ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
Diritto – Economia – Storia

SEZIONE "Sistemi Punitivi e Garanzie costituzionali"
Area Diritto Penale

XXVI° Ciclo

"Il reato di ricorso abusivo al credito"

Ch.mo Prof. Mario Trapani
Coordinatore e Co-Tutor

Dottorando
Simone Gambardella

Ch.mo Prof. Aurelio Gentili
Tutor

Anno Accademico 2014/2015

Tutto ciò che è umano,
comunqua appaia,
è umano soltanto perché
vi opera e via ha operato
il pensiero
(G.W.F. Hegel)

INDICE

Indice **pag.3**

CAPITOLO 1

IL RICORSO ABUSIVO AL CREDITO: INTRODUZIONE E CENNI STORICI

1. Introduzione: il ricorso abusivo al credito ***pag.6***

2. Il "credito": definizione e elementi costitutivi ***pag.7***

3. Ricostruzione diacronica della fattispecie di ricorso abusivo al credito: dal codice di commercio alla legge fallimentare ***pag.9***

4. Evoluzione del ricorso abusivo al credito a seguito delle nuove disposizioni della Legge Fallimentare ***pag.13***

CAPITOLO 2

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE DI RICORSO ABUSIVO AL CREDITO

1. Gli elementi costitutivi della fattispecie ***pag.18***

1. La condotta **pag.18**

i. L'elemento oggettivo del reato pag.19

ii. La nozione di "dissimulazione" pag.26

iii. La nozione di dissesto e il confronto con lo stato di insolvenza pag.34

I. In particolare: applicazione delle disposizioni dell'articolo 203 l. fall.: gli effetti dell'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza rispetto al ricorso abusivo al credito pag. 40

b. L'interesse giuridico tutelato **pag.44**

i. La clausola di riserva pag.47

c. Il soggetto attivo del reato **pag.51**

i. *La specificazione dei soggetti attivi operata dalla legge n. 262 del 2005* pag.56

I. In particolare: gli amministratori pag.56

♦ *In breve: la nomina degli amministratori e i loro poteri* pag.60

- ♦ *In breve: il rapporto intercorrente tra gli amministratori e la società* pag.68
- ♦ *Il comitato esecutivo e gli amministratori delegati: le disposizioni dell'articolo 2381 c.c.* pag.71
- ♦ *La responsabilità degli amministratori: il contenuto e il significato delle disposizioni dell'articolo 2392 c.c.* pag.77
- ♦ *gli amministratori di fatto: le disposizioni dell'articolo 2639 c.c.* pag.89

II. In particolare: i direttori generali pag.97

- ♦ *In particolare: i direttori generali di fatto* pag.105

III. In particolare: i liquidatori pag.106

ii. La dichiarazione di fallimento e il suo rapporto con il ricorso abusivo: condizione obiettiva di punibilità? pag.110

I. Soluzioni sistematiche pag.117

II. Orientamenti giurisprudenziali pag.143

iii. Il ricorso abusivo al credito post-fallimentare pag.145

iv. *I casi di concorso dell'extraneus* pag.161

d. L'elemento soggettivo pag.183

e. Il problema della responsabilità civile nel reato di ricorso abusivo al credito pag. 189

i. In particolare: la concessione abusiva del credito in Francia e in Belgio pag.190

ii. Il sistema Italiano: l'evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale pag.194

iii. In particolare: la responsabilità della banca per interruzione del rapporto contrattuale pag.260

f. Il soggetto passivo pag.271

g. L'interesse giuridico tutelato pag.278

h. Il momento consumativo del reato pag.282

i. Ammissibilità ed esclusione del tentativo: rilievi e critiche della dottrina pag.288

i. La pena e le sanzioni accessorie pag.292

2. Le circostanze aggravanti e la circostanza attenuante pag.296

a. La nozione di "danno patrimoniale" pag.297

b. Il danno complessivo pag.305

c. In particolare: il comma 2° dell'articolo 219 l. fall. pag.316

CAPITOLO 3

IL RAPPORTO DEL RICORSO ABUSIVO AL CREDITO CON ALTRE FATTISPECIE DI REATO

1. Il ricorso abusivo al credito e la truffa pag.338

2. Il ricorso abusivo al credito e la bancarotta pag.350

3. Il ricorso abusivo al credito e l'insolvenza fraudolenta pag.357

4. Il ricorso abusivo al credito e il mendacio bancario pag.368

a. In particolare: i diritti e i doveri degli istituti di credito nella concessione di crediti alle imprese relativamente alla fornitura delle informazioni pag.380

CONCLUSIONI pag.386

BIBLIOGRAFIA pag.388

CAPITOLO 1
IL RICORSO ABUSIVO AL CREDITO: INTRODUZIONE E CENNI STORICI

1. Introduzione: il ricorso abusivo al credito

Il reato di ricorso abusivo al credito è disciplinato dalle disposizioni della Legge Fallimentare (cioè del R.D. 16 marzo 1942, n. 267[1]), in modo specifico all'articolo 218.
Tuttavia, le previsioni legislative del Regio Decreto sono state oggetto, negli ultimi due anni, di modifiche e precisazioni. In modo particolare gli interventi del legislatore sono stati realizzati attraverso la L. 80/2005, che ha convertito il precedente D.L. n. 35/2005 (recante disposizioni di modifica al sistema concorsuale); attraverso la L. n. 262/2005 (recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari) e con il D.lgs. n. 5/2006 (recante disposizioni di riforma della disciplina delle procedure concorsuali e modifiche alle norme generali della Legge Fallimentare).

In modo specifico, l'articolo 218, che definisce la fattispecie del ricorso abusivo al credito, è stato modificato dalla L. 262/2005, che ha introdotto alcune specificazioni in relazione ai soggetti attivi del reato ed alle sanzioni (sia in riferimento all'entità della pena, sia in riferimento all'applicazione societaria delle disposizioni).
Nonostante le variazioni apportate al testo legislativo, il reato di ricorso abusivo al credito ha mantenuto le sue caratteristiche principali di fattispecie "a parte" rispetto alla bancarotta, alla truffa e all'insolvenza fraudolenta, che già in origine la caratterizzavano. Essa, infatti, punisce, nella sua nuova versione:

"Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza"

Oltre agli altri soggetti che, in seguito, verranno nuovamente individuati nell'ambito societario con ulteriori specificazioni (amministratori e direttori generali di società dichiarate fallite o sottoposte alla liquidazione coatta amministrativa dopo l'accertamento dello stato di insolvenza, secondo l'articolo 225; institori, rispetto a imprenditori dichiarati falliti, secondo

[1] Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 81 del 6 aprile 1942;

l'articolo 227; soci illimitatamente responsabili delle s.n.c. e delle s.a.s., secondo l'articolo 222 e in generale soci a responsabilità illimitata, secondo l'articolo 203).

Le modifiche legislative intervenute, inoltre, non hanno chetato le discussioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno riguardato, già dall'origine, il contenuto dell'articolo 218 e delle norme ad esso collegate.

Tutti questi argomenti saranno meglio affrontati all'interno dei successivi capitoli, tuttavia è necessario occuparsi di alcuni punti fondamentali che riguardano il reato e di alcune definizioni preliminari, necessarie per comprendere meglio le questioni più complesse.

2. Il "credito": definizione e elementi costitutivi

La definizione di "credito", in relazione alla fattispecie di ricorso abusivo, è per orientamento unanime della dottrina[2], ampia e comprensiva di moltissime figure di contratto; infatti, qualsiasi negozio giuridico che determina una prestazione dilazionata nel tempo, a fronte di un immediato beneficio, integra la nozione di credito; in altri termini si potrebbe definire il credito come integrato con "qualunque prestazione cui taluni si induce nella fiducia di ottenere dall'*accipiens* il corrispettivo pattuito"[3] o comunque comprensivo di "qualunque prestazione data a fido per ottenere una controprestazione differita nel tempo" [4]. Non è necessario, ai fini dell'integrazione della figura di reato qui esaminata, che il credito, in quanto istituto, venga erogato per la stipulazione di un negozio giuridico commerciale; anche i rapporti creditizi costituiti a scopo personale (che integrano il *c.d. credito civile*, contro il *c.d. credito di impresa*, utilizzato prettamente per l'attività imprenditoriale) possono, nel momento in cui si accompagnino agli altri elementi individuati dall'articolo 218, comportare la realizzazione della fattispecie criminosa; il concetto di credito qui espresso è più ampio del concetto considerato nel settore bancario, poiché, se il legislatore avesse voluto limitare ad un

---

[2] ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale – leggi complementari: reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, II, Milano, Giuffré, 2003, p. 179;
CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. XXV, Padova, CEDAM, 2001, pp. 576-577;
GIULIANI-BALLESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, Giuffré, 1999, p. 421;
LA MONICA M. , *I reati fallimentari*, Milano, Giuffré, 1972, p. 518;
PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, CEDAM, 2003; p. 956;
PARTENITI C., *Diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 168;
SANDRELLI G.G., *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta: il ruolo del curatore nel processo penale*, Milano, Giuffré, 1990, pp. 9-10;
PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito*, in *Dir. Fall.*, 1952, I, p. 176.

[3] ANTOLISEI F., *Manuale...*, cit.., p. 179.

[4] *"Nel qual concetto rientrano tutti i rapporti che si fondano sulla fiducia del creditore di dare immediatamente la prestazione sua nella aspettativa di ricevere la controprestazione in tempo successivo"* PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito*,cit., p. 176;

solo settore, ad una sola tipologia, il concetto di credito, avrebbe indicato in modo specifico le modalità di ottenimento del "fido" o comunque del finanziamento.

I contratti e, più in generale, i negozi giuridici che possono essere presi in considerazione in relazione all'erogazione del credito sono i più disparati: ci si può riferire al contratto di compravendita, permuta o locazione in cui la dazione del prezzo, della cosa o del canone non sia contestuale alla controprestazione. Ad esempio ciò può accadere nella promessa di vendita e, più in generale, nei contratti preliminari, nei quali si trova la formulazione di una promessa, (che si accompagna alla fiducia riposta nella controparte) che determini un immediato vantaggio per la controparte (rispetto al promettente) e contemporaneamente l'assenza di un corrispondente tornaconto immediato per la prima parte considerata, che quindi assume su di sé il rischio della mancata restituzione del prestito, del mancato pagamento (totale o parziale) della merce e così via. Si pensi, appunto, alla promessa di compravendita con immediata corresponsione, in tutto o in parte, del prezzo o con immediato trasferimento del possesso della cosa, oppure all'emissione di assegni post-datati, oppure, ancora, ai veri e propri contratti di finanziamento come il mutuo e i fidi bancari[5].

Per una parte della dottrina[6], sono sicuramente ricomprese, nella nozione di credito, le prestazioni in natura (di fare e di dare), rese a fronte di controprestazioni di natura analoga o di differente tipologia; così, si può ritenere punibile, secondo questo orientamento, anche l'imprenditore che dissimuli il dissesto verso i propri dipendenti, continuando a fruire delle loro prestazioni lavorative, qualora il compenso dovuto ai lavoratori sia dilazionato nel tempo, con una dilazione maggiore rispetto a quella che usualmente si applichi per il pagamento dei salari e degli stipendi (cioè il normale versamento dello stipendio o del salario una volta al mese)[7].

In riferimento all'articolo 218 della Legge Fallimentare, la condotta del soggetto attivo si riferirà al credito non a causa del semplice ottenimento della fiducia della controparte o del

---

[5] La Cassazione penale, con sentenza 12 giugno 1952, (in *Giust. Pen..*, 1952, II, c. 1317), ha sostenuto che sia da ritenersi responsabile per il reato di ricorso abusivo al credito il commerciante che, *"anche se non contrae mutui o riceve denaro, acquista merci senza pagarle immediatamente con l'intenzione, seguita dal fatto, di rivenderle e nascondendo ai venditori il proprio stato di fallimento"*
Secondo il Tribunale di Piacenza, nella sentenza del 19 settembre 1952, (in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, II, p. 554), il commerciante in stato di fallimento che acquisti della merce dissimulando il proprio stato di insolvenza commette il reato ex articolo 218 Legge Fallimentare,

[6] SANDRELLI G.G., *I reati..*,cit., .p. 10;
PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca: legge fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 1995, p. 196; gli autori specificano che le obbligazioni che hanno ad oggetto un *facere* devono esigere l'impiego di mezzi patrimoniali, come può accadere per un contratto di appalto;

[7] Sarebbero esclusi, quindi, quei contratti nei quali – come avviene, ad esempio, per quelli stipulati con alberghi e ristoranti – l'*accipiens* sia tenuto ad eseguire immediatamente la propria prestazione; così CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa.*,cit., p. 576; così anche LANZI A., *La tutela penale del credito*, Padova, CEDAM, 1979, p. 117;

finanziamento, ma in relazione al fatto di aver dissimulato il proprio stato di dissesto (e, dopo la recente riforma, il proprio stato di insolvenza), allo scopo proprio di ottenere il margine di fiducia necessario per usufruire dei fidi, dei finanziamenti e delle dilazioni di pagamento. Poiché, di per sé, la condotta del "ricorso al credito" non potrebbe da sola integrare un fatto di reato (in quanto perfettamente lecita e, anzi, connaturata alla fisiologica attività di impresa) è necessaria la dissimulazione per determinare il pericolo di lesione nei confronti della controparte.

3. Ricostruzione diacronica della fattispecie di ricorso abusivo al credito: dal codice di commercio alla Legge Fallimentare

Il reato di ricorso abusivo al credito, in relazione al contenuto intrinseco delle disposizioni che lo disciplinano, è stato, come si è già visto al § 1, modificato negli ultimi anni, con l'introduzione di previsioni legislative più precise e analitiche.

Tuttavia, la "storia" della fattispecie prevista dall'articolo 218 della Legge Fallimentare, è molto più complessa e risalente e il suo esame ha dato vita, all'interno della dottrina, a dibattiti e scontri che hanno portato i diversi giuristi ad esprimere punti di vista differenti. Infatti, nonostante la dottrina maggioritaria si schieri a favore di un orientamento preciso, vi è stata la creazione di dottrine limitate, ma comunque autorevoli, di dissenso. Se, infatti, il gruppo maggioritario di Autori[8] sostiene la riconducibilità dell'attuale reato di ricorso abusivo al credito al precedente articolo 856 n.3 del Codice di commercio[9], un'altra parte della dottrina sostiene il contrario, eliminando ogni possibilità di collegamenti con la vecchia fattispecie[10].

L'articolo 856 del Codice di Commercio indicava:

---

[8] ANTOLISEI F., *Manuale...*, cit.., p. 176-177;
CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, cit., p.577;
CONTI O., *Ricorso abusivo al credito* (voce), in AZZARITI G., BATTAGLINI E., SANTORO PASSARELLI F. (diretta da), *Enciclopedia forense*, Vol. VI, Milano, Edizioni Francesco Vallardi, 1961, p. 490;
PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., pp. 192-193;
PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito.*, cit., pp. 183-184;

[9] Cioè del R.D. n. 1062 del 31 ottobre 1882.

[10] PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario....*,cit., p. 955;
PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Vol. IV, Milano, Giuffré, 1974, p. 2682; e dello stesso autore *Ricorso abusivo al credito.*, pp. 183-184;
Orientamento parzialmente negativo è attribuibile anche a DE SEMO G. , *Sul reato di ricorso abusivo al credito*, in *Giust. Pen.*, 1951, II, cc.85-86;

"E'colpevole di bancarotta semplice il commerciante che ha cessato di fare i suoi pagamenti e si trova in uno dei casi seguenti:

1) *se le spese personali o quelle della sua famiglia furono eccessive, rispetto alla sua condizione economica;*
2) *se ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;*
3) *se, allo scopo di ritardare il fallimento, ha fatto compre coll'intenzione seguita dal fatto di rivendere al di sotto del valore corrente, ovvero ha fatto ricorso a prestiti, a girate di effetti o ad altri mezzi rovinosi per procurarsi fondi;*
4) *se, dopo la cessazione dei pagamenti, ha pagato qualche creditore a danno della massa;*
5) *se non ha tenuto i libri prescritti, od almeno il libro giornale"*[11]

Come indicato, la parte dell'articolo che qui interessa è il numero 3, che prevedeva, già nel 1882, una fattispecie molto simile al ricorso abusivo al credito, annoverandola, però, all'interno del Libro III, TitoloVIII, Capo I, tra i reati di bancarotta[12].

Il risalente Codice di commercio copiava la legge francese del 1838, comprendendo sotto il titolo *"Delle bancherotte"* ogni reato che si fosse potuto consumare nei fallimenti, oltre alle norme che sanzionavano i colpevoli di questi reati. In questo titolo si trovavano quattro differenti capi; i primi tre trattavano, rispettivamente: *Della bancarotta semplice, Della bancarotta fraudolenta* e *Dei reati commessi nei fallimenti da altri che dal fallito.* All'interno di questo titolo si trovavano, però, fattispecie non direttamente assimilabili alla bancarotta (come l'attuale ricorso abusivo al credito) che vennero, originariamente, illegittimamente assimilate alla bancarotta anche dal legislatore italiano, nel Libro III, Titolo VIII, Capo I. Il ricorso abusivo al credito veniva, quindi, annoverato tra i reati di bancarotta semplice.

L'articolo 856 puniva, in generale, il "Commerciante"; questa figura veniva definita dall'articolo 8 del medesimo codice che recitava *"sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le società commerciali"*, vietando a molti soggetti l'esercizio del commercio[13]. Il commerciante veniva punito per la *cessazione dei pagamenti*, indicandosi come tale uno stato di cessazione già dichiarato dalla sentenza di

[11] Da CUZZERI E., *Codice del commercio,* BOLAFFIO L., VIVANTE C. (commento diretto da), Torino UTET, 1911, p. 689;

[12] Poiché, appunto, il Capo I si intitola "della bancarotta".

[13] Cioè ai minori, agli interdetti, alle donne maritate, poiché tutti questi soggetti appartenevano alla categoria degli incapaci. Si escludevano anche i procuratori e i notai e i condannati per bancarotta fraudolenta, in quanto appartenenti alla categoria degli incompatibili.

fallimento, e quindi non certo uno stato di cessazione di mero fatto, poiché, per determinare la rilevanza dello stato di cessazione, andava accertata, previamente, la responsabilità penale del commerciante.

In modo particolare, il numero 3 dell'articolo considerato puniva il soggetto che, in stato di cessazione dei pagamenti, realizzasse delle operazioni che si risolvevano nel cagionamento di un danno nei confronti dei creditori; il danno poteva non essere stato cagionato dolosamente, bensì semplicemente a causa della volontà di risollevare le sorti della propria impresa, volontà accompagnata dall'illusione di poter risanare le proprie finanze e di poter restituire, in seguito, il prestito. La dottrina, quindi, individuava nel reato in esame due elementi specifici: morale e materiale. L'elemento morale specifico era rappresentato dalla volontà di ritardare il fallimento; questo elemento poteva essere riconosciuto dal giudice grazie alla valutazione delle modalità di impiego dei fondi acquisiti dal commerciante (che, appunto, dovevano essere utilizzati allo scopo di posticipare il fallimento). Distrarre o consumare i fondi acquisiti determinava, invece, l'imputazione per bancarotta fraudolenta.

L'elemento materiale consisteva in una delle condotte descritte dall'articolo stesso, cioè , ad esempio nell'attività di acquisto, effettuata intenzionalmente, e seguita dalla condotta di rivendita della merce acquistata al disotto del valore corrente; questo, infatti, rappresentava un "mezzo rovinoso di far danaro"[14] e diventava reato quando, appunto, la condotta fosse stata realizzata allo scopo di ritardare il fallimento.

Le disposizioni dell'articolo 856 sono state notevolmente modificate nel 1942, quando il legislatore si è trovato a dover disciplinare nuovamente la figura di reato consistente nel ricorso al credito di tipo "abusivo". Il legislatore ha, quindi, preferito distinguere l'ipotesi di ricorso abusivo al credito rispetto alla bancarotta e alle altre figure di reato ad esso "somiglianti", rendendolo autonomo anche sotto il profilo "grafico" e letterale all'interno della legge; infatti, nella Relazione ministeriale che accompagna la Legge Fallimentare, in modo particolare al numero 53, si indica, volendo sottolineare le peculiarità della figura criminosa, che il reato previsto nelle nuove disposizioni, all'articolo 218, è "manifestamente caratterizzato non da semplice colpa ma da dolo di pericolo, esso richiama per alcuni aspetti l'insolvenza fraudolenta e per altri la truffa". Questo fa comprendere le differenti connotazioni che il legislatore ha voluto conferire alla nuova fattispecie.

Nonostante la derivazione abbastanza palese del ricorso abusivo al credito dal vecchio Codice di commercio, alcuni esponenti della dottrina [15] escludevano, e tutt'ora escludono, la riconducibilità dell'articolo 218 alla vecchia normativa; infatti, si afferma in modo categorico,

[14] Da CUZZERI E., *Commentario*..., cit.,., p. 700;
[15] *Supra, nota 7.*

che "la disposizione di cui all'art. 218 non ha riscontro nel diritto fallimentare anteriore" [16], escludendo, in modo esplicito, ogni tipo di riferibilità al vecchio articolo 856. Si indica che "fra tale disposizione e l'attuale art. 218 non vi è che una parziale coincidenza di parole, ché la diversità, sostanziale e formale, non potrebbe essere più completa". Vengono quindi poste delle argomentazioni a sostegno di tale tesi; innanzitutto, si fa riferimento all'elemento soggettivo, poiché il vecchio reato era punito a titolo di colpa, mentre quello attuale è punito a titolo di dolo; inoltre, si indica che l'articolo 218 non richiede, per l'integrazione della fattispecie, lo scopo di ritardare il fallimento[17], elemento, invece, esplicitamente previsto dal Codice di commercio; un'altra differenza consisterebbe nella individuazione dei soggetti attivi del reato, in quanto nel 1882 il reato venne costruito come addebitabile al commerciante dissestato, dichiarato fallito[18], mentre oggi, per alcuni autori, non è necessaria la dichiarazione di fallimento per poter punire un imprenditore per il reato di ricorso abusivo al credito[19] (salvo che nelle ipotesi nelle quali tale dichiarazione è espressamente prevista); infine, si sottolinea un'ulteriore differenza, consistente nel non aver più previsto, nelle norme del 1942, il riferimento ai "presiti e girate di effetti".

Di contro, gli autori favorevoli alla riconduzione dell'articolo 218 al vecchio 856[20] sostengono che, seppure con delle modifiche notevoli, l'articolo attuale deriva dalle disposizioni della norma del Codice di commercio; la nuova ipotesi criminosa sarebbe stata, nel 1942, distinta da quella di bancarotta per sottolinearne le particolarità[21] e per rendere più ampia la applicabilità della norma, resa più generale (avendo, il legislatore, eliminato, le indicazioni precedentemente presenti, riferite alle singole condotte realizzabili per determinare l'integrazione della fattispecie)[22]. Inoltre, il fatto che il legislatore abbia indicato nelle disposizioni dell'attuale articolo 217 gran parte del contenuto del vecchio articolo 856, lasciando da parte la sola condotta del "ricorso a prestiti" e trasfondendola nell'articolo 218, dimostrerebbe che nel comporre la Legge Fallimentare si siano volute, semplicemente, distinguere le due differenti ipotesi di reato già esistenti in precedenza ma assemblate un un'unica norma [23].

---

[16] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 183;
[17] Su questo punto è d'accordo anche DE SEMO G. , *Sul reato*..., cit., c. 86;
[18] Infatti, se la dichiarazione di fallimento non ci fosse stata o se lo scopo animatore del fatto fosse stato diverso, sarebbe venuto meno il reato; cfr. Corte d'Appello di Roma, 8 febbraio 1906, in *Giust. Pen.*, 1906, 1171;
[19] Cfr. CAP. 2, § 1, lett b., ii.
[20] Cfr. *supra,* nota numero 6.
[21] Ad esempio il fatto che il ricorso abusivo al credito sia perseguibile a titolo di dolo e non anche di colpa, differentemente dalla bancarotta;
[22] CONTI L.,*Il diritto penale dell'impresa.*, cit., pp. 573, 577;
[23] DE SEMO G. , *Sul reato*..., cit., c. 86;

Concludendo, si può dire, quindi che all'interno della dottrina non si è riusciti a raggiungere un accordo sul punto, in quanto le differenti fazioni rimangono statiche sulle rispettive posizioni; tuttavia un elemento è palese: dalla formulazione della norma dell'articolo 218, il ricorso abusivo al credito ha assunto dei propri autonomi connotati che lo hanno caratterizzato fino alle recenti riforme della Legge Fallimentare.

4. Evoluzione del ricorso abusivo al credito a seguito delle nuove disposizioni della Legge Fallimentare.

Come accennato al § 1, negli ultimi due anni molte disposizioni della Legge Fallimentare sono state modificate, coinvolgendo anche la fattispecie del ricorso abusivo al credito e norme "collaterali" e collegate ad essa.
In modo particolare, partendo proprio dalla specifica disposizione dell'articolo 218, si possono confrontare i due testi, pre- e post- riforma.

Il testo precedente era il seguente:

"Salvo che il fatto costituisca un reato più grave, è punito con la reclusione fino a due anni l'imprenditore esercente un'attività commerciale che ricorre o continua a ricorrere al credito, dissimulando il proprio dissesto.

Salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni."

La fattispecie, quindi, nella sua formulazione "base" puniva per il reato di ricorso abusivo al credito, l'imprenditore esercente attività commerciale, senza ulteriori specificazioni. Inoltre, il livello di pena era particolarmente poco elevato, poiché si prevedeva la "reclusione fino a due anni", rendendo il reato, in confronto alle ipotesi, ad esempio, di bancarotta (che veniva, già in origine, punita con pene più gravi[24]), molto meno grave.

Inoltre, l'ipotesi originaria di ricorso abusivo al credito determinava la punibilità nel caso di dissimulazione dello stato di dissesto, escludendo, almeno dal dato letterale, lo stato di

[24] La bancarotta fraudolenta, ex articolo 216, con la reclusione da 3 a 10 anni;
La bancarotta semplice con un limite edittale minimo più elevato rispetto a quello del ricorso abusivo al credito; infatti, l'articolo 217 prevedeva, già originariamente la pena della reclusione da sei mesi a due anni.

insolvenza [25]. Ancora, le norme riguardanti le società venivano rimandate agli articoli successivi, riguardanti proprio l'ambito societario di realizzazione della fattispecie, senza particolari accenni all'interno dell'articolo principale.

Con le disposizioni della legge n. 262 del 28 dicembre del 2005[26], in modo particolare del suo articolo 32, sono state profondamente modificate le previsioni dell'originario articolo 218. Il nuovo testo è il seguente:

"Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La pena è aumentata nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al capo II, titolo III, parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Salve le altre pene accessorie di cui al libro I, titolo II, capo III, del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni".

Come si può notare, l'articolo è stato arricchito nella sua formulazione, con l'aggiunta di alcuni elementi. Innanzitutto, il legislatore ha inserito ulteriori specificazioni relative ai soggetti attivi che possono realizzare il reato; oggi non saranno punibili, ovviamente attraverso l'utilizzo della norma "base" in quanto già in precedenza l'articolo 225 prevedeva l'estensione di punibilità, solamente gli imprenditori, ma anche gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori; questo potrebbe rendere applicabile a tali soggetti le disposizioni riguardanti il reato in esame, anche precedentemente rispetto al fallimento della società, suffragando le tesi di coloro che sostengono la non necessarietà della sentenza di fallimento per la punibilità dei colpevoli[27] a titolo di ricorso abusivo al credito. Inoltre, ex novo, è stata sottolineato il ruolo del liquidatore nella realizzazione di tale reato e la possibilità di applicare anche ad esso, con previsione esplicita, le sanzioni previste. Si è anche potuta notare la modifica terminologica intervenuta rispetto all'articolo 218, nel quale è stato inserito il

[25] E dando vita a discussioni della dottrina sul punto; cfr. CAP. 2, § 1, lett. a, ii;
[26] Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 301 del 28 dicembre 2005 - Supplemento ordinario n. 208;
[27] Cfr. CAP 2, § 1, lett. b, ii.

riferimento all'insolvenza, determinandosi, quindi, la pacifica applicabilità, qualora ne ricorrano gli estremi, anche nel caso di ricorso abusivo al credito delle disposizioni dell'articolo 67 Legge Fallimentare[28], anch'esso riformato, già con le legge 80/2005 .

Le pene sono state inasprite, sia con la previsione di un limite di minimo edittale più alto di quello precedente (che poteva essere previsto come limite molto basso, non essendo stato specificato nulla di particolare dalle norme dell'articolo 218[29]) sia con la determinazione di un limite edittale massimo più elevato che consentirà, almeno sul piano teorico, un'applicazione maggiormente effettiva della pena (infatti, si esclude, in assenza del ricorso a procedimenti speciali, la possibile applicazione della sospensione condizionale della pena qualora la sanzione applicata sia maggiore ai due anni di reclusione[30]).

Si è previsto un aumento di pena, inoltre, nel caso in cui la società all'interno della quale venga realizzato il comportamento penalmente rilevante sia una società con azioni quotate, in quanto viene richiamato il capo II del titolo III all'interno della parte IV del decreto legislativo 58/1998 [31], determinandosi sanzioni più alte a causa dell'ambito più ampio di rilevanza, sia della stessa attività dell'impresa, che operando sul mercato quotato avrà un volume d'affari maggiore rispetto a quello delle altre società non quotate, sia dei rapporti creditizi instaurati dalla società stessa, che avendo, come detto, un volume di affari molto ampio necessiterà di molto capitale, acquisito in parte anche attraverso il ricorso al credito.

Le altre modifiche realizzate dal legislatore hanno interessato altre norme collegate, anche solo indirettamente, con le disposizioni previste dall'articolo 218.Anche se se ne parlerà meglio nelle prossime pagine, si deve accennare, quindi, il riferimento alle altre riforme intervenute nel 2005 e nel 2006.

---

[28] Che riguarda la revoca di atti a titolo oneroso, di pagamenti e garanzie, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore;

[29] E per questo motivo il giudice avrebbe potuto applicare le norme generali dell'articolo 23 del c.p. che stabilisce, per la pena di reclusione che essa *"si estende da quindici giorni a ventiquattro anni"*, quindi con un minimo di pena davvero molto basso.

[30] Infatti, l'articolo 163 c.p. (nella versione modificata dalla legge 145/2004) prevede, al primo comma che:
"Nel pronunciare sentenza di condanna alla reclusione o all'arresto per un tempo non superiore a due anni, ovvero a pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e ragguagliata a norma dell'art. 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di cinque anni se la condanna è per delitto e di due anni se la condanna è per contravvenzione. In caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva non superiore a due anni, quando la pena nel complesso, ragguagliata a norma dell'articolo 135, sia superiore a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena detentiva rimanga sospesa."

[31] Cioè il Testo Unico in materia di Intermediazione Finanziaria, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 71 del 26 marzo 1998 - Supplemento Ordinario n. 52;

Nel 2005, la legge n. 80, che convertiva il decreto legge n. 35 del 2005, ha apportato delle modifiche alle procedure concorsuali e, per quanto concerne il ricorso abusivo al credito, alla disciplina del concordato preventivo, prevista dagli articoli 160 e ss. della Legge Fallimentare; tale disciplina è stata praticamente riscritta nel 2005, con una rettifica, operata nel medesimo anno dal decreto legge 273, convertito con la legge 51/2006. La disciplina del concordato preventivo è stata ulteriormente riformata nel 2006 ad opera del decreto legislativo 5/2006 che non ha agito direttamente sulle disposizioni dell'articolo 160 e degli articoli immediatamente seguenti, ma su quanto disposto in relazione alla "transazione fiscale", inserendo le nuove disposizioni dell'articolo 182 ter della Legge Fallimentare; inoltre ha apportato delle precisazioni in relazione all'articolo 163, ha modificato gli articoli 164, il 166 e il 167, ed ha inserito alcune precisazioni nell'articolo 169.

Tutte queste disposizioni sono riferibili al ricorso abusivo al credito poiché le disposizioni dell'articolo 236 (anch'esso modificato dalle disposizioni del decreto legislativo 5/2006[32] e che si riferisce oggi al solo concordato preventivo) richiamano l'articolo 227, riferito alla responsabilità dell'institore dell'imprenditore dichiarato fallito, anche per l'ipotesi di ricorso abusivo al credito.

Le disposizioni del decreto legislativo 5/2006 hanno anche modificato il contenuto dell'articolo 195 Legge Fallimentare che descrive le modalità di "Accertamento giudiziario dello stato d'insolvenza anteriore alla liquidazione coatta amministrativa". Queste disposizioni rilevano in relazione al reato di ricorso abusivo al credito, poiché vengono richiamate dall'articolo 203 Legge Fallimentare, riferito agli "Effetti dell'accertamento giudiziario dello stato d'insolvenza"; questo articolo, anche dopo la riforma determinata dal decreto legislativo 270/1999, consente l'applicazione delle disposizioni riguardanti l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza nei confronti dei soci illimitatamente responsabili[33], che possono essere coinvolti nell'applicazione delle norme sanzionatorie del ricorso abusivo al credito grazie a quanto previsto dall'articolo 222.

Infine, le previsioni del decreto legislativo 5/2006 hanno modificato l'articolo 142 Legge Fallimentare, non consentendo al fallito che abbia fatto ricorso abusivo al credito di godere

[32] Che ha eliminato il riferimento all'amministrazione controllata oltre a tutti gli articoli (187-193 Legge Fallimentare) riguardanti l'amministrazione controllata.
[33] Che sono imputabili anche per il reato di ricorso abusivo al credito, nel caso in cui appartengano a s.n.c. o a s.a.s. dichiarate fallite, grazie alle disposizioni dell'articolo 222 Legge Fallimentare.

del beneficio dell'esdebitazione in relazione ai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti.

CAPITOLO 2
I CONTENUTI DELLA FATTISPECIE DI RICORSO ABUSIVO AL CREDITO

1. Gli elementi costitutivi della fattispecie

Per definizione pacifica a livello giuridico si riconosce che il *"Fatto è l'insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici"*[34].

La fattispecie di ricorso abusivo al credito è quindi, ovviamente, composta da differenti elementi costitutivi; alcuni di essi, come i soggetti, sono stati modificati negli ultimi due anni, altri, invece, sono rimasti invariati.

Ad ogni modo, per l'illustrazione analitica del contenuto dell'articolo 218 Legge Fallimentare si prenderanno in esame le norme riformate, con specifiche indicazioni nel caso di variazioni rispetto al testo originario.

a. **La condotta**

Il contenuto della condotta è stato modificato grazie all'intervento della legge 262/2005, con l'introduzione di variazioni che non hanno inciso direttamente sulle modalità di realizzazione pratica del fatto di reato, ma sui corollari della condotta e sugli elementi di specificazione di essa.

Originariamente il testo dell'articolo 218 aveva il seguente contenuto, al primo comma:

"Salvo che il fatto costituisca un reato più grave, è punito con la reclusione fino a due anni l'imprenditore esercente un'attività commerciale che, ricorre o continua a ricorrere al credito, dissimulando il proprio dissesto".

Già *ab origine*, quindi, era possibile indicare che la condotta, che il soggetto attivo avrebbe dovuto realizzare, doveva consistere nel ricorrere o continuare a ricorrere al credito dissimulando il proprio dissesto; infatti, già nel 1942 appariva pacifica la necessaria specificazione riguardante la dissimulazione del dissesto, poiché, di per sé, ricorrere al credito non può costituire fatto di reato.

[34] Definizione di DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, Giuffré, 2004, p. 99

Oggi, dopo l'emissione della legge sopra citata, il testo dell'articolo 218 è stato modificato ed ha il seguente contenuto:

"Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni".

La condotta del ricorso al credito (e del "continuare a ricorrere") non è stata modificata, mentre sono state aggiunte delle specificazioni e degli ulteriori elementi volti a rendere più semplice l'interpretazione della norma (ad esempio il riferimento sia al dissesto sia all'insolvenza) oltre alle notevoli addizioni riferite ai soggetti attivi[35] e agli aumenti di pena[36].

Sottolineato, perciò, il carattere composito della normativa, a prima vista semplice e lineare ma comportante numerose questioni, i differenti aspetti della condotta verranno analizzati singolarmente.

Si può iniziare la trattazione della fattispecie dal suo elemento materiale.

i. <u>L'elemento oggettivo del reato</u>

L'elemento oggettivo del reato di ricorso abusivo al credito ruota, appunto, attorno al ricorso al credito, specificato e qualificato dalla dissimulazione dello stato di dissesto (o di insolvenza)[37]. La norma dell'articolo 218, in modo particolare, specifica che il soggetto attivo *"ricorre o continua a ricorrere al credito";* questa formula, apparentemente semplice, ha portato la dottrina a discutere sul significato dell'espressione e sulle possibilità giuridiche offerte da essa a colui (o coloro) che realizzi questa figura di illecito penale. In modo particolare alcuni autori, tra i quali si possono identificare coloro che hanno sostenuto le posizioni principali[38] si sono occupati, prendendo posizioni opposte e contrastanti, del problema costituito dall'espressione appena richiamata.

---

[35] Cfr. CAP. 2, § 1, lett. b;
[36] Cfr. CAP. 2, § 1, lett. h;
[37] Anche se Ottaviano Conti, in CONTI O., *Ricorso...*, cit.,p.491, sostiene che "In tale fatto (cioè nel ricorrere o continuare a ricorrere al credito) sono da distinguersi due elementi: il mezzo, che consiste nella dissimulazione del dissesto, e l'evento, che si concreta nel fare ricorso al credito", suddividendo, quindi, a priori l'elemento materiale del reato;
[38] Cioè, LA MONICA M. e ANTOLISEI F.

Non si è mancato in effetti di ritenere[39] che la dottrina abbia svolto uno studio frettoloso sul punto, non soffermandosi ad analizzare le differenze intercorrenti tra le due modalità di realizzazione della condotta, in modo particolare ricollegando questo tema con quello della possibile realizzazione del reato nella fase post-fallimentare[40]. Infatti, l'Autore, attraverso un'analisi che si potrebbe definire "letterale" in relazione al testo della norma, sostenendo la realizzabilità del reato anche in un momento successivo alla dichiarazione giudiziale di fallimento, indica che "le due figure criminose ipotizzate dalla norma concretano, la prima, un reato prefallimentare[41] (cioè il ricorso al credito in costanza di stato di insolvenza ma prima della dichiarazione di fallimento), la seconda, un reato post- fallimentare (cioè la continuazione del ricorso al credito successivamente rispetto alla dichiarazione di fallimento)". Quindi, distinguere in due parti la condotta avrebbe uno specifico obiettivo (cioè quello non solo di specificare le tipologie di condotta realizzabili ma anche quello di sottolineare la possibilità di realizzare il reato in esame nella fase postfallimentare), obiettivo già originariamente considerato e realizzato da parte del legislatore.

Di contro, l'ANTOLISEI definisce[42] l'inciso della formula legislativa come "pleonastico"; infatti, l'Autore sostiene che sia evidente "l'irrilevanza penale degli atti compiuti prima dell'intervento del dissesto", non potendo, inoltre, "sorgere fondato dubbio sulla responsabilità del soggetto qualificato, sia nel caso che egli ricorra al credito soltanto dopo il dissesto […] sia nel caso […] che egli persista in una prassi già iniziata e resa illecita dall'insorgere dell'insolvenza e dalla sua dissimulazione"; l'Autore cita, nell'esposizione della propria teoria, un interessante orientamento configurato da IMPERATO[43] in relazione alla duplicità (o meno) della condotta di ricorso abusivo al credito. L'Autore appena richiamato esordisce, nell'esposizione della propria teoria, indicando che per poter modificare, (attraverso addizioni o sottrazioni di elementi costitutivi), una determinata fattispecie, sarebbe necessaria la presenza nella formula normativa di "una serie univoca di elementi interpretativi che richiedano o, addirittura, impongano, un intervento tanto radicale"; in relazione alle disposizioni dell'articolo 218 Imperato non ravviserebbe, però, la presenza di tali elementi.

---

[39] In LA MONICA M., *I reati…*, cit., pp. 512-515;
[40] CAP. 2, § 1, lett a, parte v.
[41] Cioè un ricorso al credito quando il soggetto attivo versi già in stato di insolvenza o dissesto ma prima della dichiarazione esplicita di fallimento;
[42] In ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 178;
[43] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., pp. 579-580;

Infatti, esso sostiene che la formula "continua a ricorrere al credito" avrebbe significato limitatamente autonomo, se la si considerasse riferita al fenomeno per il quale il dissesto (e il conseguente ricorso al credito) potrebbero manifestarsi in qualsiasi momento della vita dell'impresa, con conseguenze differenti per quanto concerne la concessione del credito; in modo particolare, il legislatore avrebbe tenuto conto di questa possibilità, creando una norma adatta a sanzionare sia le condotte dell'imprenditore il quale, versando già in stato di dissesto, ricorra al credito (per la prima volta) dissimulando le proprie condizioni finanziarie, sia le condotte nelle quali l'imprenditore, avendo già fatto ricorso al credito, venga investito dal dissesto e ciononostante continui a ricorrervi, violando il dovere di segnalare al creditore il proprio stato di insolvenza (o dissesto); questo dovere sarebbe basato sul contenuto degli articoli 1175[44] e 1337[45] del codice civile che obbligherebbero l'imprenditore, in ogni situazione in cui ciò sia necessario, a rivelare le proprie (disastrose) condizioni finanziarie ad un potenziale creditore[46] . L'Autore, inoltre, individua una ulteriore differenza tra le due tipologie di condotta; esso sostiene che la seconda modalità di realizzazione della condotta (il "continuare a ricorrere") potrebbe essere maggiormente "insidiosa" rispetto alla prima; infatti, nel caso in cui il soggetto attivo si rivolga, dopo l'insorgenza del dissesto, ad una controparte che fu già nel passato sua creditrice, avrebbe il dovere di informare quest'ultima del proprio *status*, poiché il creditore potrebbe continuare a fare affidamento sulla precedente (e positiva) reputazione dell'imprenditore, e concedere, prestando meno attenzione alle garanzie offerte dalla controparte, il credito.

Un altro orientamento, esposto e sostenuto da SANDRELLI[47] , vede l'attribuzione di un significato particolare alla distinzione operata dal legislatore; infatti, la differenza diverrebbe saliente nel caso in cui ad un contratto concluso in situazione di normalità economica, segua un'esecuzione del contratto stesso in un periodo nel quale l'imprenditore dissimuli la propria crisi, crisi che si sia manifestata in un momento successivo alla stipulazione del contratto; la "continuazione", perciò, farebbe riferimento al comportamento scorretto

[44] che indica *"Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza";*
[45] che indica *"Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede";*
[46] Convengono sul punto PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., in *Commentario.…*,cit., p. 956 citando l'opinione conforme di PEDRAZZI; favorevole a questo orientamento è anche ROVELLI R., *La dissimulazione del dissesto nel reato di ricorso abusivo al credito*, in *Dir. Fall*., 1952, II, pp. 77-78;
[47] In SANDRELLI G.G., *I reati…*, cit., pp. 8-9;

dell'imprenditore che, pur versando in condizioni economiche negative, decida di non comunicare nulla al proprio creditore, continuando ad "usufruire" del credito che gli sia stato concesso serenamente in vigenza di una differente condizione finanziaria.. L'Autore, quindi, sostiene la punibilità, ad esempio, dell'imprenditore (e degli altri soggetti attivi previsti dalla norma) che abbia stipulato, in un momento di particolare positività economica, un contratto di somministrazione di beni o servizi (contratto di durata prolungata nel tempo), con clausola di pagamento dilazionato (e quindi classificabile alla stregua di "credito"), e che continui a beneficiare della prestazione anche quando le sue condizioni economiche siano peggiorate sino a giungere al dissesto. Lo stesso Autore, d'accordo con CONTI[48], esclude che la previsione di una "continuazione" di ricorso al credito implichi la necessaria realizzazione di una condotta plurima o abituale[49].

Il "ricorso al credito" non indica, inoltre, la semplice condotta di richiedere o "rivolgersi" al creditore; sarà necessario che la richiesta dell'imprenditore dissestato sia stata accolta e sia diventata contrattualmente vincolante per l'erogatore del credito (istituto di credito, fornitore, negoziante e così via). Ad esempio non è sufficiente la condotta dell'imprenditore che richieda al fornitore di merci di poter pagare con rate dilazionate nel tempo la merce acquistata: sarà necessario anche l'assenso del fornitore alla consegna del bene. Bisogna, però, specificare che non è necessario, almeno per una parte della dottrina, che l'intesa sia anche eseguita per dare vita alla fattispecie ex articolo 218, poiché l'esecuzione del contratto avviene dopo il perfezionamento del delitto.
SANDRELLI, infatti, come esponente di questa parte di dottrina[50], pone in essere, a riguardo, un esempio[51]: indica che il reato è consumato anche se il fornitore (per ragioni che possono variare di caso in caso, ad esempio per aver assunto migliori informazioni riguardo al proprio cliente) non corrisponda la merce dedotta come oggetto del contratto di fornitura[52]; per l'Autore, quindi, sarebbe sicuramente necessario l'incontro delle volontà negoziali delle parti, poiché rimarrebbe alla "soglia del tentativo" la semplice richiesta di credito

---

[48] In CONTI L., *Diritto penale commerciale,* Vol. II "I reati fallimentari", Torino, UTET, 1980, p.376 ;
[49] La stessa tesi si può dedurre anche da sentenze della Corte di Cassazione, come la sentenza della Sez. V, 15 settembre 1988, n. 9266, in *Riv. Pen.*, 1989, p. 238. In questa occasione, infatti, la SC ha indicato che nei casi di reiterazione delle condotte dei reati descritti dagli articoli 216 e ss. costituisce circostanza aggravante ai sensi dell'articolo 219 Legge Fallimentare.
[50] Nella quale, come si è visto, si può annoverare anche l'orientamento di Luigi CONTI;
[51] In SANDRELLI G.G., *I reati…*, cit., p. 9;
[52] Sono del medesimo avviso (anche se con alcune differenze rispetto al momento in cui si perfezionerebbe la condotta) PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 196; in questo caso si Autori pongono l'accento sul fatto che "nel momento stesso in cui assume un rischio abnorme, ingigantito dal dissesto del debitore, il concedente subisce una lesione patrimoniale […] il ricorso al credito non può esaurirsi, però, nel mero incontro delle volontà […] si richiede il conseguimento della controprestazione da parte del

non accettata; peraltro sarebbe condotta successiva alla consumazione (e quindi irrilevante) quella del creditore che non adempia alle proprie prestazioni (ad esempio non consegnando la merce) nei confronti dell'imprenditore dissestato. Sarebbe ugualmente riconducibile alle condotte successive alla consumazione il comportamento dell'imprenditore dissestato che si occupi di pagare il proprio creditore, poiché la norma dell'articolo 218 non richiede il vero e proprio inadempimento ma solo il rischio di inadempimento.

Aderisce a questo orientamento anche LANZI[53] ; infatti, secondo l'Autore, la funzione della norma dell'articolo 218 sarebbe quella di tutelare il credito (ed il creditore[54]) nel momento della instaurazione del rapporto contrattuale, determinandosi una maggiore rilevanza di questo momento dell'accordo rispetto alla sua eventuale esecuzione successiva; l'esecuzione successiva del contratto, ad ogni modo, potrà rilevare all'interno del giudizio al fine dell'applicazione di eventuali circostanze attenuanti o aggravanti, in relazione al cagionamento di un danno patrimoniale.

Vi è, invece, un'opinione non conforme sostenuta da IMPERATO[55]; esso, infatti, sottolinea la presenza della necessità di eseguire il contratto (almeno in parte) per determinare l'attualizzazione del danno per il creditore e quindi la realizzazione del reato;

L'Autore, all'interno del testo di Conti[56], sottolinea il duplice orientamento dottrinale in relazione al contenuto semantico della nozione di ricorso al credito; nella sua esposizione Imperato considera l'opinione dello stesso Conti, che sostiene che sia sufficiente la stipulazione del contratto di credito con il concedente per integrare la condotta descritta dalla norma; non si richiederebbe quindi alcuna esecuzione del contratto stipulato per determinare l'applicabilità delle disposizioni dell'articolo 218.

L'orientamento dell'autorevole Dottrina appena citata trova d'accordo anche SANDRELLI[57] (come si è potuto notare all'inizio del presente paragrafo) e COCCO[58]

---

dissestato o quantomeno di un anticipo: vale a dire un effettivo depauperamento patrimoniale non adeguatamente bilanciato dal soggetto passivo"

[53] LANZI A., *La tutela penale del credito,* cit. , p. 114;

[54] Riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione del 18 maggio 1967, in *Mass. Dec. Pen.,* 1967, n. 104.254;

[55] In *Il diritto penale dell'impresa,* cit., p.579;

[56] Cioè ne *Il diritto penale delll'impresa,* cit., p. 577;

[57] SANDRELLI G.G., *I reati...,* cit., pp.8-9;

[58] Citato nel testo di PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p.958; e presente in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1989, p. 541;

che sottolinea come non sia necessario, per determinare l'integrazione della fattispecie e la consumazione del reato, che si verifichi un danno per il creditore ingannato[59], poiché il reato si consumerebbe con il conseguimento del credito, anche in assenza del materiale versamento del denaro o della consegna della merce[60] [61]. La medesima opinione viene sostenuta da MANGANO[62], il quale sostiene che anche quando il reato sia collegato al fallimento dell'impresa il momento nel quale la condotta potrà dirsi perfezionata sarà quello in cui il soggetto attivo otterrebbe il credito.

Imperato, inoltre, per esprimere il proprio punto di vista (non conforme rispetto a quello appena illustrato), prende in esame, esponendo parere conforme, il differente orientamento di PEDRAZZI[63] che richiede per il perfezionamento della condotta in esame "il conseguimento della controprestazione da parte del dissestato, o quanto meno un anticipo"; in questo senso, quindi, sembrerebbe necessario un effettivo "depauperamento patrimoniale, non adeguatamente bilanciato, del soggetto passivo". Per Imperato sarebbe, quindi, preferibile questo secondo orientamento.

La giurisprudenza non sembra convenire con la tesi sottoscritta da Imperato; in alcune pronunce si trovano, infatti, specifiche affermazioni che consentono di individuare quale sia il significato attribuibile alla nozione di ricorso al credito.
In una sentenza recente[64], già successiva alla riforma, la Corte di Cassazione ha indicato come integrasse la fattispecie di ricorso abusivo al credito la condotta di presentazione (nei confronti di diversi istituti di credito) di "fittizi ordini di merce" e di "ricevute bancarie" allo scopo di dissimulare il dissesto nel quale versava l'impresa e al fine di ottenere ulteriori finanziamenti da parte delle banche.
Una pronuncia, antecedente alla riforma che ha interessato l'articolo 218[65], individua l'estraneità dell'elemento "danno" rispetto al momento consumativo della fattispecie di ricorso abusivo al credito; in modo specifico, il reato previsto dall'articolo 218 si distinguerebbe per questa sua caratteristica (oltre che per altri elementi molto più palesi e

[59] Favorevole a riguardo anche PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito*, cit., p. 210, anche se non conviene con gli autori citati in relazione all'individuazione del momento consumativi;
[60] PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., in *Commentario* …,cit., p. 958 citando l'opinione conforme di CONTI L.;
[61] Così anche la Corte di Cassazione nella sentenza del 9 giugno 1997, in *Riv. Trim. di dir. Pen. Econ.*, 1997, p. 1369;
[62] MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento, corso di lezioni*, Milano, Giuffré, 2003, p.177;
[63] PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., p. 197;
[64] Cass. Pen. Sez. V, 06 marzo 2007, n. 13846;
[65] Cass. Pen. Sez V, 04 maggio 2004, n. 23796;

rilevanti) dalla fattispecie di truffa. Altra fondamentale caratteristica della fattispecie, già precedentemente richiamata da LANZI[66], verrebbe individuata nella finalità per la quale il legislatore avrebbe inserito la norma all'interno della Legge Fallimentare; infatti, l'obiettivo principale della previsione legislativa sarebbe quello di "proteggere il patrimonio del creditore dal pericolo di inadempimento connesso allo stato di insolvenza del debitore" non essendo "estranei alla norma gli obiettivi di impedire nell'interesse dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose, e di tutelare l'interesse generale alla regolarità e sicurezza del traffico giuridico"; in riferimento a tale obiettivo, quindi, sarebbe stato più efficace concentrare la tutela penale all'interno della fase di instaurazione del rapporto contrattuale, cercando di impedire *ab origine* l'erogazione del credito; il danno patrimoniale viene richiamato dalla Corte in relazione alla possibile applicabilità delle disposizioni dell'articolo 219 Legge Fallimentare.
La Corte aveva indicato questo orientamento di pensiero già alcuni anni prima, in altre pronunce basate sull'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie di ricorso abusivo al credito e sulla individuazione delle differenze rispetto ad altre ipotesi di reato[67].

Come si è già visto[68], infine, il tipo di credito al quale si ricorre può avere le forme e i contenuti più vari e può realizzarsi attraverso differenti tipologie di contratto, come attraverso il contratto di mutuo, il fido bancario, l'acquisto di materie prime o merci confezionate fatto con dilazione di pagamento o rilascio di cambiali e così via.

In riferimento alla condotta di ricorso abusivo al credito, inoltre, è da considerarsi anche l'eventuale comportamento successivo o precedente del reo; infatti, la dottrina è, innanzitutto, unita[69] nel ritenere irrilevanti le eventuali garanzie, (reali o personali),

---

[66] LANZI A., *La tutela penale del credito,* cit. , p. 114
[67] Come nella pronuncia della Cassazione Penale, sezione V, del 18 ottobre 2002, n. 38225 nella quale la Suprema Corte ha individuato la possibilità di commettere il reato di ricorso abusivo al credito anche rappresentando *"alle banche alle quali aveva richiesto il credito la sua difficile situazione economica ed i conseguenti rischi di fallimento derivanti da una acclarata e pacifica condizione di insolvenza"* e presentando *"per lo sconto più ricevute bancarie relative in realtà ad un solo credito, rappresentando così crediti inesistenti";* in questa occasione i giudici hanno rimarcato la discrepanza principale intercorrente tra il ricorso abusivo al credito e la truffa, cioè il fatto di non porre come elemento della fattispecie del primo reato l'obiettivo di cagionare l'altrui danno.
[68] Cfr. CAP. 1, § 2;
[69] In tal senso: CONTI O., *Ricorso...*, cit., p. 491; PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., p. 197; CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., p. 578 PROVINCIALI R., R*icorso abusivo al credito,* cit., p. 196, l'Autore considera possibile "l'utilizzo" di questo tipo di condotta solo ai fini delle indagini sul dolo; l'Autore conferma il proprio orientamento anche all'interno del suo *Trattato di diritto fallimentare,* cit., p. 2683;

prestate ai fini dell'esclusione della punibilità. La medesima opinione viene sostenuta in relazione anche alla stipulazione di patti per la sicurezza del creditore o nel caso in cui siano presenti eventuali coobbligati solvibili.

Inoltre, anche un eventuale adempimento successivo al ricorso abusivo al credito, sarebbe irrilevante[70]; potrebbe, però, essere integrato all'interno degli elementi utilizzati per le valutazioni compiute, ai fini della determinazione della sanzione (ex art. 133 c.p.), da parte del giudice, soprattutto in relazione all'elemento soggettivo del dolo.

ii. La nozione di "dissimulazione"

Analizzando il testo dell'articolo 218 Legge Fallimentare si è potuto notare che l'elemento qualificante l'attività di ricorso al credito è determinato dalla dissimulazione dello stato di dissesto (o di insolvenza); sarà necessario, perciò, in questa sede, individuare il significato dell'espressione "dissimulazione".

La dissimulazione, in generale, può essere definita come l'omessa dichiarazione (spontanea o richiesta) dello stato di insolvenza (o dissesto) nel quale versi l'agente, omessa dichiarazione che intervenga nel momento in cui l'agente richieda l'erogazione del credito. Nonostante la semplice definizione, l'attività di dissimulazione, nell'interpretazione del suo significato, ha posto alcuni problemi.

Innanzitutto, ci si è soffermati a lungo, all'interno della dottrina e della giurisprudenza, sulla possibilità (o meno) di integrare la condotta di dissimulazione attraverso il solo silenzio; la questione, quindi, riguarda la possibilità di configurare la dissimulazione anche nel caso in cui non vi sia la prospettazione, esplicita, vera e propria di una situazione "ottimistica" relativa allo stato dell'impresa, bensì si determini semplicemente l'omessa dichiarazione del dissesto, ovvero il silenzio di fronte alla richiesta altrui. Si è già parlato delle differenti opinioni in merito alla necessità (meglio, all'obbligo) dell'agente di far conoscere il proprio stato di dissesto al creditore[71], ma in questo caso, s'intende affrontare il discorso da un altro punto di vista, in modo più approfondito.

---

[70] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, cit., p. 578; PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., in *Commentario…*, cit., p. 958 sostengono questa tesi in riferimento al principio generale di irrilevanza delle condotte successive alla consumazione del reato e facendo riferimento all'opinione conforme di PEDRAZZI; PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), in *Commentario…*,cit., p. 196, invece ricollegano questa esclusione ad un latro principio: quello della *par condicio creditorum*, in quanto "l'adempimento del dissestato, ove non fosse vanificato dalla revocatoria, andrebbe a discapito degli altri creditori, i cui interessi […] non sono affatto estranei alla tutela"; quindi, in questo secondo caso, si osserva la norma da un punto di vista più orientato al fallimento ed alle sue conseguenze.

[71] Cfr. note num. 47 e num. 50, *supra;*

Partendo dagli orientamenti della dottrina, si può notare la configurazione di due schieramenti principali separati: il primo, formato da coloro che sostengono la realizzabilità della dissimulazione soltanto con una espressa dichiarazione o con un comportamento (positivo) di occultamento, il secondo, che ammette la possibilità, invece, qualora vi sia un obbligo positivo di verità, di realizzare anche restando in silenzio il reato ex articolo 218.

Esponente del primo insieme di Autori è LA MONICA[72], che indica, in modo esplicito, che "il silenzio e la reticenza non sono sufficienti a configurare la dissimulazione del dissesto"; l'Autore prende in considerazione, per sostenere la propria tesi, i progetti del codice di commercio del 1925 (all'articolo 932) e del 1942 (all'articolo 992) nei quali il ricorso abusivo al credito (ancora appartenente alle fattispecie di bancarotta semplice) vedeva, come proprio elemento costitutivo, una dissimulazione realizzabile attraverso il silenzio (si utilizzava esplicitamente il verbo "tacere"); tale contenuto della norma era stato criticato da alcuni membri della commissione[73] e queste critiche sono state utilizzate come spunto da La Monica per invocare, in riferimento all'articolo 218, una interpretazione non limitatamente letterale ma storica e sistematica. Tale interpretazione storica potrebbe, a suo parere, legittimare anche il ricorso ai lavori preparatori dei progetti precedenti alla Legge Fallimentare, qualora la norma attuale non possa essere correttamente interpretata in altro modo[74]; il fatto che nella versione finale della norma non sia stato inserito il riferimento al verbo "tacere", consentirebbe di individuare, appunto, la vera volontà del legislatore, cioè quella di delegittimare il riferimento alla mera reticenza per l'integrazione della fattispecie di ricorso abusivo al credito. Inoltre, l'Autore si lega, per poter suffragare la propria teoria, alla mancanza di un onere di informazione dell'imprenditore nei confronti del creditore, onere relativo al dissesto.

ANTOLISEI[75] aderisce a questa prima corrente di pensiero; l'Autore prende in considerazione la situazione concreta nella quale potrebbe trovarsi l'imprenditore nel momento in cui richieda un credito o un finanziamento. In questo caso, appunto, viene indicata la scarsa possibilità di concludere il contratto (o comunque il negozio giuridico) con il semplice silenzio riguardante la situazione economico-finanziaria dell'impresa.

---

[72] In LA MONICA M., *I reati…*,cit., p. 522;
[73] Come MACARINI CARMIGNANI, in *Atti della Commissione delle Assemblee legislative per il progetto del codice di commercio del 1925,* p. 131;
[74] Cioè, in mancanza di altre fonti altrettanto univoche, l'Autore sostiene la bontà delle fonti storiche per l'interpretazione delle disposizioni attuali;
[75] In ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., pp. 177-178;

Antolisei, infatti, entrando nello specifico indica che "la dinamica stessa del ricorso al credito postula che il soggetto qualificato prenda l'iniziativa di trattative nelle quali […] egli, lungi dal tacere, dovrà esporre, illustrare o lasciar credere dati di fatto e circostanze atti a far ritenere alla controparte che è in grado di fornire la controprestazione". L'Autore lega la propria tesi, come La Monica, alla conclusione per la quale il soggetto che ricorre al credito non sarebbe obbligato a rendere noto il proprio dissesto alla controparte, non potendosi, quindi, configurare la commissione di un reato nel momento in cui le dissestate condizioni dell'impresa non venissero descritte al creditore.

