

Il punto della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di bancarotte societarie: le ricadute nella prospettiva investigativa

Padova_Teams 22 ottobre 2020 “*Sessione penale: le indagini penali per i reati di bancarotta*”.

di Fabio Di Vizio*¹

Sommario: - 1. Premesse. - 2. Le principali novità della riforma del 2002. - 3. L'autonomia del delitto complesso e la portata del rinvio ai fatti societari presupposti. - 4. Il nesso causale tra il reato presupposto e il dissesto societario: nozioni e casistiche. - 5. Il dolo. - 6. Le circostanze. - 7. I rapporti tra la bancarotta impropria societaria e gli altri reati. - 7.1. La bancarotta fraudolenta patrimoniale. - 7.2. Bancarotta impropria della causazione dolosa o per effetto di operazioni dolose del fallimento ex art. 223, comma 2, n. 2 l. fall. - 7.3. La bancarotta societaria da false comunicazioni sociali e la bancarotta documentale.

- 1. Le premesse.

In seno alla più ampia categoria della bancarotta fraudolenta impropria², la **bancarotta societaria** - in senso stretto - identifica la fattispecie penale descritta dall'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. innestando sullo schema della bancarotta fraudolenta alcuni reati societari compatibili con una causalità orientata rispetto al dissesto. Gli illeciti societari presupposti, in effetti, sono primariamente volti alla tutela del capitale sociale (artt. 2626, 2627, 2628, 2632 c.c.), del patrimonio sociale (artt. 2629, 2633, 2634 c.c.) nonché della trasparenza, completezza e correttezza informativa sulla situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'ente (artt. 2621, 2622 c.c.).

L'introduzione con il d.lgs. n. 61/2002 di un nesso causale tra l'illecito penale societario e il “dissesto” ha accolto le critiche rivolte alla precedente configurazione del reato quale fattispecie di pericolo, il cui perfezionamento interveniva in ragione della sentenza dichiarativa di fallimento, che poteva sopraggiungere anche a grande distanza temporale dalla consumazione del reato societario, quest'ultimo realizzato quando l'ente si trovava ancora *in bonis*. La stessa pronuncia giudiziale veniva intesa da taluni quale circostanza aggravante, estranea al fuoco del dolo e della colpa, anche in punto di prevedibilità; in ogni caso, l'assenza di un collegamento eziologico e psicologico tra i reati societari presupposti (in precedenza selezionati in maniera

¹ Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze. Relazione e coordinamento al Corso **T20016** Formazione Permanente della Scuola Superiore della Magistratura e della Struttura didattica territoriale del Distretto della Corte di appello di Venezia in tema di “*emersione, accertamento e repressione della bancarotta. Il ruolo del pubblico ministero, del giudice delegato e del giudice penale*”, Padova- On line, 22-23 ottobre 2020.

² Tale forma di bancarotta si distingue da quella propria perché l'attività criminosa ha ad oggetto beni sociali e non quelli del fallito.

“capricciosa”, sostanziando offese incongruenti con l’esposizione a pericolo della garanzia patrimoniale dei creditori) e il fallimento creava un’irrisolta area di tensione con i principi costituzionali.

All’esame diretto di questa analisi viene, dunque, un modello d’incriminazione diverso dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale, sia sotto il profilo oggettivo³ che quello soggettivo⁴. Quest’ultima, secondo lo schema del reato di pericolo concreto, reprime la condotta distrattiva in quanto pericolosa per la tutela del bene giuridico protetto, anche prima dell’intervento del giudice che emette la sentenza di fallimento, a tutela degli interessi della massa dei creditori pregiudicati dall’ingiustificato depauperamento della funzione di garanzia rappresentata dal patrimonio dell’imprenditore o della società. Pertanto, la condotta peculiare del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale (appunto, di mera condotta e di pericolo) è costituita dai comportamenti, descritti nella norma, idonei a porre in pericolo gli interessi dei creditori. Non è necessario che il fuoco della volontà investa anche lo stato di insolvenza e il dissesto economico dell’impresa, essendo sufficiente la consapevolezza che la condotta distrattiva mette a rischio la garanzia patrimoniale apprestata a favore dei creditori⁵.

In prospettiva investigativa l’impegno probatorio richiesto per la dimostrazione della bancarotta impropria societaria appare assai superiore rispetto a quello richiesto per la bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 216, 223, comma 1, l.fall.). Non sempre casualmente, dunque, a fronte del solido orientamento della Cassazione sulle condizioni per configurare quest’ultima, è ricorrente la prospettiva difensiva volta ad esaltare la diversa portata della condotta, distinguendo quella distrattiva o immediatamente depauperativa, da quella dispositiva infedele. Così, più che la violazione dei doveri di fedeltà, l’abuso del potere, la violazione degli obblighi da parte

³ Come ricorda Cass., Sez. V, n. 32831/2019 (riprendendo Cass., Sez. V, n. 232 del 09/10/2012, Sistro), il rapporto eziologico fra la condotta vietata e il dissesto della società è richiesto dalla legge fall., art. 223, comma 2, n. 1, nel testo novellato, con esclusivo riferimento alle ipotesi di bancarotta da reato societario, il cui elemento oggettivo - nel modello descrittivo recato dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 c.c., richiamati dalla norma incriminatrice - è del tutto diverso da quello che caratterizza le condotte vietate dall’art. 216 della stessa legge, richiamato invece dal citato art. 223, comma 1. Il rinnovato approccio esegetico ha trovato definitivo avallo con l’intervento del massimo organo di nomofilachia che, ancor più di recente, ha ribadito che «*ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale non è necessaria l’esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, essendo sufficiente che l’agente abbia cagionato il depauperamento dell’impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività*» (Cass., Sez. U, n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli, Rv 266804).

⁴ Con l’eccezione della sentenza *Corvetta* (Cass. Pen., Sez. V, n. 47502/2012) la Corte di Cassazione ha aderito stabilmente all’insegnamento per cui l’elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale implica solo la consapevole volontà di imprimere al patrimonio sociale una destinazione diversa dal perseguimento delle finalità dell’impresa e dalla garanzia delle obbligazioni contratte (*ex plurimis*, Cass Pen., Sez. V, n. 33268 del 08/04/2015, *Bellochi*, Rv. 26435401; Id., n. 51715 del 05/11/2014, *Rebuffo*, Rv. 261739; Id., n. 35093 del 04/06/2014, *P.G. in proc. Sistro*, Rv. 261446; Id., n. 40981 del 15/05/2014, *Giumelli*, Rv. 261367; Id., n. 8997/2018), realizzata attraverso atti, tipizzati dalla norma, suscettibili di arrecare danno ai creditori («pericolo di danno»). Con il reato di bancarotta fraudolenta infatti, la legge punisce «l’imprenditore che ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato» e non già l’imprenditore che ha cagionato il fallimento. Non è necessario, dunque, che l’agente sia sostenuto dalla volontà di determinare il dissesto economico dell’impresa; è sufficiente, infatti, che sia consapevole di mettere a rischio, con i comportamenti tipizzati dalla norma, la garanzia patrimoniale apprestata a favore dei creditori. Di qui anche la consapevolezza e volontà di determinare, con il proprio comportamento distrattivo o dissipativo, un «pericolo di danno per i creditori», non essendo sufficiente la sola consapevolezza e volontà del fatto distrattivo.

⁵ Cass., Sez. U, n. 22474 del 31/03/2016, *Passarelli e altro*, Rv. 266805.

dei soggetti qualificati, la contrarietà all'oggetto sociale o all'interesse dell'impresa collettiva o il pericolo intrinseco di una depressione della garanzia patrimoniale in presenza di una sua diminuzione non adeguatamente compensata e sin anche la preesistenza di un conflitto di interessi tra l'ente e l'agente al momento della condotta, a far propendere per la qualificazione distrattiva sarebbe quasi solo la tenuta della condotta infedele in fase di dissesto – variamente recintato (per quanto in genere assai anticipato rispetto a quello riconosciuto in sentenza) – quando l'atto assumerebbe il significato di atto appropriativo, più che per la frodolenza, per la definitività dell'estromissione⁶. Sarebbero, dunque, le condizioni economiche-finanziarie in cui viene ad essere realizzata la condotta ovvero nelle quali viene posta in essere l'operazione a risultare determinanti per la loro qualificazione in senso appropriativo, o meno, unica forma alla quale verrebbe a ridursi la bancarotta fraudolenta. In tal modo, in assenza di questo dato di contesto (è l'ambiente altrimenti definito come “zona di rischio penale”), fuoriuscendo dal paradigma della distrazione, diverrebbe quasi sempre necessitata la verifica di elementi aggiuntivi della bancarotta societaria: il nesso causale tra l'illecito societario (al quale molte delle condotte infedeli potrebbero in via teorica ricondursi) ed il dissesto, l'elemento soggettivo del reato complesso e, ancora prima, le componenti degli elementi oggettivi selettivi dei reati societari. Per offrire un esempio della portata della “complicazione” si pensi ai contrasti sulla configurabilità del delitto di infedeltà patrimoniale in presenza di comportamenti omissivi o rispetto ad atti organizzativi, nel contesto dell'enucleazione del concetto di atto di disposizione previsto dall'art. 2634 c.c.⁷.

⁶ In merito al carattere di specificazione tra l'art. 223, comma 1 e l'art. 223, comma, 2 n.1, 1.fall. , D'AVIRRO, La Bancarotta fraudolenta societaria, in (a cura di D'AVIRRO e DE MARTINO) La bancarotta fraudolenta, Milano, 2018, p. 156, osserva che esso «è dato dall'atto dispositivo dei beni sociali che, al momento in cui viene posto in essere, pur determinando una riduzione del patrimonio e quindi delle garanzie dei creditori, non evidenzia caratteri patologici perché le condizioni delle società coinvolte fanno ritenere, anche nelle ipotesi in cui si tratti di finanziamento gratuito, la restituzione del trasferimento di ricchezza. Anche se l'atto può qualificarsi come un vero e proprio abuso di gestione, in quanto la dismissione del bene sociale, senza adeguato corrispettivo, rappresenta una destinazione del bene ad un fine diverso da quello voluto dal legislatore e quindi estraneo all'impresa, se posto in essere tra società **che non si trovano in crisi economica** non può rientrare nello schema della distrazione. Infatti, a seguito della riforma societaria e dell'innesto nel nuovo art. 223, comma 2, n. 1 l.f. della bancarotta societaria da infedeltà patrimoniale, la distrazione, richiamata dagli artt. 216 e 223, comma 1, l.f., è destinata a ricomprendere solo ed esclusivamente gli atti appropriativi, cioè gli atti con cui il bene viene sottratto in maniera irreversibile al patrimonio sociale. Solo attraverso questo percorso logico-giuridico è possibile dare un senso alla bancarotta societaria da infedeltà patrimoniale, perché, ove si riaffermasse che la condotta dispositiva che integra l'art. 2634 c.c. partecipa della natura distrattiva di quella che integra la figura della bancarotta patrimoniale C1111, l'operatività della prima sarebbe di fatto azzerata».

⁷ Nel concetto di «atti di disposizione» sono comprese le operazioni giuridiche economicamente significative (con riflessi sul patrimonio sociale) produttive di un pregiudizio per quest'ultimo. Si tratta di una nozione giuridico-economica. Si discute se rientri nella tipicità, oltre che la *deminutio patrimonii* quale danno emergente, anche il mancato incremento (Contra CHIARAVIGLIO, *Infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio-L.D. Cerqua-L. Luparia, Padova, 2016, 468; per MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 130 il danno patrimoniale delineato dall'art. 2634 c.c. comprenderebbe solo il danno emergente e non la mera perdita di chances, carente di immediato pregiudizio economico, pena la confusione con il concetto nocumento di cui all'art. 2635 c.c., ovvero il lucro cessante). Oggetto di discussione è se tra gli «atti di disposizione di beni sociali» sia **compresa l'assunzione di obbligazioni** gravanti sul patrimonio sociale, come ritenuto dalla giurisprudenza (Cass. pen., sez. V, 22/02/2007, n. 11019), dissentita da parte della dottrina che rimarca come la condotta non comporterebbe la fuoriuscita effettiva ed attuale di risorse, almeno sino alla sua attuazione (Così FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, 2002, 352). È il caso dei prestiti accordati dalla società ai propri amministratori sprovvisti di adeguate garanzie o delle erogazioni a fondo perduto (GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, 289). In realtà proprio la sostanza economica del patrimonio sociale tutelato contrasta l'irrelevanza penale della costituzione di un

In via generale, la giurisprudenza della Cassazione appare rigorosa nella considerazione di queste prospettazioni, prediligendo la riconduzione al paradigma della distrazione degli atti dispositivi di beni realizzati al di fuori dell'oggetto sociale o fraudolentemente, nonché ammettendo spazi di concorso tra bancarotta patrimoniale e bancarotta da reato societario⁸.

