborso) ed un *rischio patologico*, conseguente alla **carenza di garanzie**. L'erogazione dei finanziamenti mediante i fiduciari e con l'inosservanza di tutte le norme poste a tutela dei fondi sociali e per **fini** non propri della banca ma **del "gruppo"** comporta, dal punto di vista soggettivo, l'assunzione del rischio della diminuzione patrimoniale subita dalle banche<sup>195</sup>.

Nelle seguenti evenienze è stata ritenuta integrata la **bancarotta distrattiva in danno del patrimonio di un'azienda di credito**, dapprima posta in amministrazione straordinaria, poi assoggettata alla liquidazione coatta amministrativa e, infine, dichiarata in stato di insolvenza<sup>196</sup>:

- nel **rilascio di fidejussioni e/o garanzie e nella costituzione di depositi** da parte della impresa bancaria dichiarata insolvente verso banche estere ed in favore di propri clienti, genericamente riguardanti società dello stesso gruppo economico, nei confronti delle quali non potevano essere più erogati affidamenti, perché eccessivi rispetto ai canoni ed alle percentuali stabilite dai parametri imposti dall'organo di vigilanza;

- nel rilascio di **fideiussione in favore di società ad altissimo rischio** e che, escusse a causa dell'insolvibilità dei garantiti, cagionavano un esborso da parte della stessa banca insolvente;

- nei **depositi "back to back" occultamente finalizzati** all'ulteriore destinazione, concordata con le banche estere beneficiarie e/o depositarie onde consentire la copertura di finanziamenti erogati dalle predette banche estere;

- nei **fidi, nei depositi e in analoghi sostegni finanziari a favore delle società facenti capo ai c.d. gruppi economici rilasciati al di fuori del contesto di corretta gestione dell'azienda di credito o in mancanza delle usuali condizioni legittimanti l'erogazione del credito** (ossia a fronte di sostanziali *lacune istruttorie* o di evidente *incongruità delle garanzie* offerte o di notevole *squilibrio finanziario* denunciato dalla conosciuta situazione dei richiedenti ovvero di *palese sproporzione fra la capacità patrimoniale dei clienti e l'entità delle aperture di credito*), ovvero **in totale difformità delle regole proprie imposte dall'organo di vigilanza**, contrario anche ad ogni plausibile criterio di prudenza nella concentrazione del rischio (divenendo, quale unica banca finanziatrice, il *solo sostegno incondizionato*, andando coscientemente ad assumere *comportamenti* verso detti gruppi societari fortemente *agevolativi*, eccedendo i *criteri di vigilanza prudenziali* imposti dalla Banca d'Italia, in *assenza di adeguate ed effettive garanzie*).

In una vicenda giudiziaria di recente pervenuta alla pronuncia di primo grado, la contestazione della bancarotta fraudolenta patrimoniale è stata rivolta ai membri del consiglio di amministrazione, al direttore generale, ai membri del collegio sindacale di una banca di credito cooperativo insediata nella provincia di Firenze ed ai rappresentanti e gestori delle imprese da tale istituto di credito finanziate, in tesi d'accusa, "immeritamento", con ritenuta distrazione di ingenti somme di denaro (quasi 100 milioni di euro), sottratte alle finalità cooperative dell'istituto e determinanti la compromissione degli equilibri economico-finanziari della banca.

---

<sup>195</sup> All'obiezione volta a segnalare che la prevedibilità della diminuzione patrimoniale non sarebbe sufficiente ad esaurire la tematica del dolo eventuale, la prevedibilità essendo elemento comune sia del dolo eventuale che della colpa – onde nella specie era integrata l'ipotesi di bancarotta semplice prevista dal n. 2 dell'art. 217 l. fall. (quali operazioni di pura sorte o manifestamente infondate) – la Cassazione replicava rimarcando la differenza tra le due ipotesi: «*Quando l'agente pone in essere operazioni imprudenti idonee a configurare la bancarotta semplice agisce con imprudenza, ma pur sempre nell'interesse dell'impresa; nelle operazioni distrattive, invece, l'agente agisce dolosamente, perseguendo un interesse proprio o di terzi estranei all'impresa, e quindi colla coscienza e volontà, di porre in essere atti incompatibili con la salvaguardia del patrimonio aziendale ed in contrasto con gli interessi dei creditori alla conservazione delle garanzie patrimoniali*».

<sup>196</sup> Cass. pen., sez. V, n. 32143/2013.

A rivelare il carattere in concreto distrattivo dei finanziamenti erogati la pubblica accusa ha addotto la violazione delle norme del settore creditizio, tra esse comprese quelle della corretta gestione aziendale e della regolare tecnica e prassi bancaria (istruttoria inadeguata e non documentata, carenza di idonee ed effettive garanzie e delibere in conflitto di interessi). Tra le trasgressioni più significative evidenziate negli addebiti, è possibile annoverare l'incoerenza tra l'importo rilevante del finanziamento deliberato ed erogato, sovente in condizioni di preventivo conflitto di interessi da parte degli esponenti aziendali, e:

- (i) l'elevata (superiore) esposizione debitoria dei soggetti finanziati, tanto rispetto al sistema bancario in generale, tanto avuto riguardo allo specifico istituto di credito finanziatore;
- (ii) le precarie condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie dell'impresa finanziata (e/o di sue controllanti), rivelate dai valori negativi dello patrimonio netto, dalla sua inattività, da bilanci avvalorativi dell'assenza di ricavi ovvero dell'esistenza di perdite, dalla assenza di attivi e di lavoratori dipendenti;
- (iii) la sottocapitalizzazione delle imprese finanziate, prive di mezzi propri e gravate di elevato indebitamento finanziario;
- (iv) la mancata concessione di garanzie effettive, essendo state offerte ipoteche di grado successivo su beni di valore inferiore rispetto all'importo erogato ed allegati contratti preliminari relativi a compravendite di immobili sostanzialmente fittizie, utilizzati per accreditare falsamente l'impiego in iniziative imprenditoriali ed acquisti, accreditando mendaci causali dei finanziamenti ricevuti e inesistenti capacità restitutorie;
- (v) l'assenza e la carenza di istruttoria, con allegazione di bilanci non aggiornati.

Definendo la fase dell'udienza preliminare il GUP presso il Tribunale di Firenze (sentenza n.1023/2014, 15.7.2014, dep. 8.8.2014) ha rilevato l'esistenza di una serie di azioni combinate di vari soggetti, interni ed esterni all'istituto bancario, che ne avrebbero realizzato una sistematica spoliazione, sino alla messa in liquidazione coatta amministrativa ex art. 80 TUB ed alla dichiarazione dello stato di insolvenza. Da un lato la proprietà, la direzione, il consiglio di amministrazione ed il collegio sindacale, soggetti, pressoché sempre presenti nelle varie riunioni, che avevano deliberato o comunque deciso le strategie e le operazioni sospette, o comunque non avevano adempiuto ai loro obblighi di controllo, soprattutto a fronte di condotte sostanzialmente "seriali"; dall'altro lato, **soggetti esterni**, privati determinatori ovvero **fruitori** dei trattamenti di favore sottostanti alle concessioni delle singole aperture di credito, che avevano avuto un ruolo determinante nel raggiungimento dello scopo. Rispetto a quest'ultima categoria, ad avviso del GUP, mentre alcuni soggetti, sovente presenti in diverse nelle dinamiche descritte nell'imputazione, avevano usato i loro canali di conoscenza per creare schermi personali e giungere ad erogazioni formalmente corrette, altri (ovvero gli ultimi anelli delle lunghe catene di contatti che formalmente avevano avanzato le richieste di erogazione all'istituto bancario) non sembravano aver fornito un **apporto consapevole**. Alcuni di essi comparivano isolatamente nelle varie condotte e quali extranei apparivano privi del dolo necessario, sia sul fronte della conoscenza dello stato di insolvenza dell'istituto bancario (anche perché le loro istanze erano state presentate in epoca ben lontana sia dall'intervento degli ispettori della Banca d'Italia, sia dai successivi interventi governativi e giudiziari che avevano riconosciuto lo stato di insolvenza della società), sia della attitudine depauperativa del patrimonio della massa: ciò anche alla luce del fatto che, a prescindere dalle vicende successive, le loro richieste erano comunque coperte o da garanzie reali o da coperture assicurative, che, quantunque insufficienti,



potevano non apparire fittizie<sup>197</sup>. Inoltre, essi avevano agito sulla base di accordi non tanto con gli "intraneei" alla banca, quanto piuttosto con i reali "privati determinatori" e la consapevolezza del danno arrecato - o arrecando - poteva essere presente solo in coloro che in più occasioni avevano realizzato più condotte "sospette".

Nel caso di **società di intermediazione mobiliare**, posta in liquidazione coatta amministrativa e dichiarata in stato di insolvenza, sono state identificate<sup>198</sup> condotte di **bancarotta** nella **distrasione** del patrimonio aziendale e della clientela in conseguenza di scelte organizzative che davano luogo a **totale confusione fra il primo patrimonio e quelli dei singoli clienti fra loro** (mancata istituzione di procedure di controllo interno sull'operato dei promotori finanziari e di adeguati sistemi informatici e di registrazione e trattamento degli ordini di negoziazione; omissione di informative ai clienti e di misure idonee a salvaguardarne i diritti sui beni affidati alla società, che consentivano ai promotori finanziari di eseguire ordini privi di documentazione o fondati su moduli prestampati o falsamente sottoscritti, di omettere l'informazione ai clienti sui rischi negli investimenti in prodotti derivati, di falsificare i rendiconti periodici, di concordare con gli amministratori forme anomale di finanziamento mediante rilascio di assegni e cambiali in bianco, e così determinare o aggravare il dissesto della società).

### 2.2.2. Bancarotta impropria societaria

Occorre premettere che nel 2002 è stata innovata la formulazione del delitto di **bancarotta impropria societaria** sotto i profili della diversa elencazione dei *reati presupposto* della bancarotta fraudolenta impropria (reato complesso) e dell'espressa previsione di un *collegamento causale* tra la loro realizzazione ed il dissesto societario. In particolare, non opera più l'automatica "trasformazione" di essi in bancarotta fraudolenta per il fatto di essere seguiti dal fallimento della società, a prescindere da ogni collegamento di ordine causale e psicologico<sup>199</sup>. Nel nuovo assetto normativo il reato societario si configura quale condotta del delitto fallimentare, *causalmente diretta a provocare il dissesto* dell'imprenditore, costituito dall'eccedenza del passivo sull'attivo.

Quanto al *nesso causale* tra l'attività illecita e il dissesto societario, secondo l'indirizzo giurisprudenziale ampiamente maggioritario<sup>200</sup> la formulazione dell'art. 223,

---

<sup>197</sup> Il GUP disattendeva la ritenuta a natura fittizia dei preliminari relativi ai beni non ancora realizzati, o comunque beni non ancora entrati nel patrimonio del promittente venditore osservando ne l'ammissibilità del preliminare di vendita di "beni futuri" e/o la vendita di "beni altrui".

<sup>198</sup> Cass. pen., sez. V, n. 9266/2015 (**San Giovanni s.p.a.**, società di intermediazione mobiliare posta in liquidazione coatta amministrativa e dichiarata in stato di insolvenza in Firenze il 23/06/2003).

<sup>199</sup> SILVESTRI, *Aggravamento del dissesto e configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta societaria*, in Rassegna della giurisprudenza di legittimità, gli orientamenti delle sezioni penali, 2015: «La riforma del 2002, ridisegnando la fattispecie in esame, originariamente costruita come reato di pericolo, in un reato con evento di danno — identificato nel dissesto — ed escludendo dal novero dei reati presupposto quelle "ipotesi penali societarie che non sembrano presentare alcuna affinità offensiva con il reato fallimentare", oltre ad omogeneizzare il rapporto tra reati societari e bancarotta fraudolenta, ha realizzato "una progressione di tutela" che dalla protezione del capitale sociale giunge alla protezione degli interessi dei creditor».

<sup>200</sup> Secondo la Corte di Cassazione, il concetto di dissesto rilevante per il diritto penale fallimentare va inteso non tanto come «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 l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente **incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditor**» (così Cass. pen., sez. V, n. 32899/2011). Ciò significa che «il **reato in questione sussiste anche nell'ipotesi in cui la condotta di una delle anzidette persone abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente** (ex multis, Cass. pen., sez. V, n. 19806/2003, Id., n. 37555/2015)». Il fenomeno del **dissesto** non si realizza istantaneamente, ma con **progressione e durata nel tempo**, tanto da essere suscettibile di **misurazione** (Cass. pen., sez. V, n. 16259/2010). La **situazione rilevante**, dunque, è il **dissesto come effettivamente concretizzatosi al momento della formale apertura della procedura concorsuale**, rimanendo 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. Secondo la Corte, potendo l'insolvenza variare quantitativamente, **il dissesto deve considerarsi cagionato dal soggetto** non solo quando senza la condotta di costui non si sarebbe verificato, ma **altresì quando sarebbe stato minore**, vale a dire, allorché la condotta medesima ne ha determinato un aggravamento. Nel senso dell'irrelevanza del mero aggravamento del dissesto non depone

comma 2, n. 1, l. fall. non prevede 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 con-causali. Ciò perché lo *stato di dissesto* dell'azienda non consiste nella semplice crisi economica della stessa, ma costituisce la *condizione patrimoniale della società come accertata nella sentenza di fallimento*, ovvero l'*insolvenza accertata e dichiarata dall'autorità giurisdizionale che dichiara il fallimento*. È rispetto a questa entità economica che va valutata l'incidenza della condotta illecita realizzata dai soggetti tipici (amministratori, sindaci, liquidatori, ecc.), con la conseguenza 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*<sup>201</sup>.

La bancarotta impropria da reato societario è stata riconosciuta nei seguenti **casi**:

- (i) quando l'amministratore, attraverso infedeli appostazioni nei bilanci, simula un apparente stato di solidità della società, permettendole di *conseguire nuovi finanziamenti bancari ed ulteriori forniture*, favorendo così l'aumento dell'esposizione debitoria della fallita e determinando l'aggravamento del suo dissesto<sup>202</sup>;
- (ii) quando, occultando nei bilanci la perdita del capitale sociale, si *eviti* di palesare la necessità di procedere al *rifinanziamento o alla liquidazione* della società, con aggravamento del dissesto di quest'ultima<sup>203</sup>.

Il Tribunale di Firenze si è pronunciato in data 2 marzo 2017 rispetto alla contestazione della bancarotta societaria per false comunicazioni sociali, rivolta ai membri del consiglio di amministrazione, al direttore generale, ai membri del collegio sindacale di una banca di credito cooperativo per aver concorso a cagionarne il dissesto. In particolare, il Tribunale ha riconosciuto la responsabilità penale in relazione alla contestazione di aver esposto, con l'intenzione di ingannare i soci ed il pubblico ed al fine di conseguire un ingiusto profitto, nel bilancio fatti materiali non rispondenti al vero, essendo stati indicati crediti "deteriorati" verso la clientela per circa 74,4 milioni di euro, importo inferiore a quello reale, superiore di almeno 50 milioni di euro all'importo indicato.

### **2.2.3. Bancarotte semplici.**

In via generale, integrano il reato di bancarotta ex art. 217, comma 1, n. 3, RD 267/42 le **operazioni di grave imprudenza** per ritardare il fallimento, ovvero *«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»*<sup>204</sup>.

Non ricorre tale figura di bancarotta semplice 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»*. Infatti, *«le operazioni realizzate con imprudenza costitutive della fattispecie*

---

la diversa formulazione delle fattispecie descritte dagli artt. 223 e 224 l. fall., sul rilievo che soltanto quest'ultima disposizione sanziona, in termini almeno letterali, l'aggravamento del dissesto.

<sup>201</sup> 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.

<sup>202</sup> Cass. pen., sez. 5, n. 17021/2013.

<sup>203</sup> Cass. pen., sez. 5, n. 28508/2013; Id. n. 42811/2014.

<sup>204</sup> Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 24231 del 20/03/2003 Ud., dep. 04/06/2003.

*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»<sup>205</sup>.*

La **differenza** tra le due ipotesi di bancarotta semplice previste all'**art. 217, comma primo, n. 2** (relativa, alla consumazione del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti) **n. 3, legge fall.** 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<sup>1</sup>. Inoltre, mentre quest'ultima ipotesi, per via dell'anzidetta finalizzazione, ha certamente carattere doloso, la prima è, invece, punibile a titolo di colpa<sup>206</sup>.

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*<sup>207</sup>.

L'**art. 224, comma 2, n. 2, RD 267/42** punisce la condotta dei soggetti della bancarotta impropria (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite), i quali abbiano concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi **imposti dalla legge**.

Tra questi ultimi sono compresi anche i doveri imposti **dall'atto costitutivo, dallo statuto, dalle deliberazioni assembleari** prese in conformità alla legge e all'atto costitutivo e attinenti alla vita dell'ente sociale (si pensi allo scioglimento anticipato o la trasformazione della società, alla presentazione della domanda di concordato preventivo)<sup>208</sup>. Deve trattarsi di **obblighi funzionali alla conservazione della garanzia patrimoniale**

Trattandosi di reato di **evento**, rappresentato dal **dissesto societario** (o dal suo **aggravamento**) causalmente riconducibile alle condotte poste in essere dagli autori tipici, sia **attive che omissive**.

