

Pasquale Bartolo

Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo

La distrazione seguita dal fallimento



Copyright © MMIX
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-2371-6

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: febbraio 2009

Indice – Sommario

<i>Prefazione</i>	17
Sezione Prima	
LA BANCAROTTA PROPRIA E IMPROPRIA	19
Capitolo I	
La distrazione prefallimentare dell'imprenditore	21
1. L'inquadramento del problema	21
2. Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza	25
2.1. Il solo dato che è condiviso dalla dottrina nettamente maggioritaria: la sentenza dichiarativa di fallimento mera condizione obiettiva di punibilità, 25	
2.2. L'"ibridismo concettuale" di quella dottrina che affronta il problema della enucleazione del concetto di distrazione proponendo una riflessione su singoli casi utilizzati come esempi, quasi sempre, tratti dalla giurisprudenza: un reato formale (di pericolo) ed a condotta "libera", 28	
2.3. I tentativi di enucleare il concetto di distrazione utilizzando come punto di riferimento alcune norme del codice civile, 34	
2.4. I condivisibili sforzi compiuti da quella dottrina che ha tentato di colmare il vuoto lasciato dalla legge penale, costruendo la bancarotta per distrazione o come un reato a dolo di frode o specifico, o come un reato di pericolo concreto e, quindi, causalmente orientato verso un evento, sia pure di pericolo, 37	
2.4.1. Un reato a dolo di frode o specifico, 38	
2.4.2. Un reato di pericolo concreto e causalmente orientato, 42	

2.5. Il “sincretismo teorico” della giurisprudenza secondo la quale la sentenza dichiarativa di fallimento è un evento che serve solo a fissare il momento consumativo del reato e tipica deve considerarsi qualsiasi condotta abbia determinato l’uso di un bene per un fine diverso da quello dovuto, 45	
3. Il ruolo del fallimento e della sentenza dichiarativa di fallimento nella fattispecie (astratta)	54
4. La oggettiva difficoltà di fissare a livello normativo tutte le diverse modalità di realizzazione dell’offesa: il primo problema	63
5. Un deficit di determinatezza che affonda le sue radici in una tradizione plurisecolare	65
5.1. La criminalizzazione del fallimento nell’età intermedia, 65	
5.2. Il fallimento doloso e la sua prova “legale”, 65	
5.3. Dalla regola di giudizio alla regola di condotta, 67	
5.4. L’art. 216 l.f.: una norma formalmente di diritto sostanziale, dal contenuto di fatto processuale, 68	
6. Una ricognizione a tutto campo: la distrazione nel codice Rocco	69
7. La distrazione nella bancarotta prefallimentare propria	76
7.1. L’interpretazione storica, sistematica e teleologica , 76	
7.2. Un’interpretazione in ragione del modello criminologico: la tutela penale della funzionalità ed operatività della legge fallimentare, 81	
8. Le precondizioni della tipicità oggettiva: (a) la qualità di imprenditore soggetto al rischio fallimento, (b) l’inizio della crisi, (c) il superamento del rischio consentito e (d) del rischio colposo	89
9. Il danno–evento connesso al rischio illecito caratterizzante il fatto concreto: l’atipicità del fatto inoffensivo	91
10. La tipicità soggettiva della distrazione prefallimentare	93
11. La non punibilità della (<i>rectius</i> l’inopportunità di punire la) distrazione seguita da un fallimento che non poteva essere previsto	94

12. La procedibilità condizionata alla pronuncia della sentenza “definitiva” di fallimento	96
13. La prova della distrazione e i percorsi alternativi seguiti dalla giurisprudenza: il secondo problema	98

Capitolo II

La distrazione dell’amministratore (che cagiona il dissesto)	103
1. Il combinato disposto degli artt. 223, co. 1, e 216, co. 1, n. 1, prima parte, l.f.	103
2. Lo “sdoppiamento” tra soggetto attivo del reato e fallito	104
3. La distrazione societaria seguita dal fallimento: l’eccessivo dilatarsi della norma penale	104
4. La rilevanza penale della distrazione che cagiona un danno al fallimento	108
5. L’interpretazione più ragionevole “imposta” dalla riforma della bancarotta da reati societari	109
6. La “nuova” tipicità oggettiva e soggettiva: la distrazione, il dissesto ed il dolo	112
7. Il potere gestorio dell’amministratore: profili sostanziali e processuali	116
7.1. Il diritto di proprietà, 117	
7.2. Il dovere di compiere le «operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale» con «la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle [...] specifiche competenze», 122	
7.3. L’obbligo di garantire la conservazione del patrimonio sociale, 129	
8. La ascrizione della responsabilità c.d. di posizione	129
8.1. Reato proprio o funzionale?, 129	
8.2. Il c.d. evento differito, 130	
8.3. La distrazione commessa dall’amministratore di fatto e la “posizione” dell’amministratore di diritto, 131	

- 8.4. L'ascrizione della responsabilità ai singoli componenti di un organismo collegiale: posizione di garanzia e concorso di persone, 133

Sezione Seconda

LA BANCAROTTA INFRAGRUPPO	139
---------------------------------	-----

Capitolo III

I gruppi di società tra nuova disciplina civile e fattori criminogeni	141
--	------------

1. La dimensione economica e giuridica del fenomeno	141
2. La responsabilità della controllante	150
3. La disciplina dei vantaggi compensativi	152
4. La dimensione criminogena dei gruppi	160
5. Il socio tiranno e l'abuso di posizione dominante	167
6. I gruppi tra normativismo ed ontologismo	171

Capitolo IV

Le operazioni infragruppo quale fattore giustificativo ed evolitivo della responsabilità penale degli amministratori di società dichiarate fallite	175
---	------------

1. Alle origini della bancarotta infragruppo	175
2. La posizione della dottrina maggioritaria formatasi prima della riforma del c.d. diritto delle società: critica. Gli sviluppi "propugnati" prima dal Pedrazzi e poi dal Mangano	183
3. Le "deboli" aperture della dottrina e della giurisprudenza formatesi dopo la riforma del diritto societario	188
4. Lo stato di insolvenza del gruppo e l'irrilevanza penale delle operazioni infragruppo	189

5. Il fallimento della singola società facente parte di un gruppo e l'irrelevanza penale delle operazioni infragruppo "compensate"	191
6. Le operazioni infragruppo non "compensate": dalla bancarotta fraudolenta alla semplice	192
7. Le operazioni infragruppo che non compensandosi aderiscono a distrazioni penalmente rilevanti	194
7.1. Il rilascio di garanzie, 194	
7.2. La concessione di prestiti ed il trasferimento di fondi, 196	
7.3. Il c.d. <i>transfer price</i> , 198	
7.4. Il c.d. <i>leveraged by out</i> , 198	

Capitolo V

La rilevanza penale dei c.d. vantaggi compensativi infragruppo nell'infedeltà patrimoniale (seguita dal fallimento)	201
1. L'infedeltà patrimoniale seguita dal fallimento	201
2. L'art. 223, co. 2, n. 1, l.f.	202
3. La gestione infedele degli amministratori di società commerciali non collegate	212
3.1. Le linee guida della "riforma", 212	
3.2. Gli obiettivi di politica criminale, 214	
3.3. La struttura della fattispecie ed il suo ambito di operatività "soggettivo", 216	
3.4. Il conflitto presupposto ed i presupposti del conflitto, 217	
3.5. La condotta incriminata ed il dolo specifico, 218	
3.6. Il danno patrimoniale cagionato intenzionalmente, 220	
3.7. L'irrelevanza penale della "condotta" omissiva, 222	
3.8. Il danno cagionato a terzi i cui beni sono posseduti o amministrati dalla società, 223	
3.9. I criteri di "accertamento" del fatto tipico, 224	

3.10. La soglia minima di punibilità, 225	
3.11. La perseguibilità a querela, 226	
3.12. Il controverso rapporto con l'appropriazione indebita, 227	
4. I vantaggi compensativi infragruppo: un elemento oggettivo che esclude la tipicità soggettiva	228
5. Il rinvio che l'art. 223, co. 2, n. 1, l.f., fa all'art. 2634 c.c.	236
5.1. Circostanza o fattispecie autonoma?, 236	
5.2. La fattispecie autonoma, 245	
6. La bancarotta fraudolenta per infedeltà patrimoniale infragruppo	257
Sezione Terza	
SPUNTI E RIFLESSIONI PER UNA RIFORMA	263
Capitolo VI	
Dal corpus delicti al Tatbestand	265
1. La criminalizzazione del fallimento	265
2. La tutela del creditore insoddisfatto: dal diritto romano all'età intermedia	266
3. La nascita del moderno istituto giuridico del fallimento	271
4. Dagli Statuti alla "galera per debita"	279
5. L'età della codificazione	289
6. Le posizioni della dottrina formatasi sui codici dell'Ottocento	291
Capitolo VII	
Dal diritto penale classico al tecnicismo giuridico	295
1. Le vecchie norme dell'Ottocento e i principi del codice Rocco	295

2. L'enigmatico art. 216 della legge fallimentare del 1942	298
3. Dalla <i>praesumptio iuris</i> al reato di sospetto?	300
4. Le posizioni della dottrina formatasi a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta	301

Capitolo VIII

Cenni di diritto comparato	307
1. I §§ 283–283 <i>d</i>) StGB	307
2. Il codice spagnolo	312
3. La Francia	314

Capitolo IX

Le linee guida per una riforma	317
1. I numerosi progetti e disegni elaborati nel nostro Paese nell'arco degli ultimi cinquant'anni	317
1.1. Dal progetto Punzo al progetto di riforma del codice penale predisposto dalla Commissione Pagliaro, 317	
1.2. I lavori delle Commissioni Mirone e Rovelli, 319	
1.3. Le "oscillazioni" dei disegni presentati dalla Sinistra, 320	
1.4. La pervicace tendenza deflattiva/abrogativa della Destra e i lavori della Commissione Trevisanato, 326	
2. Conclusioni	328

Prefazione

Per contrastare la criminalità delle imprese organizzate in forma societaria, che operano, spesso, per altro, in gruppo, occorre un ordinamento basato su criteri pragmatici e razionali, che attribuisca al diritto penale il compito di approntare le risposte necessarie a combattere sul piano sociale determinati fenomeni, cosicché l'obiettivo del diritto penale non può che essere, in questi casi, quello di enucleare, nel rispetto dei principi costituzionali, regole che riescano ad ottimizzare il sistema, tenendo presente il rapporto costi/benefici tra i mezzi utilizzati ed i fini perseguiti.

Partendo da questa premessa ci si è posti tre domande.

Cosa si intende per distrazione e quando una distrazione seguita dal fallimento integra gli estremi di una bancarotta penalmente rilevante?

La distrazione commessa dall'amministratore di una società dichiarata fallita ha caratteristiche in tutto e per tutto eguali a quelle della distrazione commessa dall'imprenditore individuale?

E *quid iuris* se la società fallita fa parte di un gruppo?

Acclarato che molti problemi teorici e pratici derivano dalla inadeguata formulazione di alcune norme, è parso doveroso fermarsi anche sulle prospettive di una riforma, risalendo alla criminalizzazione del fallimento e passando, inoltre, per le esperienze maturate negli ordinamenti più vicini al nostro.

Ma, posto che una riforma è impreteribile, il punto è stabilire quale sia, tra le tante possibili, quella migliore.

Capitolo II

La distrazione dell'amministratore (che cagiona il dissesto)

1. Il combinato disposto degli artt. 223, co. 1, e 216, co. 1, n. 1, prima parte, l.f.

La bancarotta per distrazione societaria, c.d. impropria¹, è disciplinata dall'art. 223, co. 1, l.f., che rinvia per la descrizione del fatto reato all'art. 216 cit.²

In base al combinato disposto di queste due norme, le pene stabilite dall'art. 216 si applicano all'amministratore «di società dichiarate fallite» il quale «ha distratto [...] in tutto o in parte i suoi beni»³.