In ogni caso, almeno in prima battuta, incombe sul magistrato inquirente verificare e riconoscere la realtà di elementi selettivi della fattispecie della bancarotta societaria: non solo le condotte - normalmente coinvolgenti la responsabilità di plurime persone, con ruoli qualificati, oltre che come concorrenti eventuali - ma anche il nesso causale, l'evento del dissesto o gli elementi soggettivi dei reati societari presupposti, oltre che quello del reato fallimentare complesso. Elementi, per contro, sostanzialmente non interessati dallo sforzo indagatorio nel caso della bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale.

Inoltre, non è sempre agevole risolvere all'esito dell'indagine la qualificazione giuridica dei fatti, trattandosi di fattispecie che hanno registrato un'evoluzione tra due schemi antitetici di protezione dei beni giuridici: il reato di pericolo concreto delle bancarotte patrimoniali e il reato di evento della causazione dolosa o a mezzo di operazioni dolose del fallimento. Lo sviluppo normativo che ha interessato la bancarotta impropria societaria, non sempre accuratamente governato, induce a dar ragione a chi, a proposito dei reati fallimentari, evocava l'immagine di piante selvatiche, venute *«fuori dal recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale; il difetto di coltivazione scientifica si avverte prima di tutto sul piano legislativo»*⁹.

Se alcune letture della Cassazione - ad esempio in tema di contenuti del dissesto (non solo iniziale ma anche finale) e del nesso causale (secondo la teoria condizionalistica che ammette la rilevanza dell'aggravamento del dissesto) - agevolano il compito investigativo e probatorio, lo stesso resta comunque gravoso, poiché l'incidenza causale non può essere presunta, ma deve formare oggetto di

debito patrimoniale. Dalla nozione sembrano esclusi gli **atti di organizzazione**, privi di apprezzabile contenuto in termini di pregiudizio patrimoniale (si pensi all'organizzazione di un aumento di capitale). Diversamente è a dirsi nel caso delle operazioni straordinarie (scissioni, fusioni, etc.) da cui scaturiscano rapporti obbligatori e riflessi patrimoniali dannosi per l'ente amministrato.

⁸ Come ricorda Cass., Sez. V, n. 36764/2006, l'offesa sanzionata dalla bancarotta patrimoniale, insita nella nozione di "distrazione", consiste infatti nel distoglimento (si parlava di "sviamento" e di "stornamento" nelle precedenti codificazioni) di attività alla loro naturale funzione di garanzia dei creditori, i fatti di distrazione avendo, come è stato detto, essi in sé stessi, la sostanza della frode (Cass., sez. V, 28 novembre 2000, n. 12241). Sicché la "fraudolenza", intesa come connotato interno alla distrazione, implica che non può esistere distrazione costitutiva di bancarotta se non quando la diminuzione della consistenza patrimoniale, che in se stessa potrebbe anche costituire legittimo esercizio del potere di disposizione del titolare dell'impresa in bonis, comporti uno squilibrio tra attività e passività, capace di porre in pericolo l'interesse protetto (le ragioni dei creditori) (tra molte, Cass., sez. 5^a, n. 7555 del 30/01/2006, De Rosa). Così, se da un lato deve escludersi che le condotte materiali descritte dall'art. 2634 c.c. e dalla L. Fall., art. 216, comma 1, n. 1, coincidano, essendo interna alla nozione di distrazione (in "frode" ai creditori) una connotazione tipizzante che non può cogliersi nel mero atto di disposizione patrimoniale cagionato di danno (in genere) alla società, e se dall'altro la fattispecie dell'art. 2634 c.c. presuppone un evento di danno, un dolo intenzionale e una situazione soggettiva di conflitto che non consentono di ritenerla generale, così che è da escludere tra di esse ogni rapporto di specialità/consumazione, non può non riconoscersi, sotto altro versante, che la previsione dell'art. 2634 c.c., comma 3, conferisce valenza "normativa" a principi già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività della condotta tanto gravemente sanzionata dalle norme fallimentari.

⁹ F. CARNELUTTI, *Recensione a Nuvoletto: Il diritto penale del fallimento*, in Riv. dir. proc., 1956, 254.

puntuale ricostruzione e rispetto ad essa l'indagine del dolo non può essere svolta con ricorso a meri schemi presuntivi.

- 2. Le principali novità della riforma del 2002.

L'art. 4 del d.lgs. n. 61/2002 ha operato una significativa trasformazione del delitto di **bancarotta impropria societaria**, sia per la diversa elencazione dei reati presupposto (i nuovi artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 c.c., come si accennava tutti funzionalmente connessi alla tutela patrimoniale dei creditori e connotati da beni giuridici omogenei rispetto a quelli del reato fallimentare)¹⁰, che per l'espressa previsione di un collegamento causale tra la loro realizzazione ed il dissesto societario.

Il reato è strutturato, adesso, come **delitto doloso di danno** (non più di pericolo presunto) e come **reato complesso di evento**, rispetto al quale un reato societario tra quelli espressamente previsti dal legislatore, assunto quale elemento costitutivo, deve essere causa (anche in termini concausali, secondo la consolidata lettura giurisprudenziale; v. *infra*) del dissesto societario.

Il **momento consumativo** del reato resta la dichiarazione di fallimento.

Dunque, non opera più l'automatica trasformazione dei reati societari presupposti in bancarotta fraudolenta per il solo fatto di essere seguiti dal fallimento della società, a prescindere da ogni collegamento di ordine causale e psicologico; i **reati societari**, piuttosto, vengono a configurarsi quali componenti della **condotta del delitto fallimentare, causalmente diretti a provocare il dissesto dell'imprenditore**. Così, nel caso delle false comunicazioni sociali, se in precedenza assumeva rilievo la sola idoneità della condotta a rappresentare falsamente le condizioni economiche della società, nella nuova configurazione, invece, assume rilievo soprattutto la sua idoneità a contribuire al dissesto dell'impresa.

Rispetto al reato in diretto commento il legislatore ha preferito identificare come evento il **dissesto** anziché la dichiarazione di fallimento: solo il primo, infatti, può assumere il ruolo di evento in senso naturalistico della fattispecie, diversamente dal secondo, non essendo possibile tracciare un rapporto causale tra le condotte incriminate e la sentenza dichiarativa del fallimento¹¹.

Se in passato si affermava che, verificatosi il fallimento, il fatto di cui all'art. 2621 c.c. restava assorbito nel reato di bancarotta impropria¹², l'affermazione deve essere ora calibrata alla luce della nuova formulazione delle norme che prevedono i delitti di false comunicazioni sociali e di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario, ad opera, rispettivamente, degli articoli 1 e 4 del d.lgs. 11 aprile 2002, n.61; tali norme, senza abolire i reati precedentemente contemplati, hanno comportato una

¹⁰ Si sono espunti dalla descrizione della fattispecie fallimentare i reati eterogeni rispetto al bene giuridico della bancarotta quale la divulgazione di notizie sociali riservate ex art. 2622 c.c. e l'aggiotaggio societario ex art. 2628 c.c. che ledevano beni giuridici più estesi quale il corretto funzionamento dei mercati.

¹¹ Cass. Pen., n. 37555/2015.

¹² Cass. Pen., Sez. V, n. 7293/1996, Rv. 20598701

successione di leggi con **effetto parzialmente abrogativo** in relazione a quei fatti commessi prima dell'entrata in vigore del citato decreto legislativo e che non siano riconducibili alle nuove fattispecie criminose¹³. In **difetto di nesso causale**, comunque, resta ferma la **configurabilità, in concreto, dell'ipotesi residuale del falso in bilancio**, in quanto fattispecie generale rispetto a quella della bancarotta impropria¹⁴.

-3. L'autonomia del delitto complesso e la portata del rinvio ai "fatti" societari presupposti.

Il reato previsto dall'art. 223, comma 2, n. 1 l. fall. costituisce **fattispecie autonoma** rispetto ai fatti di reato societario richiamati¹⁵.

Si tratta di **norma a più fattispecie** (non di disposizione a più norme) considerato l'unicità dell'evento dissesto; il reato resta unico, perciò, anche se sono commessi più reati societari causativi del dissesto.

Questi ultimi costituiscono porzioni della condotta e il reato fallimentare viene a profilarsi quale **reato complesso**, almeno in senso lato¹⁶.

Da questa natura derivano conseguenze, anzitutto, in punto di irrilevanza della procedibilità a querela prevista per alcuni reati societari (come l'infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c., o prima della riforma, il reato ex art. 2622 c.c.¹⁷), dovendosi assumere la **procedibilità di ufficio** del delitto fallimentare, in ossequio alla regola ex art. 131 c.p.

¹³ Cass., Sez. U, n. 25887/2003, *Giordano e altri*, Rv. 224605; difforme: Cass. Pen., Sez. V, n. 34622/2002, Rv. 222432.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. V, n. 34622/2002; Cass. Pen., n. 21535/2002; diff. Cass. Pen., Sez. V, n. 34621/2002.

¹⁵ Per Cass., Sez. V, n. 15062/2011, Rv. 250092, i fatti di falso in bilancio seguiti dal fallimento della società non costituiscono un'ipotesi aggravata del reato di false comunicazioni sociali, ma integrano l'autonomo reato di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario, onde i termini di prescrizione iniziano a decorrere non dalla consumazione delle singole condotte presupposte ma dalla data della declaratoria del fallimento. Infatti, per la c.d. "bancarotta societaria" la norma penal-fallimentare «*rinvia non già ai reati dettati dal codice civile, bensì ai "fatti" integrativi dei medesimi, cioè agli elementi tipici delle rispettive figure incriminatrici. Per questa ragione il reato di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. non può considerarsi circostanza aggravante di quelle ipotesi criminose, ma figura autonoma (cfr. Cass., Sez. 1^a, 16 novembre 2000, Agostini, CED Cass. 218250)*». Pertanto, il regime della prescrizione è quello proprio dell'illecito fallimentare e non dei reati presupposto: la prescrizione inizia a decorrere dalla data della declaratoria di fallimento e non dal momento della consumazione delle singole condotte poste in essere in precedenza.

¹⁶ In tal senso PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, Reati commessi da persona diversa dal fallito 1995, 313; LANZI, *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, in *Il Fisco*, n. 46/2002, 7394; MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano 2002, 445. Su posizioni diverse Bricchetti, per il quale non si tratta di reato complesso, neppure in senso lato, perché la norma incriminatrice fallimentare non è il frutto dell'applicazione al reato societario richiamato dall'evento-dissesto, ma è il risultato della combinazione tra una componente del reato societario e l'evento dissesto (BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illecito societario. La riforma del diritto societario*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 2004, n. 139, 954).

¹⁷ Cass. Pen., Sez. V, n. 2862 del 11/12/2002 Cc. (dep. 21/01/2003) Rv. 224114, ha ritenuto che la bancarotta impropria da reato societario è reato perseguibile di ufficio anche quando il reato presupposto (nel caso di specie, le false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori previste dal precedente art. 2622 c.c.) sia punibile a querela di parte. Il reato fallimentare è, infatti, autonomo rispetto al reato societario che lo compone e, poiché per esso non è prevista la procedibilità a querela, che ha carattere eccezionale, vige il principio generale della procedibilità d'ufficio, salvo che non sia diversamente previsto.

Anche le **cause estintive di alcuni reati societari** - come la restituzione degli utili o della ricostituzione delle riserve o del capitale sociale oppure il risarcimento del danno ai creditori, rispettivamente previste dagli artt. 2627 (illegale ripartizione degli utili e delle riserve), 2628 (illecite operazioni sulle azioni e quote), 2629 (operazioni in pregiudizio dei creditori) c.c. - assumeranno significato ove intervenute prima della causazione del dissesto (anche perché verrà meno l'idoneità dell'illecito societario a contribuire alla produzione del dissesto), mentre non sarà ostacolata la configurabilità della bancarotta societaria ove il reato societario abbia causato il dissesto¹⁸.

Discussa è la portata del rinvio operato dall'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. ai «**fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 c.c.**». Tra le diverse opzioni in campo vi è quella per cui i fatti identificherebbero solo l'**aspetto oggettivo** dei reati - composto dalla triade condotta, evento e nesso causale - escludendo, così, il profilo soggettivo¹⁹. Per altra dottrina²⁰, invece, rileva **anche l'elemento soggettivo, dovendosi ritenere che il riferimento è al fatto-tipico-reato nelle complessive componenti**. Lo stesso art. 223, comma 1, l. fall., del resto, estende le pene previste dall'art. 216 l. fall. agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite per i "fatti" previsti da quest'ultima norma, richiamando i profili oggettivi e soggettivi dei reati.