Tra le trasgressioni di obblighi rilevanti individuati dalla riflessione giuridica si annoverano:

- (i) per i sindaci, l'omesso controllo da parte dell'amministrazione della società ex art. 2043 c.c.;
- (ii) per i liquidatori, l'inadempimento dell'obbligo di prendere in consegna i beni e i documenti sociali ex art. 2277 c.c. o la trasgressione del divieto ex art. 2279 c.c. di intraprendere nuove operazioni;
- (iii) per gli amministratori, l'inadempimento degli obblighi previsti dagli artt. 2391, 2391-bis e 2392 c.c., dell'obbligo di convocazione dell'assemblea dei soci ex art. 2447 c.c. (riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale) l'inosservanza

<sup>205</sup> Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 6462 del 04/11/2004 Ud., dep. 22/02/2005, Rv. 231394.

<sup>206</sup> Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 24231 del 20/03/2003 Ud., dep. 04/06/2003, Rv. 225938.

<sup>207</sup> Cass. Pen., 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.

<sup>208</sup> Cass., Sez. V, 3.12.2002, n. 40581, in *Cass. pen.*, 2003, 1046, in *Riv. pen.*, 2003, 317; in *CED*, 2002/223409

dell'art. 2344 c.c. (per il caso di mancato pagamento delle quote), l'esercizio di un'attività di concorrenza per conto proprio o di terzi ex art. 2390 c.c.; rileva anche l'omissione del controllo sull'andamento della gestione sulla base delle relazioni degli organi delegati.

Sul versante della distinzione con ipotesi delittuose, la trasgressione degli obblighi ex art 224, comma 2, n. 2, risulta collegata ad **comportamenti colposi**, ponendosi altrimenti problemi di delimitazione con la fattispecie della **bancarotta impropria per effetto di operazioni dolose**, specie se l'inosservanza sia accompagnata dalla consapevolezza di porsi in contrasto con l'interesse della società e dei creditori sociali, in relazione a dissesto accettato, anche in via eventuale.

Dubbi sussistono sul rapporto con la fattispecie prevista dal n. 4 dell'art. 217 della legge fall. (per aggravamento del proprio dissesto, astenendosi l'imprenditore dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento e con altra grave colpa). Si è ritenuto, in proposito, che l'art. 217 legge fall. esigerebbe una colpa grave, mentre l'art. 224 legge fall. una colpa generica, vale a dire a imprudenza, negligenza o imperizia, per inosservanza di obblighi imposti dalla legge con qualsiasi grado di intensità.

Nel processo a carico di alcuni amministratori di una società bancaria posta in liquidazione coatta amministrativa e dichiarata in stato di insolvenza all'inizio del 2016, sono stati contestati i delitti previsti dagli artt. 217, comma 1, n. 2, 224 nn. 1 e 2, 237, comma 1, L.fall. (in relazione agli artt. 70 e 82, comma 2 e 3, TUB) per aver consumato una notevole parte del patrimonio della società in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti e comunque per aver concorso nel cagionare o aggravare il dissesto della società con violazione degli obblighi di legge (tra cui quello di agire informati di cui all'art. 2381, comma 6 c.c.) mediante erogazione di finanziamenti, in assenza di idonee garanzie, sia generiche che specifiche, a fronte di finalità imprenditoriale di comodo, con improbabile capacità delle società beneficiarie di onorare i finanziamenti, in effetti mai restituiti essendo state le percettrici, poi, dichiarate fallite o ammesse al concordato preventivo. In particolare, è stata distinta la condizione degli amministratori esecutivi e del presidente del consiglio di amministrazione, da un lato, dagli amministratori non esecutivi, dall'altro, in relazione all'erogazione di finanziamenti, mai restituiti dalle società debentrici (o solo in minima parte), con conseguente perdita dell'importo affidato, in carenza di adeguata istruttoria, in favore di soggetti privi di adeguata capacità economica, in assenza di garanzie e, comunque, per finalità estranee all'oggetto sociale e, segnatamente, per favorire alcuni componenti del consiglio di amministrazione della banca. Agli amministratori esecutivi tale condotta è stata contestata quale condotta distrattiva e dissipativa, mentre a quelli non esecutivi è stata ascritta quale operazione di pura sorte o manifestamente imprudente.

## Capitolo 3. La responsabilità penal-fallimentare dell'estraneo bancario

### 3.1 Le premesse ed i segni di una responsabilità in espansione

#### 3.1.1. Il collegamento tra crediti bancari deteriorati e fallimenti

Una prolungata crisi economica ha inciso duramente sui volumi dei *non performing loans* (NPLs) delle banche italiane, come attestato dal dato, impressionante, delle società variamente ritiratesi dal mercato, in seno ad un sistema imprenditoriale-finanziario fortemente bancocentrico.

Limitando l'analisi al contesto nazionale, una recente pubblicazione della Banca d'Italia<sup>209</sup> segnala che, a dicembre 2015, i crediti deteriorati<sup>210</sup>, al lordo delle corrispondenti rettifiche di valore, ammontavano a circa **360 miliardi di euro**, il 18,1% del totale dei crediti verso clientela. Le sofferenze (vale a dire la categoria "peggiore" delle esposizioni deteriorate) si attestavano su 210 miliardi (10,6% dei crediti complessivi). Ai fini del bilancio, alla stessa data, gli importi al netto delle rettifiche erano pari rispettivamente a 197 e 87 miliardi.

Nello stesso anno, secondo i dati Cerved, i fallimenti erano tornati a "diminuire" per la prima volta dopo otto anni, rimanendo però su livelli eccezionalmente elevati. In base alle rilevazioni statistiche dell'istituto, nel 2015 sono **fallite 14,7 mila** imprese, il 6,3% in meno rispetto al 2014 ma quasi il doppio rispetto ai 7,5 mila fallimenti del 2008, quando gli effetti della crisi ancora non si erano manifestati sul nostro sistema economico. Complessivamente, nel 2015 si sono contate **96 mila chiusure**, in calo del 5,6% rispetto alle 102 mila dell'anno precedente e al picco toccato nel 2013 (108 mila). Per la prima volta dal 2010, il numero di chiusure è sceso sotto la soglia di 100 mila. Come rileva, ancora, il rapporto *«per il secondo anno consecutivo, nel 2015 è diminuito il numero di procedure concorsuali non fallimentari: sono 2,5 mila, il 15% in meno dell'anno precedente. A trainare il calo, la decisa riduzione dei concordati preventivi, mentre le procedure diverse dai fallimenti e da concordati preventivi si sono attestate su livelli inferiori ma non lontani da quelli del 2014. Anche in questo caso, il numero di procedure rimane ben superiore rispetto ai livelli pre-crisi, in parte a causa di una situazione economica più difficile, in parte per effetto delle modifiche regolamentari che hanno incoraggiato un utilizzo più ampio degli strumenti concordatari»*<sup>211</sup>. La situazione non ha registrato significative novità nei primi sei mesi del 2016<sup>212</sup>.

Questo, almeno in parte, il contesto economico in cui si ambienta la presente riflessione, condotta prestando prioritaria attenzione alle indicazioni dell'elaborazione giurisprudenziale, non ancora del tutto sviluppata in termini sistematici, ma piena di spunti preziosi.

#### 3.1.2. Le responsabilità civili collegate all'erogazione dei finanziamenti

---

<sup>209</sup> CIAVOLIELLO, CIOCCHETTA, CONTI, GUIDA, RENDINA, SANTINI, *Quanto valgono i crediti deteriorati?* In Note di stabilità finanziaria e vigilanza n. 3, Aprile 2016, reperibile all'indirizzo <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/note-stabilita/2016-0003/index.html>.

<sup>210</sup> I crediti deteriorati sono composti da posizioni con diverso grado di recuperabilità. Nei casi in cui è prevedibile che le difficoltà del debitore siano transitorie, la banca apporta rettifiche di valore contenute.

<sup>211</sup> Studio reperibile all'indirizzo <https://know.cerved.com/it/studi-e-analisi/osservatorio-su-fallimenti-procedure-e-chiusure-di-imprese-4q-2015>.

<sup>212</sup> Lo testimonia il *Rapporto sulla Stabilità finanziaria* formato della Banca d'Italia a novembre 2016 (reperibile all'indirizzo <http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-stabilita/2016-2/index.html>) Da tale documento emerge che l'importo dei crediti deteriorati delle banche italiane si attesta su 356 miliardi, dei quali 214 quali sofferenze (con esposizione netta 191) e 131 quali probabili inadempienze (con esposizione netta 94) ed 11 quali crediti scaduti (con esposizione netta 9). Il rapporto enuncia, piuttosto, che sulla base di dati Cerved relativi alle società di capitale, il numero di fallimenti e altre procedure concorsuali avviati nel primo semestre del 2016 si è ridotto di oltre il 10 per cento rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente.

L'erogazione del credito, vale a dire l'espressione identitaria dell'attività bancaria (assieme alla raccolta del risparmio *arg. ex art. 10 d.lgs. n. 385/1993*), così come il processo che accompagna la verifica del merito creditizio<sup>213</sup>, il mancato apprestamento o la ristrutturazione delle garanzie che assistono i finanziamenti concessi, l'improvvisa a revoca di questi ultimi e finanche l'incasso delle somme prestate, nel caso in cui attengano a controparte imprenditoriale che si trova in stato di crisi o di insolvenza ed avvengano con modalità peculiari, possono originare **gravi responsabilità** di ordine civile (e si vedrà penale) a carico dell'ente creditizio e dei suoi esponenti.

Nella analisi civilistica si allude sovente al **dilemma<sup>214</sup> del banchiere**, stretto tra il fantasma della **concessione abusiva del credito** e la contestazione dell'**assenza di giusta causa rispetto all'interruzione brutale** di esso.

In particolare, l'abusiva concessione del credito (sia essa la prima erogazione, un rinnovo o una proroga) da parte della banca ad un'impresa in stato di conosciuta crisi economica, se non di autentica insolvenza, in violazione delle regole sul merito creditizio, non costituisce vicenda "privata", carente di riflessi su altre posizioni: la condotta in analisi può avere l'effetto di ritardare l'emersione dello stato di insolvenza e dunque l'apertura della procedura fallimentare, mantenendo all'impresa un'immeritata credibilità in seno al mercato, suscitando la falsa impressione di un soggetto economicamente ancora valido ed inducendo i creditori a continuare a contrattare con l'azienda e concludere affari con lo stesso; situazioni decisive nel generare altri debiti e nell'accrescere l'importo di insostenibili oneri finanziari.

Dall'**abuso della concessione del credito**, dunque, segue un pregiudizio di contenuto plurioffensivo, che non attiene solo al *patrimonio dell'impresa ingiustificatamente finanziata*, ma incide sulla *garanzia che esso rappresenta per i creditori concorrenti*. La concessione di credito non può essere analizzata, infatti, in un'ottica atomistica, «*avendo cioè esclusivo riguardo al contratto tra l'ente finanziatore e il finanziato, bensì in una prospettiva che tenga conto dell'esistenza di plurime posizioni che proprio da quel finanziamento rischiano di essere pregiudicate*»<sup>215</sup>.

Si tratta di una forma di **responsabilità di natura extracontrattuale**, delineatasi per via giurisprudenziale inizialmente **nei confronti dei creditori del soggetto finanziato**, dopo essere rimasta per un lungo tempo confinata al dibattito dottrinale<sup>216</sup>. In Italia, la riflessione sulla c.d. concessione abusiva del credito ha preso piede negli anni settanta, sulla scorta di sollecitazioni provenienti nel diritto giurisprudenziale francese e belga. L'ingresso nell'esperienza giudiziaria, invece, è collocabile a far data dal 2006 (cfr. Cass. Civ., sent. 7029/2006, 7030/2006). Come si accennava, nella prima enucleazione, la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito non si configurava verso il soggetto che aveva chiesto ed ottenuto un finanziamento, pur non avendone i requisiti

---

<sup>213</sup> Cfr. artt. 5, 124-bis d.lgs. n. 385/1993 e procedure, e metodologie e tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati dagli articoli 53, 67, 108, 109 e 114-*quaterdecies* del TUB e dalle relative disposizioni di attuazione.

<sup>214</sup> NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Soc.*, 2007, 437.

<sup>215</sup> BALESTRA, *Crisi dell'impresa e concessione abusiva del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 109 ss.. L'autore osserva che tale impostazione si evince anche dal Testo unico bancario (D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), nella misura in cui è previsto che l'attività di vigilanza delle autorità creditizie venga svolta, tra l'altro, avuto riguardo «*alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*» (art. 5), in una prospettiva tesa anche «*al contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni*» (art. 53, comma 1, lett. b).

<sup>216</sup> E' stata la giurisprudenza francese a porsi il tema della responsabilità delle banche per concorso in abusivo ricorso al credito bancario alla fine degli anni settanta. Le principali differenziazioni hanno avuto riguardo alla qualificazione della azione proposta e all'inquadramento giuridico della responsabilità, con conseguenze sulla legittimazione attiva del curatore fallimentare ad agire in giudizio. Per una prima opinione tale azione è esperibile dalla curatela, trattandosi di azione di massa, equiparabile all'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali di una s.p.a. contro gli amministratori (art. 2394 c.c.) che, in caso di successiva sottoposizione della società a fallimento, si trasferisce al curatore (artt. 2394 bis c.c. e 146 l.fall.). Per diverso orientamento il curatore non è legittimato a proporre tale azione, inquadrabile tra le azioni ex art. 2935 c.c. esperibili dai singoli danneggiati anche in costanza di procedura fallimentare (Cass. S.U. 7029, 7030 e 7031, 28 marzo 2006).

ma verso i terzi creditori del soggetto finanziato, per aver suscitato in seno al mercato un'errata percezione della realtà finanziaria ed economica del soggetto beneficiario del credito, con l'effetto di condurre i terzi a contrattare o a continuare a contrattare, con chi già verte in condizioni di difficoltà economica (c.d. responsabilità da danno informativo ex art. 2043 c.c.). Altra forma della responsabilità in esame può afferire al danno da lesione della garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c., nell'ipotesi in cui la stessa venga diminuita o annullata a causa della ritardata dichiarazione di fallimento cui la concessione abusiva del credito abbia dato luogo.

In tempi recenti si registra un significativo **ampliamento dello spazio di tale responsabilità e della praticabilità della sua tutela**. Secondo la Corte di Cassazione (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 20 aprile 2017, n. 9983) il curatore del fallimento di una società è legittimato ad agire, ex artt. 146 l. fall. e 2393 c.c., nei confronti della banca, ove risulti che questa sia responsabile, in solido con gli amministratori, per il **danno cagionato alla società fallita** dall'abusivo ricorso al credito<sup>217</sup>. Confermato il principio per cui la legittimazione ad agire del curatore, in rappresentanza dei creditori, è limitata alle azioni c.d. di massa, finalizzate cioè alla ricostituzione del patrimonio del debitore, in funzione della garanzia ex art. 2740 c.c. (Cass. n. 7029/2006)<sup>218</sup>, deve essere, tuttavia, ammessa l'azione del curatore, in base al combinato disposto degli artt. 146 l. fall. e 2393 c.c., nei confronti della banca, cui sia riferito il ruolo di **terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita** per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore (nello stesso senso cfr. Cass. n. 13413/2010).

La concessione di credito può assumere connotazione abusiva e costituire fonte di responsabilità per la banca nei confronti del soggetto finanziato per il pregiudizio diretto e immediato causato al patrimonio di questo dall'attività di finanziamento, quale presupposto dell'azione che al curatore spetta come successore nei rapporti del fallito. Questo il **percorso argomentativo della Cassazione**: (i) la previsione dell'art. 218 legge fall. (che punisce il fatto degli amministratori, dei direttori generali, dei liquidatori e in genere degli imprenditori esercenti un'attività commerciale che, anche al di fuori dei casi di bancarotta, "ricorrono o continuano a ricorrere al credito [...] dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza") dimostra che non può sostenersi che l'attività di erogazione del credito non sia mai di per sé abusiva; per contro, «se il ricorso abusivo al credito va oltre i confini dell'accorta gestione imprenditoriale quanto all'amministratore della società finanziata, la stessa erogazione del credito, ove sia stata accertata la perdita del capitale di quella società, integra un concorrente illecito della banca; la quale deve seguire i **principi di sana e prudente gestione valutando (art. 5 del T.u.b.) il merito di credito in**

---

<sup>217</sup> Quanto al danno cagionato dalle banche alla società dall'abusiva erogazione del credito, era stata dedotta la responsabilità solidale degli amministratori, per aver fatto ricorso al credito bancario quando la società aveva perso il capitale, e delle banche, per aver concesso e ingiustificatamente mantenuto le linee di credito in violazione delle regole di sana e prudente gestione.

Il curatore del fallimento di una s.r.l. aveva proposto azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, per una non corretta gestione della società, consistente, tra l'altro, nel ricorso al credito nonostante la perdita del capitale sociale, nonché verso tre istituti di credito per il mantenimento e l'abusiva concessione di credito alla società già in stato di insolvenza. Il Tribunale aveva accolto la domanda verso gli amministratori, dichiarando che il curatore non era legittimato alla pretesa risarcitoria azionata verso le banche, in quanto i danni sarebbero stati cagionati ai singoli creditori e non al patrimonio della società. La decisione era stata confermata in secondo grado. Secondo la corte d'appello di Milano non potrebbe parlarsi, in casi simili, di danno collettivo per i creditori concorsuali e, quindi, di azioni di massa, ma solo di azioni esercitabili individualmente. E peraltro, nel merito, l'erogazione del credito non poteva considerarsi come operazione in sé abusiva, ed erano mancati "concreti elementi da cui desumere che la società [fosse] stata danneggiata dal fatto che da parte delle banche le [fossero] state messe a disposizione risorse economiche"; mentre "la concreta successiva utilizzazione del finanziamento" costituiva - sempre a dire della corte d'appello - un "elemento estraneo all'erogazione del credito", come tale non addebitabile per il solo fatto di essere stato concesso.