¹ La bancarotta commessa dall'amministratore o da uno dei soggetti indicati dall'art. 223, co. 1, l.f., e cioè i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori, può essere denominata sia impropria, che societaria, anche se in origine veniva definita come "quasi-bancarotta" (cfr., sulla controversa utilizzabilità della definizione di quasi-bancarotta, M. PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957, p. 3 ss.). Ma, come osserva, puntualmente, U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, V ed., Milano, 2006, p. 419 ss., oggi è più corretto parlare di bancarotta societaria, che non di bancarotta "impropria", considerato che «la bancarotta societaria è incomparabilmente più frequente della bancarotta individuale», anche se il termine impropria sembra quello più idoneo a mettere in luce le differenze esistenti tra la bancarotta dell'imprenditore e quella degli altri soggetti ai quali fa riferimento l'art. 223 cit.

² Cfr., in particolare, C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, p. 255 ss.; nonché F. ALLEGRI, *La tutela penale dei creditori nel fallimento*, in *Il fallimento*, 1984, p. 213 ss.

³ P. PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, V ed., Milano, 2004, p. 1631, il quale

La bancarotta per distrazione dell'amministratore, però, non è identica a quella dell'imprenditore (individuale) per diversi profili⁴.

2. Lo "sdoppiamento" tra soggetto attivo del reato e fallito

La bancarotta prefallimentare per distrazione societaria si differenzia da quella dell'imprenditore, prima di tutto, perché, in quest'ultima, è la stessa persona, e cioè l'imprenditore individuale, che prima distrae e, poi, viene dichiarato fallito; laddove, nella bancarotta societaria la distrazione è commessa dall'amministratore, ma chi deve essere dichiarato fallito, perché la distrazione sia punibile, è la società e non l'amministratore.

Lo sdoppiamento tra fallito e soggetto attivo del reato consente, nella distrazione societaria, di dare per pacifico che i soli beni che possono essere distratti sono, appunto, quelli della società⁵ e non quelli personali dell'amministratore⁶; mentre, nel caso dell'imprenditore che è

definisce questa norma come «formale o metodologica» e come «la chiave di volta dell'intero diritto penale concorsuale».

⁴ Cfr. PEDRAZZI *et al.*, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, p. 159, dove il Pedrazzi osserva puntualmente, che, in relazione alla bancarotta impropria va «subito notato che rispetto alla bancarotta propria, se muta la figura del soggetto attivo, resta invariato sia l'oggetto giuridico, rappresentato dall'interesse patrimoniale dei creditori dell'imprenditore, sia l'oggetto materiale, individuabile nel patrimonio e nelle scritture di quest'ultimo».

⁵ Cfr., in tal senso, in dottrina, GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 339 ed in particolare p. 426; A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 104; e PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 258; nonché in giurisprudenza, Cass., V, 5.2.1997, n. 894, secondo la quale, «il combinato disposto dell'art. 224 e dell'art. 217 l.f. prevede il reato di bancarotta semplice, o impropria, in cui l'attività criminosa degli amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori di società fallite ha per oggetto il patrimonio sociale di cui i soggetti suindicati hanno la gestione ed il controllo, non assumendo il patrimonio personale dei soggetti medesimi alcuna rilevanza ai fini del reato in questione» (così citata da GIULIANI-BALESTRINO, *loc. ult. cit.*).

⁶ Cfr. pure F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di L. Conti, Milano, 2001, p. 125 ss.; nonché L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Torino, 1991, p. 76, il quale mette in risalto come il legislatore nell'adottare la tecnica del rinvio non si sia reso conto «come la modifica del soggetto attivo concretasse altresì una sostanziale modifica dell'oggetto materiale del reato in virtù del principio secondo cui la responsabilità per bancarotta va valutata in rapporto all'offesa delle ragioni creditorie, onde, poiché, nelle società di

chiamato a rispondere dei suoi crediti con tutti i suoi beni, una siffatta distinzione, o, comunque, una distinzione tra beni dell'imprenditore e beni della persona fisica risulta tutt'altro che agevole e pacifica⁷.

Ma, la distinzione tra beni sociali e personali se per alcuni versi agevola l'interpretazione, per altri la complica e non di poco, perché, posta questa premessa, si tratta di stabilire se, nella bancarotta societaria, ciò che rileva penalmente è qualsiasi distrazione "societaria" (commessa dall'amministratore e) seguita dal fallimento, oppure una "diversa" condotta⁸.

3. La distrazione societaria seguita dal fallimento: l'eccessivo dilatarsi della norma penale

Se si muove dal presupposto che oggetto della distrazione possono essere solo i beni della società, nell'enucleare il concetto di distrazione, si può prendere l'abbrivio da quello già elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza formatesi in sede civile⁹.

capitali tali ragioni trovano soddisfacimento soltanto sui beni dell'ente, diviene irrilevante qualsivoglia comportamento dei soggetti sui beni propri».

⁷ Cfr., sul c.d. patrimonio del fallito quale entità complessa, S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, p. 133 ss.; G. RUISI, *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, vol. IV, II ed., Torino, 1978, p. 85 ss.; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, II ed., Padova, 1959, p. 159.

⁸ Cfr. C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, p. 154, il quale osserva, puntualmente, che «la netta separazione fra i patrimoni della persona giuridica fallita e dei soggetti che l'amministrano o che comunque ne coordinano l'attività, impedisce radicalmente ogni sovrapposizione fra l'ipotesi di bancarotta patrimoniale in esame ed il medesimo delitto realizzato dall'imprenditore individuale. In particolare, lo sdoppiamento fra qualità di soggetto attivo e titolarità del patrimonio oggetto di illecita manipolazione impedisce di adottare una definizione dell'elemento oggettivo analoga a quella vista [...] con riferimento alla bancarotta patrimoniale propria. La differenziazione fra le ipotesi delittuose opera in un duplice senso, giacché da un lato occorre ricondurre nel reato in parola condotte prima escluse, ma, dall'altro, bisogna riconoscere la penale irrilevanza di comportamenti qualificati in precedenza come criminosi» (il corsivo è nostro); nonché PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 260 ss.

⁹ In dottrina, cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2004, p. 93 ss.; N. ABRIANI et al., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2003, p. 125 ss.; S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 61 ss.; L. NAZZICONE, S. PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli*, Milano, 2003, p. 9 ss.; nonché da ultimo BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 22 ss., secondo i quali distrattiva deve considerarsi anche qualsiasi attività dovesse ri-

Il nostro ordinamento civile prevede, espressamente, che i beni di una società devono essere utilizzati per perseguire gli scopi “sociali”, ovvero sia quel fine di profitto che rappresenta un elemento essenziale del contratto di società e quegli obiettivi che la stessa società si è data attraverso la fissazione dell’oggetto sociale, così come meglio determinato attraverso il “programma economico” fissato dai soci¹⁰.

In questo quadro, quindi, non si può non concordare con quella dottrina e giurisprudenza, le quali, nell’affrontare il tema della risarcibilità del danno cagionato alla società da una distrazione commessa dall’amministratore, sono giunte alla conclusione che distrazione debba considerarsi qualsiasi uso dei beni della società che non sia conforme agli scopi sociali; anche perché l’amministratore non è altro che un gestore i cui poteri non sono eguali a quelli dell’imprenditore che, normalmente, è libero di disporre dei propri beni¹¹.

In altri termini, se l’amministratore è solo un gestore che può muoversi entro degli spazi prestabiliti ed i beni di una società non possono che essere utilizzati per il perseguimento degli scopi sociali, così come fissati sia nell’oggetto sociale, che nel programma economico tracciato dai soci, è evidente che distrattivo deve considerarsi qualsiasi atto di disposizione di un bene della società che abbia i tratti di un abuso, derivante dal non essere stato il bene utilizzato per il perseguimento degli scopi sociali¹².

Ma, la nozione di distrazione cui fa riferimento l’art. 223, co. 1, l.f., sia pure attraverso un troppo veloce rinvio all’art. 216, co. 1, n. 1, della stessa legge, non può essere intesa così come prospettato dalla dottrina civilistica. E non solo perché una siffatta enucleazione del concetto penale di distrazione non sarebbe soddisfacente sul piano della determinatezza, ma

sultare estranea all’oggetto sociale, così come stabilito dai soci nello statuto. Cfr., però, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, p. 400, secondo il quale, invece, gli amministratori possono anche compiere operazioni estranee all’oggetto sociale, ove queste siano necessarie per la sua attuazione. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., I, 15.6.2000, n. 8159, in *Giur. comm.*, II, 2002, p. 34, con nota di S. Monaci; nonché Trib. Napoli, 15.1.2002, in *Giur. nap.*, 2002, p. 477.

¹⁰ Cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 5 ss.

¹¹ Cfr. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., 2004, pp. 18 e 19.

¹² Cfr., in tal senso, gli Autori e la giurisprudenza già citati alla nota 9; ed in particolare BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., 2004, pp. 18 e 19.

anche e soprattutto perché le finalità perseguite dalla fattispecie penale sono affatto diverse da quelle che hanno ispirato la dottrina e la giurisprudenza civili sopra ricordate. E tranciante, in proposito, appare la semplice considerazione che mentre ciò che rileva sul piano civile è il danno alla società, ciò che tutela la norma penale che incrimina la bancarotta sono gli interessi patrimoniali della massa dei creditori fallimentari¹³.

Né si può superare questo rilievo provando ad assimilare la distrazione dell'amministratore di una società fallita a quella di cui all'art. 314 c.p., *ante* riforma del '90, dove la distrazione, come già evidenziato, sembra(va) trovare una prima specificazione nello statuto che disciplina l'uso dei beni della pubblica amministrazione, perché una siffatta interpretazione della vecchia fattispecie incriminatrice del peculato per distrazione trova(va) la sua ragione di essere nella premessa che l'art. 314 c.p. tutela(va) proprio gli interessi patrimoniali della stessa pubblica amministrazione¹⁴, laddove nella fattispecie che qui interessa si ha una cesura tra la distrazione quale concetto elaborato prendendo l'abbrivio dall'oggetto sociale e quello che è l'interesse che deve essere tutelato, e cioè quello patrimoniale dei creditori fallimentari¹⁵.

La riprova che il concetto di distrazione che qui interessa non possa essere ritagliato sul modello di quello civilistico, la può dare anche la semplice, ma determinante considerazione che in caso contrario sarebbe proprio il soggetto che trae i benefici dalla distrazione a poter stabilire cosa si deve intendere, appunto, per distrazione.

Poste queste premesse, risulta evidente perché la bancarotta non può punire qualsiasi distrazione societaria commessa dall'amministratore che sia poi seguita, comunque, dal fallimento della società¹⁶.

¹³ Cfr., in giurisprudenza, Cass., V, 24.9.2001, n. 7359 (secondo la quale, «in tema di bancarotta, poiché anche i diritti di credito rientrano nel patrimonio del fallito, costituisce distrazione qualsiasi condotta diretta a destinare attività fallimentari a scopi diversi dalla garanzia dei creditori. Ne consegue che il delitto di truffa può concorrere con quello di bancarotta fraudolenta nel caso in cui i debitori di una società di capitali — dichiarata fallita siano indotti in errore dall'amministratore, il quale ne incassi i crediti nella sua qualità di legittimo destinatario dei pagamenti, appropriandosi delle relative somme»); nonché Cass., V, 14.10.1999, n. 14380 (secondo la quale la distrazione può essere compiuta anche tramite la compensazione tra un debito dell'amministratore verso la società ed i crediti da questi vantati nei confronti della stessa), così citate da GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 342, nt. 2.

¹⁴ Cfr., per tutti, V. SCORDAMAGLIA, *Peculato*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 559 ss.