In quest'ultima direzione appare orientata la giurisprudenza di legittimità allorché, nell'esame della bancarotta societaria ex art. 223 l. fall. ritiene rilevante la positiva verifica del profitto soggettivo e del superamento delle soglie di rilevanza penale del reato ex art. 2621 c.c.²¹ (poi eliminate dalla legge n. 69/2015), anche se prevale la lettura di esse quali elementi costitutivi del reato. Analogamente deve ritenersi per l'**art. 2621-ter c.c.** che prevede la possibilità di dichiarare non punibile l'autore del falso in bilancio, quando l'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori si riveli particolarmente tenue. Tale causa di non punibilità oggi appare applicabile nei casi di bancarotta societaria da falso in bilancio, atteso che la nuova ipotesi di reato societario si innesta nel paradigma del comma 2, n. 1 dell'art. 223 l.fall. con tutti gli elementi che lo caratterizzano. Qualora il danno provocato alla società, ai soci e ai creditori dal reato di falso in bilancio si riveli particolarmente tenue, dunque, viene meno l'esigenza di una risposta punitiva anche rispetto al reato fallimentare,

¹⁸ Per BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, 237, rimarrebbero estranee ai fatti le cause di esclusione della punibilità, quali le cause di estinzione del reato previsto dagli artt. 2627, comma 2, 2628, comma 3, 2629, comma 2 e 2633, comma 2, anche se verificatesi in epoca anteriore al fallimento della società "non rilevando, almeno in astratto con riguardo alla punibilità della fattispecie fallimentare".

¹⁹ BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari, La riforma del diritto societario*, in Quaderni del CSM, Roma, 2004, 968-969; ancora BRICCHETTI e PISTORELLI, (*La bancarotta*, cit., 207) individuano nel fatto solo gli elementi aggiuntivi cioè solo quegli elementi che caratterizzano ed individuano ogni singolo reato come specifica forma d'offesa, vale a dire la condotta, l'evento ed il rapporto di causalità. Rimangono estranei al fatto gli elementi che appartengono alla colpevolezza e le cause di esclusione della punibilità, nonché le cause di estinzione del reato previste dagli artt. 2627, 2628, 2629, 2633 c.c.; SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2003, 259; CORUCCI, *La bancarotta ed i reati fallimentari*, Milano, 2010, 182.

²⁰ PEDRAZZI. in PEDRAZZI-SGUBBI, *I reati commessi dal fallito*, cit., 311.

²¹ Cass. Pen, Sez. V, n. 9726/2009, Rv. 242773; Id., n. 23236/2003, Rv. 224950; di recente Id., 16962/2020.

anche perché il fatto risulterà inidoneo a produrre il dissesto e a pregiudicare la tutela del credito.

Pur nelle difficoltà qualificatorie che presenta la previsione²², deve concludersi nello stesso senso per la causa di esclusione del profitto ingiusto rappresentata dai **vantaggi compensativi** dell'infedeltà patrimoniale ex art. 2634, comma 3, c.c.

La riflessione giurisprudenziale è stata sinora variamente impegnata ad esaminare il possibile significato esimente, rispetto a fattispecie penali fallimentari, dei vantaggi compensativi legati a trasferimenti di risorse infragruppo.

La rilevanza esimente - espressamente prevista dall' art. 2634, comma 3, c.c. per escludere il carattere ingiusto del profitto della società collegata o del gruppo compensato dal vantaggio, conseguito o fondatamente prevedibile, derivante dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo di società - è formalmente riferita alla sola infedeltà patrimoniale. Inoltre, rispetto alle diverse ipotesi di bancarotta la previsione non è stata mai intesa quale condizione atta a depotenziare il principio dell'autonomia soggettiva delle singole società facenti parte del gruppo. L'offensività tipica di tali fattispecie penali rimane inalterata, nel momento in cui le ragioni dei creditori della società fallita, i quali fanno affidamento sulle capacità patrimoniali di quest'ultima, sono comunque pregiudicate da trasferimenti di risorse ingiustificatamente effettuati dalla società in questione in favore di altri soggetti economici, pur ricompresi nello stesso gruppo.

Secondo un orientamento della Corte di legittimità²³ l'autonoma tutela delle ragioni creditorie specificamente riferibili alla società fallita contrasterebbe, in termini più o meno radicali, l'operatività delle previsioni dell'art. 2634, comma 3, c.c. rispetto ai reati fallimentari, riservandola alle società in *bonis*.

Da ultimo, però, l'insegnamento della Corte di cassazione si è consolidato nel senso di ammettere che i principi cristallizzati nell'art. 2634 c.c. debbano trovare applicazione non solo nell'ambito della bancarotta da reato societario, ma altresì con riguardo alla bancarotta impropria patrimoniale, al fine di determinare il carattere distrattivo o dissipativo di un'operazione infragruppo²⁴. Infatti, si è anche affermato che «in tema di reati fallimentari, la previsione di cui all'art. 2634 cod. civ. - che esclude, relativamente alla fattispecie incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale degli amministratori, la rilevanza penale dell'atto depauperatorio in presenza dei c.d. vantaggi compensativi dei quali la società apparentemente danneggiata abbia fruito o sia in grado di fruire in ragione della sua appartenenza a un più ampio gruppo di società

²² Non è univoco l'inquadramento dogmatico della **natura** della previsione quale **causa di non punibilità**. Secondo una prima opinione si tratterebbe di un elemento di esclusione della tipicità fondato sul dato negativo del dolo specifico (BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 139). Secondo altra opinione, la clausola in esame varrebbe ad escludere l'offensività del fatto rispetto all'oggettività protetta, in ragione dell'assenza di profili di danno per la società del gruppo (MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 244).

²³ Cass. Pen., Sez. V, n. 1137 del 17/12/2008; Cass. Pen., n. 36764 del 24/05/2006; Cass. Pen., n. 41293 del 25/09/2008; Cass. Pen., n. 48518 del 06/10/2011; Cass. Pen., n. 29036 del 09/05/2012; Cass. Pen., n. 20039 del 09/05/2013.

²⁴ Cass. Pen., Sez. V, n. 13284/2020, Cecchi Gori.

- conferisce valenza normativa a principi - già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività applicabili anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari e, segnatamente, a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi. Pertanto, ove si accerti che l'atto compiuto dall'amministratore non risponda all'interesse della società ed abbia determinato un danno al patrimonio sociale, è onere dello stesso amministratore dimostrare l'esistenza di una realtà di gruppo, alla luce della quale quell'atto assuma un significato diverso, sì che i benefici indiretti della società fallita risultino non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediati negativi dell'operazione compiuta, di guisa che nella ragionevole previsione dell'agente non sia capace di incidere sulle ragioni dei creditori della società»²⁵.

In tal senso si è dunque affermato che, nel valutare come distrattiva un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo per una delle società collegate, occorre tenere conto del rapporto di gruppo, perché il reato resta escluso se i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente sfavorevoli, sì da rendere l'operazione stessa incapace di incidere negativamente sulle ragioni dei creditori della società fallita²⁶.

Il *vantaggio compensativo* derivante alla società fallita dall'operazione infragruppo per la stessa sfavorevole nell'immediato non può peraltro coincidere con la mera partecipazione al gruppo, né può identificarsi con la generica utilità ritratta da quest'ultimo o con quello ricavato dalla società controllante, in quanto il collegamento tra le società e l'appartenenza ad un gruppo imprenditoriale unitario è solo la premessa per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l'atto di disposizione patrimoniale²⁷. In altri termini, il difetto di tipicità della condotta non può in alcun modo derivare dal mero sacrificio imposto al patrimonio di una componente del gruppo al fine di assicurare la continuità di quest'ultimo o di altre sue componenti, a meno che non si dimostri che tale risultato si sia tradotto o sia fondatamente destinato a tradursi concretamente (e non solo in termini astratti) in un vantaggio, ancorché indiretto, in grado quantomeno di corrispondere il suddetto sacrificio. Non è in discussione, infatti, che la valutazione sulla tipicità del fatto riguardi non solo i vantaggi effettivamente conseguiti, ma altresì quelli che, al momento della consumazione della condotta che ha posto in pericolo la garanzia patrimoniale, è fondato ritenere possano derivare alla fallita. Ma tale prevedibilità, proprio in ragione dell'autonomia soggettiva e patrimoniale delle diverse società appartenenti al gruppo e della specifica oggettività giuridica delle fattispecie di bancarotta patrimoniale, deve basarsi su elementi certi e concreti.

²⁵ Cass., Sez. V, n. 49787 del 05/06/2013, *Bellemans*, Rv. 257562; Id., n. 3283172019, *Fontana*.

²⁶ *Ex multis*, Cass. Sez. V, n. 30333 del 12/01/2016, *Falciola e altro*, Rv. 267883; Id., n. 16206 del 02/03/2017, *Magno*, Rv. 269702; Id., n. 36764 del 24.5.2006, *Bevilacqua*, Rv. 234606.

²⁷ *Ex multis* Cass., Sez. V, n. 1137/2009 del 17/12/2008, *Vianello e altri*, Rv. 242546; Id., n. 8253/2016 del 26/06/2015, *Moroni e altri*, Rv. 271149; Id., n. 46689 del 30/06/2016, *P.G. e altro in proc. Coatti e altri*, Rv. 26867.

Per costante orientamento, come si anticipava, a fronte della natura oggettivamente distrattiva dell'operazione, è *onere* di chi ne adduca l'esistenza allegare e dimostrare uno specifico vantaggio derivante dall'atto di disposizione patrimoniale, complessivamente riferibile al gruppo ma altresì produttivo per la fallita di benefici, sia pure indiretti²⁸. Grava su chi invoca l'applicazione dell'art. 2634 comma 3 c.c. dimostrare il *saldo finale positivo* delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse di un gruppo ovvero la concreta e fondata prevedibilità di vantaggi compensativi per la società apparentemente danneggiata²⁹. In definitiva, occorre identificare benefici concretamente idonei, anche per la società fallita, a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione medesima. Solo nella misura in cui venga dimostrata tale "*idoneità compensativa specifica*" dei benefici indiretti per la fallita potrà ritenersi che l'operazione compiuta non incida sulle ragioni dei suoi creditori³⁰.

La Corte di Cassazione ha anche rimarcato come la disciplina civilistica dei "vantaggi compensativi" delineata dall'art. 2497, comma 1, c.c.³¹ privilegi una dimensione di tipo aritmetico, mentre la causa di esclusione della responsabilità penale, ai sensi dell'art. 2634, comma 3, c.c., abbia un ambito operativo più ampio, estendendosi sino ai vantaggi "fondatamente prevedibili"³². Tale clausola *«presuppone che i vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, siano concreti, non essendo sufficiente la mera speranza, e che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta siano "conseguiti" o "prevedibili" "fondatamente" e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza»*³³.

Dal complesso di tali pronunce della Corte regolatrice, in via riepilogativa, possono trarsi le seguenti implicazioni: (i) per invocare il disposto normativo dell' art. 2643, comma 3, c.c. occorre indicare gli *elementi formali previsti dagli artt. 2497 e ss. c.c., espressivi di un'autentica funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento* e legittimanti l'applicazione delle relative norme; (ii) in tema di bancarotta fraudolenta, qualora il fatto si riferisca a rapporti intercorsi fra società appartenenti al medesimo gruppo, solo il *saldo finale positivo delle operazioni*, compiute nella logica e

²⁸ Cass. Pen., Sez. V, 49787/2013; Cass. Pen. 46689/2016.

²⁹ *Ex multis* Cass., Sez. 5, n. 47216 del 10/06/2019, Zanoni, Rv. 277545.

³⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 49787 del 10/12/2013.

³¹ La clausola di esenzione civilistica presenta un'ampiezza più contenuta di quella penalistica. *Non* richiama il fenomeno del *collegamento* societario, esigendo un rapporto di influenza dominante e non semplicemente notevole. In base all'art. 2497, comma 1, seconda parte, quando il danno per le società risulti mancante in ragione dei vantaggi complessivi derivanti dalle attività di coordinamento e direzione svolte dalla capogruppo, ovvero integralmente eliminato attraverso altre operazioni, le società o gli enti controllanti non possono più essere chiamati a rispondere per i danni sofferti dai soci e dai creditori delle controllate. La norma si concentra sull'elemento del danno (e non sul profitto) e posticipa la valutazione alla fase finale dell'esercizio sociale di riferimento, oppure all'epoca di proposizione della domanda giudiziale di risarcimento (*«Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette»*). L'esenzione dalla responsabilità civile non ammette la compensazione con vantaggi "fondatamente prevedibili", come l'art.2634, comma 3 c.c., esigendo l'effettivo conseguimento di utilità atte a bilanciare il distacco di beni sociali.

³² Cass. Pen. Sez. V Pen., n. 32131/2016; Cass. Pen., 46689/2016.

³³ Così anche Cass. Pen., Sez. V, n. 8253/2016.

nell'interesse del gruppo, consente di ritenere legittima l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata, circostanza della cui prova è onerato l'interessato³⁴; (iii) inoltre, nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo la regola del "vantaggio compensativo" esclude la rilevanza penale del fatto solo in quanto sia dimostrato che le operazioni contestate abbiano prodotto uno *specifico vantaggio*, anche indirettamente derivante da quello riferibile al gruppo nel suo complesso, idoneo a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi delle operazioni stesse³⁵. L'interesse che può escludere l'effettività della distrazione non può, però, ridursi «*al fatto stesso della partecipazione al gruppo, né identificarsi nel vantaggio della società controllante, perché il collegamento tra le società e l'appartenenza a un gruppo imprenditoriale unitario è solo la premessa dalla quale muovere per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l'atto di disposizione del proprio patrimonio (Cass. Pen. Sez. I, 26/10/2012, n. 48327; Cass. Pen., Sez. V, n. 48518 del 06/10/2011), perdurando l'autonomia soggettiva delle singole società facenti parte del gruppo*».