<sup>218</sup> Per stabile orientamento giurisprudenziale, l'azione del curatore, ex art. 146 l. fall., ricomprende le azioni di cui agli artt. 2393-2394 c.c., non l'azione individuale del creditore (o del socio) ex art. 2395 c.c.

**base a informazioni adeguate»;** (ii) un'avventata richiesta di credito da parte degli amministratori della società che ha perduto interamente il capitale e una altrettanto avventata o comunque imprudente concessione di credito da parte della banca originano un **comportamento illecito concorrente**, dotato di intrinseca efficacia causale, posto che il fatto dannoso si identifica nel **ritardo nell'emersione del dissesto e nel conseguente suo aggravamento prima dell'apertura della procedura concorsuale**; (iii) questo fatto integra un **danno per la società in sé**, oltre che per i creditori anteriori, e determina - siccome consequenziale al concorso di entrambi i comportamenti - l'insorgere dell'**obbligazione risarcitoria in via solidale** (art. 2055 cod. civ.), giacché gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità sono correlabili alla *mala gestio* degli amministratori di cui le banche si siano rese compartecipi per il tramite dell'erogazione di quei medesimi finanziamenti, nonostante una condizione economica tale da non giustificarli; (iv) deve essere dimostrato se la società ha subito un danno in conseguenza della non corretta gestione degli amministratori che, nonostante la causa di scioglimento, avevano chiesto e ottenuto dalle banche cospicui finanziamenti (artt. 2446 e seg., 2393 cod. civ., 218 legge fall.); (v) in caso di società fallita, la legittimazione a una simile azione compete sicuramente al curatore fallimentare.

Senonché i comportamenti da tenere nei confronti di un'impresa in crisi non sono meccanicisticamente predeterminabili anche per altri ordini di considerazioni. L'istituto di credito può esporsi a responsabilità nell'ipotesi in cui **receda anticipatamente** dall'apertura di credito senza giusta causa (Cass., 14 luglio 2000, n. 9321<sup>219</sup>); giusta causa che, dopo le riforme più recenti del diritto fallimentare, può dirsi nozione più complicata della facoltà ex art. 1186 c.c. di rivolgere l'esplicita richiesta al debitore di provvedere dell'adempimento immediato in presenza della rilevata insolvenza del primo. L'impresa in crisi può contare, infatti, in seno alle procedure di soluzione della crisi, su una disciplina dedicata ai finanziamenti, offrire garanzie contro revocatorie e legittime condizioni di prededuzioni ex art. 111 legge fallimentare<sup>220</sup>, oltre che esenzioni da responsabilità penale ex art. 217-*bis* legge fallimentare<sup>221</sup> e ex art. 69-*septiesdecies* d.lgs. 385/1993. Un vasto bagaglio di opportunità che "complicano", dal lato del creditore, la decisione di interrompere la relazione di finanziamento, avanzando la richiesta di immediata restituzione delle somme prestate.

### **3.1.3. Il dovere delle banche di organizzare ed attuare il processo di gestione del rischio di credito e di controparte: la conoscenza e la verifica della condizione del cliente da finanziare e sovvenzionato**

---

<sup>219</sup> Secondo la Corte, «in caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, il giudice non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa ma, alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo **buona fede**, deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità imprevedute ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate».

<sup>220</sup> Si considerino, in proposito: gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore in esecuzione di un piano attestato di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), legge fall; le disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater*); le disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *quinquies*, legge fall.).

<sup>221</sup> Art. 217-*bis* (Esenzioni dai reati di bancarotta) legge fallimentare: «Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell' articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3 , nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quinquies* e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22-*quater*, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti».



Una recente pronuncia del Tribunale di Prato (n. 152 del 15.2.2017 est. Simoni) ha puntualmente sintetizzato i **doveri di verifica dell'imprenditore bancario** ai fini della concessione, del mantenimento e dell'ampliamento dei **fidi**, offrendo un utile quadro delle generali regole di diligenza e di prudenza e delle specifiche norme tecniche di settore.

Come ha ricordato il giudice pratese, a detti fini, la banca « in base alla **diligenza del bonus argentarius**, tipica cioè dell'imprenditore bancario, connotata da professionalità e da elevata specializzazione della funzione svolta, deve acquisire i dati di bilancio del soggetto affidato o da affidare, valutando altresì se il documento consegnato rivesta la forma idonea a svolgere la sua funzione informativa: nel caso delle società di capitali, è necessario acquisire il bilancio d'esercizio corredato del verbale di approvazione dei soci, conforme a quello depositato presso il Registro delle Imprese (o reperito direttamente dal sistema informativo); nel caso, invece, di società di persone, non soggette all'obbligo di pubblicazione del bilancio, per conoscere il documento che rappresenta fedelmente la situazione aziendale conforme alle scritture contabili, le banche devono richiedere, oltre ad un documento firmato di "bilancio d'esercizio, ove presente, la situazione contabile conforme al bilancio e la dichiarazione dei redditi e, in caso di discordanze tra gli importi, sono tenute a chiedere all'amministratore della società o ai suoi consulenti eventuali note di raccordo».

Oltre a queste **regole generiche di diligenza e di prudenza**, «le banche, fino al 31/12/2006, erano tenute a svolgere la loro funzione di erogazione del credito valutando il rischio del credito ad essa connesso in base alle indicazioni contenute nelle **Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia emanate con la Circolare n. 229 del 21/04/1999, integrate con successivi aggiornamenti**, le quali, al punto 3.1 (Rischio di credito), prevedono: che l'intero processo riguardante il credito (istruttoria, erogazione, monitoraggio delle posizioni, revisione delle linee di credito, interventi in caso di anomalia) deve risultare dal **regolamento interno** e dev'essere periodicamente sottoposto a verifica; che, nella **fase istruttoria**, le banche devono acquisire tutta la **documentazione necessaria** per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio del prenditore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto; che la documentazione acquisita deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; che essa deve permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prenditore anche alla luce del complesso delle relazioni con lo stesso intrattenute; che nel caso di imprese sono acquisiti i bilanci e ogni altra informazione utile per valutare la situazione attuale e prospettica dell'azienda; che le banche, per conoscere la situazione degli affidati anche nella fase di monitoraggio, devono accedere alle **informazioni fornite dalla Centrale dei Rischi**; che le banche devono disporre di una **base informativa continuamente aggiornata** da cui risultino i *dati identificativi della clientela*, le *connessioni economiche e giuridiche con altri clienti*, *l'esposizione complessiva del singolo affidato e del gruppo di clienti connessi*, *le forme tecniche da cui deriva l'esposizione*, *il valore aggiornato delle garanzie*; che le banche devono **rilevare i passaggi a debito dei conti non affidati e gli sconfinamenti del credito accordato**, contenendo questi rischi negli importi e nella frequenza [...].

Con l'entrata in vigore in data 1/01/2007 dell'**accordo di Basilea II**<sup>222</sup> (ratificato nel 2004), la valutazione del merito creditizio imposta alle banche è divenuta ancora più stringente in quanto fondata sull'**attribuzione del rating al cliente**».

---

<sup>222</sup> Basilea II potenzia la normativa concernente la stabilità delle banche attraverso la definizione dei loro requisiti patrimoniali e il miglioramento dei metodi di misurazione e gestione dei **rischi**. Il principio di base è che gli istituti di credito devono possedere una determinata quantità di patrimonio per far fronte al livello di rischio che si sono assunti, in relazione alla quantità di prestiti erogati. Vengono definiti tre pilastri (requisiti di capitale minimi; processo di controllo prudenziale; disciplina di mercato). In seno al primo pilastro, assume rilievo oltre al **rischio operativo** (frodi, caduta dei sistemi, eccetera) e al rischio di mercato, il **rischio di credito**, per il quale le banche potranno utilizzare metodologie diverse

Già tale articolato complesso normativo<sup>223</sup>, soggetto a costante revisione, evidenzia come sia irrinunciabile l'esigenza di una migliore valutazione del rischio di ogni prestito erogato e di ogni debitore, dovendo gli istituti di credito possedere una determinata quantità di patrimonio (Patrimonio di Vigilanza) a garanzia dei prestiti erogati. Il principio sottostante è che ogni attività posta in essere dall'impresa bancaria comporta l'assunzione di un certo grado di rischio (rischio di credito e rischio di mercato) che deve essere quantificato e supportato da un capitale adeguato. Il rischio degli impieghi bancari, viene suddiviso in rischio di credito, legato alle possibili inadempienze delle controparti agli obblighi contrattuali, rischio di mercato, legato alle possibili perdite degli istituti di credito in relazione alle variazioni di prezzi delle attività intermedie, e rischio operativo, legato a possibili perdite dovute a eventi esterni avversi o da inadeguatezze dei sistemi interni, dei processi aziendali o dei comportamenti del personale.

Attualmente è la **Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013** (19° aggiornamento)<sup>224</sup> a raccogliere le disposizioni di vigilanza prudenziale emanate dalla Banca d'Italia applicabili alle banche e ai gruppi bancari italiani, riviste e aggiornate per adeguare la normativa interna alle novità intervenute nel quadro regolamentare internazionale, con particolare riguardo al nuovo assetto normativo e istituzionale della vigilanza bancaria dell'Unione europea, nonché per tener conto delle esigenze emerse nell'esercizio della vigilanza sulle banche e su altri intermediari. Come ricorda la stessa circolare, infatti, dal 1° gennaio 2014 ha preso avvio l'applicazione degli atti normativi comunitari con cui sono stati trasposti nell'ordinamento dell'Unione europea le riforme degli accordi del Comitato di Basilea ("Basilea 3"<sup>225</sup>) volte a rafforzare la capacità delle banche di assorbire shock derivanti da tensioni finanziarie ed economiche, indipendentemente dalla loro origine, a migliorare la gestione del rischio e la governance, a rafforzare la trasparenza e l'informativa delle banche, tenendo conto degli insegnamenti della crisi finanziaria. In ambito comunitario i contenuti di "Basilea 3" sono stati trasposti in due atti normativi: il **Regolamento (UE) n. 575/2013 del 26 giugno 2013 (CRR)**, che disciplina gli istituti di vigilanza prudenziale del **Primo Pilastro** e le regole sull'informativa al pubblico (Terzo Pilastro)<sup>226</sup>; la **direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 (CRD IV)**, che riguarda, fra l'altro, le condizioni per l'accesso all'attività bancaria, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, il processo di controllo prudenziale, le riserve patrimoniali addizionali. Le riforme seguono due ordini di azione: microprudenziale, ossia concernenti la regolamentazione a livello di singole banche; macroprudenziale, cioè riguardanti i rischi a livello di sistema che possono accumularsi nel settore bancario, nonché l'amplificazione prociclica di tali rischi nel tempo. Crescente importanza è attribuita agli **assetti di governo societario e al sistema dei controlli interni**

---

di calcolo dei requisiti, utilizzando anche sistemi di internal rating e differenziando i requisiti in funzione della probabilità d'insolvenza.

<sup>223</sup> Il nuovo quadro normativo Basilea 2 è stato varato dal Comitato di Basilea nel giugno del 2004 è recepito da due direttive comunitarie 2006/48 e 2006/49 pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L177 del 30 giugno 2006. La normativa europea è stata recepita in Italia con il decreto-legge n.297 entrato in vigore il 27 dicembre 2006.

<sup>224</sup> Reperibile all'indirizzo <http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/index.html>.

<sup>225</sup> Cfr. documento "Schema internazionale di regolamentazione per le banche del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria", emanato nel dicembre 2010 ed aggiornato nel giugno 2011.

<sup>226</sup> Cfr. documento "Convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali – Nuovo schema di regolamentazione" (versione integrale emanata nel giugno 2006) del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria. La scelta dello strumento normativo del regolamento, a fianco della direttiva, si iscrive nell'obiettivo delle istituzioni comunitarie e delle autorità che compongono il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (e in particolare, dell'Autorità bancaria europea "ABE") di creare un insieme di regole vincolanti uniformi a livello europeo (single rulebook): lo strumento del regolamento, direttamente applicabile negli Stati membri senza necessità di atti di recepimento, pone le premesse per realizzare l'armonizzazione assoluta di determinate aree della disciplina prudenziale, riducendo corrispondentemente le aree di discrezionalità nazionale.

**degli intermediari** come fattore determinante per la stabilità delle singole istituzioni e del sistema finanziario nel suo insieme<sup>227</sup>.

Il *single rulebook* viene progressivamente completato dall'emanazione di **norme tecniche di regolamentazione o di attuazione adottate dalla Commissione europea** su proposta delle autorità del **Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria**. Poiché le novità intervenute nel contesto regolamentare internazionale e dell'Unione europea rendono necessaria un'azione complessiva e sistematica di adeguamento dell'ordinamento nazionale, la Circolare 285/13, senza limitarsi a un'opera di mero adattamento alle disposizioni sovraordinate, ha operato parallelamente la revisione sostanziale e il coordinamento redazionale dell'intera normativa bancaria di competenza della Banca d'Italia, coerentemente con l'obiettivo strategico di contribuire alla creazione di un *single rulebook* ispirato a un approccio tecnicamente rigoroso e prudente<sup>228</sup>. La disponibilità di un set di norme prudenziali chiare e coerenti, conformi al *single rulebook* europeo, costituisce altresì una precondizione per l'efficace funzionamento del Single Supervisory Mechanism istituito dal Regolamento (UE) 1024/2013 del Consiglio, operativo dal 4 novembre 2014, di cui la Banca d'Italia è parte insieme con la Banca centrale europea e le altre autorità nazionali competenti.

In seno alla **Circolare 285/2013** (Parte I – Recepimento in Italia della CRD IV Titolo IV - Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi Capitolo 3 – Il sistema dei controlli interni Allegato A – Disposizioni speciali relative a particolari categorie di rischio) in merito al rischio di credito e di controparte, si ribadisce che **«l'intero processo di gestione del rischio di credito e di controparte** (misurazione del rischio, istruttoria, erogazione, controllo andamentale e monitoraggio delle esposizioni, revisione delle linee di credito, classificazione delle posizioni di rischio, interventi in caso di anomalia, criteri di classificazione, valutazione e gestione delle esposizioni deteriorate) deve risultare dal **regolamento interno** ed essere **periodicamente** sottoposto a **verifica**. Nel definire i **criteri per l'erogazione dei crediti**, il regolamento interno assicura che la diversificazione dei vari portafogli esposti al rischio di credito sia coerente con gli obiettivi di mercato e la strategia complessiva della banca. La corretta misurazione del rischio di credito presuppone che **le banche abbiano in ogni momento conoscenza della propria esposizione verso ciascun cliente e verso ciascun gruppo di clienti connessi (con rilevanza sia delle connessioni di carattere giuridico sia di quelle di tipo economico-finanziario)**. A tale fine, è indispensabile la disponibilità di **basi dati complete ed aggiornate**, di un sistema informativo che ne consenta lo sfruttamento ai fini richiesti, di un'anagrafe clienti attraverso cui generare ed aggiornare, a livello individuale e, nel caso di un gruppo bancario, consolidato, i dati identificativi della clientela, le connessioni giuridiche ed economico-finanziarie tra clienti diversi, le forme tecniche da cui deriva l'esposizione, il valore aggiornato delle tecniche di attenuazione dei rischi.

---

<sup>227</sup> In quest'area sono stati rafforzati i requisiti regolamentari concernenti il ruolo, la qualificazione, il funzionamento e la composizione degli organi di vertice; la consapevolezza da parte di tali organi e dell'alta direzione circa l'assetto organizzativo e i rischi della banca e del gruppo bancario; le funzioni aziendali di controllo, con particolare riferimento all'indipendenza dei responsabili della funzione, alla rilevazione dei rischi delle attività fuori bilancio e delle cartolarizzazioni, alla valutazione delle attività e alle prove di stress. I sistemi di remunerazione e incentivazione costituiscono oggetto di una disciplina specifica e puntuale con regole che si appuntano soprattutto sulla struttura dei compensi in modo da assicurare incentivi non distorti all'assunzione dei rischi nonché la sostenibilità nel tempo dei sistemi di remunerazione delle banche

<sup>228</sup> In questa prospettiva, la Circolare **riordina le vigenti disposizioni di vigilanza per le banche nelle aree rimesse alla potestà regolamentare secondaria della Banca d'Italia**, raccogliendo in un solo fascicolo le disposizioni contenute in una molteplicità di sedi, fra cui in particolare la Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 **Nuove disposizioni di vigilanza per le banche**, la Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 **Istruzioni di Vigilanza per le banche**, **altre disposizioni rilevanti non incorporate in Circolari**. Nel far ciò si è dovuto tenere conto del fatto che, **in alcune aree, il CRR ha introdotto norme direttamente applicabili nei confronti di tutte le banche europee, incluse quelle italiane**. In tali materie le autorità nazionali non hanno, quindi, competenze regolamentari, salvo i limitati ambiti di discrezionalità consentiti dallo stesso CRR. Nel contempo, la competenza regolamentare della Banca d'Italia viene confermata, e in alcuni casi ampliata, nelle materie contemplate dalla CRD IV nonché in quelle materie che, non formando oggetto di armonizzazione comunitaria, sono tuttavia rilevanti per le finalità di vigilanza attribuite alla Banca d'Italia.

La corretta rilevazione e gestione di tutte le informazioni necessarie riveste particolare importanza nelle procedure per l'**assunzione di grandi esposizioni** (a tal fine, le banche sono tenute al rispetto della disciplina dettata nella Parte Seconda, Capitolo 10, Sezione V della Circolare 285).