La dottrina prevalente, però, è orientata verso la direzione opposta, costituendo un secondo gruppo molto più nutrito.

Esponente del secondo gruppo è, innanzitutto, PROVINCIALI[76], che indica la possibilità di realizzare il reato attraverso la semplice omissione della dichiarazione dello stato di insolvenza, ravvedendo, sempre e comunque, l'esistenza di un obbligo di informazione[77] da parte del debitore-imprenditore nei confronti dei futuro creditore (e basando su questo presupposto la sua tesi); esso esclude la necessità di realizzare atti di occultazione, nascondimento, raggiro e così via, poiché il silenzio, su circostanze ritenute necessarie per l'ottenimento del credito, è ritenuto rilevante ai fini della dissimulazione per l'applicazione della sanzione penale.

ROVELLI[78], aderendo a questa corrente di pensiero, ha realizzato un documento completo riguardante il contenuto possibile dell'atto di dissimulazione; all'interno della sua opera l'Autore indica, innanzitutto, una definizione di dissimulazione[79] prendendo poi in considerazione (così come La Monica), il contenuto dei lavori preparatori alla Legge Fallimentare ed i progetti preliminari alla nuova normativa. Contrariamente alla controparte dottrinale, però, Rovelli utilizza l'argomento della critica all'introduzione del verbo "tacere" all'interno delle disposizioni normative, a favore della tesi comprensiva del silenzio-dissimulazione; infatti, indica che "il dissimulare si addice più propriamente al nascondimento di uno stato di fatto, mentre il tacere si riferisce alle mancate dichiarazioni che possono, come tali, essere insufficienti a nascondere il dissesto agli occhi dei fornitori".

---

[76] In ROVELLI R., *Trattato…*, cit., p. 2683; Del medesimo avviso DE SEMO G. , *Sul reato...*, cit., c. 86; GIULIANI-BALLESTRINO U, *La bancarotta….*, cit., p. 424;

[77] Che troverebbe il proprio riferimento non solo negli articoli 1175 e 1337 del c.c. ma anche negli articoli 1366 (che riguarda l'interpretazione secondo buona fede del contratto) e 1371 (norma finale sull'interpretazione del contratto rimasto "oscuro") del medesimo codice.

[78] ROVELLI R., *La dissimulazione del dissesto nel reato di ricorso abusivo al credito*, in *Dir. Fall*., 1952, II, pp. 77-78;

[79] "Dissimulare il dissesto significa nascondere, tenere celato un oggettivo stato di decozione dell'impresa", in *Op. loc., cit.,* p. 77;

Sarà quindi individuabile, secondo l'Autore, un concetto di dissimulazione anche semplicemente riferito al silenzio ed alla reticenza, qualora non vi siano altri sintomi rivelatori del dissesto; infatti, il dissesto sarebbe, di per sé, già nascosto: la condotta dell'imprenditore consisterebbe nel continuare a tenerlo celato agli occhi altrui.

Anche PEDRAZZI aderisce a tale orientamento, sottolineando che la dissimulazione ha come obiettivo quello di mantenere, presso la controparte contrattuale, uno stato soggettivo di ignoranza, allo scopo di prevenire il costituirsi di inibizioni alla concessione del credito[80].

SANDRELLI[81], invece, effettua un discorso maggiormente articolato, indicando la difficoltà, in generale, di prospettare la costituzione di un rapporto di credito attraverso una semplice convenzione informale (nel testo si parla della "stretta di mano"); infatti, la complessità delle relazioni commerciali implica la determinazione di una descrizione dettagliata del proprio stato finanziario nei confronti del creditore, da parte del soggetto richiedente; qualora tale descrizione non avvenisse il soggetto attivo non potrebbe, presumibilmente, ottenere l'erogazione del credito. Tuttavia, talvolta, qualora il finanziamento riguardi una società onerata dall'obbligo di verità nelle comunicazioni verso terzi[82], la "lacuna maliziosa" assumerebbe il valore di illecito, poiché determinerebbe la violazione di un obbligo specifico di trasparenza e veridicità. Quindi, anche in questo caso, si ammette la rilevanza penale del silenzio e della reticenza ai sensi dell'articolo 218 Legge Fallimentare, qualora, nello specifico rapporto di credito, del quale si richiede la costituzione, sia necessario adempiere agli obblighi sopra descritti.

Un discorso ancora differente è posto in essere da alcuni autori[83], che rilevano la possibile attribuzione di uno specifico significato al silenzio solo nel caso in cui esso sia "circostanziato", cioè solo qualora il soggetto agente rimanga in silenzio in una situazione nella quale gli venga richiesto di tenere un comportamento positivo; un esempio viene formulato proprio da LANZI[84]che utilizza il caso di un soggetto che, di fronte

---

[80] Del medesimo avviso: PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito.*,cit., pp. 197-199; MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento…*, cit., pp. 175-176; PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2678;

[81] SANDRELLI G.G., *I reati*..., cit., pp. 12-14;

[82] Secondo le disposizioni dell'articolo 2621 c.c.

[83] CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 580-582 che limita alle ipotesi in cui il silenzio sia circostanziato la rilevanza di esso ai fini della dissimulazione; sempre lo stesso Autore ribadisce la propria posizione nel testo *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 372-373 (Cioè qualora vi sia un obbligo specifico di informazione, la rilevanza del silenzio); anche LANZI A., *La tutela penale…*, cit.., Padova, CEDAM, 1979, pp. 122-123 è del medesimo avviso di CONTI, in quanto ritiene possibile identificare la rilevanza del silenzio solo nel caso in cui esso, in relazione alle circostanze, potrà determinare la dissimulazione;

a una serie di domande rivoltegli allo scopo di accertarne la solvibilità e l'affidabilità, rimanga volontariamente in silenzio in relazione alle proprie difficoltà finanziarie, determinando l'ignoranza della controparte in relazione al proprio stato di dissesto/insolvenza. Quindi, sarebbe possibile determinare, in base a tale orientamento, una rilevanza del silenzio a seconda del tipo di situazione nella quale si trovi il soggetto interrogato.

La giurisprudenza, sul punto, è essenzialmente favorevole al secondo filone della dottrina; in differenti sentenze, soprattutto della Corte di Cassazione, il significato della dissimulazione è stato individuato come comprensivo anche del semplice silenzio[85]. In una recente sentenza[86], la Corte di Cassazione ha evidenziato, infatti, il significato generale da attribuire al termine "dissimulazione" che potrebbe consistere "in qualsiasi forma di inganno diretta ad occultare la conoscenza di uno stato esistente", sia attraverso specifici negozi giuridici volti a nascondere le condizioni effettive nelle quali versi l'impresa, sia attraverso comportamenti semplicemente reticenti.
Anche elementi fattuali e comportamenti apparentemente estranei alla dissimulazione potrebbero, per la Cassazione, rientrare nel novero delle condotte di chi cerchi di occultare il proprio dissesto o la propria insolvenza; infatti, in una recentissima sentenza[87], la Suprema Corte ha riconosciuto colpevole di ricorso abusivo al credito un imprenditore che, conscio dello stato di crisi dell'impresa, aveva posto un annuncio di proposta d'acquisto per un'automobile su un periodico, ovviamente non saldando il debito a scadenza. L'atto di dissimulazione sarebbe riconoscibile, in questo caso, poiché il soggetto avrebbe indotto la controparte a fare affidamento sulla sua solvibilità, solvibilità falsamente rappresentata poiché l'imprenditore non avrebbe fatto alcun riferimento

[84] In LANZI A., *La tutela penale…*, cit., p. 122;
[85] Si veda, con riferimento a questi orientamenti, Cass. Pen. Sez. III, 23 giugno 1958, in *Giust. Pen.*, 1959, II, c. 205; Cass. Pen. Sez. III, 10 luglio 1963, in *Giust. Pen.*, 1964, II, c. 395; Cass. Pen. Sez. V, 6 maggio 1968, in *Cass. Pen.*, 1969, p. 707 (nella quale si rileva una forma di incongruenza nella determinazione della nozione di dissimulazione per l'articolo 218 Legge Fallimentare rispetto al reato di insolvenza fraudolenta); Cass. Pen. Sez. V, 3 febbraio 1970, in *Giust. Pen.*, 1970, c. 896; Cass. Pen. Sez. I, 29 marzo 1979, n. 331, in *Riv. Pen.*, 1979, p. 778; Non è sentenza di Cassazione ma conviene con il medesimo orientamento la sentenza estesa da ROVELLI R., Trib. Torino, 25 febbraio 1952, in *Dir. Fall.*, 1952, II, p. 77; in questo caso il Tribunale configura la dissimulazione come realizzata dal soggetto che compia "la scelta maliziosa, nella cerchia dei possibili fornitori, di coloro ai quali la gestione commerciale di chi ricorre al credito possa apparire normale" *contra*, PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito*, cit., p. 199;
[86] Della Cassazione Penale, sezione V, del 22 giugno 2006, n. 30442;
[87] Cassazione Penale, sezione II, 9 gennaio 2007, n. 1324;

alle critiche condizioni economiche riguardanti la sua attività.[88]

Il secondo problema che si deve affrontare in riferimento alla dissimulazione, riguarda il suo collegamento ed il confronto con gli "artifizi o raggiri" che connotano la condotta di truffa; in modo particolare, ci si è chiesti se l'attività di dissimulazione, contrariamente rispetto alla condotta di semplice silenzio, possa estendersi sino ad essere realizzata attraverso il compimento di un'attività di induzione in errore, al pari di quanto avviene secondo le disposizioni dell'articolo 640 c.p.

In linea generale la dottrina ritiene di escludere questa possibilità, apponendo, a sostegno di questa tesi, differenti argomentazioni..

Per CONTI[89] il contenuto della dissimulazione non dovrebbe sforare sino ad estendersi agli artifizi o raggiri, in relazione al fatto che comprendere questo tipo di condotta all'interno dell'articolo 218, determinerebbe la punibilità, attraverso disposizioni della Legge Fallimentare, di un delitto differente cioè della sopra citata truffa. Anche se il testo citato è antecedente alla riforma operata dal decreto 262/2005, che ha eliminato la clausola di riserva *"salvo che il fatto costituisca un reato più grave"*, si può ancora sostenere questo tipo di tesi in quanto, così come viene indicato dall'Autore, la norma qui esaminata è inidonea, a livello strutturale, ad accogliere una interpretazione della dissimulazione in termini di "artifizi o raggiri", in quanto in essa non si fa riferimento alla necessaria induzione in errore del soggetto passivo del reato; infatti, l'effetto della dissimulazione ex articolo 218 sarà la costituzione di uno stato di ignoranza del creditore (in riferimento alla situazione di dissesto) e non la sua induzione in errore (perché in tale caso il ricorso abusivo al credito dovrebbe "cedere il passo alla truffa")[90].

È del medesimo avviso anche PEDRAZZI[91] che indica nello specifico le differenze intercorrenti tra la condotta di dissimulazione del ricorso abusivo al credito e della truffa[92], individuando il carattere residuale del ricorso abusivo rispetto al delitto descritto dall'articolo 640 c.p. e concentrandosi sull'induzione in errore della controparte

[88] Un'altra pronuncia recente della Corte di Cassazione, emessa dalla sezione V, il 6 dicembre del 2006 (pronuncia numero 1800), ha visto il riconoscimento della condotta di dissimulazione in relazione al comportamento di un soggetto che, per nascondere il proprio stato di dissesto-insolvenza si attribuisca *"di una professione che garantisce la solvibilità, come l'affermare di essere professionista legale destinato ad attività di recupero di crediti";* con espressa pronuncia, inoltre, la Corte indica che *"anche il silenzio può assumere rilievo quale forma di dissimulazione del proprio stato di insolvenza";*

[89] In CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., pp. 581.582;

[90] Il medesimo autore ribadisce la propria posizione in tal senso nel testo *Diritto penale commerciale,* cit., pp. 373-374 e nella nota 20 a pagina 373;

[91] PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., pp. 197-198;

[92] Cfr. CAP. 3, § 1;

contrattuale; infatti, questo secondo tipo di condotta richiede che all'interlocutore venga fornita una rappresentazione fuorviante dei fatti da cui derivi l'atto di disposizione autolesivo. Per questo, costituiscono fattispecie di truffa quei comportamenti dell'imprenditore dissestato volti a prospettare una situazione patrimoniale positiva e quindi a determinare presso la controparte un affidamento capace di motivare la concessione del credito[93].

In termini diversi, invece, viene affrontata la questione da parte di SANDRELLI[94] che sembra propendere per una soluzione collocata a metà tra la costituzione della dissimulazione attraverso il semplice silenzio e la realizzazione di artifizi e raggiri; infatti, nonostante il concetto espresso dall'Autore sembri il medesimo individuato *supra*, l'Autore utilizza in modo ambiguo alcuni termini. Si parla, nel suo testo, innanzitutto di un risultato necessario, che la dissimulazione dovrebbe raggiungere, descritto come cagionamento di un "errore in capo all'erogatore del credito circa lo stato di dissesto"; in seguito, però, si accenna alla determinazione di uno stato di ignoranza presso il creditore. Il discorso ritorna, però, a complicarsi nel momento in cui Sandrelli individua la possibilità, talvolta, di sostanziare la dissimulazione attraverso veri e propri artifizi e raggiri; siccome, però, l'utilizzo degli artifizi sembra assumere nel testo citato la forma di una sorta di eccezione, non si riesce a capire se l'Autore voglia indicare la soluzione descritta come una forma "patologica" di ricorso abusivo al credito oppure come una sorta di "ibrido", costituito anche dalla possibilità di utilizzare le tecniche del truffatore allo scopo di ottenere il credito.

La giurisprudenza sembra propendere per la soluzione maggioritaria predisposta dalla dottrina, cioè per l'esclusione della possibilità di configurare il ricorso abusivo al credito nel caso in cui si realizzi la dissimulazione attraverso "artifizi o raggiri"[95]; infatti, determinare la rappresentazione di una differente realtà presso il creditore integrerebbe il reato di truffa.

---

[93] Del medesimo avviso, PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito*,cit., p. 197; PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario....*, cit., pp. 956-957 che indicano che "è integrata la fattispecie in esame (cioè il ricorso abusivo al credito) quando l'imprenditore dissestato non fa opera di convincimento ma si limita a tener nascosto il dissesto" citando l'opinione conforme di PEDRAZZI; DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffré, 2003, pp. 218-219; DE SEMO G. , *Sul reato...*, cit., c. 88; ROVELLI R., *Trattato…*, cit., p. 78;

[94] SANDRELLI G.G., *I reati...*, cit., pp. 11-14;

[95] In tal senso: Cass. Pen. Sez. III, 28 giugno 1961, in *Cass. Pen.*, 1961, m. 98.664; Cass. Pen. Sez. II, 13 febbraio 1986, in *Giust. Pen.*, 1987, II, c.c. 335-336, nella quale si indica che "Il reato di ricorso abusivo al credito […] si distingue dal reato di truffa […] perché per la sua sussistenza non è richiesto né il fine specifico dell'ingiusto profitto con altrui danno (eventuale), né l'uso di artifici o raggiri, non potendo considerarsi artificio o raggiro la semplice dissimulazione dello stato di insolvenza";

integrazione che verrebbe sottolineata anche dagli orientamenti giurisprudenziali maggioritari, soprattutto attribuibili alla Corte di Cassazione, che definiscono la condotta di "artifizi o raggiri" come riferibile a comportamenti attivi del soggetto posti in essere allo scopo di indurre in errore la controparte (e idonei, in concreto, a determinare tale induzione in errore)[96].

Tuttavia, talvolta, la Cassazione determina una estensione del concetto di "artifizi o raggiri" che potrebbe indurre ad assimilare la fattispecie di truffa a quella di ricorso abusivo al credito, a causa della genericità della definizione[97], integrandosi la condotta di induzione in errore anche solo tacendo informazioni che il soggetto avrebbe dovuto comunicare nei confronti della controparte contrattuale[98]; infatti, la dottrina ha criticato questo orientamento giurisprudenziale, determinandone una "rimessa in riga", e ribadendo il concetto più restrittivo dell'espressione prevista dall'articolo 640[99].

---

[96] Riflettono questo orientamento le sentenze seguenti: Cassazione Penale, sezione V, 16 marzo 2000, n. 3346 che vede la Corte effettuare un vero e proprio parallelo tra il reato di ricorso abusivo al credito e quello di truffa; Cassazione Penale, sezione V, 18 ottobre 2002, n. 38225 nella quale si sottolinea esplicitamente che*: "per ravvisare il delitto di truffa è necessario un comportamento, caratterizzato da artifici e raggiri idoneo ad indurre in errore la parte offesa, diverso dalla dissimulazione del dissesto"* ; Cassazione penale, sezione V, 4 maggio 2004, n. 23796 nella quale la Suprema Corte indica: *"l'imprenditore viene perseguito ai sensi dell'articolo 218 della legge fallimentare; si tratta di una ipotesi di reato affine alla truffa, che non richiede però per la sua sussistenza né il fine specifico dell'ingiusto profitto con altrui danno, né l'uso di artifici e raggiri, non potendosi considerare artificio o raggiro la semplice dissimulazione dello stato di dissesto";*

[97] In tal senso: Cass. Pen. Sez. II, 13 marzo 1968 in *Cass. Pen.*, 1969, p. 855; Cass. Pen. Sez. V, 28 ottobre 1968, in *Cass. Pen*, 1969, p. 1370; Cass. Pen. Sez. II, 16 marzo 1970, in *Cass. Pen.*, 1972, p. 235; Cass. Pen. Sez. II, 23 giugno 1989, in *Cass. Pen.* 1991, II, p. 1790; Cass. Pen. Sez. II, 16 febbraio 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 1790; Cass. Pen. Sez. II, 19 aprile 1991, in *Cass. Pen.*, 1992, 1257;

[98] Come nella sentenza della Cassazione Penale, sezione II, 10 febbraio 2006, 10262, nella quale la Suprema Corte ha indicato che gli artifizi o raggiri vengono integrato anche dal *"silenzio su circostanze rilevanti, se attivamente orientata a trarre in inganno il soggetto passivo, integra l'artificio della truffa ove tale effetto abbia prodotto"* ,, nella sentenza della Cassazione Penale, sezione VI, del 10 aprile 2000, n. 6791, nella quale la Corte ribadisce che *"E' appena il caso di aggiungere che l'artificio o il raggiro richiesti per la sussistenza del reato di truffa possono consistere anche nel silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere di farle conoscere, la fonte del dovere di informazione potendo risiedere anche in una norma extrapenale come l'art. 1759 cod. civ. (Sez. II, 13.11.97, F., m. 210575)"*, e nella sentenza Cassazione Penale, sezione II, del 13 novembre 1997, n. 870, nella quale la Cassazione indica che *"Come costantemente è stato ritenuto da questa Suprema Corte (tra le altre Cass. II 19.4.1991, <S.>) l'artificio o il raggiro richiesti per la sussistenza del reato di truffa possono consistere anche nel silenzio, maliziosamente serbato su alcune circostanze da chi abbia il dovere di farle conoscere in quanto il comportamento dell'agente, in tal caso, non può ritenersi meramente passivo, ma artificiosamente preordinato a perpetrare l'inganno, la fonte del dovere di informazione potendo risiedere anche in una norma extrapenale, come l'art. 1337 cod. civile che impone alle parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, l'obbligo del comportamento secondo buona fede o come l'art. 1759 c.c. in caso di contratto concluso tramite mediatore che impone a questo ultimo di "comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla ricorrenza dell'affare" in virtù del dovere di imparzialità incombente nel mediatore stesso"*.

[99] La critica è stata operata da: IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, cit., p. 582, che ribadisce l'interpretazione degli "artifizi o raggiri" in senso significativo della fraudolenza tipica della truffa, escludendo, in tal senso, la rilevanza del mero silenzio; PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., pp. 196-197 ammettono ipotesi di truffa per mezzo del silenzio circostanziato;

Da ultimo, è necessario precisare che l'attività di dissimulazione potrà dirsi come effettivamente realizzata (e come attività idonea al raggiungimento dello scopo) nel momento in cui l'erogatore del credito non fosse, già in precedenza, a conoscenza dello stato di dissesto (o di insolvenza) dell'imprenditore[100].

Per CONTI, in questo caso, il reato non sussisterebbe in quanto mancherebbe un elemento costitutivo essenziale della fattispecie (appunto, la dissimulazione); tuttavia, il verificarsi di questa ipotesi è, proprio per indicazione specifica dell'Autore, molto poco probabile poiché, nella realtà, chi conosca lo stato di insolvenza di un imprenditore non verrebbe affatto indotto a concedere il credito, anche se, tale possibilità, non deve essere totalmente esclusa dalla casistica; in alcuni casi si è affermata l'impossibilità di realizzare questo reato nel caso in cui il giudice abbia palesato il dissesto dell'imprenditore emanando una sentenza di fallimento; tuttavia, come ha affermato la Cassazione[101] , per quanto la sentenza dichiarativa di fallimento sia resa di pubblico dominio, la notizia di essa non raggiunge tutti coloro che gravitano intorno al mondo dell'impresa, soprattutto se domiciliati in luoghi lontani da quello in cui sia stata emessa la sentenza stessa. Ma questa soluzione può essere indicata come ovvia in quanto costituisce necessaria condizione per il compimento della dissimulazione per il nascondimento del dissesto nei confronti del creditore[102].

iii. <u>La nozione di dissesto e il confronto con lo stato di insolvenza;</u>

Esaminando le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, si coglie l'importanza di un ulteriore elemento della fattispecie; infatti, la definizione di ricorso abusivo al credito comprende non soltanto la necessaria dissimulazione e l'ovvio ricorso al credito, ma anche il fondamentale stato di dissesto (o, secondo le ultime riforme, di insolvenza) dell'impresa.

Per questo motivo sarà necessario definire che cosa si intenda per "dissesto" e per "stato di insolvenza", indicando, preliminarmente, quale sia il "ruolo" dei termini all'interno della fattispecie incriminatrice esaminata.

---

[100] Così: PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 199; SANDRELLI G.G., *I reati..*, cit., pp. 12-14 sostiene, invece che sia necessario dare prova dell'effettivo inganno costituito nei confronti del creditore. Infatti, l'inganno verrebbe meno se l'erogatore del credito fosse conscio della crisi dell'impresa. La condotta del soggetto attivo, in questo caso, sarebbe ferma alla soglia del tentativo;

[101] Nella sentenza del 22 dicembre 1961, in *Giust. Pen.*, 1962, II, p. 872;

[102] Infatti, la maggior parte degli autori omette il riferimento a questo elemento, poiché esso è ritenuto implicito;

Il dissesto e l'insolvenza sono gli elementi costituenti l'oggetto della dissimulazione, cioè dell'attività che rende illegittimo il ricorso al credito da parte del soggetto agente.

In relazione al possibile significato equivalente dei termini citati, sono sorte, però, alcune diatribe all'interno della dottrina, poiché alcuni giuristi hanno fatto riferimento ad un contenuto semantico dei vocaboli minoritario e criticabile.

Una parte degli autori[103] , infatti, sostiene la posizione per la quale il dissesto si potrebbe definire come uno stato di "squilibrio per la prevalenza del passivo nell'attivo"[104], cioè uno stato di semplice scompenso economico dell'azienda, che creerebbe delle difficoltà finanziarie in relazione alla restituzione dei debiti assunti. Per questi Autori, lo stato di dissesto sarebbe perciò di minor portata rispetto alla vera e propria insolvenza, descritta dalle disposizioni dell'articolo 5 della Legge Fallimentare[105]; infatti, l'insolvenza costituirebbe lo stadio successivo rispetto al dissesto, uno stadio in relazione al quale l'imprenditore verserebbe in una situazione economica talmente grave da non essere più in grado di far fronte al passivo ed ai debiti contratti; l'insolvenza, quindi, potrebbe essere definita come "la fase terminale del dissesto cui non si è potuto o non si è voluto porre rimedio"[106] [107].

Di contro, la maggior parte della dottrina è favorevole alla posizione opposta, che assimila il concetto di dissesto a quello di insolvenza[108]. In modo particolare, infatti, gli Autori che sostengono questa interpretazione indicano che il termine "dissesto", di per sé non tecnicamente corretto in quanto suscettibile di differenti e più ampie interpretazioni[109],

---

[103] DE SEMO G. , Sul reato..., cit.,c. 88; PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato di ricorso abusivo al credito*, in *Giust. Pen.*, 1954, II, cc. 221-223;
[104] Da PUNZO M., *Op loc. cit.*, c. 222;
[105] Di cui si parlerà in seguito, sempre all'interno del paragrafo corrente;
[106] Da PUNZO M., *Op. loc. cit.*, c. 222;
[107] Una posizione parzialmente favorevole a questo orientamento viene sostenuta da PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario....*, cit., p. 956, che, pur escludendo la possibilità di appoggiare totalmente, in termini generali, l'orientamento appena descritto, sostengono che "l'uso del termine atecnico nella previsione in esame abbia lo scopo di marcare la differenza con lo stato di fallimento" che non viene ritenuto, da parte degli Autori, condizione di punibilità del reato" appoggiando, così, l'orientamento di ANTOLISEI.
[108] Appartengono a tale fazione dottrinale: ANTOLISEI F., *Manuale...*, cit.., pp. 180-181; CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa.*,cit., p. 575; : CONTI O., *Ricorso...*, cit., pp. 490-491 LA MONICA M. , *I reati…*, cit., pp. 518-519; PAJARDI nel testo di PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice del fallimento*, Milano, Giuffré, 2004, p. 1342; PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito*, cit., p. 179; ROSSI A., *I nuovi illeciti commerciali e la crisi dell'impresa: la causazione del dissesto*, in FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA e ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO, FACOLTA' DI ECONOMIA E MANAGEMENT, ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DI IVREA, PINEROLO E TORINO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Vol. II, Torino, 2002, pp. 60-62; ROVELLI R., *Trattato….*, cit., p. 78; SANDRELLI G.G., *I reati..*, cit.,. pp.10-12;
[109] Ci si potrebbe, infatti, ad esempio riferire ad una semplice mancanza di liquidità dell'azienda;

dovrebbe essere inteso alla stregua di sinonimo del termine "insolvenza"; questa posizione può essere sostenuta, in modo particolare, confrontando le disposizioni dell'articolo 218 con altre norme che, nella medesima legge, utilizzano il termine "dissesto" con il significato di insolvenza; queste norme sono contenute negli articoli 223 [110], 224[111], 232[112] Legge Fallimentare. Inoltre, si individua un altro argomento favorevole alla tesi appena esposta[113]: accogliendo una nozione sistematica e limitata di dissesto, si consente di evitare l'eccessiva estensione dell'applicabilità delle disposizioni riguardanti il ricorso abusivo al credito; utilizzando nozioni più "rigide" si potrebbe, infatti, ovviare al rischio di punire condotte di ricorso al credito realizzate in presenza di situazioni di semplice difficoltà momentanea dell'impresa, situazioni che non possono essere indicate come integranti un vero e proprio dissesto permanente e irrecuperabile. Infatti, vi possono essere delle condotte che, seppur anomale, non integrano nella loro realizzazione pratica, la fattispecie di ricorso abusivo al credito; SANDRELLI[114], ad esempio, fa riferimento alla condotta di emissione di assegni in pagamento post-datati; questo tipo di comportamento, per l'Autore, non proverebbe l'esistenza dello stato di insolvenza in quanto sarebbe una pratica molto utilizzata anche da imprenditori non "dissestati".

Questo orientamento, che consente l'equiparazione dei due termini, potrebbe essere confermato anche tenendo conto del contenuto delle discussioni parlamentari che hanno accompagnato i primi disegni di legge volti a modificare la Legge Fallimentare; infatti, leggendo i verbali di tali disquisizioni si coglie la volontà del legislatore di subordinare la rilevanza della condotta di dissimulazione alla presenza di uno stato di insolvenza, al quale, però, risulta assolutamente possibile assimilare il dissesto[115]. Infine, la stessa Corte Costituzionale, in alcune sentenze precedenti rispetto alla recente riforma della Legge Fallimentare utilizza i due vocaboli come diretti sinonimi intercambiandoli tra loro ma attribuendovi il medesimo significato.[116]

---

[110] Riferito all'applicabilità delle disposizioni riferite alla bancarotta fraudolenta nei confronti degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori di società dichiarate fallite che, per quanto qui interessa, hanno cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società;

[111] Riferito all'applicazione delle disposizioni relative alla bancarotta semplice nei confronti degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori di società dichiarate fallite che, per quanto qui interessa, hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società;

[112] Riferito alle domande di ammissione di crediti simulati o distrazioni senza concorso col fallito;

[113] In CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa.*,cit., p. 575;

[114] SANDRELLI G.G., *I reati…*, cit., p. 11;

[115] In uno dei molti verbali delle sedute parlamentari si legge, infatti: *"Accanto a tipologie di condotta ricavate dalla tradizionale articolazione del delitto di bancarotta fraudolenta […] trova in questo contesto adeguata collocazione anche l'ipotesi del ricorso abusivo al credito […] ugualmente ancorata al presupposto dello stato di insolvenza";* da *www.camera.it/_dati/leg13/stampati/sk7500/relazioni/7497.htm*, ma anche all'interno delle relazioni successive inerenti al medesimo disegno di legge si possono notare le stesse dichiarazioni;

Un orientamento dottrinale specifico, però, indica l'esistenza di una limitata differenza semantica intercorrente tra il termine "dissesto" e il termine "insolvenza"; infatti, Ottaviano CONTI[117] sostiene che l'unica differenza, seppur non essenziale, tra i due concetti sarebbe riferita al fatto che il dissesto potrebbe riguardare in modo specifico la disorganizzazione, a livello economico, di un'impresa, mentre lo stato di insolvenza farebbe riferimento a quella condotta di mancato pagamento dei propri debiti, realizzabile, però, da parte di chiunque, e non solo da parte di soggetti inseriti all'interno di una impresa o di una società.

L'insolvenza viene, ad ogni modo, differentemente dal dissesto, definita dalle disposizioni dell'articolo 5 comma 2° della Legge Fallimentare[118] che indica:

"Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Per la dottrina, peraltro, in modo pacifico, l'insolvenza può essere definita come quella situazione in presenza della quale, essendo noto lo stato di crisi dell'impresa, potrebbe, per le disposizioni del comma 1° dell'articolo 5 Legge Fallimentare[119], intervenire la dichiarazione di fallimento; quindi, il legislatore avrebbe voluto, in questo caso "dare rilievo giuridico a fatti che esteriorizzano la crisi irreversibile dell'impresa"[120] e che possono, inevitabilmente, portare l'impresa stessa al fallimento. Alcuni Autori[121] si sono occupati di fare a una precisazione; infatti, con riferimento alla possibilità di distinguere l'insolvenza

---

[116] A titolo di esempio si vedano le sentenze: n. 41/1985, in *www.giurcost.org/decisioni/1985/0041s-85.htm;* n.363/1994, in *www.giurcost.org/decisioni/1994/036s-94.html;* n. 110/1995, in www.giurcost.org/decisioni/1995/0110s-95.htm all'interno della quale la Corte si occupa, tra le altre cose, di distinguere le situazioni di vera e propria insolvenza dalle situazioni di difficoltà passeggera. Inoltre, ivi la Consulta definisce l'insolvenza come *"lo stato irreversibile di dissesto";*

[117] In CONTI O., *Ricorso…*, cit., pp. 490-491;

[118] Non modificato dalla riforma del 2006;

[119] Che indica, in modo esplicito, che *"L'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito"*.

[120] DE SENSI V., in *Il concetto di insolvenza,* in *www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/crisi/desensi_concetto.pdf* , p. 2*;*

[121] CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., pp. 372-373; PROVINCIALI R., *Stato di insolvenza,* in *Studi in onore di Cicu,* !951, II, p.134 ;

soggettiva da quella oggettiva[122], PROVINCIALI, in particolare, ha interpretato il dissesto-insolvenza dell'articolo 218 come riferito ad un'insolvenza soggettiva e volontaria[123]; altri[124], invece tendono ad utilizzare il solo concetto di insolvenza oggettiva, che viene, talvolta, indicato come stato di vera e propria insolvibilità nei pagamenti[125]; gli autori citati, infatti, indicano che l'insolvenza è "di chi non può pagare mentre l'inadempimento è di chi non paga (volontariamente). In sostanza l'insolvenza si traduce in una in capienza, almeno presumibile"[126].

La giurisprudenza definisce in modo univoco lo stato di insolvenza; per la Corte di Cassazione[127], infatti, si potrebbe parlare di insolvenza di fronte ad una situazione di "impotenza economica che non consente più all'imprenditore di adempiere regolarmente, e con mezzi normali, le proprie obbligazioni essendo venute meno le condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività commerciale, rimanendo irrilevante la circostanza che l'attivo risulti superiore al passivo […] essendo determinante il rilievo che in difetto di liquidità e di credito il passivo potrebbe essere estinto solo a prezzo e nel concorso di incerte ed anormali operazioni di finanziamento e di realizzo[128]"; anche in questo caso, perciò, la Corte ha voluto escludere la rilevanza, ai fini dell'applicabilità delle sanzioni penali, di una situazione di crisi meramente passeggera, al pari di quanto già indicato da parte della dottrina maggioritaria.

Infine, si può notare il carattere generale della dicitura contenuta all'interno del citato articolo 5; questo esame, consente di individuare il motivo per il quale le definizioni di dissesto e insolvenza siano risultate di così ardua formulazione anche per insigni giuristi;

---

[122] E intendendo l'insolvenza soggettiva come riferita al mancato pagamento conseguente ad una deliberata volontà in tal senso del debitore, contrariamente all'insolvenza oggettiva che si riferisce ad un mancato pagamento cagionato dall'obiettiva incapacità patrimoniale ad adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte;

[123] Infatti, tale Autore opera una distinzione tra il concetto di insolvenza e di insolvibilità indicando che "Insolvente è colui che non è solvente: colui che non paga: insolvenza è termine che si riferisce a un puro e semplice comportamento omissivo, a prescindere da ogni indagine del perché non si paga, vale a dire della volontarietà o no del mancato pagamento […]"

[124] Come LA MONICA M. , *I reati…*, cit., p. 519; CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., p. 372; ROVELLI R., *Trattato….*,cit., p. 77 che specifica una particolare definizione di dissesto; infatti, esso parla, a riguardo, di uno "*stato di decozione dell'impresa";*

[125] Come nel testo di CRISCUOLO LIMIDO M., PAJARDI P., *La dichiarazione di fallimento – raccolta sistematica di giurisprudenza commentata,* vol. 33, Milano, Giuffré, 1994, p. 100 nel quale gli autori indicano che "insolvibile è colui che è insolvente perché non può pagare (anche se volesse). Quindi solo l'insolvibilità si riferisce propriamente a uno stato oggettivo del patrimonio considerato nella sua capacità attiva di prestare adempimenti; e implica un processo di valutazione del patrimonio, che costituisce anche interpretazione del fatto obiettivo dell'insolvenza, cioè del fatto che non si paga";

[126] CRISCUOLO LIMIDO M., PAJARDI P., *La dichiarazione…*,cit.., p. 101;

[127] In una pronuncia ante-riforma;

[128] Testo della sentenza di Cass. Civ. del 21 novembre 1986, n. 6856, riprodotto integralmente in CRISCUOLO LIMIDO M., PAJARDI P., *La dichiarazione…,* cit., pp. 134-137; altri riferimenti a sentenze della Corte di Cassazione nella medesima decisione citata;

infatti, la semplice impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni potrebbe essere, come già accennato *supra*[129], passeggera e legata ad una difficoltà momentanea dell'imprenditore. Inoltre, le difficoltà definitorie aumentano se si tiene conto della nuova formulazione dell'articolo 218 che ricomprende, in modo separato, i due concetti di dissesto e insolvenza; infatti, se questa integrazione, da un lato, potrebbe essere positiva, poiché potrebbe limitare i dibattiti della dottrina, in quanto consentirebbe finalmente di riferire anche allo stato di insolvenza l'attività di dissimulazione esercitata da parte del soggetto attivo, dall'altro potrebbe far pensare all'esistenza effettiva di una differenza semantica tra i due termini; prendendosi, però, in considerazione il già risalente orientamento della dottrina maggioritaria, ed esaminando orientamenti recenti sul punto[130], si può propendere per la soluzione maggiormente idonea a placare gli scontri dottrinali.

Infatti, si potrebbe semplicemente parlare, per quanto riguarda il contenuto della nuova norma, dell'inserimento, da parte del legislatore, di una formulazione "ridondante, in quanto non si ravvisano nella Legge Fallimentare elementi differenziali che permettano di costruire due nozioni distinte"[131], formulazione, quindi, non in grado di porre in dubbio l'esattezza dell'orientamento proposto già da tempo dalla dottrina maggioritaria.

Non è direttamente inerente al tema appena trattato, ma è sicuramente da citarsi in conclusione, la precisazione effettuata dal ROVELLI nel commento alla sentenza del Tribunale di Torino del 25 febbraio 1952[132]. L'Autore sottolinea, infatti, la necessità, nel momento in cui si stia valutando l'integrazione o meno della fattispecie di ricorso abusivo al credito, di ricercare (e, ovviamente, riscontrare) uno stato di dissesto "vero ed oggettivo"; nel momento in cui, appunto, si dovesse riscontrare uno stato di crisi semplicemente simulato da parte dell'imprenditore (realizzato, ad esempio, occultando i propri beni ed intestando fittiziamente ad altri le proprie attività) non si potrà più parlare di nascondimento di "uno stato di fatto oggettivo" ma di "silenzio sulla riposta intenzione di non mantenere fede alle proprie obbligazioni pur essendone in grado". La simulazione, perciò, non può essere fatta rientrare all'interno della fattispecie prevista dall'articolo 218 Legge Fallimentare.

---

[129] Cfr. rif. alla nota numero 99;
[130] Come l'orientamento di CERQUA L. D., in *Il ricorso abusivo al credito – i soggetti imputabili,* in www.consrag.it/summa/2006/luglio/56_59.pdf, summa 227-228, Luglio-Agosto 2006, p.57;
[131] CERQUA L.D., *Op .loc. cit.,* p. 57;
[132] In *Dir. Fall.,* 1952, II, pp. 77-78;

1. *In particolare: applicazione delle disposizioni dell'articolo 203 l. fall.: gli effetti dell'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza rispetto al ricorso abusivo al credito*

Si è visto *supra*[133] che le disposizioni riferite al ricorso abusivo al credito possono essere applicate, secondo quanto previsto dall'articolo 222 Legge Fallimentare

"Nel fallimento delle società in nome collettivo e in accomandita semplice […] ai fatti commessi dai soci illimitatamente responsabili"

E si è anche accennato al fatto che i soci illimitatamente responsabili, con un richiamo più generale, possono vedersi applicate le disposizioni sanzionatorie dell'articolo 218 nel caso in cui la società della quale facciano parte sia sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, in relazione a quanto stabilito dall'articolo 203.

I contenuti dell'articolo 222 verranno esaminati in seguito[134]; qui si deve affrontare il discorso riferito agli effetti dell'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza.

L'articolo 203 della Legge Fallimentare, così come modificato dalle disposizioni del D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, indica:

"Accertato giudizialmente lo stato d'insolvenza a norma degli artt. 195 o 202, sono applicabili con effetto alla data del provvedimento che ordina la liquidazione le disposizioni del titolo II, capo III, sezione III, anche nei riguardi dei soci a responsabilità illimitata"

Nel 1999, quindi, sono stati eliminati i riferimenti alle norme che riguardano esplicitamente (anche) il ricorso abusivo al credito mantenendo in vita, invece, le disposizioni che consentivano già nel passato l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare ai soci illimitatamente responsabili, poiché è stato abrogato solamente il periodo che indicava:

"Si applicano inoltre nei confronti di questi ultimi, degli amministratori, dei direttori generali, dei liquidatori e dei componenti degli organi di vigilanza le disposizioni degli artt. da 216 a 219 e da 223 a 225"

[133] CAP 1, § 1;
[134] Cfr. CAP 4, §1;

Partendo dall'articolo 203 si può notare come esso renda evidente il fatto che il legislatore abbia ritenuto necessaria, per l'applicazione delle disposizioni sanzionatorie penali della Legge Fallimentare, la pronuncia inerente all'accertamento dello stato di insolvenza[135]. Inoltre, si può notare come la norma appena citata consenta, anche al di fuori dei casi di dichiarazione di fallimento, di sanzionare il comportamento illecito dei soci illimitatamente responsabili.

Il richiamo che viene fatto alle disposizioni degli articoli 195 e 202 è riferito alle procedure di accertamento dello stato di insolvenza, che possono essere attivate prima o durante lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa[136]; infatti, il primo articolo indica (dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 5/2006):

"Se un'impresa soggetta a liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento si trova in stato di insolvenza, il tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede principale, su richiesta di uno o più creditori, ovvero dell'autorità che ha la vigilanza sull'impresa o di questa stessa, dichiara tale stato con sentenza"

Riferendosi al caso di dichiarazione dello stato di insolvenza antecedente rispetto alla liquidazione coatta amministrativa.

Si applicherà l'articolo 202 se, invece:

"L'impresa al tempo in cui è stata ordinata la liquidazione, si trovava in stato di insolvenza e questa non è stata preventivamente dichiarata a norma dell'ar. 195"

In questo caso:

"Il tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede principale, su ricorso del commissario liquidatore o su istanza del pubblico ministero, accerta tale stato con sentenza in camera di consiglio, anche se la liquidazione è stata disposta per insufficienza dell'attivo".

[135] Per la discussione inerente lo stato di insolvenza si veda *infra;*

[136] Alla quale, si ricorda, secondo le disposizioni dell'articolo 2 della Legge Fallimentare sono soggette alcune tipologie di imprese; in modo particolare secondo il testo della norma citata: "*La legge determina le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, i caso per i quali la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta e l'autorità competente a disporla.*
Le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa non sono soggette al fallimento, salvo che la legge diversamente disponga […]"

Chiariti questi concetti preliminari si può procedere con l'esame dell'articolo 203. In modo particolare, si può cominciare col porsi il problema riguardante i tipi di società ai quali la norma qui esaminata potrebbe riferirsi; essenzialmente, si potranno considerare come coinvolte nell'applicazione della disposizione normativa le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice e le società in accomandita per azioni, poiché è proprio all'interno di tali società che si potranno trovare i soci illimitatamente responsabili.

È necessario considerare anche il fatto che la norma dell'articolo 203, prevedendo esplicito assoggettamento dei soci illimitatamente responsabili alle conseguenze derivanti dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, comporta che l'insolvenza della società non determini e non implichi, almeno per una parte della dottrina[137], direttamente e immediatamente, lo stato di insolvenza dei singoli soci; infatti, se i soci illimitatamente responsabili di una società sottoposta a liquidazione coatta amministrativa venissero automaticamente inclusi nella dichiarazione dello stato di insolvenza riguardante la società di appartenenza, non occorrerebbe una norma disciplinante la sottoposizione dei soci alle revocatorie ed alle sanzioni penali[138]; inoltre, se così non fosse (e quindi se si potesse immediatamente estendere l'insolvenza, e le sue conseguenze, ai soci illimitatamente responsabili), l'esercizio delle azioni di revoca degli atti compiuti in frode dei creditori, non competerebbe al commissario liquidatore[139] ma ai curatori dei fallimenti dei singoli soci[140].

Per quanto riguarda l'estensione che l'articolo 203 fa, appunto, dell'applicazione delle norme penali riguardanti, per quanto qui interessa, il ricorso abusivo al credito, non si può che sottolineare il carattere fisiologico di tale estensione, in quanto, come è stato argomentato in modo analitico nel paragrafo precedente, lo stato di insolvenza è elemento fondamentale della fattispecie descritta dall'articolo 218 Legge Fallimentare.

Tuttavia, per una parte della dottrina[141], nella liquidazione coatta amministrativa, sembrerebbe non previsto un diretto coinvolgimento dei soci illimitatamente responsabili, come invece

---

[137] BONSIGNORI A., *Liquidazione coatta amministrativa*, in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., p. 182 il quale aggiunge che se si fosse voluto provvedere all'assoggettamento appena citato, ciò sarebbe stato espressamente stabilito;

[138] Mentre è opposta la situazione nel caso in cui si verifichi un fallimento;

[139] Così come esplicitamente previsto dalle disposizioni del comma 2° dell'articolo 203;

[140] Questo orientamento, come si vedrà tra poco, non è condiviso da tutta la dottrina;

[141] BONSIGNORI A., *Op.loc. cit.*, in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., p. 185

accadrebbe per le disposizioni dell'articolo 147 Legge Fallimentare[142]; infatti, l'articolo 211 prevede che il commissario liquidatore

"[…] dopo il deposito nella cancelleria del tribunale dell'elenco previsto dall'art. 209 comma primo[143], previa autorizzazione dell'autorità che vigila sulla liquidazione, può chiedere ai soci il versamento delle somme che egli ritiene necessarie per l'estinzione delle passività"

Osservando, per quanto non esplicitamente previsto all'interno della norma appena citata, le disposizioni dell'articolo 151 Legge Fallimentare, che riguardava, prima del d.lgs. 5/2006, le società cooperative e che oggi si riferisce a particolari profili del fallimento delle società a responsabilità limitata[144].

Si potrebbe concludere, in relazione a questo primo orientamento, indicando che, nel caso di liquidazione coatta amministrativa, la responsabilità penale dei soci a responsabilità illimitata potrebbe considerarsi integrata solo nel caso di mancato pagamento delle somme richieste dal commissario liquidatore; infatti, questo mancato pagamento costituirebbe, per i soci, il presupposto dell'incriminazione (in quanto consentirebbe di identificare e di accertare l'insolvenza dei soci[145]) e consentirebbe di procedere a livello penale per i reati indicati dalla norma dell'articolo 203 e in modo particolare, per il discorso in esame, anche per il reato di ricorso abusivo al credito. Infatti, per LA MONICA[146], l'accertamento esplicito dello stato di insolvenza dei soci sarebbe fondamentale, poiché "se si considera che i creditori di una società con soci illimitatamente responsabili possono soddisfarsi sul patrimonio della società e su quello dei singoli soci illimitatamente responsabili, ne conseguirà, logicamente, la necessità di cristallizzare non solo la situazione patrimoniale della società ma anche quella dei soci illimitatamente responsabili".

---

[142] Che indica esplicitamente: *"La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile* (cioè, rispettivamente, le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice e le società in accomandita per azioni), *produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili";*

[143] Cioè l'elenco *"dei crediti ammessi o respinti e delle domande indicate nel secondo comma dell'art.207 accolte o respinte";*

[144] Con il seguente contenuto: *"Nei fallimenti di società a responsabilità limitata il giudice, ricorrendone i presupposti, può autorizzare il curatore ad escutere la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria rilasciata ai sensi dell'articolo 2464, quarto e sesto comma, dei codice civile"*. L'articolo 2464 del codice ha, invece, il seguente contenuto

[145] BONSIGNORI A., *Liquidazione coatta….*, in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., p. 185; del medesimo avviso, in relazione all'accertamento dell'insolvenza del socio illimitatamente responsabile LA MONICA M. , *I reati…*, cit., pp. 174-175; l'Autore afferma che *"Non è necessario […] far ricorso a presunzioni assolute di insolvenza dei cosi illimitatamente responsabili";*

[146] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 175;

Tuttavia, si sono poste anche argomentazioni contrarie rispetto a questa ipotesi di responsabilità condizionata[147]; infatti, gli Autori citati in nota, appoggiano la tesi (sostenuta anche dall'Antolisei[148]) secondo la quale nella liquidazione coatta amministrativa il trattamento penale dei soci a responsabilità illimitata non differirebbe da quello loro garantito dalle disposizioni dell'articolo 147 Legge Fallimentare; questo orientamento è sostenuto anche da altri autori[149] che si riferiscono all'esistenza di un vero e proprio dovere di solvibilità dei soci illimitatamente responsabili; infatti, il socio avrebbe l'onere, in questo caso, di soddisfare le obbligazioni sociali quando la società non fosse in grado di soddisfarle autonomamente e con regolarità; perciò "se la società è insolvente, ciò è perché nemmeno i soci sono in grado di soddisfare, mediante il loro patrimonio, le obbligazioni sociali"[150]; questo percorso logico consentirebbe, quindi, al giudice di presumere l'insolvenza del socio illimitatamente responsabile nel momento in cui dichiari insolvente la società alla quale esso appartenga e quindi di imputare ad esso la realizzazione dei reati fallimentari richiamati, con clausola non più specifica, dalla norma esaminata.

b. **L'interesse giuridico tutelato**

Continuando l'esame della fattispecie di ricorso abusivo al credito non si può non parlare dell'oggetto giuridico del reato.

Il reato previsto dall'articolo 218 Legge Fallimentare è, innegabilmente, simile alla fattispecie di insolvenza fraudolenta[151] e per questo motivo sarebbe stato previsto come fattispecie di reato contro il patrimonio[152]. Tuttavia, nonostante le possibili somiglianze tra le due norme è necessario, (rinviando al capitolo 3 per un esame più specifico delle differenze e delle somiglianze), sottolineare la diversa oggettività giuridica dei due reati.

---

147 Così TEDESCHI G.U. (a cura di), AIMI A. (con la collaborazione di), *Le procedure concorsuali,* Pt. II *Le procedure concorsuali minori, disciplina penale, profili fiscali: artt. 160-264 l.f. D.L. 30 gennaio 1979, n. 26,* Torino, UTET, 1996, p. 408;

148 In ANTOLISEI F., *Manuale…,* cit., p. 226;

149 BUONOCORE V., *Fallimento e impresa,* Napoli, Morano, 1969, pp. 193-194;

150 BUONOCORE V., *Op.loc. cit.,* p. 193;

151 Prevista dall'articolo 641 c.p.;

152 Questo è stato pacificamente sottolineato dalla maggior parte della dottrina, rappresentata da: ANTOLISEI F., *Manuale…,* cit., p. 176; LA MONICA M., *I reati…,* cit., p. 524; PAJARDI nel testo di PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice del fallimento,* cit., p. 1341; PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 186;

Il legislatore, riferendosi al ricorso abusivo al credito non ha voluto colpire l'imprenditore dissestato che ricorra al credito e lo ottenga, ma ha voluto sanzionare l'atto di dissimulazione del dissesto in quanto mezzo per ottenere l'erogazione del credito, anticipando la tutela ad un momento precedente rispetto al cagionamento del danno vero e proprio[153]; questa previsione è stata inserita dal legislatore tendendo conto della mancanza di interesse dell'ordinamento a colpire un imprenditore per il semplice ricorso al credito, se tale ricorso venga effettuato rendendo palesi le proprie condizioni economiche dissestate, palesando anche l'intenzione di ottenere il finanziamento allo scopo di recuperare le critiche condizioni finanziarie dell'impresa. Consentire al creditore di conoscere le gravi condizioni di dissesto dell'imprenditore, infatti, gli darebbe anche la possibilità di scegliere liberamente se erogare comunque il credito, consentendogli quindi di assumere il rischio derivante da tale erogazione in totale consapevolezza. Il disvalore della condotta sta, perciò, nell'inganno perpetuato a danno della controparte da parte dell'imprenditore.

Come viene sottolineato[154], perciò, il bene giuridicamente protetto non potrà essere il patrimonio dell'imprenditore insolvente e neppure l'interesse dei creditori all'integrità del patrimonio del debitore[155], tutelandosi, invece, il patrimonio dei potenziali creditori e anche l'interesse al corretto e rapido svolgimento della procedura concorsuale conseguente alla condotta; il legislatore, inoltre, intende garantire, attraverso questa disposizione, una protezione per l'interesse del terzo che possa essere indotto, a causa della dissimulazione, a concedere il credito che non avrebbe concesso qualora avesse conosciuto la realtà finanziaria e patrimoniale che riguardava l'imprenditore.

Il contenuto del bene giuridico tutelato dalla norma viene diversamente inteso in alcuni casi; infatti, gli si attribuisce un'ampiezza più rilevante rispetto a quella appena illustrata[156], indicando che il reato di ricorso abusivo al credito "si rivolge contro il patrimonio e, attentando al credito, la pubblica economia, nonché contro la pubblica fede, che fa necessario assegnamento sulla solvenza di chi ricorre al credito"; lo stesso PROVINCIALI, però, riconoscendo il carattere complesso della fattispecie descritta dall'articolo 218 non si ritiene in grado di riferirla ad una sola delle categorie sopra indicate.

[153] Come sottolineato da CONTI L., in *Il diritto penale dell'impresa,* cit., p.585;
[154] LA MONICA M., *I reati…* , cit., p. 524;
[155] Poiché se con il ricorso abusivo al credito il patrimonio del debitore verrà incrementato nelle sue passività (costituendosi dei debiti) aumenterà anche l'attivo a disposizione dell'imprenditore.
[156] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 186;

Il carattere composito dell'oggetto giuridico del reato viene sottolineato anche da DE SEMO[157], mentre secondo COCCO[158] bisognerebbe considerare sia l'obiettivo di garantire una "tutela anticipata del corretto svolgimento dell'attività creditizia" insito all'interno delle disposizioni dell'articolo 218, sia il carattere di reato plurioffensivo della fattispecie, carattere che avrebbe spinto il legislatore alla creazione di una norma che si occupi di tutelare anche la massa di creditori concorsuali, proteggendoli dall'aggravamento del dissesto; infine, anche in questo caso, si dovrà considerare la tutela riferita all'interesse generale alla regolarità e sicurezza del traffico giuridico[159].

Il carattere plurioffensivo della condotta di ricorso abusivo al credito viene sostenuto anche dalla giurisprudenza che, in più occasioni, ha ammesso esplicitamente questa caratteristica del reato in esame, includendo a più riprese i diversi elementi considerati e contestati dalla dottrina, arrivando anche a considerare, come bene tutelato, la *par condicio creditorum*. In modo particolare la Corte ha sostenuto il carattere plurioffensivo del reato "in quanto lesivo non solo degli interessi della banca ma anche di quelli dei precedenti creditori, potenzialmente danneggiati da un ulteriore aggravamento del passivo"[160] ; la Suprema Corte ha parlato della plurioffensività del reato anche "nel senso che la norma mira a tutelare il patrimonio del creditore dal pericolo di inadempimento riconnesso allo stato di insolvenza del debitore […], ed al tempo stesso intende garantire sia la intangibilità del patrimonio aziendale che costituisce la garanzia dei creditori, evitando che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose, sia la *par condicio creditorum*, che è il bene tutelato da tutte le procedure concorsuali"[161]; infine, la Corte estende l'offensività della fattispecie ex articolo 218 anche alla sicurezza e regolarità del traffico giuridico, indicando che: "pur essendo intento principale del legislatore quello di proteggere il patrimonio del creditore dal pericolo di inadempimento connesso allo stato di insolvenza del debitore, non sono estranei alla norma gli obiettivi di impedire nell'interesse dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose, e di tutelare l'interesse generale alla regolarità e sicurezza del traffico giuridico"[162].

---

[157] DE SEMO G. , *Sul reato …*, cit., p. 86;
[158] Citato nel testo di PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p.958; e presente in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, p. 544;
[159] Favorevoli a tale orientamento sono anche ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 176; MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento…*, cit., pp. 174-175;
[160] Cassazione penale , sezione V, 18 ottobre 2002 , n. 38228, in *Riv. pen.*, 2003, p. 241;
[161] Cassazione penale, sezione V, n. 38225;
[162] Cassazione penale, sezione V, 4 maggio 2004, n. 23796;

i. La clausola di riserva

Le disposizioni dell'articolo 32 del d.lgs. 262/2005 hanno modificato una parte dell'articolo 218 Legge Fallimentare, determinando anche la eliminazione della clausola di riserva che, in precedenza, costituiva l'esordio della norma; infatti, le disposizioni del precedente articolo indicavano:

"Salvo che il fatto costituisca reato più grave, è punito con la reclusione fino a due anni l'imprenditore esercente un'attività commerciale che ricorre o continua a ricorrere al credito, dissimulando il proprio dissesto"

Mentre il contenuto attuale delle disposizioni normative non vede più alcun riferimento alle fattispecie "più gravi", anche se la dicitura:

"al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti"

Sembrerebbe, comunque, riferirsi alla necessità, perlomeno in riferimento alle fattispecie della Legge Fallimentare, di escludere l'applicazione dell'articolo 218 nei casi in cui la condotta di dissimulazione possa, ad esempio, essere riferita alla bancarotta.

Anche se le disposizioni sono state modificate può essere utile analizzare in breve i commenti effettuati dalla dottrina in relazione alla precedente clausola di riserva.
Si sosteneva[163]che la clausola di riserva avrebbe potuto precludere un concorso formale non solo con la truffa ma anche con la bancarotta semplice, poiché essa era punita con una pena nel minimo più elevata; infatti, il ricorso abusivo al credito era punito con l'applicazione della sanzione della reclusione *"fino a due anni"*, mentre la bancarotta semplice *"con la reclusione da sei mesi a due anni"*[164].
La bancarotta fraudolenta poneva il medesimo problema, risolto come già esplicato, in quanto, già all'origine, consentiva di comminare una sanzione molto più grave rispetto a quella prevista per il ricorso abusivo al credito; chi integrava la fattispecie disciplinata

[163] Nel testo di BONSIGNORI A., *Liquidazione coatta…*, PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, Cit., pp. 200-201;
[164] Si noti, invece, che oggi, grazie alla riforma intervenuta, le due ipotesi sono state "scambiate" dal punto di vista della gravità, poiché la sanzione applicata per il reato di ricorso abusivo al credito è quella della reclusione da *"sei mesi a due anni"*, quindi una pena più grave rispetto a quella comminata per la bancarotta semplice.

dall'articolo 216 Legge Fallimentare, infatti, poteva (e può ancora) incorrere nelle seguenti comminatorie: la sanzione minore prevista dall'articolo era quella della *"reclusione da uno a cinque anni"*, applicata nel caso in cui il fallito, prima o durante la procedura fallimentare, allo scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, eseguisse pagamenti o simulasse titoli di prelazione; mentre si prevedeva una pena molto più alta (la *"reclusione da tre a dieci anni"*) in relazione all'ipotesi più grave, realizzata dall'imprenditore dichiarato fallito che avesse:

1) *[…]distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato, in tutto o in parte, i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti;*
2) *[…] sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuto in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o il movimento degli affari;*.

Anche in relazione alla truffa si escludeva in modo diretto e categorico la possibilità di concorso formale con il reato di ricorso abusivo al credito: la truffa, infatti, risultava essere un reato più grave rispetto al ricorso abusivo al credito già nella sua ipotesi "base", poiché nei confronti del soggetto attivo si applicava non solo la pena della reclusione da sei mesi a tre anni ma anche la sanzione della multa da 51 € a 1.032 €; inoltre, l'ipotesi di truffa aggravata[165] veniva sanzionata attraverso l'applicazione della pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da 309 € a 1.549 €, determinandosi, perciò, una ipotesi molto più grave rispetto a quella prevista dalle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare che, prevedendo la semplice reclusione *"fino a due anni"*, individuava una sanzione più bassa sia in riferimento al minimo edittale, sia al massimo.

Il legislatore del 2005, probabilmente, ha deciso di disporre sanzioni più gravi per il reato di ricorso abusivo al credito e di modificare la clausola di riserva all'interno della fattispecie escludendo il confronto meramente "sanzionatoria" tra le fattispecie, proprio per i problemi che la precedente previsione normativa poneva; infatti, guardando alle norme nella loro formulazione originaria (cioè gli articoli 216, 217 e, ovviamente, 218), non si può non notare

[165] Che si realizza quando : *"1) il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare; 2) il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dover eseguire un ordine dell'Autorità";*

una difficoltà nel distaccare e distinguere le fattispecie in esse previste: se, ad esempio, la fattispecie di ricorso al credito veniva posta in essere a scopo dilatorio, la condotta veniva "attratta" nell'orbita dell'articolo 217 comma 1 n. 3[166]. Nel caso in cui, invece, l'effetto del ricorso al credito fosse stato quello di determinare un aggravamento del dissesto, si sarebbe perfezionata la fattispecie del numero 4 [167].

L'ipotesi sopra descritta, di attrazione di una fattispecie rispetto all'altra, non viene prospettata soltanto da PEDRAZZI[168] ma anche ad altri autori come ANTOLISEI[169] che indicava come non vi fossero dubbi in merito alla possibilità di configurare un concorso del reato di ricorso abusivo al credito con la bancarotta semplice consentendosi, nei casi in cui ciò fosse possibile, l'inclusione della condotta compiuta, all'interno dei comportamenti integranti la bancarotta semplice.