Inoltre, **i vantaggi compensativi di rilievo esimente non possono essere successivi al fallimento**, poiché se all'operazione qualificata come distrattiva, e addirittura per effetto della stessa, segue l'assoggettamento alla procedura concorsuale, manca in radice la possibilità di ravvisare tali vantaggi³⁶. **Né possono essere identificati nel mero spostamento di disponibilità fra società dello stesso gruppo che si trovino tutte in condizioni di difficoltà economiche**, tali pertanto da escludere una prognosi favorevole sul risultato dell'operazione³⁷.

4. - **Il nesso causale tra il reato presupposto e il dissesto societario: nozioni e casistiche.**

Quanto al **nesso causale** tra l'illecito societario tipizzato e il dissesto, secondo l'indirizzo giurisprudenziale stabile, la formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. non richiede che il fatto integrante il reato presupposto sia stato l'unico a determinare lo stato di decozione della società, ben potendo esserne stato uno dei fattori concausali. Sempre in base a consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità il reato ex art. 223, comma 2, n. 1, l. fall., sussiste anche nell'ipotesi in cui la condotta degli autori abbia **aggravato una situazione di dissesto già esistente**³⁸. A tale conclusione conduce il dato letterale della norma incriminatrice che individua le condotte rilevanti in quelle che abbiano anche "**concorso a cagionare**" il dissesto e la considerazione

³⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 9.5.2012, n. 29036, *Cecchi Gori e altro*, rv. 253031; Cass. Pen., n. 49787 del 2013.

³⁵ Cass. Pen., Sez. V, 17/03/2015, n. 23997; Cass. Pen., n. 20039 del 21/02/2013, *Turchi*, Rv. 255646; Cass. Pen., n. 44963 del 27/09/2012, *Bozzano*, Rv. 254519; Cass. Pen., n. 48518 del 06/10/2011, *Plebani*, Rv. 251536.

³⁶ Cass. Pen., Sez. V, n. 7079/2016.

³⁷ Cass. Pen., Sez. V, n. 37370 del 07/06/2011,

³⁸ Cass. Pen., Sez. V, 19806/2003, *Negro*, Rv. 224947; Cass. Pen., n. 8413/2013, *Besurga*, Rv. 259051; Cass. Pen., n. 17021/2013, *Garuti*, Rv. 255090; Cass. Pen., n. 28508/2013, *Mannino*, Rv. 255575; Cass. Pen., n. 42811/2014, *Ferrante*, Rv. 261759; Cass. Pen., n. 42272/2014, *Alfano*, Rv. 260394; Cass. Pen., n. 15613/2015, *Geronzi*, n. m.; Cass. Pen., n. 37555/2015, *Romano*, n.m.

della **naturale progressività dei fenomeni determinativi** del dissesto di un'impresa³⁹. Quanto al primo punto, rilevano anche condotte che non abbiano da sole determinato, ma, come testualmente previsto, abbiano "**concorso**" a **cagionare il dissesto**, sia aggravando l'effetto di cause preesistenti, sia inserendosi in una serie di fattori intervenuti anche successivamente. Quanto al secondo aspetto, 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 aggravandola⁴⁰; dunque lo stato di dissesto penalmente rilevante è quello accertato con la sentenza di fallimento e non semplicemente lo stato di decozione dell'impresa, in assenza di un provvedimento giudiziale che ne accerti la consistenza e l'importo⁴¹.

In altre parole, il **concetto di dissesto** rilevante in ambito penale fallimentare deve essere inteso non tanto come una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto come la 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 creditori⁴². Senonché, poiché il fenomeno del dissesto **non si esprime istantaneamente**, ma con progressione e durata nel tempo, tanto da essere suscettibile di misurazione⁴³, la situazione rilevante 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 atto⁴⁴.

Il dissesto è, dunque, un **fenomeno graduale e complesso**, legato ad una pluralità di fattori, la cui identificazione va operata in un contesto normativo che sanziona anche il solo aggravamento di detto squilibrio. Per questa ragione, «*esso va delineato in maniera puntuale, giacché è necessario chiarire in che termini la illecita prosecuzione dell'attività d'impresa abbia causato ovvero aggravato il suddetto evento*», essendo «*necessaria un'analisi della progressiva formazione del debito e in quali termini su di esso abbiano inciso causalmente i bilanci sospetti di falsità*»⁴⁵.

Quella esposta costituisce posizione ampiamente contrastata in dottrina, ove si rimarca come l'aggravamento di un dissesto preesistente sia cosa diversa dalla sua causazione, così come evincibile anche dal confronto tra l'art. 224, comma 2, n. 2, e l'art. 223 della l. fall.. Il primo è testuale nel riferirsi al concetto "*aggravamento del dissesto*", non richiamato dall'art. 223, cpv., n. 1, l. fall.; si potrebbe concludere, quindi,

³⁹ Cass. Pen., n. 37555/2015.

⁴⁰ Così Cass. Pen., Sez. V, n. 15613/2015, *Geronzi*, cit.; Id., n. 29885/2017, Rv. 270877.

⁴¹ Così ancora Cass. Pen., n. 37555/2015.

⁴² Cass. Pen., Sez. V, 25 maggio 2011, n. 32899, *Mapelli*, rv. 250934.

⁴³ Cass. Pen., Sez. V, n. 16259/2010, *Chini*, Rv.247254.

⁴⁴ Cfr. su questi approdi, di recente, Cass. Pen., n. 15652/2020; Cass. Pen., n. 18524/2020.

⁴⁵ Cass. Pen., n. 46689/2016.

che il legislatore quando ha voluto prendere in considerazione l'evento "aggravamento del dissesto" lo ha fatto richiamandolo espressamente (a sostegno della tesi, anche il principio di frammentarietà della tutela penale, la prevalenza in materia penale del criterio ermeneutico letterale su quello logico, sistematico o teleologico, la garanzia della certezza del diritto, sotto il profilo della prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni). Su tale premesse si assume che a rilevare per la bancarotta societaria ex art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. sia solo il dissesto inteso come **momento iniziale** nel quale lo squilibrio economico patrimoniale tra attivo e passivo è divenuto irreversibile e non rimediabile⁴⁶. A questo momento si dovrebbe far riferimento per determinare le cause che hanno cagionato tale dissesto; eventuali successivi aggravamenti non identificherebbero un nuovo dissesto e rispetto ad essi non avrebbe senso indagare l'efficienza causale dei reati societari eventualmente intervenuti.

A tali obiezioni, la Cassazione⁴⁷ ha ribadito, sulla base di criteri sistematici e storici, l'interpretazione consolidata che equipara l'aggravamento del dissesto alla sua causazione, precisando il concetto di "**dissesto**" in relazione a quello rispetto al quale è stata pronunciata la dichiarazione di fallimento. Il dissesto, dunque, è «*da non intendersi in senso economico, poiché in quanto tale non offende alcun bene giuridico, ma rappresenta semplicemente l'esito della crisi economica dell'imprenditore, ma che va inteso in senso giuridico, come quello accertato con la sentenza dichiarativa di fallimento*». Dunque, lo stato di dissesto dell'azienda, ai fini della fattispecie in esame, non viene identificato nella semplice crisi economica della stessa, costituendo piuttosto la **condizione patrimoniale della società come accertata nella sentenza di fallimento**, ovvero, se si vuole, lo stato di insolvenza accertato dall'autorità giurisdizionale che dichiara il fallimento. È rispetto al dissesto come effettivamente concretizzatosi al momento della formale apertura della procedura concorsuale - di rilievo certo anche economico - che va valutata l'incidenza della condotta illecita realizzata dagli autori dei reati. Ne deriva che: (i) l'aggravamento di uno stato di crisi economica dell'azienda equivale a produrre un "nuovo" stato di dissesto, quello penalmente rilevante fotografato dalla sentenza di fallimento; (ii) ai fini della configurabilità della bancarotta da reato societario rilevano anche le condotte che abbiano concorso a cagionare il dissesto, sia aggravando l'effetto di cause preesistenti, sia inserendosi in una serie di fattori intervenuti anche successivamente⁴⁸.

Tradizionalmente problematica la **relazione causale tra i reati di false comunicazioni sociali ex artt. 2621 e 2622 c.c. e il dissesto societario ex art. 223 cpv., n.1, l. fall.**

⁴⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 218 rimarcano che l'art. 223, cpv., n. 1, l. fall. non ha previsto un'autonoma ipotesi d'incriminazione relativa all'aggravamento del dissesto (pur configurata nell'art. 224) e la circostanza avvalorata l'opzione per cui il dissesto rilevante va individuato unicamente nella **situazione nella quale per la prima volta si determina lo squilibrio tra attività e passività**.

⁴⁷ Cass., n. 37555/2015.

⁴⁸ Cass. Pen., n. 37555/2015; di recente, Cass. Pen. n. 15652/2020; Cass. Pen., 18524/2020.

I reati societari “informativi” in analisi non si caratterizzano per un’aggressione diretta al patrimonio o al capitale sociale, beni omogeni con la natura del dissesto anzidetto, quanto per la trasgressione di doveri di trasparenza e veridicità dell’informazione societaria, beni funzionali alla tutela patrimoniale della società, dei soci e dei creditori sociali.

La relazione causale di interesse è stata riconosciuta in almeno **tre distinte situazioni** nelle quali il falso in bilancio è finalizzato: - a nascondere atti di disposizione del patrimonio sociale; - ad ottenere finanziamenti indebiti; - a proseguire nelle attività gestorie, nonostante il verificarsi delle cause che determinano lo scioglimento della società di capitali ed in particolare, ai sensi dell’art. 2484 c.c., la causa della riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, secondo quanto prevedono gli artt. 2447 e 2482-ter c.c.

Rispetto al **nascondimento operato con il mendacio bilancistico di atti di spoliazione patrimoniale** il tema da indagare sarà sempre in che misura la causazione del dissesto e/o del suo aggravamento sia imputabile direttamente all’atto di aggressione patrimoniale o, piuttosto, anche al fatto che attraverso il nascondimento realizzato dai bilanci falsi si sia **mantenuto o accresciuto il credito commerciale e finanziario** che ha finito per determinare o incrementare il dissesto. Nella seconda evenienza, una relazione causale appare certo configurabile⁴⁹.

Integra il reato di bancarotta impropria da reato societario l’amministratore che, attraverso mendaci appostazioni nei **bilanci**, simuli un inesistente stato di solidità della società, consentendo così alla stessa di ottenere **nuovi finanziamenti bancari ed ulteriori forniture**, giacché, agevolando in tal modo l’aumento dell’esposizione debitoria della fallita, determina **l’aggravamento del suo dissesto**⁵⁰.

Ancora, per la Corte di Cassazione la causazione dell’evento-dissesto certamente si realizza anche quando, attraverso il mendacio, l’imprenditore evita che si manifesti la necessità di procedere ad interventi di **rifinanziamento o di liquidazione**, in tal modo consentendo alla fallita la **prosecuzione dell’attività di impresa** con accumulo di ulteriori perdite negli anni successivi⁵¹. Infatti, in tal caso l’occultamento di una sostanziale perdita del capitale sociale, evitando che si palesi la necessità di procedere al rifinanziamento o alla liquidazione della società, ne aggrava il dissesto⁵².

- 5. Il dolo.

In tema di bancarotta impropria da reato societario, con riferimento al reato di cui all’art. 2621 c.c., il dolo richiede una **volontà protesa al dissesto**, da intendersi non

⁴⁹ BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, cit., 956.

⁵⁰ Cass. Pen., Sez. V, n. 17021 del 11/01/2013 Ud. (dep. 12/04/2013) Rv. 255089; Cass., n. 9726/2009, rv 242773; Id., n. 25887/2003, Rv 224605.

⁵¹ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, n. 42811/2014, *Ferrante*, Rv. 26175901; Cass. Pen., n. 31974/2019.

⁵² Cass. Pen., Sez. V, n.28508 del 12/04/2013, *Mannino*, Rv. 255575; Cass. Pen., n.7826/2019; Cass. Sez. V, n. 42272/2014 Rv. 260394; Sez. V, n. 42811/2014, Rv. 261759 – 01.

già quale intenzionalità di insolvenza, bensì quale **consapevole rappresentazione della probabile diminuzione della garanzia dei creditori e del connesso squilibrio economico**⁵³. Essendo richiesto il legame causale tra la condotta immutativa del vero e il successivo stato di decozione della società, occorre che sussista nell'agente anche la consapevolezza e volontà delle conseguenze della falsificazione del bilancio sulla condizione di equilibrio economico dell'azienda.

Sotto il profilo in analisi, la situazione è complicata dal fatto che per alcuni reati societari presupposti sono normativamente previsti elementi soggettivi peculiari. Così, mentre i reati di indebita restituzione di conferimenti (art. 2626 c.c.), di illegale ripartizione degli utili (art. 2627 c.c.), di illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.), di operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.), di formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.), di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.), sono reati a dolo generico, l'elemento soggettivo del reato di infedeltà patrimoniale si caratterizza per il dolo specifico di ingiusto profitto e il dolo intenzionale verso il danno patrimoniale; quello delle false comunicazioni sociali, ancora, a seguito dell'introduzione dell'avverbio "consapevolmente", sintomatico della volontà di escludere la rilevanza del dolo eventuale si connota per il dolo diretto e per il dolo specifico volto a conseguire un profitto ingiusto.