Nella **fase istruttoria**, le banche acquisiscono tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito di credito del prenditore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; essa deve inoltre permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prenditore, anche alla luce del complesso delle relazioni intrattenute. Le procedure di sfruttamento delle informazioni devono fornire indicazioni circostanziate sul livello di affidabilità del cliente (ad es., attraverso sistemi di credit scoring e/o di rating). Nel caso di erogazione del credito immobiliare ai consumatori, le banche svolgono la valutazione del merito creditizio in conformità con quanto previsto dalle Guidelines on creditworthiness assessment del 19 agosto 2015 emanate dall'EBA, oltre che dalle presenti disposizioni. **Nel caso di affidamenti ad imprese**, sono acquisiti i **bilanci** (individuali e, se disponibili, consolidati), le altre informazioni desumibili dalla **Centrale dei Bilanci** e ogni altra informazione, significativa e rilevante, per valutare la situazione aziendale attuale e prospettica dell'impresa, anche di carattere qualitativo (validità del progetto imprenditoriale, assetti proprietari, esame della situazione del settore economico di appartenenza, situazione dei mercati di sbocco e di fornitura, ecc.). Nel caso in cui l'affidato faccia parte di un **gruppo**, la valutazione tiene conto anche della situazione e delle prospettive del gruppo nel suo complesso. Al fine di conoscere la valutazione degli affidati da parte del sistema bancario le banche utilizzano, anche nella successiva fase di controllo andamentale e monitoraggio delle esposizioni, le informazioni fornite dalla **Centrale dei Rischi**. Si rinvia alla circolare sulla matrice dei conti (Circolare n. 272, emanata il 30/07/2008, 8° Aggiornamento del 15/03/2016) per la *classificazione delle attività finanziarie* deteriorate ripartite nelle categorie delle sofferenze, inadempienze probabili, esposizioni scadute o sconfinanti deteriorate.

Le **deleghe in materia di erogazione del credito** devono risultare da apposita delibera dell'organo con funzione di supervisione strategica e devono essere commisurate alle caratteristiche dimensionali della banca. Nel caso di fissazione di limiti "a cascata" (quando, cioè, il delegato delega a sua volta entro i limiti a lui attribuiti), la griglia dei limiti risultanti deve essere documentata. Il soggetto delegante deve inoltre essere periodicamente informato sull'esercizio delle deleghe, al fine di poter effettuare le necessarie verifiche.

Il **controllo andamentale** e il **monitoraggio delle singole esposizioni** devono essere **svolti con sistematicità**, avvalendosi di procedure efficaci in grado di segnalare tempestivamente l'insorgere di anomalie e di assicurare l'adeguatezza delle rettifiche di valore e dei passaggi a perdita. I **criteri di classificazione, valutazione e gestione delle esposizioni deteriorate**, nonché le relative unità responsabili devono essere stabiliti dall'organo con funzione di supervisione strategica con apposita delibera che indichi anche le modalità di raccordo tra tali criteri e quelli previsti per le segnalazioni di vigilanza. La deroga all'applicazione dei criteri prefissati è consentita esclusivamente in casi predeterminati e seguendo procedure rafforzate, che prevedano il coinvolgimento dell'organo con funzione di gestione. Devono essere altresì stabilite procedure atte a individuare, in dettaglio, gli interventi da attuare in presenza di deterioramento delle posizioni di rischio.

In particolare, la **determinazione del valore di recupero dei crediti deteriorati** tiene conto dei seguenti fattori: i) tipologia di procedura esecutiva attivata ed esito delle fasi già esperite; ii) valore di pronto realizzo delle garanzie (calcolando per i beni immobili haircut in funzione dell'aggiornamento della perizia e del contesto di mercato; per le

attività finanziarie scarti coerenti con la natura del prodotto e la situazione di mercato);  
iii) criteri per la stima del periodo di recupero e dei tassi di attualizzazione dei flussi attesi. Le suddette indicazioni sono periodicamente aggiornate sulla base dell'evoluzione del quadro di riferimento.

La **verifica del corretto svolgimento del monitoraggio andamentale sulle singole esposizioni**, in particolare di quelle deteriorate, e la **valutazione della coerenza delle classificazioni, della congruità degli accantonamenti e dell'adeguatezza del processo di recupero è svolta, a livello centrale e periferico, dalla funzione di controllo dei rischi o**, per le banche di maggiore dimensione e complessità operativa, **da una specifica unità, che riporta al responsabile della funzione di controllo dei rischi**. Tali unità verificano, tra l'altro, l'operato delle unità operative e di recupero crediti, assicurando la corretta classificazione delle esposizioni deteriorate e l'adeguatezza del relativo grado di irrecuperabilità. Nel caso di valutazioni discordanti, si applicano le valutazioni formulate dalla funzione di controllo dei rischi. L'internal audit assicura periodiche verifiche sull'affidabilità ed efficacia del complessivo processo. Gli organi aziendali, nell'ambito delle rispettive competenze, sono costantemente aggiornati dei risultati conseguiti nell'applicazione dei criteri e delle procedure individuate e valutano l'esigenza di definire interventi di miglioramento di tali criteri e procedure. Il sistema dei controlli interni deve, infine, garantire che l'intero processo di gestione del rischio ricomprenda l'esposizione al rischio di credito derivante dall'operatività diversa dalla tipica attività di finanziamento, costituita dai derivati finanziari e di credito, dalle operazioni SFT ("securities financing transactions") e da quelle con regolamento a lungo termine, così come definite nella disciplina relativa al trattamento prudenziale dei rischi di controparte. A tal fine, le banche sono tenute anche al rispetto dei requisiti organizzativi per l'operatività in derivati di credito.

L'esigenza di assicurare idonei presidi non viene meno nei casi in cui i **finanziamenti sono concessi nella forma del rilascio di garanzie**, posto che il credito di firma concesso espone la banca al rischio di dover successivamente intervenire con una erogazione per cassa, attivando conseguentemente le azioni di recupero. Ciò in particolare quando il rilascio di garanzie costituisce l'attività esclusiva o prevalente della banca<sup>229</sup>.

La circolare, detta inoltre criteri e regole per la **valutazione del merito di credito** (Parte I – Recepimento in Italia della CRD IV Titolo IV - Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi Capitolo 3 – Il sistema dei controlli interni Allegato A – Disposizioni speciali relative a particolari categorie di rischio, par. 2.1), per la **valutazione degli immobili posti a garanzia delle esposizioni** (Parte I – Recepimento in Italia della CRD IV Titolo IV - Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi Capitolo 3 – Il sistema dei controlli interni Allegato A – Disposizioni speciali relative a particolari categorie di rischio, par. 2.2), per la **concentrazione dei rischi** (con richiamo alle regole organizzative specifiche in materia di grandi esposizioni previste dalla Parte

---

<sup>229</sup> I presidi organizzativi devono pertanto assicurare anche: — l'approfondita conoscenza - sin dall'inizio della relazione e per tutta la durata della stessa - della capacità dei garantiti di adempiere le proprie obbligazioni (incluse quelle di fare); — il costante monitoraggio degli impegni assunti con riferimento sia al volume sia al grado di rischiosità degli stessi, specie in situazioni di elevata rotazione delle garanzie rilasciate. Una particolare attenzione va inoltre posta nella definizione della contrattualistica, al fine di prevenire o limitare l'insorgere di contenziosi con riferimento sia all'attivazione delle garanzie rilasciate, sia alle successive eventuali azioni di rivalsa nei confronti dei garantiti. Le banche si astengono dal sottoscrivere i contratti relativi alle garanzie rilasciate prima della definizione di tutti gli elementi essenziali del rapporto (in particolare: indicazione del beneficiario, prestazione dovuta dal garantito, ammontare e durata della garanzia, modalità di liberazione dall'obbligo di garanzia o di rinnovo della stessa). Al fine di assicurare il monitoraggio dell'esposizione, anche per il rispetto dei requisiti prudenziali in presenza elevata rotazione delle garanzie, il sistema delle rilevazioni contabili aziendali deve consentire di ricostruire la successione temporale delle operazioni effettuate.

Seconda, Capitolo 10, Sezione V), contro il rischio di leva finanziaria eccessiva<sup>230</sup> e per l'attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati e operazioni con parti correlate (con richiamo alle specifiche disposizioni in materia di controlli interni e responsabilità degli organi aziendali contenute nel Titolo V, Capitolo 5, Sezione IV della Circolare n. 263<sup>231</sup>).

Può ancora aggiungersi che il **dovere** dell'intermediario bancario di **conoscere il proprio interlocutore** (ivi comprese le sue condizioni economiche) trova fondamento anche in altri sistemi normativi che devono essere presidiati in seno all'organismo

---

<sup>230</sup> Tale è il rischio che un livello di indebitamento particolarmente elevato rispetto alla dotazione di mezzi propri renda la banca vulnerabile, rendendo necessaria l'adozione di misure correttive al proprio piano industriale, compresa la vendita di attività con contabilizzazione di perdite che potrebbero comportare rettifiche di valore anche sulle restanti attività.

<sup>231</sup> Cfr. GARGANO, *Le nuove Procedure bancarie ai sensi della disciplina sui conflitti di interesse nei confronti dei soggetti collegati e dell'art. 136 TUB*, in *Diritto bancario*, 2013, per una lettura critica delle nuove disposizioni del provvedimento di Banca d'Italia "Attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati" entrate in vigore il 31 dicembre 2012 e l'illustrazione del più ampio quadro normativo in cui tale disciplina si inserisce (Principio contabile internazionale IAS 24 – "Informativa di bilancio sulle operazioni con parti correlate"; il Regolamento CONSOB adottato con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010, recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate; l'art. 136 del D.Lgs. 385/1993, che disciplina le obbligazioni degli esponenti bancari). Le disposizioni sono state organicamente riviste a seguito dell'emanazione da parte della Banca d'Italia, in data 12 dicembre 2011, del 9° aggiornamento della Circolare 263 del 27 dicembre 2006 (con il nuovo capitolo relativo alle attività di rischio e ai conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati alla banca o al gruppo bancario, cfr. Titolo V, Capitolo 5), in attuazione dell'art. 53 del TUB e della relativa delibera del CICR n. 277 del 29 luglio 2008. Sull'argomento sia permesso il richiamo di quanto osservato (DI VIZIO, *Il nuovo sistema di prevenzione e gestione delle crisi bancarie, disciplina amministrativa e tutela penale del risparmio*, KWI-Altalex, 2016, 219-221): «La regolamentazione a mira a preservare l'oggettività e imparzialità delle decisioni sulle concessioni di finanziamento e altre transazioni e ad evitare possibili distorsioni nel processo di allocazione delle risorse e l'esposizione delle banche a rischi non adeguatamente presidiati, scaturenti dalla vicinanza di taluni soggetti ai centri decisionali della banca. In tale prospettiva sono individuate come "parti correlate", anzitutto, gli esponenti, i principali azionisti e gli altri soggetti capaci di condizionare la gestione della banca in grado di esercitare il controllo, anche congiuntamente con altri soggetti, o una influenza notevole. Situazioni di conflitto di interesse possono emergere anche nei confronti di imprese, specie di natura industriale, controllate o sottoposte a influenza notevole nei cui confronti la banca abbia significative esposizioni in forma di finanziamenti e di interessenze partecipative. Una parte correlata e i soggetti ad essa connessi costituiscono il perimetro dei "soggetti collegati" cui si applicano le condizioni quantitative e procedurali della disciplina in esame. Il primo presidio è costituito proprio dai **limiti prudenziali per le attività di rischio** di una banca o di un gruppo bancario nei confronti dei soggetti collegati, ovvero degli obblighi assunti nei loro confronti. I limiti sono differenziati in funzione delle diverse tipologie di parti correlate, in modo proporzionato all'intensità delle relazioni e alla rilevanza dei conseguenti rischi per la sana e prudente gestione. In considerazione dei maggiori rischi inerenti ai conflitti di interesse nelle relazioni banca-industria, sono previsti limiti più stringenti per le attività di rischio nei confronti di parti correlate qualificabili come imprese non finanziarie. In tal contesto, «**apposite procedure deliberative** integrano i limiti prudenziali al fine di preservare la corretta allocazione delle risorse e tutelare adeguatamente i terzi da condotte espropriative. Esse si applicano anche alle operazioni intra-gruppo e a transazioni di natura economica ulteriori rispetto a quelle che generano attività di rischio, pertanto non coperte dai limiti quantitativi». Specifiche **indicazioni in materia di assetti organizzativi e controlli interni** consentono, poi, di individuare le responsabilità degli organi e i compiti delle funzioni aziendali rispetto agli obiettivi di prevenzione e gestione dei conflitti di interesse, nonché agli obblighi di censimento dei soggetti collegati e di controllo dell'andamento delle esposizioni. [...] La disciplina di vigilanza prudenziale per le banche attribuisce un ruolo rilevante agli **amministratori indipendenti**, coinvolti nella fase pre-deliberativa e chiamati ad esprimersi con un parere motivato in sede di delibera, e valorizza il ruolo dell'organo con funzione di controllo. Per lo svolgimento dei compiti assegnati agli amministratori indipendenti, le banche costituiscono un **comitato interno** all'organo con funzione di supervisione strategica. Per le operazioni di minore rilevanza tale comitato deve essere costituito da amministratori non esecutivi, almeno la maggioranza dei quali indipendenti. Per quelle di maggiore rilevanza il comitato deve essere costituito esclusivamente da amministratori indipendenti. Fermo il rispetto dei suddetti criteri di composizione, il comitato può coincidere con il comitato per il controllo interno previsto dalle disposizioni sul governo societario. I **pareri richiesti agli amministratori indipendenti e all'organo con funzione di controllo** devono essere motivati, formalizzati e supportati da idonea documentazione a corredo delle verifiche e delle osservazioni formulate. Per le banche che adottano il modello dualistico, i pareri richiesti all'organo con funzione di controllo sono rilasciati dal consiglio di sorveglianza. In base alla Circolare, l'attribuzione di specifici compiti agli amministratori indipendenti nelle procedure relative alle operazioni con soggetti collegati non incide sui poteri e sulle responsabilità che l'ordinamento assegna in via collegiale all'organo amministrativo. Tale attribuzione, infatti, costituisce una modalità organizzativa volta a conferire efficacia ed efficienza all'attività di monitoraggio e controllo sulle operazioni in esame ma non esime tutti gli altri amministratori dall'esercizio di compiti e poteri che possono contribuire al perseguimento delle finalità sottese alla disciplina. Restano, inoltre, fermi i compiti e doveri stabiliti in via generale dall'ordinamento civilistico e bancario per l'organo con funzione di controllo. Le disposizioni della Banca d'Italia sulla vigilanza prudenziale stabiliscono peraltro un set di regole minimali; è rimessa alle banche la valutazione dell'opportunità di stabilire regole più stringenti che tengano conto delle caratteristiche specifiche di ciascun intermediario (ad esempio, in termini di operatività, dimensioni, assetti proprietari, forma giuridica). Le banche devono individuare e formalizzare adeguatamente i presupposti, gli obiettivi e i contenuti delle soluzioni adottate e ne valutano l'efficacia e l'efficienza in modo da perseguire obiettivi di integrità e imparzialità del processo decisionale, rispetto degli interessi della generalità degli azionisti e dei creditori, efficiente funzionamento degli organi societari e dell'operatività dell'intermediario.

societario, come nel caso degli **obblighi di adeguata verifica della clientela ex art. 18 d.lgs. n. 231/2007**, previsti a fini antiriciclaggio e di contrasto del terrorismo internazionale, ma che non mancano di beneficiare o destinatari di dati informativi utili anche per la valutazione del credito e degli impieghi. Si consideri del resto che tali obblighi consistono nelle seguenti attività: a) identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente; b) identificare l'eventuale titolare effettivo e verificarne l'identità; c) ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto continuativo o della prestazione professionale; d) svolgere un controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale. In base all'art. 19 del d.lgs. n. 231/2007, per identificare e verificare l'identità del titolare effettivo i soggetti destinatari di tale obbligo possono decidere di fare ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque contenenti informazioni sui titolari effettivi, chiedere ai propri clienti i dati pertinenti ovvero ottenere le informazioni in altro modo. Il controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale, inoltre (art. 19, lett c) si attua analizzando le transazioni concluse durante tutta la durata di tale rapporto in modo da verificare che tali transazioni siano compatibili con la conoscenza che l'ente o la persona tenuta all'identificazione hanno del proprio cliente, delle sue attività commerciali e del suo profilo di rischio, avendo riguardo, se necessario, all'origine dei fondi e tenendo aggiornati i documenti, i dati o le informazioni detenute.

Tali premesse valgono a ridimensionare molte delle perplessità circa una pretesa base oggettiva dell'estensione al terzo, nel caso di operatori bancari, delle responsabilità a titolo concorsuale nelle bancarotte dell'imprenditore, per preclusione della conoscenza delle condizioni in cui quest'ultimo versa o, meglio, per incapacità di apprezzare il pericolo concreto di pregiudizio per le ragioni dei creditori scaturenti da condotte depressive della garanzia patrimoniale o della discriminazione delle aspirazioni di *par condicio creditorum*.

### 3.1.4. L'esenzione ex art. 217-bis L.F.

Il buon esito delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, specie per le realtà di maggiori dimensioni, dipende essenzialmente dall'erogazione di c.d. nuova finanza da parte del sistema bancario<sup>232</sup>. Per tale ragione, si è consolidata una disciplina volta a incentivare tale sostegno finanziario, riconoscendo, a precise condizioni, la natura prededucibile del credito in caso di successivo fallimento (cfr. art. 111, comma 2, 182-quater, comma 1, L.F.), **preclusioni dalle azioni revocatorie ed esenzioni da responsabilità penali**.