¹⁵ Cfr., *infra*, già Cap. I.

¹⁶ *Contra* SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 179.

4. La rilevanza penale della distrazione che cagiona un danno al fallimento

Posto che la bancarotta tutela gli interessi patrimoniali dei creditori fallimentari, si deve riconoscere che penalmente rilevante non può che considerarsi soltanto quella “distrazione” che cagiona un danno al fallimento, inteso proprio quale diminuzione patrimoniale della massa fallimentare, perché ciò che caratterizza la distrazione fallimentare non è il danno che questa condotta cagiona alla società, bensì quello che ricade sul fallimento.

Invero, è proprio dal pregiudizio economico cagionato alla massa dei creditori fallimentari che occorre prendere l’abbrivo per individuare la condotta tipica¹⁷.

Ai fini della bancarotta, non rileva né il fatto che la condotta tenuta dall’amministratore abbia i tratti tipici dell’abuso del potere, né tanto meno la circostanza che il bene non sia stato utilizzato conformemente ai c.d. scopi sociali.

D’altra parte, non sarebbe plausibile neppure giungere a sostenere che, se è vero, come è vero, che qualsiasi distrazione societaria comporta un impoverimento della società, sarebbe irragionevole non considerare la stessa, comunque, pregiudizievole anche per gli interessi patrimoniali della massa dei creditori¹⁸, perché siffatta «velleità di costruire le presunzioni *juris et de jure* in giure penale» sarebbe degna «solo di un sepolcro»¹⁹.

La distrazione penalmente rilevante, ai fini che qui interessano, non può che coincidere con quella condotta che ha cagionato un danno patrimoniale al fallimento e che, quindi, risulti con questo danno avvi-

¹⁷ Cfr. PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 292; M. LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Farigliano (CN), 1993, p. 445; nonché P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 39 ss.

¹⁸ Numerose sono, invero, le pronunce che assumono debba considerarsi distrazione qualsiasi estromissione di un bene senza acquisizione del corrispettivo o senza contropartita, cfr., in tal senso, Cass., V, 6.2.1998, in *Cass. pen.*, 2001, p. 295; nonché Cass., V, 20.1.1998, ivi, 2001, 296; e Cass., V, 1.2.1988, ivi, 1989, p. 680.

¹⁹ Così F. CARRARA, *Corso di diritto criminale*, p.s., V ed., VII, Lucca, 1889, p. 117. Sul tema, in generale, cfr. pure, C.F. GROSSO, *Responsabilità penale*, in *Nss. D. It.*, XV, Torino, 1968, p. 712 ss; nonché M. PORZIO, *La illegittimità costituzionale delle praesumptiones juris et de jure di responsabilità penale*, in *Giust. pen.*, I, 1957, c. 331 ss.

luppata in un rapporto di causa effetto. Ciò che rileva non è tanto come questo danno sia stato cagionato, quanto, piuttosto, che questo danno sussista²⁰.

Né varrebbe obiettare sul punto che una siffatta interpretazione non solo non sembra trovare alcun riscontro sul piano letterale, visto che nell'art. 223, co. 1, non v'è alcun riferimento al danno, ma potrebbe anche rappresentare un'inaccettabile forzatura pure sul piano della teoria generale, ove si osservasse che la bancarotta prefallimentare ha i tratti tipici di un reato di pericolo, neppure concreto, ma astratto (se non presunto).

Invero, sul punto, non v'è ragione per non considerare valido, così e semplicemente, tutto quanto detto sopra in relazione alla bancarotta propria.

Né determinante sarebbe osservare che una siffatta interpretazione implica il rischio che la norma incriminatrice della bancarotta non possa più essere applicata, dal momento che, com'è noto, nel momento in cui interviene il fallimento ciò che si riesce a ricostruire è l'ammontare complessivo delle perdite e non anche la singola perdita determinata da un'unica, o anche più operazioni, perché siffatte problematiche devono essere affrontate sul piano processuale e non sostanziale. E sul piano processuale la prova di un fatto può anche essere acquisita attraverso la raccolta di indizi che siano gravi, precisi e concordanti²¹.

5. L'interpretazione più ragionevole “imposta” dalla riforma della bancarotta da reati societari

La riforma c.d. dei reati societari ha apportato una modifica al comma 2, n. 1, dell'art. 223 cit.²², che assume particolare rilevanza, anche ai fini dell'interpretazione della disposizione di cui al comma 1 dello stesso articolo²³.

²⁰ Cfr., in giurisprudenza, Cass., V, 3.8.1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1633.

²¹ Cfr., in relazione alla prova dell'evento, Cass., V, 29.11.1990, in *Cass. pen.*, 1991, p. 881.

²² Sull'art. 223, co. 2, n. 1, l.f., cfr. *infra*, Cap. V.

²³ Cfr. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 443 ss.

Nella sua originaria formulazione, il comma 2, n. 1, dell'art. 223, che disciplina la c.d. bancarotta da reati societari, prevedeva che la pena prevista per la bancarotta fraudolenta doveva essere applicata anche agli amministratori di società dichiarate fallite che avevano commesso alcuni dei fatti preveduti dagli art. 2621, 2622, 2623, 2628 e 2630 comma primo del codice civile²⁴. Così, per fare un esempio, se una volta dichiarata fallita una società si fosse accertato che un amministratore, prima del fallimento, aveva commesso un falso in bilancio, questo fatto lo si sarebbe dovuto punire alla stessa stregua di una bancarotta, a prescindere non solo da quando il falso era stato commesso, ma anche dal fatto che lo stesso non avesse in alcun modo interagito con lo stato di dissesto che aveva determinato il fallimento.

Proprio per circoscrivere l'ambito di operatività di questa disposizione, i cui difetti erano stati ampiamente evidenziati dalla dottrina, l'art. 4 del d.lgs n. 61 del 2002 ha riscritto la norma contenuta nel co. 2, n. 1, dell'art. 223, l.f., prevedendo che si applicano le pene previste per la bancarotta fraudolenta agli amministratori di società dichiarate fallite quando questi, commettendo dei fatti previsti dagli «articoli 2621, 2622, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile [...] hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società»²⁵.

Così, in base alla norma in vigore, laddove prima tra il reato societario ed il fallimento non si riteneva necessario né un nesso materiale, né tanto meno un nesso psichico, oggi, invece, risulta chiaramente che l'amministratore di una società dichiarata fallita che ha commesso, prima che intervenisse la sentenza dichiarativa, ad esempio, un falso in bilancio risponderà di bancarotta fraudolenta soltanto se il fatto da lui commesso ha cagionato o è, comunque, «concorso a cagionare il dissesto della società»²⁶.

Ora, anche a tenere in non cale i molti dubbi che la formulazione di questa norma può fare legittimamente sorgere, così come già evidenziati, per altro, dalla dottrina, e come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, ai fini che qui interessano, ciò che preme evidenziare è fon-

²⁴ Sull'art. 223, co. 2, n. 1, l.f., ante riforma del 2000, cfr. *infra*, Cap. V.

²⁵ Anche per i molteplici problemi sorti in relazione alla successione delle leggi nel tempo, cfr. *infra*, Cap. V.

²⁶ Cfr., in giurisprudenza, in tal senso, Corte cost., 18.7.2002, ord. n. 369, in *Giur cost.*, 2002, p. 2738 ss.

damentalmente un dato, e cioè il fatto che essa giunge a considerare bancarotta soltanto quei fatti–reato che hanno cagionato il dissesto²⁷.

Invero, una volta acclarato che questa nuova disposizione fa riferimento a dei fatti che già di per se stessi costituiscono dei fatti reato, stabilendo che non è sufficiente che la commissione di uno di questi fatti sia, comunque, seguita dal fallimento della società perché lo stesso possa considerarsi meritevole di una sanzione quale quella prevista dalla bancarotta, potendo il fatto reato societario adergere al “rango” sanzionatorio di una bancarotta fraudolenta soltanto se lo stesso ha cagionato il dissesto della società, che è, poi, sfociato in una vera e propria sentenza dichiarativa di fallimento, risulta evidente che una siffatta scelta di politica criminale va tenuta ben presente anche nell’interpretazione della norma che qui interessa, e cioè quella che punisce la distrazione societaria seguita dal fallimento sempre della società²⁸.

Se un fatto che già costituisce un “reato” è considerato bancarotta soltanto quando ha cagionato il dissesto, un siffatto canone deve valere *a fortiori* per la bancarotta distrattiva di cui al primo comma dello stesso 223, per la semplice, ma tranciante considerazione che, se in base al comma 1 del 223 si considerasse bancarotta anche quella distrazione che non ha, comunque, contribuito a cagionare il dissesto che ha, poi, determinato il fallimento, si perverrebbe ad un’interpretazione che potrebbe essere considerata irragionevole²⁹.

Posto che una condotta distrattiva può anche non costituire di per sé stessa un fatto reato, è evidente che, se un fatto che già ha i tratti tipici di un reato societario (e, quindi, un suo disvalore che è puntualmente fissato e quantificato sul piano normativo) rileva come bancarotta soltanto nel caso in cui ha cagionato, o comunque, ha contribuito a cagionare, si potrebbe anche dire, il fallimento; sarebbe irragionevole non richiedere quale requisito di disvalore anche della mera condotta distrattiva che essa abbia, comunque, contribuito a cagionare il fallimento della società³⁰.

²⁷ Cfr., in tal senso, Cass., V, 18.12.2001, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 291.

²⁸ *Contra* SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 178.

²⁹ Cfr., in tal senso, GIULIANI–BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., *passim* ed in particolare 43 ss. e 435 ss.

³⁰ Cfr., sulla manifesta irrilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata sotto questo profilo in relazione alla “estensibilità” del requisito della causazione del dissesto

D'altra parte, vero è pure che, contro una siffatta argomentazione, si potrebbe anche obiettare che essa muove da una discutibile premessa perché la distrazione cui fa riferimento il comma 1 dell'art. 223 l.f. è solo quella che già di per sé ha i tratti tipici di un fatto-reato, quali, appunto, quelli propri della bancarotta fraudolenta. Ma, se si tengono presenti quelli che sono i molteplici dubbi che l'indeterminatezza di questa formula legittima, così come sopra evidenziati³¹, si può riconoscere che molti di questi potrebbero essere superati proprio giungendo ad affermare, attraverso l'interpretazione sistemica, che un requisito implicito della distrazione penalmente rilevante, ai fini della bancarotta, andrebbe individuato nell'aver la condotta tenuta dall'amministratore non solo superato il rischio consentito³² e così cagionato un danno agli interessi patrimoniali della massa dei creditori fallimentari, ma anche contribuito a cagionare quello stato di dissesto che ha, poi, portato al fallimento la società³³.

6. La “nuova” tipicità oggettiva e soggettiva: la distrazione, il dissesto ed il dolo

Poste queste premesse sistematiche, molti sono i riflessi che le stesse hanno sulla enucleazione degli elementi caratterizzanti la fattispecie.

Da un lato, sul piano oggettivo, perché tipica si deve considerare soltanto quella condotta che cagiona, prima, il dissesto della società e, poi, un danno patrimoniale al fallimento.

Dall'altro, sul piano della tipicità soggettiva, perché l'agire doloso deve investire tutte le singole componenti del fatto tipico e, quindi, sia la condotta, che la sua idoneità a cagionare il dissesto della società ed un danno ai creditori fallimentari³⁴.

anche all'art. 216 l.f., Cass., V, 18.5.2005., in *R.t.d.p.e.*, 2006, p. 1047.

³¹ Cfr. *infra*, già, Cap. I.

³² Cfr., sulla distinzione tra rischio d'impresa e rischio di capitale o di amministrazione A. BERLE JR, G.C. MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, trad. it., Torino, 1966.