Qui si impone, come ineludibile opzione esegetica, di dare concreta sostanza al rinvio operato in senso all'art. 223, comma 2, n. 1 l. fall. ai "fatti" che descrivono gli illeciti societari tipici. Occorre chiarire se limitarlo all'elemento oggettivo o, come sembra più opportuno, estenderlo alla componente dell'elemento soggettivo.

Nel caso dell'infedeltà patrimoniale l'intenzionalità della causazione del danno patrimoniale può "trascinare" verso l'intenzionalità il dolo generico del reato fallimentare societario, che verrebbe così trasformato, specie ove il danno patrimoniale coincida con il dissesto e non ne sia semplicemente con-causa; resterebbe, invece, ostacolata, quantomeno, la configurabilità del dolo eventuale. Ma anche la naturale progressività del dissesto e la teoria condizionalistica che assiste la lettura giurisprudenziale del nesso causale possono offrire alternative plausibili, a conferma

⁵³ Cass., Sez. V, n. 50489/2018, Rv. 274449 in fattispecie nella quale era stata correttamente ritenuto sussistente l'elemento psicologico del reato in capo agli amministratori di fatto e di diritto, a fronte della esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero sulla situazione economica e finanziaria della società, al fine di ottenere l'ammissione al concordato preventivo e, comunque, la continuazione dell'attività d'impresa mediante manipolazione dei dati contabili e conseguente falsa rappresentazione della situazione contabile ai creditori e agli organi della procedura. Conf. n. 23091/2012 Rv. 252804 - 01; Cass., n. 42257/2014 Rv. 260356; Cass., n. 42257/2014 Rv. 260356 in fattispecie relativa alla esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero circa la situazione economica e finanziaria della società con conseguente dissesto ed induzione in errore dei creditori; Cass., n. 23091 del 29/03/2012 Ud. (dep. 12/06/2012) Rv. 252804 - 01 in fattispecie relativa alla ritenuta configurabilità del reato fallimentare in relazione a false comunicazioni dirette ad un'azienda di credito per l'erogazione di maggiore finanza pur accompagnate dalla convinzione della probabile restituzione. Nello stesso senso cfr. Cass., n. 16968/2020.

della persistente ammissibilità di un dolo generico rispetto al dissesto causato dall'atto di disposizione patrimoniale infedele.

In tema di bancarotta da false comunicazioni sociali l'opzione preferita dalla Corte di Cassazione è sembrata quella "composita" allorché ha chiarito che **l'elemento soggettivo della bancarotta da false comunicazioni sociali presenta una struttura complessa** comprendendo **anche il dolo generico** (avente ad oggetto la rappresentazione del mendacio), il dolo specifico (profitto ingiusto) ed il **dolo** (intenzionale) **di inganno dei destinatari**; la rappresentazione del mendacio non può ritenersi provata dalla violazione di norme contabili sulla esposizione delle voci in bilancio, né può ravvisarsi nello scopo di far vivere artificiosamente la società, dovendo, invece, essere desunto da inequivoci elementi che evidenzino, nel redattore del bilancio, la consapevolezza del suo agire abnorme o irragionevole attraverso artifici contabili⁵⁴. Consapevolezza, quest'ultima, che deve attingere il grado della certezza e non della semplice accettazione del rischio

- 6. Le circostanze

Alcuni dubbi sono insorti in merito all'applicabilità alla bancarotta societaria dell'art. 219, l. fall. che governa il regime delle circostanze per i reati fallimentari. Quest'ultima previsione, infatti, non contempla espressamente le ipotesi descritte dall'art. 223 l. fall., ma soltanto quelle di cui all'art. 216, oltre alle ipotesi di bancarotta semplice, ex art. 217, e di ricorso abusivo al credito, ex art. 218, l. fall.

L'art. 219, ai commi 1 (aggravante del danno patrimoniale di rilevante entità) e 3 (attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità) l. fall., prevede due circostanze oggettive (art. 70, comma 2, n 1, c.p.) basate sull'entità del danno patrimoniale, prevalenti (ex art. 15 c.p.) rispetto alle circostanze comuni ex artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.

Se la circostanza attenuante non ha sollevato particolari problemi, traducendosi in un trattamento più favorevole per il reo cosicché appare consentita un'estensione analogica, perplessità sussistono per l'anzidetta aggravante ad effetto speciale.

Per le ipotesi contemplate dal primo comma dell'art. 223 l. fall., la dottrina prevalente⁵⁵ e un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità ritengono che il doppio rinvio (dal 223 al 216 e dal 219 al 216) legittimi l'operatività dell'aggravante: in sostanza, con il rinvio all'art. 216 sarebbero richiamate tutte le disposizioni che disciplinano penalmente i fatti ivi contemplati⁵⁶. L'applicabilità della

⁵⁴ Cass., Sez. V, n. 46689 del 30/06/2016 Ud. (dep. 08/11/2016) Rv. 268673 – 01; Id., 22474 del 2016 .

⁵⁵ PEDRAZZI, in AA. VV, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 186; FIORELLA – MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, Torino, 2014, 163. *Contra*, AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in RONCO- MEZZETTI - AMBROSETTI, *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2009, 306.

⁵⁶ Cass. pen., Sez. V, ud. 17 gennaio 2013, n. 10180, in Penale contemporaneo online, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La Cassazione conferma l'orientamento prevalente sull'applicabilità della disciplina dell'art. 219 comma 1 l. fall. alla bancarotta societaria*; Cass. pen., Sez. V, ud. 21 gennaio 2013, n. 18695, in CED Cass. pen., 2013. *Contra*, isolatamente, Cass. pen., Sez. V, ud. 18 dicembre 2009, n. 8829, in Cass. pen., 2011, 3990 ss., sul presupposto che la bancarotta impropria sarebbe ontologicamente e strutturalmente diversa rispetto alla fattispecie "propria", sicché mancando nell'art.

circostanza aggravante non sarebbe il frutto di un'interpretazione analogica, ma il risultato di una ragionevole opzione ermeneutica di tipo sistematico o, al più, estensiva: l'art. 223, comma 1, cit., sanziona le stesse condotte previste dall'art. 216 l. fall. realizzate da soggetti diversi dal fallito e, diversamente opinando, si darebbe luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento a favore dei soggetti "societari", irragionevole perché collegata a condotte potenzialmente più pericolose – posta la maggiore gravità e diffusività degli effetti dannosi del reato di bancarotta societaria – che finirebbero per essere punite in modo più lieve.

Più problematica è l'applicabilità dell'aggravante alle **fattispecie descritte dal secondo comma dell'art. 223, l. fall.**, che prevedono *fatti di reato ulteriori* rispetto a quelli indicati dall'art. 216, l. fall. In questi casi, infatti, mancando un'identità di condotta idonea a giustificare l'applicazione integrale del regime sanzionatorio previsto per la bancarotta propria, potrebbe trovare conforto l'idea dell'inapplicabilità dell'aggravante, scaturendone irragionevole disparità di trattamento all'interno, questa volta, dei soli soggetti "societari", sebbene le ipotesi di bancarotta fraudolenta "aggiuntive" ed "esclusivamente" societarie siano sempre state ritenute indice di un maggior rigore legislativo, giustificato dalle pericolose conseguenze che le stesse sono in grado di produrre.

La giurisprudenza, al di là di una solitaria pronuncia⁵⁷ assume applicabile l'aggravante in esame a tutte le ipotesi delittuose postulate dall'art. 223, l. fall.⁵⁸. Non manca chi in dottrina osserva che tale opzione, comprensibile da un punto di vista politico-criminale, stride però con il principio di legalità-tassatività della legge penale⁵⁹.

Il secondo comma dell'art. 219, l. fall, infine, prevede due aggravanti, ad efficacia comune. La prima contempla la commissione da parte del colpevole di «*più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli*» 216, 217 e 218. Detta ipotesi, in passato, veniva generalmente intesa come espressione del principio di c.d. unitarietà della bancarotta, secondo il quale il reato restava unico anche se realizzato attraverso una molteplicità di fatti. Altro orientamento, invece, poneva l'accento sull'unificazione fittizia o formale da parte del legislatore, ai soli effetti della pena, di fatti plurimi sul piano naturalistico, in deroga al principio del concorso materiale di reati e della

223 il rinvio all'art. 219, l'estensione dell'aggravante in esame si risolverebbe in un'inaccettabile analogia in *malam partem*.

⁵⁷ Cass. pen., Sez. V, ud. 18 dicembre 2009, n. 8829, cit.

⁵⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. V, ud. 22 giugno 2010, n. 30932, in Cass. pen., 2011, 1550; Cass. pen., Sez. V, ud. 18 febbraio 2010, n. 17690, in *Le società*, n.11/2010, 1349.

⁵⁹ La dottrina maggioritaria ritiene che estendere l'applicabilità dell'art. 219, co. 1, l. fall. alle fattispecie delittuose di cui all'art. 223, co. II, l. fall, significherebbe dare spazio ad un'interpretazione analogica *in malam partem*, poiché il richiamo di quest'ultima disposizione all'art. 216 l. fall. opera soltanto *quoad poenam*; cfr. SGUBBI, *Sub. art. 219 l. fall.*, in Commentario Scialoja-Branca, op. cit., 210; in questo senso anche C. PEDRAZZI, in AA. VV, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., 186; FIORELLA – MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, op. cit., 164; AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in RONCO – MEZZETTI – E. M. AMBROSETTI, *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2009, 306; CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, vol. II, Torino, 1991, 341; favorevole ad un intervento legislativo in grado di elidere tali «disarmonie» cfr. MARINI, *Bancarotta impropria e circostanze aggravanti: i termini attuali di una vexata quaestio nello specchio della Suprema Corte*, in *Le società*, n. 11/2010, 1359.

continuazione. La Cassazione a Sezioni Unite⁶⁰ è intervenuta di recente sulla questione aderendo a questo secondo orientamento e stabilendo che la disposizione prevede l'unificazione solo *quoad poenam* della pluralità dei fatti di bancarotta posti in essere nella stessa procedura concorsuale, ma non esclude l'autonomia ontologica dei singoli episodi delittuosi; tale unificazione, pur esplicitamente qualificata come aggravante, costituisce in realtà un'ipotesi particolare di concorso di reati autonomi e indipendenti, regolamentata in deroga alla disciplina generale sul concorso di reati e sulla continuazione (si parla di "continuazione fallimentare"), consistendo la deroga nella determinazione dell'aumento di pena fino a un terzo (e non fino al triplo ex art. 81, c.p.) e nell'assoggettività al giudizio di comparazione di cui all'art. 69, c.p.⁶¹ Molteplici le conseguenze sul piano processuale di questa impostazione⁶².

Per quanto ora interessa, per la Cassazione⁶³, la particolare disciplina della c.d. continuazione fallimentare deve essere estesa anche alle ipotesi di reato previste dall'art. 223, l. fall., poiché, costituendo l'art. 219 co.2, n.1 l.fall. una disposizione favorevole all'imputato (invero, se non ci fosse troverebbe applicazione il più severo trattamento di cui all'art. 81, c.p.) la sua applicazione analogica rispetta il principio del *favor rei*⁶⁴.

⁶⁰ Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, in *Le società*, n. 10/2011, 1196 ss., con nota di SANTORIELLO, *Pluralità di fatti di bancarotta: dalle Sezioni Unite una ricostruzione completa*.

⁶¹ Cfr. anche Cass. pen., Sez. V, ud. 11 dicembre 2014, n. 6777, in www.iusexplorer.it. La concezione unitaria, riconducendo ad unità fatti autonomi e diversi, preclude – dopo un'eventuale sentenza definitiva su un singolo fatto di bancarotta – l'accertamento completo di altri fatti emersi successivamente, ponendosi in contrasto con la logica del sistema penale e determinando conseguenze paradossali: ad esempio, una condanna per bancarotta preferenziale di scarso rilievo condurrebbe all'impunità di altri e più gravi fatti di bancarotta fraudolenta commessi dallo stesso soggetto nell'ambito dello stesso fallimento ed emersi solo successivamente al fatto già passato in giudicato. Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, cit., ritiene applicabile l'art. 219, co. 2, n.1, l. fall., non solo al caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta (se non si tratti di più condotte criminose, tipizzate in rapporto di "alternatività formale" e riconducibili ad un'unica azione, poiché in tal caso il reato rimarrebbe logicamente unico), ma anche a quello di commissione di più fatti tra quelli previsti indifferentemente da articoli diversi., altrimenti si giungerebbe ad irragionevoli disparità di trattamento, punendo con maggiore asprezza, ossia secondo i criteri di cui all'art. 81, c.p. chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, rispetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta.