A tale ultimo riguardo, il legislatore ha previsto **esenzioni penali che non esauriscono i pagamenti esentati da revocatoria** ex art. 67 comma 3, limitandoli a quelli concernenti gli strumenti di composizione della crisi di impresa (art. 67, comma 3, lett. d) ed e), l.f.) ingenerando più di una perplessità sull'opportunità rispetto alla scelta selettiva e sulla sorte degli altri atti contemplati dall'art. 217-bis *cit.* Né a rimediare la situazione valgono letture interpretative che rimarcano il carattere eccezionale dell'esenzione, o l'irragionevolezza della limitazione a situazioni connotate da profili di omogeneità e della contraddizione tra illiceità civile ed persistenti illiceità penali. Ciò che non sembra

---

<sup>232</sup> Per un'analisi delle diverse tipologie di finanziamento delle imprese in crisi previste dalla legge fallimentare (finanziamenti erogati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione o di un concordato preventivo, ovvero nella fase preparatoria del risanamento, nonché funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori) oltre che della "tenuta", in caso di successivo fallimento, della prededuzione dei crediti derivanti dall'erogazione di finanza ponte, strumentale o in esecuzione, cfr. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.1, 2015, pag. 43.

dubbio è l'estensione anche alle forme di bancarotta societaria, giusto il rinvio dell'articolo 223 agli artt. 216 e 217 testualmente citati dall'art. 217-*bis* legge fall.

Limitando la riflessione a tale ultimo profilo, va ricordato che 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) della legge fallimentare 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>233</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>234</sup> (cd. *finanza interinale*, di origine essenzialmente bancaria);

c) alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22-*quater*, comma 1<sup>235</sup>, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11

<sup>233</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>234</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 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>235</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,



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 delle quali essa esclude la configurabilità, in ordine alle *tipologie di pagamenti e operazioni che lo stesso immunizza*, nonché sulla *possibilità di sindacato del giudice penale*, con particolare riferimento alla verifica delle condizioni delle soluzioni negoziali già vagliate dal giudice civile.

In merito alla **natura giuridica**, a fronte di una rubrica che richiama letteralmente il concetto di «*esenzione*», oscuro per le consuete categorie penalistiche, pare condivisibile la tesi dottrina che identifica nella previsione 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>236</sup>. In altre parole, la norma svolge una **funzione delimitativa**, per sottrazione e specificazione, della struttura dei reati di bancarotta, precisandone i confini applicativi<sup>237</sup>.

Quanto alle **fattispecie penali “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>238</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 esiziale paralisi per il successo delle riforme succedutesi dal 2005. Come ricorda la relazione Rel. n. III/09/10 del Massimario della Cassazione<sup>239</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*

---

*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>236</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.

<sup>237</sup> 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).

<sup>238</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>239</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.

*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>240</sup> RD n. 267/42**.

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.). Può dubitarsi anche della non punibilità delle 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.

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).

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 della procedure di appianamento della crisi*<sup>241</sup>.

---

<sup>240</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 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>241</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

In merito al significato della locuzione «**in esecuzione**» che segue i pagamenti e le operazioni di interesse in corrispondente delle **perfezionate soluzioni negoziali della crisi**, non pienamente condivisibile era l'opinione che ne sottolineava il **significato funzionale rispetto alle procedure di superamento della crisi, prima che attuativo di esse**. In tal senso, è stata ritenuta identitaria<sup>242</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)*». Si osservava in proposito: «*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 senso di una **strumentalità di detti comportamenti, finalizzata al perseguimento dello scopo legalmente assegnato** (la soluzione della crisi d'impresa)*». La formula avrebbe rimarcato 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*».

Tale interpretazione allontanava la nozione (di esecuzione) dall'attuazione, in nome del legame funzionale con la procedura di soluzione della crisi procedurale, ma si connotava per indeterminatezza ed imperscrutabilità degli autentici propositi soggettivi rispetto ad attività prospettate come strumentali rispetto alla *riuscita dei piani e degli accordi da ultimo non perfezionati*, per varie ragioni non ricostruibili e non verificabili.

Sulla questione sembrano aver portato certezza le novelle intervenute tra il 2012 ed il 2015 in virtù delle quali la previsione dell'art. 217-bis cit. è stata estesa ai pagamenti e alle operazioni compiuti **in esecuzione** [...] di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell' articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3 , con modificazioni, dalla L. 4 marzo 2015, n. 20 (oltre che alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22-quater, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti) ai **pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182quinquies L.F. (cd. finanza interinale**, autorizzata in pendenza della procedura di concordato o della domanda di omologa di un accordo ex art. 182-bis l. fall.), così offrendo un riferimento più ampio ma con presupposti oggettivi definiti. Restano **esclusi dall'estensione i finanziamenti concessi in funzione della presentazione della domanda di omologa di un accordo ex art. 182-bis o di concordato preventivo (c.d. finanza ponte ex art. 184-quater, comma2, L.F.)**.

Potrebbe continuarsi a discutersi se la previsione dell'art. 217 bis L.f. operi anche per questi ultimi finanziamenti quando siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e vengano riconosciuti dal provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero con cui omologhi l'accordo. Sembrerebbe di doverlo ammettere per coerenza con la previsione nella parte che attiene ai pagamenti ed alle operazioni **in esecuzione** di tali soluzioni della crisi, anche se in senso avverso potrebbe militare la natura eccezionale della previsione in analisi.

---

*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>242</sup> MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in Dir. Pen. Proc., 2010.

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 ovvero autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182 *quinquies* L.F., la situazione risulta articolata<sup>243</sup>.

Si tratta di valutazione da svolgere certo secondo prospettiva *ex ante*; se non si seguisse tale valutazione prognostica ma diversa impostazione ricognitiva *ex post*, per il solo fatto che quei pagamenti e quelle operazioni sono all'attenzione di un giudice penale (segno dell'insuccesso della soluzione) potrebbero trarsene indicazioni insuperabili a contro la loro praticabilità e a favore della loro illiceità penale.

La soluzione più agevole 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*, non può essere precluso al giudice penale. L'esenzione, infatti, non può dipendere da una scelta lasciata alla insindacabile autonomia privata<sup>244</sup>. Un piano di risanamento aziendale formato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), della legge fall. 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), dovendo apparire idoneo «*a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria*». Proprio l'armonia con tale funzione ed attitudine risanatoria (per il valore che l'impresa rappresenta per l'ordinamento), validata da attestazioni di professionisti qualificati, giustifica che i pagamenti effettuati in esecuzione del piano siano *esclusi dalla revocatoria fallimentare*. Peraltro, come ricorda la Cassazione (Sez. 5 Pen., sentenza n. 8926/2016), un tale piano, «**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)**»<sup>245</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 dell'ammissione del primo al concordato preventivo, provvedendo a verificare esclusivamente che operazioni e pagamenti di cui viene invocata l'irrilevanza penale*

---

<sup>243</sup> Per un quadro completo delle diverse situazioni e soluzioni, in parte ripercorso nel presente scritto, cfr. PISTORELLI, *op. cit.*

<sup>244</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*».

<sup>245</sup> 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 privata l'impresa della totalità del patrimonio senza nessuna garanzia di soddisfacimento integrale dei creditori.

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>246</sup>.

Quale criterio orientativo, può ritenersi 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), a **maggior vaglio del giudice civile, corrisponde minore spazio per una rivalutazione in seno alla giurisdizione penale delle condizioni di legittimità delle operazioni realizzate sulla base delle prospettazioni, delle intese e degli accordi tra soggetti economici.**

In particolare, allorché l'esenzione venga invocata per pagamenti ed operazioni posti in essere in esecuzione dell'**accordo di ristrutturazione del debito omologato** ai sensi dell'articolo 182-bis L.F., conviene rammentare che per conseguire l'omologazione l'imprenditore in stato di crisi deve depositare una relazione redatta da un professionista (in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) sulla **veridicità** dei dati aziendali e sull'**attuabilità** dell'accordo con riferimento **all'idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei**<sup>247</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>248</sup>, una volta divenuto definitivo, potrebbe porsi in dubbio la 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,

<sup>246</sup> Cfr. PISTORELLI, *op. cit.*

<sup>247</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>248</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*, escludeva la sussistenza di un obbligo di *attestazione della veridicità* dei dati aziendali, poiché il contenuto della relazione risultava autonomamente disciplinato dall'ultima parte del primo comma dell'art. 182 bis, L.F., senza far riferimento alcuno a tale attestazione. La posizione non pare più sostenibile neppure sotto il profilo del dato normativo letterale, atteso l'**esplicito riferimento alla veridicità** dei dati aziendali introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. e), n. 1), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134. 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, specie 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.*

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.

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*) nel testo della previsione normativa (che per vero pare ricollegare l'applicabilità dell'art. 217-*bis* al fatto storico dell'autorizzazione giudiziale) 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>249</sup>. E in ogni caso potrebbe immaginarsi l'integrazione autonoma di una forma di ricorso abusivo al credito.

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>250</sup>. Come adesso dispongono anche le riformate previsioni degli artt. 67, comma 3, e 182-*bis* l.fall., 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>251</sup>.

Può essere di qualche interesse ai fini in discorso rammentare la riflessione sviluppatasi in seno alla giurisprudenza di merito e di *legittimità* circa gli **spazi di configurabilità di atti distrattivi realizzati in presenza ed a seguito di concordati omologati**.

La Corte regolatrice<sup>252</sup> ha sgombrato il campo da qualsiasi attitudine penale scriminante riferita al consenso negoziale storicamente consacrato dall'omologa. Non sussiste un'area di irresponsabilità penale, di carattere oggettivo, per i fatti spoliativi commessi *dopo l'ammissione al concordato preventivo*, non potendo ritenersi che essi siano *comunque* "coperti" dal decreto di omologa, con il parere favorevole dei creditori, del commissario giudiziale e dunque autorizzati dal giudice delegato. In altre parole, non può affermarsi che le condotte di spoliazione di un debitore ammesso al concordato preventivo non abbiano comunque rilievo penale o che lo perdano a seguito dell'omologa

---

<sup>249</sup> SANTORIELLO, *op. cit.*

<sup>250</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>251</sup> MUCCIARELLI, *L'esenzione, op. cit.*

<sup>252</sup> Cass. Pen., Sez. 5, 51277/2016.

dello stesso, alludendo ad una causa di giustificazione che l'ordinamento non conosce. Del resto, l'art. 217 *bis* legge fall. «*esclude la responsabilità per le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo solo quando di ipotizzi la commissione del delitto di bancarotta preferenziale o di bancarotta semplice e non quando si ravvisino fatti concretanti un delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale*». Se resta esclusa la punibilità per i delitti di bancarotta fraudolenta, ai sensi dell'art. 236 legge fall., del liquidatore nominato nel concordato preventivo con cessione di beni<sup>253</sup> (per non essere lo stesso espressamente menzionato nella norma) non viene meno la previsione di responsabilità degli *altri soggetti* elencati nel comma secondo dello stesso art. 236 legge fall., e «*ciò non solo per i fatti antecedenti all'ammissione al concordato ma anche per quelli successivi (posto che altrimenti l'affermazione della irresponsabilità del liquidatore giudiziale, nominato con l'ammissione del concordato, non avrebbe avuto ragion d'essere)*»<sup>254</sup>.

Il tema è estremamente complesso specie se si ha riguardo alla nuova *disciplina* del concordato preventivo, realizzato con una proposta di piano che può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso *qualsiasi forma*, dunque anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie" (art. 160 legge fall.) idonee a risolvere la crisi (con percentuali di soddisfazione del ceto creditorio da ultimo vincolate per il concordato liquidatorio per effetto del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132). All'imprenditore è data altresì facoltà (ex art. 186 *bis* legge fall.) di presentare un piano che ammette «*la prosecuzione dell'attività di impresa [...], la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione*», sulla base di criteri e valori determinati dal proponente e asseverati da un professionista abilitato. A fronte dei noti parametri definiti dalla giurisprudenza civile (l'approvazione della proposta è rimessa alla fondamentale volontà dei *creditori*, restando in capo al *tribunale fallimentare* il compito di assicurare il rispetto dei principi che regolano la materia concordataria, tra cui, principalmente, quello che ai creditori venga fatta una proposta chiara, sulla base di una veridica rappresentazione della situazione aziendale, con presentazione di un piano fattibile), la Corte fissa tre principi su nodali questioni di interesse penale: (i) attraverso un *piano concordatario*, pur approvato dai creditori ed omologato dal tribunale, in quanto *utilizzato in frode* al ceto creditorio<sup>255</sup> (per realizzare, dunque, un interesse illecito del

---

<sup>253</sup> Sez. U, n. 43428 del 30/09/2010, Corsini, Rv. 248381.

<sup>254</sup> Il caso concreto afferiva ad una prospettata cessione fraudolenta di azienda per corrispettivo inferiore al valore di mercato, in tesi di accusa 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). Mentre il tribunale del riesame aveva ritenuto irrilevante, posto questo quadro complessivo, la circostanza che la vendita si fosse perfezionata all'interno della procedura di concordato preventivo, sotto la vigilanza degli organi della procedura, 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 scelta degli organi della procedura di autorizzare quell'atto, distinguendo quella libera da quella frutto di ingannevole prospettazione.

<sup>255</sup> L'approvazione dei creditori e l'omologa del Tribunale, infatti, «*non escludono, in astratto, che la procedura concordataria venga utilizzata in frode al ceto creditorio, per la realizzazione di un interesse illecito del soggetto proponente. L'art. 236 cit., nel prevedere l'applicazione degli artt. 223 e 224 legge fall. "nel caso di concordato preventivo", si riferisce non solo ai fatti commessi ante procedura, ma - com'è desumibile dallo stesso tenore letterale della norma - anche ai fatti commessi "attraverso la procedura", indebitamente piegata a fini illeciti*. Perché ciò si verifichi occorre, però, che il piano sia *congegnato in maniera frodatrice*, per la realizzazione di interessi diversi da quelli sottesi alla normativa concordataria, pensata e voluta dal legislatore per favorire il risanamento delle imprese o la loro liquidazione: sempre, però, nel rispetto dei principi che sovrintendono all'esercizio dell'attività imprenditoriale e alla definizione concordata delle crisi. Ciò comporta che «*l'imprenditore, il quale si rivolga al ceto creditorio per coinvolgerli nella gestione della propria crisi, anche attraverso la rinuncia, totale o parziale, ai loro crediti, debba farlo in maniera trasparente e attraverso la rappresentazione della reale situazione aziendale, per consentire ai creditori l'espressione di un voto*

soggetto imprenditoriale proponente) è possibile che siano compiuti atti dissipativi o distrattivi del patrimonio del debitore, rilevanti ex artt. 236, 216 legge fallimentare; (ii) la *giurisdizione penale* può attivarsi *prima* che sia disposta, da parte degli organi fallimentari, la revoca del concordato, ex art. 173 legge fall.<sup>256</sup>; (iii) il carattere frodatario del piano va *accertato in concreto* e deve rivelare una *chiara e indiscutibile manipolazione della realtà aziendale*, tale da falsare il giudizio dei creditori e orientarli in maniera presumibilmente diversa rispetto a quella che sarebbe conseguita alla corretta rappresentazione della situazione aziendale<sup>257</sup>.

Un *equilibrio complicato*, come si vede, tra tutela dell'impostazione negoziale della gestione della crisi e visione lealistica dell'accesso alla procedura con effetti esdebitatori ex art. 184 legge fall. che recupera interesse per i contenuti di fedeltà della rappresentazione sottesa alla proposta ed al piano e della loro esecuzione. Sono questi, infatti, a giustificare l'intervento della pubblica accusa sia pure entro confini di nitidezza probatoria non sempre facilmente conseguibili. I piani connotati da più insidiosa portata decettiva, infatti, sono proprio quelli artatamente predisposti per consentire al tribunale di vedere solo quanto il normale e noto potere indagatorio del medesimo, eminentemente cartolare, può consentirgli di scorgere.

### 3.2. Le bancarotte del concorrente esterno bancario: la *casistica*

Seguendo la precedente impostazione (cfr. Parte Seconda, Cap. 2) si illustrano alcune **casistiche giudiziarie** nelle quali è stata riconosciuta la configurabilità del concorso esterno del creditore bancario.

#### 3.2.1. *Bancarotta per distrazione*

E' stato ritenuto configurabile il **concorso del personale degli istituti di credito nella bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione** consumata dai gestori di una società per azioni, 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, esterne 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

---

*consapevole e al Tribunale l'adempimento della sua funzione di verifica. Tanto, è dimostrato - se ci fosse mai stato qualche dubbio - dalla previsione della "revoca dell'ammissione al concordato" - ove venga posto in essere uno degli atti previsti dall'art. 173 legge fall. - e dalla recente introduzione, nell'ordinamento penale, dell'art. 236-bis legge fall., che punisce, in maniera severa, il professionista che, nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, 182/bis, 182/quinquies, 182/septies e 186/bis (vale a dire, in tutti i casi in cui è richiesta la sua opera "attestatrice"), esponga informazioni false od ometta di riferire informazioni rilevanti in funzione del corretto svolgimento delle procedure di risoluzione della crisi d'impresa (in questo senso si è già pronunciata questa Corte con sentenza del 12/4/2016, n. 18997, in un caso che riguardava lo stesso soggetto ricorrente).*

<sup>256</sup> La Corte di Cassazione richiama la tendenziale autosufficienza della giurisdizione penale, che le consente di risolvere ogni questione da cui dipenda la decisione (art. 2 cod. proc. pen.). Poiché l'art. 236 legge fall. fa salva espressamente l'applicabilità degli artt. 223 e 224, legge fall., ne consegue che ogni condotta rivolta a commettere i reati previsti dalle norme suddette, in qualunque momento posta in essere (prima dell'ammissione alla procedura concordataria, durante lo svolgimento della procedura o dopo la revoca del provvedimento di ammissione), diviene perseguibile dal giudice penale.