Tuttavia, vi era un'opinione discordante[170] sul punto per la quale vi sarebbe stata l'esclusione del concorso formale tra l'ipotesi di ricorso abusivo al credito e le fattispecie di truffa e di bancarotta semplice.

Inoltre, si ponevano dei problemi di coordinamento tra le norme e di individuazione della fattispecie astratta alla quale ricondurre la condotta del soggetto agente, anche nel caso in cui il soggetto attivo avesse *"falsificato, in tutto o in parte […], i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuto in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o il movimento degli affari"* allo scopo di dissimulare il dissesto; anche in questo caso si sarebbe potuta configurare una difficoltà nel distinguere l'ipotesi di ricorso abusivo al credito rispetto all'ipotesi di bancarotta fraudolenta.

È necessario precisare che la clausola di riserva inserita nella norma del 1942 non operava nel caso in cui fosse stato integrato un reato più grave attraverso la realizzazione di una condotta distinta da quella di ricorso abusivo al credito, poiché, in questo caso, si sarebbe potuta applicare la norma riguardante il reato più grave in modo autonomo.

---

[166] Che stabilisce come fosse punito a titolo di bancarotta semplice, se dichiarato fallito, l'imprenditore che: *"ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento";*

[167] Che punisce chi *"ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa";*

[168] PEDRAZZI C., in PEDRAZZI C., SGUBBI F. (a cura di), in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca: legge fallimentare,* Bologna, Zanichelli, 1995, pp. 200-201;

[169] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 184;

[170] Riferita da PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario,* cit., p. 957 e appartenente a CONTI L., in *Reati in materia di fallimento,* Torino, UTET, 1960, pp.360-361;

Una interpretazione estensiva della clausola avrebbe potuto, invece, portare ad escludere il concorso formale con il reato di insolvenza fraudolenta in quanto troppo simile alle disposizioni dell'articolo 218 sia sotto il profilo dell'interesse protetto (cioè il patrimonio del nuovo creditore) sia sotto quello dell'intenzione del soggetto attivo all'atto della richiesta di finanziamento (cioè, presumibilmente, l'intenzione di non adempiere all'obbligazione contratta); in modo particolare si sottolineava l'applicazione diretta dell'articolo 218 in quanto, per il principio di specialità, essa rappresentava l'ipotesi più grave rispetto alla prima.

Inoltre, esaminando in breve la impostazione odierna dell'articolo 218 Legge Fallimentare è necessario sottolineare che il rapporto tra le differenti fattispecie oggi non si basa più su un semplice riferimento alla gravità del fatto, riferimento necessario all'interno della precedente versione della norma a causa dell'impostazione della clausola con la quale esordiva l'articolo 218 nel 1942; infatti, la clausola inserita all'interno della nuova norma (cioè l'espressione che consente di applicare l'articolo in esame *"al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti"*) consente di riferirsi, quando sia necessario comprendere a quale fattispecie ricondurre la condotta compiuta dal soggetto attivo, al contenuto di tale condotta e alla "piena" integrazione di un'altra fattispecie piuttosto che alla semplice gravità della violazione integrata; questo elemento, perciò, porta l'interprete ad individuare il compimento di un reato basandosi sull'esame, ad esempio, dell'interesse protetto dalla norma o della condotta particolare posta in essere dal soggetto attivo e non in riferimento alla "pesantezza" della violazione integrata.

Questo tipo di interpretazione della nuova clausola di riserva viene sostenuto anche da CERQUA[171] che si occupa di sottolineare, all'interno di una delle prime opere successive alla riforma, che la nuova dicitura inserita all'interno delle disposizioni dell'articolo 218 consente "la possibile configurabilità del concorso formale con talune delle ipotesi che danno vita al reato di bancarotta" per i richiami apportati da parte delle disposizione riguardante il ricorso abusivo al credito, alle norme "precedenti".
Perciò, l'attività di interpretazione potrà risultare da un lato semplificata ma dall'altro più complessa in quanto comprende maggiori elementi rispetto al passato.

Per l'esame più specifico dei contorni delle diverse fattispecie qui citate e del loro rapporto con il ricorso abusivo al credito si rimanda, in ogni caso, all'apposito capitolo[172].

[171] CERQUA L. D., in *Il ricorso abusivo al credito…*, cit., p. 59;
[172] Cioè al CAP. 3;

c. **Il soggetto attivo del reato**

L'articolo 218 Legge Fallimentare stabiliva originariamente che il reato di ricorso abusivo al credito potesse essere realizzato dall' *"imprenditore esercente un'attività commerciale";* tali disposizioni sono state integrate dalla legge n. 262 del 2005 al fine di rendere più chiara la configurazione delle categorie possibili di soggetti attivi, anche se l'obiettivo di maggior chiarezza non può dirsi raggiunto, a causa del mancato coordinamento della nuova previsione dell'articolo 218 con i contenuti dell'articolo 225 Legge Fallimentare.
La norma prevede ancora, però, la possibilità anche per l'imprenditore commerciale di realizzare il reato; per questo motivo l'esame di questa parte della disposizione può iniziare proprio dall'analisi della figura dell'imprenditore esercente attività commerciale, rimandando al paragrafo successivo l'esame delle ulteriori figure di soggetti attivi.

La nozione generale di imprenditore viene dettata dalle disposizioni dell'articolo 2082 del c.c. che indica:

"E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi"

La Legge Fallimentare non dà una definizione vera e propria di chi sia l'imprenditore commerciale; tale definizione, infatti, risulterebbe superflua all'interno del sistema della legge del 1942, in quanto l'obiettivo del legislatore era, in questo caso, individuare il soggetto attivo dei reati fallimentari con esclusione, operata attraverso un'opportuna definizione "in negativo", dei piccoli imprenditori; ecco perché all'interno dell'articolo 1[173] si indica:

"Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.

Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:

a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila;

[173] Recentemente modificato dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 5 del 2006;

b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.

I limiti di cui alle lettere a) e b) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni, con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento"

Si può notare, analizzando la norma appena citata, che essa si basa soprattutto sulla necessaria caratteristica della "commercialità" dell'imprenditore, e sul carattere di "piccolo imprenditore" del soggetto escluso dalla assoggettabilità alle procedure concorsuali. Per questo motivo l'interesse del legislatore e degli interpreti, si concentra soprattutto sull'individuazione delle caratteristiche dell'imprenditore commerciale per poterlo contrapporre al piccolo imprenditore. Se il contenuto della Legge Fallimentare non aiuta l'interprete sotto questo profilo, per i motivi esposti *supra*, , ci si potrà rivolgere alle norme del codice civile allo scopo di raggiungere l'obiettivo appena esposto.

I piccoli imprenditori vengono definiti dalle disposizioni dell'articolo 2083 del c.c. come quei soggetti che svolgano la professione di :

1) Coltivatori diretti del fondo[174]*;*

2) Artigiani, piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia;

L'imprenditore commerciale, invece, viene definito grazie alle disposizioni dell'articolo 2195 del codice civile che indicano quali siano le attività commerciali realizzabili:

1)[…] Attività industriale diretta alla produzione di beni o servizi;

2) […] Attività intermediaria nella circolazione dei beni;

3) […] Attività di trasporto per terra, per acqua o per aria;

4) […] Attività bancaria o assicurativa;

[174] Con specifica definizione dell'imprenditore agricolo operata dall'articolo 2135 del c.c.;

5) Altre attività ausiliarie delle precedenti;

In relazione al numero 1) dell'articolo 2195 è necessario fare una precisazione: nel linguaggio comune l'attività industriale si contrappone all'attività commerciale[175]: la prima è un'attività volta alla produzione di nuovi beni mentre la seconda è un'attività di interposizione nella circolazione dei beni (quindi di acquisto e di successiva vendita degli stessi); nel linguaggio del codice civile, invece, l'attività industriale è ricompresa fra le attività commerciali. In relazione a questa distinzione, però ci si può domandare se all'interno del numero 1) dell'articolo rientrino tutte le attività definibili, secondo il linguaggio "comune" come industriali o soltanto quelle attività industriali definibili anche come attività commerciali.

Nella maggior parte dei casi determinare quali tipi di attività si possano qualificare come industriali è abbastanza agevole: l'industriale acquista le materie prime, le trasforma e destina il prodotto della trasformazione al mercato, configurando, quindi, la realizzazione di un'attività commerciale; tuttavia vi sono casi nei quali la distinzione appena menzionata è molto meno chiara, come i casi di aziende che svolgono quelle attività c.d. "primarie": esse sono attività non agricole che permettono, però, l'utilizzo diretto delle risorse naturali.

Tuttavia, se si prendesse in considerazione la definizione "economica" dell'attività industriale ex articolo 2195, sarebbe necessario ricomprendervi solo quelle attività, quei processi tecnici, che determinano la modificazione o la trasformazione delle risorse naturali o di beni semilavorati; per questo motivo è necessario escludere che l'aggettivo "industriale" sia stato utilizzato nell'articolo citato nel senso tecnico-economico appena esposto, riferendosi soltanto a quelle attività produttive di beni o servizi che richiedano un procedimento di trasformazione della materia.; l'aggettivo, infatti, è stato utilizzato con un significato molto più generale volto ad escludere dal novero delle attività commerciali le attività meramente agricole, includendovi, invece, le attività di produzione di servizi[176].

Il numero 2) dell'articolo 2195 si riferisce alle attività intermediarie nella circolazione dei beni, riprendendo apparentemente la precedente dicitura dell'articolo 2082 (cioè il riferimento all'attività diretta al fine dello scambio dei beni); in realtà, in questo caso è necessario evidenziare che lo "scambio di beni" potrebbe anche escludere l'intermediazione, poiché

[175] Così come sottolineato da GALGANO F., *Diritto Commerciale – L'imprenditore, le società*, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 21;
[176] Ad esempio le attività alberghiere, che consentono comunque la trasformazione di beni originari in beni finiti e pronti ad essere offerti al pubblico;

quest'ultima si riferisce all'attività di acquisto e rivendita del bene e non alla semplice vendita di merci e prodotto finiti senza il previo acquisto.

Anche in riferimento al numero 4) è necessario fare delle precisazioni; la definizione di "attività bancaria", infatti, può essere desunta dalle disposizioni dell'articolo 1 della legge bancaria[177], che indica come questo tipo di attività si scomponga in differenti "sottoattività" costituite dalla *"raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma"* e dall' *"esercizio del credito";* questa definizione consente di comprendere il motivo per il quale l'attività citata sia stata qui considerata: infatti, essa può essere vista alla stregua di una vera e propria forma di intermediazione nella circolazione del denaro, assimilabile, quindi, all'intermediazione nella circolazione di altre tipologie di beni.

Infine, in relazione al numero 5) è necessario sottolineare un elemento: la parte della disposizione qui esaminata servirebbe, essenzialmente, allo scopo di precisare che i soggetti che svolgono attività ausiliarie rispetto a quella dell'imprenditore commerciale possono, a propria volta, essere considerati, anche se semplici ausiliari, degli imprenditori commerciali o comunque dei soggetti in grado di conseguire lo *status* di imprenditore commerciale senza particolari limitazioni[178]; la funzione di questo numero 5) è perciò quella di semplice precisazione e non quella di inserimento di una nuova categoria di imprenditori di tipo commerciale, come invece si potrebbe pensare.

La dottrina si è spesso interrogata in merito ad una ulteriore questione: ci si chiedeva se fosse possibile, in riferimento alla distinzione tra tipologie di imprenditori, identificare, oltre alle due categorie sopraindicate (cioè quella dell'imprenditore commerciale e quella dell'imprenditore agricolo), la presenza di un *tertium genus* comprendente gli imprenditori c.d. civili. Questo quesito era stato posto in relazione al fatto che il legislatore, all'interno del codice civile, abbia previsto delle disposizioni riguardanti nello specifico l'imprenditore commerciale e quello agricolo, affiancandovi una definizione più generale di imprenditore che lascerebbe indefinite tutta una serie di mansioni svolgibili da parte degli imprenditori e non ricomprensibili all'interno di una delle due precedenti categorie in modo univoco.

---

[177] La legge 7 marzo 1938, n.141 ora ricompreso nell'articolo 10 del Testo Unico 1 settembre 1993, n. 385;

[178] Ad esempio si possono far rientrare in questa categoria le attività del mediatore e dell'agente di commercio, oltre alle agenzie come quelle specializzate nel settore della pubblicità o in quello dei viaggi; insomma, in questo caso ci si può riferire a tutti coloro che esercitano un'attività di intermediazione a favore di un altro imprenditore commerciale;

La dottrina ha posto a riguardo soluzioni differenti; da alcuni studiosi questa possibilità viene sistematicamente esclusa[179], considerando possibile solo la dicotomia imprenditore agricolo-imprenditore commerciale, mentre un'altra parte della dottrina [180] ammette la presenza di una terza categoria di imprenditori, all'interno della quale far rientrare coloro che non siano collocabili entro le prime due classificazioni citate. Questa seconda corrente dottrinale avrebbe legittimato l'individuazione della categoria dell'imprenditore civile, per colmare il vuoto lasciato dal legislatore nel disciplinare la regolamentazione delle imprese[181] ; inoltre, questa previsione sarebbe stata legittimata tenendo conto anche della eccessiva tassatività impiegata dal legislatore nel disciplinare le categorie di attività configurabili come commerciali[182], eccessiva tassatività che avrebbe, appunto, creato il citato vuoto legislativo; questo elemento sarebbe stato sottolineato anche nella Relazione al codice civile[183], nella quale si indica esplicitamente la riconducibilità alla categoria delle imprese commerciali delle sole organizzazioni economiche che svolgano una delle attività previste dall'articolo 2195 c.c.

Tuttavia, si sostiene[184] la necessità di prendere in considerazione il dettato del codice indipendentemente dal contenuto della Relazione[185], considerandone il significato odierno all'interno di un contesto sistematico; in questo senso, prescindendo dal significato storico della norma, bisogna sottolineare che le disposizioni dell'articolo 2195 non si riferivano alle imprese commerciali in senso stretto, ma alle categorie di imprenditori soggette all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese[186]. Effettuando questa previa considerazione si potrebbe, quindi, sicuramente ipotizzare la presenza di imprese escluse dalla riconducibilità all'articolo

---

[179] Come: ASQUINI A. , *Profili dell'impresa,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1943, I, p. 11 che indica "nel sistema del codice ogni attività imprenditrice che non rientri nel concetto di attività agricola, è commerciale"; AULETTA G., *Diritto commerciale. L'impresa e l'azienda,* Milano, Giuffré, 1954, p. 18; GALGANO F., *Diritto Commerciale… ,* cit., p. 21; TENCATI A., *Imprenditore insolvente e ricorso al credito: brevi note in tema di articolo 218 legge fallimentare,* in *Riv. Pen.*, 1987, p. 711 che sottolineerebbe il fatto che la Legge Fallimentare avrebbe, sul punto, colto la fondamentale distinzione tra imprenditore commerciale, agricolo e civile;

[180] Rappresentata, tra gli altri, da: CASANOVA M., *Le imprese commerciali,* Torino, UTET, 1955, p.120; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale,* Milano, Giuffré, 1957, I, p. 325 che annovera tra gli imprenditori civili gli artigiani, gli enti pubblici (quando esercitino un'attività economica no0n commerciale, gli agenti e, addirittura, gli stessi agricoltori; VALERI G., *Manuale di diritto commerciale,* Firenze, Il castellaccio, 1945, Vol. I, 1945, p. 18 che indica come il concetto di impresa commerciale non può "comprendere tutto ciò che dal concetto di impresa agricola […] esorbitasse";

[181] Ad esempio secondo CASANOVA M., *Le imprese commerciali,* cit., p. 124 il legislatore si sarebbe arrestato, nel disciplinare il concetto di impresa "a metà strada";

[182] Sempre secondo CASANOVA M., *Le imprese commercial,* cit., p. 99; AULETTA G. , *Diritto commerciale. L'impresa e l'azienda,* cit., p. 18;

[183] Precisamente al n. 904;

[184] LA MONICA M., *I reati…*, cit., pp. 140-144;

[185] E dei lavori preparatori in essa illustrati;

[186] Questo può essere dedotto notando l'ubicazione della norma; infatti, essa si trova all'interno della sezione II del titolo II del libro V del c.c., sezione dedicata proprio all'obbligo di registrazione;

2195 (ed alle tipologie di attività commerciali in esso elencate); tuttavia, questo non eliminerebbe la loro riferibilità alla categoria delle imprese commerciali, poiché la caratteristica della "commercialità", non potendo essere desunta semplicemente dal contenuto dell'articolo citato, sarebbe determinata in relazione alle modalità di organizzazione dell'attività produttiva.

Concludendo, quindi, le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare sarebbero, per quanto riguarda la parte di norma considerata, applicabili nei confronti dell'imprenditore commerciale che eserciti professionalmente un'attività considerabile come effettivamente commerciale, con esclusione degli artigiani e dei piccoli imprenditori[187], ma senza limitare la sua applicabilità ai soli imprenditori esercenti una delle attività previste dall'articolo 2195 del c.c..

i. La specificazione dei soggetti attivi operata dalla legge n. 262 del 2005

Come accennato all'interno del paragrafo precedente, le nuove disposizioni dell'articolo 218 consentono agli interpreti di individuare in modo preciso, almeno sotto il profilo meramente "letterale" quali possono essere i soggetti attivi del reato di ricorso abusivo al credito; infatti, la legge 262/2005 ha inserito all'interno della norma la seguente dicitura:

"Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori"

Elemento che consente di analizzare nel dettaglio le caratteristiche connotanti le differenti tipologie di soggetti attivi.

I. In particolare: gli amministratori

Per quanto riguarda gli *amministratori* è necessario sottolineare che sia il codice civile sia la Legge Fallimentare non forniscono immediate definizioni della figura qui richiamata; per questo motivo, per poter individuare le caratteristiche dell'attività svolta da questi soggetti, è necessario fare riferimento alle norme che trattano indirettamente l'argomento e che, essenzialmente, esplicano le funzioni e i compiti degli amministratori.

[187] Distinzione che secondo PROVINCIALI R., in *Ricorso abusivo al credito,* cit., pp. 186-187, sarebbe da ricondurre alla impossibilità, per tali tipologie di imprenditori e di artigiani, di incorrere nel fallimento;

Bisogna innanzitutto premettere che gli amministratori sono, all'interno dell'impresa, una figura fondamentale, poiché consentono alla società, in quanto persona giuridica (e quindi impossibilitata ad agire direttamente), di esercitare, agendo alla stregua di vero e proprio organo della società, l'attività economica per la quale essa viene costituita. In modo generale, perciò, gli amministratori possono essere definiti come i soggetti ai quali, per legge o per mezzo dello statuto, è demandato il compito di gestire la società, cioè il compito di compiere tutti quegli atti necessari ai fini della realizzazione di quell'attività che costituisce l'oggetto sociale. Ovviamente, con ulteriore specificazione, l'attività di amministrazione può essere definita come quell'insieme di poteri conferiti all'amministratore per l'esercizio della attività di gestione; in relazione a questa generica definizione dei poteri dell'organo amministrativo si può parlare di potere esecutivo in senso lato. Questo potere, però, consente all'amministratore di esercitare tutta una serie di funzioni allo scopo di raggiungere il compimento dell'oggetto sociale; infatti, vengono ricondotti alla funzione gestoria sia il potere di impulso (che consiste nel sollecitare e promuovere le decisioni dei soci; tale potere viene anche detto "di iniziativa"), sia il potere esecutivo (che consente all'organo amministrativo di dare esecuzione alle decisioni dei soci) sia il potere decisionale (che consiste nella possibilità di vagliare e scegliere gli atti da compiere e le iniziative da intraprendere) sia il potere di rappresentanza.

Andando con ordine nell'esame delle disposizioni riferite all'amministrazione della società, è necessario partire dall'analisi del contenuto dell'articolo 2380 del Codice Civile, che, grazie alle disposizioni del decreto legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003 oggi si riferisce ai "Sistemi di amministrazione e di controllo" cioè, ai modelli di organizzazione della società, ricomprendenti sia i nuovi sistemi di organizzazione sia il modello più risalente, che si può definire come "tradizionale-latino"[188]; in modo particolare, all'interno del primo comma dell'articolo in esame si stabilisce la possibilità di ricorrere al modello tradizionale in assenza di ulteriori specificazioni statutarie a riguardo, considerando, perciò, il sistema latino come quello applicabile di *default* all'interno delle società[189].
A titolo meramente illustrativo, e in modo sintetico, si può indicare la composizione dei modelli alternativi rispetto a quello appena esplicato:

[188] Cioè il modello costituito dalla presenza, nella società, del consiglio di amministrazione (o comunque almeno di un amministratore), dal collegio sindacale e dall'assemblea;
[189] Espressione di MONTALENTI P., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario : commento al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5; D. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 664;

- Il sistema dualistico, riferito alla tradizione germanica, vede la presenza, all'interno della società, di un consiglio di gestione, al quale si attribuisce la funzione amministrativa vera e propria, e di un consiglio di sorveglianza, che si occupa di nominare i membri del consiglio di gestione e di controllarne l'operato; il consiglio di sorveglianza è formato da membri nominati dall'assemblea, che ha funzioni essenzialmente assimilabili a quelle dell'assemblea ordinaria del sistema tradizionale[190];
- Il sistema monistico, di provenienza anglosassone, vede la presenza di un consiglio di amministrazione al quale viene affidata la gestione dell'impresa; all'interno del consiglio di amministrazione viene costituito il comitato per il controllo della gestione, composto da amministratori che possiedono particolari requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza[191]; tale comitato ha compiti di vigilanza molto simili a quelli attribuiti al collegio sindacale nel sistema latino[192];

L'ultimo comma della disposizione in esame stabilisce, invece, che:

"Salvo che sia diversamente stabilito, le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori si applicano a seconda dei casi al consiglio di amministrazione o al consiglio di gestione"

L'obiettivo del comma esaminato è palese ed immediatamente individuabile: esso è stato inserito allo scopo di risolvere eventuali problemi di coordinamento tra norme che potrebbero sorgere nel caso in cui alcune disposizioni, appositamente previste per gli amministratori, non siano direttamente adattabili ai nuovi modelli di organizzazione.

La norma che , però, determina una innovazione rilevante in riferimento al ruolo degli amministratori nella società è sicuramente l'articolo seguente, cioè l'articolo 2380 bis c.c. [193]; esso stabilisce al primo comma[194], che:

---

[190] Si vedano a riguardo gli articoli 2409 *octies* e seguenti del c.c.;
[191] Tali soggetti non possono essere titolari di deleghe o di cariche peculiari; inoltre non possono svolgere funzioni riferite alla gestione;
[192] Si vedano a riguardo gli articoli 2409 *sexiesdecies* e seguenti del c.c.;
[193] Inserito all'interno del sistema del codice dalle disposizioni del decreto legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003;
[194] Che, secondo ABRIANI N., costituisce l'unica parte realmente innovativa nell'articolo in esame, poiché i commi successivi della norma riproducono quanto già contenuto nell'originario articolo 2380; a riguardo si veda ABRIANI N., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario :* …, cit., p. 669;

"La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale"

La dicitura del comma appena citato[195] ha un significato peculiare e molto importante, poiché consente, innanzitutto, di "riempire di significato" l'attività di gestione[196], in quanto essa viene, finalmente, definita come l'attività composta da quelle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; inoltre, l'espressione inserita *ex novo* all'interno della norma dà la possibilità di ridefinire i rapporti intercorrenti tra l'assemblea, i cui poteri amministrativi si riducono segnando "la fine del primato dell'organo assembleare deliberativo sugli altri organi della compagine sociale"[197] [198], e gli amministratori, che vedono aumentare le proprie competenze in materia gestionale[199]; la competenza degli amministratori, perciò, può essere definita di tipo generale, contrariamente alla competenza speciale dell'assemblea in quanto gli amministratori hanno un potere decisionale esclusivo, riferito a tutti gli atti necessari al fine del conseguimento dell'oggetto sociale[200]. La norma in questione, in riferimento all'ultimo profilo (cioè a quello della ridefinizione dei poteri degli organi principali della società) deve, inoltre, essere letta in combinato disposto con l'articolo 2364 comma 1° n. 5 che stabilisce la possibilità, per l'assemblea ordinaria, di deliberare sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori, lasciando ferma la responsabilità di questi per gli atti compiuti; l'articolo 2364 è stato modificato sul punto, in quanto, precedentemente, prevedeva la possibilità per l'assemblea di deliberare sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società, riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo o

---

[195] Che ha consentito di attuare il contenuto dell'articolo 4, comma 8°, lettera c) della legge delega che chiedeva di "definire le competenze dell'organo amministrativo con riferimento all'esclusiva responsabilità di gestione dell'impresa sociale";

[196] Infatti essa consente anche di raggiungere l'obiettivo fondamentale della legge delega di "definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali" (rif. all'articolo 2, lett. b seconda parte della legge n. 366 del 2001);

[197] LOVECCHIO MUSTI G., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* Torino, UTET, 2005, p. 26 che indica anche, a pagina 28, che nell'esercizio del potere di gestione gli amministratori "hanno qualsivoglia potere, il che sembra sottintendere una competenza non solo esclusiva, ma, almeno in via generale, insindacabile, soprattutto per ciò che concerne la scelta dei mezzi e delle modalità cui darvi attuazione";

[198] Della medesima opinione dell'Autrice citata *Supra* è anche MORANDI P. che indica come "si possa ritenere in tal modo completato un lungo processo di evoluzione che nell'ambito del nostro sistema giuridico ha portato al superamento del dogma della sovranità assembleare, incentrato sulla convinzione secondo cui gli amministratori sarebbero meri mandatari dei soci […] per arrivare ad attribuire agli amministratori medesimi una competenza generale ed esclusiva in materia gestionale"; citazione dal testo di MORANDI P., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo diritto delle società,* Vol. I, Padova, CEDAM, 2005, p. 652;

[199] Anche con la sottrazione di competenze precedentemente appartenenti all'assemblea, come quelle previste dall'articolo 2410 riformato (riferito alla competenza a deliberare l'emissione del prestito obbligazionario non convertibile), dall'articolo 2365 comma 2° (che prevede la possibilità di attribuire alla competenza dell'organo di amministrazione le deliberazioni riferite alla fusione semplificata, l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, l'indicazione di quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società e così via);

[200] Così GALGANO F., in *Il nuovo diritto societario,* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* (diretto da) GALGANO F., vol. 29, Padova, CEDAM, 2003, p. 244;

sottoposti al suo esame dagli amministratori. La modifica apportata, perciò, consente di sottolineare come, nel nuovo sistema, i componenti dell'organo di gestione conservano la responsabilità, e la competenza "a monte" in relazione a tutte quelle attività necessarie per la corretta amministrazione dell'impresa, anche quando sia necessaria la previa autorizzazione dell'assemblea[201].

Un altro elemento da sottolineare, in relazione al contenuto dell'articolo 2380 bis, è il riferimento alla possibilità di affidare l'amministrazione solo a persone fisiche; questa possibilità si deduce sia dal dettato dell'articolo in esame, che parla dell'affidamento dell'amministrazione *"a più persone"*, sia dal contenuto di altre differenti disposizioni come:

- dalle disposizioni dell'articolo 2382 che annoverano tra le cause di ineleggibilità caratteristiche e qualità proprie solo delle persone fisiche (ad esempio l'interdizione e l'inabilitazione);
- dall'articolo 2383, quando al quarto comma indica le modalità di iscrizione degli amministratori all'interno del registro delle imprese, stabilisce che gli amministratori stessi dovranno indicare *"il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza"*, cioè indicazioni e caratteristiche tipiche delle persone fisiche[202] [203];

♦ *In breve: la nomina degli amministratori e i loro poteri*

Avendo parlato della funzione gestoria esercitata dagli amministratori è necessario accennare alle modalità attraverso le quali viene composto l'organo di amministrazione.
La nomina degli amministratori può avvenire in modo differente; le disposizioni dell'articolo 2383 indicano, infatti:

[201] ABRIANI N., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario : …*, cit., p. 671;
[202] Questa posizione viene sostenuta anche da MORANDI P., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., pp. 660-661; l'Autrice, infatti, sottolinea che qualora si affidasse ad una persona giuridica l'amministrazione della società "la nomina dei gestori sarebbe rimessa a terzi estranei alla società amministrata, con inevitabile esautoramento dell'assemblea di questa, […] giacché in tal caso le funzioni gestorie verrebbero di fatto svolte dagli amministratori della società amministrante";
[203] Questo orientamento si deduce anche dal testo di GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, Padova, CEDAM, 2004, p. 256; infatti, si indica esplicitamente come l'amministrazione può essere affidata a "persone fisiche, socie o non socie";

"La nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori che sono nominati nell'atto costitutivo e salvo il disposto degli articoli 2351, 2449 e 2450"

La nomina dei primi amministratori, perciò, avviene attraverso l'inserimento dei nominativi dei soggetti scelti all'interno dell'atto costitutivo posto in essere da parte dei soci, anche se tale indicazione statutaria non è annoverata tra i requisiti di validità dell'atto costitutivo; infatti, l'articolo 2328 c.c. stabilisce, al numero 9 che l'atto costitutivo deve indicare:

"il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società[204]*"*

Nel caso in cui la nomina dei soggetti (o del singolo soggetto) aventi potere amministrativo non avvenga *ab origine,* potrà essere posta in essere, come accennato, secondo le disposizioni dell'articolo 2364 n. 2, da parte dell'assemblea dei soci, in modo particolare da parte dell'assemblea ordinaria[205]; la convocazione dell'assemblea avverrà con provvedimento disposto dagli stessi amministratori in carica, (o da parte dei membri del consiglio di gestione), prima della scadenza del loro mandato, oppure con deliberazione dei sindaci se gli amministratori non vi provvedono, oppure, nel caso di inerzia anche dei sindaci, la richiesta potrà provenire da parte di un numero di soci che rappresenti almeno un decimo del capitale sociale; tale richiesta dovrà essere effettuata prima nei confronti dell'organo amministrativo e, nel caso di inerzia di quest'ultimo, potrà essere disposta nei confronti del tribunale[206]. La delibera di nomina sarà assunta dall'assemblea con maggioranza semplice, salvo che lo statuto disponga diversamente.

Successivamente, i soggetti nominati dovranno essere informati[207] dell'avvenuta nomina e dovranno accettare la deliberazione posta in essere dall'assemblea, allo scopo di rendere

---

[204] Anche se sarà possibile scegliere, dopo la riforma, il sistema di amministrazione più consono;

[205] Che, quindi, si riterrà validamente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino la metà del capitale sociale e che potrà deliberare validamente con la maggioranza assoluta dei presenti. In seconda convocazione delibererà, sempre a maggioranza assoluta dei presenti, qualunque sia la parte di capitale rappresentata all'adunanza; (queste regole vengono previste all'interno delle disposizioni degli articoli 2368 e 2369 c.c.); è ancora necessario ricordare che l'atto costitutivo, secondo le disposizioni dell'articolo 2368, può vedere una predisposizione, a riguardo, di maggioranze più elevate;

[206] All'interno delle disposizioni dell'articolo 2367 post-riforma prevede la necessità, al secondo comma, da parte del tribunale, di sentire gli amministratori (o il consiglio di gestione) e i sindaci (o il consiglio di sorveglianza) per appurare se vi sia, o meno, una giustificazione per l'inerzia nella convocazione dell'assemblea;

[207] Con una comunicazione che viene effettuata, in genere, dagli amministratori uscenti o dai sindaci, ma nulla vieta che tale comunicazione venga posta in essere da parte del socio; la comunicazione e l'accettazione, inoltre, possono essere informali (in genere, infatti, si utilizza una semplice raccomandata);

ufficiale la costituzione dell'organo amministrativo; tale ufficialità, però, non potrà essere "opposta" nei confronti dei terzi sino a quando gli amministratori stessi richiedono (entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina) l'iscrizione di tale nomina all'interno del registro delle imprese.

In relazione alle procedure di designazione possono essere menzionati anche casi particolari di nomina degli amministratori, come:

- La nomina per cooptazione (prevista dalle disposizioni dell'articolo 2386 c.c.) che consiste nel potere, attribuito al Consiglio di Amministrazione, di nominare nuovi amministratori in sostituzione dei membri precedenti venuti a mancare;
- La nomina da parte dell'autorità giudiziaria dell'amministratore giudiziario (indicata dalle disposizioni dell'articolo 2409 c.c.) che può essere posta in essere nel caso di denuncia al tribunale, da parte di un numero di soci che rappresentino almeno un decimo del capitale sociale[208], riguardanti gravi irregolarità (sempreché la denuncia risulti fondata)[209]; questo provvedimento, per l'ultimo comma dell'articolo, può essere posto in essere anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione nonché, nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio, del pubblico ministero;
- La nomina da parte dello Stato o di enti pubblici all'interno delle società in cui essi abbiano acquisito partecipazioni (ma solo se tale potere sia stato previsto all'interno dell'atto costitutivo) secondo le disposizioni dell'articolo 2449 c.c.;

Il mandato degli amministratori, secondo le disposizioni dell'articolo 2383 2° comma, non può durare per più di tre esercizi[210]; tale mandato scadrà alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

Infine, è necessario aggiungere che l'attività di amministrazione può essere esercitata sia da parte di un soggetto singolo (il c.d. amministratore unico) sia da parte di un organo collegiale;

[208] O nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio, un ventesimo;
[209] L'amministratore giudiziario, essendo un pubblico ufficiale, è tenuto a riferire all'autorità giudiziaria i fatti costituenti reato dei quali sia venuto a conoscenza nell'esercizio delle sue funzioni; inoltre, tale tipo di amministratore non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del presidente del tribunale;
[210] Il comma successivo del medesimo articolo stabilisce, però, la possibilità di rielezione degli amministratori, e di loro revoca da parte dell'assemblea "in qualunque tempo"; inoltre, secondo le disposizioni dell'articolo 2385 c.c. gli amministratori hanno la possibilità di rinunciare volontariamente al proprio ufficio;

la scelta tra i due sistemi è operata in modo autonomo all'interno delle singole società, poiché il carattere collegiale dell'organo amministrativo è solo eventuale ed è oggetto di determinazione da parte dell'assemblea, che potrà decidere in merito sia in sede di formazione dello statuto, sia con una semplice deliberazione in sede ordinaria[211].

Per enunciare quali sono i poteri degli amministratori, invece, è necessario fare riferimento a norme differenti e distaccate tra di loro; spesso queste norme oltre a prevedere poteri e facoltà dei membri dell'organo amministrativo, dispongono anche specifici obblighi e doveri a carico di tali soggetti[212] .
Come visto *supra* i poteri degli amministratori possono essere suddivisi in differenti categorie.

In primis si trovano i *poteri di iniziativa;* tali poteri consentono, in linea generale, agli amministratori di:

- Convocare l'assemblea dei soci quando la legge lo prescriva;
- Convocare l'assemblea anche in assenza di specifici obblighi, quando sia necessario o utile suscitare una decisione dei soci in riferimento a determinate scelte o iniziative rilevanti per la società;
- Definire l'ordine del giorno dell'assemblea convocata;

Questo potere di iniziativa spetta, eccezionalmente e per previsione legislativa, al collegio sindacale[213] (quando vi sia omissione di tale convocazione da parte degli amministratori, quando tutti gli amministratori siano venuti a cessare, quando al collegio sindacale siano stati denunciati, da parte dei soci, "fatti censurabili", o quando lo stesso collegio sindacale abbia ravvisato fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgenza di provvedere), al presidente del tribunale (nel caso, visto prima, di omissione sia da parte degli amministratori sia da parte dei sindaci) e al tribunale collegiale (in caso di accertate gravi irregolarità degli amministratori); inoltre, come già accennato, l'iniziativa prescritta spetta anche ai soci, in un numero sufficiente a rappresentare almeno un decimo del capitale sociale.

---

[211] Sarà, infatti, possibile inserire nello statuto una clausola che prevede l'alternatività dei due regimi, consentendo la scelta successiva, operata da parte dell'assemblea, attraverso una semplice delibera ordinaria;
[212] Un esempio calzante è costituito dalla redazione del bilancio: tale attività costituisce uno dei poteri maggiori degli amministratori ma, di contro, anche un grosso dovere che, se disatteso o svolto in modo non corretto, può fondare pesanti responsabilità a carico di tali soggetti;
[213] O al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo

Vi sono, poi, i *poteri esecutivi;* tali poteri conferiscono all'organo amministrativo, in via esclusiva, la possibilità di eseguire le deliberazioni dell'assemblea[214]; gli amministratori hanno anche la possibilità (intesa come potere-dovere[215]) di impugnare le deliberazioni assembleari che violino la legge o l'atto costitutivo.

Si trova, poi, il *potere di gestione,* che, come visto *supra,* può essere definito come il potere, essenzialmente esclusivo per gli amministratori, di prendere specifiche iniziative e di compiere le scelte necessarie all'esercizio dell'attività economica costituente l'oggetto sociale.

Anche se la discussione riferita al potere esclusivo di gestione è stata in parte affrontata, è necessario puntualizzare un aspetto che ha portato la dottrina più recente a chiarire i confini di tale potere; infatti, prima della riforma del 2003 il contenuto delle disposizioni dell'articolo 2384, che al primo comma stabiliva che *"gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salvo le limitazioni che risultano dalla legge o dall'atto costitutivo",* venivano utilizzate anche allo scopo di determinare l'ambito del potere di gestione degli amministratori, poiché vi era, nel passato, una tendenza a far coincidere il potere di rappresentanza con quello deliberativo[216] ; con la riforma del 2003 l'articolo 2384 è stato modificato e il 2384 bis è stato direttamente abrogato, determinando differenti interpretazioni dottrinali sul punto; infatti, una parte della dottrina[217], pur riconoscendo una sostanziale modifica delle norme riferite alla

---

[214] Tale esclusività, che determina l'impossibilità da parte dell'assemblea di eseguire da sola le proprie deliberazioni, viene sostenuta oltre che da BONELLI F., nel testo *Gli amministratori di S.p.A.. dopo la riforma delle società,* Milano, Giuffré, 2004, pp. 9-10, anche da CASELLI G., in *Contr, impr.*, 2003, p. 151; da GALGANO F., In *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 244 che indica che "ad essi (cioè agli amministratori) spetta di dare esecuzione alle deliberazioni dell'assemblea, la quale è organo solo deliberativo: non può provvedere direttamente […] all'esecuzione delle proprie deliberazioni; a ciò possono provvedere esclusivamente gli amministratori" l'Autore sottolinea, poi, come il loro potere di esecuzione viene meno solo nel caso di specifico conflitto di interessi rispetto alla deliberazione predisposta dall'organo assembleare;

[215] Espressione utilizzata, in riferimento a tale funzione da CAMPOBASSO G.F., in *La riforma delle società di capitali e delle cooperative,* Torino, UTET, 2003, p. 112; tale funzione viene ivi annoverata tra le "altre funzioni" degli amministratori, quindi in chiave essenzialmente minoritaria rispetto ai poteri principali degli amministratori;

[216] Esempi ne sono i testi di BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni,* Milano, Giuffré, 1985, p. 93 e di PAVONE LA ROSA A., in *Riv. Soc.*, 1997, p. 10 ss.;

[217] Questo orientamento viene sostenuto da BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A,*, cit., p.17; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 244 nel quale si indica che "l'articolo 2380 bis attribuisce agli amministratori un potere esclusivo, che si estende ad ogni sorta di atti diretti a conseguire l'oggetto sociale, che non siano espressamente rimessi alla competenza dell'assemblea"; MORANDI P., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo diritto delle società,* cit., pp. 694-695, all'interno del quale si determina una differenza tra potere di gestione, ancora limitato all'oggetto sociale, e potere di rappresentanza, non più limitato; GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale…*, cit., p. 257 nel quale si indica che "compito fondamentale degli amministratori p quello di provvedere alla gestione della società, curandone gli aspetti organizzativi, amministrativi e contabili e compiendo tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale";

rappresentanza, configura ancora la presenza di un limite, rappresentato dall'oggetto sociale[218], ai poteri di gestione degli amministratori; si sostiene questo orientamento sulla base di alcuni elementi determinati, innanzitutto, dal contenuto della Relazione alla riforma, al punto 6.III.1, nella quale si stabilisce che "la gestione dell'impresa sociale spetta in via esclusiva agli amministratori […] i quali hanno poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale"; si fa poi riferimento al contenuto dell'articolo 2380 bis al primo comma, che indica proprio il compimento, da parte degli amministratori, di tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Questo limite vale, secondo questo orientamento, sia in riferimento ai rapporti interni con la società[219] sia ai rapporti esterni, anche se, in questo secondo caso, come si vedrà affrontando l'esame dell'articolo 2384 c.c., il superamento del limite dell'oggetto sociale non è opponibile ai terzi (salva la possibilità di esercitare l'azione di *exceptio doli*). Di contro, vi sono posizioni dottrinali[220], decisamente minoritarie, che sostengono come la modifica intervenuta in riferimento all'articolo 2384 (determinando l'eliminazione del riferimento all'oggetto sociale) abbia portato anche all'ampliamento dei poteri di gestione degli amministratori, non più limitati dalla nozione di oggetto sociale; si sostiene, infatti, che "gli amministratori deliberano su tutti gli argomenti attinenti alla gestione della società che non siano riservati dalla legge all'assemblea"[221].

Infine si trovano i *poteri di rappresentanza*, disciplinati dopo la riforma, come appena visto, dal nuovo testo dell'articolo 2384 c.c.; il nuovo articolo 2384 individua due importanti principi: l'attribuzione di un potere di rappresentanza, da parte dello statuto o grazie a deliberazioni di nomina[222], di tipo generale (ex articolo 2384 comma 1°) e l'inopponibilità a

---

ANGELICI C.M., FERRI G.B., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, UTET, 2006, pp. 533-535 DENTAMARO A., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario..*, cit., pp. 690-691 che sostiene che la modifica dell'articolo 2384 abbia portato alla differente disciplina del potere di gestione rispetto a quello di rappresentanza, sottoponendo il primo, ancora, al limite dell'oggetto sociale;

[218] in riferimento alla individuazione dell'ampiezza dell'oggetto sociale si vedano due sentenze, ante riforma, specifiche sul punto: Cassazione civile, 15 giugno 2000, in *Giur. Comm.*, 2002, II, p. 34 nella quale si indica che *"la prestazione di garanzia per i debiti altrui, anche quando sia prevista espressamente dallo statuto, è estranea all'oggetto sociale se non è idonea in concreto a soddisfare un interesse economico, anche mediato o indiretto, ma giuridicamente rilevante della società garante";* Cassazione civile 21 novembre 2002, in *Giust. Civ.*, 2002, p. 2024 nella quale ci si riferisce all'oggetto sociale come alla specifica attività economica prescelta e concordata dai soci nell'atto costitutivo;

[219] Se ivi gli amministratori pongono in essere atti che vanno oltre il limite prescritto, sono esposti a responsabilità per danni, a revoca per giusta causa dal loro incarico e a denuncia ex articoli 2408 e 2409 c.c.;

[220] Come quella di CAMPOBASSO G.F., *La riforma…*, cit., p. 111; o quella di SANDULLI M., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società – Società per azioni, società in accomandita per azioni*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 2003 p. 400 che ritiene che gli amministratori possano compiere operazioni estranee all'oggetto sociale, ma che siano necessarie per la sua attuazione;

[221] Citazione dal testo di CAMPOBASSO G.F., *La riforma…*, cit., p. 111;

[222] Che dovranno essere seguite da un ulteriore adempimento degli amministratori; infatti, per rendere nota a terzi la attribuzione della rappresentanza, secondo le disposizioni del quarto comma dell'articolo 2383 c.c., tali

terzi delle limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti (ex articolo 2384 comma 2°). Infatti, esso stabilisce che:

"Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale.
Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società"

Il carattere della "generalità" del potere di rappresentanza determina, oggi, la possibilità di sostenere la eliminazione del limite dell'oggetto sociale per l'esercizio di tali poteri da parte degli amministratori che siano stati così individuati[223]. Questo significa che, come accennato *supra*, nei rapporti interni alla società il comportamento illegittimo del rappresentante può costituire giusta causa di revoca dalla carica di amministratore , oltre a rappresentare una grave irregolarità nella gestione che può essere sanzionata attraverso l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità o la denuncia al tribunale o al collegio sindacale[224]; nei rapporti esterni gli atti esulanti dall'oggetto sociale rimangono, invece, validi e vincolanti per la società, salvo che la società stessa riesca a provare che i terzi abbiano intenzionalmente agito a danno dell'impresa rappresentata[225] [226]; ciò significa anche che le eventuali limitazioni statutarie al potere di rappresentanza sono opponibili ai terzi solo nel caso in cui si abbia la prova che tali soggetti hanno, come già indicato, agito intenzionalmente a danno della società[227], potendo indicare, perciò, che tutte le violazioni perpetuate da parte degli

---

soggetti dovranno, entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina, richiedere l'iscrizione nel registro delle imprese anche dei nominativi dei titolari della rappresentanza, precisando se tale potere può essere esercitato disgiuntamente o congiuntamente;

[223] Così BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., pp. 76 ss.;

[224] Così: MORANDI P., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 699; del medesimo avviso: BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., p. 77; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario…*, cit., p. 270;

[225] Questa impostazione è individuabile anche all'interno della relazione di accompagnamento alla riforma del 2003; al punto 6.III.1 essa indica che gli amministratori "hanno poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale e una rappresentanza generale per tutti gli atti compiuti in nome della società. […] Nei rapporti esterni, per tutelare l'affidamento dei terzi – e salva l'*exceptio doli* – […] gli atti compiuti dall'amministratore munito del potere di rappresentanza ma privo del potere di gestione (atti estranei all'oggetto sociale) […] rimangono validi e impegnativi";

[226] Così anche GALGANO F., *Il nuovo diritto societario…*, cit., pp. 270-273; che stabilisce come "il nuovo sistema impone sì un sacrificio alle singole società […] ma realizza, a fronte di questo sacrificio, un interesse che è comune a tutte le società: l'interesse di ognuna di esse di vedere eliminata, nei terzi che entrano in rapporto con gli amministratori, una possibile remora alla conclusione degli affari";

[227] Così viene specificato nel testo di GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale…*, cit., p. 260;

amministratori rispetto ai limiti imposti per l'esercizio del potere di rappresentanza[228], sono poste a carico della società invece che a carico dei terzi in buona fede. Questo tipo di orientamento del legislatore, anche se apparentemente dannoso e poco "conveniente" per le imprese, è volto a consentire una maggiore sicurezza e agevolezza nei traffici giuridici con le società, e a determinare anche una tutela degli stessi interessi delle società considerate[229].

Nel caso in cui, inoltre, il soggetto rappresentante abbia poteri di gestione limitati e poteri di rappresentanza potenzialmente illimitati, tale limitazione non porta, comunque, a poter opporre ai terzi le restrizioni, non provenienti dalla disciplina legislativa (cioè i c.d. limiti legali[230]), dei poteri di gestione per la c.d. dissociazione, operata dalla riforma del 2003, tra poteri di gestione (e di deliberazione) e di rappresentanza, potendo, i primi, essere esercitati da parte del consiglio di amministrazione o da parte di uno o più membri delegati anche senza il necessario conferimento di poteri di rappresentanza [231] [232]; tuttavia, all'interno di una parte della dottrina dottrina, si sottolinea che nel caso in cui un rappresentante compia un atto in esecuzione di una delibera invalida (o senza previa deliberazione del consiglio o dell'assemblea), tale atto è da considerarsi invalido ma, sempre, con una invalidità in opponibile ai terzi soggetti che abbiano agito in buona fede[233]. Quindi il valido esercizio del

---

[228] E, in riferimento a quello che si vedrà di seguito e che si è visto *supra*, anche con riferimento ai poteri di gestione;

[229] Rilievo che viene sottolineato all'interno dei testi di: GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale…*, cit., p. 260; del medesimo avviso anche BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., p. 79 che indica che "il sistema non solo tutela i terzi, ma, anche se in singoli casi impone un sacrificio alle società […] consente alle società di conseguire in lunghi termini, vantaggi maggiori e più importanti. Esso, infatti, dando ai terzi la sicurezza che la società risponderà degli atti conclusi dai suoi amministratori muniti dei poteri di rappresentanza, senza poter opporre le limitazioni dei loro poteri, elimina una remora alla conclusione degli affari e, perciò, consente alla società il maggio sviluppo possibile delle contrattazioni e, quindi, una più intensa valorizzazione del capitale";

[230] Questo perché l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni viene prevista, dall'articolo 2384 c.c. solo per "*Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti*"

[231] Così, GALGANO F., *Il nuovo diritto societario…*, cit., p. 274;

[232] Secondo BONELLI F., in *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., pp. 80-81 questa dissociazione opera in relazione sia al contenuto delle disposizioni dell'articolo 2384 comma 2° che parla, in modo generale di "poteri" degli amministratori, senza limitarsi ai semplici poteri di rappresentanza, sia per il fatto che le disposizioni del comma indicato, se si riferissero solo ai poteri di rappresentanza, verrebbero applicate in pochissimi casi, nei quali ai poteri di rappresentanza non corrisponderebbero ai poteri di gestione; MORANDI P., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., pp. 696-697 tiene a precisare, invece, che i limiti legali ai poteri di rappresentanza sono sicuramente, anche dopo la riforma, opponibili nei confronti dei terzi soggetti;

[233] Di opinione opposta è MORANDI P., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., pp. 696-697 la quale sottolinea che "mancando l'autorizzazione assembleare la società potrà eccepire ai terzi l'inefficacia dell'atto compiuto dai suoi amministratori […] dal momento che il limite al potere di rappresentanza […] deriva dalla legge e non dallo statuto"; conviene sul punto DENTAMARO A., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario..*, cit., p.697 che fa riferimento all'opponibilità a terzi in mala fede, secondo le disposizioni dell'ultimo comma dell'articolo 2388 c.c., della presenza di deliberazioni invalide e della più generale dissociazione dei poteri, intesa come limite legale al potere di rappresentanza, allo scopo di evitare le ripercussioni sulla società di attività dannose svolte dall'amministratore non avente potere gestorio effettivo; anche se BONELLI F. non è d'accordo sul punto; esso sostiene, infatti, che il principio generale della salvezza dei diritti acquistati in buona fede dai terzi si applica, anche nei casi in cui sia invalida la deliberazione che ha nominato gli amministratori muniti di potere di rappresentanza, e il quelli in cui

potere di rappresentanza è, per questo orientamento, subordinato al previo conforme esercizio del potere di deliberazione, in quanto la deliberazione invalida o totalmente nulla determinerebbe la mancanza di un requisito legale sia per l'attribuzione dei poteri di gestione sia per quelli di rappresentanza[234].

Infine, è necessario sottolineare che il potere di rappresentanza può essere esercitato anche in ipotesi "patologiche" che vengono così ripartite e "risolte" [235]:

- Ipotesi di mancanza di potere rappresentativo, che si verifica nel caso previsto dall'articolo 2383 comma 5° di nullità o annullabilità della nomina, opponibili solo ai terzi in mala fede, e nel caso appena esaminato di mancanza o invalidità della deliberazione del consiglio o dell'assemblea;
- Eccesso di potere rappresentativo, che si verifica se si superino i limiti statutari del potere di rappresentanza; anche in questo caso l'opponibilità ai terzi è limitata ai casi di possibile esercizio dell'*exceptio doli;*
- Abuso di potere rappresentativo, che si verifica quando il rappresentante pone in essere degli atti per realizzare una interesse extrasociale; se ivi si assimila il caso di abuso al caso di eccesso è possibile applicare l'articolo 2384 comma 2°, altrimenti si può applicare l'articolo 2391 comma 3° relativa alla "sorte dell'atto posto in essere dal rappresentante in esecuzione di una deliberazione consiliare annullata perché adottata con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi[236]" con opponibilità nei confronti del terzo in mala fede;

♦ *In breve: il rapporto intercorrente tra gli amministratori e la società*

Il rapporto intercorrente tra gli amministratori e la società ha posto dei problemi di definizione, soprattutto prima della riforma della normativa riferita alla società; questi problemi si presentavano soprattutto a causa del precedente contenuto dell'articolo 2392 del Codice Civile che, al primo comma, indicava:

---

sia invalida la deliberazione del consiglio che ha nominato l'amministratore delegato secondo quanto stabilito dall'ultimo comma dell'articolo 2388 c.c. (in *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., pp. 82-83);

[234] Così BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., p. 80;

[235] Sempre all'interno del testo ivi citato di GALGANO F.;

[236] Questo è l'orientamento appoggiato da GALGANO;

"Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario […]"

Tale espressione, riferita alla "diligenza del mandatario" poneva dei dubbi in merito alla possibile configurazione di un contratto di mandato volto a regolamentare l'attività posta in essere da parte degli amministratori, o comunque alla possibilità di ravvisare la presenza di un contratto di lavoro caratterizzato sia da elementi di autonomia sia da elementi di subordinazione[237]; tale tipo di orientamento, grazie alla successiva riforma intervenuta, appunto, nel 2003, è stato decisamente messo da parte, per far posto ad opinioni e tesi che, seppur attribuibili a differenti giuristi, escludono essenzialmente la riconducibilità al contratto di lavoro subordinato del rapporto intercorrente tra l'amministratore e la società.

Infatti, la dottrina[238], assestata su una posizione sostanzialmente unitaria, sostiene che i poteri degli amministratori derivano non da un contratto specifico ed ulteriore, ma direttamente dal contratto di società, così come accade per i poteri dell'assemblea dei soci. Per gli esponenti di questa parte della dottrina, quindi "alla nomina degli amministratori da parte dell'assemblea e all'accettazione della nomina da parte di essi non si deve guardare […] come all'accordo fra la società e gli amministratori per la costituzione di uno specifico rapporto contrattuale, distinto dal rapporto contrattuale di società "[239]; così l'atto con il quale si designano gli amministratori è un semplice atto di nomina, ma non è da questo che derivano direttamente i poteri, le facoltà e i doveri degli amministratori stessi.
Tuttavia, questo orientamento viene criticato da chi sostiene che la posizione dell'amministratore rispetto alla società, ed il suo rapporto con quest'ultima, potrebbe essere annoverato tra i contratti di tipo misto, con caratteristiche ricoducibili alla fattispecie del contratto di lavoro "parasubordinato", in parte riferibili allo schema del contratto di lavoro (in

[237] Come veniva affermato da parte di COTTINO G., in *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche*, Padova, CEDAM, vol. II, tomo II, 1987, p. 450; DI SABATO F., in *Manuale delle società*, Torino, UTET, 1992, p. 467; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale,* Torino, UTET, Vol. II, 1998, p. 323;
[238] Rappresentata, tra gli altri, da: GALGANO F., *Il nuovo diritto societario,* cit., pp. 254-255; lo stesso Autore ribadisce la propria posizione all'interno del testo *Diritto commerciale – l'imprenditore, le società,* Bologna, Zanichelli, 2003, pp. 319-320; ivi l'Autore esclude anche la possibile configurazione, in questo caso, di "un contratto di un tipo a sé stante, che ha per oggetto la prestazione di lavoro in senso ampio, avente contenuto di attività prevalentemente giuridica e in posizione che per taluni aspetti è di autonomia e per altri e di subordinazione"; GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale…*, cit., p. 256; LOVECCHIO MUSTI G., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., p.23 che esclude esplicitamente la possibilità di configurare il contratto di mandato e indica che "la figura dell'amministratore trae, […] ogni sua prerogativa e legittimazione direttamente dalla legge e dallo statuto sociale e non per mandato diretto dei soci"; BANO F., *Lavoro e rapporti associativi,* in (a cura di) CENDON P., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, UTET, 2003, p. 192;
[239] GALGANO F., *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 254;

modo particolare con riguardo ai rapporti interni tra l'amministratore e la società), in parte a quello del rapporto di colui che sia direttamente legato alla società grazie al contratto stesso di società[240] [241]; questa posizione dottrinale, diffusa soprattutto nel periodo precedente alla riforma[242], però, rimane oggi isolata e minoritaria, soprattutto alla luce delle modifiche legislative apportate all'articolo 2392. Inoltre, la giurisprudenza più recente consente di confermare il primo orientamento dottrinale, favorevole all'esclusione della possibilità di configurare, per gli amministratori, la presenza di un contratto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa; la giurisprudenza, infatti, ha appoggiato talvolta la tesi della riconducibilità del rapporto dell'amministratore con la società all'area del lavoro professionale autonomo[243], escludendo la possibilità di cumulare il rapporto organico con la società con il contratto di lavoro subordinato[244]; la giurisprudenza stessa, però, come si è

---

[240] Tale orientamento è riferibile a PASQUINI F., *Il rapporto di amministrazione nella riforma del diritto societario e del lavoro,* in *Dir. Rel. Industr.,* numero 3/XV, 2005, pp. 728-729; l'Autrice critica esplicitamente la posizione assunta da GALGANO esponendo il proprio *favor* per l'opzione dedotta all'interno del testo;

[241] Questo tipo di orientamento viene sostenuto anche sulla base di una pronuncia della Cassazione, sezione lavoro, 12 gennaio 2002, n. 329 (ante riforma) nella quale la Suprema Corte indica che *"Sostanzialmente, il ricorrente si richiama alla giurisprudenza di questa Corte la quale ha chiarito che né il contratto di società, né l'esistenza del rapporto organico che lega l'amministratore alla società, valgono ad escludere la configurabilità di un rapporto obbligatorio tra amministratori e società, avente ad oggetto, da un lato, la prestazione di lavoro e, dall'altro lato, la corresponsione di un compenso sinallagmaticamente collegato alla prestazione stessa. Ciò perché, in particolare, il rapporto organico concerne soltanto i terzi, verso i quali gli atti giuridici compiuti dall'organo vengono direttamente imputati alla società, con la conseguenza che, sempre verso i terzi, assume rilevanza solo la persona giuridica rappresentata e non anche la persona fisica. Nulla esclude però che, nei rapporti interni, sussistano rapporti obbligatori tra le due persone e, in particolare il rapporto di lavoro subordinato";* seguiva a questa una ulteriore pronuncia del medesimo tenore della Cassazione, sezione lavoro, 21 maggio 2002, n. 7465 nella quale, sulla base di sentenze risalenti, si affermava che *"Deve in particolare considerarsi in diritto che la sentenza impugnata è rispettosa del principio, già affermato da questa Corte (Cass. 21 gennaio 1993, n. 706), secondo cui la qualità di socio ed amministratore di una società di capitali composta da due soli soci, entrambi amministratori, è compatibile con la qualifica di lavoratore subordinato, anche a livello di dirigente, ove il vincolo della subordinazione risulti da un concreto assoggettamento del socio-dirigente alle direttive ed al controllo dell'organo collegiale amministrativo formato dai medesimi due soci. Parimenti Cass., sez. lav., 25 maggio 1991, n. 5944, ha ritenuto che la qualità di amministratore di una società di capitali è compatibile con la qualifica di lavoratore subordinato della medesima, ove sia accertato in concreto lo svolgimento di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale rivestita, con l'assoggettamento ad effettivo potere di supremazia gerarchica e disciplinare (cfr. anche Cass. 25 maggio 1991, n. 5944).*
Solo nel caso di amministratore unico di società di capitali datrice di lavoro non è configurabile il vincolo di subordinazione perché mancherebbe la soggezione del prestatore ad un potere sovraordinato di controllo e disciplina, escluso dalla immedesimazione in unico soggetto della veste di esecutore della volontà sociale e di quella di unico organo competente ad esprimerla (Cass., sez. lav., 29 maggio 1998, n. 5352);

[242] Esempi ne sono le posizioni, precedentemente richiamate, espresse nei testi di COTTINO G., *Diritto commerciale…*,cit., p. 450; DI SABATO F., *Manuale…*, cit., p. 467; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale,* Vol. II, Torino, UTET, 2002, p. 323

[243] Come all'interno delle sentenze seguenti: Cassazione, sezione lavoro, 26 febbraio 2002, n. 2861 (precedente alla riforma del 2003) nella quale si indica *"l'amministratore della società, essendo un organo cui è connessa la gestione sociale, è a questa legato da un rapporto interno di immedesimazione organica che non può essere qualificato né rapporto di lavoro subordinato, né rapporto di collaborazione continuata e coordinata (Cass. n. 3980 del 1991, Cass. n. 9076 del 1991); le prestazioni dell'amministratore in favore della società rientrano piuttosto nell'area del lavoro professionale autonomo, come è dato desumere dall'art. 2392 c.c. che richiama le norme sul mandato"*;

[244] Questo è stato affermato all'interno delle seguenti sentenze: Cassazione, sezione lavoro,. 24 maggio 2000, n. 6819 (ante riforma), Cassazione, sezione lavoro, 5 settembre 2003, n., 13009 nella quale si stabilisce che *"E' ben*

potuto notare, ha emesso ancora poche pronunce a riguardo, lasciando aperta la questione anche all'interno della dottrina.