³³ Cfr. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., *passim* ed in particolare 435 ss.

³⁴ Cfr. P. CAPELLO, *Dolo e colpa nei reati societari, tributari e fallimentari*, Padova, 2002, *passim*; nonché, in generale, A. MANNA, *Alla ricerca di terza forma, fra dolo e colpa*, in a.

Ma, il punto, è stabilire cosa si deve intendere per dissesto³⁵.

Ora, se si guarda alle altre norme penali fallimentari che utilizzano questo termine, e cioè gli artt. 217, n. 4, e 223, n. 2, si può riconoscere che il termine dissesto non sempre è sinonimo di fallimento.

L'art. 217, cit., fa riferimento all'aggravamento del dissesto che è stato cagionato «astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa».

Invero, già da questa formula risulta evidente che il termine dissesto viene ad assumere due diversi significati in ragione della condotta, perché se pure deve considerarsi come sinonimo di fallimento in relazione alla condotta dell'imprenditore che aggrava il proprio dissesto astenendosi dal richiedere il fallimento, non si può, così e semplicemente, giungere a ritenere che dissesto sia solo quello che sfocia nel fallimento, perché dissesto anche quello cui fa riferimento la disposizione da ultimo ricordata nella parte in cui prende in considerazione la condotta dell'imprenditore che l'ha aggravato «con una grave colpa».

La condotta gravemente colposa acquista rilevanza ogni qual volta aggrava un qualsiasi "dissesto", e cioè anche quando aggrava un dissesto che non essendo irreversibile non porta al fallimento, fermo restando che queste condotte, che individuano dei veri e propri codici comportamentali, sono punibili soltanto se, comunque, successivamente, interviene il fallimento, che postula, però, un dissesto, che è il presupposto fattuale dell'insolvenza, la quale, per altro, si traduce in un fallimento soltanto quando l'insolvenza risulta irreversibile.

Quest'ultima interpretazione del termine dissesto, che non porta a considerare questo come sinonimo di fallimento, per altro, sembra trovare un puntuale riscontro anche nel disposto dell'art. 224, co. 2, n. 2, cit., il quale fa riferimento agli amministratori di società dichiarate fallite che «hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con l'inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge», perché nella bancarotta impropria quando si è voluto richiamare il fallimento, come nel caso del 224, n. 2, lo si è fatto³⁶.

Cadoppi (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, p. 239 ss.

³⁵ Cfr. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 434 ss.

³⁶ Cfr., sulla certo non esemplare tecnica di normazione utilizzata dai redattori della legge fallimentare cfr., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, cit., p. 9 ss.

Né questa differenza può trovare la sua spiegazione nel fatto che nell'art. 224, n. 2, si fa riferimento non soltanto al cagionare, ma anche all'aggravare, perché, anzi, proprio questo dato sta a dimostrare che il termine "dissesto" non può considerarsi sinonimo di "fallimento"³⁷.

Per altro, nell'enucleare il significato esatto del termine dissesto, così come utilizzato, dall'art. 223, n. 1, deve riconoscere che mentre questo rappresenta un tipico elemento descrittivo, il fallimento è un tipico elemento "tutto" normativo³⁸.

Il dissesto è quella situazione di squilibrio economico finanziario che non consente il corretto adempimento delle obbligazioni e determina uno stato di insolvenza, che, però, non è irreversibile.

Il fallimento, invece, anche se presuppone uno stato di dissesto, sta ad indicare l'irreversibilità dello stato di insolvenza in cui si viene a trovare la società dopo che è intervenuta una sentenza dichiarativa di fallimento³⁹.

Il punto, invero, è, come già accennato, che una volta stabilito che dissesto non è sinonimo di fallimento, non è agevole riuscire a dare una definizione del dissesto che consenta di tracciarne agevolmente i confini.

Dissesto, comunque, non può certo considerarsi la mera crisi di liquidità che rende difficile il regolare adempimento delle obbligazioni, perché è necessario che la società si trovi nell'impossibilità di adempiere le obbligazioni assunte perché si possa ritenere sussistente una situazione di dissesto⁴⁰.

Dissesto si deve considerare, quindi, quello stato di eccessivo indebitamento che rende impossibile il regolare adempimento delle obbligazioni ed imminente l'insolvenza.

Fallimento la assoluta impossibilità di adempiere alle obbligazioni assunte, così come accertata con sentenza dichiarativa di fallimento.

³⁷ Cfr. GIULIANI–BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 434.

³⁸ Sulla difficile distinzione tra elementi descrittivi e normativi, così come impostasi nei secoli scorsi, e cioè quando ancora all'interno del nostro ordinamento non era dato rinvenire norme del tipo di quella che oggi da la definizione legislativa di "morte", cfr. L. RISICATO, *Gli elementi della fattispecie penale*, in *Studium iuris*, 2005, *passim*.

³⁹ *Contra*, NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., *passim*, secondo il quale dissesto è sinonimo di fallimento.

⁴⁰ *Contra*, GIULIANI–BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 434.

Il dissesto, per altro, proprio perché si basa su di un sostrato naturalistico, più che giuridico, così come risulta evidente anche dalla disposizione contenuta nell'art. 224, n. 2, che fa riferimento all'“aggravamento”, può essere graduabile⁴¹.

Ma, proprio dal raffronto tra la formula adottata dall'art. 223, n. 1, che parla soltanto del cagionare il dissesto e quella di cui all'art. 224, n. 2, che fa espresso riferimento anche all'aggravamento del dissesto, risulta evidente che nella bancarotta per distrazione ciò che rileva è soltanto la condotta che cagiona il dissesto, e non anche quella che lo aggrava⁴².

La condotta che cagiona il dissesto rappresenta una condizione senza la quale il dissesto non si sarebbe verificato, quella che lo aggrava segue l'evento considerato *hic et nunc*.

Anche se non si può non riconoscere che il legislatore ha usato il termine dissesto al posto di fallimento, probabilmente perché la dottrina ha da tempo messo in rilievo che parlare di fallimento non è “corretto”, tenuto conto che un evento non può essere un fatto derivante da un terzo (il tribunale che dichiara il fallimento), ma deve essere il risultato della condotta dell'agente; e l'agente, in questo caso, provoca «il dissesto, non (se non indirettamente) il fallimento»⁴³, l'equiparazione della condotta di colui che cagiona a quella di colui che aggrava il dissesto porterebbe ad un'inaccettabile analogia *in malam partem*⁴⁴.

Certo è che sul piano del disvalore colui che aggrava un dissesto pone in essere una condotta che può anche risultare più grave di quella di colui che lo ha cagionato, ma a fronte di questo rilievo è agevole osservare che una volta attribuita rilevanza all'aggravamento il problema sarebbe riuscire a determinare il *quantum* del penalmente rilevante, perché dal momento che la norma non indica alcun criterio che consenta di stabilire quando un aggravamento si deve considerare penalmente rilevante, in linea di principio, non si potrebbe non ritenere

⁴¹ Cfr., in tal senso, CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 110; e GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 434.

⁴² Cfr. PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 361 ss.

⁴³ A. CADOPPI, *I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002*, Padova, 2002, p. 277.

⁴⁴ Cfr. R. BRICCHETTI, *Solo se il dissesto è causato dall'illecito l'imputato risponde secondo la nuova norma*, in *Guida al diritto*, 29, 2002, p. 77 ss.

rilevante qualsiasi aggravamento, cosicché quello che sembrava “giusto” in prima battuta potrebbe anche portare ad irragionevoli disparità che farebbero porre su di uno stesso piano la condotta di colui che ha cagionato il dissesto e quella di colui che, comunque, ha aggravato, anche di poco, il dissesto già cagionato da altri⁴⁵.

L'amministratore di una società che già versa in uno stato di dissesto anche se compie una distrazione che aggrava il dissesto non è punibile, *ex art.* 223, co. 1, ma solo, eventualmente, *ex art.* 224, n. 1 (*rectius* 217, n. 4) o n. 2, e cioè per aver aggravato il dissesto astenendosi dal richiedere il fallimento, o per aver aggravato il dissesto con l'inosservanza degli obblighi a lui imposti dalla legge.

7. Il potere gestorio dell'amministratore: pro❑li sostanziali e processuali

Nell'interpretazione ed applicazione della disposizione che fa riferimento alla distrazione commessa dall'amministratore di una società dichiarata fallita, di cui al combinato disposto degli art. 223, co. 1, e 216, co. 1, n. 1, l.f., si deve tener presente che l'amministratore di una società si trova ad agire in un contesto che è diverso da quello in cui si muove l'imprenditore individuale.

Sul piano sostanziale una differenza sta nel fatto che l'imprenditore individuale è proprietario dei beni di cui dispone, laddove l'amministratore ha il potere di gestire dei beni, che non sono suoi, ma della società, cosicché nel disporre di questi beni può agire soltanto entro quei precisi limiti che sono fissati o dal codice civile, oppure dallo stesso statuto della società⁴⁶, anche se ciò che più rileva, ai fini che qui inte-

⁴⁵ Cfr., sul problema dell'indeterminatezza di formule di questo tipo, la nota sentenza n. 247, della Corte costituzionale, 15.5.1989, in *Giur. cost.*, I, 1989, p. 834 ss., che ha ritenuto infondata la questione di legittimità sollevata in relazione all'art. 4, lett., f), della l. 516 del 1982, nella parte in cui faceva riferimento all'alterazione in misura rilevante del risultato della dichiarazione, assimilata dalla stessa Corte alle condizioni obiettive di punibilità; e sull'assai simile problema sorto in relazione alle formule adottate dagli artt. 2621 e 2622, così come riscritti dalla riforma dei reati societari, quanto già osservato nel nostro, *I reati di false comunicazioni sociali*, Torino, 2006, p. 102 ss.

⁴⁶ Cfr., sul potere gestorio dell'amministratore, V. BUONOCORE (a cura di), *Istituzioni di diritto commerciale*, V ed., Torino, 2005, p. 175 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*,

ressano, è il fatto che questi “poteri” attribuiti all'amministratore assumono, in alcuni casi, i tratti tipici del “dovere”, tenuto conto, ad esempio, che, a fronte di un art. 2380 *bis* c.c., il quale attribuisce all'amministratore il potere di compiere tutte «le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale», si trovano, com'è noto all'interno dello stesso codice civile, e non solo, tutta una serie di altre norme che, come, ad esempio, sempre, l'art. 2392 c.c., sanciscono, espressamente, che gli «amministratori devono adempiere i *doveri* ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze», chiarendo, quindi, espressamente, che la situazione in cui gli amministratori si trovano ad agire non è costituita soltanto da quei poteri che sono loro attribuiti dalla legge e dallo statuto, ma anche da alcuni specifici doveri che sono posti a loro carico, anche qui, o dalla legge o dallo statuto.

Posta questa premessa, per altro, sorge spontaneo chiedersi quale incidenza abbia questo complesso di norme sul piano penale, e cioè se queste non debbano essere considerate come rilevanti sul piano della tipicità, o anche della illiceità, oppure se queste non assumano più che altro un ruolo sul piano processuale, o meglio ancora probatorio.

Il quadro normativo cui occorre guardare è tutt'altro che lineare, quindi, è opportuno procedere affrontando una per una le singole tematiche.

7.1. Il diritto di proprietà

Partiamo da quello che rappresenta il nodo gordiano della bancarotta per distrazione, e cioè il diritto di proprietà.

Per affrontare questo tema, però, è necessario fare un passo indietro e tornare alla distrazione commessa dall'imprenditore individuale, di modo che risulti evidente quanto a monte sia diversa questa posizione rispetto a quella dell'amministratore⁴⁷.

Provando ad entrare subito in *media res* non pare ultroneo osservare in proposito che la fattispecie che punisce la bancarotta per distra-

Padova, 2003, p. 243 ss.; nonché BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., 2004, p. 7 ss.