<sup>257</sup> Infatti, la "**frode**" «non può consistere in una diversa lettura dei dati esposti nel piano da parte dei soggetti cui è demandata la funzione di verifica, ma presuppone una **rappresentazione non veritiera della realtà aziendale, attuata attraverso la volontaria pretermissione - nel piano - di cespiti rilevanti** (beni strumentali, crediti, ecc.), **attraverso l'indicazione di attività o l'esposizione di passività inesistenti, ovvero in presenza di qualunque altro comportamento obbiettivamente idoneo ad ingannare i creditori e che legittimerebbe la revoca del concordato**, ex art. 173 legge fall.. L'indicazione legislativa contenuta nella norma suddetta costituisce, infatti, valido riferimento per giungere non solo alla risoluzione del concordato preventivo, ma anche per punire, sub specie di distrazione o dissipazione, condotte che tradiscono, in modo indiscutibile e non congetturale, lo spirito e la funzione degli istituti di "risoluzione della crisi d'impresa", pensati dal legislatore per favorire la salvaguardia di valori aziendali inevitabilmente compromessi dal fallimento e non certo per consentire all'imprenditore di avvantaggiarsi, a danno dei creditori, delle "crisi" cui ha dato luogo; *sempreché, ovviamente, le condotte censurate determinino una distrazione o dissipazione di attività aziendali*»



un accordo finalizzato alla ristrutturazione della esposizione debitoria della S.p.a. con il ceto bancario e, (ii) in parte, per pagare 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 mutuata per aderire 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 fortemente esposto verso l'istituto di credito), attraverso la liquidazione *in bonis* di altro sottogruppo, cui originariamente apparteneva l'azienda della quale era stato promesso l'acquisto<sup>258</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 per pagare una 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>259</sup>. In tale situazione, la Cassazione ha riconosciuto «*un'operazione che, per la 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 destinatarie 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*

<sup>258</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 avente 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.

<sup>259</sup> La Corte di Cassazione (n. 15613/2015) ha escluso che la natura intrinsecamente distrattiva dell'operazione relativa al *bridge* fosse contrastabile sulla base della considerazione che la stessa consisteva nella 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.

*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.

### 3.2.2. *Bancarotte semplici*

Con riferimento a **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, R.D. n. 267/42, è contraddittorio rispetto ad una concomitante contestazione di bancarotta impropria dolosa ai sensi dell'art. 223, comma 2, n. 2, R.D. n. 267/1942<sup>260</sup>.

Pare configurabile il concorso nella **bancarotta semplice prevista dall'art. 217, n. 2, R.D. n. 267/1942** (consumazione di notevole parte del patrimonio in *operazioni manifestamente imprudenti*) e **n. 3 R.D. n. 267/1942** (operazioni di *grave imprudenza per ritardare il fallimento*)<sup>261</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>262</sup>, sovente non immediatamente perspicui, e le **più gravi condotte di bancarotta fraudolenta**<sup>263</sup> o per effetto di operazioni dolose.

---

<sup>260</sup> 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 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*». 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, avvenendo sotto forma di finanziamento e non di aumento di capitale, aggravano ulteriormente la posizione debitoria della società, rendendola irrecuperabile.

<sup>261</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>262</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>263</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*

### 3.2.3. Bancarotta per effetto di operazioni dolose

Il concorso del dipendente dell'istituto di credito nel delitto di **bancarotta impropria per fallimento effetto di operazioni dolose** rappresenta situazione più volte venuta all'attenzione dell'esperienza 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<sup>264</sup>*; (iii) *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, operazioni finanziarie ai danni dei piccoli risparmiatori.*

**In termini generali**, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità<sup>265</sup>, 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 essere "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>266</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>267</sup>.

---

*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).

<sup>264</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 17690/2010.

<sup>265</sup> Cass. Pen., Sez. 5, sent. n. 15613 del 05/12/2014, dep. 15/04/2015; sez. F, 39142/2015.

<sup>266</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>267</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*

Le operazioni dolose di interesse, **non integrano necessariamente fatti di reato**<sup>268</sup>, 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*». 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*»<sup>269</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 statuari, dalla tipologia dell'organismo societario e dalla situazione economico/patrimoniale in cui la condotta si compie*»<sup>270</sup>.

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>271</sup>.

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 *intraneo* - **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*»<sup>272</sup>, ovvero con riferimento alla **situazione effettivamente concretizzatasi al momento della formale apertura della procedura concorsuale** <sup>273</sup>. Ai

---

*volta proiettata sullo schermo del sistema di incriminazioni configurato dalla legge fallimentare. In altri termini, è da escludersi la tipicità di condotte già espressamente previste da altre specifiche disposizioni incriminatrici in tema di bancarotta».*

<sup>268</sup> Sez. 5, Sentenza n. 6992 del 08/04/1988 Ud., dep. 16/06/1988, Rv. 178604.

<sup>269</sup> 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. 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, *umentando 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 accompagna 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>270</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 17690 del 18/02/2010, Rv. 247313.

<sup>271</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'indefettibile 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).

<sup>272</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 19806 del 28/03/2003, Negro, Rv. 224947.

<sup>273</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*

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*»<sup>274</sup>.

In merito all'elemento soggettivo, secondo gli approdi più recenti<sup>275</sup>, 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*<sup>276</sup>, 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>277</sup>. In tema di bancarotta fraudolenta dell'amministratore di

---

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>274</sup> 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). 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 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>275</sup> Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 38728 del 03/04/2014 Ud., dep. 23/09/2014, Rv. 262207.

<sup>276</sup> Cass. Pen., Sez. 5, n. 17690 del 18.2.2010, rv. 247315.

<sup>277</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 consolidare la posizione debitoria nei confronti di due istituti di credito, che, singolarmente, prestavano oneroso 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,

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<sup>278</sup>.

Poste tali 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 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»*<sup>279</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 [...] 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. [...] 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*

---

nelle ultime annualità, bilanci sempre in perdita. In piena coerenza con quanto in precedenza affermato, in ordine all'irrelevanza delle illecità 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.

<sup>278</sup> Cass. Pen. Sez. 1, Sentenza n. 3942 del 13/12/2007 Ud., dep. 24/01/2008, Rv. 238367.

<sup>279</sup> Sez. 5, Sentenza n. 15613 del 05/12/2014 Ud., dep. 15/04/2015, Rv. 263804. 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, di cui la fallita aveva rimborsato una rata 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 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.

*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».*

### **3.2.4. Bancarotta preferenziale**

Il concorso del creditore nel reato di **bancarotta preferenziale** (prefallimentare) è ritenuto configurabile<sup>280</sup> ove lo stesso fornisca al **debitore** fallendo un **contributo causale determinante alla violazione della par condicio**. Non lo integra la **condotta del creditore che si limita a ricevere il pagamento dovuto**, essendo necessarie forme di **istigazione, determinazione o ausilio**; esse possono essere dimostrate (o comunque avvalorate) dall'*organizzazione del pagamento preferenziale con modalità celate, quantunque esse non siano necessarie* ai fini dell'integrazione oggettiva del reato.

Problematica, per le interferenze con le facoltà ex art. 1186 c.c., può considerarsi l'esplicita richiesta rivolta dal creditore al debitore, in presenza dei segnali di insolvenza di quest'ultimo, di provvedere dell'adempimento, rappresentando la volontà di azionare il relativo diritto.

Secondo parte della **dottrina** la condotta del creditore che si limiti ad accettare il pagamento da parte dell'imprenditore insolvente non **integrerebbe mai reato**<sup>281</sup>. Ma, almeno nel caso dell'ente bancario, l'evenienza può ritenersi virtuale, poiché è usuale che la sollecitazione, con la messa in mora, del debitore prossimo al passaggio a sofferenza; inoltre, non resta esclusa la configurabilità astratta della ricettazione fallimentare, che presuppone proprio l'assenza di un'attività esterna di induzione.

Per contestare la possibilità di configurare quest'ultimo reato, altro orientamento **nega la possibilità della distrazione di beni** del fallito, limitati entro le consistenze patrimoniali reali e non comprensivi di somme di danaro rifluite sul conto intestato all'imprenditore insolvente, o che su esso sarebbero dovute affluire se non fossero intercorsi meccanismi negoziali di variante; in base all'art. 1834 c.c., infatti, la banca acquista la proprietà del danaro depositato presso di essa e il correntista a fronte del deposito acquista un mero **diritto di credito** alla restituzione<sup>282</sup>. Se la distinzione tra beni e crediti appare disallineata rispetto all'elaborazione giurisprudenziale consolidata, deve altresì considerarsi che uno strumento apparentemente regolare, come il mandato *in rem propriam* all'incasso di crediti, può ben essere sviato dal fine fisiologico, per realizzare dissimulazioni patrimoniali<sup>283</sup>.

L'**art.1186**<sup>284</sup> c.c. non esclude di per sé la rilevanza penale della condotta del creditore, non essendo applicabile quando il pagamento in stato di insolvenza assuma un diverso significato con la dichiarazione del fallimento del debitore in virtù di norme speciali che, come quelle relative alla revocatoria fallimentare, prevedono l'inefficacia di

---

<sup>280</sup> 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.

<sup>281</sup> V. BIANCHI, *Il reato di bancarotta*, 1998, in De Agostini Professionale - Leggi d'Italia, Dottrina. Riferimenti anche in SANTORIELLO, *La bancarotta preferenziale*, 1999, in De Agostini Professionale - Leggi d'Italia, Dottrina, che ricorda come « il creditore può giovare di una norma permissiva, l'art. 1186 c.c. ». Cfr. anche V. ROSSI VANNINI, *Commentario Scialoja-Branca, L. fall., Disposizioni penali*, tomo III, 1997, p. 21-22. Su posizione sostanzialmente negatoria della rilevanza penale della condotta del creditore, SERIANNI, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1974, p. 201-213. Così anche Ghidini, *Revocatoria di pagamenti e bancarotta preferenziale*, in Riv. dir. comm., 1973, I, p. 62-64.

<sup>282</sup> GAMBARDELLA, *Contributo alla delimitazione del concetto di « distrazione » nel reato di ricettazione fallimentare*, in questa Cass. pen., 1996, p. 638, n. 361.

<sup>283</sup> COLETTA, *Bancarotta e responsabilità penale del funzionario di banca infedele per abuso del diritto di compensazione*, in Cass. pen., fasc.9, 2002, pag. 2961

<sup>284</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».

quei pagamenti o che, come quelle penali fallimentari, attribuiscono ad essi carattere delittuoso<sup>285</sup>. In altre parole, **esistono limiti al diritto del creditore di ricevere l'adempimento in fase fallimentare**, come testimoniato dalle norme sulle revocatorie ex art. 67 L.F. e dallo stesso art. 232 comma 3 n. 2 L.F. 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 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.

Secondo l'esperienza comune, inoltre, l'imprenditore che ha acquisito consapevolezza del proprio stato di insolvenza, allorché si determina a salvare il salvabile, non può prescindere dalla conservazione di rapporti "aperti" con la **struttura bancaria**, dal cui **sostegno finanziario dipende**. Questa rappresenta condizione obiettivamente predisponente a «*ripianare favoritivamente l'esposizione debitoria verso le banche dando impulso a quelle pratiche solutorie nelle quali pericolosamente si annida il reato di bancarotta preferenziale*»<sup>286</sup>. Inoltre, senza previo accordo con l'imprenditore, la banca può trattenere somme già accreditate o che vengano successivamente accreditate sul conto dell'insolvente, non solo dopo aver assunto consapevolezza dello stato di insolvenza, ma addirittura anche dopo la dichiarazione del fallimento, integrando sotto il profilo oggettivo una ricettazione fallimentare.

Sembra tuttora condivisibile, in proposito, l'opinione che assume **quale criterio identificativo della configurabilità del delitto fallimentare l'assoggettabilità a revocatoria fallimentare** (art. 67 L.F.) degli atti di disposizione patrimoniale compiuti a favore dell'istituto bancario dall'imprenditore insolvente (o comunque autonomamente attuati dall'ente di credito); in coerenza con la previsione dell'art. 51 c.p., a di fuori di tal evenienza, «dal punto di vista dell'imprenditore insolvente sarà stato realizzato nell'adempimento di un obbligo contrattuale (la cui osservanza è imposta dal codice civile), e dal punto di vista della banca creditrice sarà stato ricevuto, o attuato, nell'esercizio di un corrispondente diritto»<sup>287</sup>. L'assoggettabilità ad azione revocatoria, ovvero la illiceità degli atti dispositivi in sede civile, finisce così per rilevare anche in sede penale.

L'azione prevista dall'art. 67 l. fall. delinea la **revocatoria concorsuale, che persegue la finalità di tutelare la *par condicio***, intesa sia come rispetto delle cause di prelazione, sia come esigenza di parità di trattamento dei creditori di eguale grado. Si tratta di un principio, in parte sottoposto nel tempo a limitazioni (si consideri l'ampliamento dei crediti prededucibili, destinati a prevalere su tutti i crediti anteriori), ma tuttora presidiato dal reato di bancarotta preferenziale. L'istituto è stato fortemente "contenuto" dalla riforma concorsuale, sin dall'entrata in vigore del D.L. 35/2005<sup>288</sup>, ma costituisce il principale mezzo di riequilibrio della *par condicio*<sup>289</sup>. *Il tratto comune che unisce le fattispecie nelle quali è possibile impugnare gli atti compiuti da un soggetto poi fallito attiene alla percezione dello stato di insolvenza in capo all'accipiens*: «vi sono situazioni

---

<sup>285</sup> Così, Sez. 5, 11 gennaio 1984, Dini, in C.E.D. Cass., n. 162085; Sez. 5, 20 ottobre 1981, Bura, ivi, n. 150582

<sup>286</sup> COLETTA, *Bancarotta e responsabilità penale del funzionario di banca infedele per abuso del diritto di compensazione*, in Cass. pen., fasc.9, 2002, pag. 2961

<sup>287</sup> COLETTA, *op. cit.*

<sup>288</sup> S. BONFATTI, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in A. Jorio – M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, 902; M. PORZIO, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in G. Capo – F. De Santis – B. Meoli (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, 331.

<sup>289</sup> Una prima modifica della revocatoria fallimentare ha comportato la riduzione del periodo sospetto, ovvero dell'arco temporale entro il quale è possibile colpire con l'inefficacia i pagamenti dell'imprenditore insolvente (*dimezzato* dalla riforma, passando da due anni a uno per gli atti c.d. "anormali" e da un anno a sei mesi per quelli "normali"). La riduzione del periodo di tempo per l'esercizio dell'azione revocatoria è stata ritenuta "irrilevante penalisticamente" (SCHIAVANO, *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in Riv. trim. dir. pen.ec., 2006). Per contro altra dottrina assume quanto ora civilmente irrilevante non possa che essere al contempo *penalmente* irrilevante, pena lo stravolgimento di questo ordine logico di intervento e la contraddizione interna dell'ordinamento giuridico [GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in Dir. e prat. fall. 2006].



così anomale da giustificare una presunzione *juris et de jure* di cosciente violazione della *par condicio*, quali gli **atti a titolo gratuito** (art. 64 l. fall., nel quale in aggiunta sussiste una minor esigenza di tutela della controparte del fallito, che ha ottenuto un vantaggio senza versare un corrispettivo) ed i **pagamenti eseguiti prima della loro naturale scadenza** di cui all'art. 65 l. fall.; in questi casi, l'anomalia intrinseca dell'atto è tale che addirittura si prescinde da qualsiasi verifica in merito alla posizione soggettiva dell'*accipiens*; vi sono, poi, le situazioni disciplinate al comma 1 dell'art. 67 l. fall., che comunque presentano **profili di anormalità**, le quali implicano una presunzione semplice di *scientia* che può essere superata solo se l'*accipiens* provi di aver compiuto quegli atti senza conoscere l'altrui insolvenza; infine, vi sono gli atti che sarebbero di per sé normali, ma che divengono revocabili a norma del comma 2 dell'art. 67 l. fall. qualora la Procedura fornisca la prova della circostanza che l'*accipiens* conoscesse l'insolvenza del *solvens*»<sup>290</sup>.

In tal senso, «il diritto scriminante in sede fallimentare sul quale va operata una approfondita analisi, e che definisce il margine di operatività in tale contesto del principio di cui all'art. 1186 c.c., è quello previsto dall'**art. 56 della l. fall.**, a norma del quale «...i creditori hanno **diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso**, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento» e a **condizione che non si tratti di crediti acquistati nell'anno anteriore** [...]. Sennonché nella normativa fallimentare, se è ammessa dall'art. 56 citato la compensazione da parte del creditore *in bonis* (e cioè un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dal pagamento), è invece **vietato dall'art. 67 comma 2 il pagamento di debiti liquidi ed esigibili da parte dell'imprenditore insolvente**. [...] In estrema sintesi, «il coordinamento del diritto sancito dall'art. 56 con il divieto di cui al successivo art. 67<sup>291</sup>, sta tutto nel ritenere che **il creditore può legittimamente trattenere in compensazione beni del debitore di cui aveva già acquisito ex ante la disponibilità, e senza cioè che ciò sia derivato da uno specifico atto solutorio ad hoc**: assume invece veste di **illegittimità qualsiasi condotta che tenti di mascherare forme di pagamento, e cioè condotte solutorie**, mediante predisposizione di meccanismi negoziali sviati dalla loro funzione fisiologica al fine di creare fittiziamente una apparenza di compensazione»<sup>292</sup>.