- *Il comitato esecutivo e gli amministratori delegati: le disposizioni dell'articolo 2381 c.c.;*

Una delle norme fondamentali in tema di amministrazione e poteri degli amministratori è, sicuramente quella contenuta all'interno dell'articolo 2381 del Codice Civile. Tale articolo esordisce con le previsioni riferite al presidente del consiglio di amministrazione, recuperando e colmando un vuoto normativo precedente che, spesso, aveva portato a sovrapporre la figura del presidente del consiglio di amministrazione a quella dell'amministratore delegato; questa sovrapposizione non potrà più avvenire dopo la riforma, in quanto il primo comma dell'articolo in esame indica esplicitamente i poteri del presidente e le funzioni principali che esso può esercitare[245].
Tuttavia, l'articolo esaminato ha una fondamentale importanza sotto un altro profilo; infatti, a partire dal secondo comma, l'articolo 2381 descrive le caratteristiche salienti e le regole fondamentali che riguardano la delega all'interno dell'organo amministrativo indicando, innanzitutto:

"Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti"

La parte di norma appena analizzata consente di individuare, in modo palese, un onere da adempiere prima di poter delegare alcuni compiti e alcune funzioni ad uno o più soggetti all'interno dell'organo amministrativo; infatti, è necessario che la possibilità di delega sia prevista dallo statuto o, nel caso in cui ciò non sia stato previamente predisposto, dall'assemblea ordinaria. Nel caso in cui il conferimento di deleghe avvenga in mancanza della previa deliberazione assembleare (o in mancanza della previsione statutaria) si verificherà il fenomeno dell'attribuzione delle cc.dd. "deleghe atipiche"; tali tipologie di

---

vero che è stato più volte affermato, che la qualifica di amministratore unico di una società non è compatibile con la condizione di lavoratore subordinato alle dipendenze della stessa società, non potendo ricorrere in tal caso l'effettivo assoggettamento al potere direttivo, di controllo e disciplinare di altri, che si configura come requisito tipico della subordinazione";

[245] MONTALENTI P., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario..*, cit., p.679;

deleghe si evidenziano nel momento in cui il consiglio di amministrazione, appunto in assenza di una previa "autorizzazione", decida di ripartire, in modo informale, alcune competenze al proprio interno[246]; anche se la legge n. 366 del 2001 non sembrava lasciare spazio alla previsione di deleghe atipiche poiché chiedeva esplicitamente di "precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi"[247], molto probabilmente allo scopo di eliminare la prassi che si seguiva già molto prima della riforma delle società, si sostiene[248] come questa tipologia di delega potrebbe servire al fine di consentire un "esercizio disgiunto del potere di gestione", riaffermando la necessità di ottenere, però, la previa deliberazione-autorizzazione allo scopo di determinare una effettiva ripartizione delle competenze all'interno del consiglio di amministrazione. Si è anche sottolineato, con riferimento al contenuto dell'articolo 2392 comma 1°, che si esaminerà tra breve, che "anche le deleghe non consentite dai soci avrebbero, con riguardo alla responsabilità dei deleganti un 'efficacia identica a quella delle deleghe fondate su previsione statutaria o su deliberazione assembleare" [249]; questo orientamento è stato, però, criticato da parte di BONELLI[250]; esso sostiene, infatti, che sulla base delle stesse disposizioni del codice civile si debba avallare l'orientamento opposto, in quanto:

- All'interno dello stesso articolo 2381 comma 2° si prevede esplicitamente la necessità di ottenere previamente la delibera o comunque l'autorizzazione statutaria alla delega;
- Gli amministratori non hanno la possibilità di autolimitarsi in relazione alle proprie responsabilità senza un consenso proveniente dai soci;
- L'espressione contenuta all'interno dell'articolo 2392 comma 1° secondo cui la responsabilità solidale è esclusa nel caso di funzioni "in concreto" attribuite a uno o più amministratori, non si riferisce alla necessità o meno che la delega sia consentita dai soci; essa consente semplicemente di evitare l'obbligo per il consiglio di amministrazione di utilizzare una deliberazione formale e "ufficiale" allo scopo di nominare il delegato e di attribuirgli determinati compiti e funzioni;

---

[246] Così GHINI A., *Deleghe del consiglio di amministrazione a singoli componenti,* in *Le società,* 2005, I, p. 711;
[247] All'interno dell'articolo 4 comma 8 lettera a);
[248] Lo sostiene FERRI JR. G., in *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di S.p.A.,* in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società,* Milano, Giuffré, 2003, pp. 42-43;
[249] Opinione di NAZZICONE L., PROVIDENTI S., *Società per azioni. Amministrazioni e controlli* , Milano, Giuffré, 2003, p.30;
[250] BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società,* Milano, Giuffré, 2004, pp. 47-48;

Le deleghe interne, però, nonostante la presenza di queste disposizioni di legge, vengono ancora utilizzate all'interno delle società, alla stregua di una mera prassi ormai invalsa.

Il comma terzo dell'articolo in esame stabilisce, poi, che:

"Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegai e avocare e sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione"

Come già accennato *supra* già la legge delega predisponeva l'onere, per il legislatore delegato, di precisare e definire i contenuti e i limiti delle deleghe da concedersi[251]; tuttavia la scelta del legislatore delegato è stata differente, poiché, come si coglie dall'esordio del comma in esame, esso ha lasciato al consiglio di amministrazione la possibilità di stabilire il *"contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega";* tale maggiore libertà deve, però, essere letta in relazione ed alla luce del contenuto del comma successivo dell'articolo qui esaminato, all'interno del quale si identificano le attribuzioni non delegabili[252], che limitano, perciò, la discrezionalità dell'organo amministrativo. Tale discrezionalità, anche se sotto un differente aspetto, è stata ulteriormente limitata grazie alle previsioni sia del comma appena citato, sia dei commi successivi della norma in esame.
Infatti, il legislatore delegato si è occupato in modo preciso di stabilire quali possono essere i poteri e i doveri riferiti ai deleganti ed ai delegati; si è previsto, in primo luogo, sempre all'interno del terzo comma, che gli amministratori deleganti possono *"sempre impartire direttive agli organi delegai e avocare e sé operazioni rientranti nella delega";* questa previsione determina, perciò, la permanenza di funzioni fondamentali presso l'organo delegante che "non si spoglia dei suoi poteri, conservando una competenza concorrente ad amministrare, competenza che rimane integra e sovraordinata a quella degli organi

[251] Sempre all'articolo 4, comma 8°, lettera a);
[252] Che sono: l'emissione di obbligazioni convertibili in azioni (art. 2420 ter), la redazione del bilancio (art. 2423), l'aumento di capitale (art. 2443), le attribuzioni spettanti agli amministratori in relazione alla riduzione del capitale per perdite (art. 2446) o al disotto del limite legale (art. 2447), il progetto di fusione (art. 2501 ter), il progetto di scissione (art. 2506 bis); anche se GALGANO F. vi fa rientrare anche le proposte di concordato preventivo, di amministrazione controllata, di concordato fallimentare; si veda nota n. 47 a pagina 263 del volume GALGANO F., *Il nuovo…*, cit., in (diretto da) GALGANO F., *Trattato…*, cit. p 244;

delegati"[253] [254]; in modo particolare, anche se l'attività dell'amministratore delegato si può collocare sullo stesso piano di quella esercitata dal consiglio delegante, il consiglio viene abilitato ad impartire direttive, con esclusione dell'attribuzione di nuovi compiti non inclusi nella delega[255]; a questo scopo è, infatti, necessaria una ulteriore, e regolare, deliberazione del consiglio di amministrazione.

Il consiglio può, inoltre, avocare a sé operazioni rientranti nella delega; questo identifica, perciò, come già indicato, una competenza concorrente del consiglio nei confronti degli organi delegati, che consente, nel momento in cui si impartisce la delega, di non trasferire completamente le funzioni ai soggetti delegati, ma solo di determinare un'autorizzazione a che queste possano essere espletate personalmente dal delegato[256]; ovviamente l'esercizio concorrente, da parte del consiglio, delle funzioni oggetto della delega deve essere occasionale e non continuativo, per evitare che la delega venga delegittimata in quanto "etichettata" come non più necessaria all'esercizio corretto delle competenze riferite all'organo amministrativo.

La mancata eliminazione del riferimento delle competenze all'organo delegante è ravvisabile anche in rapporto al contenuto dell'articolo 2392 comma 2° che disciplina, come si vedrà più avanti, le responsabilità dei soggetti deleganti in relazione alle attività poste in essere dai soggetti delegati e all'eventuale realizzazione di fatti illeciti[257].

---

[253] Così BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., p. 43;

[254] Questo si desume anche dalle parole della Corte di Cassazione all'interno della sentenza della Sezione I, del 4 marzo 2005, n. 4787; infatti ivi la Corte stabilisce che "È, del resto, pacifico che la delega non ha effetti traslativi, in quanto il consiglio non si spoglia dei suoi poteri e conserva una competenza concorrente ad amministrare, che rimane integra ed anzi sovraordinata a quella degli organi delegati, ai quali può pertanto sostituirsi nel compimento di atti inerenti alle funzioni delegate (arg. ex art. 2392 u.c., c.c.)";

[255] Questo aspetto viene sottolineato da GHINI A., in *Deleghe al consiglio…*, cit., p. 713;

[256] Così GHINI A., *Op. loc. cit.*, p. 713; che stabilisce, perciò, "che l'istituto della delega non ha affatto una portata abdicativa, nel senso di privare il consiglio dei compiti che sono attribuiti al singolo amministratore"

[257] SI può già anticipare l'orientamento della Cassazione sul punto; la Corte, infatti, sostiene che "*l'art. 2392 c.c. impone a tutti gli amministratori un generale dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, che non viene meno - come si evince dall'espressione 'in ogni caso' di cui al secondo comma - neppure nell'ipotesi di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori" (Cass., sez. I, 25 gennaio 1999, n. 661, m. 522598), "a meno che non forniscano la prova che, pur essendosi diligentemente attivati a tal fine, la predetta vigilanza non poté essere esercitata per il comportamento ostativo degli altri componenti del consiglio";* Cassazione civile, 29 agosto 2003, n., 12696; la Corte, inoltre, si è occupata nuovamente della questione dopo alcuni anni dall'entrata in vigore della riforma nella sentenza Cassazione civile, Sezione I, 4 marzo 2005, n. 4787; nella quale ha indicato "*È, del resto, pacifico che la delega non ha effetti traslativi, in quanto il consiglio non si spoglia dei suoi poteri e conserva una competenza concorrente ad amministrare, che rimane integra ed anzi sovraordinata a quella degli organi delegati, ai quali può pertanto sostituirsi nel compimento di atti inerenti alle funzioni delegate (arg. ex art. 2392 u.c., c.c.)";*

Il comma in esame, però, non regola solamente le modalità di conferimento della delega, ma determina anche una regolamentazione dei cc.dd. "flussi informativi"[258]; infatti, stabilendo che "*sulla base delle informazioni ricevute [il consiglio di amministrazione] valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione"* il legislatore ha individuato l'onere per i soggetti deleganti di "utilizzare" le informazioni pervenute dai soggetti delegati allo scopo di valutarne l'operato; di contro, la norma non vede la presenza di uno specifico obbligo di "vigilanza", assenza valutata come appositamente predisposta da parte dell'estensore della norma[259]; infatti, si è indicato che la configurazione attuale della norma avrebbe lo scopo di determinare un alleggerimento degli oneri a carico dei soggetti deleganti, che sarebbero, oggi, tenuti solamente alla mera "valutazione dell'altrui attività"[260]. Inoltre, questo tipo di "valutazione" non avviene attraverso una specifica attività ispettiva posta in essere da parte dei soggetti deleganti, almeno in un momento "iniziale"[261], ma grazie a comunicazioni che provengono direttamente dai soggetti delegati; infatti, le disposizioni del comma 5° dell'articolo 2381 identificano uno speculare dovere, di tipo "informativo", dei soggetti delegati che:

" […] riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi[262], sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate"

---

[258] Espressione indicata da LOVECCHIO MUSTI G., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., p. 30; tale espressione viene utilizzata anche da MONTALENTI P in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 681;

[259] Anche se in una sentenza di Cassazione si parla ancora, dopo la riforma, di tale dovere generale di vigilanza stabilendo che *"l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione di una società di capitali, previsto dall'art. 2392 c.c., non viene meno neppure nell'ipotesi di attribuzioni assegnate espressamente al comitato esecutivo o ad uno (o ad alcuni soltanto) dei componenti del consiglio di amministrazione"* (Sezione lavoro, 24 giugno 2004, n. 11751);

[260] Così GHINI A., *Deleghe al consiglio…*, cit., p. 714; così anche SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società,* Torino, UTET, 2003, p. 405; conviene sul punto anche LOVECCHIO MUSTI G., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., p. 31 che indica la eliminazione, per i soggetti deleganti, di una specifica forma di *culpa in vigilando*;

[261] "Iniziale" perché tenendo conto delle disposizioni del comma 6° dell'articolo in esame si evidenzia un dovere dell'organo delegante di richiedere informazioni ai soggetti delegati qualora essi siano stati negligenti e laconici nell'adempiere al loro dovere "informativo";

[262] Il decreto legislativo 37/2004 ha modificato il termine, fissato precedentemente dal decreto legislativo 6/2003 in ragione di "centottanta giorni", con la previsione attuale di "sei mesi";

Ma ciò non basta, poiché nel caso in cui le informazioni fornite dall'organo delegato si rivelino insufficienti (o, addirittura, non vengano fornite informazioni), i componenti dell'organo delegante saranno obbligati a chiedere chiarimenti e delucidazioni in relazione all'andamento della gestione della società; questo dovere viene fatto discendere dalle disposizioni dell'articolo 2381 comma 6° che stabilisce:

"Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società"

Quindi, ogniqualvolta i membri dell'organo delegante abbiano qualche dubbio in merito alla corretta amministrazione posta in essere dai soggetti delegati, potranno rivolgersi, esercitando un potere-dovere[263], agli stessi soggetti delegati allo scopo di ottenere le chiarificazioni necessarie per il corretto esercizio dell'attività di valutazione.

L'analisi complessiva delle disposizioni dell'articolo 2381, quindi, consente di evidenziare una serie di doveri attribuibili sia ai deleganti sia ai delegati in modo essenzialmente speculare; infatti, a titolo di sintetico "riassunto":

- Gli organi delegati, oltre ad amministrare la società nei limiti della delega ricevuta, devono:
  - Curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (ex articolo 2381 comma 5°);
  - Riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo[264] effettuate dalla società e dalle sue controllate (ex articolo 2381 comma 5°);

- I consiglieri deleganti devono:

[263] Così MONTALENTI P., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario..*, cit., p.681;
[264] Tali operazioni, secondo BONELLI F., in *Gli amministratori…*, cit., p. 50, "non sono solo quelle di maggiore rilievo economico, sia per l'ammontare in gioco sia per le loro conseguenze, ma anche le operazioni che, seppure economicamente non particolarmente significative, sono anomale rispetto alla normale attività sociale";

- Valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile della società, e il generale andamento della gestione, proprio sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati (ex articolo 2381 comma 3°);
- Chiedere informazioni ulteriori agli organi delegati (ex articolo 2381 comma 6°);
- Esaminare i piani strategici, industriali e finanziari della società allo scopo di valutarne la correttezza (ex articolo 2381 comma 3°);

♦ *La responsabilità degli amministratori: il contenuto e il significato delle disposizioni dell'articolo 2392 c.c.*

L'articolo 2392 del codice civile è stato profondamente modificato dalla riforma delle società; se si mette a confronto la disposizione attuale con quella preesistente si possono individuare, infatti, tre importanti novità:

La prima è individuabile nella specificazione riferita al grado di diligenza esigibile dagli amministratori: come visto *supra,* infatti, l'esordio della norma non vede più la richiesta dell'adempimento ai propri doveri con la *"diligenza del mandatario"*, bensì con quella *"richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze"*.

Il riferimento a questa prima fondamentale modifica si trova nella Relazione di accompagnamento[265], all'interno della quale si esplica il significato dell'espressione appena citata; infatti, in essa si indica che tale dicitura non significa che *"gli amministratori debbano necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato e non di irresponsabile o negligente improvvisazione"*. L'obiettivo della specificazione operata dalla Commissione è quello di indicare, essenzialmente, la impossibilità da un lato per gli amministratori, di liberarsi dalla responsabilità solo per il fatto di aver agito con la diligenza del buon padre di famiglia[266], e dall'altro la necessità di imputare l'amministratore per una responsabilità derivante dal fatto di non avere conoscenze specifiche riferite ad "ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale"; quindi, si potrebbe esigere

[265] In modo particolare all'interno del paragrafo 6.III n. 4;

[266] Per tale interpretazione della precedente versione della norma e per il riferimento a tale tipo di diligenza si vedano le sentenze: Cassazione civile, sezione I, 23 gennaio 1978 n. 2921 per riferimento al contratto di mandato come contratto che lega l'amministratore alla società; Cassazione civile, 25 settembre 1980, in *Giust. Civ.*, 1980, fasc. 9;

dagli amministratori la "diligenza professionale ma non la perizia"[267], cioè una diligenza riferita alla natura dell'incarico conferito in concreto.

A questo tipo di conclusione era pervenuta già la giurisprudenza, nel passato[268], facendo riferimento al contenuto dell'articolo 1176 comma 2° c.c. per il quale

"nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata"

Ecco perché la dottrina parla a riguardo di una "riforma solo formale, che dovrebbe portare solo a un più agevole richiamo al secondo comma dell'articolo 1176"[269] ed ai suoi contenuti, o comunque "volta a circoscrivere l'area della responsabilità onde evitare forme di generalizzazioni e/o estensioni"[270] della stessa[271] .

Si è precedentemente accennato ad una esclusione della perizia nella valutazione della diligenza con la quale l'amministratore dovrebbe adempiere ai propri compiti; tuttavia, il contenuto della Relazione potrebbe non aver escluso in maniera così drastica la considerazione dell'importanza della "perizia dell'amministratore"[272]; infatti, si ritiene possibile che il legislatore abbia compiuto una scelta di compromesso nella "composizione" della norma, e questa possibilità viene prevista sulla base della compresenza, all'interno della norma in esame, di due riferimenti: quello della "natura dell'incarico" e quello delle "specifiche competenze"; se la natura dell'incarico si può interpretare, infatti, come riferita al contenuto dei compiti relativi alla posizione assunta nell'ambito del consiglio di amministrazione[273], il riferimento alle specifiche competenze non andrebbe riferito alle

---

[267] Così SPIOTTA M., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario,* cit., p.764;

[268] Esempi ne sono le sentenze di: Cassazione civile, 16 gennaio 1982, in *Dir. Fall.,* 1982, II, p. 664; Cassazione civile, 2 giugno 1989, in *Società,* 1989, p. 1034; Cassazione civile, 4 aprile 1998, in *Giur. It.,* 1999, p. 324;

[269] Così DE CRESCIENZO U. , *Le azioni di responsabilità,* Milano, Giuffré, 2003, p. 39; conviene sul punto VASSALLI F., in *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori,* in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi…,* cit., p.29;

[270] Così SANDULLI M., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società …,* cit., p. 471;

[271] La stessa Cassazione si è occupata di confermare il riferimento all'articolo 1176 nella sentenza della Cassazione civile, sezione I, del 23 marzo 2004 n. 5718;

[272] Questa tesi viene proposta e argomentata da SPIOTTA M., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario,* cit., pp. 766-768;

[273] Con diversi "metri" di valutazione a seconda che si sia "amministratore con funzione di presidente, con delega, con delega componente di un organismo collettivo, ovvero amministratore senza deleghe o non titolare di particolari incarichi"; si vedrà, quindi "una sorta di responsabilità per fasce, a seconda delle funzioni attribuite" così SANDULLI M., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società…,* cit., p.473; CAMPOBASSO G.F., *La riforma…,* cit., p. 121 parla solo della "normale diligenza professionale dell'amministratore di società"; Così anche SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società,* Torino, UTET, 2003, p. 405;

"funzioni attribuite"[274], ma sarebbe da correlare con il contenuto del nuovo articolo 2387 c.c., che obbligherebbe a valutare la responsabilità dell'amministratore con riferimento alla diligenza esigibile a causa delle sue specifiche competenze[275]. Quindi, oggi sembrerebbe abbandonabile il riferimento e l'utilizzo di una mera "diligenza media", che potrebbe, alla stregua di parametro di valutazione, essere sostituita con il necessario richiamo ad una diligenza propria di chi è chiamato a svolgere particolari funzioni gestorie[276]; la "perizia" perciò, potrebbe rientrare all'interno della "diligenza" e determinarne il "significato", ma solo con riferimento alle capacità che generalmente vengono richieste agli amministratori di una società (e non all'acquisizione e all'esercizio di particolari cariche specifiche ulteriori)[277].

Il primo comma dell'articolo in esame continua, consentendo di evidenziare la seconda novità introdotta dalla riforma, indicando che:

"Essi (cioè gli amministratori) sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori"

La novità principale della parte di norma considerata consisterebbe nella predisposizione, in riferimento alle funzioni "in concreto attribuite ad uno o più amministratori", di una rilevanza

---

[274] Così SANDULLI M., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società* …, cit., p. 473;

[275] SI farebbe ivi riferimento ai diversi livelli di competenze professionali degli amministratori, prendendo atto della circostanza che "in ragione di ciò taluni di essi possono essere preposti a certi specifici settori ed altri a settori diversi" così VASSALLI F., in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi…*, cit., p. 36;
Così anche SANTORIELLO C., *Il nuovo* …, cit., p. 405 che stabilisce che "il puntuale riferimento alle specifiche competenze possedute dall'amministratore consente poi di graduare la responsabilità tra i vari componenti del consiglio, valutando la gravità dell'inadempimento anche in relazione all'estrazione professionale dei singoli amministratori";

[276] La Corte di Cassazione, però, ha voluto precisare i limiti del controllo riferito a tale diligenza; infatti, nella sentenza della Cassazione civile, sezione I, del 23 marzo 2004 n. 5718, i giudici hanno affermato che "*quanto all'obbligo di amministrare con diligenza, vige, come è noto, il principio dell'insindacabilità dell'opportunità e convenienza delle scelte gestionali. Tale principio muove dalla distinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito e conduce ad escludere che gli amministratori possano essere chiamati a rispondere degli errori di gestione. In questa prospettiva, si è sottolineato che discrezionalità vuole dire libertà di identificare le scelte, senza esonerare l'amministratore dall'osservanza del dovere di diligenza. Pertanto, se anche il giudice non può sindacare la scelta in sè, deve però controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita. Secondo un criterio fatto proprio da questa Corte, il discrimine va individuato nel fatto che mentre la scelta tra il compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario la responsabilità può essere generata dall'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta: in altre parole, il giudizio sulla diligenza non può investire le scelte di gestione, ma il modo in cui sono compiute";*

[277] Rimane, invece, estraneo ogni giudizio sulla natura della scelta e della decisione conseguente; così VASSALLI F., in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi…*, cit., p. 31;

della delega "informale" delle mansioni di gestione della società[278]; infatti, la delega "interna" o "informale" è quello strumento attraverso il quale si consente l'esercizio "disgiunto del potere di gestione", in assenza di una formale deliberazione posta in essere da parte del consiglio di amministrazione[279]. Questa interpretazione era, nel passato, esclusa dal precedente contenuto dell'articolo in esame, per il quale era possibile eliminare la responsabilità degli amministratori, nei casi di inadempimento degli obblighi nascenti dalla legge e dall'atto costitutivo, solo con una vera e propria autorizzazione formale dell'organo collegiale[280].

Oggi, invece, la situazione è differente in quanto la mera attribuzione in concreto di alcune funzioni, a uno o più amministratori, consente di riferire solo a questi la responsabilità per eventuali inadempimenti; il legislatore, quindi, avrebbe cercato, predisponendo questa modifica, di superare "il principio dell'irrilevanza, al fine della deresponsabilizzazione, di una delega non formale delle mansioni di gestione della società"[281]; di contro, però, gli obblighi che derivano dalla legge e dall'atto costitutivo non potranno più essere riferiti all'esercizio della funzione di amministratore in quanto tale (e quindi in modo univoco e uniforme a tutti i componenti dell'organo di gestione), ma alle competenze specificamente riconducibili ai singoli ambiti gestori di riferimento[282].

L'autorizzazione dei soci, perciò, si deve valutare come volta a consentire agli amministratori di porre in essere delle deleghe riferite a tutti gli aspetti nei quali si articola l'attività di gestione dell'impresa: deleghe che riguardano sia l'aspetto strutturale della gestione, sia

---

[278] Così FERRI JR. G., in *Ripartizione delle funzioni gestorie …*, in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi …*, cit., pp. 41 ss.; Anche se SANDULLI M., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società …*, cit., p. 474 non "intende" che cosa possa significare l'espressione citata, poiché sostiene che "le funzioni o sono state attribuite o no"; esso suppone che "il riferimento al concreto, probabilmente può riguardare la definizione della delega, mentre non si può pensare ad un esercizio di fatto, che di per sé escluderebbe l'esistenza della delega";

[279] Sarebbe, invece, ancora necessaria una deliberazione formale per determinare la ripartizione delle funzioni con divieto per ciascun amministratore di ingerirsi nella sfera di competenze riservata ad altri; così FERRI JR. G., in *Ripartizione delle funzioni gestorie …*, in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi …*, cit., p. 42.; GHINI A., in *Deleghe al consiglio…*, cit., p. 711 parla di "deleghe atipiche" indicando che la legge delega 366/2001 "non sembrava lasciare spazio […] alla previsione di deleghe atipiche: al contrario, l'art. 4 comma 8 lettera a), chiedeva di precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi, evidenziando dunque l'opposta esigenza di una massima formalizzazione dell'attribuzione di funzioni delegate";

[280] La escludeva anche la Corte di Cassazione in una importante sentenza (la sentenza della Cassazione civile, 4 aprile 1998, n. 3483 in *Giur. It.*, 1999, p. 324) nella quale la Corte indica che *"è da escludere che, al di fuori delle ipotesi riconducibili al citato art. 2381, una divisione di fatto delle competenze tra gli amministratori […] possa valere ad escludere la responsabilità di alcuni amministratori per le violazioni commesse dagli altri, posto che la condotta omissiva per affidamento a terzi, lungi dal comportare esclusione di responsabilità, può costituire invece ammissione dell'inadempimento all'obbligo di diligenza e vigilanza";*

[281] Così SPIOTTA M., ., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 769;

[282] FERRI JR. G., in *Ripartizione delle funzioni gestorie …*, in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi …*, cit., p. 43.;

quello strategico[283]; tale autorizzazione non è, invece, necessaria per consentire la ripartizione, all'interno del consiglio di amministrazione, delle funzioni essenzialmente esecutive, che si esauriscono nel compimento di quelle "operazioni" a cui si riferisce la seconda parte del comma 1° dell'articolo 2380 bis[284]; purtroppo, però, la modifica apportata alla norma in esame ha una pecca: quella del mancato coordinamento con le disposizioni dell'articolo 2381 comma 2°, in quanto la norma appena citata contempla solo le deleghe formali, cioè quelle autorizzate dallo statuto o dall'assemblea[285].

Il comma 2° della norma in esame stabilisce, poi, che:

"In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose"

Il contenuto di questa parte di norma è stato modificato in quanto è stato eliminato l'inciso *"se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione";* al suo posto è stato inserito un riferimento al comma terzo dell'articolo 2381 che riguarda i rapporti tra il consiglio di amministrazione e gli amministratori delegati[286].
La Relazione di accompagnamento consente di comprendere il motivo di tale eliminazione poiché in essa si stabilisce che "L'Eliminazione dal precedente comma due dell'art. 2392

---

[283] SPIOTTA M., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 770;

[284] Anche se non sembra pensarla così la Corte di Cassazione nella sentenza della Sezione I, del 29 agosto 2003, n. 12696 nella quale si indica che la *"responsabilità solidale degli amministratori può essere in parte attenuata soltanto nelle ipotesi in cui la complessità della gestione sociale renda necessaria la ripartizione di competenze ed attività mediante ricorso ad istituti specifici, quali le deleghe di funzioni al comitato esecutivo o ad uno o più amministratori, attraverso una procedura formalizzata secondo la previsione dell'art. 2381 c.c., ma si deve escludere "che, al di fuori delle ipotesi riconducibili al citato art. 2381, una divisione di fatto delle competenze tra gli amministratori, l'adozione, di fatto, del metodo disgiuntivo nell'amministrazione, o, semplicemente, l'affidamento all'attività di altri componenti il collegio di amministrazione, possano valere ad escludere la responsabilità di alcuni amministratori per le violazioni commesse dagli altri, posto che la condotta omissiva per affidamento a terzi, lungi dal comportare esclusione di responsabilità, può costituire invece ammissione dell'inadempimento dell'obbligo di diligenza e vigilanza";* anche una sentenza successiva fa riferimento solo ad una delega esterna di funzioni allo scopo di determinare sia la ripartizione delle competenze, sia di attenuare la responsabilità dei soggetti deleganti; così la sentenza della Cassazione civile, Sezione I, del 4 marzo 2005, n. 4787;

[285] Stabilendo, infatti, come visto supra che "Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti";

[286] Questa disposizione, in precedenza, fondava spesso forme di responsabilità per culpa in vigilando degli amministratori deleganti, così come individuato dalla Cassazione all'interno di differenti sentenze: 11 aprile 2001, in *Giur. Comm.,* 2002, II, p. 437; Cassazione, 22 ottobre 1998, in *Giust. Civ.,* 1999, I, p. 75; Cassazione, 4 aprile 1998, in *Società,* 1999, p. 62;

dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati […] tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensione che, […] finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva"[287]. D'altronde l'esclusione del generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione viene sottolineato anche dalla stessa dottrina, in relazione alla configurazione di altri obblighi a carico degli amministratori[288]; infatti, la presenza di amministratori con funzioni delegate non comporta che gli altri membri dell'organo amministrativo siano esonerati dalla responsabilità solidale per i comportamenti dei primi[289] , poiché se il comportamento dannoso è direttamente imputabile solo ad alcuni amministratori delegati (o membri del comitato esecutivo), con essi risponderanno in solido anche gli altri allorché, per violazione degli specifici obblighi posti a loro carico, non abbiano prevenuto o impedito l'attività dannosa dei primi [290] [291]; quindi, la norma in questione, con riferimento anche al contenuto dell'articolo 2381 c.c., pone a carico l'obbligo di informarsi sull'andamento della gestione della società (cioè un onere di tipo "attivo") e una conseguente responsabilità in caso di mancato intervento in relazione ai fatti noti[292] [293].

---

[287] Cfr con il paragrafo 6.III n. 4 della Relazione;

[288] La dottrina è essenzialmente unita sul punto; perciò per uno spunto in relazione all'argomento trattato e al riferimento alla relazione citata si vedano: CAMPOBASSO G.F., *La riforma…*, cit., p. 121; [288] SPIOTTA M., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 773; SANDULLI M., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società …*, cit., pp. 471 ss.;

[289] Come viene delineato anche in riferimento ai poteri di avocazione e di intervento riconosciuti agli amministratori nel caso di deleghe; così BALZANO M.T., *Gli amministratori di società per azioni nella nuova disciplina. Il punto sulla dottrina e sulla giurisprudenza,* in *Riv. Dir. Impr.*, 2005, p. 421;

[290] Per la Corte di Cassazione questo obbligo sarebbe ravvisabile anche grazie all'inserimento, all'interno della norma, dell'espressione "in ogni caso"; all'interno della sentenza della Sezione lavoro, del 24 giugno 2004 n. 11751, infatti, si legge *"L'art. 2392, secondo comma, c.c., che pone a carico degli amministratori il dovere di vigilare "sul generale andamento della gestione" della società per azioni (e della società a responsabilità limitata per il richiamo operato dall'art. 2487, secondo comma, c.c.) è stato da tempo interpretato da questa Corte nel senso che, come soprattutto deve desumersi dall'espressione "in ogni caso" in esso contenuta, ciascuno dei componenti del consiglio di amministrazione è tenuto ad attivarsi allo scopo di esercitare un concreto ed effettivo controllo sull'operato degli altri, sicchè l'affidamento di singoli e specifici compiti di amministrazione diretta ad alcuni soltanto degli amministratori non vale ad escludere la responsabilità degli altri per l'inadempimento dell'obbligo di diligenza e di vigilanza"*; la Corte, inoltre, stabilisce che *"Questa responsabilità solidale degli amministratori può essere in parte attenuata soltanto nelle ipotesi in cui la complessità della gestione sociale renda necessaria la ripartizione di competenze ed attività mediante ricorso ad istituti specifici, quali le deleghe di funzioni al comitato esecutivo o ad uno o più amministratori, attraverso una procedura formalizzata secondo la previsione dell'art. 2381 c.c."* all'interno della sentenza della Cassazione Civile, sezione I, del 29 agosto 2003, n. 12696; lo stesso orientamento viene ribadito nella sentenza della sezione I, del 15 febbraio del 2005, n. 3032;

[291] Per GALGANO questo tipo di condotta sarebbe identificabile come una condotta di inadempimento contrattuale per violazione dello statuto della società; in GALGANO F., *Trattato…*, cit., pp. 278-279;

[292] Così SANDULLI M., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società …*, cit., pp. 474-475;

[293] Secondo ROSSI A., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., p. 70, sarebbe, però, necessario "dimensionare l'ampiezza (e, quindi, l'avvenuta ottemperanza) dell'impedimento in parola" poiché "sono il concreto potere e la connessa possibilità di controllo e di conoscenza che traducono in termini realistici le affermazioni di principio contenute nelle coordinate normative" ; l'Autrice, perciò sostiene la necessità di valutare il comportamento dell'amministratore sulla base delle reali e concrete possibilità di controllo e di

L'articolo 2392, quindi comporta, nel caso in cui vengano violati i doveri in esso inseriti, il sorgere di una responsabilità civile solidale degli amministratori in relazione ai danni cagionati nei confronti della società[294].

Ci si potrebbe porre il problema dell'individuazione degli obblighi che hanno preso il posto del precedente (e più ampio) dovere di vigilanza[295] ; infatti, le disposizioni dell'articolo 2392 richiamano semplicemente il contenuto del comma 3° del 2381, mentre la Relazione citata fa un generale richiamo alle disposizioni degli articoli 2381 e 2392 c.c.; l'articolo 2392, come già accennato, si occupa di stabilire, *in primis*, i casi nei quali si vede il venir meno della solidarietà fra gli amministratori (cioè quando si faccia riferimento ad attribuzioni proprie del comitato esecutivo o a funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori), aggiungendo, al comma secondo, i casi nei quali ciò non accade (cioè quando gli amministratori, pur essendo a conoscenza dei fatti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano); tuttavia, l'articolo, appunto, deve essere coordinato con le disposizioni della norma richiamata nella Relazione, cioè dell'articolo 2381, in quanto questo fa sì che la responsabilità degli amministratori, in relazione alla conoscenza che essi possono avere della realizzazione di "fatti pregiudizievoli" sia influenzata[296], in modo notevole, dall'ottenimento (o meno) delle informazioni circa l'andamento della gestione, potendo determinare la prospettazione di una colpa per il mancato intervento, come già accennato *supra*; ovviamente, come indicato nel paragrafo dedicato ai doveri degli amministratori, si deve evitare di pensare all'attività informativa come a qualcosa di unidirezionale e passivo, poiché gli stessi deleganti avranno l'onere di acquisire le informazioni non trasmette dai delegati allo scopo di soddisfare il requisito dell'"agire in modo informato"[297].

La responsabilità in esame dovrà, ed è fondamentale da dirsi, essere accompagnata perlomeno dalla colpa degli amministratori considerati, in quanto sarà ad essi attribuibile solo nel caso in cui il loro comportamento omissivo abbia apportato un concreto contributo causale alla

---

intervento di esso, con riferimento anche alla situazione "informativa" nella quale si trovava l'amministratore stesso, valutando, in modo differenziato, la responsabilità di soggetti non in grado di procurarsi le informazioni necessarie al fine di "sventare" lo svolgimento di attività illegittime da parte dei soggetti delegati;

[294] Responsabilità che, per la Corte di Cassazione, non si esclude nel caso di conferimento di deleghe ad alcuni componenti dell'organo amministrativo; così la sentenza della Sezione lavoro del 21 luglio 2004, n. 13555;

[295] Questione affrontata nel testo di SPIOTTA M., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario,* cit., pp. 773 ss.;

[296] Come già evidenziato nella citazione al testo di ROSSI A., *Reati societari,* cit., p. 70;

[297] SPIOTTA M., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 775 precisa quindi che "gli amministratori non potranno andare esenti da responsabilità né attraverso l'allegazione di un'insufficiente spontanea informazione da parte degli organi delegati, né adducendo l'ignoranza di fatti pregiudizievoli che avrebbero potuto conoscere esercitando il loro potere-dovere di esigere più puntuali informazioni"; così anche BELLEZZA E., *Il nuovo regime di responsabilità introdotto dalla riforma delle società,* in *Dir. Prat. Soc.*, 2003, p. 34;

realizzazione dell'attività illegittima da parte dei soggetti delegati[298]; infatti, sono esonerati dalla responsabilità gli amministratori che "inconsapevolmente abbiano fatto affidamento sulle informazioni ricevute dagli organi delegati"[299]; l'esonero, ovviamente, non opera qualora i soggetti deleganti, trovandosi ad analizzare "indizi" che potevano far sorgere dubbi in relazione alla completezza, adeguatezza ed affidabilità dell'informazione proveniente dai delegati, non abbiano fatto tutto il possibile per ottenere dai delegati ulteriori informazioni.

Tuttavia, con riferimento alla responsabilità derivante, ex articolo 2392, per gli amministratori, è necessario sottolineare che l'ultimo comma dell'articolo in esame consente, talvolta, di esonerare alcuni membri dell'organo di gestione dalla responsabilità; infatti, il comma terzo stabilisce che:

"La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale"

Questo comma dà la possibilità, perciò di differenziare la posizione di ciascun partecipante all'atto della deliberazione del consiglio grazie alla determinazione di strumenti concreti attraverso i quali testimoniare la propria estraneità alla decisione (ed alla sua eventuale attuazione); anche se tale estraneità, in relazione all'adempimento puntuale ai doveri di diligenza sopra citati, potrebbe essere dimostrata anche in assenza di una specifica "annotazione", nel caso in cui si abbiano le prove del fatto di aver tenuto un comportamento conforme alla regole riferite al combinato disposto degli articolo 2381 e 2392 c.c..[300].

Questi principi, con riferimento alla responsabilità, sono stati oggetto anche di alcune pronunce della Corte di Cassazione, che, col passare del tempo, ha cambiato orientamento in relazione all'imputazione della responsabilità nel caso di delega all'interno delle società; se in origine la Corte di Cassazione definiva la delega ad alcuni consiglieri o dipendenti inidonea

[298] Così SANDULLI M., ., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società …*, cit., p. 476;
[299] BALZANO M.T., *Gli amministratori di società per azioni.…*, cit., p. 422;
[300] Così FERRI JR. G., in *Ripartizione delle funzioni gestorie …*, in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi …*, cit., pp. 45-46;

ad escludere la responsabilità penale degli altri amministratori[301], successivamente ha dovuto modificare il proprio orientamento; infatti, i giudici si sono resi conto del fatto che nelle grandi società, caratterizzate da specifiche ripartizioni di poteri all'interno degli organi preposti ai vari settori organizzativi dell'attività d'impresa, estendere a tutti i consiglieri la responsabilità per la realizzazione di una fattispecie penale, significherebbe imputare il compimento della fattispecie di reato, per alcuni soggetti, a titolo di responsabilità oggettiva[302]. Il mutamento di orientamento si coglie in sentenze emanate poco tempo dopo rispetto a quella precedentemente citata[303], anche se l'orientamento è rimasto fermo e coerente sino ai giorni nostri; infatti, nel 2005 la Suprema Corte si è occupata di stabilire, in una importante pronuncia, che essendo la responsabilità penale personale, salva la responsabilità amministrativa introdotta con il decreto legislativo 231 del 2001, nelle ipotesi di amministrazione delegata, a norma dell'articolo 2381 c.c., degli illeciti compiuti dagli amministratori delegati rispondono solo costoro. Il presidente del consiglio d'amministrazione o gli altri consiglieri rispondono in concorso con l'autore materiale dell'illecito, solo se abbiano dolosamente o colposamente omesso di vigilare sull'andamento della gestione ovvero, pur essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli per la società, abbiano dolosamente o colposamente omesso d'intervenire. Tale sentenza vede la Corte non soltanto affrontare il tema in esame, ma anche considerare il problema del legame tra validità della delega e dimensioni dell'impresa[304], negando la possibilità di limitare l'utilizzo dello strumento della delega di funzioni solo all'interno di imprese di grandi dimensioni. Queste pronunce, ovviamente, si riferiscono a deleghe cc.dd. "interne", cioè alle deleghe che vengono disposte secondo le norme dell'articolo 2381 c.c.

---

[301] Questo viene affermato dalla Cassazione Penale, in materia di reati ambientali, nella sentenza dell'11 aprile del 1989, in *Dir. Pen. Econ.*, 1990, pp. 145 ss.;

[302] Infatti, all'interno delle grandi società sarà difficile per ogni amministratore riuscire a conoscere tutte le attività che vengono svolte allo scopo di gestire e amministrare l'impresa;

[303] Come nelle sentenze di Cassazione penale seguenti: 24 settembre 1990, in *Dir. Pen. Econ.*, 1991, p. 611; 4 marzo 1992, in *Dir. Pen. Econ.*, 1992, p. 855; 20 gennaio 1992, in *Dir. Pen. Econ.*, 1992, p. 856;

[304] Infatti, nella sentenza di Cassazione penale , sezione III , 12 aprile 2005 , n. 26122 la Cassazione stabilisce che *"Questa Corte Suprema aveva inizialmente affermato che tra i presupposti di validità del trasferimento di funzioni vi fosse quello, di natura oggettiva, relativo alle notevoli dimensioni dell'impresa, tali da giustificare la necessità di decentrare compiti e responsabilità. Successivamente, però, ha ammesso la possibilità di delega anche in mancanza di notevoli dimensioni dell'impresa, svincolando la valutazione di necessità oggettiva dal dato puramente quantitativo e ricollegandola, invece, a caratteristiche qualitative dell'organizzazione aziendale. Ed al riguardo una condivisibile dottrina ha evidenziato l'irragionevolezza del requisito in esame, facendo richiamo agli innumerevoli adempimenti tecnici ed amministrativi connessi alla direzione delle imprese moderne, che risultano identici quali che sia la dimensione dell'impresa ed alla circostanza che anche nelle aziende di dimensioni modeste può accadere che l'imprenditore individuale (o gli amministratori, se si tratta di società) non siano in grado o non ritengano opportuno svolgere personalmente tutti gli adempimenti loro imposti dalla legge";*

Si è parlato, nella trattazione eseguita, di responsabilità degli amministratori deleganti e della prospettazione, per essi, di una posizione di garanzia; è necessario, quindi, definire i limiti ed i confini della "posizione di garanzia" fondata dall'articolo in esame. Infatti, leggendo le disposizioni della norma, si potrebbe cadere in errore e si potrebbe pensare ad una possibile estensione di tutti i contenuti esaminati anche all'ambito penale della responsabilità degli amministratori. Invece, vi sono alcune previsioni normative rilevanti solo sotto il profilo meramente civilistico; infatti, le disposizioni dell'articolo 40 comma 2° del c.p.[305] possono essere applicate, determinando estensione della responsabilità penale, solo nel caso in cui il soggetto, titolare dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, abbia la possibilità, effettiva e concreta, di impedire quel determinato evento pregiudizievole[306]; questa previsione penalistica, inoltre, non può essere estesa al di fuori dei suoi "confini" normativi a causa del divieto di analogia in *malam partem*[307]. Le disposizioni dell'articolo 2392 comma 2°, invece, si applicano anche nel caso in cui il soggetto amministratore, dopo aver valutato come realizzato (o in corso di realizzazione) l'atto pregiudizievole si astenga dal porre in essere un comportamento volto ad eliminare (o attenuare) le conseguenze dannose dello stesso[308]. Per questo motivo, si potrà imputare l'amministratore per il "mancato impedimento" rilevante a livello penale solo nel caso in cui il soggetto stesso non abbia provato a bloccare gli effetti pregiudizievoli di una deliberazione, in conseguenza della quale si rende possibile la commissione di fatti rilevanti a livello penale. Per poter determinare, perciò, come esistente la responsabilità penale dell'amministratore è necessario dimostrare l'esistenza, presso il singolo soggetto concorrente nel reato, dello specifico elemento soggettivo richiesto dalla legge per

---

[305] Che consente di equiparare il mancato impedimento di un evento al suo cagionamento, qualora alla base dell'omissione si trovasse un "obbligo giuridico di impedire";

[306] La Cassazione ha affermato la possibilità di determinare un concorso per omissione dell'amministratore di diritto anche con riferimento alle azioni poste in essere dall'amministratore di fatto; essa stabilisce infatti che: *"non è dubbio che l' amministratore di diritto risponde unitamente all' amministratore di fatto per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire";* Così Cassazione penale , sezione V , 12 dicembre 2005 , n. 853 e conformemente ad essa: Cassazione penale , sezione V , 26 gennaio 2006 , n. 7208; questo concetto era già stato espresso in precedenza dalla Cassazione nella sentenza Cassazione penale , sezione V , 03 giugno 2005 , n. 44279, nella quale si indica che *"l' amministratore di diritto (ed ai sensi dell'art. 2318 c.c., comma 2, come è noto, l'amministrazione della società in accomandita può essere conferita soltanto ai soci accomandatari) risponde penalmente dei reati commessi dall' amministratore di fatto , sia se abbia agito di comune accordo con questi, sia in virtù dei principi generali che regolano la responsabilità penale. Da un canto, infatti, l'art. 40 c.p., comma 2 stabilisce che non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo, dall'altro è obbligo degli amministratori vigilare sul generale andamento della gestione, nonché di fare quanto in loro potere per impedire il compimento di atti pregiudizievoli, ovvero di eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose";*

[307] Disciplinato all'interno della Costituzione all'articolo 25 comma 2° e dell'articolo 14 delle preleggi;

[308] Con esclusione della responsabilità, per la Cassazione, solo quando *"provi di non aver potuto impedire il fatto"* così *" il componente del consiglio di amministrazione di una società di capitali, chiamato a rispondere come coobbligato solidale per omissione di vigilanza, non può sottrarsi alla responsabilità adducendo che le operazioni integranti l'illecito sono state poste in essere, con ampia autonomia, da altro soggetto che aveva agito per conto della società medesima"* (Sezione lavoro, 24 giugno 2004, n. 11751);

l'integrazione della fattispecie penale considerata; così è fondamentale provare che il membro del consiglio di amministrazione si è astenuto, in modo consapevole, dall'intervenire per evitare che altri soggetti ponessero in essere fatti dannosi o pregiudizievoli; tale consapevolezza, ravvedendosi nella maggior parte dei casi l'elemento soggettivo del dolo come elemento costitutivo dei fatti di reato, dovrà perlomeno estendersi alla previsione delle conseguenze derivanti dal mancato intervento. Qualora, invece, non fosse possibile rimproverare al soggetto il compimento di un fatto di reato connotato dal necessario elemento soggettivo richiesto dalle disposizioni penali, sarebbe attuabile imputabile solo la responsabilità civile prevista dall'articolo 2392 c.c. [309].

In relazione al reato di ricorso abusivo al credito, in quanto fattispecie oggetto della presente dissertazione, è quindi prospettabile, in relazione alle premesse appena individuate un suo possibile compimento da parte degli amministratori della società solo nel caso in cui essi abbiano concretamente posto in essere la condotta descritta dalle disposizioni dell'articolo 218 novellato, ricorrendo o continuando a ricorrere al credito grazie alla dissimulazione dello stato di insolvenza o di dissesto; questo, come può comprendersi, può avvenire proprio grazie ai numerosi poteri, già enumerati, di gestione esercitati da parte degli amministratori ed anche a causa del generale (ormai) potere di rappresentanza, del quale gli amministratori possono godere rispetto alla società nei confronti dei terzi soggetti ("terzi" all'interno dei quali si potranno annoverare anche gli stessi creditori).
Tuttavia è necessario ancora precisare che il contenuto delle nuove disposizioni dell'articolo 218 della Legge Fallimentare, (che includono gli amministratori tra i soggetti attivi del reato di ricorso abusivo al credito nella sua ipotesi "originale), sono state inserite dal legislatore allo scopo di precisare meglio la realizzabilità della fattispecie di reato da parte delle singole figure di soggetti agenti all'interno dell'impresa, quindi con l'obiettivo, almeno in teoria, di semplificare la lettura della fattispecie e il lavoro di interpretazione eseguito da parte dei giuristi; tuttavia, l'obiettivo di maggior chiarezza non è stato raggiunto, poiché le disposizioni che prevedono la fattispecie "base" di ricorso abusivo al credito non sono state coordinate con il contenuto dell'articolo 225 della Legge Fallimentare, che continua a prevedere la punibilità degli amministratori, nell'ambito delle società, alla stregua di ipotesi separata (e recante differenti caratteristiche) di reato. Con riguardo a queste disposizioni potrebbero sorgere dei problemi soprattutto in riferimento al requisito della dichiarazione di fallimento, in quanto esso viene menzionato come necessario all'interno dell'ipotesi di reato fallimentare societario,

[309] Considerazioni, quelle appena esposte, estrapolate dal testo di ROSSI A., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari*, cit., pp. 66 ss.;

ma non ancora[310] all'interno dell'articolo 218[311]; infatti, se già prima della modifica intervenuta con la legge n. 262 del 2005 la dottrina si interrogava sulla correttezza della "discriminazione" intercorrente tra i soggetti attivi del reato "base" e i soggetti agenti nell'ambito societario[312], ora, attraverso una previsione esplicita della figura dell'amministratore all'interno anche delle disposizioni dell'articolo 218, i problemi di coordinamento e di differente trattamento non potranno che aumentare; sarebbe necessario, per questo motivo, chiarire la ragione di questa duplice previsione e il rapporto intercorrente tra il reato "societario" e il semplice reato fallimentare; sarebbe, inoltre, necessario comprendere il rapporto tra tale fallimento e le diverse tipologie di imprese e società, non essendovi, in tutte le tipologie di società, la totale identità tra soci e amministratori, e quindi tra soggetti membri della società e attività di amministrazione[313].

Il carattere incongruente delle nuove disposizioni inserite all'interno della Legge Fallimentare viene sottolineato anche da CERQUA[314], il quale, con riferimento alla configurabilità (o meno) del reato di ricorso abusivo al credito alla stregua di reato fallimentare, indica che "La questione (*cioè il problema della configurazione della dichiarazione di fallimento alla stregua di condizione obiettiva di punibilità*) non è stata risolta dal legislatore e sembra così destinata a riproporsi, con maggiori difficoltà di soluzione a causa del mancato collegamento della norma in esame con le altre disposizioni della Legge Fallimentare. Ed invero, la categoria dei soggetti attivi […] è stata ampliata sino a ricomprendervi gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, soggetti che sono privi della qualifica di "fallito""; per l'Autore, perciò, l'attività di integrazione operata da parte del legislatore non ha solo finito per rendere la nuova norma del tutto eterogenea, con riferimento ai soggetti attivi, rispetto alle altre disposizioni della Legge Fallimentare che si riferiscono ai reati "commessi da persone diverse dal fallito", ma non è stata neppure accompagnata dalla necessaria opera di coordinamento con le disposizioni dell'articolo 225[315] della medesima legge.

---

[310] "Ancora" perché nel paragrafo dedicato alla dichiarazione di fallimento si dimostrerà che la dottrina propende maggiormente per una soluzione che consente di indicare il reato di ricorso abusivo al credito come subordinato alla condizione obiettiva di punibilità della dichiarazione giudiziale di fallimento;

[311] Per un discorso maggiormente articolato in relazione all'importanza della dichiarazione di fallimento nel compimento del reato di ricorso abusivo al credito si veda il CAP. 2, § 1, lett. c, sezione ii;

[312] Anche per un approfondimento di questa questione si rimanda al paragrafo citato nella nota precedente alla presente;

[313] E, ovviamente, tra soggetti sottoponibili al fallimento e soggetti appartenenti, sotto questo profilo, a categorie "protette"

[314] In CERQUA L. D., *Il ricorso abusivo al credito,* cit., pp. 55- 56;

[315] Del medesimo avviso anche PERINI A., *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparimio,* in *Giur. It.,* 2006, p. 879;

Bisogna ancora precisare che la responsabilità civile degli amministratori, oltre che nei confronti della società, può esplicarsi:

- Nei confronti dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, secondo le disposizioni dell'articolo 2394 c.c.;
- Nei confronti dei singoli soci e dei terzi che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori, secondo quanto prescritto dal primo comma dell'articolo 2395;

♦ *Gli amministratori di fatto: le disposizioni dell'articolo 2639 c.c.;*

Affrontando l'argomento "amministratori" e riferendosi alla loro responsabilità penale, è necessario considerare anche il problema degli amministratori di fatto; si può parlare di "amministratore di fatto" in relazione a quel soggetto che esercita le funzioni gestorie di una società senza essere regolarmente (e formalmente) investito dei relativi e correlati poteri di gestione. La figura dell'amministratore di fatto è quindi caratterizzata da due presupposti fondamentali: il concreto esercizio di funzioni amministrative, da un lato, e l'assenza dei presupposti formali richiesti a tal fine dalla legge, dall'altro.

Questo "difetto di investitura", questa mancanza dei requisiti formali necessari per regolarizzare l'attività dell'amministratore di fatto all'interno della società, si può verificare in alcuni casi: qualora l'atto di investitura sia imperfetto o non rispondente ai "canoni" di legge o dello statuto[316], oppure per la presenza di caratteristiche del soggetto che non gli consentano di essere nominato amministratore, oppure per il mancato adempimento, da parte del soggetto nominato, agli obblighi e alle formalità successive all'investitura viste all'interno del paragrafo generale riferito agli amministratori o, infine, per il protratto esercizio delle funzioni di amministrazione dopo il termine del proprio periodo di carica[317]; tuttavia, per

[316] SI pensi al caso in cui siano elette alle cariche amministrative persone che si trovino in una condizione di ineleggibilità o che difettino dei requisiti soggettivi espressamente richiesti dalla legge. In questo caso, anche se il carattere illecito (o l'impossibilità giuridica) dell'oggetto della deliberazione implica la nullità della stessa, si ritiene possibile l'applicazione della disciplina sulla responsabilità degli amministratori al soggetto che abbia esercitato le funzioni gestorie; bisogna ancora precisare che qualora i vizi dell'atto ne determinino solamente l'annullabilità, l'atto di nomina è pienamente efficace, e il soggetto designato deve essere considerato amministratore di diritto e non di fatto;

[317] Può essere utile, sul punto, esaminare la sentenza della Cassazione, Sezione I, del 4 giugno 2003, n. 8912, nella quale si indica che *"In caso di scadenza dalla carica degli amministratori di società, essi continuano nell'esercizio delle loro funzioni fino alla nomina dei nuovi amministratori, e i loro poteri non sono limitati agli*

poter definire un soggetto "amministratore di fatto" è necessario, almeno a livello civilistico, il consenso unanime dei soci espresso, ad esempio, attraverso un atto tacito di investitura o all'interno di una deliberazione avente oggetto diverso ma che presupponga la nomina dell'amministratore[318].

Occupandosi della figura dell'amministratore di fatto non si può, *in primis*, trascurare di eseguire un breve *excursus* riferito all'evoluzione giurisprudenziale che la riguarda; le prime applicazioni riferite all'istituto del "soggetto di fatto" nel campo penale hanno riguardato la figura del direttore generale di fatto di società fallite[319]; vi sono state, infatti, soprattutto nelle pronunce della Cassazione, affermazioni riferite alla responsabilità di tali soggetti di fatto[320], che si sono estese anche alla categoria degli amministratori di fatto a partire dagli anni Trenta [321]; la giurisprudenza riferita alla figura dell'amministrazione di fatto si è poi sviluppata ed arricchita durante gli anni Cinquanta[322], con numerose pronunce seguite dal "convincimento" generalizzato della stessa dottrina penalistica che già, prima della recente riforma, esprimeva il proprio *favor* in relazione all'orientamento prevalente della precedente giurisprudenza[323]. La giurisprudenza penalistica, inoltre, ha sempre privilegiato una impostazione funzionale e "fattualista" quando si è occupata di dare rilievo alla figura dell'amministratore di fatto; infatti, nonostante l'emanazione, nel passato, di alcune pronunce che consentivano di ravvedere l'integrazione della fattispecie in esame solo nel caso in cui vi fosse, a "monte",

---

atti di ordinaria amministrazione"; infatti, si nota che *"il secondo comma dell'art. 2385 c.c. non limit(a) in alcun modo le attribuzioni degli amministratori nel periodo di proroga, lasciando così intendere che essi rimangano immutati fino alla nomina del nuovo amministratore o, a seconda dei casi, fino a quando il consiglio non sia stato ricostituito (Cass. 3652/97, cit. e già Cass. 11 dicembre 1979, n. 6454)"*

[318] Si vedrà tra breve come il concetto assuma differenti connotati in ambito penalistico;

[319] Per il cui approfondimento si veda l'apposito paragrafo;

[320] Alcune sentenze alle quali ci si può riferire sono piuttosto risalenti; ad esempio la sentenza di Cassazione penale del 9 novembre 1896, in *Riv. Pen.*, 1899, p.195 con cui venne condannato per bancarotta un soggetto che si era sostituito nell'esercizio delle funzioni principali al direttore di un istituto di credito; Cassazione penale, 7 febbraio 1914, in *Riv. Pen.*, 1914, p. 195, in cui l'imputazione per bancarotta fraudolenta si riferiva ad un soggetto che, pur essendo decaduto dall'ufficio di direttore generale al momento della commissione degli illeciti, aveva continuato a svolgere le funzioni relative a tale carica;

[321] Ha inaugurato questo orientamento la sentenza di Cassazione penale, 22 ottobre 1926, nella quale la Corte ha ritenuto responsabili, al pari degli amministratori, coloro che *"astutamente cedettero coprirsi sotto altra veste";* Cfr. anche con le seguenti sentenze: Cassazione penale, 14 febbraio 1930, in *Foro it.*, 1930, II, c. 278; Cassazione penale, 16 febbraio 1933, in *Giust. Pen.*, 1937, III, c. 129; Cassazione penale, 12 dicembre 1934, in *Giust. Pen.*, 1935, III, c. 623;

[322] Si vedano a titolo esemplificativo le seguenti pronunce: Cassazione penale, 19 aprile 1952, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1952, II, p. 412; Cassazione penale, 29 maggio 1954, in *Giust. Pen.*, 1954, II, c. 818; Cassazione penale, 11 gennaio 1960, in *Giur It.*, 1961, II, c. 141;

[323] Esempi illustri sono sicuramente quelli di: ANOTLISEI F., *Manuale*, cit., pp. 51-51; CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 113; NUVOLONE P., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. Dir*, Vol. XVI, Milano, Giuffré, 1973, p. 479; LA MONICA M., *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, Ipsoa, 1993, p.103;

una nomina formale di qualsivoglia tipo [324], l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità è andata nel senso di affermare, oggi in modo essenzialmente univoco, l'affidabilità della tesi di tipo funzionalistico, che prescinde dalle nomine formali al fine di individuare la presenza di un amministratore di fatto; questo è potuto avvenire, negli ultimi anni, soprattutto grazie alle disposizioni del già citato articolo 2639 c.c. che stabilisce che

"Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poter tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.
[…] le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto terzi"

Alcune sentenze possono esemplificare il più moderno orientamento della Corte di Cassazione; una recente pronuncia della Suprema Corte ha, infatti, consentito di affermare che "la nozione di amministratore di fatto, introdotta dall'art. 2639 c.c., postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione, con la precisazione che i caratteri della "significatività", e della "continuità" non implicano necessariamente l'esercizio di "tutti" i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale" e precisa che " la definizione legale contenuta nell'art. 2639 c.c., ha recepito i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale, sulla cui base era stato stabilito che la posizione dell'amministratore di fatto[…], va determinata con riferimento alle disposizioni civilistiche che, regolando l'attribuzione della qualifica di imprenditore e di amministratore di diritto, costituiscono la parte precettiva di norme che sono sanzionate dalla legge penale; la disciplina sostanziale si traduce, in via processuale, nell'accertamento di elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto - quale *intraneus* che svolge funzioni gerarchiche e direttive - in qualsiasi momento dell'iter di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi - rapporti di lavoro con i dipendenti,

[324] Come le sentenze: Cassazione penale, 12 gennaio 1984, in *Giur. Comm.*, 1985, II, p. 182 nella quale si indica che *"perché sorgano gli obblighi e le responsabilità previste dalla legge per gli amministratori occorre un atto di preposizione o di nomina da parte dei competenti organi sociali; tale nomina può essere irregolare o implicita in una deliberazione avente diverso contenuto";* Cassazione penale, 19 dicembre 1985, in *Giur. It.*, 1986, I, c. 374 nella quale si indica: *"La disciplina concernente la responsabilità degli amministratori è applicabile anche agli amministratori di fatto se sussiste la nomina alla carica, ancorché effettuata con atto invalido, tacito o implicito";*

rapporti materiali e negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti - in qualsiasi branca aziendale, produttiva, amministrativa, contrattuale, disciplinare"[325]. Tale pronuncia è stata preceduta [326] da altre che hanno espresso i medesimi concetti, cioè si sono riferite ad una nozione di "amministratore di fatto" distaccata da quella meramente "civilistica" e formale.