⁴⁷ Cfr. G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, p. 127 ss.

zione dell'imprenditore individuale pone la dottrina e la giurisprudenza di fronte ad una serie di interrogativi che possono anche così essere fissati:

a) come si raccorda il concetto di distrazione di cui all'art. 216 l.f. con il diritto di proprietà?

b) in altri termini, come operano le regole generali della teoria del reato nella bancarotta per distrazione?

c) ma, soprattutto, tipicità ed illiceità rappresentano anche in questo caso due distinti momenti di valutazione e di giudizio (*rectius* accertamento)?

Le "regole" della teoria generale del reato sono note e, quindi, sarebbe defatigante soffermarsi su di esse oltre il necessario.

Tutti, o quasi tutti, concordano su di un dato e cioè sul fatto che tanto in sede teorica, quanto nella prassi l'interprete è tenuto ad enucleare ed accertare⁴⁸, innanzitutto, la tipicità e poi a verificare la liceità (o anti giuridicità dello stesso), fissando l'attenzione per la tipicità sulla "sola" fattispecie astratta, ma allargando il proprio orizzonte a tutte le norme dell'ordinamento nel momento in cui si deve stabilire se il fatto tipico è anche illecito, o anche soltanto penalmente lecito⁴⁹.

Ora, è evidente che seguendo questo modulo la bancarotta per distrazione andrebbe "ricostruita" procedendo innanzitutto all'enucleazione del concetto di distrazione, fermo restando che una volta messa a fuoco la tipicità oggettiva e soggettiva del fatto, prima di passare alla individualizzazione della responsabilità non si può non fermare la attenzione sulla illiceità del fatto tipico.

Il punto merita particolare attenzione perché è proprio qui che sembra incagliarsi quella costante giurisprudenza, sopra ricordata, che continua a ripetere che la sentenza dichiarativa di fallimento non può

⁴⁸ Cfr., per una teoria generale del reato che non sia del tutto avulsa dalla realtà processuale in cui le norme penali devono essere applicate, G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, *passim*.

⁴⁹ Cfr., in generale, sulla distinzione tra cause di esclusione dell'illecito e cause di esclusione dell'illecito penale le puntuali osservazioni svolte da E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem?*, Torino, 2000, *passim* ed in particolare p. 254 ss.

non considerarsi come un evento, perché è proprio il sopraggiungere di questa che fa di un fatto lecito un illecito penale, *ex art.* 216 l.f.⁵⁰.

Invero, andando al di là delle motivazioni poste a sostegno di queste pronunce non sembra temerario giungere ad ipotizzare che una siffatta rilettura della norma in esame possa costituire una sorta di *escamotage* interpretativo per aggirare l'ostacolo, e cioè appunto il tutt'altro che agevole raccordo tra tipicità e liceità del fatto⁵¹.

Comunque, tornando al problema che qui interessa, a noi pare che, nel caso di specie, i canoni elaborati dalla teoria generale del reato non siano in grado di incastonare la reale portata del fenomeno in esame, perché, a ben riflettere, nella bancarotta per distrazione dell'imprenditore individuale non si può non riconoscere che quella che normalmente rappresenta una scriminante riconducibile all'esercizio di un diritto è costretta a cedere il passo alla norma incriminatrice, *ab imis*, e cioè sin dall'inizio e non quando, una volta enucleata la tipicità, l'interprete è chiamato a verificare l'antigiuridicità della stessa⁵².

Per dirla con un'espressione utilizzata per la tipicità della condotta colposa, nell'interpretazione della norma incriminatrice della bancarotta per distrazione, non pare errato giungere ad affermare che tipicità ed illiceità, ove nel parlare di liceità si intenda far riferimento alla scriminate dell'esercizio del diritto di proprietà; tipicità e liceità, si diceva "stanno e cadono insieme"⁵³, perché tipica può considerarsi sol-

⁵⁰ Sul complesso rapporto tra il fatto tipico e l'antigiuridicità, cfr., in generale, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 178 (il quale osserva, puntualmente, che la «critica alla concezione dell'antigiuridicità come contrasto del fatto tipico con l'intero ordinamento non significa ancora che il problema delle scriminanti debba essere affrontato al di fuori dell'analisi dell'illecito, potendosi ritenere essenziale l'assenza di cause di giustificazione al fine di identificare la stessa offensività del fatto — ciò che in sintesi costituisce un'idea centrale della teoria degli elementi negativi del fatto in una concezione bipartita del reato —, e potendosi altresì ritenere che l'assenza di scriminanti, ancorché inessenziale all'identificazione dell'offesa tipica, sia comunque imprescindibile per individuare in maniera logicamente completa quel contrasto del fatto tipico con la legge che vale a renderlo "illecito", benché non ancora sanzionato in assenza di colpevolezza, pericolosità ecc.»); nonché G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 178 ss.

⁵¹ Cfr., già, *infra*, Cap. I.

⁵² Cfr., in relazione al rapporto tra l'art. 1176 c.c. e la norma incriminatrice della bancarotta preferenziale S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, p. 532.

⁵³ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g., V ed., Bologna, 2007, p. 536.

tanto quella condotta che non può considerarsi come manifestazione del diritto di proprietà, cosicché, una volta acclarato che la condotta è tipica, nessun margine rimane per poter giungere ad escludere che la stessa sia anche antiggiuridica (o illecita).

In altri termini, la condotta tenuta da un imprenditore individuale può considerarsi una distrazione soltanto se non rappresenta l'esercizio di una facoltà allo stesso attribuita dall'essere lui il proprietario del bene distratto, cosicché laddove c'è una distrazione non può non esserci un agire al di là del diritto di proprietà e viceversa⁵⁴.

Il conflitto tra la norma che punisce la distrazione di un proprio bene seguita dal fallimento dell'imprenditore e quelle che disciplinano il diritto di proprietà è, invero, un problema che va affrontato e risolto a monte, e cioè allorquando si vogliono delimitare i confini della fattispecie astratta della bancarotta, che, nel nostro ordinamento, si pone come un vero e proprio limite rispetto al diritto di proprietà⁵⁵.

Per altro, se si leggono attentamente le norme sulla proprietà, è agevole rilevare che, sia a livello costituzionale (art. 42, co. 2), che di legge ordinaria (art. 832 c.c.), lo stesso diritto viene riconosciuto, fatti salvi i "limiti" (art. 42, co. 2, Cost.) e gli "obblighi" (art. 832 c.c.) stabiliti dalla stessa legge⁵⁶; cosicché risulta chiaro che, nel caso della

⁵⁴ Cfr. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 412.

⁵⁵ Cfr., in generale, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1947, *passim*.

⁵⁶ L'imprenditore individuale essendo proprietario dei suoi beni nel momento in cui ne dispone agisce, senza dubbio, nell'esercizio di un diritto che gli viene riconosciuto a livello costituzionale dall'art. 42, co. 2, il quale, però, chiarisce, espressamente, che la «proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurare la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti», cosicché non v'è ragione per non riconoscere alla fattispecie incriminatrice della bancarotta per distrazione un carattere di, vero e proprio, limite del diritto di proprietà costituzionalmente riconosciuto (cfr. D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto ed adempimento di un dovere*, in *D.d.p.*, IV, Torino, 1990, p. 323 ss.; nonché A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, *passim*). Per altro, per quanto attiene al rapporto dell'art. 216 l.f. rispetto alle altre norme contenute nelle leggi ordinarie, quale, ad esempio, l'art. 832 c.c., il quale attribuisce al proprietario il «diritto di godere e disporre delle cose» che sono di sua proprietà «in modo pieno ed esclusivo», precisando, per altro, che questo diritto viene riconosciuto soltanto «entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico», appare più che logico giungere a ritenere che la norma penale che punisce la bancarotta si ponga in un rapporto di specialità con quelle civili e che sia in questo rapporto di specialità la sua capacità di "sopraffare" le altre disposizioni apparentemente "inconciliabili" con essa (sulla scriminante dell'esercizio di un diritto, oltre alle trattazioni manualistiche, cfr., in parti-

bancarotta, rappresentando la norma penale che punisce la distrazione un limite del diritto di proprietà, è sul piano della tipicità che quest'ultimo viene a giocare il suo ruolo chiave, potendo, sul piano della liceità, eventualmente, lo stesso diritto essere chiamato a svolgere una propria funzione di giudizio soltanto per quella parte residua (ammesso che esista) che non è stata “assorbita e risolta” nella tipicità⁵⁷.

Per questo, ad esempio, l'imprenditore che trasferisce delle risorse da una impresa di sua proprietà ad un'altra sempre sua si può ritenere sia che abbia posto in essere un fatto diverso da quello descritto attraverso il termine distrazione, sia un fatto tipico che può, però, considerarsi anche giustificato dall'aver lo stesso agito nell'esercizio del diritto di proprietà, come si avrà modo di chiarire meglio anche nel prosieguo: ma, anche in questo caso, optare per l'una o l'altra soluzione risulta tutt'altro che agevole, anche se la stessa sembra rilevare solo su di un piano teorico ed astratto⁵⁸.

Comunque, giungendo a quello che è il problema, che ora qui più interessa, il punto è stabilire se tutto quanto sin qui detto in relazione all'imprenditore individuale (*rectius* persona fisica) si debba considerare valido, così e semplicemente, anche per la bancarotta per distrazione prefallimentare societaria, e cioè in relazione alla distrazione commessa dall'amministratore di una società, poi, dichiarata fallita.

Ora, in proposito, non è forse superfluo ribadire che i beni che l'amministratore può distrarre non sono quelli suoi personali, bensì solo quelli della società, la quale dà all'amministratore il compito di gestirli, *ex art 2380 bis c.c.*, potendo l'amministratore disporre dei beni

colare, sull'inoperatività della scriminante nel caso di abuso del diritto, I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, *passim*, ed in particolare p. 131 ss.).

⁵⁷ Cfr., in generale, P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 52 ss.

⁵⁸ Per restare nella scia tracciata dalla teoria generale si dovrebbe giungere a ritenere *tamquam non esset* l'aggettivo “suoi” inserito nell'art. 216 l.f. per la tipicità e partire dal presupposto che, ai fini della bancarotta, i beni dell'imprenditore debbano essere considerati come fossero dei creditori fallimentari e che, quindi, dopo che è stato acclarato che vi è stata una distrazione, il fatto tipico possa essere considerato illecito soltanto se non è espressione del diritto di proprietà. Ma, invero, un siffatto modo di interpretare l'art. 216 l.f. non si può non riconoscere che sembra viziato da una sorta di eccessivo formalismo giuridico (cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra valore ed essere*, Napoli, 1992, p. 65 ss.).

della società, però, solo per compiere tutte le «operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380 *bis* cit.)⁵⁹.

Poste queste premesse e considerato, altresì che, ai fini penali, il diritto che può avere una forza scriminante non può essere ceduto dal suo titolare ad altri soggetti, cosicché, ove pure si volesse considerare l'amministratore come l'organo preposto *de facto* ad esercitare il diritto di proprietà di cui è titolare la società, non sarebbe plausibile neppure ipotizzare che il diritto della società si trasferisce in capo a colui che è chiamato a gestirla (*rectius* amministrare)⁶⁰; poste queste premesse, si diceva, risulta evidente che la situazione in cui si viene a trovare l'amministratore, rispetto a quella in cui agisce l'imprenditore che è proprietario dei beni di cui dispone, risulta ben diversa, perché anche se per l'imprenditore la norma incriminatrice rappresenta un limite al diritto di proprietà, l'amministratore non può invocare a suo favore, né sul piano della tipicità, né su quello della liceità, l'aver agito nell'esercizio del diritto di proprietà, anche perché, comunque, non è lui il titolare di questo diritto.