In proposito, tre sono le situazione di fatti compensativi elaborate dalla riflessione giuridica nella dinamica dei rapporti bancari: (i) l'imprenditore insolvente effettua a favore della banca, di sua iniziativa, pagamenti solutori (e cioè estintivi) mediante una provvista reperita extraconto; (ii) la banca, sulla base di un accordo con l'imprenditore insolvente (cd. *piano di rientro*) trattiene le somme che affluiscono sul conto per

---

<sup>290</sup> BOSTICCO, *Azione revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimentarista*, 29.6.2016.

<sup>291</sup> Art. 67, l.fall.: **Comma 1. Sono revocati**, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) **gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso**; 2) **gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento**; 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti. **Comma 2. Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento**. Comma 3 (omissis). Comma 4. Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

<sup>292</sup> COLETTA, *op. cit.*, che osserva in nota: «Seppur non adeguatamente analizzato nelle sue implicazioni ultime, il principio si trova affermato in Sez. V, 13 giugno 1980, Veronesi, in C.E.D. Cass., n. 145604, secondo cui «...per pagamento deve intendersi non soltanto la dazione di beni ma anche altre forme di solutio, fra le quali la compensazione. Però, affinché la violazione della *par condicio* possa realizzarsi attraverso il meccanismo della compensazione, è necessario - stante il diritto dei creditori riconosciuto dall'art. 56 della legge, di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti di cui sono portatori nei suoi confronti, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento - che l'imprenditore abbia dato vita fittiziamente ad un nuovo rapporto obbligatorio, inverso al primo, sì da creare le condizioni per consentire al creditore di eccepire la compensazione».

disposizioni di terzi (somme costituenti a loro volta pagamenti di crediti maturati dall'imprenditore nei confronti della propria clientela); (iii) la banca, fuori da qualsiasi accordo con l'imprenditore, dopo aver messo in mora costui per insolvenza e dopo aver di conseguenza risolto il rapporto bancario, trattiene a estinzione del proprio credito le somme di cui aveva la disponibilità materiale *ex ante* (perché già depositate sul conto sofferente). Ebbene, nelle tre situazioni su delineate, «**la illegittimità o meno della condotta bancaria è tutta correlata alla qualificazione giuridica della natura - solutoria o compensativa - dell'atto dispositivo posto in essere.** Occorrerà quindi verificare se esso abbia natura di *pagamento* (che è un modo di estinzione naturale dell'obbligazione, illegittimo in sede fallimentare), o per converso abbia natura di *compensazione* (che è un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento), legittimo ai sensi dell'art. 56 citato [...]. Con la precisazione gli «atti in senso lato dispositivi che, ritenuti assoggettabili a revocatoria nel fallimento, costituiscono condotte non supportate penalmente dall'esercizio del diritto, e quindi come tali idonee a integrare il delitto di *bancarotta preferenziale bancaria* o di *ricettazione bancaria*»<sup>293</sup>.

Più che gli atti a titolo gratuito (art. 64 l. fall.), i pagamenti eseguiti prima della loro naturale scadenza (art. 65 l. fall.) o le situazioni disciplinate al comma 1 dell'art. 67 l. fall., che comunque presentano profili di anormalità, la revocabilità assume profili problematici nelle situazioni previste dall'art. 67, comma 2, l.fall, descritte per categorie generali: i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili; gli atti a titolo oneroso; la costituzione di garanzie contestuale alla concessione del credito.

La fattispecie più significativa è costituita dai pagamenti i quali, in quanto atti solutori che di per sé incidono sul patrimonio del fallito, vengono ritenuti revocabili a prescindere dal titolo che vi ha dato origine e della natura del credito (Cass., Sez. I, 31 agosto 2015, n. 17346; Cass., Sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3583); in effetti, a seguito della riforma il **titolo può invece assumere rilievo** quando esso rientri nell'ambito delle **esenzioni dalla revoca** previste nel comma 3 dell'art. 67 l. fallimentare<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> COLETTA, *op. cit.*, che rimanda a V. SANDRELLI, *Il reato del banchiere*, cit., p. 240, osservando: «secondo l'Autore, in tutti i casi «...in cui in seno ad una apparente compensazione si celino crediti simulati e l'operazione si risolva in un sostanziale pagamento, esterno ai confini dell'art. 56 l.fall., dovrà segnalarsi l'obiettività del reato». Riteneva che l'ambito dell'azione revocatoria fosse comunque «assunto come immediatamente descrittivo di un'area penalmente rilevante» ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.

<sup>294</sup> Art. 67, comma 3, l.f.: «**Non sono soggetti all'azione revocatoria:** a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso; b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca; c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio; d) 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; e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell' articolo 182-bis , nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all' articolo 161 ; f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito; g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo.

Riproponendo la schematizzazione proposta dalla riflessione giuridica<sup>295</sup>, nel caso di **apertura di credito** (*affidamento bancario* o *fido*, collegato ad un contratto di conto corrente bancario), la giurisprudenza<sup>296</sup> assume che i *versamenti* effettuati dall'imprenditore insolvente a favore della banca *per ripianare la passività del conto su cui opera l'affidamento* non siano suscettibili di azione revocatoria; la banca può trattenerli, ove abbiano solo la funzione di ripristinare la provvista originariamente fornita (e cioè il livello della somma affidata dalla banca); in tal caso, infatti, ad essi è riferibile solo valenza contabile e non l'efficacia *solutoria*, mancando la quale si giustifica la limitazione alla revocabilità delle rimesse bancarie<sup>297</sup>; nello stesso senso, non sono revocabili le **rimesse c.d. bilanciate**, ove l'importo accreditato di fatto resti nella disponibilità e venga riutilizzato dal correntista, emergendo coincidenza temporale e di importo tra accredito ed uscite ovvero espressa pattuizione intercorsa con la banca opponibile al fallimento (Cass., Sez. I, 29 luglio 2014, n. 17195). Le condotte ora esaminate, sotto il profilo penale, appaiono scriminate dall'esercizio del diritto e/o dall'adempimento del dovere.

Secondo l'orientamento tradizionale diversamente si riteneva per i versamenti effettuati per ripianare uno **scoperto bancario non autorizzato** in virtù di contratto stipulato in forma scritta ma dall'ente di credito meramente tollerato (si pensi al caso di sconfinamenti dal fido concesso o nel caso di conto corrente non assistito da affidamento sul quale il correntista abbia operato prelievi eccedenti il livello delle somme depositate); i versamenti successivi sono revocabili in quanto provvisti di natura solutoria e la banca non può trattenere in caso di insolvenza dell'imprenditore le somme che vengano ivi depositate successivamente al prelievo irregolarmente effettuato dal correntista. Ove ciò avvenga, le rimesse affluite su conto scoperto ovvero passivo **oltre i limiti del fido** saranno revocabili (Cass., Sez. I, 29 marzo 2016, n. 6042; Cass., Sez. I, 9 luglio 2014, n. 15605), avuto riguardo al c.d. "**saldo disponibile**" (Cass., Sez. I, 1 aprile 2015, n. 6621)<sup>298</sup>.

Dal punto di vista penale, «si configura l'elemento oggettivo, in assenza di scriminante, del reato di bancarotta preferenziale bancaria se il trattenimento venga effettuato sulla base di un accordo con l'imprenditore insolvente; si configura invece l'elemento oggettivo del reato di ricettazione fallimentare, se la banca abbia agito di iniziativa in assenza di accordo con il proprio cliente»<sup>299</sup>.

Per vero, la situazione sembrerebbe modificata con il nuovo art. 67, comma 3, lett. b), legge fall., che, proprio rispetto alle rimesse su un conto corrente bancario, le esenta dalla revocatoria **«purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca»**. Alla rilevanza della natura *intra* o *extra*

---

<sup>295</sup> Coletta, *op. cit.*, da cui tratti anche i riferimenti giurisprudenziali antecedenti al 2002.

<sup>296</sup> Sez. I civ., 18 ottobre 1982, in Foro it., 1982, I, c. 2779. Cfr. Sez. I civ., 26 agosto 1996, in C.E.D. Cass., n. 499358. Nello stesso senso, Sez. I civ., 25 gennaio 1997, in C.E.D. Cass., n. 502033, che riaffermando il medesimo principio di diritto, precisa che le rimesse su conto «... sono revocabili per la parte relativa alla differenza tra lo scoperto e il limite del fido». V. anche Sez. I civ., 20 maggio 1997, in C.E.D. Cass., n. 504534, secondo cui ove « non vi sia una vera e propria apertura di credito (perché mai concessa o perché successivamente revocata), gli accreditamenti sul conto, da cui consegue la riduzione o l'elisione del saldo negativo per il cliente, hanno natura solutoria e, come tali, sono revocabili in ipotesi di fallimento dell'imprenditore». In dottrina, sintetizza e coordina i principi giurisprudenziali ARATO, La revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie, in Quaderni del C.S.M. n. 83 marzo 1996, p. 487.

<sup>297</sup> Cfr. G. BEVILACQUA, *La revocatoria delle rimesse bancarie in Fall.*, 2015, 716; A. PATTI, *Rimesse in conto corrente bancario: da una concezione atomistica ad una più realistica*, in *Fall.*, 2011, 693.

<sup>298</sup> La Corte ha costantemente affermato che le rimesse sul conto corrente dell'imprenditore successivamente fallito sono legittimamente revocabili, ai sensi dell'art. 67 Legge Fall., quando il conto stesso, all'atto della rimessa, risulti "scoperto". Per accertare se una rimessa del correntista sia destinata al pagamento di un proprio debito verso la banca ed abbia quindi funzione solutoria, ovvero valga solo a ripristinare la provvista sul conto corrente, occorre fare riferimento al criterio del "**saldo disponibile**" del conto, da determinarsi in ragione delle epoche di effettiva esecuzione di incassi ed erogazioni da parte della banca: non è, invece, idoneo né il criterio del "saldo contabile", che riflette la registrazione delle operazioni in ordine puramente cronologico, né quello del "saldo per valuta", che è effetto del posizionamento delle partite unicamente in base alla data di maturazione degli interessi, (*ex plurimis* Cass 16608/10; Cass 15605/14; Cass 24588/05; Cass 13143/02; Cass 12/96).

<sup>299</sup> COLETTA, *op. cit.*

fido, sembra sostituita l'inidoneità a ridurre in modo consistente e duraturo l'esposizione del fallito nei confronti dell'istituto di credito, rientrando cioè nell'ambito di una **gestione ordinaria del conto corrente**<sup>300</sup>.

Gli addebiti operati dalla banca per **spese, commissioni ed interessi** (che hanno natura diversa dalle *rimesse su conto*), sono assoggettabili a revocatoria fallimentare, non essendo opponibile la compensazione mancandone il presupposto, ovvero la diversità dei titoli da cui derivano le reciproche pretese<sup>301</sup>.

In caso di **sconto bancario**, è suscettibile di revocatoria fallimentare l'atto con cui la banca, senza proporre istanza di fallimento o senza insinuarsi in esso, abbia trattenuto dal conto del cliente scontatario, che sia anche imprenditore insolvente, le somme di cui aveva materialmente la disponibilità per l'importo cui avrebbe diritto per ripagarsi della perdita in caso di *inadempimento* del debitore ceduto. La rimessa sul conto, infatti, ha natura solutoria (valendo pagamento di debito da parte dell'imprenditore) e ricade sotto il divieto dell'art. 67, comma 2, L.F., anziché del diritto di cui all'art. 56. Il cosiddetto *castelletto* si distingue dalla apertura di credito (in quanto comporta soltanto l'impegno della banca ad accettare operazioni di sconto sino ad un certo importo) e lo sconto bancario consiste in un mandato alla banca a riscuotere il titolo ed in un accredito del relativo importo in conto corrente (subordinato alla condizione sospensiva del *salvo incasso*). L'importo dell'accredito in conto corrente non è disponibile se non dopo che il titolo sia stato pagato; e in caso di mancato pagamento l'addebito in conto corrente costituisce una mera operazione contabile di storno, estranea alla compensazione, che presuppone la sussistenza di più rapporti con effettivi debiti e crediti reciproci<sup>302</sup>.

La ricaduta penalistica è analoga a quella vista per il contratto di apertura di credito: «nei limiti dell'indebito percepito, il funzionario di banca sarà responsabile - a seconda dei casi, previo accordo con l'imprenditore o con azione tenuta di impulso autonomo - del reato di *bancarotta preferenziale bancaria* o del reato di *ricettazione bancaria*, in assenza di causa di giustificazione»<sup>303</sup>.

Nell'evenienza di **bonifico** (o giroconto) che realizza spostamento contabile di somme dal conto aziendale dell'imprenditore insolvente ad altro conto di cui sia intestatario egli stesso a titolo personale, ovvero sia intestatario l'istituto bancario (c.d. conto interno), oltre a fenomeni di distrazione di attivo fallimentare possono configurarsi potenziali lesioni della *par condicio creditorum*. La liceità penale dipende strettamente dalla revocabilità, o meno, dell'atto dispositivo, che, a sua volta, è condizionata dalla configurabilità del diritto alla compensazione. Secondo la giurisprudenza, quest'ultima può operare solo in relazione a conti o rapporti che,

---

<sup>300</sup> MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma della procedure concorsuali*, in Riv. Trim. Dir. proc. pen., 2006.

<sup>301</sup> Cfr. App. Genova, 31 dicembre 1993, fall. Riva snc c/ Banca Carige, cit. in nota in Quaderni del C.S.M. n. 83, marzo 1996, p. 488.

<sup>302</sup> Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione «il cosiddetto **castelletto di sconto**, o il **fido per smobilizzo crediti** - come altri strumenti bancari ai primi non propriamente equiparabili nella loro configurazione giuridica, ma assimilati nella pratica bancaria in quanto rispondenti alla medesima finalità, e riflettenti rapporti di analoga natura - non attribuiscono al cliente della banca, a differenza del contratto di apertura di credito, la facoltà di disporre con immediatezza di una determinata somma di danaro, ma sono esclusivamente fonte, per l'istituto di credito, dell'obbligo di accettazione per lo sconto, entro un predeterminato ammontare, dei titoli che l'affidatario presenterà. Ne consegue che l'esistenza di un fido per lo sconto di cambiali non può far ritenere coperto un conto corrente bancario, né può far escludere, ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, il carattere solutorio delle rimesse effettuate su tale conto dal cliente, poi fallito, se nel corso del rapporto il correntista abbia sconfinato dal limite di affidamento concessogli con il diverso contratto di apertura di credito. Tale differenziazione mantiene il suo significato anche se tra le due linee di credito sia stabilito un collegamento di fatto, nel senso che i ricavi conseguiti attraverso sconti e anticipazioni siano destinati a confluire nel conto corrente di corrispondenza che riflette l'apertura di credito, in quanto siffatta correlazione si risolve in un meccanismo interno di alimentazione di quel conto attraverso le rimesse provenienti dalle singole operazioni di smobilizzo crediti, alla stregua di qualunque altra rimessa di diversa provenienza" (Cass. 5 maggio 2000, n. 5634 nonchè conformi, tra le tante, Cass. nn. 17747/2009, 7451/2008, 3396/2003).

<sup>303</sup> COLETTA, *op. cit.*

intercorrenti tra la banca e il correntista, siano dotati di autonomia reciproca<sup>304</sup>, mentre sussiste l'**unitarietà funzionale** tra un conto sul quale affluiscono rimesse dall'estero e un conto sul quale la banca effettui a favore del medesimo correntista anticipazioni in valuta. Secondo la giurisprudenza della S.C., «qualora, tramite un'operazione di giroconto, la somma erogata in via di anticipazione da una banca su un conto corrente di corrispondenza, a fronte della rimessa di effetti salvo buon fine da parte del cliente, venga riaccreditata su altro conto corrente scoperto del medesimo cliente, l'operazione non assume natura puramente contabile, ma funzione soddisfattoria, venendo l'accredito utilizzato ad estinzione dello scoperto, con la conseguenza che la rimessa è soggetta a revocatoria fallimentare" (Cass. 17 ottobre 2005, n. 20101). In senso contrario non rileva la circostanza che le anticipazioni siano avvenute a fronte dello sconto di effetti non andati a buon fine. Anche in questo caso, infatti, rileva che le somme erogate dalla banca su un apposito conto [...] siano poi confluite sul conto corrente scoperto per ridurre l'esposizione, come è confermato dal fatto che, per l'importo accreditato, il debito del cliente non trova più causa nello scoperto di conto corrente (o meglio nelle operazioni in esso regolate), ma nel saldo negativo del diverso conto dove sono regolate l'obbligazione di restituzione dell'anticipazione, prevista in caso di sconto di cambiali dall'art. 1859 cod. civ., ovvero l'obbligazione di garanzia gravante sul cedente, ai sensi degli artt. 1858 e 1267 cod. civ., nel caso di sconto di "carte commerciali" (Cass., Sez. I, 13 febbraio 2013 n. 3507; Cass., Sez. I, 20 giugno 2011, n. 1344 )».

Nel caso del **giroconto attuato previo accordo di congelamento del conto corrente passivo** (lasciato aperto al solo scopo di consentire l'estinzione delle passività senza ricorrere a rimesse « dirette », ma interponendo il filtro di altri conti attivi), l'eventuale « collegamento negoziale » attuato dalle parti, se finalizzato alla realizzazione del risultato pratico dell'estinzione dei debiti risultanti da un conto affidato e lasciato solo formalmente aperto, presenta carattere «funzionale », che prevale sui fini immediati apparentemente perseguiti dai singoli rapporti ma in realtà strumentali all'interesse finale dell'operazione<sup>305</sup>.