Dopo questo breve esame della giurisprudenza è necessario fare riferimento alle nuove disposizioni legislative, appena richiamate, che hanno consentito l'equiparazione (si vedrà in quale modo e in quali ambiti) tra amministratori di diritto e di fatto.
Come già detto le disposizioni dell'articolo 2639 stabiliscono che

"Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poter tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

La norma in questione può essere giustificata, nella sua formulazione, sulla base di due differenti esigenze: la prima, riferita alla necessità di consentire di evitare una eccessiva riduzione dell'area di responsabilità penale per alcune tipologie di reati, soprattutto con riferimento alle numerose fattispecie di reati propri[327]; la seconda con riferimento alla necessaria estensione delle forme di responsabilità presenti nel "tradizionale" sistema di organizzazione della società, anche alle nuove categorie di soggetti e di organi presenti in essa[328].
La disposizione esordisce stabilendo che *"Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione diversamente qualificata";*

---

[325] Cassazione penale , sezione I , 12 maggio 2006 , n. 18464;
[326] Dalle sentenze : Cassazione penale , sezione V , 20 gennaio 2004 , n. 7321 nella quale, con una affermazione negativa, si indica che l'amministratore di diritto, seppure investito formalmente e nominato da parte dell'assemblea, avrà un ruolo minore rispetto all'amministratore di fatto qualora quest'ultimo sia il vero soggetto *"interessato alla vita della società";* Cassazione penale, sezione V, 16 dicembre 2004, n. 3407 nella quale si sottolinea che *"La qualifica di amministratore di fatto va attribuita in base ad elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto, con funzioni gerarchiche e direttive, in qualsiasi branca aziendale, produttiva, amministrativa, contrattuale, disciplinare ed un qualsiasi momento dell'iter di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi"* ; Cassazione penale , sez. V , 09 marzo 2005 , n. 12824; Cassazione penale, Sezione V, 7 dicembre 2005, n. 5893;

[327] Così ROSSI A., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., pp. 83; conviene con tale orientamento anche ALESSANDRI A., *Il nuovo diritto penale delle società,* Milano, IPSOA, 2002,
[328] Anche se secondo BALZANO M.T., *Gli amministratori di società per azioni…*, cit., p. 441, anche dopo la riforma permarrebbero problemi in relazione all'estensione delle norme previste per gli amministratori di diritto agli amministratori di fatto;

questa parte di norma si riferisce alla seconda esigenza citata; infatti, essa prende in considerazione quelli che sono i differenti sistemi di gestione e organizzazione della società e non la fattispecie per la quale un soggetto esercita una determinata mansione "di fatto" pur non avendo una particolare "nomina". La norma, quindi, aveva come obiettivo, nel suo esordio, quello di anticipare, attraverso una previsione generale, la riforma che sarebbe intervenuta solo successivamente con riferimento al diritto societario ed ai reati societari, determinando una forma di "inversione cronologica" a livello normativo[329].

La formula *"tenuto a svolgere la stessa funzione diversamente qualificata"* fa perciò riferimento a quei soggetti che, oggi, svolgono attività e funzioni equipollenti a quelle di coloro che già nel passato potevano, ad esempio, essere denominati "amministratori", attività che possono essere poste in essere da parte di coloro che rientrano in una differente classificazione "legislativa" dopo la riforma.

Allo scopo di applicare le disposizioni richiamate anche alle nuove categorie di soggetti, sarebbe necessario, o perlomeno auspicabile, riuscire ad identificare una totale identità, di funzioni e di caratteristiche, tra coloro che si facevano rientrare in una data categoria legislativa nel sistema organizzativo tradizionale e coloro che vi si possono equiparare grazie alla riforma. Nel caso in cui, però, non sia possibile evidenziare una totale identità tra coloro che, ad esempio, facciano parte del collegio sindacale e coloro che compongano il consiglio di sorveglianza, sarà agevole porre in essere un riferimento, appunto ai fini dell'equiparazione, al contenuto delle funzioni specificamente svolte dai componenti delle due tipologie di organi considerate[330].

L'equiparazione che qui interessa maggiormente, però, è contenuta all'interno della parte successiva della norma in esame; infatti, prendendo in considerazione l'espressione per la quale

"Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato[…]chi esercita in modo continuativo e significativo i poter tipici inerenti alla qualifica o alla funzione"

Si può affrontare il discorso della previsione legislativa della responsabilità dei soggetti di fatto. È necessario, però, premettere una breve illustrazione delle due teorie fondamentali che

[329] Così ROSSI A., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., p. 85;
[330] Così ROSSI A., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., pp. 85-87; così anche ALESSANDRI A., *Il nuovo,* cit., p. 6;

si sono occupate di esaminare il problema della responsabilità in relazione ad alcune tipologie di reati, soprattutto per i reati propri, e che hanno affrontato il tema della responsabilità all'interno delle organizzazioni complesse.
In modo particolare le teorie principali erano (e sono) due:

- La teoria formale-civilistica per la quale si può considerare responsabile chi riveste la qualifica (extrapenale) richiesta all'interno della fattispecie di reato; ad esempio, all'interno dell'impresa, sarà responsabile solo chi sia stato formalmente investito di una determinata carica, come quella di amministratore. Tuttavia, questo tipo di tesi ha man mano "perso terreno" soprattutto con riferimento al pericolo che poneva in essere: quello di configurare una mera responsabilità "per posizione", attribuibile ad un soggetto semplicemente per la nomina affidategli dalla legge o, ad esempio, dallo statuto;
- La teoria sostanziale-funzionalistica per la quale è responsabile chi esercita i poteri, attuali e fattuali, corrispondenti alla qualifica extrapenale richiesta dalla norma; questo veniva affermato sulla base del principio per il quale chi esercita una determinata funzione in concreto dovrà, necessariamente, rispondere per le responsabilità (anche penali) che ne possono derivare; questa è la tesi che ha consentito, con la riforma, di "comporre" il contenuto della norma in esame, allo scopo di eliminare i deficit di legalità e tassatività che connotavano l'utilizzo di un orientamento meramente giurisprudenziale e dottrinale all'interno delle aule di giustizia;[331]

la norma, che si sta per analizzare, perciò, consente oggi di aumentare il novero dei soggetti responsabili per la realizzazione di determinate attività e per la commissione di specifici illeciti[332].

---

[331] Per i rilievi appena evidenziati si veda MANTOVANI F., *Diritto penale – parte generale,* Padova, CEDAM, 2001, pp. 123-124; esprime il proprio favor a tale orientamento, aderendo alla dottrina maggioritaria, anche ARLENGHI M., in *La responsabilità contrattuale dell'Amministratore di fatto,*in *Riv. Dott. Comm.,* 2003, I, p. 142 che afferma che "ne consegue, secondo tale orientamento, che i responsabili della violazione di tali norme non vanno individuati sulla base della loro qualificazione formale, ma per il contenuto delle funzioni concretamente esercitate";

[332] In quanto, la stessa giurisprudenza di Cassazione afferma che *"Il c.d. «amministratore di fatto» di società di capitali, (è) equiparato all'amministratore di diritto soltanto sul piano degli obblighi e delle conseguenti responsabilità, civili e penali, assunti con l'esercizio dell'attività amministrativa";* così la sentenza della Sezione I, del 24 aprile 2003, n. 6478; conformemente ad essa la sentenza Cassazione penale , sezione V , 07 dicembre 2005 , n. 5893 nella quale si afferma che *"In base al cosiddetto principio di effettività, l' amministratore di fatto di una società risponde, al pari di quelli legali, per gli atti distrattivi e gli illeciti contabili penalmente rilevanti, anche se da lui non posti in essere, in virtù della circostanza che egli, ponendosi nella stessa situazione degli amministratori legali, viene ad assumerne altresì i doveri, ivi compreso quello di controllo"*

La norma parla dell'esercizio, innanzitutto, di *poteri tipici;* tali poteri dovranno essere evidenziati di volta in volta in relazione al singolo tipo di funzione al quale si faccia riferimento; ad esempio, prendendo in considerazione gli amministratori, si potranno considerare le norme che prevedono le specifiche funzioni affidate agli amministratori e considerate, ex articolo 2381, indelegabili[333]; successivamente si parla della *continuità* nell'esercizio di tali poteri che può essere intesa come riferita alla necessità che "l'attività […] deve estrinsecarsi in una pluralità di atti e protrarsi nel tempo"[334] allo scopo di escludere la rilevanza penale di comportamenti posti in essere una tantum[335]. Infine, la norma si riferisce alla *significatività* come a quel requisito per il quale l'attività posta in essere non deve limitarsi a particolare rami o parti dell'azienda, ma deve essere influente su tutta la gestione (o su gran parte di essa) della società[336]. Non sembra essere, invece, necessario, per la giurisprudenza, l'esercizio di tutte le funzioni riconducibili al soggetto "di diritto"[337].
La dottrina, infine, indica che non è necessario, al fine di considerare come integrata la fattispecie dell'amministratore di fatto, che al fianco di tali soggetti non debbano esserci, in assoluto, amministratori di diritto, in quanto "nulla esclude […] che la gestione operativa della società possa essere rimessa a più soggetti, dei quali solo alcuni formalmente investiti dei relativi poteri"[338]

Se dei direttori generali, alla stregua di soggetti "influenzati" dalle disposizioni in esame, ci si occuperà nel paragrafo seguente, con riferimento agli amministratori, oggetto della presente trattazione, si può affermare la presenza di un soggetto "di fatto" vagliando il contenuto delle competenze concretamente esercitate da parte di esso, con riferimento alle attribuzioni

---

[333] Così MARENGHI F., *Amministratore di fatto*, in *Studium iuris*, 2004, II, vol. 1, p. 1136; si esclude, invece, che sia necessario che un soggetto assuma una "posizione naturalistica" simile a quella del soggetto imputabile per determinate responsabilità; infatti, si dovrebbe comunque basare la valutazione dell'equiparazione su dati giuridici e "legislativi" e non su semplici dati di fatto; così MERENDA I., *Esercizio dei poteri tipici e amministrazione di fatto nel nuovo diritto penale societario"*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2004, II, p. 933;
[334] Così MARENGHI F., *op. loc. cit.*, p. 1136;
[335] Sul punto conviene SANTORIELLO C., *Il nuovo …*, cit., p. 18, che indica come il soggetto che si "intrometta episodicamente nella gestione e direzione dell'impresa […] dovrà rispondere solo degli atti illeciti da lui effettivamente posti in essere, non potendo invece essere considerato responsabile, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., per non aver compiuto atti spettanti all'amministratore di diritto" ;
[336] Così VENEZIANI P. , *L'estensione delle qualifiche soggettive,* in Aa. Vv., *I nuovi reati societari,* Padova, CEDAM, 2003, p. 195;
[337] Ciò si desume dalla sentenza Cassazione penale , sezione I , 12 maggio 2006 , n. 18464 che stabilisce che *"la nozione di amministratore di fatto, introdotta dall'art. 2639 c.c., postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione, con la precisazione che i caratteri della "significatività", e della "continuità" non implicano necessariamente l'esercizio di "tutti" i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale";* l'hanno preceduta le sentenze di Cassazione penale seguenti: Cassazione, 21 maggio 2003, n. 22413; Cassazione, Sezione V, 14 aprile 2003, n. 224948
[338] Così SANTORIELLO C., *Il nuovo …*, cit., p. 19;

specifiche della "figura legislativa" dell'amministratore, come, ad esempio, i tipi e la "quantità" di poteri gestori esercitati, la presenza di autonomia gestionale e decisionale, lo svolgimento e la partecipazione all'attività deliberativa e così via.
Potranno, così, "soccorrere" i riferimenti normativi esaminati durante la trattazione del presente argomento, e le disposizioni che descrivono in modo specifico le attività che possono essere poste in essere da parte degli amministratori secondo il legislatore; solo se questo "esame" darà esito positivo sarà possibile, nel momento in cui il soggetto "di fatto" realizzi una fattispecie rilevante sotto il profilo penale, attribuirgli la relativa responsabilità[339].

Come ultimo riferimento è necessario considerare i problemi che la norma dell'articolo 2639 c.c. potrebbe comportare sotto il profilo della responsabilità e della sua relativa estensione.

Infatti, per quanto concerne l'equiparazione posta dal comma 1° nella sua prima parte, proprio la figura dell'amministratore costituisce il punto maggiormente problematico. In modo particolare, il fatto che la norma estenda la responsabilità a "*chi è tenuto a svolgere la stessa funzione diversamente qualificata*" solo in relazione ai reati del titolo XI pone delle domande e delle questioni con riferimento, soprattutto, alle ipotesi di diritto fallimentare ivi assolutamente non richiamate da parte della normativa; questo potrebbe comportare delle violazioni dei principi fondamentali previsti dalla Carta Costituzionale, soprattutto del principio di uguaglianza, in quanto, stando al dettato letterale della norma, sarebbe possibile trattare in modo differenziato, sotto il profilo della responsabilità gli amministratori "propriamente detti" e i soggetti equiparati ad essi.
Per quanto riguarda, inoltre, l'equiparazione predisposta dalla seconda parte del comma in esame, si pongono i medesimi problemi in relazione alle fattispecie di reato previste dalla Legge Fallimentare, all'interno della quale non si accenna assolutamente ad una particolare forma di equiparazione soggettiva, oltre alle problematiche ravvisabili in relazione anche alle tipologie di reati societari non richiamate nella norma in esame; anche se la giurisprudenza

[339] La Cassazione indica che *"la posizione dell'amministratore di fatto, destinatario delle norme incriminatrici della bancarotta fraudolenta, va determinata con riferimento alle disposizioni civilistiche che, regolando l'attribuzione della qualifica di imprenditore e di amministratore di diritto, costituiscono la parte precettiva di norme che sono sanzionate dalla legge penale; la disciplina sostanziale si traduce, in via processuale, nell'accertamento di elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto - quale intraneus che svolge funzioni gerarchiche e direttive - in qualsiasi momento dell'iter di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi - rapporti di lavoro con i dipendenti, rapporti materiali e negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti - in qualsiasi branca aziendale, produttiva, amministrativa, contrattuale, disciplinare";* (Cassazione penale , sezione I , 12 maggio 2006 , n. 18464);

sembra essere favorevole ad una estensione della responsabilità[340], la dottrina pone ancora dubbi a riguardo[341], auspicando modifiche e "adattamenti" a livello legislativo allo scopo di eliminare le possibili illegittimità ed i possibili contrasti, legislativi e costituzionali, che si potrebbero verificare determinando una interpretazione estensiva della normativa richiamata.

II. In particolare: i direttori generali

La seconda categoria di soggetti attivi richiamata all'interno delle disposizioni del nuovo articolo 218 Legge Fallimentare è quella dei *direttori generali*.

Partendo da un breve excursus storico riferito alla figura in esame si deve indicare che il codice di commercio del 1882 prevedeva la possibilità, all'interno dell'articolo 863, di incriminare, in modo specifico per i reati di bancarotta, anche i direttori. Questa categoria di soggetti, con la specifica locuzione di "direttori generali", è stata indicata nuovamente nel 1942, per quanto qui interessa, all'interno delle disposizioni dell'articolo 225 della Legge Fallimentare, ma non all'interno della norma dell'articolo 218. La differente previsione del legislatore, con la specificazione citata inserita all'interno delle norme della Legge del 1942, è da ricondursi ad uno specifico intento del creatore della norma "storica": infatti, leggendo la Relazione alla Legge Fallimentare [342] si apprende che la responsabilità penale era stata indicata come attribuibile solo ai direttori "generali", "poiché a questi soltanto, e non anche ai semplici direttori, spettano facoltà e poteri di direzione dell'andamento amministrativo ed economico dell'impresa in generale", ravvisando, perciò, la distinzione tra le due tipologie di incarico nella differente estensione dei poteri: il direttore generale avrà poteri maggiori rispetto a quelli di un semplice direttore non ulteriormente qualificato; infatti, il direttore generale avrà un effettivo potere di governo, direzione, gestione e controllo dell'attività

[340] Infatti, in alcune pronunce, la Corte di Cassazione ha fatto riferimento alla possibilità di estendere la responsabilità degli amministratori di fatto anche ai reati fallimentari, come nella sentenza di Cassazione penale, Sezione V, del 5 giugno 2003, nella quale si indica che "In effetti la nuova formulazione dell'art. 2639 c.c. conferma l'indirizzo giurisprudenziale sulla responsabilità penale degli amministratori di fatto in campo societario, ma non esclude, anche perché la cosa sarebbe del tutto irragionevole, un'analoga responsabilità in materia fallimentare, che è settore diverso dotato di disciplina autonoma e suscettibile, quindi, di altrettanto autonoma interpretazione" , o come nella sentenza di Cassazione penale , sezione V , 13 aprile 2006 , n. 19145 nella quale si indica che l' *"art. 2639 c.c. (il quale, pur dettando la disciplina per la responsabilità propria dei reati societari, è suscettibile di estensione anche alle fattispecie penal/fallimentari, per il suo portato essenzialmente interpretativo";* anche la sentenza ha visto la predisposizione di un'affermazione così orientata, con riferimento alla bancarotta; essa ha indicato che *"la posizione dell'amministratore di fatto, destinatario delle norme incriminatrici della bancarotta fraudolenta […]"* così la sentenza di Cassazione penale , sezione I , 12 maggio 2006 , n. 18464;

[341] Così, con riferimento alla riflessione appena esposta, ROSSI A., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., pp. 98-102;

[342] Specificamente al numero 57;

economica e produttiva riguardante l'intera impresa, spesso, inoltre, esso potrà essere indicato come titolare anche del potere di rappresentanza dell'azienda. Il semplice direttore, invece, avrà potere di controllo riferito allo svolgimento di specifiche attività solo in relazione a singoli settori dell'organizzazione dell'impresa (ad esempio in riferimento solo ad uno specifico stabilimento o reparto), non potendosi arrogare il diritto di esercitare un potere decisionale riferito allo svolgimento dell'attività economica-imprenditoriale nel suo complesso. Sarà possibile, quindi, incriminarlo per il compimento di un reato solo se si riesca a dimostrare che ad esso fosse stato riconosciuto un autonomo potere decisionale in relazione all'attività economica svolta da parte dell'azienda[343]. Questa era stata, perciò, la scelta del legislatore del 1942, motivata da ragioni logiche e sistematiche.

I direttori generali, oggi, possono essere definiti come dipendenti della società "investiti di mansioni di alta gestione"[344]; essi si occupano, infatti, di eseguire le direttive e le deliberazioni dell'organo amministrativo svolgendo anche la appena citata attività di alta gestione; in altri termini, i direttori generali "attuano la volontà del consiglio, svolgono attività preparatoria a quella consiliare e hanno poteri di gestione dell'impresa sociale"[345] [346].
La loro "posizione", inoltre, viene identificata grazie alla loro collocazione gerarchica all'interno della struttura dell'impresa, poiché tali soggetti si caratterizzano per il fatto di non trovarsi in una posizione subordinata, a livello decisionale, se non rispetto agli amministratori. In altri termini, tali soggetti sono caratterizzati dall'attribuzione di una "supremazia gerarchica" nei confronti di tutti gli altri dipendenti della società stessa[347]; tale funzione formale, inoltre, può essere integrata anche da parte di quei soggetti i cui poteri siano stati limitati; infatti, si sottolinea che tale sottrazione di poteri non fa venire meno la figura del direttore generale qualora "le eventuali limitazioni poste alla sua attività non sopprimano il suo potere-dovere di vigilanza sul generale andamento della società"[348]. Si può quindi precisare che il direttore generale rimane tale anche nel caso di sottrazione di una parte dei poteri di gestione, purché la limitazione non determini riflessi qualitativi e non gli sottragga il

[343] Riferimento alla Relazione ministeriale, al numero 57;
[344] Così, GALGANO F., *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 266; così anche BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., p. 227;
[345] Così DI SABATO F., *Diritto delle società,* Milano, Giuffré, 2003, p. 295;
[346] AUDINO A., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 862 stabilisce che "Il direttore generale costituisce […] il vertice della struttura organizzata per l'attuazione degli indirizzi della gestione, che competono in via esclusiva agli amministratori";
[347] ABBADESSA P., *Il direttore generale,* in (diretto da) COLOMBO G.E., PORTALE G.B., *Trattato delle società per azioni,* vol. IV, Torino, UTET, 1991, p. 462;
[348] FRE' G. , *Società per azioni,* in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca,* Bologna, Zanichelli, 1982, pp. 510-511;

potere-dovere di vigilare sul generale andamento dell'impresa e delle funzioni di generale coordinamento[349].

Si sostiene anche la possibile equiparazione della figura del direttore generale a quella dell'institore[350], poiché, in entrambi i casi, non solo si può evidenziare il fatto che entrambe le tipologie di soggetti si possono trovare al vertice della gerarchia dei lavoratori subordinati, ma anche la circostanza per la quale i compiti affidabili loro possono essere riferiti sia all'intera impresa sociale, sia ad un solo settore o ramo particolare dell'impresa considerata. Infatti, per gli institori dispone in questo modo l'articolo 2203 ai commi 1 e 2, che stabilisce che

"E' institore colui che è preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale.

La preposizione può essere limitata all'esercizio di una sede secondaria o di un ramo particolare dell'impresa"

e per i direttori generali proprio l'articolo 2396 (che si sta per esaminare) che indica come la responsabilità di tali soggetti sia posta in correlazione *"ai compiti loro affidati"*, prevedendo implicitamente una possibile estensione "discrezionale" delle loro funzioni.

Tuttavia, il direttore generale differisce dall'institore in quanto il primo ha poteri che gli vengono conferiti, di volta in volta, da parte di chi si è occupato della sua nomina, mentre i poteri degli institori, tra i quali anche l'"automatico" potere di rappresentanza[351] , vengono individuati da parte della legge all'interno degli articoli 2204[352] e 2206[353] del c.c..

---

[349] Così GALGANO F., *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 267;

[350] Così sia BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.…,* cit., p. 227, così anche GALGANO F., *Il nuovo diritto societario,* cit., pp. 266-267;

[351] Potere che, invece, può essere conferito solo esplicitamente ai direttori generali in sede di nomina; questo viene sottolineato da parte di BONELLI F., in *Gli amministratori di S.p.A.…,* cit., p. 228 che indica come nei poteri dei direttori generali può "non essere compresa la rappresentanza"; ABBADESSA P., anche se alcuni anni prima della riforma delle società, sottolineava come "non possono essere mai traslate le attribuzioni relative al funzionamento della società, né le decisioni concernenti la definizione degli obiettivi globali e la fissazione delle relative strategie" (così in *Il direttore generale,* in (diretto da) COLOMBO G.E., PORTALE G.B., *Trattato delle società per azioni,* cit., p. 464); viene così citato con parere conforme, nel 2005, da AUDINO A., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…,* cit., p. 863; esclude, categoricamente, il conferimento di poteri di rappresentanza al direttore generale, invece, GALGANO F., in *Diritto commerciale,* cit., p. 327, in quanto esso sostiene che i direttori generali sono "adibiti a compiti di alta direzione interna, con mansioni che escludono il contatto con i terzi" perciò "è corretto escludere, in questo caso, il potere rappresentativo del direttore generale";

[352] *Art. 2204. Poteri dell'institore. L'institore può compiere tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto, salve le limitazioni contenute nella procura . Tuttavia non può alienare o ipotecare i beni immobili del preponente, se non è stato a ciò espressamente autorizzato.L'institore può stare in giudizio in nome del preponente per le obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio dell'impresa a cui è preposto.*

[353] *Art. 2206. Pubblicità della procura. La procura con sottoscrizione del preponente autenticata deve essere depositata per l'iscrizione presso il competente ufficio del registro delle imprese.In mancanza dell'iscrizione, la rappresentanza si reputa generale e le limitazioni di essa non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione dell'affare.*

La figura del direttore generale viene richiamata dalle attuali disposizioni dell'articolo, appena citato, 2396 c.c. che, a partire dalle innovazioni apportate con il decreto legislativo n. 6 del 2003, stabilisce che:

"Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società"

Questa norma consente, innanzitutto, di sottolineare che la nomina dei direttori generali può essere effettuata:

- Direttamente dall'assemblea dei soci[354];
- Dal consiglio di amministrazione, dal comitato esecutivo o dall'amministratore delegato in base a disposizioni dello statuto;
- Se vi sono deleghe che lo consentono dal comitato esecutivo o dall'amministratore delegato;

All'organo amministrativo si potrebbe riconoscere la facoltà di nominare il direttore generale anche in assenza di un'espressa previsione statutaria, trattandosi di facoltà ricompresa nel più ampio potere di organizzazione dell'impresa sociale[355]; questa possibilità così ampia di nominare un direttore generale sarebbe giustificata dalla necessità di aggiungere all'organo di gestione della società, un funzionario di alto livello titolare di competenze tecniche e direttive necessarie per l'amministrazione "completa" della società stessa[356].
In considerazione delle loro modalità di designazione, si può indicare, inoltre, che i poteri di gestione dei direttori generali sono poteri derivati, non originari poiché discendono dal contratto di lavoro, che li obbliga alla soggezione alle direttive del consiglio di amministrazione. In qualche caso, però, i direttori possono acquistare un'importanza operativa pari a quella degli stessi amministratori; questo può verificarsi nelle grandi (o

---

[354] Anche se, come ricorda AUDINO A., "in ogni caso il direttore generale, anche se nominato dall'assemblea, risponderà direttamente all'organo amministrativo, cui compete la valutazione del generale andamento della gestione e dal quale riceve le direttive"; si escludono le direttive provenienti dall'assemblea in relazione al nuovo testo dell'articolo 2364, comma 1° n. 5 (in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 863);
[355] Così AUDINO A., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 862;
[356] GALGANO F., *Diritto commerciale*, cit., p. 318, per il quale, tra l'altro, le conoscenze tecniche e le capacità direzionali dei direttori generali diverrebbero, esse stesse, fonte di autorità, sicché la loro nomina produce, per molti aspetti effetti equivalenti a quelli di una delega di funzioni;

medio-grandi) imprese, dove essi possono essere assunti in relazione alle loro particolari qualità professionali, cioè in ragione alle loro specifiche competenze tecniche; questo può determinare, perciò, di fatto la produzione di effetti in parte equivalenti a quelli di una delega di funzioni amministrative[357].

Passando ad un'analisi più "letterale" delle disposizioni dell'articolo 2396, è necessario sottolineare che nella precedente "versione" della norma non si ritrovava una corrispondenza letterale tra il titolo della disposizione e il testo, nel quale il legislatore non si era occupato di ripetere l'aggettivo "generali"; nelle attuali forme dell'articolo, invece, si prende in considerazione tale specificazione, forse proprio allo scopo di consentire di escludere dall'applicazione della fattispecie i semplici direttori di settore o i dirigenti di alto rango; inoltre, un'altra modificazione intervenuta grazie alla recente riforma, anche essa di carattere formale, riguarda la sostituzione della locuzione *"atto costitutivo"* con quella di *"statuto";* tale rettifica, nonostante possa sembrare di poco conto, identifica l'intento del legislatore di sottolineare la regola della "prevalenza" dello statuto rispetto all'atto costitutivo in relazione ai casi di contrasti tra le relative clausole, introdotta dal legislatore all'interno delle disposizioni dell'articolo 2328 c.c.[358] [359]. E' stato osservato, però, che per quanto la clausola istitutiva della carica di direttore generale debba essere contenuta nello statuto, la designazione concreta della persona chiamata a ricoprirla potrebbe essere contenuta nell'atto costitutivo; questo per interpretazione estensiva delle disposizioni dell'articolo 2328 n. 11 che rimette a tale atto la nomina dei primi amministratori e dei sindaci[360].
L'ultima "aggiunta" posta in essere da parte del legislatore riguarda l'inciso finale nel quale si indica *"salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società";* tale integrazione è stata definita pleonastica[361], in quanto sarebbe palese la possibilità di sottoporre il direttore generale legato alla società da un rapporto di lavoro alle azioni che derivano dall'esperimento di tale rapporto. Si potranno esercitare contro il soggetto, infatti, le azioni disciplinari e risarcitorie; ad esempio le prime potranno essere esperite qualora la condotta lesiva del soggetto considerato integri una violazione degli obblighi derivanti direttamente dal rapporto (e quindi dal contratto) di lavoro, indipendentemente dalla integrazione di una forma

[357] Così GALGANO F., GALGANO F., *Il nuovo diritto societario…*, cit., p. 268, citando un'opinione risalente di BORGIOLI A., in *I direttori generali di S.p.A*, Milano, Giuffré, 1975, pp. 216-217;
[358] Così AUDINO A., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 865;
[359] L'articolo, infatti, stabilisce all'ultimo comma: *"Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde";*
[360] Così ANTONETTO L., in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da COTTINO G. e BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., Bologna, Zanichelli, 2004, pp. 836-837;
[361] Da AUDINO A., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 865;

di responsabilità prevista dall'articolo 2392 c.c.; per quanto concerne la possibilità di esperire l'azione risarcitoria, derivante dall'inosservanza degli obblighi ai quali il direttore è subordinato, non sembra porsi in dubbio[362] la sua esperibilità in via alternativa o cumulativa con l'azione sociale di responsabilità, con la differenza che per l'azione di responsabilità appena citata non sarà necessaria la deliberazione assembleare ex articolo 2392 c.c.[363].

Entrando più nello specifico e affrontando i temi più importanti riferibili alle disposizioni dell'articolo 2396, è necessario sottolineare che la norma in esame rinvia a tutto il complesso di disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori, qualora i direttori generali siano stati nominati dall'assemblea o, anche se nominati dal consiglio di amministrazione, in base a norme dell'atto costitutivo[364]; questo significa, perciò, che le norme che si occupano di definire la responsabilità degli amministratori potranno essere autonomamente applicabili al direttore generale. Ciò comporta, quindi, che il direttore stesso è tenuto, nel momento in cui si occupa di espletare i propri compiti, ad osservare le regole di comportamento che la legge individua per gli amministratori stessi. Bisogna premettere, però, che osservando la necessaria presenza della nomina formale dei direttori generali, allo scopo di determinare l'estensione delle responsabilità riferibili agli amministratori, è necessario precisare che la nomina da parte dell'assemblea o in base all'atto costitutivo deve conferire al direttore una formale posizione di autonomia decisionale, analoga a quella ravvisabile presso un amministratore delegato[365].

---

[362] Sia per SILVESTRINI A., in *La riforma delle società,* (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., vol. 2, Tomo I, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 514-515, sia per ANTONETTO L., in *Il nuovo diritto societario,* cit., p. 850;

[363] Secondo BONELLI F., la previsione esplicita inserita dalla riforma all'interno delle disposizioni dell'articolo 2396 avrebbe un'altra conseguenza: siccome l'azione di responsabilità basata sul rapporto di lavoro può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte degli amministratori, e poiché eventuali "violazioni transatte in relazione al rapporto di lavoro sono sostanzialmente le stesse che potrebbero essere esercitate applicando la disciplina sulla responsabilità degli amministratori, i direttori generali possono avere un vantaggio dall'apparente maggior rigore della duplice disciplina di responsabilità, evitando che la rinuncia o transazione dell'azione di responsabilità passi per l'assemblea dei soci, con i diritti di veto delle minoranze indicati nell'articolo 2393"; (così in *Gli amministratori di S.p.A.…*, cit., p. 231);

[364] Ci si è posti, in dottrina, il problema in merito alla responsabilità dei direttori generali nominati dall'organo amministrativo in assenza di apposita previsione statutaria; in modo particolare alcuni hanno sostenuto che la responsabilità del direttore generale così nominato sarebbe disciplinata dai principi generali, tenuto conto della natura del rapporto che lo lega alla società: ad esempio adottano questo orientamento CAMPOBASSO G.F.,*Diritto commerciale,* cit., p. 376; DI SABATO F., *Manuale…*, cit., p. 510; FERRARA F., CORSI F., *Gli imprenditori e le società,* Milano, Giuffré, 2006, p. 533 che escludono l'estensione delle norme di cui agli articoli 2392 e ss. al direttore generale così nominato; *contra* BARTALINI G., *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni,* Torino, UTET, 2000, p. 343; AUDINO A., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 868; infatti, per tali Autori, la responsabilità dei direttori generali sarebbe configurabile anche in questo caso;

[365] Così GALGANO F., *Diritto commerciale,* cit., p. 327; l'Autore, in questa sede, sottolinea anche che da ciò consegue anche "una maggiore stabilità del suo rapporto di lavoro: egli (cioè il direttore generale) non potrà essere licenziato per insubordinazione" in quanto "egli deve poter disattendere quelle istruzioni degli amministratori la cui esecuzione potrebbe, a suo giudizio, arrecare alla società o ai creditori sociali o ai socie o ai terzi danni dei quali potrebbe essere personalmente chiamato a rispondere";

Il direttore, in relazione a queste tipologie di obblighi riferite agli amministratori, deve adempiere alle proprie competenze osservando la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle sue specifiche competenze, secondo il contenuto, esaminato nella parte precedente della presente trattazione, del nuovo articolo 2392 c.c. al comma 1°; inoltre, il direttore è onerato dall'obbligo di intervenire per impedire fatti pregiudizievoli o, perlomeno, per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, ex articolo 2392 comma 2°.

Ivi si potrebbe porre il problema dell'estensione dell'applicazione di queste disposizioni ai direttori generali, in relazione al nuovo assetto organizzativo dei "flussi informativi" previsto per gli amministratori, in quanto tali informazioni non sono destinate al direttore e, perciò, potrebbero non essere da lui percepibili[366].

Diversamente è necessario precisare che gli amministratori, con riferimento al comportamento dei direttori generali, non sono esonerati dall'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione e possono rispondere personalmente e solidalmente anche per gli atti che rientrano nell'insieme dei compiti attribuiti al direttore, poiché l'articolo 2396 ha come obiettivo quello di indicare il contenuto specifico della responsabilità dei direttori, non quello di ridurre al minimo la responsabilità degli amministratori per i fatti da essi commessi; questo si verifica perché, *in primis,* l'applicazione analogica dell'articolo 2392 c.c. alla delega effettuata ai direttori generali è impedita dalla profonda diversità esistente tra amministratore delegato e direttore generale, infatti, è fondamentale ricordare che l'amministratore delegato è organo della società, mentre il secondo è considerato dipendente della società stessa; in secondo luogo si può evidenziare questa distinzione , poiché lo stesso amministratore delegato potrebbe nominare un direttore generale che, a propria volta, potrebbe delegare alcuni compiti a soggetti in posizione a lui "inferiore"; perciò, se si consentisse una deresponsabilizzazione dei vertici dell'azienda a causa delle successive deleghe vi sarebbe il "classico" e ormai storicamente noto inconveniente dello scivolamento della responsabilità verso il basso all'interno dell'organizzazione aziendale. In definitiva, quindi, il fatto che l'articolo 2396 determini una estensione ai direttori generali della disciplina sulla responsabilità degli amministratori non giustifica altre non previste estensioni ai direttori generali stessi della disciplina dettata per i soli amministratori[367].

In ogni caso, stanti le condizioni formali che vengono enunciate dall'articolo 2396 c.c., i direttori generali sono sottoponibili ad azione di responsabilità anche in relazione ai danni

[366] Così AUDINO A., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 866, con opinione conforme di ANTONETTO L., in *Il nuovo diritto societario,* cit., pp. 855-856;
[367] Così BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.…,* cit., p. 230;

cagionati nei confronti dei creditori sociali (ex articolo 2394 c.c.) e nei confronti dei singoli soci o dei terzi (ex articolo 2395 c.c.).

Per quanto concerne la commissione del reato di ricorso abusivo al credito è necessario ricordare che la norma attuale dell'articolo 218, come accennato più volte, però, fa esplicito riferimento ai direttori generali per la commissione del reato stesso; in modo specifico, innanzitutto, è necessario sottolineare che anche in relazione a questa categoria di soggetti, e alla innovazione legislativa che li riguarda, è possibile individuare delle perplessità in merito al mancato coordinamento tra le disposizioni dell'articolo in esame e quelle della norma contenuta nell'articolo 225 Legge Fallimentare; infatti, com'è stato sottolineato dal già citato CERQUA[368] "La questione (*cioè il problema della configurazione della dichiarazione di fallimento alla stregua di condizione obiettiva di punibilità*) non è stata risolta dal legislatore e sembra così destinata a riproporsi, con maggiori difficoltà di soluzione a causa del mancato collegamento della norma in esame con le altre disposizioni della Legge Fallimentare. Ed invero, la categoria dei soggetti attivi […] è stata ampliata sino a ricomprendervi gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, soggetti che sono privi della qualifica di "fallito""; per l'Autore, perciò, l'attività di integrazione operata da parte del legislatore non ha solo finito per rendere la nuova norma del tutto eterogenea, con riferimento ai soggetti attivi, rispetto alle altre disposizioni della Legge Fallimentare che si riferiscono ai reati "commessi da persone diverse dal fallito", ma non è stata neppure accompagnata dalla necessaria opera di coordinamento con le disposizioni dell'articolo 225[369] della medesima legge.

Bisogna ancora precisare che i direttori generali, per potersi indicare come colpevoli per il compimento del reato di ricorso abusivo al credito, devono aver messo in atto la condotta criminosa spendendo, almeno implicitamente, il nome della società[370].

---

[368] In CERQUA L. D., *Il ricorso abusivo al credito,* cit., pp. 55- 56;
[369] Del medesimo avviso anche PERINI A., *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparimio,* in *Giur. It.,* 2006, p. 879;
[370] PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p. 1025 che citano un orientamento di PEDRAZZI;

- *In particolare: i direttori generali di fatto;*

Avendo esaminato previamente le caratteristiche dei direttori generali e i riferimenti alla disciplina loro applicabile, ora è necessario soffermarsi sul problema dei direttori generali di fatto. In modo particolare, essendo i direttori generali connotati dalla intercorrenza, tra loro e la società, di un rapporto di lavoro, si potrebbe porre il problema della equiparazione tra soggetti di diritto e soggetti di fatto solo qualora un soggetto svolga di fatto le funzioni di gestione più elevate all'interno della società stessa, non essendo stato formalmente nominato ma, di contro, non essendo comunque totalmente estraneo rispetto all'"ambiente" societario. Si potrebbe fare riferimento, in modo specifico perciò, al direttore di settore o di stabilimento che "si comporti" alla stregua di direttore generale.

Stante quanto determinato e individuato in relazione alla figura dell'amministratore di fatto, con riferimento ai parametri necessari al fine di poter individuare chi sia tale soggetto di fatto, si potranno prendere in considerazione i medesimi elementi di riferimento anche per i direttori generali. In altri termini, si dovranno prendere in esame, anche per i direttori generali, quei fondamentali criteri di continuità e significatività che sono stati indicati per la figura dell'amministratore di fatto, al fine di poter ascrivere al soggetto considerato la responsabilità penale per la commissione di specifici fatti illeciti. Qualora, perciò, il soggetto esaminato ponga in essere occasionalmente le attività tipiche del direttore generale, qualora operi in un "regime" di dipendenza decisionale o organizzativa rispetto ad altri soggetti, quando non abbia autonomia gestionale, non potrà di certo essere equiparato di fatto ad un soggetto formalmente investito della carica di direttore generale[371]; specificando, si può indicare che, in generale sarà l'effettivo svolgimento dei compiti relativi alla carica formale presa in considerazione a fondare l'estensione delle correlate responsabilità, anche nel caso dei direttori generali[372] [373]. Si può a riguardo sostenere, quindi, che al pari di quanto avviene per

[371] Così ROSSI A., in (a cura di) ROSSI A., *Reati societari,* cit., pp. 95-96;
[372] Così AUDINO A., in (a cura di) MAFFEI ALBERTI A., *Il nuovo…*, cit., p. 868;
[373] La Cassazione, durante gli anni, ha emesso sentenze discordanti tra loro; se nel periodo precedente alla riforma la Corte di Cassazione ammetteva che *"il riferimento alla figura del "direttore generale" era sufficiente ad evidenziare che le funzioni gestorie venivano esercitate con ampi poteri decisionali e, quindi, con modalità tali da giustificare l'assimilazione delle norme che regolano la responsabilità degli amministratori (art. 2396 c.c.)* " (Cassazione, Sezione I, 14 settembre 1999, n. 9575), successivamente si è espressa in modo differente, per non dire diametralmente opposto, affermando che *"come questa Corte ha già avuto modo di rilevare, nelle società per azioni il direttore generale rientra fra gli organi facenti parte della struttura tipica della società purché la sua nomina, in base all'espressa previsione contenuta nel suddetto art. 2396 c.c., sia stata prevista nell'atto costitutivo ovvero deliberata dall'assemblea (Cass. 14 dicembre 1970 n. 2667, in motivazione, nonché, in precedenza, Cass. 5 luglio 1968 ic 2290. La nomina effettuata nell'atto costitutivo o con deliberazione assembleare costituisce, infatti, un requisito essenziale perché possa essere estesa ai direttori generali la disciplina dettata in materia societaria per gli amministratori; con la conseguenza che la mancanza del requisito impedisce tale estensione.*

gli amministratori si possa estendere la rilevanza penale dei comportamenti compiuti anche da parte dei direttori generali di fatto poiché "la norma penale si riferisce non già all'aspetto formale delle qualifiche […] bensì alle funzioni inerenti a tali qualifiche"[374] che obbligano il soggetto che eserciti tali funzioni a rispondere anche delle relative responsabilità derivanti dal loro espletamento.

III. In particolare: i liquidatori

Il terzo gruppo di soggetti citati all'interno della norma è costituito dai *liquidatori.*

Tale categoria di soggetti "entra in campo" nel momento in cui si verifichi una causa di scioglimento della società[375]; bisogna premettere che il verificarsi di una causa di scioglimento della società non determina per forza la cessazione del rapporto sociale, poiché essa dà luogo ad una fase ulteriore e successiva dell'esecuzione del contenuto del contratto di società che ha come oggetto la liquidazione del patrimonio sociale. Solamente quando sia conclusa questa fase preliminare si può parlare di vera e propria estinzione della società[376].

Nel momento in cui si verifichi una delle cause di scioglimento della società, incombe sugli amministratori l'obbligo di procedere all'accertamento delle predette cause e alla iscrizione nel registro delle imprese di una dichiarazione che attesti l'avvenuto verificarsi del fatto[377]. Dalla data dell'iscrizione della dichiarazione o, nell'ipotesi predisposta dal numero 6 dell'articolo 2484, dalla data di iscrizione della deliberazione di scioglimento anticipato si produrranno gli effetti dello scioglimento; qualora gli amministratori omettano di adempiere a tale incombenza, l'accertamento del verificarsi di una causa di scioglimento è eseguito con decreto del tribunale, su istanza di singoli soci o amministratori o del collegio sindacale; ivi gli effetti dello scioglimento si produrranno dall'iscrizione del decreto nel registro delle imprese[378] [379]. Da questo punto in poi lo scioglimento della società esperirà i propri effetti

---

Nel caso in esame il Pepe, pur avendo invocato l'applicabilità dell'art. 2396 c.c. (e delle altre consequenziali disposizioni di legge), non ha allegato (né, oltre tutto, dimostrato) che per quanto lo riguardava ricorreva il requisito sopra indicato. E tale mancata allegazione (con la relativa dimostrazione) rende entrambe le censure del tutto generiche e non suscettibili, quindi, di essere esaminate nel merito" (Cassazione, Sezione lavoro, 12 dicembre 2003, n. 18995), ritornando sui suoi passi di recente e consentendo, con la sentenza della Cassazione Penale, Sezione V, del 30 novembre 2006, n. 4946 una estensione di responsabilità per la commissione di un reato anche al direttore generale individuato come semplice soggetto "di fatto";

[374] SANTORIELLO C., *Il nuovo…*, cit., p. 17;

[375] Allo scopo di rendere maggiormente chiara la presente trattazione si integri la lettura del testo con il contenuto delle disposizioni dell'articolo 2484 c.c. che indica le cause di scioglimento della società;

[376] Così GALGANO F., *Diritto commerciale*, cit., p. 403;

[377] Cfr. art. 2485 c.c. comma 1°;

[378] Cfr. art. 2485 comma 2°;

primari proprio a carico degli amministratori, poiché essi dovranno, come prima cosa, astenersi dall'intraprendere nuove operazioni e limitare il compimento delle operazioni di gestione alle attività che abbiano il fine *"della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale"* ex articolo 2486 comma 1° c.c. ; questo si verifica perché il patrimonio sociale, nel momento in cui si manifesti una causa di scioglimento, non è più destinato alla realizzazione dell'oggetto sociale e , perciò, sono permessi solo gli atti conservativi sino al momento in cui si consentirà la "consegna" del patrimonio stesso ai liquidatori[380]. Ovviamente, anche gli stessi liquidatori non potranno mettere in pericolo il patrimonio sociale sottoponendolo a nuove fonti di rischio[381].

Nel momento in cui si accerti la causa di scioglimento gli amministratori sono obbligati, inoltre, a convocare l'assemblea per il compimento dei provvedimenti relativi alla liquidazione, salvo che le ragioni dello scioglimento siano già emerse in assemblea; i liquidatori, perciò, sono nominati dall'assemblea (straordinaria) che, secondo le disposizioni dell'articolo 2365 c.c., si occupa anche di determinarne i poteri e le modalità di esercizio; se gli amministratori non si occupano di convocare l'assemblea o se l'assemblea non provvede alla nomina dei liquidatori, la convocazione o la nomina è realizzata con decreto del presidente del tribunale su istanza dei singoli soci, degli amministratori o dei sindaci.

I liquidatori, in ogni caso, sono revocabili in ogni momento con deliberazione dell'assemblea straordinaria o, quando sussista una giusta causa, dal tribunale su istanza di soci, dei sindaci o del pubblico ministero[382].

Con la nomina dei liquidatori e la relativa iscrizione nel registro delle imprese gli amministratori cessano dalla loro carica e devono consegnare ai primi i beni sociali per la gestione. Da questo momento i soggetti nominati come liquidatori dovranno svolgere operazioni di liquidazione e amministrazione della società; infatti, le disposizioni dell'articolo 2489 c.c., che regolano i poteri, gli obblighi e le responsabilità degli amministratori, stabiliscono che:

---

[379] La riforma del 2003 ha, così, modificato il sistema preesistente per il quale le cause di scioglimento operavano dalla data del loro verificarsi, automaticamente, senza richiedere adempimenti successivi come quelli indicati nel testo;

[380] Infatti, le disposizioni dell'articolo 2486 comma 2° c.c., stabiliscono che *"gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma";*

[381] Per la Corte di Cassazione, inoltre *"a seguito della delibera di liquidazione muta lo scopo sociale della società talché i liquidatori, pena la responsabilità personale ed illimitata, possono contrarre solo debiti necessari per il raggiungimento dello scopo residuo, consistente coma più volte precisato, nella definizione delle obbligazioni pendenti"* (Cassazione civile, sezione I, 11 maggio 2001, n. 6550); la sentenza della Cassazione civile, Sezione I, del 22 maggio 2007, n. 11847 ha, inoltre, confermato la possibilità da parte del liquidatore di subentrare nella carica di procuratore alle liti precedentemente conferita all'amministratore;

[382] Ex articolo 2487 ultimo comma;

"Salvo diversa disposizione statutaria, ovvero adottata in sede di nomina, i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società.
I liquidatori debbono adempiere ai loro doveri con la professionalità e diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e la loro responsabilità per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri è disciplinata secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori."

Il secondo comma delle disposizioni del presente articolo consente, quindi, di equiparare, anche per una "assonanza" rispetto al contenuto dell'articolo 2392 c.c.[383], i liquidatori, nello svolgimento delle proprie funzioni, agli amministratori[384]. Questa equiparazione può essere confermata tenendo conto di quanto accadeva già in normative del passato, come nel vecchio codice di commercio. Infatti, già dalla redazione del codice di commercio del 1882 non si era posta in dubbio la possibilità di imputare, ex articolo 863, i liquidatori per i reati fallimentari: infatti, proprio l'equiparabilità rispetto agli amministratori e ai loro poteri avrebbe consentito questa estensione riferita all'imputabilità, anche se solo per particolari categorie di reati.

Per passare allo specifico esame della fattispecie di reato oggetto della presente dissertazione, si può indicare che le nuove disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare consentono oggi di imputare i liquidatori per la commissione, in società dichiarate fallite, del reato di ricorso abusivo al credito nella sua ipotesi "base"; prima del 1999, anno nel quale è stato emanato il decreto legislativo 270 che ha modificato le disposizioni dell'articolo 203 Legge Fallimentare, l'articolo citato consentiva di imputare i liquidatori per il reato in esame nel caso in cui si fosse accertato lo stato di insolvenza in relazione alla procedura di liquidazione

[383] Che, come si è visto, stabilisce al primo comma 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. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori";*

[384] Equiparazione che viene posta in essere anche dalla Corte di Cassazione in relazione alla possibilità dei liquidatori di subentrare anche nell'esercizio del potere di rappresentanza degli amministratori; così nella sentenza della Cassazione civile, sezione I, del 18 settembre 2003, n. 13746 che stabilisce che *"il liquidatore è investito del potere di rappresentare la società, anche in giudizio, non già dal momento della sua nomina (assembleare o giudiziale che sia), bensì dalla data dell'iscrizione di tale nomina nel registro delle imprese; pertanto, prima che l'iscrizione sia stata eseguita, il potere di rappresentanza dell'ente resta in capo all'amministratore, cui già in precedenza spettava (non potendosi ipotizzare al riguardo alcuna soluzione di continuità), ed è quindi valida la procura alle liti da quest'ultimo rilasciata, non incidendo, peraltro, in alcun modo sul corso successivo di un giudizio il mutamento nella persona del legale rappresentante di un ente, avvenuto in pendenza del giudizio precedentemente ben instaurato da chi disponeva dei poteri necessari per farlo";* e in una sentenza precedente, seppure ante riforma, si sottolineava che *"i liquidatori sono espressione, come gli amministratori, della compagine sociale e sono, come quelli, organi della società"* (Cassazione civile, sezione I, 15 settembre 2000, n. 12174) anche se in tale sentenza si effettuava una distinzione tra l'attività svolta in condizioni "normali " da parte degli organi della società, e ovviamente dei liquidatori, e durante una procedura di fallimento;

coatta amministrativa; oggi, invece, con riferimento al contenuto innovativo dell'articolo 218 si consente una diretta, e non così "condizionata", applicazione delle disposizioni sanzionatorie anche ai soggetti liquidatori.

Prima della recente riforma si cercava di spiegare l'assenza del richiamo ai liquidatori, all'interno delle disposizioni che disciplinano l'ipotesi "base" di ricorso abusivo al credito, facendo riferimento al loro limitato potere di gestione[385] ma sottolineando, allo stesso tempo, la possibilità da parte del liquidatore di fare comunque ricorso abusivo al credito, addirittura, in assenza della determinazione previa di una qualifica formale[386] purché vi fosse la previa e necessaria dichiarazione di fallimento a carico della società[387] [388]; infatti, questa possibilità si sarebbe potuta concretizzare attraverso la violazione dell'articolo 2278 del c.c. che si riferisce ai poteri dei liquidatori[389]; in modo particolare, il reato sarebbe stato configurabile in questo caso in quanto, visti gli ampi poteri del liquidatore, tale soggetto avrebbe potuto subire, già *ab origine*, una equiparazione rispetto ad un amministratore. Quindi, già prima che la norma venisse modificata si poteva identificare una qualche responsabilità dei liquidatori per il reato ex articolo 218 Legge Fallimentare.

Bisogna sottolineare, però, che l'equiparazione tra queste due categorie di operatori dell'impresa si ha anche all'interno delle disposizioni dell'articolo 146 Legge Fallimentare[390] che indica:

---

[385] Come faceva LA MONICA M., *I reati…*, cit., pp. 515-516 affrontando i problemi esposti di seguito;

[386] Così dichiarava DI AMATO A., *Diritto penale…*, cit., p. 225 che indicava come fosse sufficiente l'esercizio di fatto delle "relative funzioni"; anche la Corte di Cassazione sosteneva, già prima della riforma, questo tipo di tesi indicando, in relazione a reati fallimentari differenti rispetto al ricorso abusivo al credito che *"i destinatari delle norme di cui agli artt. 223 e 216 legge fall. sono gli amministratori, i sindaci, i liquidatori ed i direttori generali che vanno individuati sulla base, non delle qualifiche formali, ma delle funzioni concrete inerenti a tali qualifiche. In sede penale, il dato formale ha scarsa rilevanza, essendo importante il rapporto naturalistico tra persona e cosa aziendale, oggetto della distrazione, tra persona e potere di gestione dell'azienda, attraverso il quale è possibile sottrarre i beni alle garanzie dei creditori, rapporto che può prescindere dalla qualifica formale*" (Cassazione penale, 17 gennaio 1996)

[387] MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento…*, cit., p. 174; ma tale discorso si approfondirà meglio nel paragrafo successivo;

[388] anche se PEDRAZZI C., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit., pp. 343-344, stabiliva che la esclusione dei liquidatori dal novero di soggetti che potevano commettere il reato di ricorso abusivo al credito fosse ingiustificata ma che, di contro, non fosse possibile l'interpretazione estensiva della norma al fine di ricomprenderli all'interno dei soggetti attivi;

[389] In modo particolare esso stabilisce che: *"I liquidatori possono compiere gli atti necessari per la liquidazione e, se i soci non hanno disposto diversamente, possono vendere anche in blocco i beni sociali e fare transazioni e compromessi";*

[390] Modificato di recente dal decreto legislativo n. 5 del 2006;

"gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'art. 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito"

Grazie alle disposizioni di riforma, tuttavia, non sono necessarie operazioni particolari di interpretazione normativa; infatti, i liquidatori sono oggi sicuramente ricompresi all'interno del novero di soggetti imputabili per il reato di ricorso abusivo al credito senza più dubbio; ovviamente, anche in relazione a tale categoria di operatori è necessario porre l'attenzione sulle difficoltà di coordinamento che, probabilmente, sorgeranno nell'applicazione pratica della normativa, in relazione, in questo caso, non tanto alla ripetizione della medesima dicitura all'interno delle disposizioni dell'articolo 225 Legge Fallimentare, che non si riferisce ai liquidatori, quanto alla necessità della declaratoria di fallimento per questa categoria di soggetti che, di per sé, non può vedersi attribuire, autonomamente, la qualifica di "fallito" richiamata nelle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare.

ii. La dichiarazione di fallimento e il suo rapporto con il ricorso abusivo: condizione di obiettiva di punibilità?

Uno dei problemi maggiormente affrontati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di ricorso abusivo al credito è sicuramente quello riferito al legame intercorrente tra la commissione di tale fatto di reato e la (eventuale) dichiarazione di fallimento dell'imprenditore o della società.

Nel tempo si sono susseguiti diversi tipi di orientamenti; le discussioni che si sono verificate, tuttavia, non hanno portato alla possibilità di raggiungere un orientamento unitario, soprattutto all'interno della dottrina.

Di seguito, perciò, si esamineranno le principali posizioni dottrinali sul punto, seguite dai maggiori orientamenti della giurisprudenza, soprattutto della giurisprudenza di Cassazione.

A livello preliminare è necessario, però, esaminare brevemente l'evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale con riferimento alla questione del "valore" della sentenza dichiarativa di fallimento rispetto al compimento dei reati fallimentari.

Lo spunto viene fornito, a riguardo, da un commento a sentenza realizzato da CANTAGALLI all'interno di un testo del 1962 [391], segnatamente di un commento alla sentenza di Cassazione penale del 22 giugno 1961 [392]. L'Autore, all'esordio della sua trattazione, evidenzia, appunto, un problema che verrà in parte ripreso all'interno del testo di La Monica, che verrà esaminato di seguito, ossia il tema del ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nel caso in cui la condotta criminosa venga compiuta precedentemente rispetto alla pronuncia giudiziale.

L'Autore evidenzia a riguardo la presenza di una divisione, in due grandi gruppi, del pensiero della dottrina.

In modo particolare, esso indica che uno dei due schieramenti dottrinali[393] riconosce, in relazione alla questione esaminata, alla sentenza dichiarativa di fallimento la natura di condizione obiettiva di punibilità, mentre l'altro vede in essa un elemento dal quale far dipendere l'esistenza del reato [394] [395].

È necessario premettere, però, che la considerazione alla stregua di condizione obiettiva di punibilità della sentenza di fallimento non ha sempre assunto una connotazione unitaria; infatti, nel passato si potevano evidenziare due differenti schieramenti dottrinali: il primo, che considerava le condizioni di punibilità degli elementi intriseci al reato, il secondo che le prendeva in considerazione come elementi estrinseci; in altri termini, il primo orientamento[396]considerava le condizioni di punibilità come un elemento essenziale e costitutivo del reato, o comunque come condizioni necessarie per l'esistenza dello stesso; in

---

[391] CANTAGALLI R., *Brevi note in tema di ricorso abusivo al credito,* in *Giur. It.,* 1962, cc. 211 ss.;

[392] Pubblicata in *Giur. It.,* 1962, cc. 211 ss.;

[393] Rappresentato, tra gli altri, ovviamente all'epoca della redazione del testo di Cantagalli, da PANNAIN R., *Manuale di diritto penale,* vol I, Torino, UTET, 1950, p. 283; RANIERI S., *Manuale di diritto penale,* Vol I, Padova, CEDAM, 1956, p. 167; PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare,* Vol II, Milano, Giuffré, 1951; ANTOLISEI F., *Manuale…(parte generale),* Vol. I, cit., p. 517;

[394] Questo secondo gruppo è meno numeroso, in quanto comprende, sempre nel medesimo periodo : PUNZO M., *Il delitto di bancarotta,* Torino, UTET, 1953, p. 89; SABATINI G., *Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato,* in *Giust. Pen.,* 1958, II, p. 513;

[395] Le definizioni più "attuali" di condizione di punibilità e di procedibilità seguono nel testo, specificamente nella parte dedicata al testo di LA MONICA;

[396] Che veniva considerato e sostenuto da MANZINI V., *Trattato di diritto penale,* (a cura di) PISAPIA G.D., aggiornato da NUVOLONE P., PISAPIA G.D. Torino, UTET, 1961, I, pp. 604 ss.; BATTAGLINI E., *Dritto penale-parte generale,* Padova, CEDAM, 1949, p. 291; DE MARSICO A., *Diritto penale,* Napoli, Jovene, 1937, p. 1989; NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali* , Milano, Giuffré, 1955, pp. 14; 42; L'Autore, in modo specifico, sostiene direttamente la duplice natura (e quindi la coesistenza di due tipologie differenti) delle condizioni di punibilità, che possono assumere il carattere di condizioni intrinseche o estrinseche; inoltre, Nuvolone aggiunge che in generale "una volta verificatesi la condizione, gli effetti del suo avveramento retroagiscono al tempo in cui il fatto è avvenuto" e questo "diventa reato a partire dal momento in cui è stato commesso" (a ciò obietta LA MONICA, in (coordinato da) LO CASCIO G., *Diritto fallimentare,* Milano, IPSOA, 1996, 1089, indicando che "questa è la regola, alla quale fanno eccezione le condizioni intrinseche di punibilità. In realtà appare strano che una regola possa essere formulata sul fondamento della *species* delle condizioni estrinseche, le quali, per numero ed importanza, hanno minor rilievo nel sistema giuridico, se è vero, come l'Autore stesso sostiene, che "rappresentano […] il ponte di passaggio verso le condizioni di procedibilità");

questo senso le condizioni di punibilità potevano "entrare" all'interno dell'*iter criminis*, determinare la conclusione della dinamica del reato e costituire il momento consumativo di questo; ciò faceva sì che nel momento in cui si dovesse accertare il compimento del fatto di reato era necessario considerare anche la presenza della condizione di punibilità individuata da parte delle disposizioni di legge, in quanto, come già detto, essa diveniva un elemento essenziale al fine di determinare l'integrazione della fattispecie di reato. Il secondo orientamento[397], invece considerava le condizioni di punibilità come estrinseche rispetto al fatto costituente la fattispecie criminosa, ed estranee, perciò, al citato *iter criminis*; esse, per questo motivo, non determinavano, per i giuristi citati, l'integrazione del reato e non costituivano il suo momento consumativo: il loro unico "compito" era quello di rendere applicabile la pena in concreto nei confronti del reo. Le due differenti concezioni, ovviamente, determinavano delle risultanze distinte anche in relazione al momento consumativo del reato, segnatamente del reato fallimentare, in quanto, ancora oggi, se si considera la sentenza come condizione di punibilità intrinseca si colloca la consumazione del reato nel momento in cui viene emanata la sentenza stessa; se si interpreta, invece, la pronuncia giudiziale alla stregua di condizione estrinseca, allora il momento consumativo del reato si ritroverà, temporalmente, nel momento in cui è stata compiuta la condotta di reato specificata da parte delle norme di legge, quindi, molto più semplicemente, nell'attimo in cui tutti gli elementi costitutivi della fattispecie considerata divengono concreti.