⁶² Dall'impostazione della c.d. continuazione fallimentare derivano, sul piano processuale, le seguenti rilevanti conseguenze: - la contestazione dell'imputazione nel decreto che dispone il giudizio deve indicare ogni singolo fatto, il quale deve poi essere oggetto di autonomo accertamento in sede di istruttoria dibattimentale e, successivamente, di autonomo capo della sentenza (anche ai fini dell'effetto devolutivo in sede di impugnazione); - per ogni diverso ed autonomo fatto di bancarotta che emerge nel corso di un processo riguardante altro fatto di bancarotta, relativo logicamente alla stessa procedura fallimentare, occorre procedere a nuova contestazione (con applicazione dell'art. 217, c.p.p. e non dell'art. 218, c.p.p.)¹⁹³; - in ragione del fatto che l'art. 219, co. 2, n.1, l. fall. disciplina un'ipotesi di concorso di reati autonomi ed indipendenti, unificati *quoad poenam*, l'eventuale giudicato intervenuto su uno dei fatti non è di ostacolo alla perseguibilità di altro e diverso fatto di bancarotta relativo allo stesso fallimento; - nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti e relativi ad un unico fallimento, più sentenze irrevocabili per diversi fatti di bancarotta, opererà l'art. 671, c.p.p., e il giudice dell'esecuzione applicherà la peculiare disciplina di cui all'art. 219, co. 2, n.1, l. fall. (sostitutiva di quella di cui all'art. 81, c.p.), sempre che la stessa non sia già stata esclusa dal giudice della cognizione.

⁶³ Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, cit.

⁶⁴ Il richiamo al *favor rei* come limite logico dell'estensione obiettivamente collide con l'orientamento giurisprudenziale che considera applicabile la circostanza aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 219, co. 1, cit. alle ipotesi di bancarotta postulate dall'art. 223, co. 2, l. fall. Sul punto cfr. FIORELLA – MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, op. cit., 164-5. Per contro, SANTORIELLO, *Pluralità di fatti di bancarotta*, cit., 1207, assume che il richiamo all'analogia *in bonam partem* sia inconferente rispetto alle fattispecie di bancarotta "esclusivamente" societarie, che difetterebbero della *eadem ratio*

La seconda circostanza postulata dal secondo comma dell'art. 219, 1. fall. (che prevede l'aumento della pena alla violazione del colpevole di un «divieto di legge» di «esercitare un'impresa commerciale») è un'aggravante soggettiva, in quanto riferita a condizioni o qualità personali dell'agente, trascurata nella pratica. In quanto applicabile soltanto nei casi di incompatibilità collegati all'esercizio di determinate professioni o determinati uffici, la sua limitazione operativa ai soli fatti previsti negli artt. 216, 217 e 218, potrebbe indurre ad escluderne l'estensione ad altre ipotesi di reato in generale e all'art. 223, co. 2, 1. fall. in particolare, mentre per la fattispecie ex art. 223, comma 1, cit. restano valide le esposte considerazioni relative al doppio rinvio (dall'art. 223 al 216 e dall'art. 219 al 216).

- **7. I rapporti tra la bancarotta impropria societaria e gli altri reati**

- **7.1. La bancarotta fraudolenta patrimoniale.**

La Corte di Cassazione ha posto in evidenza che la bancarotta impropria da reato societario ex artt. 223, comma 2, n.1, 1.fall. e 2634 c.c. può venire in considerazione *«soltanto quando si sia in presenza di atti in frode ai creditori i quali, tuttavia, debbono essere puntuale espressione del potere di amministrazione, sia pure esercitato in una situazione di conflitto con l'interesse della società e con le finalità descritte dalla norma»*⁶⁵. Viceversa, quando l'atto di disposizione del bene sociale presenta un connotato di *manifesta ed intrinseca fraudolenza*, valutabile *ex ante*, e quello della *assenza di qualsiasi interesse* per la società amministrata non appare rilevante il precetto dell'art. 2634 c.c., ma il paradigma normativo calzante è quello dell'articolo 223 comma 1 legge fallimentare⁶⁶.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale e la bancarotta societaria per infedeltà patrimoniale sono in rapporto di **specialità reciproca**, situazione che ha persuaso la Corte regolatrice a ritenere configurabile il loro concorso tra le due fattispecie, con la conseguenza che l'insussistenza della seconda non comporta automaticamente l'inconfigurabilità della prima⁶⁷. In presenza di diversi interessi tutelati dalle norme anzidette (quello dei creditori sociali, quanto alla prima, e quello della tutela del patrimonio sociale, quanto alla seconda) il giudice di legittimità ritiene necessario evitare l'irrazionale conseguenza per cui la condotta di infedeltà patrimoniale, aggravata dal conflitto d'interessi, sarebbe punibile solo in quanto determini il dissesto

delle fattispecie "comuni", la cui sussistenza, invece, sarebbe indispensabile per giustificare il ricorso al procedimento di applicazione analogica.

⁶⁵ Cass. n. 11019 del 22/02/2007 *Pollice*, Rv. 236936; conf. Cass.; sez. V, 33306/2016; Cass., n. 29036 del 2012 Rv. 253032.

⁶⁶ Cass., Sez. V, n. 29036 del 09/05/2012, *Cecchi Gori*, Rv. 253032.

⁶⁷ Cass., Sez.V, n. 43001/2012 Rv. 254553 ha annullato la sentenza che, ritenuta l'insussistenza della bancarotta da infedeltà patrimoniale in relazione alla condotta di sviamento della clientela commessa dall'amministratore della fallita, aveva omesso di valutarne la sussumibilità nel paradigma della bancarotta patrimoniale.

della società, mentre la distrazione, commessa senza conflitto d'interessi, sarebbe punibile di per sé, anche in mancanza di un rapporto di causalità con il dissesto⁶⁸.

Il prelievo di somme a titolo di **restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale** (o indicati con analoga dizione) integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per **distrazione**, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società⁶⁹.

La Cassazione muove dalla distinzione tra versamenti in conto capitale e finanziamenti a titolo di mutuo. Secondo il consolidato insegnamento delle Sezioni civili della Corte, invero, i versamenti operati dai soci in conto capitale (o con altra analoga dizione indicati), pur non incrementando immediatamente il capitale sociale, e pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale (onde non occorre che siano conseguenti ad una specifica deliberazione assembleare di aumento dello stesso), hanno tuttavia una causa che, di norma, è diversa da quella del mutuo ed è assimilabile a quella del capitale di rischio, sicché non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società, e possono essere chiesti dai soci in restituzione solo per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione, fermo restando che tra la società ed i soci può viceversa essere convenuta l'erogazione di capitale di credito, anziché di rischio, e che i soci possono effettuare versamenti in favore della società a titolo di mutuo (con o senza interessi), riservandosi in tal modo il diritto alla restituzione anche durante la vita della società⁷⁰. Detto altrimenti, l'erogazione di somme che a vario titolo i soci effettuano alle società da loro partecipate può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure a titolo versamento, destinato non ad essere iscritto tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale" (o altre simili denominazioni); versamento, quest'ultimo, che non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, e che è più simile al capitale di rischio che a quello di credito, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale *residual claimant*⁷¹. Da ciò consegue che, nella materia penal-fallimentare, il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con altra analoga dizione) integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società; al contrario, il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie della bancarotta preferenziale⁷².

⁶⁸ Cass. n. 13100/2008, Rv 239394.

⁶⁹ Da ultimo Cass., Sez. V, n. 8431 del 01/02/2019, *Vesprini*, Rv. 276031; Cass. 8424/2020.

⁷⁰ Cass., Sez. civ. 1, n. 7692 del 31/03/2006, Rv. 588234; conf., *ex plurimis*, Sez. civ. 1, n. 25585 del 03/12/2014, Rv. 633810; Sez. civ. 1, n. 2758 del 23/02/2012, Rv. 621560; Sez. civ. 1, n. 21563 del 13/08/2008, Rv. 605073.

⁷¹ Cass., Sez. civ. 1, n. 24861 del 09/12/2015, Rv. 637899.

⁷² In questo senso, Cass., Sez. V, n. 14908 del 07/03/2008, *Frigerio*, Rv. 239487, che ha qualificato in termini di bancarotta preferenziale la restituzione di finanziamenti che, non avendo «*natura di conferimenti di capitale di rischio*», «*rappresentano il sorgere di un effettivo ed esigibile credito (chirografario) in capo ai soci, senza che da ciò consegua*

In senso contrario alla configurazione del prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale in termini di bancarotta fraudolenta per distrazione, si è richiamata la fattispecie di cui all'art. 2626 cod. civ., ritenuta applicabile anche ai finanziamenti in conto capitale effettuati durante la vita della società sulla base di un'interpretazione estensiva della nozione di "conferimento" presente nell'indicata disposizione; interpretazione resa possibile - con la conseguente sussumibilità del caso in esame nella figura della **bancarotta "da reato societario" ex artt. 223, secondo comma, n. 1), I. fall. e, appunto, 2626 cod. civ.** - dal «*fatto che la postergazione - sebbene non comporti una riqualificazione ope legis dei crediti - ne assimila in tutto e per tutto la disciplina ai conferimenti in conto capitale, non incidendo semplicemente sulla loro graduazione*»⁷³. La tesi che, per un verso, ritiene, sulla base della prospettata interpretazione estensiva, applicabile la fattispecie di cui all'art. 2626 cod. civ. anche ai finanziamenti in conto capitale e, per altro verso, propende per la configurazione del prelievo volto alla restituzione di siffatti finanziamenti in termini - non già di bancarotta per distrazione, ma - di bancarotta "da reato societario" non è accolta dalla Cassazione penale. La prospettata interpretazione estensiva dell'art. 2626 cod. civ., in realtà, si risolverebbe in un'analogia *in malam partem* (come il riferimento all'«identità di *ratio*» contenuto nella stessa sentenza n. 42568 del 2018 lascia, a ben vedere, intendere), in quanto i **versamenti in conto capitale (o in conto futuro aumento di capitale) consistono in versamenti non imputati (o non ancora imputati) a capitale, tanto da confluire in un'apposita riserva - appunto - "in conto capitale" che non può essere identificata con il capitale**, il che esclude la riferibilità anche ai versamenti in esame dello statuto penalistico posto a tutela del capitale sociale⁷⁴. Pertanto, la - mera - "assimilabilità" al capitale di rischio dei versamenti in conto capitale conduce, sul terreno penalistico, ad escludere che essi possano essere ricondotti nella nozione di "conferimento" a norma dell'art. 2626 cod. civ. e che, dunque, la loro restituzione possa integrare la fattispecie di indebita restituzione dei conferimenti e quella di bancarotta "da reato societario".

Da ciò consegue che il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale deve essere qualificato in termini di distrazione: nozione, questa, che la giurisprudenza di legittimità ricollega al distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore poi fallito (con conseguente depauperamento in danno dei

effettivo depauperamento dell'asse patrimoniale»; nella stessa prospettiva, Cass., Sez. V, n. 13318 del 14/02/2013, Viale, Rv. 254985.

⁷³ Cass. Sez. V, n. 42568 del 19/06/2018, *Esposito*, sostanzialmente in linea con Sez. V, n. 11210 del 15/11/1993, *Callegaro*, Rv. 196458, secondo cui integra il delitto di illegittima restituzione di conferimenti, previsto - nella disciplina all'epoca vigente - dall'art. 2623, n. 2 cod. civ., la condotta dell'amministratore della società che restituisca somme di danaro ai soci che le abbiano versate in conto capitale, in seguito ad una deliberazione dell'assemblea, in assenza dei presupposti dell'esuberanza in riferimento al conseguimento dell'oggetto sociale e del rispetto delle garanzie previste dall'art. 2445 c.c.

⁷⁴ La giurisprudenza delle Sezioni civili della Corte di Cassazione (Sez. civ. 1, n. 7692 del 2006, cit., etc.) conferma questo assunto: i **versamenti dei soci in conto capitale** hanno di regola una causa diversa da quella del mutuo e assimilabile a quella del **capitale di rischio**, il che **esclude che diano luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società**, precludendo la configurabilità della bancarotta preferenziale in riferimento ai prelievi volti alla loro restituzione; essi, però, **non incrementano immediatamente il capitale sociale e non attribuiscono alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale**, tanto è vero che vengono iscritti in un'apposita **riserva "in conto capitale"**.

creditori), che può realizzarsi in qualsiasi forma e con qualsiasi modalità, non avendo incidenza su di esso la natura dell'atto negoziale con cui tale distacco si compie, né la possibilità di recupero del bene attraverso l'esperimento delle azioni apprestate a favore della curatela⁷⁵, in una prospettiva che attribuisce alla nozione di distrazione una funzione anche "residuale", tale da ricondurre ad essa qualsiasi fatto diverso dall'occultamento, dalla dissimulazione, etc. determinante la fuoriuscita del bene dal patrimonio del fallito che ne impedisca l'apprensione da parte degli organi del fallimento⁷⁶.

- 7.2. Bancarotta impropria della causazione dolosa o per effetto di operazioni dolose del fallimento ex art. 223, comma 2, n. 2 l. fall.