7.2. *Il dovere di compiere le «operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» con «la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle [...] specifiche competenze»*

Nel ricostruire il quadro in cui agisce l'amministratore di una società, che è poi dichiarata fallita, l'attenzione va posta anche sull'art. 2380 *bis* c.c., il quale prevede, espressamente, che agli amministratori spetta «la gestione dell'impresa», precisando che gli stessi, nell'esercitare questo potere, sono legittimati a compiere «le operazioni che sono necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»⁶¹.

Invero, se si giustappone a questa disposizione quella contenuta nella prima parte del co. 1, dell'art. 2392 c.c., il quale, nel disciplinare la responsabilità degli amministratori verso la società, prevede, espressamente, che gli stessi «devono adempiere i doveri ad essi impo-

⁵⁹ Cfr. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 7 ss.

⁶⁰ Cfr., in generale, CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, cit., p. 142 ss.

⁶¹ Cfr., in generale, sulle cause di giustificazione e sull'avere queste «come riferimento una serie aperta di singole fattispecie concrete», MOCCIA, *Il diritto penale tra valore ed essere*, cit., p. 192 ss.

sti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze», non si può, almeno a primo acchito, giungere a considerare quel potere di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale alla stregua di un vero e proprio dovere⁶².

Prima di tutto, sul piano formale, di «doveri [...] imposti dalla legge e dallo statuto» parla, come ricordato, l'articolo 2932 cit., e, tra questi, non può non essere ricompreso anche quello di cui all'art. 2380 *bis* cit.; e, sul piano sostanziale, si può riconoscere che, se la violazione di questi “obblighi” comporta la responsabilità degli amministratori nei confronti della società, questi non possono, comunque, non essere considerati come dei veri e propri doveri⁶³.

Una volta stabilito che sugli amministratori di attività imprenditoriali organizzate in forma societaria gravano una serie di doveri, tra i quali sembra spiccare quello di compiere «le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale», imposto dall'art. 2380 *bis* cit., ai fini penali, e, quindi, anche in relazione alla distrazione commessa dall'amministratore di una società dichiarata fallita, non ci si può non chiedere se e come questi doveri possono acquistare rilevanza.

Invero, fermando l'attenzione su questi doveri, dal punto di vista del diritto penale, si può riconoscere che questi sembrerebbero, almeno in via di prima approssimazione al problema, come delle situazioni, eventualmente, sussumibili alla previsione di cui all'art. 51 c.p., che, com'è noto, disciplina sia l'esercizio di un diritto, che l'adempimento di un dovere⁶⁴, stabilendo, per quanto attiene quest'ultimo, che «l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica [...] esclude la punibilità».

Ed allora, posto che l'amministratore ha il dovere di compiere le operazioni per l'attuazione dell'oggetto sociale e considerato, altresì, che un siffatto dovere può acquistare rilevanza, *ex art.* 51 c.p., nel fermare l'attenzione sulla bancarotta per distrazione commessa dall'amministratore, è doveroso interrogarsi su come vanno a raccordarsi que-

⁶² Cfr., in generale, BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., I, p. 5 ss.

⁶³ Cfr. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 7 ss.

⁶⁴ Cfr., in generale, S. VINCIGUERRA, *Profili sistematici dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica*, Milano, 1971, *passim*; e G. DELITALA, *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, I, 1958, p. 567 ss.

ste disposizioni, e cioè se anche in questo, così come in quello dell'imprenditore individuale, come si è visto, la c.d. situazione giustificante non finisca per rappresentare più che altro un requisito rilevante più sul piano della tipicità, che non su quello della illiceità, cioè, cambiando quanto è necessario cambiare anche per l'adempimento dei doveri imposti dalla legge all'amministratore, può valere tutto quanto già detto nel paragrafo precedente sul diritto di proprietà dell'imprenditore, oppure se, nel caso di specie, la situazione sia affatto diversa, dovendosi prima verificare la tipicità oggettiva e soggettiva del fatto e, poi, comunque, valutare se lo stesso non sia lecito per essere stato posto in essere nell'adempimento di un dovere imposto all'amministratore dalla stessa legge.

Ora, a noi pare che, anche per quanto concerne la distrazione dell'amministratore e l'eventuale problema dell'aver agito lo stesso nell'adempimento di un dovere, possa valere tutto quanto già detto sopra in relazione al coordinamento tra la disciplina del diritto di proprietà e la distrazione dell'imprenditore individuale, anche se alcune puntualizzazioni appaiono necessarie.

In questo caso, più che altro, l'ipotesi presa in considerazione sembra uno pseudo problema, perché risulta difficile anche solo ipotizzare che una distrazione ai danni del fallimento possa essere compiuta nell'adempimento di un dovere imposto o dalla legge o dallo statuto.

Né pare plausibile ipotizzare che un amministratore possa, una volta intervenuto il fallimento, invocare quale giustificazione, l'aver dovuto agire in adempimento di un dovere, perché, ove pure, in ipotesi, una assemblea avesse "costretto" l'amministratore a compiere delle operazioni, o meglio delle distrazioni, magari apportando delle modifiche allo statuto, risulta difficile ipotizzare che l'amministratore possa invocare quale "giustificazione" l'obbligo, o meglio ancora il dovere di compiere tutte «le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»⁶⁵.

L'amministratore che si trova di fronte ad una delibera assembleare con la quale gli si "ordina" (ammesso, ma non concesso, che ciò sia possibile) di vendere un bene sottocosto e di utilizzare il ricavato per restituire a dei soci dei finanziamenti che questi avevano concesso alla socie-

⁶⁵ BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 17 ss.

tà⁶⁶, potrà anche difendersi invocando la giustificante di cui all'art. 51 c.p.; ma, certo, prima di spingersi sino a questo punto dovrebbe almeno avere l'accortezza di provare che, comunque, lui non si era reso conto neppure che la società versava in difficoltà e che, quindi, quella operazione era volta, in definitiva, a sottrarre beni ai creditori fallimentari.

Insomma, se c'è una distrazione risulta davvero difficile ipotizzare che l'amministratore possa invocare quale giustificazione l'aver agito nell'adempimento del dovere a lui imposto dalla legge, o anche dallo statuto, perché nella distrazione, al contrario, sembra essere implicitamente contenuta proprio una violazione di quello specifico dovere di diligenza cui fa riferimento l'art. 2392 c.c., richiamando, per altro, espressamente, la "natura dell'incarico" e le "specifiche competenze" degli stessi amministratori⁶⁷.

Anzi, è proprio in ragione della tipicità che questi moduli comportamentali fissati dal codice civile sembra possano acquistare rilevanza, tenuto conto che, com'è stato puntualmente evidenziato dalla più autorevole dottrina commercialista, la diligenza cui fa riferimento l'art. 2392 cit., deve essere presa in considerazione tenendo presente anche quanto previsto dall'art. 2381 c.c., il quale ultimo fissa il c.d. criterio dell'"adeguatezza"⁶⁸.

Invero, proprio per affrontare quei casi difficili cui si è fatto riferimento all'inizio di questo lavoro, non sarebbe certo errato nell'enucleare il concetto di distrazione societaria tenere presente che la condotta posta in essere da un amministratore si debba considerare tipica soltanto se si accerta che, effettivamente, questa ha i tratti propri di una violazione del principio di adeguatezza poc'anzi ricordato e sul quale sarà meglio soffermarsi *funditus*, però, solo dopo aver ripercorso, velocemente, i passaggi salienti dell'iter interpretativo proposto nei primi paragrafi di questo capitolo, dove, dopo aver messo in risalto la principale ragione per la quale la distrazione societaria non può, *sic et simpliciter*, essere considerata in tutto e per tutto eguale a quella dell'im-

⁶⁶ *Contra*, cfr. A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale e "supervisione" degli azionisti*, Milano, 2003, p. 216.

⁶⁷ Cfr., per tutti, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 161 ss.

⁶⁸ Cfr. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., I, p. 13 ss.

prenditore individuale, si è messo in evidenza il perché, nonostante possa, almeno in via di prima approssimazione al problema, anche risultare plausibile provare ad enucleare il concetto di distrazione penalmente rilevante prendendo l'abbrivo dal concetto di distrazione societaria elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistiche, un siffatto modo di procedere non possa essere adottato, tenuto conto che affatto diversi sono gli interessi che devono essere presi in considerazione nei due casi, visto che la distrazione civilistica si erge sulla valutazione degli interessi degli stessi soci e della società, mentre, quella penale serve a tutelare gli interessi patrimoniali della massa dei creditori fallimentari.

Poi, partendo da questa considerazione si è propugnata un'interpretazione, si potrebbe dire "al passo con le norme vigenti", la quale, utilizzando, in particolare, la modifica apportata, nel 2000, al co. 2 dello stesso art. 223 l.f., è giunta alla conclusione che distrattiva deve considerarsi soltanto quella condotta la quale ha cagionato uno stato di dissesto, creando uno squilibrio tra attivo e passivo, che ha reso difficile il regolare adempimento delle obbligazioni assunte dalla società nei confronti dei suoi creditori.

Senonché, a ben riflettere su questa interpretazione, si può riconoscere che, forse, anche essa lascia aperta la possibilità che della disposizione in esame venga data un'interpretazione troppo ampia, perché giungere ad affermare che distrattiva deve considerarsi quella condotta che cagiona il dissesto, potrebbe portare a punire anche delle condotte prive di un proprio disvalore.

Invero, se il disvalore del fatto si incentra tutto sull'evento e se tipica si deve considerare qualsiasi condotta rappresenti una condizione "necessaria" del verificarsi dell'evento, non si può escludere che penalmente rilevanti possano essere considerate anche delle condotte prive di un proprio disvalore, trasformandosi il reato da una modalità di lesione in una mera offesa⁶⁹.

Tanto più che non avendo la condotta dei propri tratti caratterizzanti sarebbero le regole sulla causalità le uniche in grado di svolgere una funzione selettiva dei comportamenti penalmente rilevanti e così in

⁶⁹ Cfr., sul disvalore della condotta e dell'evento, in generale, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 159 ss.; nonché N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 12 ss.

sede applicativa l'interpretazione propugnata potrebbe anche portare a delle inammissibili distonie, perché, non soltanto qui il problema della causalità si trasforma spesso in una questione di prove⁷⁰, ma anche perché, una volta acclarato che una condotta ha cagionato (o anche soltanto aggravato) un dissesto, quest'ultimo potrebbe anche essere considerato di per sé come un fatto pregiudizievole per gli interessi patrimoniali dei creditori fallimentari e, quindi, il fatto potrebbe anche essere considerato (*rectius* presunto come) tipico.

In altri termini, da un lato, anche se tipica si considera solo la condotta che supera il rischio consentito, questo si può presumere sia stato superato per il sol fatto che la stessa ha cagionato (o aggravato) il dissesto; dall'altro, anche se il dissesto acquista rilevanza a condizione che abbia, a sua volta, prodotto un pregiudizio economico alla massa dei creditori fallimentari, questo danno si potrebbe anche presumere sia costituito dallo stesso dissesto.

Così, accertato che il dissesto è collegato eziologicamente ad una condotta dell'amministratore, una volta intervenuto il fallimento, il fatto concreto può anche risultare tipico, ovvero sia perfettamente corrispondente a quello genericamente descritto dalla fattispecie astratta⁷¹.

Senonché, ammesso, ma non concesso, che un siffatto modo di procedere sia possibile, considerato, altresì, tutto quanto sin qui detto, provando ad andare al di là della formula utilizzata dal legislatore penale per descrivere il fatto, si deve riconoscere che, per valutare correttamente la responsabilità penale dell'amministratore sarebbe opportuno procedere ad un "doppio grado di valutazione del fatto", o meglio ancora della sua tipicità.