Dopo questa breve digressione riferita alla distinzione tra le tipologie di condizioni obiettive di punibilità, è necessario ritornare al discorso originale, fondato sulla differenza tra condizione obiettiva di punibilità e elemento costitutivo del fatto di reato. Si è detto che ancora durante gli anni Sessanta gli schieramenti dottrinali principali erano essenzialmente due: il primo, orientato verso la soluzione per la quale la sentenza dichiarativa di fallimento era da considerarsi condizione obiettiva di punibilità, il secondo, che valutava più consona l'ipotesi opposta.

---

[397] Sostenuto da BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, CEDAM, 1976, pp. 213-214; l'Autore critica l'orientamento di Mancini, in modo particolare, indicando che "indubbiamente si manifesta in tale posizione di pensiero (cioè in quella di Mancini) uno scambio tra l'interesse che lo Stato ha alla punizione concreta di un dato reato con l'interesse che il singolo reato viene a ledere. Non è detto che la condizione di punibilità concerna l'interesse interno del reato, vale a dire il bene giuridico che il reato lede, perché essa incide su di un altro interesse che può spingere il legislatore a considerare come inopportuna l'applicazione a tutti i costi di una pena ulteriore al di fuori del verificarsi di un evento che desta allarme sociale o fa comunque concludere sulla necessità di punire"; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale – parte generale*, cit., p. 671; MAGGIORE G., *Diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1961, vol. I, p. 210;

La prima parte della dottrina basava il proprio convincimento sulla definizione di condizione obiettiva di punibilità alla stregua di elemento estrinseco del reato[398]; ovviamente, per l'integrazione della fattispecie criminosa si richiedeva al soggetto attivo di realizzare la condotta tipica, antigiuridica e perlomeno colpevole, disposta dalla normativa penale di riferimento. Specificamente, però, la punibilità del reato, per tale orientamento, era possibile solo se si fosse verificato un ulteriore evento posteriore rispetto al compimento della condotta, che consentisse di attualizzare l'interesse dello Stato alla punizione del reato; in altri termini, sostenendo la natura di condizione obiettiva di punibilità, alla stregua di elemento che consente di definire l'interesse dell'ordinamento a punire una data condotta, della sentenza dichiarativa di fallimento, si subordinava la punibilità del fatto di reato considerato non solo al compimento della condotta stessa ma anche alla successiva e fondamentale pronuncia giudiziale di fallimento. La sentenza in questione non doveva, per forza, essere legata da un rapporto di causalità con la condotta criminosa[399], in quanto veniva considerata un evento futuro ed incerto rispetto alla conclusione del comportamento tipico previsto dalla norma, comportamento che, di per sé, integrava un reato perfetto nei suoi elementi costitutivi[400].

---

[398] BETTIOL G., *Diritto penale,* cit., pp. 214-216; il quale indica che "la condizione di punibilità deve trovarsi al di fuori di ogni ripercussione che l'azione umana possa avere sotto il profilo della causalità fisica o sotto quello della causalità psicologica"; Così anche GIULIANI U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali,* Milano, Giuffré, 1974, il quale indica, in modo specifico con riferimento al reato di bancarotta, che "La bancarotta, anche pre-fallimentare, si consuma con la realizzazione del fatto: le cause del reato e della pena che intervengono dopo la consumazione del reato ma prima della declaratoria fallimentare operano sul reato di bancarotta" aggiungendo che "la declaratoria di fallimento è indubbiamente una condizione di punibilità ex art. 158 c.p." concludendo con il riferimento al fatto che "la declaratoria di fallimento è perfettamente estranea alla fattispecie sostanziale" anche se la teoria di Giuliani viene indicata come una teoria singolare, in quanto esso opta, nell'edizione del 1999 del suo testo, al pari di Mangano, per una rilevanza meramente processuale della sentenza dichiarativa di fallimento; L'Autore cita, infine, alcune sentenze che, invece, vedrebbero un orientamento opposto della Corte di Cassazione, come:
Cassazione penale, 18 marzo 1970, in *Cass. Pen.*, 1971, p. 823; Cassazione penale, 18 dicembre 1968, in *Cass. Pen.*, 1970, p. 194; Cassazione penale, 12 giugno 1964, in *Giust. Pen.*, 1965, II, p. 119 nella quale la sentenza dichiarativa di fallimento viene indicata quale "elemento costitutivo dei fatti di bancarotta"; Cassazione penale, 15 novembre 1963, in *Arch. Pen.*, 1965, II, p. 3 nella quale si indica che *"La dichiarazione di fallimento, costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei fatti di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie, perché, mentre queste presuppongono già un reato strutturalmente perfetto sotto il profilo obiettivo e subiettivo, essa costituisce, invece, una condizione di esistenza del reato, o più esattamente, un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato relativamente a quei fatti, omissivi o commissivi, anteriori alla sua pronunzia";* Cassazione penale, 10 maggio 1963, in *Giust. Pen.*, 1964, II, p. 162;
Più recentemente ha individuato il proprio *Favor* per tale orientamento anche LA MONICA M., (coordinato da) LO CASCIO G., *Diritto fallimentare,* cit., p. 1090, il quale indica che " la condizione di punibilità va intesa come un avvenimento futuro e incerto, estrinseco al fatto costituente reato e presupponente, anzi,un reato già perfetto e completo in ogni suo elemento" ; ancor più recentemente anche GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale – parte speciale II,* Milano, Giuffré, 2005, p. 569, definisce "una mera condizione obiettiva di punibilità" la sentenza dichiarativa di fallimento; allo stesso modo, anche se, a rigor di logica, in un'epoca antecedente rispetto a quella attuale, ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 31;

[399] Così PANNAIN R., *Manuale di diritto penale,* vol I, Torino, UTET, 1950, p. 283;

[400] Più recentemente è stato individuato un orientamento singolare di MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., p. 32 che esclude categoricamente la natura di condizione di punibilità della sentenza dichiarativa di fallimento, generalizzando il proprio orientamento e ricomprendendo tutti i reati fallimentari; esso sostiene, infatti, che "La

Il secondo orientamento dottrinale si poteva ricondurre alla teoria delle cc.dd. "condizioni di esistenza del reato" elaborata grazie alla fondamentale tesi, piuttosto risalente, di MASSARI[401], il quale identificava con l'espressione "condizioni di reato" quegli elementi che, seppur essenziali per l'esistenza della fattispecie individuata, non si consideravano né antecedenti né inerenti alla fattispecie stessa; essi si evidenziavano come componenti estrinseci e successivi o eventualmente concomitanti rispetto all'integrazione dei differenti elementi previsti, allo scopo di realizzare il delitto preso in esame, da parte della normativa penale. SABATINI[402] indicava, aderendo a questo pensiero alcuni decenni dopo la pubblicazione dello scritto del Massari, riferendosi specificamente al reato di bancarotta, che "soltanto con la sentenza dichiarativa di fallimento si concretizza l'interesse alla *par condicio creditorum;* pertanto, secondo questa teoria, la bancarotta nelle ipotesi di cui agli artt. 216 nn. 1 e 2, e 217 R.D. 16 marzo 1942, n. 267, sarebbe un reato ad evento condizionato e non sarebbe da riconoscersi alla sentenza dichiarativa di fallimento la natura di condizione obiettiva di punibilità poiché quest'ultima categoria presuppone l'esistenza di un reato già perfetto, la cui punibilità dipende da una *causa superveniens* , mentre la sentenza dichiarativa di fallimento è elemento necessario perché la condotta criminosa produca l'evento (lesione o messa in pericolo della *par condicio*) e quindi condiziona l'esistenza stessa del reato". Questa seconda teoria, individuata da Massari e sviluppatasi durante i decenni successivi, ha poi influenzato lo stesso pensiero della Corte di Cassazione che, in una sentenza che ha determinato una "rottura" rispetto al pensiero giurisprudenziale precedente, ha affermato che "la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza dei reati di bancarotta e non semplicemente una condizione di punibilità: essa attiene così strettamente all'integrazione della fattispecie legale da qualificare come reati di bancarotta fatti penalmente irrilevanti fuori dal fallimento"[403] [404]. Anche i decenni successivi

---

natura giuridica della sentenza che dichiara il fallimento non possa essere ricercata sul piano sostanziale. A ben vedere si tratta di sentenza che risolve una questione pregiudiziale" in quanto "la natura giuridica di tale sentenza di fallimento è processuale. Né sarebbe esatto ritenere che la sentenza sia al tempo stesso una condizione di punibilità, perché […] se lo fosse, in caso di opposizione, l'oggetto della indagine sarebbe l'esistenza della sentenza e non lo *status* di fallito, come in effetti avviene";

[401] MASSARI E., *Le dottrine generali del diritto penale,* Spoleto, 1928, p. 67;

[402] SABATINI G., *Condizioni…*, cit., p. 513, in nota;

[403] Il riferimento è estratto dalla sentenza delle Sezioni Unite, del 25 gennaio 1958, pubblicata in *Giust. Pen.*, 1958, II, p.513; tale pronuncia è stata seguita da altrettante sentenze, del medesimo periodo, che hanno individuato i medesimi principi: Cassazione penale, Sezione III, 23 maggio 1959, n. 2443, in *Riv. Pen.*, 1960, II, p. 352; Cassazione penale, Sezione III, 23 maggio 1959, n. 2341, in *Riv. Pen.*, 1960, II, p. 352; Cassazione penale, 23 marzo 1959, n. 1541, in *Rep. Giur. It.*, 1959, voce "Bancarotta", n. 18; gli anni Sessanta hanno visto un "cambiamento di rotta" della Corte di Cassazione; si possono, infatti, citare numerose sentenza della Suprema Corte, all'interno delle quali si afferma il carattere di condizione di punibilità della sentenza dichiarativa di fallimento, come le seguenti: Cassazione penale, del 22 giugno 1962, in *Giur. It.*, 1962, II, p. 211; Cassazione penale, 29 ottobre 1965, in *Cass. Pen.*, 1966, p. 480; Cassazione penale, 30 giugno 1968, in *Giust. Pen.*, 1969, II, p. 167;

hanno visto molte pronunce della Corte orientarsi in questa direzione, determinando, soprattutto per alcune tipologie di reato (come la bancarotta), il consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale in tal senso[405]; si può citare anche un'ordinanza della Corte Costituzionale, sempre riferita al reato di bancarotta, all'interno della quale si ribadisce il medesimo orientamento; infatti, la Corte indica che "È manifestamente infondata, in quanto già decisa nel senso della infondatezza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 217 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nella parte in cui qualifica la sentenza dichiarativa di fallimento

---

[404] In relazione alla linea giurisprudenziale appena citata non si può non citare un testo, antecedente, di NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* Milano, Giuffré, 1955, pp. 12-13 nel quale l'Autore riconosce alla sentenza dichiarativa di fallimento la natura di condizione obiettiva di punibilità, ma ponendo una distinzione tra condizioni obiettive di punibilità intrinseche ed estrinseche. Esso colloca la sentenza dichiarativa di fallimento tra le prime, in quanto sostiene che i reati prefallimentari diventano perfetti nel momento della dichiarazione di fallimento, poiché il verificarsi di tale condizione intrinseca ha l'effetto di qualificare l'oggettività giuridica dell'illecito;

[405] Andando con ordine si possono citare le seguenti sentenze: Cassazione penale, 17 luglio 1981, in *Riv. Pen.,* 1982, p. 537, nella quale la Corte indica, con riferimento alla bancarotta, che *"La sentenza dichiarativa di fallimento non è condizione obiettiva di punibilità ma elemento costitutivo del reato, perché prima della sua pronuncia non esiste un reato perfetto in tutti i suoi elementi, in quanto detta sentenza è elemento indispensabile per configurare come reati nelle ipotesi di bancarotta prefallimentare fatti e comportamenti che, diversamente, rimarrebbero leciti e indifferenti";* Cassazione penale, 30 gennaio 1985, in *Riv. pen*., 1985, p. 1142; Cassazione penale, 26 aprile 1985, in *Riv. pen*., 1986, p. 473; Cassazione penale, 21 febbraio 1986, in *Riv. pen*., 1987, p. 281; Cassazione penale, sezione I, 02 luglio 1991, in *Cass. pen*., 1991, 8, p. 65, nella quale si ribadisce che "*La sentenza dichiarativa di fallimento costituisce non una semplice condizione di punibilità dei reati di bancarotta, sia semplice che fraudolenta, bensì un elemento costitutivo di essi, indispensabile per la integrazione della fattispecie normativa prevista per ognuno di detti reati, il cui momento consumativo, allorché la condotta si esaurisca prima della dichiarazione di fallimento, si perfeziona all'atto e nel luogo della pronunzia della sentenza dichiarativa e non in quello, eventualmente diverso, in cui è stata realizzata la condotta vietata dal precetto penale"*; Cassazione penale, sezione I, del 07 luglio 1992, in *Cass. pen*., 1992, 12, p. 120, nella quale si stabilisce che *"In caso di bancarotta, sia semplice che fraudolenta, la dichiarazione di fallimento non costituisce una condizione di punibilità, ma un elemento costitutivo del reato e si colloca, per tutti i casi riferibili a condotte realizzate prima della dichiarazione di fallimento (come per tutte le ipotesi elencate nel 1º comma dell'art. 216 r.d. 16 marzo 1942 n. 267) quale ultimo atto che perfeziona il delitto di bancarotta e che quindi radica la competenza per territorio del giudice del luogo in cui il reato viene consumato, cioè del luogo in cui si realizza l'ultimo atto, che è la declaratoria fallimentare"*; Cassazione penale, sezione V, 04 maggio 1993, in *Cass. pen.*, 1993, 11,p. 82, nella quale si indica, in relazione all'introduzione di nuove disposizioni processuali-penalistiche, che: *"La nuova disciplina processualpenalistica in materia di questioni pregiudiziali non incide sulla validità della tradizionale qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo dei reati di bancarotta, ivi compresi quelli configurabili ai sensi dell'art. 223 l.fall. a carico dei soggetti ivi menzionati, in funzione delle qualità da essi rivestite"*; Cassazione penale, sezione V, 06 maggio 1999, in *Foro it. Repertorio,* 1999, Bancarotta [0860], n. 26; Cassazione penale, sezione V, 19 ottobre 1999, in *Foro it. Repertorio,* 2000, Bancarotta [0860], n. 19 ; Cassazione penale, sezione I, del 16 novembre 2000 in *Foro it. Rep.,* 2001, Bancarotta [0860], n. 45,nella quale la Corte ribadisce, in relazione ad un problema di inquadramento della fattispecie in esame, che "*nelle ipotesi di bancarotta, la dichiarazione di fallimento non rappresenta una condizione di punibilità, ma un elemento costitutivo del reato e si colloca, per tutti i casi riferibili a condotte realizzate prima dell'apertura della procedura concorsuale, come ultimo atto che perfeziona la fattispecie di bancarotta, la competenza per territorio a conoscere di essa si radica nel luogo in cui il reato è stato consumato, che corrisponde a quello in cui è stato dichiarato il fallimento*"*;* Cassazione penale, sezione V, 12 ottobre 2004, in *Foro it. Repertorio,* 2005, Bancarotta [0860], n. 11; Cassazione penale, sezione I, 29 ottobre 2004, in *Foro it. Repertorio*, 2005, Bancarotta [0860], n. 13; si nota, quindi, come il maggior interesse della Suprema Corte in relazione alla materia della natura della sentenza dichiarativa di fallimento riguarda proprio il reato di bancarotta, in riferimento al quale sono sorte anche le maggiori discussioni dottrinali; in seguito si vedranno anche sentenze specifiche riferibili al "tema" del ricorso abusivo al credito;

come elemento costitutivo del reato di bancarotta anziché come condizione obiettiva di punibilità, in riferimento agli art. 3, 27, 1° comma, Cost."[406].

Dopo aver effettuato questo *excursus* dottrinale e giurisprudenziale, Cantagalli indica il proprio personale orientamento in merito alla questione dibattuta; esso specifica infatti, che la sentenza dichiarativa di fallimento è da intendersi alla stregua di una condizione obiettiva di punibilità, nei casi nei quali venga preceduta dalla condotta criminosa del soggetto attivo. Essa è da considerarsi non necessariamente correlata, con un rapporto di causalità psichica, rispetto alla volontà del soggetto attivo; tale indipendenza ricorrerebbe anche rispetto al rapporto di causalità materiale riferito alla condotta criminosa, poiché la sentenza dichiarativa di fallimento può essere sopravvenuta per essere dipeso lo stato di insolvenza, come causa o concausa, dalla condotta tipica del reato, ma , in ogni caso, la punibilità sussiste anche qualora la condotta non vi abbia fatto concorso. Per questo motivo, l'Autore sostiene il carattere "completamente estrinseco" della sentenza rispetto alla fattispecie tipica, poiché la dichiarazione di fallimento condiziona la punibilità del reato e non il verificarsi dell'evento; in altri termini, secondo Cantagalli, la norma riferibile al commerciante non fallito gli vieta di tenere una determinata condotta e di provocare specifici eventi, individuando la possibilità, nel caso in cui la sua condotta sia rilevata da parte dell'ordinamento e il giudice emetta una sentenza di fallimento, di punire effettivamente il soggetto attivo; in modo più specifico, secondo l'Autore, il legislatore non avrebbe avuto l'obiettivo di correlare direttamente la violazione del divieto individuato con la lesione dell'interesse che determina la punibilità del reato, in quanto tale lesione può verificarsi successivamente alla violazione del divieto e, in modo particolare, attraverso un "fatto" (la sentenza dichiarativa di fallimento) indipendentemente dalla condotta del soggetto e dalla sua volontà; questo, perciò, non esclude che il reato, inteso come violazione oggettiva del divieto, sussista già precedentemente in tutti i suoi elementi costitutivi.

Per sostenere la sua tesi, Cantagalli indica che " se si ammettesse che la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce elemento da cui dipende l'esistenza dell'evento […] si avrebbe la aberrante conseguenza di un reato in cui l'evento dipende non dalla previsione e volontà del soggetto ma da una circostanza completamente indipendente dalla sua volontà ed anche in contrasto con essa: basti considerare che si dovrebbe eludere il dolo in tutti quei casi in cui il commerciante, pur avendo sottratto o dissipato parte dei propri beni, tuttavia abbia voluto

[406] L'ordinanza considerata è del 30 dicembre 1987, n. 636; La questione era stata già dichiarata infondata all'interno della sentenza della Corte Costituzionale, del 27 luglio 1982, n. 146, pubblicata in *Foro it*., 1982, I, p. 3006;

evitare il fallimento"[407]. Anche se le argomentazioni individuate dall'Autore si riferiscono principalmente alla bancarotta, esse vengono utilizzate per delineare un discorso più generale riferito ai reati fallimentari, in modo particolare ai reati prefallimentari.

In conclusione, l'interesse dell'Autore si sposta sulla sentenza commentata, che ha visto la Corte di Cassazione affermare che la dichiarazione di fallimento non è elemento costitutivo del reato di ricorso abusivo al credito; nel testo si evidenzia che l'orientamento della Suprema Corte è, almeno nel periodo nel quale l'Autore scrive, favorevole a considerare la sentenza dichiarativa di fallimento alla stregua di condizione di punibilità, ma non di elemento costitutivo della fattispecie; inoltre, viene ivi citata una sentenza, sempre del medesimo periodo[408], nella quale la Corte afferma che "il ricorso abusivo al credito non è vincolato o condizionato alla dichiarazione di fallimento e si consuma nel luogo ove si verifica l'evento".

Il documento reca, infine, l'opinione "personale" dell'Autore con riferimento alla specifica fattispecie di ricorso abusivo al credito; tale orientamento verrà esaminato di seguito, in quanto colloca l'Autore all'interno dello schieramento dottrinale oggetto di esame nella seconda parte del successivo paragrafo.

I. Soluzioni sistematiche;

Dopo questa breve introduzione riferita ai dibattiti dottrinali e giurisprudenziali in merito alla sentenza dichiarativa di fallimento, è necessario spostare il discorso sul tema oggetto della presente dissertazione, ossia sullo specifico reato di ricorso abusivo al credito.

All'interno della dottrina, com'e immaginabile, vi è stata, a riguardo, la suddivisione i due grandi categorie degli orientamenti riconducibili a diversi giuristi: la prima, alla quale appartengono i sostenitori della necessaria previa dichiarazione di fallimento per potersi indicare come integrato il reato ex articolo 218, la seconda, alla quale si riconducono i sostenitori della possibilità di realizzare comunque il reato di ricorso abusivo al credito, anche in assenza della dichiarazione di fallimento.

All'interno di entrambi gli orientamenti è identificabile una differente collocazione cronologica delle posizioni dottrinali; ecco perché le diverse tesi verranno esaminate in ordine temporale, sia allo scopo di individuare con maggior chiarezza i punti fondamentali della discussione, sia con l'obiettivo di determinare un quadro completo dello sviluppo "ideologico" in merito al tema trattato.

[407] CANTAGALLI R., *Brevi note…*, cit., c. 214;
[408] La sentenza della Cassazione penale, del 30 giugno 1958, in *Giust. Pen.*, 1959, II, p. 167;

Il primo orientamento preso in considerazione, che vede l'individuazione della necessaria previa declaratoria di fallimento, è sostenuto da insigni giuristi; *in primis* da PROVINCIALI[409] che effettua un discorso articolato e completo attraverso il quale si riescono a comprendere le ragioni per le quali si potrebbe sostenere che la dichiarazione di fallimento sia effettivamente condizione di punibilità per il reato di ricorso abusivo al credito. L'Autore indica quali sono gli argomenti che concorrono a favore della propria tesi; per prima cosa il dato letterale della norma e la sua ubicazione all'interno della Legge Fallimentare: infatti, il capo I del titolo VI della legge indica che i reati in esso compresi (cioè quelli previsti nelle norme comprese tra l'articolo 216 e il 222) sarebbero "reati commessi dal fallito"; questo, secondo Provinciali, sarebbe un indizio esaustivo, una indicazione univoca e non necessariamente da ripetersi[410], della necessità di considerare tutti i reati previsti all'interno del capo come reati fallimentari; in altri termini, il fatto che il legislatore abbia deciso di includere nel novero dei reati commessi dal fallito anche il ricorso abusivo al credito, sarebbe indice indubbio della volontà del compilatore della norma di subordinare il compimento della condotta descritta all'interno dell'articolo 218 Legge Fallimentare alla previa declaratoria giudiziale di fallimento. Il pensiero appena esposto sarebbe suffragabile confrontando il capo I con il II, il cui titolo fa riferimento ai "reati commessi da persone diverse dal fallito": in questo caso, non essendoci una intitolazione che richieda il previo fallimento dei soggetti attivi (o della società) viene indicato esplicitamente, all'interno delle singole disposizioni, (come accade per gli articoli 225 e 227), il necessario requisito della dichiarazione di fallimento. Tale argomentazione verrà utilizzata nuovamente, dal medesimo Autore, all'interno di un testo successivo, sempre, ovviamente, allo scopo di suffragare la tesi appena esposta[411]

Anche a livello fattuale l'Autore sottolinea la correttezza della propria tesi; infatti, indica l' "improbabilità che un imprenditore commerciale in dissesto (e che lo dissimuli per procurarsi credito) possa evitare la dichiarazione di fallimento"; esso aggiunge che solo un caso fortuito potrebbe evitare che l'imprenditore commerciale, nelle condizioni appena citate, venga sottoposto alla dichiarazione di fallimento; per questo l'Autore indica come non sarebbe

---

[409] In PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito.,* cit., pp. 188-191;

[410] Anzi, l'Autore indica che "non si potrebbe essere più chiari e precisi, tornando inutile ripetere in ciascuno dei singoli articoli la prescrizione del requisito già indicato per tutti nella comune intitolazione";

[411] Il testo di cui si parla è il seguente PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, cit., segnatamente alle pagine 2682-2683; tale testo è successivo rispetto a quello esaminato in modo approfondito all'interno del testo, in quanto risale al 1974 (mentre quello principale è del 1952);

logico "preferire una interpretazione della norma in senso eccezionale"[412] alla sua interpretazione (ed applicazione) "ordinaria".

Provinciali, inoltre, dimostra l'attuabilità del proprio pensiero attraverso una interpretazione sistematica delle disposizioni che, in modo generale, riguardano i reati fallimentari e in particolare di quelle che si riferiscono al ricorso abusivo al credito. *In primis*, l'Autore sottolinea che se il legislatore avesse voluto sottrarre alla dichiarazione di fallimento le disposizioni dell'articolo 218, avrebbe esplicitamente previsto questa possibilità, perlomeno indicandola all'interno della relazione ministeriale che, invece, tace sul punto; infatti, esso prende in considerazione le argomentazioni contrarie, che si esamineranno in seguito, che venivano sostenute indicando come nell'articolo 218 non vi era la precisazione, prevista ad esempio all'interno delle disposizioni degli articoli 216 e 217, della dichiarazione di fallimento come elemento essenziale della fattispecie.

L'Autore adduce ulteriori argomentazioni a favore della propria articolata tesi, in quanto esso si riferisce alle disposizioni degli articoli 222, 225 e 227 che consentivano, già nel 1942, di estendere la punibilità ex articolo 218 agli amministratori, ai direttori generali di società dichiarate fallite oltre che all'institore; all'interno di queste disposizioni di legge si parla di "società dichiarate fallite[413]" in modo esplicito. Come si vedrà nella seconda parte di questo paragrafo, questo riferimento esplicito verrà utilizzato dalla controparte dottrinale per sostenere la non necessità di ottenere la dichiarazione di fallimento per imputare i soggetti indicati all'interno delle disposizioni dell'articolo 218; di contro, Provinciali utilizza questa locuzione proprio per sottolineare che, anche per l'applicazione delle sanzioni per l'ipotesi "base" di reato, è necessaria la dichiarazione di fallimento, in quanto "non si spiegherebbe come la legge abbia potuto disporre in modo così contraddittorio, richiedendo, per la repressione dello stesso illecito, la dichiarazione di fallimento come condizione di punibilità nel caso di impresa collettiva e non nel caso di impresa individuale"[414]; infatti, secondo l'Autore, se il legislatore avesse previsto tale tipo di distinzione avrebbe determinato un "particolare favore per gli amministratori e i direttori generali di società, che non ha ragion d'essere" poiché, se così fosse, il compilatore della norma non avrebbe tenuto conto della più frequente applicazione della norma all'interno delle realtà societarie più ampie rispetto alle imprese individuali; un indizio maggiormente convincente deriverebbe, in modo più specifico, dal dettato dell'articolo 227 Legge Fallimentare; infatti, per l'Autore sarebbe inimmaginabile prospettare la presenza di un elemento, segnatamente di una condizione di

[412] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito.*, cit., p. 189;
[413] O di "imprenditore dichiarato fallito";
[414] PROVINCIALI R., *Op. loc cit.*, cit., pp. 189-190;

punibilità, per il reato commesso dall'institore e non per quello commesso dall'imprenditore poiché, se il medesimo fatto di reato venisse punito quando la condotta venisse posta in essere dall'institore solo quando siano presenti specifiche condizioni, l'imprenditore non si lascerebbe scappare l'occasione per commissionare la realizzazione di attività illecite all'institore medesimo.

Infine, appare decisivo anche l'elemento dello stato di insolvenza, oggi più chiaramente riferibile al ricorso abusivo al credito grazie alle modifiche intervenute con la legge 262/2005; infatti, secondo l'Autore, per poter definire effettivamente presente questo *status* vi dovrà, necessariamente, essere un sistema "giuridicamente rilevante", o comunque un istituto attraverso il quale definire insolvente il soggetto attivo; questo sistema è, per Provinciali, costituito unicamente dalla sentenza di dichiarazione di fallimento, poiché, per le disposizioni dell'articolo 5 Legge Fallimentare, lo stato di insolvenza è elemento essenziale della dichiarazione di fallimento che segue, appunto, l'accertamento dello stato di insolvenza[415]; in altri termini, si potrebbe avere un accertamento affidabile dello stato di insolvenza o di dissesto solo qualora tale accertamento venisse incluso all'interno di una sentenza dichiarativa di fallimento.

Procedendo nell'esame del presente orientamento dottrinale si deve fare riferimento alla posizione, espressa pochi anni dopo rispetto a quella appena esaminata, di CAMELI, individuata all'interno di un commento alla sentenza del Tribunale di Vasto del 14 novembre del 1956[416] nella quale i giudici affermano il carattere necessario della dichiarazione di fallimento allo scopo di individuare l'imputabilità per il reato di ricorso abusivo al credito.

In modo particolare CAMELI[417], ripercorre alcuni dei punti già individuati da parte di Provinciali a sostegno della propria tesi; infatti, prende in considerazione, *in primis,* la collocazione della norma all'interno del capo intitolato ai "reati commessi dal fallito" riferendosi al carattere "assurdo" di un'eventuale mancata equiparazione dei soggetti operanti all'interno dell'ambito societario rispetto all'imprenditore individuale, e viceversa, in relazione ai requisiti di punibilità per la commissione del reato in esame; perciò, anche per tale Autore, sarebbe perlomeno "ingiusto" prevedere un trattamento di maggior favore per gli

[415] Utilizza questo argomento decisivo anche TENCATI A., in *Imprenditore insolvente…*, cit., p. 711 che si riferisce, previamente, ad una questione di possibile illegittimità costituzionale nata in relazione alla disparità creata dalle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare rispetto alle previsioni degli articoli seguenti che si riferiscono al medesimo reato;

[416] Collocata all'interno della rivista *Giust. pen.*, 1957, II, cc. 322 ss.;

[417] CAMELI V., *Il reato di ricorso abusivo al credito richiede come estremo necessario la dichiarazione di fallimento e può essere commesso dal fallito anche durante la procedura concorsuale*, in *Giust. Pen.*, 1957, II, cc. 321-331;

amministratori ed i direttori generali rispetto al singolo imprenditore. Questa argomentazione viene presa in considerazione anche nel richiamo, posto in essere dall'Autore, alle disposizioni dell'articolo 222 Legge Fallimentare, che prendono in considerazione l'imputabilità dei soci illimitatamente responsabili all'interno delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice; infatti, anche in questo caso, non si spiegherebbe un differente trattamento di tali soggetti (imputabili se le società alle quali "appartengono" sono state dichiarate fallite) rispetto agli imprenditori commerciali. Secondo l'Autore, così come Provinciali, se il legislatore avesse voluto inserire tale differenza "non avrebbe mancato di giustificarne le ragioni, magari di sfuggita"[418] all'interno della Relazione di accompagnamento alla Legge Fallimentare. Il riferimento alla Relazione viene utilizzato ulteriormente nel testo in esame; l'Autore sottolinea, infatti, che al numero 57 la relazione indica che "Nel caso di reati commessi da persone diverse dal fallito, si ha cura di far trasparire un costante parallelismo fra essi e quelli imputabili all'imprenditore fallito […] Tenuti presenti questi concetti, si spiega intuitivamente, attraverso l'esatta rispondenza dell'uno all'altro gruppo, la struttura degli articoli 223, 224, 225, 226 rispetto agli articoli 216, 217, 218 e 220"; grazie a questi "passi" della relazione si può sottolineare, perciò, l'intento del legislatore di evitare la differenza di trattamento tra l'imprenditore individuale e gli altri soggetti attivi del reato, differenza evitabile solo estendendo la necessarietà del fallimento anche all'ipotesi generale di ricorso abusivo al credito.

Cameli, a differenza del precedente Autore, prende in considerazione, infine, un'altra argomentazione a favore della propria tesi; infatti, esso, grazie soprattutto al richiamo effettuato sul punto da parte dei giudici all'interno della sentenza commentata, indica che un altro argomento a favore della configurabilità del ricorso abusivo al credito alla stregua di reato fallimentare sarebbe quello emergente dal confronto con la c.d. insolvenza fraudolenta; infatti, ex articolo 218 nei confronti di chi commetta il reato di ricorso abusivo al credito si applica, oltre alla sanzione (accessoria) dell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni, una pena accessoria costituita dall'inabilitazione all'esercizio di una qualsivoglia impresa commerciale. In questo caso, la gravità della sanzione accessoria dell'inabilitazione non potrebbe conciliarsi, perciò, con la configurazione del reato ex articolo 218 alla stregua di reato non fallimentare. Quindi, per Cameli "nel reato di ricorso abusivo al credito la sentenza dichiarativa di fallimento […] è assunta quale elemento integratore del fatto"[419].

---

[418] CAMELI V., *Op. loc. cit.*, cc. 325-.326;
[419] CAMELI V., *Op. loc. cit.*, c. 326;

Le tesi appena esaminate si collocano durante gli anni Cinquanta, ma il presente orientamento dottrinale ha continuato a svilupparsi anche nei decenni successivi, modificandosi e assumendo, parzialmente, differenti sfaccettature. Infatti, si annovera tra i sostenitori dell'interpretazione considerata anche LA MONICA[420] che scrive quasi vent'anni dopo rispetto a Cameli; tale Autore, in modo particolare, espone una teoria singolare che è bene esaminare, preliminarmente, nei suoi termini generali per giungere, infine, alle caratterizzazioni riferibili solo alla fattispecie del reato di ricorso abusivo al credito. In modo specifico, l'Autore contesta la possibile configurabilità della sentenza dichiarativa di fallimento alla stregua di una condizione di procedibilità; infatti, esso sostiene che tale declaratoria potrebbe essere meglio intesa come condizione di punibilità, dichiarando che "Non più seguita appare, allo stato, la teoria di quagli studiosi che indicarono, nel fallimento, una condizione di procedibilità"[421] . E' quindi necessario specificare, in modo sintetico, la fondamentale differenza intercorrente, ai giorni nostri, tra le condizioni di procedibilità e le condizioni obiettive di punibilità; le prime possono essere definite come quegli elementi, o a adempimenti preliminari, che devono essere posti in essere allo scopo di consentire la persecuzione penale di un determinato reato; in questo senso si possono menzionare la querela, l'istanza, la richiesta e l'autorizzazione a procedere, fondamentali allo scopo di ottenere giustizia con riferimento ad un reato non perseguibile d'ufficio[422]. Le condizioni obiettive di punibilità, invece, possono essere definite come quelle condizioni che fondano la punibilità del soggetto che abbia commesso un fatto di reato, cioè come "quegli accadimenti, menzionati in una norma incriminatrice, che non contribuiscono in alcun modo a descrivere l'offesa al bene giuridico tutelato della norma, ma esprimono solo valutazioni di opportunità in ordine all'inflizione della pena"[423]; quindi, se le condizioni di procedibilità si riferiscono alla possibilità, o meno, da parte dell'ordinamento di perseguire un determinato reato, le condizioni obiettive di punibilità si rivolgono all'opportunità, o meno, di applicare la disposizione sanzionatoria e la pena in essa contenuta.

La Monica, perciò, a livello generale, sostiene la riconducibilità della sentenza dichiarativa di fallimento alla seconda categoria considerata dichiarando che "noi riteniamo che la sentenza

---

[420] LA MONICA M., *I reati…*, cit., pp. 22-23;

[421] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 22;

[422] Definizione e riferimenti tratti dal testo di LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale,* Torino, Giappichelli, 2003, pp. 185-186;

[423] Definizione tratta dal testo di DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., p. 236; nel testo, proprio a titolo di esempio, viene presa in considerazione un'ipotesi di reato fallimentare, cioè la bancarotta; infatti, si indica che le ipotesi di bancarotta prefallimentare "sono però punibili solo se, e quando, interviene – come condizione obiettiva di punibilità – la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore" alla stregua di condizione ispirata a mere ragioni di opportunità;

dichiarativa di fallimento concreti una condizione di punibilità di fatti anteriormente commessi, in quanto attualizza l'interesse protetto dalle norme penali fallimentari"[424] aggiungendo che "una volta intervenuta la giudiziale dichiarazione dello stato di insolvenza, quei fatti non solo costituiranno quel reato, ma avranno, altresì, costituito il reato fin dal momento in cui sono stati commessi"[425], infatti, esso sostiene che se i fatti disciplinati dalle norme della Legge Fallimentare integrano reati fallimentari solo se commessi quando vi sia la presenza di uno stato di dissesto, e posto che, allorquando sorga tale stato di insolvenza o di dissesto si concretizza anche l'interesse dei creditori a poter soddisfare i propri crediti attraverso il compimento di una procedura concorsuale, si può concludere dicendo che la norma penale fallimentare pone all'imprenditore dissestato o insolvente il divieto di alcuni atti che potrebbero concretizzare la lesione dell'interesse protetto dalle norme penali fallimentare; è tale lesione l'elemento che concretizza l'evento negativo che la norma tende ad evitare.

Quindi, sempre tenendo presente la caratterizzazione alla stregua di condizione obiettiva di punibilità della sentenza dichiarativa di fallimento, l'Autore sostiene che il comportamento negativo dell'imprenditore concreterà il reato fallimentare "pure se determinerà la lesione di un interesse ancor potenziale per la non ancora intervenuta dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza"[426]; solo la "punizione" del reato stesso sarà subordinata ad una condizione che si realizzerà nel momento in cui verrà emanata la sentenza dichiarativa di fallimento in quanto "il fallimento, nel suo significato formale di sentenza dichiarativa, è condizione di punibilità […] di quei fatti che siano commessi in un momento antecedente il giudiziale accertamento dello stato di insolvenza"[427].

Successivamente, con riferimento specifico al reato di ricorso abusivo al credito, La Monica, allo scopo di sostenere la sua tesi, effettua un breve *excursus* storico riferito alle norme antecedenti rispetto alle disposizioni della Legge Fallimentare, dalle quali sarebbe derivato il dettato dell'articolo 218. Infatti, esso prende in considerazione i contenuti dell'articolo 586 nn. 3 e 4 del codice di commercio francese del 1807 [428], e dell'articolo 698 n. 3 del codice di commercio del 1865; come "antecedenti diretti" considera le disposizioni dell'articolo 856 n. 3 del codice di commercio del 1882 [429], indicando come all'interno di tali disposizioni

[424] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 25;
[425] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 27;
[426] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 28;
[427] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 28;
[428] All'interno del quale si riconduceva all'ipotesi di bancarotta semplice il fatto del commerciante dichiarato fallito, il quale avesse contratto notevoli prestiti e venduto mercanzie a prezzi inferiori a quelli di mercato, qualora l'attivo, rilevato dall'ultimo inventario, rappresentasse meno del 50% del passivo;
[429] Che, come visto *supra* indicava *"E'colpevole di bancarotta semplice il commerciante che ha cessato di fare i suoi pagamenti e si trova in uno dei casi seguenti:*

normative il reato di ricorso abusivo al credito fosse costruito come un'ipotesi di bancarotta semplice, con punibilità subordinata alla dichiarazione di fallimento.

L'Autore, successivamente, prende in considerazione le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, indicando che il fatto che il legislatore abbia costruito un'autonoma figura delittuosa, enucleando il ricorso abusivo al credito rispetto alla bancarotta, non esclude la volontà di esso di individuare comunque una ipotesi di reato fallimentare. Per suffragare tale orientamento, l'Autore riprende le argomentazioni "letterali" già considerate dagli autori precedenti, riferite alla collocazione della norma e all'"ingiustizia" determinata dalla differenza che si sarebbe creata tra imprenditore individuale e membri della società nel caso di mancata estensione del fallimento come condizione di punibilità per il reato "base".

Un argomento decisivo viene, però, addotto dal presente Autore con riferimento alle disposizioni degli articoli 219 e 221 Legge Fallimentare: esso indica che il primo articolo considera in modo unitario le disposizioni previste dagli articoli 216, 217 e 218, presupponendo una comune *ratio* incriminatrice. L'articolo 221, inoltre, dispone che se al fallito si applica il procedimento sommario le pene previste nel capo primo del titolo sesto sono ridotte fino al terzo, determinando l'applicazione, anche alla sanzione prevista dell'articolo 218, della riduzione fino al terzo se il fallimento si svolga con rito sommario; il continuo riferimento al fallimento, con inclusione dell'articolo 218, per l'Autore farebbe supporre la riconducibilità del reato alla categoria delle fattispecie fallimentari.

Pochissimi anni dopo la pubblicazione del volume di La Monica, anche un altro insigne giurista ha espresso il proprio orientamento favorevole a tale tesi dottrinale; ci si vuole riferire all'opera di GIULIANI[430], il quale scrive nel 1974. L'Autore indica, com'è ovvio, l'importanza della questione in esame per la dottrina, soprattutto a causa dell'ambigua, e parzialmente lacunosa, formula utilizzata dal legislatore. Esso sottolinea come fosse stata prospettata, in precedenza, una tesi volta a sostenere, sulla base proprio del dato letterale delle disposizioni di legge, che il ricorso abusivo al credito non fosse sottoposto alla condizione di punibilità del fallimento. Tuttavia, Giuliani esprime il proprio favore per la tesi opposta; non

---

1) *se le spese personali o quelle della sua famiglia furono eccessive, rispetto alla sua condizione economica;*
2) *se ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;*
3) *se, allo scopo di ritardare il fallimento, ha fatto compre coll'intenzione seguita dal fatto di rivendere al di sotto del valore corrente, ovvero ha fatto ricorso a prestiti, a girate di effetti o ad altri mezzi rovinosi per procurarsi fondi;*
4) *se, dopo la cessazione dei pagamenti, ha pagato qualche creditore a danno della massa;*
5) *se non ha tenuto i libri prescritti, od almeno il libro giornale";*

[430] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., pp. 316-317;

considera particolarmente decisivi i rilievi storici, sulla base dei quali i precedenti (e, come si vedrà, anche i successivi) autori avevano basato le proprie argomentazioni, ma, in ogni caso, adduce anch'esso delle giustificazioni in relazione al proprio punto di vista. Infatti, esso indica, come prima cosa, che "il dissesto dell'imprenditore commerciale può essere rivelato soltanto dal fallimento. Si spiega quindi l'omissione del riferimento esplicito al fallimento"[431]; in questo modo, perciò, con un riferimento logico alla necessarietà di individuare in modo certo ed affidabile la condizione di dissesto o insolvenza dell'imprenditore, l'Autore individua una motivazione che potrebbe spiegare l'omissione posta in essere da parte del legislatore. Inoltre, Giuliani prende in considerazione i riferimenti "letterali" individuati già dai precedenti esponenti della dottrina, in base ai quali ritiene impossibile applicare in modo differenziato, ed essenzialmente meno garantista con riferimento all'imprenditore individuale, le disposizioni di legge nei confronti dei soggetti attivi richiamati nelle diverse norme che disciplinano le distinte ipotesi di ricorso abusivo al credito. In modo particolare, esso ritiene illogico consentire un trattamento più favorevole per gli operatori della società, in quanto, proprio con riferimento al maggiore volume di affari che tali soggetti devono gestire, e quindi al maggior "peso", soprattutto in termini economici, delle loro azioni, il reato in esame, compiuto nella realtà societaria, assumerebbe un carattere di maggiore gravità rispetto alla medesima fattispecie realizzata in un'impresa individuale, e perciò a rigor di logica, il trattamento sanzionatorio dovrebbe essere più severo e non meno gravoso in relazione agli amministratori, ai direttori generali, agli institori e ai soci illimitatamente responsabili. Inoltre, Giuliani sottolinea un elemento fondamentale: la giustificazione riferita al maggiore "giro" di affari non riguarderebbe l'institore (in quanto semplice preposto dell'imprenditore) e, più di tutti, il liquidatore, per il fatto che quest'ultimo soggetto vede, come analizzato nella parte precedente della trattazione, particolari limitazioni, soprattutto sotto il profilo patrimoniale, nello svolgimento dei propri compiti.

L'Autore conclude la propria dissertazione indicando che "se si ammette che il ricorso abusivo al credito è reato fallimentare si deve riconoscere che dal momento dell'insolvenza l'imprenditore non può più ricorrere al credito. Il che è quanto riconoscere che ha il dovere giuridico di fallire perché certo fallisce il dissestato che cessa di ricorrere al credito: ciò smentisce del tutto la testi che l'offesa agli interessi dei creditori sarebbe determinata dal fallimento"[432]; in altri termini, ivi si vuole indicare l'obbligo dell'imprenditore dissestato, o in stato di insolvenza, di fallire, elemento che verrà in seguito contestato dai sostenitori della tesi opposta che escluderanno tale necessità.

[431] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p.. 316
[432] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 317;

Continuando nell'esame cronologico delle insigne opinioni dottrinali, si può considerare l'orientamento di CONTI [433], che si esprime favorevolmente rispetto al primo tipo di orientamento.

Dopo la citazione di tesi opposte rispetto a quella esaminata[434], l'Autore ripercorre in breve i gli elementi indicati dagli autori già citati a favore delle loro tesi, quali il dato letterale della norma, la sua ubicazione all'interno della Legge Fallimentare, il carattere necessariamente paritario del trattamento dei diversi soggetti imputabili per l'integrazione della fattispecie di ricorso abusivo al credito e, infine, il riferimento, già individuato da La Monica, agli articoli 219 e 221 della Legge. Successivamente l'Autore si occupa di esplicare il proprio orientamento sul punto, in modo critico e completo; esso, infatti, riconosce che una interpretazione letterale del dato normativo potrebbe, a prima vista, indurre chi legge la norma ad optare per una interpretazione estensiva, che consenta di ipotizzare l'integrazione della fattispecie anche in mancanza di una declaratoria di fallimento, a causa della assenza dell'esplicito riferimento alla necessaria emanazione di tale sentenza. Tuttavia, esso sostiene che solo utilizzando criteri sistematici e storici si può evitare di cadere in errore. Anche Conti, infatti, si occupa di confrontare, come prima cosa, il contenuto delle disposizioni dell'articolo 218 con quello delle disposizioni degli articoli 222, 225 e 227 che, in questo caso, costituirebbero un inequivocabile "un rinvio rispetto alle disposizioni dell'articolo 218"[435]; anche per questo Autore non sarebbe possibile, perciò, giustificare un differente trattamento dell'institore e dei membri delle società rispetto all'imprenditore individuale.

Anche a livello letterale e sistematico Conti ravvisa la presenza di un elemento favorevole al proprio orientamento; come già indicato precedentemente da Provinciali e da Cameli, l'inclusione dell'articolo 218 nel titolo riferito ai "reati commessi dal fallito" "se pur di per sé non decisiva, costituisce argomento di notevole importanza a favore della tesi in esame"[436].

Come già accennato, inoltre, l'Autore individua un altro argomento "forte" all'interno delle disposizioni dell'articolo 221 Legge Fallimentare, in quanto tale norma presuppone il fallimento come elemento fondamentale per l'irrogazione di tutte le pene previste all'interno del capo primo, titolo sesto della Legge stessa.

---

[433] Che esprime il proprio orientamento all'interno del volume seguente: CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 368-371;

[434] Come quelle espresse da DE SEMO e PUNZO, che si esamineranno nella seconda parte del presente paragrafo;

[435] CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 368;

[436] CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 369;

Infine, l'Autore, al pari di quanto già fatto da La Monica, utilizza dati di tipo storico per sottolineare la correttezza della propria tesi; infatti, esso ricorda che il fallimento o comunque la cessazione dei pagamenti, costituivano condizioni di punibilità del reato nel codice di commercio francese del 1807 (in modo specifico all'interno delle disposizioni dell'articolo 586 n. 3), nel codice di commercio italiano del 1865 (all'interno dell'articolo 698 n. 3) e nel codice di commercio, sempre italiano, del 1882 (nell'articolo 856 n.3). Inoltre, il fallimento costituiva condizione di punibilità nei progetti di codice di commercio del 1925 (nell'articolo 932 n. 3) e del 1942 (nell'articolo 992 n. 3). Quindi, se il nuovo legislatore avesse voluto optare per una differente impostazione della figura criminosa all'interno del nuovo dettato legislativo, nel quale, semplicemente, la figura di reato in esame è stata enucleata rispetto alla fattispecie della bancarotta, ne avrebbe fatto almeno accenno all'interno dei lavori preparatori alla Legge Fallimentare.
Per tutti questi motivi, perciò, Conti ribadisce la propria posizione favorevole rispetto ad un'interpretazione restrittiva della norma, che determina una limitazione della punibilità per il delitto in esame ai casi in cui sia intervenuta la dichiarazione di fallimento.

Conti esponeva la sua teoria nel 1980, determinando un continuo sviluppo dell'orientamento in esame; la tesi in questione, perciò, ha ottenuto consensi e "adesioni" anche nel periodo successivo, dalla fine degli anni Ottanta sino all'inizio degli anni Novanta.
Infatti, appartiene a questo schieramento dottrinale anche TENCATI [437] che scrive sul finire degli anni Ottanta, segnatamente nel 1987. L'Autore aderisce esplicitamente all'orientamento di Conti e Provinciali, aggiungendo, ai punti già esaminati, che la previsione di un differente trattamento sanzionatorio dei membri della società rispetto all'imprenditore individuale, sarebbe sottoponibile a censura costituzionale, in quanto contrario, non essendoci giustificazione alcuna per tale differente applicazione della normativa, alle disposizioni dell'inderogabile articolo 3 della Costituzione. Tencati, inoltre risponde a coloro[438] che individuano la ragione della differente previsione legislativa nell'ambito societario nel "maggiore giro d'affari" presente all'interno delle società, indicando il carattere fallace di tale giustificazione; infatti, per l'Autore non sarebbe logico non sottoporre un imprenditore individuale (quindi a capo di un'impresa relativamente "piccola") alla condizione di punibilità della necessaria previa declaratoria di fallimento, e limitare, invece, l'applicazione delle disposizioni sanzionatorie in esame a casi specifici qualora il reato sia stato commesso in

[437] In TENCATI A., *Imprenditore insolvente…*, cit., pp. 711 ss.;
[438] L'Autore cita DE SEMO ma si vedranno tra breve gli altri Autori che sostengono la tesi opposta adducendo le medesime argomentazioni;

ambito societario; non vi sarebbe logicità in quanto se il legislatore avesse voluto porre in essere tale distinzione avrebbe, probabilmente, deciso di punire più limitatamente i soggetti attivi presenti in realtà più contenute in relazione al minore "giro d'affari", quindi, non certamente, coloro che agiscono all'interno dell'ambito societario , ma, eventualmente, proprio l'imprenditore individuale.
Infine, Tencati considera decisivo il riferimento all'articolo 227 della Legge Fallimentare, come norma relativa alla commissione della fattispecie di reato in esame da parte dell'institore, in quanto se si suffragasse la tesi opposta rispetto a quella in esame "si punirebbe un ausiliario soggetto diverso dall'imprenditore per la gestione, condotta in nome di questo, lasciando indenne dalla sanzione criminale l'effettivo titolare delle attività imprenditoriali"[439].

Pochi anni dopo, si colloca, favorevolmente a tale corrente di pensiero, l'interpretazione di PEDRAZZI[440]; esso, al pari degli altri autori citati all'interno del presente paragrafo, inizia la trattazione del problema partendo dalla collocazione sistematica della norma e dalla sua interpretazione letterale. Specificamente, l'Autore pone alla base della sua trattazione un breve riferimento ai precedenti storici della norma dell'articolo 218 Legge Fallimentare, in relazione al contenuto delle disposizioni dell'articolo 856 n. 3 del codice ci commercio (già esaminato in precedenza); ciò che interessa in questa sede è la serie di considerazioni successive poste in essere dal giurista, in quanto esso individua nella particolare forma della disposizione, antecedente rispetto all'attuale dicitura legislativa, un elemento decisivo che consente di collocare il ricorso abusivo al credito tra i reati fallimentari; infatti, nel testo di Pedrazzi si legge "il mantenimento della figura nella cornice della Legge Fallimentare e il trattamento punitivo (in particolare la punibilità d'ufficio) più severo rispetto alla figura dell'insolvenza fraudolenta (in larga misura coincidente), indicano che la norma ha di mira una più ampia cerchia di interessi creditori, sui quali di regola si ripercuote l'offesa"[441]; in modo particolare, l'Autore indica che l'elemento peculiare del reato in esame è determinato dal "ricorso sconsiderato al credito" in quanto, se inizialmente, in condizioni di difficoltà "normali", richiedere un prestito o un finanziamento può essere un metodo utile allo scopo di risollevare le sorti dell'impresa, qualora ci si trovi a dover affrontare una grave crisi aziendale ricorrere all'indebitamento, anche se immediatamente può portare all'acquisizione di nuove

[439] TENCATI A., *Imprenditore insolvente…*, cit., p. 711;
[440] PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., pp.193-195;
[441] PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., p. 193;

attività, in definitiva porta ad un appesantimento del carico debitorio, soprattutto a causa del valore degli interessi passivi da erogarsi nei confronti del creditore. Se un imprenditore, perciò, si occupa di ricorrere al credito in condizioni di dissesto o insolvenza, pone in essere un'attività gravemente imprudente, in quanto dovrebbe cercare di mantenere l'integrità delle risorse e degli indici attivi dell'impresa. In relazione a ciò Pedrazzi giustifica la collocazione del reato previsto dall'articolo 218, in quanto, anche se le disposizioni in esame non ripetono l'inciso "se è dichiarato fallito", l"errore" letterale può essere superato grazie al ricorso ad argomentazioni più forti ed affidabili.

Tali giustificazioni maggiormente affidabili si riferirebbero, così come già indicato nella precedente parte della trattazione, sia alla collocazione della norma (la *sedes materiae)* sia alla cagionata disparità di trattamento rispetto ai soggetti agenti nell'ambito societario. L'Autore conclude il proprio esame riferendosi, per tutti questi motivi, alla sentenza di fallimento come ad una condizione di punibilità "in difetto della quale diverrebbe problematica l'applicazione di circostanze tipicamente fallimentari, come quella degli artt. 219 e 221, dove è esplicito il richiamo anche all'articolo 218"[442]; inoltre, in relazione al tema trattato di seguito, esso aggiunge che il ricorso abusivo al credito deve considerarsi un reato esclusivamente prefallimentare, in quanto il soggetto che sia già fallito può essere imputato per tale fattispecie solo qualora di fatto eserciti una nuova attività commerciale[443].

Più recentemente si possono collocare gli ultimi orientamenti così "schierati" della dottrina, come quello di IMPERATO che, all'interno del testo di Conti[444], aderisce all'opinione espressa dall'insigne giurista ma che, rispetto all'ipotesi prospettata da Luigi Conti, adduce un' ulteriore argomentazione che consente di completare la tesi esposta *supra*. Infatti, dopo aver richiamato molti degli elementi e delle argomentazioni viste e precisate all'interno della parte precedente del paragrafo, l'Autore ricorda il contenuto delle disposizioni dell'articolo 221, articolo che dispone una riduzione delle pene previste "in questo capo", cioè nel capo I, "se al fallimento si applica il procedimento sommario"; si può quindi notare che l'articolo citato presuppone il fallimento quale elemento di fattispecie comune, estendendo, grazie al

[442] PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., p. 194;
[443] Simile a tale impostazione è quella di RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (trattato diretto da), *Le procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, Torino, UTET, 1997 pp. 115-116 che indicano come i sostenitori della tesi opposta non si rendano conto della preferibilità, in relazione alle garanzie costituzionali, dell'estensione analogica in *bonam partem* rispetto all'applicazione più generale di una disposizione sanzionatoria penale;
[444] CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 572-574;

richiamo che comprende sicuramente le disposizioni dell'articolo 218, il necessario presupposto anche al caso di commissione del reato di ricorso abusivo al credito.

Infine, è necessario citare anche la tesi, sempre del medesimo avviso, riconducibile ad ANTOLISEI[445]; è interessante indicare come l'Autore abbia, al pari di quanto fatto precedentemente da Tencati, immediatamente "risposto" ai sostenitori della testi opposta, dimostrando il carattere fallace delle argomentazioni addotte dagli antitetici esponenti della dottrina; in modo particolare, in relazione alla "famosa" giustificazione individuata da De Semo, allo scopo di motivare la scelta del legislatore di distinguere il trattamento riferibile all'imprenditore individuale rispetto ai soggetti operanti nell'ambiente societario, cioè il riferimento al "maggior giro d'affari della società", l'Autore indica che tale orientamento "dimentica che il maggior numero delle società collettive, accomandite e a responsabilità limitata sono società familiari o ristrette a pochissimi soci, per lo più amministratori, la cui entità spesso non è maggiore, ma inferiore a quella di molte imprese personali"[446]. Antolisei, perciò, specifica che la mancata menzione della necessaria condizione di fallimento nell'articolo 218 sarebbe dovuta ad una svista dei compilatori della norma, dovendosi quindi subordinare anche la punibilità dell'imprenditore individuale alla declaratoria giudiziale di fallimento.

Infine, all'interno di uno dei commenti più recenti al contenuto delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, successivo rispetto alla recente riforma, si evidenzia il perdurare dei problemi riferiti al rapporto tra ricorso abusivo al credito e sentenza dichiarativa di fallimento. L'orientamento al quale si fa riferimento è quello di CERQUA [447] il quale indica, innanzitutto, come la maggior parte della dottrina fosse, precedentemente rispetto alla modificazione della normativa in esame, orientata verso la ricomprensione del reato di ricorso abusivo al credito tra le fattispecie fallimentari; tuttavia, l'Autore sottolinea che "la questione non è stata risolta dal legislatore e sembra così destinata a riproporsi, con maggiori difficoltà di soluzione a causa dl mancato collegamento della norma in esame con le altre disposizioni della Legge Fallimentare"[448] aggiungendo, però, che la nuova disciplina legislativa non sembra poter escludere l'applicabilità, all'imprenditore individuale, delle sanzioni ex articolo

[445] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., pp.176-177;
[446] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 176;
[447] CERQUA L. D., in *Il ricorso abusivo al credito…*, cit., p. 56;
[448] CERQUA L. D., *Il ricorso abusivo al credito…*, cit., p. 56;

218 a prescindere dall'avvenuta declaratoria di fallimento; questo perché non sembrerebbero essere state escluse le ragioni che, nel passato, avevano portato la gran parte della dottrina ad annoverare il ricorso abusivo al credito all'interno dell'insieme di reati per i quali la dichiarazione di fallimento assume il ruolo di condizione obiettiva di punibilità. L'Autore individua un argomento fondamentale a suo favore all'interno delle disposizioni dell'articolo 222 della Legge Fallimentare, in quanto, secondo Cerqua, se si affermasse la possibilità di punire i soggetti individuati dal nuovo articolo 218 indipendentemente dal fallimento si creerebbe una mastodontica disparità rispetto ai soci illimitatamente responsabili che, secondo il richiamato articolo 222, sono sanzionati solo nel caso di fallimento della società di appartenenza; lo stesso ragionamento viene ripetuto per quanto concerne la figura dell'institore, richiamata dalle disposizioni dell'articolo 227.
In altri termini, Cerqua, oltre a riconoscere l'inutilità della riforma del 2005 in relazione ad una così dibattuta discussione, individua il sorgere di ulteriori e più complesse questioni che potrebbero nascere a causa dell'ampliamento del novero dei soggetti punibili per il compimento dell'ipotesi base di reato.

L'opposto schieramento dottrinale, anche se composto da un numero inferiore di "sostenitori" è comunque formato da insigni giuristi che hanno predisposto argomentazioni antitetiche rispetto a quelle oggetto del precedente esame.