La bancarotta societaria prevista dall'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. vive un sofferto rapporto di **parziale sovrapposizione** (o rectius, **ulteriore specificazione**) **rispetto alle fattispecie penali previste dall'art. 223, comma 2, n. 2 l. fall.** In dottrina, in proposito, è stato rimarcato che la bancarotta societaria costituirebbe un'inutile doppione di quest'ultima figura di reato, in quanto qualsiasi reato societario presupposto dall'art. 223, cpv., n. 1, l. fall. costituirebbe un'operazione dolosa⁷⁷; reato che finisce per avere, in tal modo, una portata oggettiva più ampia. Ciò appare condivisibile, specie se alle nozioni di dissesto e di fallimento, rispettivamente enunciate dalle due fattispecie normative, vengono riferiti (come sostiene la giurisprudenza, al netto di alcune apparenti differenziazioni) significati sostanzialmente identici.

Non mancano, però, opinioni contrarie che muovono dal rilievo che le operazioni dolose costituiscono condotte di infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c. e ritengono che la riforma del 2002 abbia deliberatamente finito per restringere, piuttosto, la portata della fattispecie penale dell'art. 223, cpv., n. 2, l. fall. in favore della bancarotta societaria in senso stretto. In tal modo, sarebbe stata accresciuta la portata residuale della bancarotta impropria da operazioni dolosa, reato di chiusura che potrà trovare applicazione in tutti quei casi in cui la condotta degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci, dei liquidatori abbia determinato il dissesto, senza integrare uno dei reati societari previsti dal n. 1 cpv. art. 223 l.fall.. Risultato cui si perverrebbe riferendo a quest'ultima un evento distinto identificabile nel dissesto secondo una nozione restrittiva intesa, non tanto quale insolvenza in termini finanziari ex art. 5 l. fall., ma quale momento istantaneo iniziale nel quale l'equilibrio patrimoniale ed economico della società è venuto meno ed è sfociato anche in una crisi finanziaria irreversibile⁷⁸.

⁷⁵ Cass. Civ. Sez. V, n. 44891 del 09/10/2008, *Quattrocchi*, Rv. 241830; conf., *ex plurimis*, Sez. V, n. 30830 del 05/06/2014, *Di Febo*, Rv. 260486.

⁷⁶ Cass. Sez. V, n. 8755 del 23/03/1988, *Fabbri*, Rv. 179047; conf. Id. n. 7359 del 24/05/1984, *Pompeo*, Rv. 165673.

⁷⁷ CADOPPI, *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, 379; ANGELINI, *Il reato di bancarotta fraudolenta impropria, innovati dalla nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi, riguardanti le società commerciali*, in Cass. pen., 2003, 349; BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 236.

⁷⁸ D'AVIRRO, *La bancarotta fraudolenta societaria*, *op.cit.*, p. 133.

Secondo la Cassazione⁷⁹, le ipotesi di causazione dolosa del fallimento e di fallimento determinato da operazioni dolose vanno tenute **distinte** e non sono assimilabili. Infatti, si tratta di due ipotesi autonome che, dal punto di vista oggettivo, non presentano sostanziali differenze, mentre da quello soggettivo si differenziano perché, nella **causazione dolosa del fallimento**, questo è voluto specificamente, mentre nel fallimento conseguente ad operazioni dolose, esso è solo l'effetto - dal punto di vista della causalità materiale - di una condotta volontaria, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto attivo dell'operazione ha accettato il rischio dello stesso. La prima fattispecie è, dunque, a dolo specifico, mentre la seconda è a dolo generico.

La ricostruzione non è incontrovertita, almeno in dottrina. La locuzione “con dolo”, infatti, enuclea in prima istanza la preordinazione dolosa del fallimento, «*ove la 'dolosità' si concretizza appunto nella radicale situazione preordinata e si pone con condotta a forma libera, comprensiva di ogni modalità idonea. Peraltro, stante la genericità del richiamo, sono ricompresi non solo i casi di volizione diretta dell'evento, ma anche i casi di volizione indiretta o eventuale. Ed a livello soggettivo dovrà esserci, dunque, la rappresentazione del futuro fallimento, ancorché — [...] — il piano criminoso non dovrà tanto ed obbligatoriamente avere come risultato 'ricercato' il fallimento della società, quanto l'accettazione dello stesso, a titolo di dolo eventuale*»⁸⁰.

Non appare inconfigurabile, inoltre, una **causazione dolosa omissiva** ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.: data la posizione di garanzia degli interessi creditori immanente alle funzioni societarie prese in considerazione, vale come causazione l'omesso impedimento di un fallimento determinato da fattori esterni o da comportamenti di soggetti interni ad esso diretti, a condizione che sia dimostrabile la concreta possibilità di un efficace intervento impeditivo da parte del soggetto qualificato⁸¹.

L'operazione dolosa, richiamata nel corpo della fattispecie penale dell'art. 223, comma 2, n. 2, l. fall., identifica **abusi di gestione o infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo realizzati nell'esercizio della carica ricoperta e concretanti atti intrinsecamente pericolosi per la salute economico-finanziaria della impresa**.

Non deve necessariamente trattarsi di fatti costituenti in sé reato (elemento che segnala la maggiore latitudine della condotta rispetto al reato ex art. 223, cpv, n., 1, cit), potendo consistere in qualsiasi comportamento del titolare del potere sociale che, abusando o rendendosi infedele alle funzioni o violando i doveri derivanti dalla sua qualità, **cagioni lo stato di decozione** al quale consegua il fallimento.

⁷⁹ Cass. Pen., Sez. I, n. 7136/1990, Rv. 184359; Rv n 167401; Rv n 167402.

⁸⁰ ROSSI, *Causazione del fallimento della società "con dolo o per effetto di operazioni dolose": peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13.10.2015.

⁸¹ Così PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 171. V. anche, AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *op. cit.*, 325.

L'operazione dolosa può tradursi **anche in una condotta omissiva produttiva** di un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa⁸². E' richiesto, però, un **atto strutturalmente articolato ovvero un complesso di atti**, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuti da persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, che rechi pregiudizio ai legittimi interessi dell'ente, dei soci, dei creditori e dei terzi interessati. Un *fatto di complessità strutturale* è riscontrabile in iniziative societarie implicanti un *procedimento* o, comunque, una *pluralità di atti coordinati* all'esito divisato⁸³.

Ciò vale, inoltre, ad identificare la **modalità del pregiudizio patrimoniale** della fattispecie penale in esame, discendente non direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (come nel caso della distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione) ma, proprio, **da un fatto di maggiore complessità strutturale**. Quest'ultima è riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato e si distingue dalle ipotesi generali di bancarotta fraudolenta patrimoniale, di cui al combinato disposto degli artt. 223, comma primo, e 216, comma primo, n. 1, l. fall., in cui, invece, le disposizioni di beni societari (qualificabili in termini di distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione) sono caratterizzate, secondo una **valutazione ex ante, da manifesta ed intrinseca fraudolenza**, in assenza di qualsiasi interesse per la società amministrata⁸⁴. Per ciò, non è configurabile il concorso formale tra il reato di bancarotta fraudolenta e quello di bancarotta impropria da operazioni dolose, di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, l. fall., che deve considerarsi assorbito nel primo quando l'azione diretta a causare il fallimento sia la stessa sussunta nel modello descrittivo della bancarotta fraudolenta⁸⁵.

Diversamente dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale - per la quale la condotta distrattiva (o dissipativa) deve consistere in una diminuzione del patrimonio sociale, a prescindere dalla circostanza che abbia determinato il fallimento - nella bancarotta impropria cagionata da operazioni dolose, quest'ultime devono porsi in relazione eziologica con il fallimento; **non è necessario**, in particolare, **l'immediato**

⁸² Cass., Sez. V, n. 29586 del 15/05/2014.; Cass., n. 3506 del 23/02/1995, Rv. 201057; Id., n. 40998/2014 Rv. 262188; Id., n. 43562/2019. Il carattere omissivo della condotta non impedisce la configurabilità del reato (cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 3506 del 23/02/1995, Barducco, Rv. 201057) purché, come detto, corrisponda ad atto intrinsecamente pericoloso per la salute economica e finanziaria dell'impresa, come può essere anche un'omissione, allorché produca un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa (Cass. Pen., Sez. V, n. 29586 del 15/05/2014, Belleri, Rv. 260492, in fattispecie di mancato versamento dei contributi previdenziali con carattere di sistematicità). Il termine "operazione", infatti, ha contenuto semanticamente più ampio di "azione", intesa come mera condotta attiva, e comprende l'insieme delle condotte, attive od omissive, coordinate alla realizzazione di un piano; sicché può ben essere integrata dalla violazione - deliberata, sistematica e protratta nel tempo - dei doveri degli amministratori concernenti il versamento degli obblighi contributivi e previdenziali, con prevedibile aumento dell'esposizione debitoria della società. Per la maggior parte della dottrina, invece, è esclusa in questa ipotesi la rilevanza di omissioni (ROSSI, *Illeciti penali*, cit., 196, il che non esclude da un punto di vista punitivo che l'omesso comportamento doveroso in inottemperanza ad un obbligo giuridico di attivazione possa rientrare nella condotta a forma libera di causazione del fallimento della società con dolo.

⁸³ Cass., Sez. V, n. 17690 del 18/02/2010, *Cassa Di Risparmio Di Rieti s.p.a.*, Rv. 247316.

⁸⁴ Cass. pen., Sez. V, n. 12945 del 25/02/2020 Ud., dep. 24/04/2020, Rv. 279071.

⁸⁵ Cass. pen., Sez. V, n. 44103 del 27/06/2016 Ud. (dep. 18/10/2016) Rv. 268207.

depauperamento della società, essendo sufficiente la creazione, o l'aggravamento, di una situazione di dissesto economico che, prevedibilmente, condurrà al fallimento della società⁸⁶. In teoria, le operazioni dolose dalle quali deriva il fallimento della società possono non comportare una diminuzione algebrica dell'attivo patrimoniale, ma determinare comunque un depauperamento del patrimonio non giustificabile in termini di interesse per l'impresa⁸⁷.

Muovendo da tali premesse, la Corte di Cassazione ha tradizionalmente qualificato come **operazione dolosa**:

- il **protratto, esteso e sistematico inadempimento delle obbligazioni contributive**, che, aumentando ingiustificatamente l'esposizione nei confronti degli enti previdenziali, rende prevedibile il conseguente dissesto della società⁸⁸; del resto, l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto e dei contributi previdenziali e assistenziali che abbia causato il dissesto della società, oltre al reato fallimentare in esame può integrare il concorrente reato tributario e previdenziale in ragione della diversità sia dei beni tutelati sia della struttura dei reati⁸⁹;

- la condotta dell'amministratore che dopo aver **omesso il versamento delle imposte dovute**, gravando così la società di ingenti debiti nei confronti dell'erario, proceda alla **distribuzione dei predetti utili** a favore dei soci⁹⁰;

- i **reati societari non ricompresi** nell'elencazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. (si pensi all'omessa comunicazione del conflitto di interessi ex art. 2629 bis c.c. o alla corruzione tra privati ex art. 2635 c.c.);

- il **ricorso abusivo al credito**;

- il meccanismo di frode fiscale realizzato attraverso la formazione e l'utilizzazione, mediante annotazione nella contabilità, di **fatture per operazioni inesistenti**, quando le sanzioni conseguenti all'accertamento ed alla contestazione dell'illecito fiscale abbiano determinato la situazione di dissesto della società⁹¹; ovvero 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

⁸⁶ In tal senso, Cass., Sez. V, n. 40998 del 20/05/2014, *Concu*, Rv. 262188, secondo cui sussiste il delitto anche quando le operazioni dolose dalle quali deriva il fallimento della società non comportano una diminuzione algebrica dell'attivo patrimoniale, ma un depauperamento del patrimonio non giustificabile in termini di interesse per l'impresa.

⁸⁷ Cass., Sez. V, n. 40998 del 20/05/2014 Ud. (dep. 02/10/2014) Rv. 262188 per fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza impugnata che aveva qualificato come operazione dolosa la vendita a prezzo di mercato di 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.

⁸⁸ Cass., Sez. V, n. 47621/2014, *Prandini*, Rv. 261684; Id., n. 15281/2017, *Bottiglieri*, Rv. 270046; Id., n. 29586 del 15/05/2014, *Belleri*, Rv. 260492; Id., n. 24752 del 19/02/2018 Rv. 273337; Id., n. 15281 del 08/11/2016, Rv. 270046.

⁸⁹ Cass., Sez. 5, n. 30735 del 05/04/2019 Ud. (dep. 12/07/2019) Rv. 276996.

⁹⁰ L'assegnazione dell'utile senza la pre-deduzione dell'onere tributario e della conseguente penalità tributaria concreta una manomissione della ricchezza sociale, ovvero una distribuzione che eccede quanto di pertinenza dei soci: Cass. n. 17355 del 12/03/2015, *Casale*, Rv. 264080.