Nel caso dell'utilizzazione di un **mutuo contratto con un istituto fondiario per estinguere altre passività che l'imprenditore insolvente aveva maturato con la banca** se ne è ritenuta la funzione preferenzialmente solutoria<sup>306</sup>.

Rispetto ad un caso<sup>307</sup> di **mandato in rem propriam** alla riscossione di crediti concesso a favore dell'istituto bancario dal correntista imprenditore insolvente (avente

---

<sup>304</sup> Essa non dipende da criteri puramente formalistici (quali la diversità del numero identificativo del singolo conto), ma va accertata in concreto in relazione alla funzionalità dell'uno rispetto all'altro, sicché non vi sarà autonomia tra conti laddove essi rispondano ad una logica economica unitaria o comunque collegata: l'atto sarà revocabile se vi è un collegamento tra conti tale da consentire di ravvisarne un utilizzo unitario.

<sup>305</sup> Sez. I civ., 28 novembre 1999, in C.E.D. Cass., n. 522683.

<sup>306</sup> Nel caso concreto, la società poi fallita - dopo aver ottenuto il mutuo - aveva accreditato una parte della somma mutuata su un conto corrente di corrispondenza. Il giudice di merito aveva revocato l'accredito, ritenendolo pagamento lesivo della *par condicio creditorum*. La Cassazione - nel respingere la tesi della banca (la quale sosteneva che il proprio credito nei confronti della fallita al momento dell'accredito si era estinto non attraverso un pagamento astrattamente revocabile, bensì per effetto della compensazione) - ha ritenuto che il « bonifico » (ossia l'incarico del terzo dato alla banca di accreditare al cliente correntista la somma oggetto della provvista) costituisce un ordine delegatorio di pagamento che la banca delegata, se accetta, si impegna verso il delegante ad eseguire; da tale accettazione non discende un'autonoma obbligazione della banca verso il correntista delegatario, trovando lo sviluppo ulteriore dell'operazione la sua causa nel contratto di conto corrente di corrispondenza che implica un mandato generale conferito alla banca dal correntista ad eseguire e ricevere pagamenti per conto del cliente, con autorizzazione a far affluire nel conto le somme così acquisite in esecuzione del mandato. Ne deriva che, secondo il meccanismo proprio del conto corrente, **la banca, facendo affluire nel conto passivo il pagamento ricevuto dall'ordinante, non esaurisce il proprio ruolo in quello di mero strumento di pagamento del terzo, ma diventa l'effettiva beneficiaria della rimessa, con l'effetto ad essa imputabile** (se l'accredito interviene nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, ricorrendo il requisito soggettivo della revocatoria fallimentare) di **avere alterato la par condicio creditorum**. Cfr. Sez. I civ., 21 settembre 2000, in C.E.D. Cass., n. 540326.

<sup>307</sup> Nella specie, una società fallita aveva usufruito di linee di credito mediante affidamento in conto corrente ordinario e di anticipazioni su crediti verso Usl; la banca, pochi mesi prima del fallimento, aveva ottenuto il ripianamento di gran parte delle esposizioni debitorie grazie alla riscossione dei crediti predetti, risultando a ciò legittimata per effetto di alcuni mandati all'incasso *in rem propriam* rilasciati dalla fallita in relazione a crediti sorti dopo il rilascio dei mandati stessi. Il

ad oggetto la riscossione dei crediti che il primo vantava verso terzi, con funzione solutoria della posizione debitoria che il correntista aveva nei confronti della banca), la Corte ha affermato che l'estinzione di una precedente passività come scopo ulteriore rispetto alla causa tipica dei singoli negozi a tal fine utilizzati (secondo lo schema del cosiddetto «collegamento funzionale») conferisce all'operazione complessivamente realizzata un carattere «anormale», e tale caratterizzazione assume anche l'atto terminale (di per sé neutro) di estinzione del debito<sup>308</sup>.

La condotta può integrare, sotto il profilo materiale, la fattispecie della *bancarotta preferenziale bancaria* per condotta solutoria non scriminata dal diritto a compensazione. Va ricordato che in altra evenienza<sup>309</sup> di mandato *in rem propriam* sui reati fallimentari bancari, la Cassazione penale ha escluso la configurabilità della ricettazione fallimentare sostenendo che tale delitto presuppone che i beni siano già entrati nel patrimonio dell'imprenditore insolvente, mentre la riscossione di una somma in virtù di un mandato irrevocabile *in rem propriam* origina un credito del fallimento e un correlativo debito del mandatario: sicché l'eventuale inadempimento del mandatario (la banca), dovuto a contestazioni sull'esistenza dell'obbligazione, va contrastato con i rimedi civili e non può integrare gli estremi del reato<sup>310</sup>.

Se risulta revocabile a norma dell'art. 67, comma 1, l. fall. la **cessione di crediti** con fini solutori, non assume connotazione di anomalia la cessione o il mandato all'incasso con funzione finanziaria, volta a garantire **nuovi affidamenti** contestualmente concessi (Cass., sez. I, 10 giugno 2011, n. 12736; Trib. Lecce, 6 luglio 2011); la cessione di crediti ha, poi, una sua disciplina peculiare se attuata nell'ambito del contratto di **factoring** come disciplinato dalla L. 52/1991<sup>311</sup>.

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 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, in tal senso, 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*

---

giudice di merito aveva ritenuto che il conferimento al creditore di un mandato a riscuotere crediti vantati dal debitore nei confronti di terzi, con il quale le parti avessero perseguito indirettamente il medesimo scopo solutorio della cessione del credito, integrava gli estremi del «mezzo anormale di pagamento», con conseguente revocabilità dei relativi atti.

<sup>308</sup> Sez. I civ., 2 settembre 1998, in C.E.D. Cass., n. 518551.

<sup>309</sup> Nella specie, il presidente del consiglio di amministrazione di una banca aveva trattenuto la somma incassata quale mandatario di una società poi fallita a parziale copertura di debiti contratti dalla suddetta società con l'Istituto. L'accusa ipotizzava il delitto di ricettazione fallimentare per trattenimento indebito di somme di danaro.

<sup>310</sup> Sez. V, 14 luglio 1995, Zanotto, in C.E.D. Cass., n. 202242. Il ragionamento della Cassazione presenta alcune incongruenze nell'identificazione dell'oggetto della condotta nel reato fallimentare in linea di discontinuità con la giurisprudenza di legittimità. In particolare, sembra presupposto che il diritto di credito che l'impresa fallita vanta nei confronti del terzo non integri il bene tutelato dalle disposizioni penali fallimentari. Per contro, la Corte regolatrice (Cfr. Sez. V, 24 settembre 1984, Pompeo, in C.E.D. Cass., n. 165675; Sez. V, 21 agosto, 1984, Tinti, ivi, n. 165469; Sez. V, 28 marzo 1985, Merletti, ivi, n. 168498; Sez. V, 30 giugno 1986, Quaglino, ivi, n. 173271) è assolutamente costante nel ritenere che la locuzione normativa «suoi beni» (cioè «beni» dell'imprenditore) si riferisca a tutti gli elementi del patrimonio dell'imprenditore, sia quelli consistenti in beni materiali suscettibili di utilizzazione o trasformazione immediata, sia quelli consistenti in diritti di credito, in beni strumentali e addirittura in beni futuri che non si riducano in mere aspettative, purché valgano ad integrare il complesso di rapporti giuridici valutabili economicamente.

<sup>311</sup> G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., 450 ss.; A. DIMUNDO, *L'inefficacia nei confronti del fallimento del cedente della cessione dei crediti di impresa*, in *Fall.*, 2016, 164.

da quest'ultima verso l'impresa da chirografario in privilegiato<sup>312</sup> e, quindi, **costituendosi un titolo di prelazione in danno di ogni altro creditore**<sup>313</sup>. Per contro, tale operazione, per coerenza con l'esenzione ex art. 67, comma 3, lett. b), legge fall., è ritenuta irrilevante penalmente qualora il rientro sul conto corrente, cui la banca condiziona l'ulteriore erogazione di credito, e la complessiva operazione siano realizzati in prospettiva di continuazione dell'affidamento, **senza quella consistente e durevole riduzione del debito di cui alla ricordata lett. b)**<sup>314</sup>.

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 chiarito<sup>315</sup> che l'elemento soggettivo del delitto di **bancarotta preferenziale** (art. 216, comma terzo, L. fall.) è connotato dal **dolo specifico**, ravvisabile nella coscienza e volontà di **favorire un creditore**, accompagnato dal **dolo generico** (anche secondo lo schema del **dolo eventuale**) con riguardo alla rappresentazione del pregiudizio potenziale per la massa degli altri creditori. In altri termini, «non occorre che il danno alla massa sia voluto direttamente dall'agente,

---

<sup>312</sup> Il fatto, in breve. Una S.n.c. esercente lavori edili, già in una situazione di decozione – poi 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, che anzi li aveva "indirizzati", erano stati in parte utilizzati per ripianare i 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, preconstituendo un titolo di prelazione in danno di ogni altro creditore**.

<sup>313</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 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 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 evitare. 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 consentono di ritenere irragionevole un diverso trattamento di condotte - 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** - che conducono al medesimo risultato di alterare la *par condicio creditorum*. Ad un'interpretazione più ampia dell'area di punibilità non è neppure di ostacolo la testuale espressione "simula" mutuabile dalla nozione civilistica, sia perché il diritto penale utilizza in autonomia, per le 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 «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).

<sup>314</sup> ZAMBUSI, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma della azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in Ind. Pen., 2009, 533.

<sup>315</sup> Sez. 5 Pen., Sentenza n. 31894 del 26/06/2009 Ud., dep. 04/08/2009, Rv. 244498; Conf. n. 4427 del 1998 Rv. 211138.

essendo sufficiente l'accettazione della sua eventualità mentre è necessario che il soggetto attivo abbia psicologicamente agito con il precipuo fine di favorire taluno dei creditori»<sup>316</sup>.

Nel caso in cui nella rappresentazione psicologica del soggetto attivo si sia inserita la volontà di favorire taluno dei creditori **al fine specifico di evitare o ritardare istanze di fallimento**, si sono delineati opposti orientamenti. Una prima opinione assumeva ricorrente il dolo specifico, ammettendo il perseguimento di un duplice fine (favoreggiamento di un creditore e ritardo della attivazione del fallimento)<sup>317</sup>. Successivamente, altro indirizzo ha escluso il dolo specifico di preferenzialità allorché l'imprenditore si sia determinato ad estinguere uno dei crediti, di fatto danneggiando gli altri creditori, con il precipuo fine di eliminare un'istanza di fallimento incontrollabile e con la convinzione di poter in tal modo evitare il fallimento e risanare l'azienda<sup>318</sup>. In ogni caso, deve convenirsi con chi osserva che «nel caso della *preferenzialità fallimentare bancaria* è difficilmente verificabile in concreto una situazione in cui il pagamento all'ente di credito sia avvenuto per le pressioni provenienti dalla banca che minacci la presentazione di istanza di fallimento»<sup>319</sup>, sussistendo nell'ente bancario l'interesse a mantenere attiva l'impresa per tentare il recupero integrale del proprio credito mediante il meccanismo della compensazione con le rimesse sul conto.

Quanto poi all'**elemento soggettivo** del reato di **ricettazione fallimentare**, il dolo ha natura generica e consiste nella consapevolezza di ritenere beni di proprietà di una impresa dissestata<sup>320</sup>.

Nel caso di bancarotta preferenziale bancaria o di ricettazione fallimentare bancaria, **la prova del dolo nel funzionario infedele di banca è semplificata** rispetto al caso in cui il creditore sia un generico fornitore dell'imprenditore insolvente, potendosi addirittura acquisirla in forma documentale. Secondo le disposizioni impartite dal sistema di vigilanza della Banca d'Italia (cfr. ora Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 Parte Terza – Altre disposizioni di vigilanza prudenziale, Capitolo 6 – Vigilanza informativa su base individuale e consolidata, Sezione II – Segnalazioni<sup>321</sup>) la Centrale dei rischi (strumento informativo essenziale per il regolare funzionamento del mercato del credito) segue l'andamento dei conti della clientela ed offre un quadro documentale del percorso economico dell'impresa. Le banche utilizzano le informazioni della Centrale dei Rischi – congiuntamente alle altre informazioni disponibili e alle notizie e ai dati forniti direttamente dalla clientela – per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio della clientela sia nel corso dell'istruttoria che precede l'assunzione del rischio, sia nella fase di monitoraggio. In tale condizione, ogni pagamento ricevuto e trattenuto a estinzione del proprio credito - fuori dai casi di compensazione legale di cui all'art. 56 l. fall. – nei confronti del debitore insolvente è suscettibile di diventare oggetto di condotta dolosa.

---

<sup>316</sup> Coletta, *op. cit.*, che richiama la giurisprudenza costante (Sez. V, 21 ottobre 1985, Oddi, in C.E.D. Cass., n. 170784; Sez. V, 24 giugno 1992, Accardi, *ivi*, n. 190987)

<sup>317</sup> Così, Sez. V, 9 gennaio 1980, Pagliaricci, in C.E.D. Cass., n. 143862; Sez. V, 21 settembre 1982, Zanca, *ivi*, n. 155139; Sez. V, 3 gennaio 1985, Massarutto, *ivi*, n. 167256

<sup>318</sup> Sez. V, 21 ottobre 1985, Oddi, in C.E.D. Cass., n. 170784; Sez. V, 24 giugno 1992, Accardi, *ivi*, n. 190987.

<sup>319</sup> COLETTA, *op. cit.*

<sup>320</sup> Sez. V, 27 gennaio 1968, Federzoli, in C.E.D. Cass., n. 106598; Sez. III, 23 maggio 1966, Cavazza, *ivi*, n. 101494; Sez. V, 13 maggio 1976, Castronovo, *ivi*, n. 134231.

<sup>321</sup> Cfr., in precedenza, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, Istruzioni di Vigilanza per le banche, TITOLO IV - Cap. 13.



## Brevi conclusioni

Il quadro che precede testimonia le consistenti aree d'incertezza in cui si viene a trovare chi fa dell'erogazione e della gestione del credito il proprio mestiere e per ciò stesso dovrebbe essere assistito da competenze più sviluppate. Per rispondere ai dilemmi del banchiere posto dinanzi alla crisi del proprio debitore si può immaginare di ampliare ulteriormente, come non è escluso avverrà, gli spazi delle esenzioni da revocatorie, i confini della prededuzione e porre al riparo della riconsiderazione giudiziaria condotte "al limite", per tutelare reputazione o patrimonio di chi obiettivamente le favorisce; ovvero, all'opposto, irrigidire le sanzioni, lasciando immutati i difetti dei precetti, come avviene sovente nella fase calda degli scandali. E certo non sarebbe male restituire un po' di visione organica alla disciplina della crisi delle imprese non bancarie, dopo oltre un decennio di riforme emergenziali, sostenute da logiche affatto continue.

Nel contesto della disciplina delle crisi bancarie questa può dirsi, ad esempio, acquisizione più matura. In essa, da tempo, sviluppati sono i contenuti preventivi del dissesto bancario, rivelato anche dalle sole irregolarità gestionali nonché dal dissesto senza insolvenza, connotandosi come crisi di legalità, con soluzioni rivolte alla garanzia della continuità delle funzioni essenziali, della fiducia nel sistema bancario e della stabilità finanziaria. Come ricordato, infatti, la banca è considerata in dissesto o a rischio di dissesto al ricorrere di situazioni diverse, tra le quali non si annoverano esclusivamente evidenze di natura finanziaria (quali la circostanza che le attività siano o possano diventare inferiori alle passività nonché sussista o intervenga l'incapacità di pagare i propri debiti alla scadenza) ma anche solo *«irregolarità nell'amministrazione o violazioni di disposizioni legislative, regolamentarie o statutarie che regolano l'attività della banca di gravità tale che giustificherebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività»*. La visione, infatti, è lucida: la crisi finanziaria è sovente preceduta, se non rivelata, dalla *crisi di legalità dei comportamenti dei gestori ed dei controllori* rispetto alle loro attività istituzionali. Ma non sembra che tale collegamento sia prerogativa esclusiva dell'impresa bancaria ed estranea all'esperienza di quella commerciale.

Tra i diversi **sistemi di allerta** volti a favorire l'emersione tempestiva della crisi e che si immagina di innestare nel quadro della riforma in discussione, è auspicabile che non si trascuri quello rappresentato dal **sistema bancario, il più precoce e sensibile sismografo delle tensioni economiche dell'impresa**. Tanto più in un sistema finanziario spiccatamente "bancocentrico", quale quello italiano, che, pur esponendo le imprese a maggiore fragilità finanziaria e vulnerabilità nelle fasi negative del ciclo economico, per tale stessa struttura di prossimità alle risorse finanziarie disponibili, potrebbe costituire autentica **vedetta della crisi**. Un percorso meno innovativo di quanto si possa pensare, con coinvolgimento del creditore bancario qualificato, vale a dire di chi, abituato a prevenire per tempo ed in maniera non nascosta la propria crisi, potrebbe trasferire parte di questa impostazione precauzionale al proprio debitore, spingendolo ad utilizzare strumenti già presenti nel sistema per superare in maniera trasparente le difficoltà finanziarie o per confessare lealmente l'insuccesso imprenditoriale, senza diminuire in danno dei creditori la garanzia rappresentata dal patrimonio dell'impresa, né attuare politiche discriminatorie tra le loro aspettative.