Sicuramente uno dei più "famosi" oppositori della necessarietà della declaratoria di fallimento allo scopo di imputare l'imprenditore per il reato di ricorso abusivo al credito è DE SEMO[449], che, in un commento a sentenza, all'inizio degli anni Cinquanta, ha individuato i punti fondamentali del proprio pensiero; specificamente, il commento è riferito alla sentenza del pretore di Napoli del 30 giugno 1950[450], alla cui conclusione aderisce anche l'Autore.
L'esame del tema vede De Semo esordire con una limitata critica ad un'affermazione posta in essere da parte del pretore, in quanto il giudice aveva indicato come il reato previsto dall'articolo 218 Legge Fallimentare doveva considerarsi come fattispecie a "formulazione autonoma" rispetto alle disposizioni relative al fallimento ed alle procedure concorsuali affini; in modo particolare nella sentenza si indicava "devesi affermare che il reato di cui all'articolo 218 Cod. fallim. non è affatto un reato fallimentare, un reato, cioè, in cui la dichiarazione di fallimento funzioni da condizione di punibilità. Che sia così si evince: a) dall'intenzione del

[449] DE SEMO G. , *Sul reato…*, cit., cc. 86-88;
[450] Pubblicata in *Giust. Pen.*, 1951, II, cc. 84 ss.;

Legislatore, il quale, a paragrafo 53 della Relazione Ministeriale, afferma che al reato in questione si è data una formulazione autonoma: una formulazione, cioè, del tutto indipendente dalla legge sul fallimento". L'Autore non aderisce a questa indicazione, che sarebbe basata sulla Relazione alla Legge Fallimentare, specificamente sul contenuto del suo n. 53 all'interno del quale il Guardasigilli indicava che "una formulazione autonoma si è data al reato di ricorso abusivo al credito", in quanto esso stabilisce che l'inciso indicato aveva solo l'obiettivo di distinguere il reato in esame dalle numerose figure di bancarotta semplice. In altri termini, l'Autore vuole sottolineare che il reato in esame non è affatto scisso dalla materia fallimentare, dovendosi prendere in considerazione l'indicazione del Ministro solo come un indice della volontà del legislatore di separare definitivamente l'ipotesi di ricorso abusivo al credito rispetto alla bancarotta, ricordando che il codice di commercio considerava assimilabili le differenti fattispecie citate.

Successivamente, dopo aver fatto riferimento ai differenti soggetti attivi dell'ipotesi "base" di reato (che ancora non comprendeva gli amministratori, i direttori generali ed i liquidatori) De Semo affronta la questione della declaratoria di fallimento e della sua effettiva natura in relazione al reato in esame; l'*incipit* riferito ai soggetti attivi, specificamente all'imprenditore commerciale, è fondamentale, in quanto consente all'Autore di sottolineare la circostanza per la quale "la Legge Fallimentare si appaga della qualità di imprenditore commerciale, e non richiede, che l'imprenditore sia dichiarato fallito"[451]; il dato letterale della norma, perciò, viene utilizzato da De Semo, contrariamente agli opposti esponenti della dottrina, allo scopo di individuare il carattere non necessariamente fallimentare del reato in esame. Infatti, esso indica, innanzitutto, il carattere non fondamentale della collocazione del ricorso abusivo al credito all'interno del Capo I, Titolo VI della legge, riferito ai "reati commessi dal fallito", in quanto tale ubicazione sarebbe un mero riferimento alla possibilità, definita "estrema", che l'imprenditore commerciale dissestato o insolvente che dissimuli il suo *status* non riesca ad evitare la dichiarazione di fallimento. In questo caso limitato, infatti, solo un accordo (o un concordato) con i creditori (oppure altri eventi comprendenti un inaspettato finanziamento o, addirittura, un colpo di fortuna) avrebbero potuto evitare il fallimento, portando, come risultato, alla possibilità di evitare la crisi dell'imprenditore e, allo stesso tempo, alla probabile mancata denuncia del soggetto per il reato di ricorso abusivo al credito, escludendo, perciò, la perseguibilità per il reato previsto dalle disposizioni dell'articolo 218. Tuttavia, per l'Autore questa evenienza potrebbe verificarsi solo nel caso in cui il soggetto attivo compia il reato in esame durante lo svolgimento della procedura concorsuale, e non in altri casi.

[451] DE SEMO G. , *Sul reato…*, cit., c. 87;

Inoltre, esso giustifica la possibile intercorrenza di distinzioni nel trattamento riservato all'imprenditore individuale rispetto ai soggetti operanti nell'ambito societario, indicando che "per giustificare la differenza, che nel caso degli amministratori e dei direttori generali di società, dato il più ampio giro di affari cui di solito esse si dedicano, e la conseguente opportunità e necessità di ricorrere al credito con più intensa frequenza, potevasi maggiormente largheggiare che non in confronto di imprenditori individuali, e colpire le persone suddette soltanto quando il dissesto fosse sboccato nel fallimento"[452]; in altri termini, il maggiore volume di affari gestito dagli operatori societari, secondo l'Autore, giustificherebbe una maggiore "clemenza" nella considerazione, e quindi nella punizione, della condotta compiuta da parte dei soggetti attivi, in quanto le attività poste da loro in essere rileverebbero solo se effettivamente comportanti il verificarsi di un fallimento e non anche nel caso in cui fossero stati in grado di riportare "a galla" le sorti della società.

Infine, De Semo si occupa di evidenziare la correttezza del proprio orientamento facendo riferimento alle differenze intercorrenti tra la fattispecie prevista dall'articolo 218 Legge Fallimentare e l'ipotesi di bancarotta, sia semplice sia fraudolenta; tali difformità riguarderebbero, innanzitutto, il fatto per il quale il legislatore non avrebbe previsto la necessaria qualifica di imprenditore commerciale in relazione ai soggetti attivi della bancarotta, attributo necessario, invece, per la commissione del reato di ricorso abusivo al credito; questa disuguaglianza sarebbe stata prevista per uno specifico motivo: nei casi di bancarotta, nei quali il fallimento è condizione di punibilità, sarebbe stato sufficiente riferirsi all'imprenditore, in quanto, essendo il fallimento considerato un istituto penale applicabile solo ai commercianti, sarebbe stato necessario solo individuare il soggetto attivo alla stregua di imprenditore, la cui qualità di commerciante era richiesta, per poter fallire, dall'articolo 1 della Legge Fallimentare. In altri termini, riferirsi all'imprenditore commerciale, in questi casi, sarebbe stato superfluo, poiché la necessaria specificazione individuata era già prevista da una norma più generale, il citato articolo 1, valevole per tutte le ipotesi di dichiarazione di fallimento. Invece, in relazione all'ipotesi prevista dall'articolo 218, non essendo stata richiesta dal legislatore la necessaria declaratoria di fallimento, la specifica indicazione di "imprenditore commerciale" sarebbe stata fondamentale per evitare di applicare la disposizione sanzionatoria anche all'imprenditore civile.

Pochi anni dopo rispetto alla pubblicazione dello scritto di De Semo, un altro autore si è occupato di indicare il proprio orientamento favorevole rispetto all'esclusione nella necessaria declaratoria di fallimento allo scopo di imputare l'imprenditore per il compimento del reato di

[452] DE SEMO G. , *Sul reato…*, cit., c. 88;

ricorso abusivo al credito. Questo Autore è PUNZO[453]; in modo particolare esso si è occupato di individuare il proprio autorevole punto di vista in un commento ad una sentenza della terza Sezione della Cassazione, del 22 aprile 1952[454]. L'Autore inizia la sua trattazione individuando il carattere scarsamente rilevante delle argomentazioni letterali addotte dagli antitetici esponenti della dottrina; infatti, esso indica che "l'argomento secondo cui, dalla collocazione del reato fra quelli commessi dal fallito, dovrebbe desumersi che, alla sua esistenza, è necessaria la dichiarazione di fallimento, pur essendo degno di attenzione, non possa ritenersi, da solo, decisivo specie se contrastato da altri non meno validi"[455]; esso aggiunge che tali argomenti relativi alla lettera della legge sono poco rilevanti, in *primis,* in quanto si riferiscono ad una normativa "la cui tecnica e la cui sistematica, essendo piuttosto lontane dalla perfezione, offrono ben poco aiuto all'interprete"[456] e poiché vengono offerte giustificazioni, molto più valide, favorevoli alla seconda tesi, proprio dalla lettera della disposizione e dai suoi rapporti con le altre ipotesi di reato.

L'Autore critica, successivamente, i riferimenti sia al rapporto tra l'articolo 218 e gli articoli 225 e 227 Legge Fallimentare, sia al richiamo, operato dall'articolo 219, delle disposizioni riferite al ricorso abusivo al credito; il discorso di Punzo si concentra particolarmente sull'ultima norma richiamata, poiché esso sottolinea che l'articolo indicato sarebbe solo riferito ad una deroga alle norme sul concorso dei reati "dettata dalla considerazione che, il più delle volte, il reato in esame non può verificarsi se non in danno di più persone"[457]; in altri termini, l'Autore considera non decisivo il riferimento inserito nell'articolo 219 in quanto, l'obiettivo preminente della disposizione sarebbe solamente quello di individuare delle eccezioni alle "normali" disposizioni di diritto penale e non quello di includere il ricorso abusivo al credito nel novero delle fattispecie fallimentari. Per Punzo, quindi, la norma, di per sé, non può portare l'interprete a concludere favorevolmente rispetto al carattere fallimentare della fattispecie di ricorso abusivo al credito; anzi, esso individua la assoluta irrilevanza della declaratoria di fallimento in relazione alla punibilità del fatto considerato. Allo scopo di sostenere la propria tesi, quindi, l'Autore considera, preliminarmente, alcuni elementi desumibili dal contenuto letterale della disposizione in esame; esso, infatti, sottolinea, come prima cosa, la fondamentale differenza intercorrente fra il testo dell'articolo 218 e quello delle altre norme che puniscono fatti di reato la cui esistenza è stata subordinata, da parte del legislatore, alla declaratoria fallimentare, poiché, così come individuato da De Semo, ad

[453] PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato…*, cit., cc. 218-223;
[454] Pubblicata nella rivista *Giust. Pen.*, 1954, II, cc. 218 ss.;
[455] PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato…*, cit., c. 220;
[456] PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato…*, cit., c. 220
[457] PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato…*, cit., c. 221;

esempio nel caso della bancarotta il compilatore delle norme si è premurato di sottolineare il carattere essenzialmente fallimentare delle fattispecie, caratteristica non ripetuta nell'articolo 218; la stessa affermazione può essere ripetuta anche rispetto a quanto indicato negli articoli 225 e 227. Infatti, per Punzo "il legislatore […] non per errore o dimenticanza, ebbe ad omettere l'inciso in questione nel testo dell'articolo 218. Sarebbe, quindi, grave arbitrio dell'interprete colmare, di sua iniziativa, la presunta lacuna"[458] ; specificando, l'Autore ha voluto precisare che se l'interprete si arrogasse il diritto di sostituirsi al legislatore, nell'integrazione della norma, compierebbe un'attività a lui vietata, soprattutto con riferimento al fatto che la "lacuna" legislativa non sembrerebbe riferibile ad una semplice svista del compilatore della disposizione, ma ad un'apposita esclusione terminologica. A ciò esso aggiunge la menzione della differente dizione usata per individuare il soggetto attivo del reato di ricorso abusivo al credito rispetto a quella adoperata per le ipotesi di bancarotta, al pari di quanto aveva già fatto De Semo. Ma ciò non basta, perché l'Autore considera fondamentale il confronto tra l'articolo 218 e l'articolo 217 n.3 Legge Fallimentare che prevede, a titolo di bancarotta semplice, il fatto di aver "*compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento";* la tipologia di bancarotta individuata, secondo l'insigne giurista, è perseguibile a titolo di dolo e non di colpa, elemento desumibile anche dal fatto per il quale la disposizione citata richiede uno scopo relativo alla commissione del fatto: quello di ritardare il fallimento. Il fatto che la bancarotta semplice sia perseguibile a titolo di dolo può non escludere la sua minore gravità rispetto al reato di ricorso abusivo al credito; infatti, mentre l'articolo 217 n. 3 richiede che le operazioni siano poste in essere con semplice imprudenza, l'articolo 218 richiede la dissimulazione del dissesto, elemento che inserirebbe una "nota" di fraudolenza all'interno della seconda previsione normativa; la minore gravità della prima ipotesi di reato potrebbe essere suffragata anche grazie all'indicazione legislativa in relazione alla quale il fine ultimo delle operazioni *di grave imprudenza,* è quello di ritardare il fallimento; questo scopo viene indicato dall'Autore come "umano e concepibile solo su di un substrato di onestà"[459] e viene omesso appositamente, nell'indicazione normativa, all'interno delle disposizioni dell'articolo 218; questa circostanza farebbe ulteriormente propendere per una maggiore gravità della seconda fattispecie rispetto alla prima. A questo punto l'Autore si occupa di spiegare, in modo decisivo, il motivo per il quale a fronte di una maggiore gravità del fatto di ricorso abusivo al credito la sanzione prevista dalla corrispondente norma di legge è di valore inferiore rispetto a quella individuata dall'articolo 217 (almeno prima della riforma): la ragione sarebbe quella della differente

[458] PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato…,* cit., c. 221
[459] PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato…,* cit., c. 221;

risultanza necessaria derivante dalla commissione delle due distinte ipotesi di reato: il danno patrimoniale nel primo caso, la semplice messa in pericolo della restituzione del credito nei confronti dei terzi, nel secondo caso. In altri termini, per poter imputare un soggetto per la commissione del reato di bancarotta è necessario, per l'Autore, aver cagionato un effettivo danno patrimoniale, mentre per sanzionare la responsabilità di chi abbia compiuto un fatto di ricorso abusivo al credito, è sufficiente la messa in pericolo della "sicurezza" della restituzione della somma di denaro nei confronti del finanziatore.
In ultima istanza, Punzo considera la possibilità, che si esaminerà in seguito, di consentire il ricorso al credito, e quindi la realizzazione dell'abuso, da parte di un soggetto già dichiarato fallito; in questa parte della trattazione basta accennare che l'Autore esclude la riconducibilità di tale erogazione del credito al fallito alla fattispecie prevista dall'articolo 218 Legge Fallimentare, includendola nel novero delle ipotesi punibili per insolvenza fraudolenta. Per l'Autore, quindi, il fallito che, dissimulando il proprio *status*, ottenga del denaro o la possibilità di dilazionare nel tempo il pagamento di merci, non può indicarsi come soggetto ricorrente al credito; egli avrà semplicemente contratto dei debiti che, non potendo essere soddisfatti da parte di un soggetto dichiarato fallito, saranno stati contratti proprio col proposito di non soddisfarli. In questo caso, perciò, la punibilità del soggetto sarà prospettabile a titolo di insolvenza fraudolenta o, nei casi più gravi, a titolo di truffa, ma non con riferimento al reato di ricorso abusivo al credito.

Durante gli anni Sessanta, come accennato in esordio della trattazione in esame, ha affrontato la questione, esaminandone le differenti sfaccettature e aderendo alla seconda fazione dottrinale, anche un altro eminente autore, cioè CANTAGALLI[460]. Come si è potuto notare nell'introduzione generale riferita al valore della sentenza dichiarativa di fallimento, dopo aver individuato in modo generico i criteri in base ai quali definire le possibili correlazioni tra declaratoria di fallimento e reati prefallimentari, l'Autore si è concentrato sulla particolare fattispecie di ricorso abusivo al credito. Come prima cosa, esso cita le posizioni opposte rispetto alla propria, basate essenzialmente sul dato letterale della normativa e sul suo rapporto rispetto alle disposizioni "societarie" relative alla fattispecie in esame, indicandone il carattere fallace. Infatti, esso specifica che le intestazioni dei capi e dei titoli della Legge Fallimentare, se possono servire per individuare l'oggetto giuridico generico e specifico del reato considerato, non possono autorizzare l'interprete ad integrare la norma con l'aggiunta di un elemento non previsto dalla lettera della legge; l'Autore muove la medesima obiezione con

[460] CANTAGALLI R., *Brevi note…*, cit., cc. 215 ss.;

riferimento alla Relazione al Re, in quanto essa "nel porre in risalto gli elementi di tale nuova ipotesi delittuosa contrapponendola ai delitti di insolvenza fraudolenta e di truffa, nell'evidenziare gli elementi differenziatori dei tre reati non fa alcun cenno alla sentenza dichiarativa di fallimento come condizione di punibilità per il reato in questione"[461]; ciò vuol dire che la Relazione considerata, nonostante sia riferita anche al ricorso abusivo al credito e sia utilizzabile per individuarne i caratteri peculiari rispetto alle ipotesi di reato ad esso precedentemente assimilate, non si occupa di indicare nulla di rilevante in relazione al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento; se il legislatore, perciò, avesse voluto sottolineare questa caratteristica specifica del reato in esame, l'avrebbe indicata esplicitamente non solo all'interno della legge ma anche nella Relazione stessa.

Cantagalli individua, poi, il carattere decisivo di una particolare argomentazione, anch'essa "letterale", a favore della propria tesi; esso indica che il fatto per il quale il legislatore ha deciso di stabilire, all'interno delle disposizioni degli articoli 216 e 217 Legge Fallimentare, la necessarietà della declaratoria di fallimento, attribuendo la qualifica di *imprenditore dichiarato fallito* al soggetto attivo, ed ha, invece, disposto diversamente in relazione al ricorso abusivo al credito, stabilendo solo la necessità di individuare il carattere *commerciale* dell'attività svolta da parte dell'imprenditore individuale, deve far propendere per l'esclusione del fallimento, alla stregua di condizione di punibilità, allo scopo di sanzionare la condotta descritta dall'articolo 218; in altri termini, la differenza terminologia considerata dal compilatore della Legge Fallimentare non sarebbe stata posta in essere casualmente, ma con uno specifico intento: consentire la punibilità del reato di ricorso abusivo al credito anche nel caso in cui la sentenza dichiarativa di fallimento non venga emanata, e l'imprenditore, perciò, non assuma le "sembianze" del fallito.

L'Autore, inoltre, individua anche una giustificazione per il differente trattamento che il legislatore riserva, all'interno delle disposizioni degli articoli 222, 225, e 227 Legge Fallimentare, ai soggetti svolgenti attività nell'ambito societario; infatti, il compilatore della norma avrebbe posto in essere questa discrepanza allo scopo di consentire la punibilità di tali soggetti solo qualora il fatto da loro commesso sia di particolare gravità. In modo specifico, il legislatore avrebbe individuato uno specifico interesse alla loro punibilità solo quando il loro operato sia stato talmente imprudente da determinare il fallimento della società; nel caso in cui, invece, le attività realizzate non determinino il fallimento della persona giuridica, si consentirebbe di non punire tali soggetti attivi, in quanto essi non sono identificabili alla stregua di veri e propri imprenditori, ma solo di "gestori" di una particolare realtà societaria.

[461] CANTAGALLI R., *Brevi note…*, cit., c. 216;

In relazione a tali considerazioni, Cantagalli evidenzia il carattere di essenziale condizione obiettiva di punibilità della sentenza dichiarativa di fallimento per le ipotesi previste dagli articoli citati, in quanto tale sentenza, riferita all'evento del fallimento, determina il sorgere una circostanza indipendente da ogni necessario rapporto di causalità materiale e psichica con la condotta, che determina la punibilità del soggetto attivo anche se non voluto o provocato intenzionalmente da parte di questo. Quindi, l'Autore indica che, con riferimento a tale declaratoria di fallimento, "l'articolo 225 integra l'articolo 218 quanto ad una particolare condizione soggettiva prevedendo in relazione ad essa una condizione obiettiva di punibilità che non è richiesta dall'altro articolo"[462]. Se, invece, si volesse aderire all'orientamento che la Corte di Cassazione individuava già a partire dagli anni Cinquanta, per il quale la sentenza dichiarativa di fallimento sarebbe stata un elemento costitutivo della fattispecie, l'evento previsto dall'articolo 225, con richiamo al 218, non sarebbe più quello previsto dall'ipotesi "base" ma uno ulteriore, che verrebbe ad esistenza grazie all'emanazione della sentenza stessa. Tuttavia, l'Autore, sostenendo infine la tesi della condizione obiettiva di punibilità, afferma che, essendo la declaratoria "esterna" rispetto al contenuto della fattispecie legislativa, la consumazione del reato si verificherebbe, anche nel caso in cui si dovesse applicare l'articolo 225, nel momento e nel luogo del semplice ricorso al credito, poiché il reato verrebbe comunque ad esistenza al verificarsi dell'evento; la condizione di punibilità, perciò non concernendo e non condizionando tale esistenza ma solo la punibilità del reato, sarebbe indifferente ai fini dell'individuazione dell'epoca di commissione del delitto stesso.

Così come è accaduto per la tesi opposta, anche in relazione all'orientamento presente, con il trascorrere degli anni il novero dei giuristi ad essa aderenti è andato aumentando; infatti, durante gli anni Settanta ha esposto la propria opinione favorevole anche LANZI[463]. In modo particolare l'Autore indica, come prima cosa, che se il reato "base" di ricorso abusivo al credito fosse punibile solo qualora venisse emanata una sentenza dichiarativa di fallimento, la tutela penale si potrebbe applicare solo contro una più ristretta schiera di soggetti attivi, in quanto la fattispecie ex articolo 218 dovrebbe assumere ulteriori caratterizzazioni per poter essere indicata come integrata attraverso il compimento di un particolare comportamento da parte dell'imprenditore commerciale; questa evenienza, secondo Lanzi, "dal punto di vista di politica legislativa nell'ambito della sistematica normativa volta alla tutela della nascita del rapporto di credito, accadrebbe senza la minima giustificazione"[464], poiché confrontando

[462] CANTAGALLI R., *Brevi note…*, cit., c. 217;
[463] LANZI A., *La tutela penale…*, cit., pp. 124 ss.;
[464] LANZI A., *La tutela penale…*, cit., p. 124;

l'ipotesi di condotta vincolata dall'emanazione della sentenza dichiarativa di fallimento con la medesima ipotesi di reato "liberata" da tale costrizione, si nota che le condotte poste in essere da parte dell'imprenditore sarebbero le stesse e produrrebbero il medesimo risultato, quale la messa in pericolo della futura soddisfazione del credito erogato a causa della dissimulazione del dissesto o dello stato di insolvenza. Il fatto che, successivamente, possa intervenire la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore-soggetto attivo non determina un aumento della negatività della condotta, in quanto, in ogni caso, lo stato di crisi finanziaria rimarrebbe lo stesso e, allo stesso modo, determinerebbe l'impossibilità, da parte del dissestato, di restituire il credito.

In altri termini, il disvalore principale provocato dall'attività del soggetto attivo (cioè la messa in pericolo del diritto alla restituzione del credito) può essere indicato come egalitario, sia nel caso di fallimento dell'imprenditore, sia nel caso in cui questo fallimento non venga mai dichiarato.

Da questo assunto, l'Autore deduce che "considerare la declaratoria di fallimento come condizione obiettiva di punibilità del reato *de quo* sarebbe risultato che non soddisfa alla luce di una corretta esegesi"[465], questo perché tale condizione si dovrebbe considerare intrinseca, cioè in grado di condizionare la rilevanza penale della fattispecie integrata in concreto; perciò qualora la dichiarazione di fallimento non venisse mai posta in essere non vi sarebbe la possibilità, pur in presenza di un comportamento oggettivamente antigiuridico, di punire la condotta dell'imprenditore. Siccome la declaratoria di fallimento non è in grado, oggettivamente, di togliere o aggiungere nulla al pregresso comportamento tenuto dal debitore, (in quanto il comportamento è di per sé in grado di ledere all'interesse del creditore), secondo Lanzi si dovrebbe escludere il suo rilievo alla stregua di condizione di punibilità. L'Autore, inoltre, sostiene l'assoluta correttezza della propria tesi anche con riferimento al fatto che, solo un'interpretazione logica e sistematica della norma, e solo della singola norma di riferimento, sarebbe in grado di condurre il giurista alla soluzione più giusta; infatti, esso sottolinea come, ad esempio, la considerazione dei precedenti storici della norma dell'articolo 218 Legge Fallimentare, costituiti dai differenti testi dei codici di commercio del 1800, non può fornire un appiglio univoco all'interprete[466], così come non lo può fornire il riferimento all'ubicazione della norma[467] o alle disposizioni degli articoli 221 e 225 della legge stessa[468].

---

[465] LANZI A., *La tutela penale…*, cit., p. 125;

[466] Perché, secondo Lanzi, "essi possono solo orientare l'interpretazione in mancanza di concreti elementi contrari, ma di per se stessi significano poco o nulla"; così LANZI A., *La tutela penale…*, cit., p. 127, nota 29;

[467] Questo perché essa è una constatazione "la cui rilevanza viene facilmente elisa, e anzi soverchiata, dall'altra che, di fatto, proprio l'articolo 218 Legge Fallimentare, pur se inserito in quel Capo, non fa alcuna menzione

Quindi, supporre la necessaria integrazione delle disposizioni in esame con elementi non previsti dal compilatore della norma sarebbe, secondo l'Autore, una manovra illogica, oltre che vietata dalle disposizioni costituzionali riferite al principio di tassatività e di stretta legalità, poiché obbligherebbe a condizionare la sua applicazione all'integrazione di una circostanza che, come già precisato "nulla toglie né aggiunge" ad una condotta già di per sé lesiva e tipica.

Di più recente formulazione, rispetto a quella appena esaminata, è la tesi di SANDRELLI, che si schiera a favore dell'orientamento in esame[469]; in modo specifico, dopo aver introdotto il tema in questione e ripercorso brevemente la "storia" della questione esaminata, in relazione soprattutto alle argomentazioni addotte dalla opposta parte della dottrina, l'Autore si occupa di individuare alcuni punti favorevoli all'orientamento volto ad escludere la rilevanza della sentenza di fallimento al fine di determinare l'imputazione per il reato di ricorso abusivo al credito. Innanzitutto, esso si adopera al fine di escludere il carattere univoco, ed essenzialmente "forte" delle argomentazioni letterali e sistematiche addotte dagli antitetici giuristi; infatti esso sostiene che "le osservazioni in tema di collocazione sistematica e di intento legislativo non paiono mai così salienti da aggiungere al testo della norma quello che essa non prevede, addirittura un ulteriore requisito per la punibilità"[470]; al pari, perciò, di quanto sostenuto in precedenza da parte di Punzo, Sandrelli identifica l'impossibilità, da parte dell'interprete, di sostituirsi al legislatore allo scopo di completare la norma e di inserirvi previsioni non introdotte da parte del compilatore della disposizione stessa. Infatti, l'Autore individua anche la possibile "imputabilità" della opposta dottrina per una violazione del principio fondamentale di stretta legalità, che deve essere sempre e comunque osservato nell'applicazione di disposizioni penali, oltre alla possibile contrarietà rispetto al criterio di responsabilità personale e di uguaglianza; in modo specifico, in relazione a questi due ultimi rilievi, l'Autore sottolinea che il contrasto si verificherebbe in quanto si farebbe dipendere la punibilità, in assenza di espressa indicazione letterale, dal fatto, incerto ed estraneo alla condotta del soggetto, dell'accertamento posto in essere da parte del giudice, dello stato di insolvenza o di dissesto dell'imprenditore.

---

della dichiarazione di fallimento, al contrario di quanto fatto dalle altre norme" così LANZI A., *La tutela penale…*, cit., p. 127, nota 29;

[468] In quanto, con riferimento all'articolo 221, secondo l'Autore, la riduzione di pena a seguito del fallimento determinato con procedura sommaria varrebbe unicamente per le pena da doversi infliggere a fattispecie di reato che richiedono il fallimento;

[469] SANDRELLI G.G., *I reati…*, cit., pp. 3-6;

[470] SANDRELLI G.G., *I reati…*, cit., p. 5;

Inoltre, Sandrelli indica, in un periodo "storico" durante il quale la clausola di riserva precedentemente prevista dalle disposizioni dell'articolo 218 non era ancora stata eliminata, che l'interpretazione delineata dalla parte opposta delle dottrina potrebbe portare alla "pratica inapplicabilità" della disposizione in esame, in quanto il delitto di ricorso abusivo al credito soccomberebbe, in relazione all'applicazione del principio di specialità, di fronte all'ipotesi di bancarotta semplice disciplinata dall'articolo 217, n. 3 Legge Fallimentare che, come elemento della fattispecie, prevede la necessaria declaratoria di fallimento.
Infine, in relazione al confronto possibile tra le disposizioni dell'articolo 218 e quelle del 225, l'Autore, dopo aver citato la posizione di De Semo sul punto, indica il carattere essenzialmente fallace delle differenti ipotesi giustificative individuate dalla dottrina, in quanto non adeguatamente sorrette da "elementi di prova"; l'unica soluzione alla quale Sandrelli riesce ad approdare è quella per la quale la lacuna sarebbe stata determinata da una "cattiva tecnica legislativa".

Molto più recentemente alcuni Autori si sono espressi favorevolmente rispetto a tale orientamento di pensiero; in modo particolare ci si può riferire a PALAZZO[471] che esclude categoricamente la configurabilità, rispetto all'ipotesi "base" di ricorso abusivo al credito, della sentenza di fallimento alla stregua sia di condizione obiettiva di punibilità sia di elemento costitutivo della fattispecie. In modo specifico, l'Autore sottolinea, contrariamente rispetto alla risalente teoria di Giuliani, che nel nostro ordinamento non può essere individuato un obbligo, penalmente sanzionato, per l'imprenditore di richiedere, nel caso di insolvenza o di dissesto, la propria dichiarazione di fallimento. Esso ritiene, perciò, che soprattutto sulla base dei rilievi "letterali" già individuati da altri precedenti esponenti della dottrina, il reato di ricorso abusivo al credito possa essere posto in essere "esclusivamente da un imprenditore che eserciti la attività commerciale non dunque dal fallito"[472]. All'interno del testo di Palazzo, inoltre, si prende in considerazione il dettato dell'articolo 225 Legge Fallimentare, con riferimento alla differente configurazione della fattispecie fallimentare ed alla sua subordinazione alla declaratoria in esame; in modo specifico esso giustifica la discrasia riferendola al fatto che gli amministratori delle società in dissesto non concorrono al credito per ottenere un proprio utile, ma allo scopo di soddisfare un interesse sociale; tale interesse perseguito può essere oggetto di "apprezzamento", in relazione alla quantità di

[471] PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., pp. 956-957;
[472] PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p. 956;

soggetti interessati al "salvataggio" delle sorti di una società, e può portare a considerare maggiormente opportuno punire il fatto solo qualora la società fallisca.
Allo scopo di suffragare la propria tesi, infine, l'Autore cita una "direttiva" integrata all'interno del progetto di legge delega per la riforma della Legge Fallimentare predisposto da parte della commissione c.d. Pajardi; tale indicazione prevede, infatti, la volontà di determinare una "configurazione dei reati di ricorso abusivo al credito senza subordinarne la punibilità all'instaurazione della procedura concorsuale".

La tesi in esame incontra il consenso anche di un altro studioso contemporaneo del diritto fallimentare; la posizione dottrinale che si vuole citare è, infatti, quella di MANGANO [473]; l'Autore, dopo aver individuato l'elemento di forte distinzione tra le disposizioni riferibili all'imprenditore individuale e quelle relative all'ambito societario proprio nella dichiarazione di fallimento, indica la propria opinione.
In modo specifico, esso sottolinea come già la semplice lettura della disposizione consente di evidenziare la non necessaria dichiarazione di fallimento allo scopo di applicare le norme dell'articolo 218. Particolarmente, Mangano si occupa di ripercorrere brevemente le posizioni, e le relative giustificazioni, degli antitetici esponenti della dottrina, concentrandosi, soprattutto, sulle argomentazioni letterali, segnatamente sulla tesi per la quale la mancata indicazione della necessaria declaratoria anche allo scopo di applicare le sanzioni previste dall'ipotesi base di reato sarebbe dovuta ad una semplice dimenticanza, ad una svista. La risposta data a riguardo da parte di Mangano è molto semplice e tassativa; esso indica, infatti che "Malgrado le pregevoli argomentazioni con le quali si è dimostrato che il legislatore solo per dimenticanza non ha inserito la dichiarazione di fallimento tra i requisiti necessari per la esistenza dell'illecito, va rilevato che la lacuna denunziata non si può superare in sede di interpretazione che è, invece, vincolata al testo della legge. Per tale motivo la punibilità dell'illecito non è collegata alla dichiarazione di fallimento"[474]. In altri termini, l'Autore, al pari di quanto già indicato da parte di Sandrelli, individua l'impossibilità, da parte degli interpreti della normativa, di costituire in via interpretativa una possibile estensione del requisito in esame anche in relazione all'articolo 218 Legge Fallimentare, poiché questo determinerebbe, a suo avviso, una violazione dei principi di riserva di legge e di tassatività alla stregua di cardini fondamentali sui quali basare l'applicazione delle norme penali.

[473] MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento…*, cit., pp. 174-175;
[474] MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento…*, cit., p. 175;

Coevo rispetto alla tesi appena esaminata, è anche l'orientamento di DI AMATO[475], che però, si esprime in termini piuttosto concisi sul punto; infatti esso si limita ad indicare che ""Non essendo richiesta per la sussistenza del reato la dichiarazione di fallimento, il momento consumativi è individuabile in quello nel quale il credito è ottenuto".

Per concludere, si è potuto notare come l'esame cronologico delle ipotesi poste in essere da parte dei differenti esponenti di due schieramenti dottrinali non consente, ancora oggi, di individuare la "giusta strada" in relazione alla considerazione del valore, in termini di rapporto con la fattispecie di ricorso abusivo al credito, della sentenza dichiarativa di fallimento. Tuttavia, come si vedrà tra breve, diversamente rispetto alla dottrina, la giurisprudenza di Cassazione sembra individuare un orientamento essenzialmente univoco della Suprema Corte sul punto, maggiormente favorevole al secondo gruppo di esponenti della dottrina.

II.Orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza, soprattutto quella della Corte di Cassazione, già nel passato (quindi nel periodo precedente alla recente riforma della norma dell'articolo 218) sembrava propendere maggiormente per la tesi della non necessarietà della dichiarazione di fallimento, escludendo il carattere di condizione di punibilità di questa declaratoria.
Già a partire dagli anni Cinquanta e Sessanta la Suprema Corte esprimeva chiaramente il proprio orientamento sul punto, stabilendo, innanzitutto, che "Il ricorso abusivo al credito non è vincolato o condizionato alla dichiarazione di fallimento e si consuma nel luogo ove si verifica l'evento"[476], orientamento ribadito anche in una serie di successive pronunce, come nella seguente all'interno della quale la Corte indica che "La dichiarazione di fallimento non costituisce elemento richiesto per la punibilità del delitto previsto dall'articolo 218 Legge Fallimentare, nel senso che tale reato non è condizionato al fatto che l'imprenditore sia stato dichiarato fallito. L'oggettività giuridica, la qualità del soggetto attivo, la differenza con il delitto di cui all'articolo 641 c.p. sono elementi che convincono per l'autonomia dell'articolo 218 rispetto agli altri reati fallimentari"[477] ; con il trascorrere del tempo, almeno fino agli anni

[475] DI AMATO A., *Diritto penale…*, cit., p. 219;
[476] Citazione tratta dalla sentenza di Cassazione penale, sezione I, del 30 giugno 1958, in *Giust. Pen.*, 1959, II, c. 167;
[477] Citazione dalla sentenza di Cassazione penale, sezione III, 20 ottobre 1965, in *Giust. Pen.*, 1966, II, c. 1227; allo stesso modo alcune altre sentenze, quali: Cassazione penale, sezione III, 22 giugno 1961, in *Cass. Pen.*, 1961, pp.786-787 nella quale si dispone che *"se la dichiarazione di fallimento non è elemento costitutivo del*

Novanta, l'orientamento della Cassazione non è mutato sul punto, in quanto la Corte ha continuato ad indicare che "ai fini della punibilità del reato previsto dall'art. 218, l. fall., in tema di ricorso abusivo al credito, non è richiesto, quale presupposto e condizione di punibilità, lo status di fallito dell'imprenditore commerciale"[478], aggiungendo che "per la punibilità del reato di cui all'art. 218 l. fall. non necessita la sentenza dichiarativa di fallimento dell'imprenditore commerciale, poiché il ricorso abusivo al credito non può essere ritenuto illecito di natura fallimentare" [479] , per arrivare ad una pronuncia, successiva alle precedenti ed emanata durante gli anni Novanta, all'interno della quale si indica che "Il reato di ricorso abusivo al credito […] non richiede, per la sua configurabilità, che il soggetto al quale esso viene addebitato sia dichiarato fallito; ragione per cui il momento consumativi di detto reato è individuabile in quello nel quale il credito viene ottenuto e non in quello dell'eventuale declaratoria di fallimento"[480]; molte altre sentenze, appartenenti al medesimo periodo, indicano le medesime conclusioni[481].

---

reato di ricorso abusivo al credito commesso dall'imprenditore commerciale di cui all'art. 218 Legge Fallimentare lo è per l'analogo reato di cui all'art. 225 stessa legge, dcommesso dall'amministratore o direttore di una società commerciale, cosicché la consumazione di questo si ha alla data della sentenza dichiarativa di fallimento" ; Cassazione penale, sezione III, 29 ottobre 1965, in *Cass. Pen.*, 1966, p.480; Cassazione penale, sezione V, 6 maggio 1968, in *Cass. Pen.*, 1969, p. 708 nella quale si indica: *"Nessuna influenza può spiegare sulla configurabilità del reato di ricorso abusivo al credito la conoscenza o meno, da parte dell'autore, della dichiarazione, al momento della commissione del fatto, del suo fallimento";*

[478] Così la sentenza della Cassazione penale, del 22 dicembre 1987, pubblicata in *Riv. pen.*, 1989, p. 54;

[479] Così la sentenza della Cassazione penale, del 26 ottobre 1988, pubblicata in *Riv. pen. Econ.*, 1990, p. 207; la Corte aggiunge anche una specificazione riferita al foro competente per il procedimento relativo al reato; infatti, essa indica che *"il foro di competenza si radica nel luogo del commesso reato e non dove è stata pronunziata la sentenza dichiarativa di insolvenza"*; la presente sentenza era stata preceduta, due giorni prima, da un'ulteriore pronuncia della Cassazione, nella quale la Corte aveva indicato che *"La dichiarazione di fallimento non costituisce elemento richiesto per la punibilità del reato previsto dall'art. 218 l. fall. (ricorso abusivo al credito) nel senso che tale illecito non è condizionato al fatto che l'imprenditore sia stato dichiarato fallito: l'oggettività giuridica, la qualità del soggetto attivo, la differenza con il delitto di insolvenza fraudolenta sono elementi distintivi degli altri reati fallimentari; trattasi, infatti, di reato che offende in via immediata il patrimonio del nuovo creditore, a differenza dell'art. 217 l. fall., che lede l'interesse processuale alla conservazione dell'attivo; mentre l'art. 218 parla di imprenditore in dissesto, gli art. 216 e 217 esplicitamente richiedono la condizione che si tratti di imprenditore che sia stato dichiarato fallito, e ciò in rapporto anche ai presupposti differenti dei delitti (il dissesto del commerciante nel primo, il fallimento nel secondo)"* (Cassazione penale, 24 ottobre 1988, pubblicata in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 331); appartengono al medesimo periodo anche le seguenti pronunce (antecedenti rispetto a quella appena citata) Cassazione penale, sezione V, 11 febbraio 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, pp. 54-55 nella quale si stabilisce che *"Ai fini della punibilità del reato previsto dall'articolo 218 Legge Fallimentare, in tema di ricorso abusivo al credito, non è richiesto quale presupposto e condizione di punibilità lo status di fallito dell'imprenditore commerciale"*; Cassazione penale, sezione I, 12 novembre 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, p. 864 nella quale la Corte effettua anche un confronto tra le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare e quelle degli articoli 216 e 217 indicando che *"mentre l'art. 218 parla di imprenditore in dissesto, gli artt. 216 e 217 esplicitamente richiedono la condizione che si tratti di imprenditore che sia stato dichiarato fallito, e ciò in rapporto anche ai presupposti differenti dei delitti (il dissesto del commerciante nel primo, il fallimento nel secondo)";;*

[480] Citazione del contenuto della sentenza di Cassazione penale, sezione I, 9 giugno 1997, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1997, II, pp.1369-1370; successiva a tale pronuncia è quella della Cassazione penale del 22 luglio 1997 n. 4021, nella quale si afferma il medesimo principio;

[481] Come le seguenti sentenze: Cassazione penale, sezione V, 11 febbraio 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, pp. 54-55; Cassazione penale, sezione I, 12 novembre 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, p. 864;

Le sentenze più recenti, invece, hanno portato ad una biforcazione del pensiero della Suprema corte, che, in alcuni casi, ha affermato la non necessità di ottenere previamente la declaratoria di fallimento intesa come condizione di punibilità, mentre in altre circostanze ha sostenuto, anche facendo ricorso agli orientamenti della dottrina, la tesi opposta; si possono considerare, in modo specifico, due pronunce recenti della Cassazione, la prima del 2004, la seconda del 2007. All'interno della sentenza più risalente la Corte indica che "La differenza tra l'ipotesi di bancarotta post - fallimentare, disciplinata dal comma Il dell'articolo 216 della legge fallimentare, e quella prevista dall'articolo 218 della stessa legge è, infatti, evidente. Con la prima vengono sanzionati i comportamenti distrattivi propri della bancarotta patrimoniale compiuti dall'imprenditore dopo la dichiarazione di fallimento. […] Il ricorso abusivo al credito è ipotesi di reato del tutto differente; si tratta dell'imprenditore non ancora dichiarato fallito che, dissimulando il proprio stato di dissesto, ricorra al credito"[482]; la sentenza successiva vede la conferma del medesimo orientamento; infatti, in essa si indica che: "deve rilevarsi che il reato di cui alla L. Fall., art. 218 (compreso nel capo dei "reati commessi dal fallito") sanziona il ricorso al credito da parte dell'imprenditore non ancora fallito che, a tal fine dissimuli lo stato di dissesto. Peraltro il reato richiede che il soggetto al quale esso viene addebitato sia successivamente dichiarato fallito"[483]. Si è potuta individuare una pronuncia isolata della Suprema Corte orientata nel senso contrario in relazione al problema in esame; infatti, all'interno di una sentenza del 2002, la Cassazione ha stabilito che
"il reato di ricorso abusivo al credito presuppone, secondo la migliore dottrina, la declaratoria di fallimento"[484]. Tuttavia, la tesi maggiormente avvalorata dai giudici di legittimità rimane ancora quella della non necessarietà della declaratoria di fallimento.

iii. Il ricorso abusivo al credito post-fallimentare

Le discussioni della dottrina e gli interventi della giurisprudenza non si sono limitati alla questione appena esposta. I problemi interpretativi hanno riguardato, infatti, anche la possibilità o meno di compiere il reato di ricorso abusivo al credito come fattispecie post-fallimentare.

[482] Cassazione penale , sezione V , 04 maggio 2004, n. 23796;
[483] Cassazione penale, sezione V, 6 marzo 2007, n. 13846;
[484] Cassazione penale, sezione V, 18 ottobre 2002, n. 38225;

Come per la questione appena esaminata, anche in riferimento al reato post-fallimentare vi è stata la suddivisione della dottrina in due schieramenti separati, il primo che sosteneva la possibilità di realizzare il reato anche successivamente alla dichiarazione di fallimento, il secondo che sosteneva la tesi opposta. Così come per la precedente questione anche in questo caso si esamineranno le differenti posizioni dottrinali in ordine cronologico, allo scopo di consentire un inquadramento dello sviluppo degli orientamenti.

Il primo schieramento è formato da alcuni insigni giuristi, pur dovendosi indicare come l'orientamento minoritario, in quanto contrastato da un nutrito numero di autori.

In primis, si annovera tra gli esponenti di questo gruppo dottrinale CAMELI [485] che, durante gli anni Cinquanta, esprimeva il proprio particolare parere favorevole in merito alla questione esaminata. Esso indica, entrando nel merito della questione in esame, che molti autori non distinguono in modo preciso tra periodo di pendenza della procedura fallimentare e periodo successivo alla chiusura del fallimento, nonostante, secondo l'Autore, "l'esercizio del commercio da parte del fallito durante la procedura concorsuale non può aversi senza limitazioni rilevanti e dà luogo a situazioni in un certo senso assurde"[486], poiché, ad esempio, i nuovi creditori non potrebbero pretendere la creazione di garanzie sui beni acquisiti all'interno del patrimonio fallimentare e, ovviamente, necessari per soddisfare i creditori esistenti alla data della dichiarazione: infatti, i "nuovi" creditori dovrebbero accontentarsi dei beni residui rispetto al fallimento. La sottrazione ai creditori si verificherebbe anche in relazione alla nuova eventuale attività economica realizzata da parte del fallito, in quanto gli utili derivanti da essa dovrebbero essere "depurati" dalle passività ad esse connesse prima di poter fungere da garanzia per nuovi crediti.
Inoltre, per l'Autore non si potrebbe escludere l'insorgenza di un nuovo fallimento in relazione al nuovo commercio esercitato da parte dell'imprenditore in costanza della procedura concorsuale, con la conseguenza che i due fallimenti dovrebbero svolgersi contemporaneamente ma separatamente, con la sussistenza di problemi soprattutto in relazione alla distribuzione dei beni tra i differenti creditori, allo scopo del loro soddisfacimento.
Nonostante il riferimento a tali "assurdità", Cameli sembra propenso ad appoggiare la soluzione per la quale, anche in sussistenza di procedura concorsuale, è comunque possibile l'esercizio dell'attività commerciale, segnatamente di una nuova attività commerciale poiché

[485] CAMELI V., *Il reato…*, cit., cc. 328 ss.;
[486] CAMELI V., *Il reato…*, cit., c. 328;

"l'articolo 218, col vietare al commerciante soltanto il ricorso al credito ottenuto col dissimulare il proprio dissesto, implicitamente gli riconosce […] la facoltà di ricorrere al credito senza tale dissimulazione; e ciò vale tanto per il commerciante dissestato non ancora dichiarato fallito quanto per il commerciante fallito"[487].

Inoltre, anche qualora non si riconoscesse questa possibilità di esercizio di attività commerciale al fallito, sarebbe possibile, in ogni caso, il compimento "di fatto" di tali operazioni; anche in questo caso l'Autore riconosce l'applicabilità delle disposizioni di diritto fallimentare, deducendola dal contenuto dell'articolo 219 nel quale si indicava:

"se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale"

Secondo l'insigne giurista, all'interno di tali disposizioni si preveda il riferimento ai casi in cui il commercio esercitato di fatto importava, nei congrui casi, poiché vietato, l'applicazione delle norme penali di legge; da ciò si può dedurre che l'elemento fondamentale, allo scopo di determinare l'applicazione dell'articolo 218, secondo Cameli, era costituito dall'esercizio effettivo del commercio, con un ricorso al credito necessariamente collegato con l'attività commerciale, in modo da essere funzionale alla continuazione di essa.

Sul punto, perciò, l'Autore conclude dicendo che "la norma dell'articolo 218 sembra inquadrarsi nel sistema come norma regolatrice dell'attività commerciale dell'imprenditore commerciale, sia anteriore che successiva al fallimento, ai fini di non consentirgli il ricorso al credito quando versa in condizioni di dissesto"[488] ovviamente nel caso in cui l'imprenditore si occupi di dissimulare tale situazione di dissesto o di insolvenza.

Da ultimo, Cameli affronta il problema della necessità di una nuova declaratoria di fallimento allo scopo di incriminare il fallito per i reati commessi nell'esercizio della nuova e differente attività commerciale. Secondo l'Autore la dichiarazione di fallimento non è necessaria in costanza della prima procedura fallimentare, poiché solamente a causa della chiusura del fallimento, così come per altre tipologie di reati fallimentari, si determina la conclusione del ciclo strutturale del reato imputato. In relazione al caso nel quale il primo fallimento sia già stato chiuso, invece, esso riconosce la necessità, per poter imputare l'imprenditore, di ottenere una nuova e distinta dichiarazione giudiziale di fallimento. In altri termini, qualora sia intervenuta la chiusura della preliminare procedura concorsuale si individua la necessità di ottenere una nuova dichiarazione di fallimento, in quanto essa deve riferirsi al nuovo "ciclo strutturale" relativo al nuovo reato compiuto.

[487] CAMELI V., *Il reato…*, cit., c. 330;
[488] CAMELI V., *Il reato…*, cit., c. 330;

La posizione dottrinale in esame ha visto anche il *favor* di LA MONICA[489], che ha espresso il proprio punto di vista all'esordio degli anni Settanta. In modo particolare, l'Autore assume, all'interno della propria opera, un tono critico rispetto agli esponenti del gruppo dottrinale antitetico, indicando il carattere fallace delle motivazioni da essi addotte a sostegno delle loro tesi. Infatti, la dottrina pervenuta alla soluzione negativa del quesito qui esposto apporta a sostegno della propria opinione, tre tipologie di argomenti; *in primis* tali giuristi si riferiscono al fatto per il quale la sentenza dichiarativa di fallimento rende pubblico il dissesto dell'imprenditore; ciò non consente, perciò, all'imprenditore stesso la possibile dissimulazione del dissesto. In secondo luogo, essi fanno riferimento alla circostanza per la quale il fallito che ricorre al credito contrae un'obbligazione con lo specifico proposito di non adempierla, poiché sono state a lui sottratte tutte le possibilità di amministrare l'impresa e di disporre dei beni ad essa appartenenti; questo determina la possibilità di imputare l'imprenditore non per ricorso abusivo al credito bensì per il reato di insolvenza fraudolenta. Infine, tali giuristi indicano che il reato di ricorso abusivo al credito è una fattispecie di reato proprio, che può essere commesso solo da parte dell'imprenditore commerciale, dell'amministratore, del direttore generale o dell'institore; perciò, successivamente rispetto alla declaratoria di fallimento, il reato non può ulteriormente essere integrato a causa del venir meno, in relazione al soggetto attivo, della qualificazione giuridica richiesta dalle disposizioni di legge.

La Monica, dopo aver citato tali motivazioni le contrasta attraverso ulteriori, ma opposte, argomentazioni. In relazione al primo argomento, riferito alla "pubblicità" del fallimento a seguito dell'emanazione della relativa sentenza, l'Autore indica che il deposito della pronuncia di fallimento determina solo una presunzione legale di conoscenza e, ovviamente, di pubblicità riferita allo *status* dell'imprenditore; è quindi possibile che i terzi non siano a conoscenza della circostanza citata[490]. In relazione alla seconda motivazione, relativa

---

[489] LA MONICA M., *I reati…*, cit., pp. 512 ss.;

[490] A sostegno di tale affermazione l'autore cita una sentenza risalente della Corte di Cassazione penale del 22 aprile 1952, in *Giur. It. Rep.,* 1952, voce *Bancarotta,* n. 24 nella quale si indica che "*Questa norma è applicabile tanto al fallito quanto a chi tanto non sia stato dichiarato, non avendo alcun valore la eccezione secondo la quale il fallito non potrebbe mai dissimulare ilsuo stato di dissesto per essere questo reso pubblico dalla dichiarazione di fallimnento;* sono conformi a tale sentenza, anche altre pronunce della Cassazione penale: 4 marzo 1958, in *Giur. It. Rep.,* 1958, voce *Bancarotta,* n. 33, nella quale si indica *"La norma di cui all'art. 218 Legge Fallimentare colpisce ogni imprenditore che faccia ricorso abusivo al credito, anche se egli sia stato dichiarato fallito, non avendo alcun valore la eccezione secondo la quale il fallito non potrebbe mai dissimulare il suo stato di dissesto per essere questo reso pubblico dalla dichiarazione di fallimento";* 21 maggio 1960 in *Giur. It. Rep.,* 1961, voce *Bancarotta,* n. 51, nella quale si afferma che *"Anche l'imprenditore che abbia fatto ricorso abusivo al credito dopo la dichiarazione di fallimento è punibile ai sensi della norma anzidetta, poiché lo stato di dissesto può ben essere dissimulato nei confronti di determinate persone nonostante la pubblicità*

all'impossibilità di commettere il reato successivamente rispetto alla dichiarazione di fallimento a causa della conclusione del contratto di credito col proposito di non adempiere all'obbligazione contratta, l'Autore indica che l'imprenditore fallito può contrarre l'obbligazione anche con il proposito di restituire quanto gli sia stato prestato o di pagare la merce, in quanto è possibile che egli contragga l'obbligo "col convincimento che amici e parenti provvederanno alla *solutio* quando intervenga la scadenza o nel convincimento che prima di tale scadenza il fallimento sia chiuso con un residuo attivo"[491]. Infine, in relazione al fatto per il quale la dichiarazione di fallimento determina il venir meno delle qualifiche soggettive necessarie per l'imputazione ex articolo 218, La Monica indica che l'imprenditore dichiarato fallito, l'amministratore, il direttore generale o l'institore possono, grazie alle attività poste in essere, acquisire la qualifica soggettiva, anche solo "di fatto"; questo consente, perciò, nel caso di integrazione della fattispecie di ricorso abusivo al credito, l'imputazione di tali soggetti, anche se non indicabili come soggetti formalmente nominati, per la commissione del reato in esame[492].

Grazie al ragionamento appena esposto, l'Autore giunge ad una particolare soluzione, per la quale la locuzione legislativa *ricorre o continua a ricorrere al credito* può essere interpretata come riferibile a due differenti figure di reato; in modo particolare, la prima farebbe riferimento al reato realizzato precedentemente rispetto alla declaratoria di fallimento, mentre la seconda all'integrazione della fattispecie successivamente rispetto all'emanazione della sentenza riferita al fallimento. In altri termini, per La Monica il soggetto potrebbe semplicemente *ricorrere* al credito nel caso in cui non sia ancora stato dichiarato fallito; nel caso in cui, invece, il suo *status* di fallito sia già stato palesato, grazie all'emanazione della relativa sentenza, potrà *continuare a ricorrere* in quanto potrà perpetuare la condotta negativa anche successivamente rispetto al riconoscimento giudiziale del suo fallimento.

Praticamente coevo rispetto al pensiero di La Monica è l'orientamento di GIULIANI[493], il quale, dopo aver espresso il proprio *favor* in relazione all'individuazione del carattere

---

della stessa dichiarazione; del medesimo avviso anche la sentenza della Cassazione penale, 6 maggio 1968, in *Giur. It. Rep.*, voce *Bancarotta*, n. 62;

[491] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 514;

[492] In relazione a questa ipotesi, però, La Monica pone alcuni quesiti; infatti, esso indica che "Il problema […] è più complesso di quanto possa a prima vista apparire. Con quali mezzi il fallito inizia a svolgere la nuova attività imprenditoriale? Con mezzi propri? […] Con capitali mutuati a prestito?"; questi quesiti, tuttavia, non trovano, neppure nell'opera dell'insigne giurista, una risposta univoca.

[493] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., pp. 317-318;

fallimentare del reato di ricorso abusivo al credito, indica il principio per il quale "il reato può avvenire sia prima che dopo il fallimento"[494].
In modo particolare, l'Autore determina tale possibilità con riferimento, innanzitutto, alle disposizioni dell'articolo 238 Legge Fallimentare per il quale

" Per i reati previsti negli articoli 216, 217, 223 e 224 l'azione penale è esercitata dopo la comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento di cui all'articolo 17.
È iniziata anche prima nel caso previsto dall'articolo 7[495] e in ogni altro in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta"

In relazione a tale disposizione, infatti, esso individua la possibilità di esercitare l'azione penale sia prima sia dopo la declaratoria di fallimento, elemento che consente perciò, a suo avviso, di individuare anche la possibilità di compiere la condotta incriminata sia prima sia dopo rispetto a tale dichiarazione[496]. Tale conclusione viene confortata, secondo l'Autore, dall'inserimento, all'interno delle disposizioni dell'articolo 218, dell'espressione *"ricorre o continua a ricorrere"* che individuerebbe, così come già indicato da La Monica, la possibile commissione del reato sia prima ("ricorre") sia dopo ("continua a ricorrere") la dichiarazione di fallimento.
Giuliani, inoltre, considera anche una delle obiezioni poste in essere dall'opposta fazione dottrinale, cioè quella per la quale la sentenza dichiarativa di fallimento, rendendo palese il dissesto o l'insolvenza, non consente di dissimulare ulteriormente le critiche condizioni finanziarie ed economiche dell'impresa; tuttavia per l'Autore può accadere che alcuni soggetti, operanti nel campo finanziario, non siano al corrente del contenuto della sentenza emanata; la prova di ciò deriverebbe da alcune sentenze della Corte di Cassazione riferite alla commissione del reato di ricorso abusivo al credito successivamente rispetto alla declaratoria di fallimento[497].
Infine, l'Autore sottolinea il carattere fallace di un'ulteriore affermazione posta in essere dalla opposta dottrina, riferita alla perdita della qualità di imprenditore, da parte del soggetto attivo,

---

[494] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 317;
[495] Cioè nel caso di iniziativa del Pubblico Ministero;
[496] Tuttavia, sarebbe lecito sollevare un dubbio: l'articolo 218 non viene richiamato all'interno delle disposizioni della presente norma, perciò potrebbe essere escluso dalla sua applicazione;
[497] L'Autore si riferisce alle seguenti sentenze: Cassazione penale, 22 aprile 1952, in *Giur. It. Rep.,* 1952, voce *Bancarotta*, n. 24; Cassazione penale, 24 marzo 1958, in *Giur. It. Rep.*, voce *Bancarotta*, n. 33; Cassazione penale, 21 maggio 1960, in *Giur. It. Rep*, 1961, voce *Bancarotta*, n. 51; Cassazione penale, 22 dicembre 1961, in *Giur. It. Rep*, voce *Bancarotta*, n. 73; Cassazione penale, 20 novembre 1963, in *Giur. It. Rep.* 1964, voce *Bancarotta*, n. 63;

a causa della dichiarazione giudiziale di fallimento; infatti, esso indica che "la qualità di imprenditore si acquista con l'esercizio di una certa attività, che può – in linea di fatto – essere svolta anche dopo il fallimento"[498]. In altri termini, l'Autore individua la possibilità, da parte dell'imprenditore fallito, di essere ulteriormente imputato, sempre alla stregua di "imprenditore", per la commissione del reato in esame, anche nel caso in cui la carica sia esercitata solamente "di fatto" da parte di tale soggetto.

Alcuni anni dopo rispetto a La Monica e Giuliani, anche GRASSO[499] ha indicato il proprio orientamento favorevole rispetto alla presente tesi; esso scrive nel 1980 e sostiene la correttezza della propria posizione, espressa sinteticamente all'interno del testo citato, riferendosi anche all'orientamento della giurisprudenza di Cassazione (anche se la sentenza da lui citata è piuttosto risalente)[500]; infatti, la Suprema Corte, all'interno della sentenza citata, si era occupata di dichiarare che "Deve ritenersi punibile ai sensi dell'art. 218 della Legge Fallimentare anche l'imprenditore che abbia fatto ricorso abusivo al credito dopo la dichiarazione di fallimento".

Più recente, in quanto individuato nel 1990, è l'orientamento di SANDRELLI [501], che dopo aver indicato, in relazione al valore della sentenza dichiarativa di fallimento, che la consumazione del reato avviene nel momento e nel luogo nel quale si determina l'incontro delle volontà negoziali dell'imprenditore e dell'erogatore del credito, e aver precisato che il reato rimane alla soglia del tentativo nel caso in cui la dissimulazione non determini l'inganno nei confronti della controparte o non consenta in alcun modo di ottenere l'erogazione del credito, indica che tali osservazioni valgono anche per tutti i casi di condotte postfallimentari "non essendovi dubbio che il reato possa commettersi anche dopo la dichiarazione di fallimento"[502]; anche in questo caso l'Autore si riferisce ad una pronuncia della Corte di Cassazione per sottolineare la fondatezza del proprio orientamento[503].