In altre parole, posto che una distrazione è ravvisabile in una qualsiasi condotta risulti collegata eziologicamente ad un dissesto, prima ancora di giungere a considerare il fatto tipico, non rappresenterebbe certo un fuor d'opera se si procedesse ad un'ulteriore verifica volta a stabilire se la operazione effettuata dall'amministratore non fosse, comunque, adeguata, *ex art. 2381 cit.*, sia alla natura, che alle dimensioni dell'impresa.

⁷⁰ Cfr. SS.UU., 10.7.2002, n. 30328 (c.d. Franzese), in *Cass. pen.*, 2002, p. 3643 con nota di T. Massa; anche in *Foro it.*, II, 2002, c. 601 con nota di A. Di Giovine.

⁷¹ Cfr. Cass., V, 16.6.1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1559.

Così, la condotta viene, in prima battuta, vagliata in ragione della sua “forza” causale e, poi, però, riesaminata anche alla luce del c.d. criterio dell’adeguatezza che, pur non rappresentando una scriminante in senso tecnico, verrebbe ad operare come se lo fosse, perché imporrebbe di andare al di là dello specifico fatto preso in esame per verificare cosa questo ha rappresentato per l’impresa presa in considerazione nella sua interezza e complessità⁷².

In conclusione, quindi, anche restando sul piano della tipicità ciò che dovrebbe essere valutato, prima di poter considerare un fatto tipico, sarebbe non solo la sua collegabilità eziologica al dissesto, ma anche la sua inadeguatezza⁷³.

Per altro, per svolgere questo ultimo accertamento, anziché lasciare tutto il campo al c.d. libero convincimento del giudice, si potrebbero utilizzare come regole di giudizio quelle precise e puntuali disposizioni contenute nell’art. 2381 cit.⁷⁴, il quale, per altro, non solo fa riferimento al c.d. principio dell’adeguatezza, per chiarire cosa si deve intendere per «diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze»⁷⁵; ma, precisa, altresì, che all’amministratore delegato spetta “curare”, sempre, che «l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa», laddove agli amministratori deleganti hanno solo il compito di informarsi e di “valutare” il rispetto del suddetto principio⁷⁶.

Così, in altri termini, perché un fatto di distrazione possa essere considerato oggettivamente e soggettivamente tipico si dovrebbe giungere ad acquisire la prova non solo che lo stesso ha superato il cosiddetto rischio “permesso”, ma anche che ha rappresentato la realizzazione di un rischio colposo, perché “inadeguato”⁷⁷.

⁷² Cfr., sul rapporto tra la singola operazione e l’attività dell’impresa, in particolare, PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., *passim*.

⁷³ Cfr. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., I, p. 13 ss.

⁷⁴ Cfr., sulla portata “cogente” di questa disposizione, che incide sulle concrete modalità di organizzazione dell’impresa, limitando, *de facto*, l’autonomia privata, cfr., anche prima della riforma societaria F. ANNUNZIATA, *Intermediazione mobiliare e agire disinteressato: i profili organizzativi interni*, in *Banca borsa e titoli di credito*, I, 1994, 634 ss.

⁷⁵ Cfr. M. CAMPOBASSO, *L’imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, p. 363 ss.

⁷⁶ Cfr. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 7 ss.

⁷⁷ Cfr. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., I, p. 11 ss.

7.3. *L'obbligo di garantire la conservazione del patrimonio sociale*

L'art. 2394 c.c., nel disciplinare la responsabilità degli amministratori (c.d. esterna) nei confronti dei creditori sociali pone a carico degli stessi amministratori il dovere di osservare «gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale».

Ora, è evidente che anche in questo caso, su di un piano meramente astratto ed ipotetico, non si può certo escludere che anche una distrazione, *ex art. 223, co. 1*, possa essere stata commessa nell'adempimento di questo specifico dovere che l'art. 2394 cit. pone a carico degli amministratori e che, quindi, un fatto tipico possa anche risultare, comunque, lecito, *ex art. 51 c.p.*

Ma, anche in questo caso, se si tiene presente il dato reale, si può pacificamente riconoscere che una distrazione, al contrario, sembrerebbe presupporre, per poter essere tipica, proprio una violazione di questo obbligo di “conservare” l'integrità del patrimonio sociale, cosicché ancora una volta la illiceità risulta come anticipata anche rispetto alla tipicità, nell'ambito della quale, *de facto*, viene ad essere assorbita.

8. **L'ascrizione della responsabilità c.d. di posizione**

Nella distrazione societaria, l'altro dato che merita particolare attenzione è il criterio di attribuzione della responsabilità penale⁷⁸.

I profili problematici sono molteplici e, quindi, è necessario essere schematici⁷⁹.

8.1. *Reato proprio o funzionale?*

Che la bancarotta per distrazione societaria sia un reato proprio è pacifico perché soggetto attivo può essere solo l'amministratore (ovviamente, nel caso in esame)⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, ora in Id., *Diritto penale*, vol. III, Milano, 2003, p. 605 ss.

⁷⁹ Cfr. A. LANZI, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. pen.*, 1987, p. 496 ss.

Ma l'essere un reato proprio dell'amministratore implica soltanto che l'amministratore è colui il quale deve porre in essere il fatto descritto dalla fattispecie, oppure serve qualcosa di più e di diverso perché lo si possa considerare responsabile?

In altri termini, è sufficiente che colui che distrae sia anche l'amministratore, oppure la stessa distrazione deve essere una sorta di "espressione" propria della funzione svolta dall'amministratore di una società, di talché una distrazione si deve escludere possa sussistere ogni qual volta la condotta posta in essere non rappresenti una tipica manifestazione (ovviamente, illecita) del potere gestorio dell'amministratore?

La risposta a questi interrogativi, a noi sembrerebbe ovvia, perché la bancarotta per distrazione societaria non può non considerarsi, tenuto conto di tutto quanto sin qui detto, più che un "semplice" reato proprio⁸¹, un tipico reato "di mano propria"⁸², ovvero sia "funzionale"⁸³, nel senso che ciò che rileva non è tanto l'essere colui che ha agito l'amministratore, quanto piuttosto l'essere atto espressione della sua funzione.

8.2. *Il c.d. evento differito*

La bancarotta per reato societario è un tipico reato c.d. ad evento differito, perché, normalmente, tra la distrazione e l'evento (danno per il fallimento, o fallimento) intercorre un non breve lasso di tempo⁸⁴.

⁸⁰ Come già ricordato sopra, l'art. 223, co. 1, l.f., indica tra i soggetti attivi del reato oltre agli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori. Ma sulle problematiche connesse alla "ricostruzione" di queste qualifiche soggettive, sia consentito rinviare, ancora, al nostro *I reati di false comunicazioni sociali*, cit., p. 77 ss.

⁸¹ Cfr., in generale, sul reato proprio quale reato disciplinato da norme che fanno riferimento a qualifiche soggettive «da cui dipende il significato criminoso del "fatto" e cioè all'aspetto oggettivo del reato», quali elementi — aggiuntivi — della stessa fattispecie, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, IX rist., II ed., II, Milano, 1952, p. 213.

⁸² Cfr., in generale, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987, p. 329.

⁸³ Cfr., in generale, sulle diverse definizioni del c.d. reato proprio, M. PELISSERO, *Il corso nel reato proprio*, Milano, 2004, p. 137 ss.

⁸⁴ Così DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 143, per il quale l'evento è la sentenza dichiarativa di fallimento.

Sennonché, considerato che gli amministratori di una società cambiano con una certa frequenza, viene spontaneo chiedersi: *quid iuris* nel caso in cui l'amministratore in carica nel momento in cui interviene il fallimento non è più quello che ha commesso la distrazione?

L'art. 223, co. 1, tenuto conto che rinvia anche all'art. 216, è evidente che fa riferimento tanto all'amministratore che "ha distratto", quanto a quello che amministra la società nel momento in cui interviene il fallimento, stabilendo che la pena prevista dall'art. 216 si applica «agli amministratori [...] di società dichiarate fallite».

Ma, soggetto attivo non può non considerarsi, almeno in via di prima approssimazione, l'amministratore che ha distratto, fatta salva l'eventuale responsabilità, a qualsiasi altro titolo, di quello che è in carica quando interviene il fallimento⁸⁵.

8.3. *La distrazione commessa dall'amministratore di fatto e la "posizione" dell'amministratore di diritto*

La bancarotta societaria è un tipico reato funzionale dell'amministratore, così come quella propria dell'imprenditore individuale, ma la differenza tra quest'ultima e la prima è netta, perché, mentre la nozione di imprenditore ruota sulla sussistenza o meno dei requisiti fattuali di cui all'art. 1 della stessa legge fallimentare, quella di amministratore si erge tanto su dati fattuali, che giuridici, stabilendo, espressamente il codice civile quando e come una società deve nominare il suo amministratore⁸⁶.

Posta questa premessa, risulta evidente che l'art. 223, co. 1, pone l'interprete di fronte ad un interrogativo di fondo, e cioè se soggetto attivo del reato deve considerarsi chiunque svolga di fatto le funzioni proprie dell'amministratore, oppure se amministratore deve considerarsi soltanto il c.d. amministratore di diritto, e cioè colui il quale oltre ad esercitare le funzioni ha assunto l'incarico nel rispetto della complessa procedura voluta dal codice civile.

Ora, com'è noto, ormai da lustri, tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza ritengono che la nozione di amministratore penalmente ri-

⁸⁵ Cfr., sui criteri che si devono seguire nell'individuazione dei soggetti attivi, ogni qual volta la norma penale non fornisce puntuali indicazioni sui requisiti "propri" del soggetto attivo del reato T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1976, p. 20 ss.

⁸⁶ Cfr. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 239 ss.

levante non sia solo quella intesa in senso formale, ma anche quella in senso sostanziale, tant'è che soggetto attivo del delitto di bancarotta si ritiene, pacificamente, possa essere anche il c.d. amministratore di fatto, e cioè colui che, pur non essendo stato formalmente investito della carica, svolge, comunque, le funzioni proprie dell'amministratore⁸⁷.

Il tema è già stato ampiamente dibattuto e le conclusioni a cui è pervenuto l'orientamento ricordato paiono più che convincenti, tenuto conto, per altro, che la c.d. riforma dei reati societari ha inserito nel codice civile anche una norma, e cioè l'art. 2639⁸⁸, il quale chiarisce in presenza di quali presupposti colui che non è stato formalmente investito della qualifica debba essere, comunque, considerato come fosse (*rectius* equiparato ad) un amministratore⁸⁹.

La problematica che merita particolare attenzione, però, non è se l'amministratore di fatto può essere equiparato a quello di diritto, bensì se a quest'ultimo può essere ascritta una responsabilità penale anche quando il reato è stato commesso dall'amministratore di fatto, ovvero sia perché ha rivestito formalmente la carica nel momento in cui è stata commessa la distrazione e/o è intervenuto il fallimento.

⁸⁷ Cfr., in tal senso, GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 304 ss. Diversa la posizione del PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 264 ss., il quale riconosce a questo orientamento una giustificazione pratica, ma non anche teorica.

⁸⁸ Invero, l'introduzione di questa norma potrebbe anche essere considerata come una "smentita" ufficiale dell'orientamento maggioritario ricordato. Ma, non sussistendo alcunché, neppure nei lavori preparatori, che avalli una siffatta interpretazione per come risulta formulata questa norma non si può non riconoscere che essa sembra rappresentare una tipica norma di interpretazione autentica (cfr., in generale, F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, IV ed., Torino, 2007, p. 209 ss.; ma anche il sempre attuale E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 195 ss.).