⁹¹ Cass. Pen, Sez. V, n. 11956 del 07/12/2017 Ud. (dep. 15/03/2018) Rv. 272846.

finanziario e dunque il fallimento della società⁹²; in proposito, è configurabile il concorso tra il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000) e quello di bancarotta impropria mediante operazioni dolose previsto dall'art. 223, comma 2, n. 2 l. fall. ⁹³;

- altri abusi, tra i quali **la dolosa omissione della convocazione dell'assemblea per gli opportuni provvedimenti nel caso di diminuzione del capitale sociale oltre un terzo** (art. 2446, comma 1, c.c.) e **di riduzione del capitale sociale sotto il minimo legale** (art. 2447 c.c.)⁹⁴;

- la **proroga di un finanziamento a condizioni onerose**, in luogo della restituzione della somma maturata, operazione rimproverabile ai gestori della società debitrice che ne abbiano fatto richiesta e anche al creditore, non già per la mera decisione di concedere la proroga ovvero di pretendere condizioni più gravose piuttosto che richiedere l'immediato rientro ovvero il fallimento (anche se consapevole dello stato di dissesto del debitore) ove il comportamento del creditore presenti, in forma diversa ed ulteriore, i caratteri del contributo causale alla consumazione del reato, come quando vi sia un'istigazione - nella consapevolezza dell'impatto della proroga sull'equilibrio economico dell'impresa - a porre in essere l'operazione ritenuta illecita⁹⁵;

- la prestazione di fideiussioni bancarie - pur formalmente ricompresa nell'oggetto sociale - in modo **continuativo**, per importi superiori al valore del proprio patrimonio e senza significativa contropartita, in favore di altra società in grave situazione di dissesto, amministrata dallo stesso legale rappresentante della società garante, con ciò determinando il fallimento di quest'ultima, trattandosi di attività non congruente e contraria agli interessi della fallita, oltre che dei soci e dei creditori della stessa, in quanto intrinsecamente pericolosa per la salute economico-finanziaria dell'impresa⁹⁶.

Come si diceva, se nell'ipotesi di causazione dolosa del fallimento la Cassazione ritiene che quest'ultimo debba essere specificamente voluto, **nel fallimento conseguente ad operazioni dolose lo stesso è l'effetto di una condotta volontaria, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto attivo dell'operazione ha accettato il rischio dello stesso, prevedibile conseguenza dell'azione antidoverosa**⁹⁷. Nella prima fattispecie il dolo è specifico, nella seconda è generico, non richiedendo la volontà diretta a provocare lo stato di insolvenza, ma solo la coscienza e volontà del comportamento⁹⁸; si pensi al caso del

⁹² Cass. Pen., Sez. V, n. 40009 del 23/04/2014 Ud. (dep. 26/09/2014) Rv. 262212.

⁹³ Cass. Pen., Sez. V, n. 43976 del 14/07/2017 Ud. (dep. 22/09/2017) Rv. 271612 - 01 per fattispecie in cui l'evasione dell'imposta aveva determinato l'insorgenza di consistenti debiti a carico della società amministrata dovuti a sanzioni, interessi ed oneri accessori, oltre all'IVA, con conseguente incapacità della predetta società di fare fronte alle proprie obbligazioni e conseguente fallimento della stessa.

⁹⁴ Cass. Pen., Sez. V, 49506/2018.

⁹⁵ Cass. Pen., Sez. V, n. 15613 del 05/12/2014 Ud. (dep. 15/04/2015) Rv. 263804.

⁹⁶ Cass. Pen., Sez. V., 9843 del 12/10/2018 Ud. (dep. 06/03/2019) Rv. 275501.

⁹⁷ Cass. Pen., Sez. V, n. 45672 del 01/10/2015 Ud. (dep. 17/11/2015) Rv. 265510.

⁹⁸ Cass. Pen., Sez. V, n. 2905 del 16/12/1998, dep. 1999, Carrino G, Rv. 212613.

sistematico inadempimento degli obblighi tributari e contributivi. In altri termini, il fallimento determinato da operazioni dolose è un'eccezionale **ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale**, per la quale l'accusa deve unicamente dimostrare la consapevolezza e volontà dell'operazione alla quale segue il dissesto (e non di necessità l'immediato depauperamento), nonché l'**astratta prevedibilità** (e non evitabilità altrimenti) **di tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa**; l'onere non si estende sino alla dimostrazione della rappresentazione e volontà dell'evento fallimentare⁹⁹.

Infine, quanto **all'interruzione del nesso causale** tra l'operazione dolosa e l'evento fallimento in presenza di *pregressa condotta distrattiva*, è escluso che quest'ultima possa ritenersi causa in sé efficiente del dissesto, valendo la disciplina del concorso causale delineata dall'art. 41 cod. penale. Del resto, la giurisprudenza ha chiarito che **l'operazione dolosa rileva anche in quanto abbia cagionato 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 reversibile¹⁰⁰.

Il tentativo della Cassazione di differenziare le due nozioni (dissesto e fallimento) appare più nominalistico che reale e sovente appare funzionale a spiegare la rilevanza dell'aggravamento del dissesto quale riconosciuto al momento della pronuncia della sentenza di fallimento. La Corte di Cassazione, tenuto conto della disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 c.p., infatti, esamina il profilo del dissesto penalmente rilevante ai fini della fattispecie fallimentare in esame e ritiene significativo sia quello originario che quello successivo scaturente dall'aggravamento di un dissesto già in atto¹⁰¹.

In proposito, mette conto chiarire la differenza tra la nozione di insolvenza ex art. 5 l. fall.¹⁰², connotata dalla prevalenza di un profilo finanziario, rispetto a quella di dissesto, in cui il profilo di interesse appare eminentemente patrimoniale, come equilibrio tra attività e passività reso irreversibile in ragione dello stato di insolvenza. Il fallimento definisce o, se si vuole, "fotografa" il dissesto ad un dato momento temporale, quello in cui viene pronunciata la sentenza che lo dichiara: tale dissesto è l'evento del reato ex art. 223, comma 2, n.2 l. fall.

Quanto ai rapporti con i reati fallimentari, la Corte di Cassazione ha più volte riconosciuto che i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale (artt. 216

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. V, n. 17690 del 18/02/2010, *Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a.*, Rv. 247315; Id, n. 45672 del 01/10/2015, *Lubrina*, Rv. 265510; cfr. anche Id., n. 533 del 14/10/2016, Rv. 269019.

¹⁰⁰ Cass. Pen., Sez. V, n. 40998 del 20/05/2014, *Concu*, Rv. 262189; Id., n. 8413 del 16/10/2013, dep. 2014, *Besurga*, Rv. 259051; Id., n. 17690 del 18/02/2010, *Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a.*, Rv. 247316.

¹⁰¹ Cass. Pen., Sez. V, n. 17690 del 18/02/2010 Ud. (dep. 07/05/2010) Rv. 247316.

¹⁰² L'insolvenza è un dato oggettivo quale «situazione **d'impotenza, strutturale** e non soltanto transitoria, a **soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni** a seguito del venir meno delle **condizioni di liquidità** e di **credito necessarie** alla relativa attività, mentre resta in proposito irrilevante ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti (*Sez. U, n. 115 del 13/03/2001 (Rv. 544708 - 01)*»).

e 223, comma primo, 1. fall.) e quello di bancarotta impropria di cui all' art. 223 comma secondo, n. 2, 1. fall. hanno ambiti diversi: il primo postula il compimento di atti di distrazione o dissipazione di beni societari ovvero di occultamento, distruzione o tenuta di libri e scritture contabili in modo da non consentire la ricostruzione delle vicende societarie, atti tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento, essendo sufficiente che questo sia effettivamente intervenuto; il secondo concerne, invece, condotte dolose che non costituiscono distrazione o dissipazione di attività - né si risolvono in un pregiudizio per le verifiche concernenti il patrimonio sociale da operarsi tramite le scritture contabili – ma che devono porsi in nesso eziologico con il fallimento. 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 fallimento¹⁰³.

- 7.3. La bancarotta societaria da false comunicazioni sociali e la bancarotta documentale.

In punto di bancarotta da false comunicazioni sociali la Cassazione ha offerto una serie di preziose indicazioni esegetiche a seguito della legge n. 69/2015 che ha riformato la struttura dei ricordati reati societari. In proposito, ponendo rimedio ad un dissidio insorto in seno alla Quinta sezione, le Sezioni Unite hanno statuito che il reato di false comunicazioni sociali, previsto dall'art. 2621 cod. civ., nel testo modificato dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, è configurabile in relazione alla esposizione in bilancio di enunciati valutativi, se l'agente, in presenza di **criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati**, se ne discosti consapevolmente e senza fornire adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni. La **falsità è rilevante** se riguarda **dati informativi essenziali ed ha la capacità di influire sulle determinazioni dei soci, dei creditori o del pubblico**¹⁰⁴.

Venendo al confine tra la bancarotta societaria da false comunicazioni sociali e i delitti di bancarotta propria documentale di cui all'art. 216 R.D. 1942, n. 267, è stabile l'affermazione giurisprudenziale per cui i delitti concorrono¹⁰⁵. La Corte ha più volte affermato¹⁰⁶ che il reato di bancarotta fraudolenta documentale non può avere ad

¹⁰³ Cass. Pen., Sez. V, n.533 del 14/10/2016 - dep.2017, *Zaccaria*, Rv. 269019; n. 17978 del 2010 Rv. 247247, n. 24051 del 2014 Rv. 260142.

¹⁰⁴ Cass. Pen., Sez. U, n. 22474 del 31/03/2016 Ud. (dep. 27/05/2016) Rv. 266803,

¹⁰⁵ Cass. Pen., Sez. V, n. 7293/1996; nello stesso senso cfr. Cass., 18322/2020.

¹⁰⁶ Da ultimo Cass., 16968/2020.

oggetto il bilancio, non rientrando quest'ultimo nella nozione di "libri" e "scritture contabili" prevista dalla norma di cui all'art. 216, comma primo, n. 2, L. fall.¹⁰⁷.

L'esclusione del bilancio dal novero delle scritture contabili rilevanti per la bancarotta fraudolenta documentale crea le condizioni per riconoscere un concorso materiale - e dunque non un assorbimento per progressione criminosa¹⁰⁸ - tra questo delitto e l'autonomo reato di bancarotta impropria ex art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. da falso in bilancio, che esige la prova, altresì, di una relazione causale tra la commissione di quest'ultimo e il dissesto. Posta la struttura tipica e la funzione identitaria della contabilità aziendale (in breve: accadimento storico dei fatti gestionali, loro rilevazione documentale, sintesi delle risultanze rilevate in funzione della definizione del risultato di esercizio) nel bilancio vengono ordinariamente a traspirarsi gli eventuali contenuti mendaci (anche per omissione) delle scritture contabili (siano quelle di primo grado, di secondo grado o di assestamento). Sebbene, in via teorica, sia possibile ipotizzare un bilancio falso completamente scisso dalle risultanze delle scritture contabili, l'esperienza registra come sia proprio quest'ultimo l'ambito originario della falsità. La severità della soluzione in punto di concorso materiale è temperata, almeno in parte, dall'opinione giurisprudenziale per cui la continuazione fallimentare ex art. 219, comma 2, n. 1, l. fall., è configurabile per tutte le diverse forme di bancarotta impropria¹⁰⁹.

Dalla soluzione favorevole al concorso materiale tra le fattispecie fallimentari in considerazione, conseguono rilevanti effetti di ordine processuale rispetto alle previsioni degli artt. 517 e 521 c.p.p.; ove la bancarotta documentale sia erroneamente contestata sotto forma di falsificazione del bilancio non è agevole la riqualificazione del fatto ex art. 521, comma 1, c.p.p. da parte del giudice nella bancarotta da reato societario, connotato, altresì, dal nesso causale tra delitto societario e dissesto. Si tratta di effetti che vanno tenuti presenti da tutti i soggetti processuali; in particolare, se la pubblica accusa è onerata di una contestazione puntuale degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta impropria da falso in bilancio (ora reato di danno e di evento), la difesa è parimenti tenuta a contrastare espressamente anche l'idoneità del mendacio bilancistico (cui si pervenga per trasposizione della falsità delle scritture contabili) a contribuire a cagionare il dissesto societario.

¹⁰⁷ Così Cass. Sez. V, n. 42568 del 19/06/2018 Ud. (dep. 27/09/2018) Rv. 273925; in senso conforme Id., 47683 del 04/10/2016 Ud. (dep. 11/11/2016) Rv. 268503 ha precisato in motivazione che eventuali omissioni nei bilanci, sussistendone i presupposti, possono integrare solo la fattispecie di bancarotta impropria da reato societario.

¹⁰⁸ Favorevole all'assorbimento NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 455.

¹⁰⁹ In tal senso, Cass., Sez. U, n. 21039/2011, *P.M. in proc. Loy*, Rv. 249666; Cass. Pen., 5717/2020; Id., 47051/2019; Id., 38091/2019; in senso difforme, cfr. Cass. Pen., n. 8829/2009 nella misura in cui sostiene inapplicabile l'aggravante del danno rilevante di cui all' art. 219, comma primo, L. fall. alle fattispecie di cui all' art. 223, comma 2, l. fall.; per una riconsiderazione critica di quest'ultima pronuncia cfr. Cass., n. 17610/2020.