⁸⁹ Cfr., da ultimo, in giurisprudenza, Cass., V, 3.6.2005, n. 44279, in *Guida al diritto*, 17, 2006, p. 105 (la quale, ha, invero, puntualmente, considerato come un limite ai principi del concorso e della responsabilità per omesso impedimento, sia la totale estraneità dell'amministratore di fatto alle vicende societarie, sia la "dissociazione", che, nel caso di specie, sarebbe avvenuta, dal momento che l'amministratore aveva denunciato gli amministratori di fatto, confermando il contenuto della sua denuncia anche in sede processuale). Invero, diverso è stato l'atteggiamento della giurisprudenza formatasi in relazione ai cc.dd. reati societari, perché già da molti lustri in questa sede alcune pronunce sono giunte ad affermare che la responsabilità dell'amministratore di diritto deve essere esclusa ogni qual volta la funzione svolta dall'amministratore di diritto rende l'amministratore di fatto un mero "prestanome", o "uomo di paglia", così come evidenziato da E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, p. 69.

In altri termini, il punto è stabilire se, *ex art.* 223, co. 1, è configurabile, in questi casi, a carico dell'amministratore una responsabilità di "posizione", ovvero sia una responsabilità oggettiva collegata alla funzione che ha, comunque, formalmente assunto⁹⁰.

Ora, è evidente che una interpretazione che dovesse portare a dare una risposta positiva a quest'ultimo interrogativo non può che essere disattesa, comunque la si volesse argomentare, perché in evidente contrasto con i più fondamentali principi del nostro ordinamento penale, e cioè sia quello che bandisce la c.d. responsabilità penale per fatto altrui, sia quello che vuole che la responsabilità penale sia oltre che personale, anche colpevole.

Per poter dare un'interpretazione ragionevole della norma in esame, invero, c'è soltanto un modo, e cioè equiparare l'amministratore di fatto all'amministratore delegato e quello di diritto all'amministratore delegante, come se i due fossero componenti di un organismo collegiale, che, però, potrebbe anche non aver mai operato.

Ma, se questa opzione, non è errata, allora, la soluzione non può che essere ricercata, appunto, nella disciplina relativa all'iscrizione delle responsabilità dei singoli componenti un organismo collegiale, alla quale è opportuno dedicare un proprio autonomo spazio.

8.4. *L'iscrizione della responsabilità ai singoli componenti di un organismo collegiale: posizione di garanzia e concorso di persone*

La responsabilità penale dei componenti un organismo societario è personale e colpevole⁹¹ (e non, così come si è affermato in passato, collegiale, ovvero sia ascrivibile a tutti i componenti dello stesso organismo per il sol fatto che questi ne fanno parte)⁹².

⁹⁰ Cfr., sulle diverse forme di responsabilità oggettiva c.d. occulta, S. CANESTRARI, *Preterintenzione*, in *D.d.p.*, IX, Torino, 1998, p. 694 ss.; ID., *Responsabilità oggettiva*, in *D.d.p.*, XII, Torino, 1997, p. 109 ss.; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *R.i.d.p.p.*, 1981, p. 456 ss.

⁹¹ Cfr. A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1295 ss.

⁹² Cfr., sul c.d. reato collegiale, S. TONDO, *Sulla natura del reato collegiale quale fattispecie descritta da talune disposizioni penali in materia di società*, in *Riv. pen.*, 1951, p. 268 ss., il quale parla di reato a concorso "necessario"; P. MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954, p. 125 ss., il quale ritiene che collegiale sia quel reato che postula l'esistenza di un atto collegiale; nonché D. RENDE, *Disposizioni penali su società e consorzi. Libro quinto. Del lavoro*

La distrazione, quindi, anche quando è commessa dall'amministratore di una società all'interno della quale i poteri gestori sono esercitati da un consiglio, non può non essere imputata a colui che ha posto in essere il fatto oggettivamente e soggettivamente tipico, fatte salve, ovviamente, le regole generali sul concorso di persone.

Perciò, ad esempio, anche quando l'amministratore che ha distratto avesse agito in esecuzione di una specifica delega a lui conferita attraverso una delibera approvata all'unanimità da tutti i componenti il consiglio⁹³, non si può giungere a ritenere possa ascrivere anche a coloro che fanno parte di quell'organismo una responsabilità penale per la condotta tenuta dal singolo componente, salvo, ovviamente, che non vi sia stato un previo accordo, o che tutti abbiano voluto agevolare con le loro azioni o omissioni la commissione del fatto che costituisce reato⁹⁴.

Poi, vero è pure, che, così come dimostra l'esperienza giudiziaria, molte volte risulta tutt'altro che agevole ricostruire puntualmente quanto accaduto all'interno di un organismo collegiale, e cioè quale sia il grado di "partecipazione" dei singoli componenti; ma, d'altra parte, altrettanto pacifico si deve considerare che siffatte questioni non possono certo essere risolte trasformando la responsabilità personale in una responsabilità di posizione.

In altri termini, anche se riuscire ad acclarare se un amministratore che non è intervenuto alla riunione nel corso della quale è stata approvata la delibera, utilizzata dall'amministratore delegato per distrarre dei beni della società, non ha preso parte alla riunione con il precipuo intento di agevolare l'approvazione di quella delibera, ben sapendo che questa avrebbe consentito all'amministratore delegato di distrarre dei beni, è tutt'altro che facile; sarebbe aberrante giungere ad ipotizzare che questi problemi di "prova" possano essere risolti spingendosi sino al punto di ritenere che ogni qual volta un organismo collegiale ha, comunque, posto in essere una condizione necessaria al verificarsi dell'evento che co-

(artt. 2555-2642), in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, L. Branca, Bologna, 1947, p. 64 ss.; ID., *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, p. 44 ss. *Contra* CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 94 ss.; nonché A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *R.i.d.p.p.*, 1957, p. 528 ss.

⁹³ Cfr., sull'esercizio della funzione quale criterio di individuazione del soggetto responsabile, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, Firenze, 1985, p. 30 ss.

⁹⁴ Cfr., in generale, G. DENORA, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, Napoli, 2006, p. 185 ss.

stituisce il reato, tutti coloro che fanno parte dello stesso organismo debbano essere chiamati a rispondere penalmente di quanto accaduto⁹⁵.

Per quanto attiene all'ascrizione della responsabilità penale dei componenti un consiglio, invero, il problema è se su questi ultimi gravi, oppure no, un precipuo obbligo di impedire che altri componenti lo stesso consiglio commettano dei reati, e, quindi, se gli stessi, rivestendo una posizione di garanzia, non debbano essere chiamati a rispondere dell'omesso impedimento del reato, *ex art. 40, cpv., c.p.*, e cioè in base alla c.d. regola dell'equivalenza, secondo la quale, il non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo⁹⁶.

Ora, in effetti, se si muove dalla premessa che il termine evento di cui all'art. 40, cpv. cit., non può non considerarsi sinonimo di reato e se si ferma l'attenzione sul disposto dell'art. 2392 c.c., il quale prevede che tutti gli amministratori, e, quindi, tutti i componenti un consiglio di amministrazione, «sono solidalmente responsabili», nei confronti della società, «se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»; e se si tiene presente che quest'ultimo articolo pone a carico degli stessi amministratori il dovere di adempiere ai «doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze», e quindi nel rispetto di quei doveri di «informarsi» e di sorvegliare, cui fa riferimento l'art. 2381 c.c.; considerato tutto questo, si diceva, risulta agevole dimostrare che l'interrogativo posto all'inizio non può che avere una risposta positiva, dovendosi ritenere sussista a carico dei componenti un consiglio l'obbligo giuridico di impedire che altri commettano dei reati, dei quali anche loro possono essere chiamati a rispondere per il sol fatto di non averli impediti⁹⁷.

Ma, a nostro modesto avviso, per evitare che partendo da questa premessa si possa arrivare sino a ribaltare i più fondamentali principi

⁹⁵ Cfr. G. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *R.i.d.p.p.*, 2002, p. 817 ss.

⁹⁶ Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1988, p. 338 ss.; in generale, sull'art. 40, cpv., cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 327 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., V, 26.6.1990, in *Cass. pen.* 1991, p. 828, con nota di M. Angelini, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1606 ss.

⁹⁷ Cfr. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, p. 345 ss.

del nostro ordinamento penale, e cioè sia quello della responsabilità penale personale e colpevole, sia quello dell'onere della prova, che, com'è noto, grava sull'accusa, è indispensabile ribadire alcuni punti, che dovrebbero essere, ma non sono, ancora, considerati come dei postulati per una siffatta interpretazione.

Prima di tutto, visto che l'art. 40, cpv. cit., fa riferimento, espressamente, all'evento, è evidente che la c.d. regola dell'equivalenza non può in alcun modo acquistare rilevanza in relazione al mero omesso impedimento di una condotta.

In secondo luogo, posto che l'art. 2392 cit., prevede una responsabilità solidale degli amministratori, per l'omesso "impedimento" dei fatti da loro "conosciuti", si deve assumere che un siffatto obbligo non investe anche i "fatti", meramente, conoscibili o anche, soltanto, prevedibili⁹⁸.

Da ultimo, ma non per questo meno importante, sul piano probatorio, non si può non ritenere che il singolo amministratore abbia fatto tutto quanto doveva per impedire la commissione del reato, ogni qual volta dovesse risultare che ha fatto annotare il suo dissenso e comunicato la notizia, immediatamente, al collegio sindacale, ferma restando la validità dell'eventuale prova contraria che dimostri che queste iniziative sono state poste in essere al solo di fine di preconstituirsì la prova dell'innocenza⁹⁹.

Fissati questi punti, una sola ultima puntualizzazione risulta opportuna in relazione all'inquadramento dogmatico della responsabilità dell'amministratore che non ha impedito la commissione di un reato che aveva l'obbligo giuridico di impedire, e cioè che questa non può essere interpretata

⁹⁸ Cfr., da ultimo, sul tema della responsabilità dell'amministratore di diritto, che ha di fatto lasciato gestire la società ad un altro amministratore di fatto, la non condivisibile, pronuncia di Tr., Milano, 22.11.2006, Giudice unico, in *Guida al diritto*, 7, 2007, p. 83, secondo la quale «Sebbene l'accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di specifici disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto, a integrare il dolo dell'amministratore di diritto in tema di bancarotta fraudolenta negli illeciti commessi dall'amministratore di fatto è sufficiente la generica consapevolezza che il secondo compia condotte rilevanti ex art. 216 della legge fallimentare, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi delittuosi». Ma, per le molteplici ragioni che non consentono di condividere un siffatto orientamento si vedano le puntuali argomentazioni svolte da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, p. 264 ss.

⁹⁹ *Contra*, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 349 ss., il quale, giustamente, fa rilevare che agli adempimenti formali previsti dall'art. 2392, co. 3, c.c., non può essere riconosciuta una "forza" limitativa della responsabilità penale. Ma, a noi non sembra, che una siffatta interpretazione sia inconciliabile con quanto da noi asserito in relazione alla forza "proban- te" di questi comportamenti.

ed applicata come se individuasse una ipotesi autonoma rispetto al reato commesso dall'amministratore che ha distratto, perché essa rappresenta una forma "atipica" di concorso omissivo in un reato commissivo¹⁰⁰.

¹⁰⁰ In proposito è opportuno osservare che una responsabilità autonoma per omesso impedimento di un reato si deve ritenere, a nostro modesto avviso, configurabile soltanto nei casi espressamente previsti, quale è quello, ad esempio, dell'art. 57 c.p., sulla cui falsa riga è stato costruito anche l'art. 30 della c.d. legge Mammi sulle telecomunicazioni cit. In generale, sul punto, cfr. L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *R.i.d.p.p.*, 1995, p. 1273; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Torino, 2001, p. 376 ss.; nonché ID., *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*, in G. De Francesco, E. Venafro (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deattive*, Torino, 2003, p. 91. In particolare sulla responsabilità di coloro che rivestono posizioni apicali nelle imprese, cfr. E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, p. 59 ss.