---

[498] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 318;
[499] GRASSO G., *Truffa in danno della banca, ricorso abusivo al credito, obblighi di denuncia o di rapporto,* ROMANO M. (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 102;
[500] Poiché l'Autore si riferisce alla sentenza delle Cassazione Penale, sezione III, del 22 dicembre 1961, in Cass. Pen., 1962, p. 485*;* la Corte si è espressa in senso conforme in una sentenza precedente emessa dalla sezione III, del 27 ottobre 1959, in *Giust. Pen.*, 1960, II, p. 231;
[501] SANDRELLI G.G., *I reati,* cit., p.15;
[502] SANDRELLI G.G., *I reati,* cit., p.15;
[503] Cioè alla sentenza della Cassazione penale, del 30 aprile 1969, in *Mass. Giur. It.*, 1969, c. 578, n.1411;

Il riferimento alle sentenze della Suprema Corte viene utilizzato, nel 1997, anche da PAJARDI[504] allo scopo di sostenere la propria tesi; in modo particolare, l'autore, citando una particolare sentenza di Cassazione [505], indica la possibilità di commettere il reato di ricorso abusivo al credito successivamente rispetto alla declaratoria di fallimento, sottolineando la possibilità di una commissione solo da parte dell'imprenditore individuale, quindi limitando parzialmente la portata della propria dichiarazione affermativa.
Inoltre, l'Autore si pone il problema della punibilità del soggetto attivo a causa della mancata previsione della possibile commissione postfallimentare del reato da parte della norma di legge, anche in relazione al fatto per il quale a seguito della dichiarazione di fallimento il soggetto viene spogliato della qualifica di imprenditore commerciale; la soluzione suggerita è quella riferita alla limitazione della possibile commissione del reato successivamente rispetto al fallimento solo da parte dell'imprenditore fallito che, in costanza della procedura fallimentare, continui ad esercitare altre imprese, con capitali altrui. Quindi, Pajardi, per evitare i problemi che potrebbero sorgere nel caso in cui si consentisse un'applicazione troppo ampia delle disposizioni dell'articolo 218, limita la possibile ravvisabilità della fattispecie in esame, a guisa di reato postfallimentare, non solo alla figura del semplice imprenditore individuale ma, in modo ulteriore, anche al caso nel quale la procedura concorsuale si stia ancora svolgendo.

Infine, molto più recentemente, il presente orientamento ha incontrato il favore di MANGANO[506]; l'Autore, infatti, sostiene che "il reato può essere commesso anche successivamente alla dichiarazione di fallimento, dato che quest'ultima non fa perdere all'imprenditore la capacità negoziale che gli consente di intraprendere una nuova impresa. In tal caso […] la punibilità dell'imprenditore individuale non è collegata alla dichiarazione di altro fallimento". In altri termini, senza effettuare le specificazioni poste in essere da Cameli, Mangano indica che nel caso in cui un imprenditore sia stato dichiarato fallito può commettere comunque il reato di ricorso abusivo al credito senza la necessità, allo scopo di individuare la sua imputabilità a riguardo, di attendere l'emissione di un'ulteriore sentenza dichiarativa di fallimento. Purtroppo l'Autore non consente di comprendere a quale situazione intenda fare riferimento: se al caso per il quale la precedente procedura concorsuale si sia già conclusa o a quello nel quale la procedura sia ancora in corso.

---

[504] PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., p. 1343;
[505] La sentenza di Cassazione penale del 6 maggio del 1968, pubblicata in *Cass. Pen.*, 1969, p. 707;
[506] MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento…*, cit., p. 177;

Come già accennato all'inizio del presente paragrafo, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza più recente escludono, però, la configurabilità del reato di ricorso abusivo al credito alla stregua di fattispecie postfallimentare.

Appartiene a questo secondo schieramento dottrinale, innanzitutto, PUNZO[507]. In modo specifico, l'Autore inizia la sua trattazione esaminando l'orientamento della Corte di Cassazione, relativo alla sentenza in commento[508], sul punto; la Corte esprime parere favorevole alla possibile commissione del reato in esame anche dopo la declaratoria di fallimento, indicando che "Non è d'altronde fuori luogo rilevare che sarebbe assurdo considerare punibile il fatto di chi non dichiarato fallito e sia pure in dissesto, ricorresse al credito e non punibile chi fosse stato dichiarato fallito e quindi in una condizione d'insolvenza anche peggiore e con più grave pericolo per chi avesse a trattare con lui". Tuttavia, com'è ovvio in relazione allo schieramento dottrinale di appartenenza, l'Autore non conviene con la pronuncia della Suprema Corte, e dimostra la giustificabilità del proprio orientamento adducendo differenti argomentazioni.

In primo luogo, esso si riferisce a quella che, prima della riforma che nel 2005 ha coinvolto anche l'articolo 218 Legge Fallimentare, era una questione linguistica dibattuta all'interno della dottrina, ossia il problema della distinzione tra insolvenza e dissesto. In modo particolare, Punzo indica che il fallito non potrebbe dissimulare il proprio "dissesto" in quanto il soggetto dichiarato fallito non si può definire dissestato bensì insolvente, laddove "insolvente è il dissestato le cui difficoltà economiche sono giunte al punto in cui non è più possibile far fronte al passivo ed ai debiti contratti. L'insolvenza è la fase terminale del dissesto"[509]. In altri termini, l'Autore vuole indicare la maggiore difficoltà dell'imprenditore di dissimulare l'insolvenza, intesa come stato di grave difficoltà economica, rispetto al dissesto, escludendo, perciò, a causa di questo elemento, la possibilità di considerare realizzabile il reato preso in esame successivamente rispetto alla declaratoria giudiziale di fallimento.

Successivamente Punzo individua un altro elemento allo scopo di escludere la possibilità di compiere la condotta descritta da parte dell'imprenditore fallito; in modo particolare, esso indica che il fallito non può fare ricorso al credito in quanto lo stesso concetto di "credito" si basa sul previo e necessario esercizio di un'attività commerciale regolare da parte dell'imprenditore, elemento che nel caso di intervenuto fallimento non può essere indicato

[507] PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato…*, cit., cc.. 222-223;
[508] Cioè la sentenza di Cassazione penale, Sezione III, 22 aprile 1952, in *Giust. Pen.*, 1954, II, cc. 218 ss.;
[509] PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato…*, cit., c. 222;

come esistente, poiché il fallito non si può segnalare come titolare di un continuo e ordinario "giro d'affari".

Infine, l'attenzione dell'Autore si sposta sugli elementi costitutivi della fattispecie descritta dall'articolo 218; esso indica che la situazione oggettiva e soggettiva prevista dalla norma non si realizza in concreto se il fatto è posto in essere dal fallito; a livello soggettivo ciò non accade poiché il fallito ricorrerebbe al credito con il proposito di non restituire quanto gli è stato prestato dal creditore; il dissestato previsto dall'articolo in esame, invece, ricorre al credito con la speranza di riparare al dissesto e di poter rendere il valore del credito nei confronti della controparte. Sotto il profilo oggettivo le conseguenze sono profondamente differenti a seconda che il soggetto attivo sia o meno già fallito, poiché se nel caso in cui coloro che hanno concesso il credito prima della dichiarazione di fallimento hanno diritto a partecipare alla distribuzione dell'attivo, quelli ingannati successivamente rispetto alla dichiarazione di fallimento non possono parteciparvi, non essendo considerati concorrenti ex articoli 52 ss. Legge Fallimentare. Infatti, basta considerare che l'articolo 52 Legge Fallimentare prevede al primo comma che

"Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito"

Espressione dalla quale si può dedurre che i creditori la cui pretesa sorge successivamente rispetto alla declaratoria di fallimento non hanno diritto a partecipare alla "primaria" distribuzione dell'attivo dell'impresa considerata.

Punzo, perciò conclude indicando che il soggetto dichiarato fallito che, attraverso la dissimulazione, ottenga un credito non può dirsi che abbia "ricorso al credito", alla stregua di condotta riconducibile alle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare; esso ha semplicemente contratto dei debiti superiori alle proprie possibilità, con il proposito di non adempiervi e commettendo, perciò, non il reato di ricorso abusivo al credito bensì quello di insolvenza fraudolenta o, nei casi più gravi, quello di truffa.

Molti anni dopo rispetto a Punzo anche CONTI[510] ha indicato la propria tesi favorevole a tale orientamento. In modo specifico, esso stabilisce, come prima cosa che "Il reato non sussiste per difetto di un elemento essenziale (la dissimulazione di un fatto ignoto) quando il dissesto si rivela evidente ed è comunque noto a chi concede il credito"; l'Autore intende sottolineare l'impossibilità di commettere il reato nel caso in cui lo stato di dissesto dell'imprenditore sia

[510] CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., p. 374

palese, includendo nel novero dei casi di esplicita individuazione delle difficoltà economiche e finanziarie dell'impresa, anche l'eventuale emissione di una sentenza dichiarativa di fallimento. Esso tiene anche a precisare che la possibilità che un soggetto dichiarato fallito riesca ad ottenere l'erogazione di un credito è molto remota, anche se non del tutto da escludersi.

L'elemento di maggior interesse all'interno della trattazione di Conti è, però, il seguente: l'Autore si chiede se il fallito, per effetto della sentenza di fallimento, conservi o meno la possibilità di ricorrere al credito; esso indica, innanzitutto, che non è sempre vero quanto indicato da parte di Punzo, cioè il riferimento al fatto che il dissestato che ricorre al credito lo fa con lo specifico proposito di non adempiere all'obbligazione contratta. Infatti, per Conti, al pari di quanto già indicato da parte di La Monica, è fondata l'ipotesi per la quale il soggetto ricorre al credito nutrendo la speranza che altri, amici o parenti ad esempio, lo aiutino a saldare il debito o anche l'ipotesi per la quale l'imprenditore ripone fiducia nella possibilità di chiudere la procedura fallimentare con un residuo attivo al quale attingere per pagare i propri ulteriori debiti.

Conti, perciò, basa il proprio orientamento, volto ad escludere il possibile ricorso al credito da parte dell'imprenditore fallito, su altri elementi, differenti rispetto a quelli individuati da parte degli antitetici esponenti della dottrina; *in primis,* infatti, esso sottolinea che se l'imprenditore volesse ricorrere al credito dopo aver subito un fallimento dovrebbe iniziare, *ex novo,* lo svolgimento di una differente attività economica alla quale imputare l'eventuale successivo dissesto sulla base del quale determinare l'applicazione dell'articolo 218; esso, quindi, conviene parzialmente, almeno in relazione a questo punto, con la teoria di Cameli. In secondo luogo, l'Autore sostiene l'impossibilità da parte dell'imprenditore dichiarato fallito di commettere il reato in esame a causa della perdita della propria qualifica soggettiva, che si rende necessaria al fine del compimento di un reato proprio come quello di ricorso abusivo al credito; anche in questo caso, perciò, l'Autore non ritiene possibile consentire l'applicazione delle sanzioni previste dalla norma in esame nei confronti di un soggetto che abbia integrato la fattispecie prevista come mero "soggetto di fatto", senza una particolare qualifica formale.

In conclusione, anche se in modo piuttosto sintetico, l'orientamento di Conti sembra essere univocamente direzionato verso l'esclusione della possibilità, da parte del soggetto dichiarato fallito, di integrare la fattispecie prevista dalle disposizioni dell'articolo 218.

Durante il medesimo periodo "storico" nel quale scriveva Conti, anche TENCATI[511] aderiva a questa corrente dottrinale. In modo particolare, esso indicava come il reato di ricorso abusivo al credito fosse da considerarsi sicuramente alla stregua di reato fallimentare, individuando, perciò, il carattere indispensabile della sentenza dichiarativa di fallimento. Specificamente, l'Autore individuava l'impossibilità di compiere il reato in esame successivamente rispetto all'emanazione della pronuncia di fallimento, soprattutto perché "successivamente alla pronuncia fallimentare, il dissesto viene conclamato, con la conseguenza che dovrebbe essere impossibile al creditore di media diligenza ignorare il fallimento della controparte"; perciò l'Autore prendeva in considerazione uno dei punti critici considerati, e contrastati, da parte di La Monica all'interno della sua particolare trattazione.

Entrando nello specifico, nel periodo appena citato si può notare come Tencati utilizzava una dicitura ipotetica poiché era a conoscenza dei casi giurisprudenziali, giunti sino in Cassazione, nei quali alcuni imprenditori venivano processati per aver commesso il ricorso abusivo al credito successivamente rispetto alla declaratoria di fallimento[512]; tuttavia, l'Autore sottolineava come i giudicati ai quali si poteva fare riferimento non prendevano adeguatamente in considerazione il carattere pubblico, e quindi "conoscibile", delle sentenze penali di fallimento, derivante dal loro deposito in cancelleria; inoltre, esso indicava come la corte di legittimità si fosse più volte occupata di considerare in modo unilaterale la posizione del soggetto fallito e nuovamente ricorso al credito, senza tenere conto del ruolo, di essenziale concorso, svolto nella commissione del reato da parte del creditore. In altri termini, Tencati, sottolineando l'impossibilità di non conoscere il contenuto di una sentenza di fallimento, oggettivamente pubblica e spesso "famosa" soprattutto in relazione agli imprenditori più importanti, indicava come la condanna del soggetto attivo per ricorso abusivo al credito non fosse totalmente corretta, in quanto non vedeva la considerazione, da parte del giudice, del relativo ruolo di concorrente del creditore che avrebbe potuto meglio informarsi sui "precedenti" finanziari del soggetto che richiedeva l'erogazione del credito, soprattutto con riferimento alla particolare pubblicità alla quale le sentenze di fallimento vengono sottoposte.

In conclusione, infatti, l'Autore proponeva la possibilità di imputare l'imprenditore-soggetto attivo non per il reato ex articolo 218 Legge Fallimentare ma per la fattispecie di insolvenza fraudolenta o, nei casi più gravi di commissione di veri e propri "artifizi e raggiri", per il reato di truffa.

---

[511] TENCATI A., *Imprenditore insolvente…*, cit., p. 712;

[512] L'Autore fa espresso rinvio, all'interno del testo, alla sentenza di Cassazione penale del 22 dicembre 1968, pubblicata in *Rep. Giur. It.*, 1969, voce *Bancarotta*, n. 73;

L' orientamento in esame ha continuato a raccogliere consensi anche nei decenni successivi; infatti, gli anni Novanta hanno visto il sorgere di nuove tesi favorevoli alla posizione esaminata, come quella di PEDRAZZI [513] che indica, *in primis* che il reato di ricorso abusivo al credito è un reato subordinato alla condizione di punibilità del fallimento; tale circostanza, perciò, determina per l'Autore la necessità di limitare la commissione del reato in esame esclusivamente al "periodo" prefallimentare, in quanto le condizioni di punibilità sono degli elementi che intervengono successivamente rispetto all'integrazione, e quindi al perfezionamento, della fattispecie di reato. Ma ciò non basta, poiché, L'Autore basa la sua opinione anche su un particolare elemento letterale, ossia l'indicazione, all'interno dell'articolo 218, della possibilità di imputare per la fattispecie qui esaminata solo l'imprenditore esercente attività commerciale; secondo Pedrazzi, posto come punto fermo questo elemento, il soggetto già fallito può porre in essere una nuova attività di ricorso al credito solamente nel caso in cui eserciti, "di fatto", una nuova attività commerciale che faccia capo anche (o esclusivamente) al soggetto precedentemente dichiarato fallito. In questo caso, il dissesto, come elemento costitutivo della fattispecie, dovrà essere rilevato in relazione all'esercizio di una nuova attività di impresa e la punibilità del fatto di reato sarà condizionata dall'ottenimento di una seconda differente dichiarazione di fallimento. In altri termini, l'Autore vuole indicare che non essendovi, presso il soggetto dichiarato fallito, le qualità necessarie al fine di poterlo individuare alla stregua di imprenditore commerciale, vi è l'opportunità di punire il fallito per il ricorso abusivo al credito solo nel caso in cui l'attività da esso esercitata, e relativa alla dissimulazione del dissesto allo scopo di ottenere il fallimento, sia indipendente e "nuova" rispetto a quella precedente, già "bruciata" dalla ormai intervenuta declaratoria fallimentare.

Afferma la correttezza di questa tesi, all'interno della propria opera, anche PATERNITI[514] il quale sottolinea, piuttosto sinteticamente, che il reato di ricorso abusivo al credito "è punibile solo dopo dichiarato lo stato di insolvenza. Quando, cioè, non è più realizzabile da chi lo ha posto in essere in quanto ha cessato l'attività di amministratore per l'avvio della liquidazione coatta"; per l'Autore, perciò, la condotta rilevante a livello penale può essere posta in essere solo precedentemente rispetto all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, che viene visto, ovviamente, come accertamento strumentale rispetto all'emanazione della sentenza

[513] In BONSIGNORI A., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., pp. 194-195;
[514] PARTENITI C., *Diritto penale dell'economia,* Torino, Giappichelli, 1995, p. 167;

dichiarativa di fallimento, quindi come condizione obiettiva di punibilità, in quanto solo successivamente rispetto alla sua individuazione viene indicato come punibile il reato in esame.

Le argomentazioni ivi individuate vengono, successivamente, rilevate e sottoscritte da LO CASCIO [515], che indica l'impossibilità di commettere il reato in esame successivamente rispetto alla declaratoria di fallimento sia per la necessità, al fine di poter integrare la fattispecie descritta dall'articolo 218, di dissimulare la situazione di dissesto in modo da evitare che la controparte "si avveda della situazione", elemento che manca nel caso di declaratoria di fallimento per il suo carattere "pubblico" e palese, sia a causa della perdita, determinata dal verificarsi del fallimento, delle qualifiche soggettive necessarie al fine di commettere quello che può essere assolutamente indicato come un reato proprio.

Quindi, si può indicare come già durante gli anni Novanta la dottrina maggioritaria si stesse "assestando", individuando, con riferimento alla posizione in esame, molto spesso argomentazioni e giustificazioni similari o, addirittura, identiche.

Nell'analisi del presente orientamento non può, però, essere trascurata la tesi di ANTOLISEI[516], sostenuta già a partire dagli anni Novanta dall'eminente Autore, ma ribadita, grazie anche agli aggiornamenti apposti da parte di Conti, sino all'ultima edizione del suo *Manuale*; l'Autore, differentemente rispetto a molti dei giuristi precedentemente citati, sostiene, in modo esplicito, l'impossibilità di compiere il reato in esame successivamente rispetto alla declaratoria giudiziale di fallimento "non tanto perché non potrebbe essere dissimulato un dissesto reso pubblico dall'intervenuta declaratoria di fallimento[517], quanto piuttosto perché si è di fronte ad un reato proprio, che richiede nel soggetto qualità delle quali egli è privato per effetto della declaratoria medesima[518]"; il punto fondamentale, l'elemento cardine della questione, perciò è riferito alla qualifica soggettiva che deve, necessariamente, riguardare e "accreditare" il soggetto attivo del reato di ricorso abusivo al credito, in quanto tale fattispecie non può essere integrata da parte di "chiunque"; in altri termini, mettendo da parte il problema della pubblicità della sentenza dichiarativa di fallimento, essendoci, secondo l'Autore, anche la possibilità che un determinato creditore non ne abbia avuto notizia,

[515] LO CASCIO G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, IPSOA, 1998, p. 540;
[516] ANTOLISEI F., *Manuale …*, cit., pp. 179-180;
[517] E in relazione a ciò l'Autore cita una sentenza risalente del Pretore di Napoli, del 30 giugno 1950, in *Giust. Pen.*, 1952, II, c. 84;
[518] Favorevole a tale orientamento, anche in relazione all'argomentazione ivi utilizzata è anche LO CASCIO G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, IPSOA, 1998, p. 540;

l'Autore ritiene impossibile attribuire la commissione di un reato proprio ad un soggetto che non abbia le qualifiche soggettive richieste da parte della legge per il suo concreto compimento.
Antolisei, tuttavia, affronta anche il problema di un eventuale "ri-acquisto" di tali qualifiche soggettive da parte dell'agente prima del termine della procedura concorsuale; in questo caso l'Autore dichiara che il reato potrà comunque sussistere ma solo come fattispecie riferita ad una nuova impresa il cui dissesto potrà sfociare, se ve ne sono gli estremi, in una nuova ed autonoma dichiarazione di fallimento. Questa possibilità può essere riferita anche al caso di un imprenditore dichiarato fallito che continui ad esercitare altre imprese, con capitale altrui, e che dissimuli il dissesto con riferimento allo stato patrimoniale dell'impresa effettivamente esercitata. È quindi necessario, in questo caso, al pari di quanto indicato già da parte di Pedrazzi, che il soggetto compia un'attività completamente "nuova" per poter essere dichiarato colpevole di un differente, e successivo, reato ex articolo 218.

Infine, si colloca all'interno di questo schieramento dottrinale maggioritario, ormai all'epoca attuale, anche PALAZZO [519]; L'Autore si occupa, come prima cosa, di sottolineare come il reato di ricorso abusivo al credito possa essere commesso esclusivamente da parte di un imprenditore che eserciti l'attività commerciale, quindi non da parte del fallito, questo per un motivo molto semplice: è necessario che la dissimulazione del dissesto si riferisca ad una condizione patologica delle finanze dell'impresa non nota al soggetto che si occupi di concedere il credito, ed è fondamentale che il soggetto attivo abbia ancora la possibilità di porre in essere opere integranti lo svolgimento di una attività riconoscibile come "commerciale" . È infatti necessario l'altrui stato di ignoranza per poter integrare la fattispecie descritta dalle disposizioni dell'articolo 218, ignoranza che viene esclusa dalla possibilità, anche solo potenziale, di acquisire la consapevolezza del dichiarato stato di insolvenza o dissesto dell'imprenditore; inoltre, appunto, è fondamentale che il soggetto attivo si occupi di dissimulare il dissesto o l'insolvenza nell'esercizio di un'effettiva attività commerciale, e non quando tale attività non sia più ulteriormente esercitabile a causa del venir meno sia della qualifica di imprenditore commerciale sia delle possibilità materiali (ad esempio della disponibilità patrimoniale) di poter disporre di beni e capitale allo scopo di attuare tale funzione commerciale.
Per questi motivi, già richiamati da molti degli autori precedentemente citati, Palazzo esclude la configurabilità del reato in esame alla stregua di fattispecie postfallimentare.

[519] PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p. 957;

Grazie alla carrellata di opinioni dottrinali effettuata all'interno del presente paragrafo si è, perciò, individuata la maggioritaria propensione dei giuristi, anche in tempi piuttosto recenti, per l'esclusione della commissione del reato di ricorso abusivo al credito successivamente rispetto alla emanazione della prima sentenza dichiarativa di fallimento, con limitate deroghe in relazione al caso nel quale il soggetto attivo si occupi di amministrare una nuova impresa, o un'impresa altrui, con riferimento alla quale determinare la commissione del reato di ricorso abusivo al credito.

Inoltre, sembra che tale orientamento dottrinale sia adeguatamente confermato anche dalla giurisprudenza della corte di Legittimità.

Infatti, per quanto riguarda l'orientamento della Corte di Cassazione, si può affermare che la giurisprudenza più recente conferma quanto sostenuto da questa seconda parte della dottrina; infatti, in alcune pronunce della Corte di Cassazione si parla del ricorso abusivo al credito come di un reato realizzabile prima della dichiarazione di fallimento, anche se, comunque, necessariamente legato alla declaratoria fallimentare in quanto condizione obiettiva di punibilità. La sentenza più recente (del marzo del 2007) reca, appunto, una dichiarazione chiara ed esplicita delle suprema Corte, nella quale si sottolinea che "deve rilevarsi che il reato di cui alla L. Fall., art. 218 (compreso nel capo dei "reati commessi dal fallito") sanziona il ricorso al credito da parte dell'imprenditore non ancora fallito che, a tal fine dissimuli lo stato di dissesto. Peraltro il reato richiede che il soggetto al quale esso viene addebitato sia successivamente dichiarato fallito"[520]. Non si può, perciò, dubitare delle intenzioni della Corte all'interno della pronuncia citata.

Possono aggiungersi, inoltre, a questa recentissima sentenza, altre pronunce della medesima Corte, antecedenti rispetto a quella appena citata, ugualmente chiare e categoriche sul punto e recanti il medesimo orientamento appena espresso; una prima sentenza, del 2002[521], vede l'indicazione, da parte della Corte, della necessità, per il compimento del reato in esame, della presente consapevolezza del soggetto attivo, della possibilità di fallire e la successiva conclusione per la quale il reato può essere commesso solo prima della sentenza dichiarativa di fallimento. Vi è poi una sentenza del 2004[522] nella quale si indica che: "Il ricorso abusivo al credito è ipotesi di reato del tutto differente; si tratta dell'imprenditore non ancora dichiarato fallito che, dissimulando il proprio stato di dissesto, ricorra al credito.". Anche in

[520] Cassazione penale , sezione V , 06 marzo 2007 , n. 13846;
[521] Cassazione penale , sezione V , 18 ottobre 2002 , n. 38225
[522] Cassazione penale, sezione V , 4 maggio 2004 , n. 23796

questo caso il riferimento della Suprema Corte alla necessità di escludere il reato in esame dalle fattispecie postfallimentari sembra piuttosto inequivocabile.

iv. I casi di concorso dell'extraneus

Si è più volte fatto riferimento al carattere di "reato proprio" della fattispecie di ricorso abusivo al credito e quindi alla limitazione del possibile novero di soggetti attivi che lo possono commettere. Tuttavia il reato in esame può essere posto in essere anche da parte di soggetti attivi differenti rispetto a quelli individuati dalle specifiche disposizioni di legge che sono state (e verranno) esaminate, ma solo a determinate condizioni. In modo particolare, si deve affrontare il problema del concorso dell'*extraneus* alla stregua di soggetto che non riveste le specifiche qualifiche soggettive richieste dalle disposizioni di legge richiamate nella presente dissertazione.
Rimandando al capitolo successivo la trattazione del problema della responsabilità specifica delle banche e degli istituti di credito per concessione abusiva del credito, qui si vuole affrontare un discorso più generale relativo alla possibilità di commettere il reato in esame in concorso con un soggetto "estraneo".

Innanzitutto è necessario ricordare in quale modo può configurarsi un concorso di "estranei" nel reato proprio. In relazione a tale tipologia di reati, l'"estraneo" deve contribuire, per potersi indicare come concorrente, causalmente alla realizzazione del fatto costitutivo del reato proprio (nella forma consumata o tentata) nelle forme del concorso materiale o morale; in modo specifico si ha concorso materiale "quando una condotta atipica di aiuto è stata condizione necessaria per l'esecuzione del fatto concreto penalmente rilevante da parte di altri" [523]; tale aiuto materiale può assumere differenti forme[524], che possono determinare l'integrazione di condotte in astratto sostituibili o insostituibili[525]. Questa distinzione non rileva nel caso in cui, in concreto, si controlli il contributo causale determinato dal soggetto concorrente, poiché concretamente tutte le condotte legate al verificarsi del fatto da un nesso di causalità sono insostituibili, ma tale discrasia può rilevare in sede di commisurazione della

[523] DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., p. 272;
[524] DOLCINI e MARINUCCI individuano differenti esempi, quali: la consegna della pistola con la quale viene commesso l'omicidio, l'apertura della porta dell'appartamento nel quale viene successivamente commesso il furto, la comunicazione da parte del direttore di una banca dei codici di accesso al sistema informatico di quell'istituto che consentono ad un esperto di informatica di trasferire sul proprio conto e su quello del direttore denaro di clienti;
[525] In quanto, nel primo caso, chiunque avrebbe potuto compiere quella determinata condotta, mentre nel secondo caso essa era realizzabile solo da parte di alcune categorie di soggetti;

pena, determinandosi l'applicazione di una sanzione più grave relativa alle condotte non sostituibili, in quanto molto più rilevanti in merito alla commissione del fatto di reato.

Si ha, invece, concorso morale quando un soggetto, "con comportamenti esteriori (consigli, minacce, doni, promesse) fa nascere in altri il proposito di commettere il fatto, che poi viene commesso, ovvero rafforza un proposito già esistente ma non ancora consolidato"[526]. Perciò, nel concorso morale il nesso di causalità tra condotta atipica e fatto principale viene determinato grazie ad un duplice passaggio: in primo luogo, l'istigazione deve far nascere o rafforzare in capo all'istigato il proposito di commettere un determinato reato; successivamente, tale reato deve essere effettivamente commesso[527]. L'influenza causale, ulteriormente, deve essere accertata in concreto (essenzialmente utilizzando il giudizio controfattuale), dovendosi escludere un ruolo rilevante dell'istigatore qualora l'autore intraneo fosse già, da solo, convinto della necessità di commettere il reato concretamente compiuto[528].

Infine, è necessario precisare che la responsabilità del soggetto partecipe, in generale, dipende anche dalla presenza del dolo, che deve riguardare e "ricoprire" sia il fatto principale compiuto dall'autore, sia il contributo causale determinato rispetto alla condotta tipica; quindi, il soggetto che svolge il mero ruolo di partecipe deve rappresentarsi e volere, per poter determinare l'integrazione del ruolo di partecipazione, l'apporto del proprio contributo causale alla realizzazione, da parte di altri, di un fatto di reato consumato, anche se, in concreto, il fatto può successivamente arrestarsi allo stadio del tentativo. La rappresentazione deve riferirsi al compimento di un fatto concreto conforme rispetto a quello descritto dalla norma incriminatrice, con l'irrilevanza della concreta conoscenza delle specifiche modalità con le quali l'autore realizzerà il reato.

Facendo preciso riferimento al concorso di persone "estranee" nel reato proprio, si deve indicare che il dolo del partecipe esige la consapevolezza e la volontà di contribuire alla realizzazione del fatto costitutivo del reato proprio; per questo motivo si richiede all'estraneo anche la consapevolezza della qualità rivestita dall'intraneo, poiché, come si è visto, il dolo deve riferirsi a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie; quindi, essendo la qualifica, ad esempio, di imprenditore un elemento costitutivo necessario della fattispecie sarà fondamentale, allo scopo di estendere la punibilità al terzo, che tale soggetto sia assolutamente consapevole del ruolo rivestito da parte del "principale" soggetto attivo del

[526] DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., p. 273;
[527] Questo duplice passaggio viene esplicitamente evidenziato all'interno delle disposizioni dell'articolo 115 c.p.;
[528] Ad esempio, la mera presenza sul luogo del reato non integra un concorso morale, tranne nel caso in cui sia stata accompagnata da una chiara manifestazione di adesione al comportamento di reato e l'autore dello stesso ne abbia tratto un rafforzamento dell'intento criminoso, o comunque una rassicurazione;

delitto. A questa regola derogano le disposizioni dell'articolo 117 c.p. per le quali non è necessario che l'estraneo conosca la qualifica soggettiva dell'intraneo; questo, però, accade solo limitatamente alle ipotesi nelle quali le specifiche qualità dell'autore determinano un mutamento del titolo di reato, cioè restringendo il campo di applicazione di questa norma al caso nel quale accanto alla figura di reato proprio esista una corrispondente fattispecie di reato comune[529]. Ovviamente, in ogni caso, il reato proprio, per rispetto del principio di legalità, deve essere commesso da parte di un soggetto avente una specifica qualifica soggettiva[530]; in altri termini, non è possibile imputare, a titolo di responsabilità penale principale, il reato proprio ad un soggetto al quale manchi la specifica qualifica soggettiva richiesta dalla legge, lasciando il ruolo di semplice concorrente al soggetto "qualificato".

Alla luce di queste premesse, si può affermare che, almeno in termini generali, concorre nel reato di ricorso abusivo al credito chiunque aiuti l'imprenditore (o uno degli altri soggetti attivi) ad ottenere il credito, pur nella consapevolezza dello stato di dissesto o insolvenza dell'impresa o della società; nel passato si è sostenuta[531] la possibile concorrenza nel reato di ricorso abusivo al credito dell'operatore bancario che, conoscendo lo stato di dissesto o insolvenza del soggetto attivo, lo aiuti, nella richiesta di credito, a dissimulare tale stato anche solo con una condotta omissiva di mancata valutazione, di mancata richiesta o acquisizione dei dati relativi alla sua situazione economica. In modo specifico, la dottrina italiana consentiva già nel passato, in relazione al reato in esame, l'applicazione di una sanzione nei confronti dell'*extraneus* (ad esempio il dirigente di una banca) sia di tipo penale, a causa del concorso con l'imprenditore nella commissione del reato di ricorso abusivo al credito, sia, anche se in modo più controverso, di tipo civile per il danno causato con il proprio comportamento nei confronti del terzo soggetto ingannato. Quindi, grazie a questo

---

[529] Ad esempio chi istiga il possessore di una somma di denaro ad appropriarsene allo scopo di trarne profitto (proprio o dell'istigatore) ignorando che l'istigato è pubblico ufficiale, che possiede il denaro in ragione del proprio ufficio, (circostanza che individua il reato di peculato rispetto all'appropriazione indebita) risponderà non per concorso nell'appropriazione indebita, bensì, ex articolo 117, di concorso nel più grave reato di peculato, ma solo se un uomo ragionevole, al suo posto, si sarebbe reso conto che colui che veniva istigato era un pubblico funzionario;

[530] Nel testo di DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., p. 278, viene fatto un esempio molto chiaro a riguardo riferito al caso di un pubblico ufficiale che lasci aperta la cassaforte del proprio ufficio, consentendo a un estraneo di impadronirsi del denaro ivi contenuto. In modo particolare in questo caso non potrà esservi un concorso in peculato in quanto nel peculato, ex articolo 314 c.p., la condotta di appropriazione può essere posta in essere solo da parte di chi abbia già il legittimo possesso della cosa di cui si appropria. Per questo motivo ivi sarà stata integrata la fattispecie di furto.

[531] COCCO G., *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, p. 543;

orientamento[532] si sarebbe potuto sanzionare, attraverso l'applicazione "estesa" delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, il comportamento dell'operatore bancario infedele, che conoscendone lo stato di insolvenza o dissesto, aiuti l'imprenditore, qualora esso ponga in essere una richiesta di concessione di nuovo credito o di mantenimento di quello esistente, a dissimulare tale *status* anche solo ponendo in essere una condotta omissiva di mancata valutazione o acquisizione dei dati riferiti alla situazione economica; in altri termini, si poteva far derivare dalle disposizioni dell'articolo in esame una regola per la quale la disposizione stessa poteva "essere dilatata fino a ricomprendere […] un dovere da parte dei terzi di astenersi dal compiere atti che consentano al debitore di dissimulare il proprio stato di dissesto e di continuare ad assumere debiti"[533].

In generale, perciò, si evidenziava la possibilità di sanzionare il comportamento dell'ente finanziatore che si fosse occupato di non astenersi dal compiere atti che potevano consentire al debitore di dissimulare il proprio stato di dissesto[534].

A tal riguardo si indicava, di contro, l'impossibilità di applicare la medesima sanzione nei confronti del banchiere che, svolgendo la propria attività nell'assoluto interesse della banca, sulla base di una completa e veritiera valutazione dei dati riferiti all'imprenditore, consenta, attraverso l'erogazione (o il mantenimento) di un finanziamento, di prolungare la vita dell'impresa ormai in profonda crisi; infatti, per poter rispondere della dissimulazione del dissesto, il banchiere avrebbe dovuto agire rappresentandosi l'esistenza, al momento della concessione del fido o del prestito, del "disegno criminoso" che l'imprenditore intendeva attuare utilizzando l'apparente solidità per ottenere crediti da terzi.

Quelli appena indicati sono i termini generali della questione riferita al concorso dell'*extraneus* nel reato in esame; tuttavia, soprattutto in relazione al problema della responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito, il discorso diventa molto più complesso, in quanto, all'interno della dottrina, numerosi giuristi si sono occupati di esaminare, e "giudicare" la questione in esame.

Le posizioni dottrinali principali, perciò, verranno esaminate di seguito, con un rimando all'apposito paragrafo[535] in relazione alla più complessa questione della responsabilità civile della banca per concessione del credito di tipo abusivo.

---

[532] Riportato proprio da COCCO all'interno del testo citato;

[533] Questo viene indicato dall'autorevole giurista NIGRO A., *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito,* in (a cura di) PORTALE G.B., *Le operazioni bancarie.*, vol. I, Milano, Giuffré, 1978, p. 328;

[534] Così FRANCHINA G., *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito,* in *Dir. Fall,*, 1988, I, p. 662;

Supra si è potuto accennare all'orientamento dottrinale favorevole alla configurazione, sulla base delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, di una responsabilità della banca nel caso di concessione abusiva del credito; in tale sede si è anche accennato ad una delle posizioni più importanti, per non dire la "prima", sul tema, ossia quella di NIGRO[536]; tale Autore, infatti, fu colui che diede il via alle successive discussioni relative proprio alla possibilità di ravvisare il concorso dell'ente creditizio, alla stregua di concorso esterno, nella commissione del reato di ricorso abusivo al credito.

In modo particolare, l'Autore si occupava di tale problema esaminando, più in generale, la questione della concessione abusiva del credito; esso, perciò, poneva la problematica in termini generali, partendo proprio dall'esame del carattere necessariamente ingiusto della condotta posta in essere dal finanziatore, allo scopo di potergli applicare le disposizioni sanzionatorie previste sia a livello civile (come l'articolo 2043 c.c. che richiama esplicitamente il carattere dell'ingiustizia del danno) sia a livello penale, e indicando che l'applicazione delle norme di legge era subordinata al tipo di significato che si volesse attribuire al termine "ingiusto". In modo specifico, infatti, se si fosse individuata l'ingiustizia nella violazione di una disposizione di legge, non si sarebbe potuta sanzionare la responsabilità del finanziatore, in quanto "nel nostro ordinamento non è possibile individuare una qualche disposizione di legge la quale, a tutela dei creditori, positivamente prescriva di non concedere credito ad imprenditori in difficoltà economiche o […] in stato di insolvenza"[537]; quindi già durante gli anni Settanta si escludeva l'esistenza di una norma che determinasse un divieto a predisporre tali forme di finanziamento nei confronti di un imprenditore in crisi e che consentisse, perciò, di sanzionare chi si occupava di porre in essere tale tipo di attività.

Se, invece, l'ingiustizia fosse stata ancorata non ad una specifica norma di legge ma ad un generale principio di correttezza e solidarietà a favore dei creditori, vi sarebbe stata la possibilità di sanzionare in concreto il comportamento illegittimo della banca; in modo particolare sarebbe stato possibile indicare l'onere della banca di evitare di violare, attraverso il mancato rispetto degli obblighi di correttezza e solidarietà, il diritto di credito, oggettivamente rilevante per l'ordinamento, dei creditori dell'imprenditore destinatario del finanziamento.

---

[535] Paragrafo e) del presente capitolo;
[536] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., pp. 301 ss.;
[537] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 324;

Inoltre, l'Autore indicava la possibilità di ravvisare l'esistenza di un generico onere, a carico del finanziatore, di protezione degli interessi non solo del debitore ma anche della generalità dei creditori, direttamente all'interno delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare; questo rilievo sarebbe stato individuato in riferimento alla sua specifica *ratio*, rappresentata dall'intento di proteggere i patrimoni dei creditori, sia se già esistenti sia se da considerarsi "futuri", dal pericolo di inadempimento connesso allo stato di dissesto del debitore; infatti, l'Autore dichiarava che la disposizione esprimeva "l'intento di proteggere i patrimoni dei creditori dal pericolo di inadempimento connesso allo stato di dissesto del debitore e, al tempo stesso, di impedire, nell'interesse della massa dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da ulteriori assunzioni di debiti, eventualmente in modo rovinoso"[538]; tale norma, perciò secondo Nigro apponeva anche l'intento del legislatore di evitare che vi fosse un aggravamento del dissesto riguardante il soggetto imprenditore-debitore. A riguardo, inoltre, l'Autore individuava il conseguente "dovere del debitore in dissesto di non ricorrere al credito dissimulando le proprie precarie condizioni economiche"[539] parallelo rispetto a quello dei creditori "di astenersi dal compiere atti che consentano al debitore di dissimulare il proprio stato di dissesto e di continuare ad assumere debiti: un dovere di astensione che, *in primis*, riguarda proprio le concessioni di credito"[540].

Così, l'Autore riconosceva che la norma in esame conteneva un'indicazione sia relativa all'imprenditore (volta ad evitare che esso dissimulasse il suo dissesto o lo stato di insolvenza) sia ai finanziatori in riferimento ai quali si prevedeva un dovere di astenersi dal compiere quegli atti (primo fra tutti quello di concedere il credito) che consentivano al debitore di dissimulare il proprio *status* finanziario e che, indirettamente, provocavano danni nei confronti degli altri creditori dell'imprenditore .

Ecco, quindi, che l'Autore indicava come "appare possibile pervenire senza particolari difficoltà a costruire l'operato del terzo, che dolosamente o colposamente concede credito ad un imprenditore commerciale in dissesto […] come una fattispecie di concorso nella violazione di un obbligo di comportamento posto a tutela della generalità dei creditori"[541]; esso, inoltre, aggiungeva un riferimento anche alle disposizioni dell'articolo 217 n. 3 Legge Fallimentare, che punisce

[538] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit. p. 328;
[539] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit. p. 328;
[540] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit. p. 328;
[541] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 328;

"con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente[…]

3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento"

E che verrà preso in considerazione nei decenni successivi da parte della dottrina alla stregua di "alternativa" rispetto all'articolo 218, allo scopo di suffragare tesi opposte rispetto a quella appena costituita come oggetto di disamina; infatti, Nigro sottolineava che anche in relazione alle disposizioni richiamate da ultimo si poteva individuare, nel caso in cui vi fosse stato un finanziamento abusivo dell'imprenditore in critiche condizioni economiche, una responsabilità del terzo concorrente, in quanto, anche in questa circostanza, si poteva considerare integrata una violazione di un obbligo imposto a tutela dei creditori. L'unico elemento di distinzione che veniva evidenziato, secondo l'Autore, nel comportamento del terzo riferito alla norma relativa alla bancarotta rispetto alla circostanza del concorso in ricorso abusivo al credito ,era il riferimento alla "grave imprudenza" predisposto nella norma dell'articolo 217, in quanto ciò avrebbe comportato la necessità di ravvisare la presenza di una concessione di credito particolarmente gravosa (ad esempio in relazione all'alto tasso di interesse o alle ampie garanzie richieste) per il debitore.

Tale tipo di condotta, tuttavia, in tempi più recenti, non è stata più univocamente ricondotta, da parte della dottrina, alle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare per commissione del reato in concorso rispetto al principale soggetto attivo; infatti, già durante gli anni Ottanta tra i differenti giuristi serpeggiavano i primi dubbi in merito; ciò si può notare analizzando lo scritto di FRANCHINA [542] nel quale l'Autore si occupa di rilevare come la dottrina precedente, essenzialmente riconducibile al già citato Nigro, avesse individuato la possibilità di tutelare i terzi creditori nell'individuazione di un generico dovere "di comportamento" predisposto nei confronti della banca e ravvisabile all'interno delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare; tuttavia, Franchina non sembra essere d'accordo con la più risalente dottrina, poiché indica che vi potrebbero essere delle difficoltà nell'individuare una concorrente responsabilità della banca per il ricorso abusivo al credito, in relazione alla difficoltà di ravvisare un comportamento della stessa diretto alla dissimulazione del dissesto come elemento centrale del fatto di reato considerato; in altri termini, l'Autore individua delle difficoltà nell'estendere la commissione della condotta di dissimulazione ad un ente e,

[542] FRANCHINA G., *La responsabilità…,* cit., pp. 662-663;

soprattutto, ad un soggetto differente da quello individuato esplicitamente all'interno delle disposizioni di legge in esame, ossia l'imprenditore; in questo senso, esso proponeva la più agevole applicabilità delle disposizioni dell'articolo 217 n. 4 Legge Fallimentare che punisce, a titolo di bancarotta semplice, l'imprenditore insolvente, successivamente dichiarato fallito, che *"ha aggravato il proprio dissesto astenendosi dal chiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa";* in modo particolare, esso evidenzia, in modo prudenziale, come l'applicazione della seconda disposizione richiamata potrebbe avvenire solo qualora il nuovo (o perdurante) ricorso al credito non poteva avere altro esito se non quello di prolungare la "discesa" finanziaria dell'impresa.

Già prima di Franchina, però, un altro eminente Autore si era occupato di individuare la possibilità di porre in dubbio la risalente teoria di Nigro; si vuole fare riferimento, in questo senso, a PRATIS[543] il quale, sempre nel contesto della più ampia analisi della valutazione dell'esistenza (o meno) di una responsabilità extracontrattuale della banca, affronta anche il problema del "ruolo" dell'articolo 218 Legge Fallimentare con riferimento al rapporto tra banca e impresa. In modo particolare, esso indica come la teoria citata faceva discendere l'obbligo della banca di astenersi dall'instaurare ulteriori rapporti di credito con l'imprenditore dissestato o in stato di insolvenza, dalle disposizioni del citato articolo della Legge Fallimentare, in quanto tale norma avrebbe potuto determinare l'applicazione della relativa sanzione nei confronti di quel creditore che, pur conoscendo (o dovendo conoscere) l'esistenza di una crisi economica all'interno dell'impresa da finanziarsi, concede comunque il credito; in questo caso si sarebbe prospettata una responsabilità della banca o, più in generale, del finanziatore per concorso nel reato di ricorso abusivo al credito.

Tuttavia, Pratis si dichiara non d'accordo con tale orientamento poiché "attraverso questo ragionamento si perverrebbe implicitamente a configurare un dovere di comportamento come se fosse sussistente una norma che si riconosce invece pacificamente inesistente nel nostro ordinamento: una norma, cioè, per la quale sarebbe da ritenersi vietato non soltanto alla banca, ma a chiunque di concedere credito, consapevolmente o per colpa, all'impresa in dissesto" [544]; in altri termini, l'Autore si distanzia dalla teoria appena illustrata in quanto essa richiederebbe, in concreto, la identificazione di una norma di legge che consenta di fondare l'obbligo giuridico di astenersi dall'erogazione del credito all'imprenditore in condizioni economiche "critiche".

---

[543] PRATIS C.M., *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione "abusiva" di credito?*, in *Giur. Comm.*, 1982, I, pp. 841 ss.;

[544] PRATIS C.M., *Responsabilità…*, cit., p. 844;

Infatti, esso continua la sua dissertazione indicando che anche la giustificazione addotta dai sostenitori della teoria opposta, per la quale l'articolo 218 fonderebbe tale obbligo in relazione alla sua *ratio,* indicata come riferibile all'intento di proteggere il patrimonio dei creditori dal pericolo di inadempimento, e all'obiettivo, allo stesso tempo, di evitare che il dissesto dell'imprenditore si aggravi ulteriormente, non è sufficiente; questo perché l'unico obbligo che deriva dalle disposizioni considerate è quello relativo all'imprenditore, cioè quello di non ricorrere al credito dissimulando le proprie critiche condizioni patrimoniali ed economiche. Quindi, se l'imprenditore non si occupa di dissimulare lo stato di dissesto o di insolvenza, e la banca gli concede il credito, tale comportamento della seconda non può essere, secondo l'Autore, indicato come integrante una fattispecie delittuosa poiché "dalla norma in esame è implicitamente esclusa l'illiceità del comportamento di chi ricorre al credito pur essendo in stato di dissesto, ma senza occultarlo, a maggior ragione è da escludere che dalla norma stessa si possa ricavare l'illiceità del comportamento di chi concede il credito con la consapevolezza che il richiedente si trova in quello stato"[545].

Per Pratis, qualora si verifichi la situazione appena prospettata è possibile, però, individuare una responsabilità per concorso nel ricorso abusivo al credito del dirigente di banca che agevoli consapevolmente l'imprenditore nel dissimulare il proprio dissesto, dandogli la possibilità di ottenere, fraudolentemente, il credito che diversamente non gli sarebbe stato concesso. Tuttavia, in questo caso l'Autore riconosce solo l'ascrivibilità di una responsabilità penale personale al singolo dirigente bancario, che ha direttamente danneggiato anche la stessa banca, poiché la responsabilità penale dell'ente creditizio viene esclusa a causa dell'impossibile coinvolgimento del committente di un certo determinato atto posto in essere dal destinatario dell'ordine, quando il fatto dannoso è ascrivibile a dolo penale del commesso; infatti, Pratis richiama a riguardo il c.d. criterio della "pertinenza degli atti dannosi all'esercizio delle incombenze", rilevabile dalle disposizioni dell'articolo 2049 c.c. il quale stabilisce che

"i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti"

E in relazione al quale si potrebbe individuare il principio per il quale gli atti posti in essere dal commesso, pur non coincidendo con l'oggetto dell'incarico, possono farsi rientrare nel suo contenuto e scopo. Quindi, per Pratis si potrebbe concepire una responsabilità diretta del

[545] PRATIS C.M., *Responsabilità…,* cit., p. 845;

soggetto, operatore dell'ente di credito, che abbia aiutato l'imprenditore a dissimulare il proprio dissesto ma non del corrispondente finanziatore principale, il quale subisce, al pari degli altri creditori, i danni derivanti dall'erogazione del credito nei confronti di un soggetto molto probabilmente insolvente.

La presente critica ha raccolto consensi anche nei decenni successivi rispetto all'epoca nella quale scriveva Pratis; in modo particolare, si può prendere in considerazione uno scritto della CAPOLINO[546], pubblicato nella seconda metà degli anni Novanta, all'interno del quale l'Autrice, come prima cosa, si occupa di rapportare la fattispecie in esame con la possibile erogazione abusiva del credito posta in essere da parte della banca. In modo specifico, essa indica che nonostante la condotta descritta dall'articolo 218 è (nel momento in cui l'Autrice scrive) limitatamente rivolta all'imprenditore, i precedenti esponenti della dottrina si erano occupati di sottolineare la presenza di obblighi di condotta rivolti alle banche che, se violati, avrebbero potuto determinare l'imputazione di queste per concorso. Tuttavia, per la Capolino tale "estesa" imputazione "appare difficilmente configurabile, presupponendo il reato la dissimulazione da parte dell'imprenditore del proprio stato di dissesto"[547]; in altri termini, l'Autrice sostiene l'impossibilità di imputare l'istituto di credito per la commissione in concorso del ricorso abusivo al credito, a causa dell'impossibilità di essa di partecipare all'atto principale connotante la fattispecie in esame, cioè l'attività del "dissimulare".
La Capolino si è occupata, inoltre, di sottolineare la possibile "sostituzione", allo scopo di sanzionare il comportamento dell'ente finanziatore, dell'articolo 218 con il 217 n. 4 Legge Fallimentare, in quanto la banca potrebbe, in questo caso, attraverso il proprio finanziamento contribuire attivamente al mantenimento in vita di un'impresa in stato di avanzata agonia ritardando la dichiarazione di fallimento relativa all'impresa stessa, ritardo che determinerebbe, ovviamente, un danno nei confronti dei creditori che vedrebbero diminuire ulteriormente il patrimonio attivo sul quale avanzare le proprie pretese creditorie.

In tempi più recenti, la questione in esame è stata ulteriormente discussa all'interno della dottrina; questo ha consentito di integrare gli orientamenti principali attraverso la prospettazione di nuove soluzioni.

---

[546] CAPOLINO O., *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in (a cura della) *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, studi in materia bancaria e finanziaria*, num. 47, dicembre 1997, pp. 53-58;
[547] CAPOLINO O., *Responsabilità…*,cit., p. 54;

In modo particolare, ci si vuole riferire, *in primis*, allo scritto di FRANCHI [548], che costituisce un commento alla sentenza del Tribunale di Foggia del 7 maggio 2002[549], riguardante un caso di presunta concessione abusiva del credito da parte di una banca nei confronti di una società successivamente dichiarata fallita. A fondamento della domanda dell'attore era stato addotto che la banca convenuta, pur conoscendo la condizione d'insolvenza della società successivamente fallita e del suo gruppo di appartenenza, aveva mantenuto artificiosamente in vita la società, ingenerando così nei terzi l'erronea opinione, e quindi un vero e proprio "affidamento", che si trattasse d'impresa economicamente solvibile e che "la sproporzione tra la situazione debitoria complessiva verso le banche ed il valore dei beni messi a disposizione era tale che gli organi eroganti il finanziamento avrebbero dovuto compiere un non indifferente sforzo per non vedere lo stato delle cose e l'impossidenza del cliente". Era stato, inoltre, sostenuto che i finanziamenti fossero stati concessi, non in base ad una corretta valutazione del rischio, ma grazie a rapporti, definiti "anormali", instaurati con il socio di riferimento del gruppo e che, per questo motivo, il comportamento della banca convenuta integrava un'ipotesi di concessione abusiva del credito. In relazione alle argomentazioni apportate da parte dell'attore, il Tribunale si è occupato di affermare che, effettivamente, vi era stata una concessione abusiva del credito che si era concretizzata nella possibilità, concessa dalla determinazione del finanziamento, di ritardare notevolmente la dichiarazione di fallimento dell'impresa.

In relazione alla fattispecie appena individuata, l'Autore si occupa di esporre il proprio orientamento in relazione al problema della concessione abusiva del credito e della possibile imputazione della banca in applicazione delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare.

In modo particolare, esso richiama, come già fatto dagli autori precedenti, l'orientamento di Nigro per il quale vi sarebbe stata la possibilità di individuare la responsabilità di colui che conoscendo, o dovendo conoscere, la situazione patrimoniale di dissesto o insolvenza dell'imprenditore gli abbia comunque concesso il credito, all'interno delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, alla stregua di responsabilità per concorso. Anche per Franchi, però, l'opinione di Nigro non è ottimale; infatti, esso sottolinea che "attraverso questo ragionamento, si perverrebbe a configurare un dovere di comportamento imposto da una norma esplicita volta a vietare a chiunque di concedere credito all'impresa in dissesto,

[548] FRANCHI A., *La responsabilità delle banche per concessione "abusiva" del credito,* in *Dir. comm. internaz.*, 2003, pp. 2-3;
[549] Pubblicata in *Foro it.,* 2002, I, p. 2017;

norma che non esiste"[550]; tuttavia, anche questo Autore predispone la possibilità di applicare, anche allo scopo di fondare la responsabilità civile dell'istituto di credito per il danno cagionato nei confronti dei creditori, le disposizioni dell'articolo 217 n. 4 Legge Fallimentare; infatti, esso stabilisce che "il fondamento della responsabilità aquiliana riposa anche sulla ricorrenza di una fattispecie di concorso della banca, che conceda o continui a concedere credito all'imprenditore insolvente, nella violazione (penalmente sanzionata nel caso in cui dall'omessa manifestazione dello stato di insolvenza derivi un aggravamento del dissesto) dell'obbligo giuridico di costui di presentare istanza di fallimento in proprio"[551].

In altri termini, secondo l'Autore, il contenuto dell'articolo 217 non soltanto consentirebbe di sanzionare penalmente il comportamento di "aggravamento del dissesto", ma anche di costituire una base per l'imputazione a titolo di responsabilità aquiliana ex articolo 2043 c.c. in relazione al danno cagionato dal finanziatore nei confronti dei terzi creditori.

Quasi contemporaneamente rispetto al precedente autore, delinea la propria tesi a riguardo anche NUZZO[552], il quale sottolinea, come prima cosa, la circostanza per la quale la dottrina più risalente cercava un "metodo" attraverso il quale sanzionare la responsabilità della banca in relazione alla concessione del credito ad un soggetto palesemente insolvente (o dissestato). Esso, in modo particolare, intende riferirsi all'impostazione di Franchina, che cercava di ricostruire la fattispecie della concessione abusiva del credito, in modo particolare in relazione alla responsabilità civilistica ma anche in termini più generali, a guisa di responsabilità contrattuale alla stregua di un onere derivante dal contratto costituito con il debitore, che obbligherebbe la banca non solo a proteggere il debitore stesso ma anche gli interessi dei suoi creditori[553]; infatti, esso indicava come uno dei problemi maggiori relativi all'identificazione della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, era quello di provare l'esistenza dell'elemento soggettivo in capo all'ente finanziatore. Il problema si rilevava in relazione al fatto per il quale tale prova obbligava a prendere in considerazione circostanze in genere riconducibili alla "sfera riservata" della banca, alla quale i terzi hanno difficilmente accesso. Quindi, Franchina indicava come tale problema poteva comportare il rischio di non vedere mai applicata la sanzione per l'illecito commesso; esso proponeva, allo scopo di risolvere la situazione, la soluzione per la quale era possibile mutare il titolo della responsabilità in "contrattuale", indicando che "se si riuscisse a dimostrare che sussiste in

[550] FRANCHI A., *La responsabilità…*, cit., p. 2;
[551] FRANCHI A., *La responsabilità…*, cit., p. 2;
[552] NUZZO M., *Concessione abusiva del credito e responsabilità extracontrattuale della banca*, in *Resp. Civ. prev.*, 2003, III, p. 839;
[553] Si veda a riguardo FRANCHINA G., *La responsabilità…*, cit., p. 664;

capo alla banca un obbligo nei confronti degli altri creditori di preservare la garanzia patrimoniale generica dell'affidamento, basterebbe ai soggetti lesi provare che tale risultato non è stato raggiunto per ingaggiare la responsabilità della banca"[554]; tale tesi si poteva già ricondurre ad un altro eminente esponente della dottrina, cioè a Nigro[555] il quale, dopo aver individuato la *ratio* della disposizione in esame ne "l'intento di proteggere i patrimoni dei creditori dal pericolo di inadempimento connesso allo stato di dissesto del debitore e, al tempo stesso, di impedire, nell'interesse della massa dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da ulteriori assunzioni di debiti, eventualmente in modo rovinoso"[556] individuava il conseguente dovere dell'imprenditore-debitore in crisi di non ricorrere al credito operando una dissimulazione del dissesto o dello stato di insolvenza; ma tale dovere veniva esteso, come si è già avuto modo di vedere, in modo diametrale, anche ai terzi soggetti, soprattutto ai futuri creditori; esso, perciò, concludeva indicando la possibilità di configurare l'operato del terzo concedente credito all'imprenditore in dissesto, come una vera e propria fattispecie di concorso nell'integrazione di una violazione dell'obbligo di condotta imposto dalla legge a tutela della generalità dei creditori.. La base sulla quale si individuava tale orientamento, favorevole all'applicazione delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare allo scopo di sanzionare la responsabilità della banca, era quella per la quale il carattere abusivo della concessione si ravvedeva nella omessa o inadeguata valutazione del "merito creditizio" del sovvenuto, e in modo più specifico nella violazione di una regola tecnica secondo la quale tale valutazione doveva basarsi esclusivamente sulle condizioni patrimoniali e produttive idonee a garantire la restituzione del credito, e non sull'idoneità delle garanzie rilasciate dall'impresa o da terzi; infatti, queste ulteriori valutazioni attenevano al diverso problema della recuperabilità del credito da parte del singolo creditore nel caso in cui il sovvenuto non fosse in grado di rimborsarlo con mezzi ordinari, e non allo stato finanziario del soggetto richiedente l'erogazione del credito. In altri termini, la tesi appena considerata, prendeva in esame, come elemento fondamentale, la necessità, da parte della stessa banca, di effettuare, allo scopo di proteggere non solo se stessa ma anche i terzi creditori, valutazioni maggiormente accurate in merito alle capacità economiche e finanziarie del richiedente il credito e non alla possibilità che tale soggetto potesse farsi "aiutare", nel pagamento del proprio debito, da altri soggetti o da garanti.

Tuttavia, Nuzzo controbatte a tale impostazione con differenti argomentazioni delineate allo scopo di porre in dubbio la possibilità di applicare la norma fallimentare nei confronti del

---

[554] FRANCHINA G., *La responsabilità…*, cit., pp. 664-665;
[555] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit. p. 328;
[556] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit. p. 328;

finanziatore. In primo luogo, esso sottolinea che l'art. 218 Legge Fallimentare prevede, come elemento costitutivo della fattispecie in esso descritta, la necessaria condotta di dissimulazione del dissesto che è invece incompatibile con la fattispecie della concessione abusiva di credito che, come elemento fondamentale, presuppone la consapevolezza in chi concede il credito della difficoltà nella quale versa il soggetto debitore a livello economico.
Inoltre, esso indica che a livello funzionale, la norma in esame si pone come obiettivo la tutela del soggetto che concede credito, individuando nel finanziatore il soggetto offeso dal reato; perciò, l'Autore sottolinea come predisporre il coinvolgimento "attivo" del soggetto danneggiato nella commissione del reato che lo vede, allo stesso tempo, ricoprire anche il ruolo di soggetto passivo, sarebbe un'incongruenza. Anche in questo caso, allo scopo di risolvere la situazione, Nuzzo propone l'applicabilità, in luogo dell'articolo 218, delle disposizioni dell'articolo 217 Legge Fallimentare, individuando alcune conseguenze applicative in merito a tale scelta; come prima cosa, attribuendo allo stato di insolvenza il "ruolo" di elemento costitutivo della fattispecie, si potrebbe identificare una concessione abusiva di credito solo nel caso in cui l'impresa beneficiaria sia già insolvente al momento della concessione del fido o del mutuo stesso, anche qualora non sia ancora stata aperta la procedura concorsuale a riguardo; questa conseguenza era già stata fatta valere da CASTIELLO D'ANTONIO [557] il quale indicava che il comportamento della banca che decide di conferire un finanziamento ad un'impresa in crisi si sarebbe potuto indicare come lecito solo a fronte di una "attuale" positiva valutazione della potenzialità economico-finanziaria dell'impresa, e quindi della sua concreta solvibilità, condotta con criteri rigorosi che finivano col corrispondere alle regole comportamentali imposte all'interno delle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia; infatti, andando a valutare l'ultimo aggiornamento delle istruzioni suddette si può leggere che *"L'assunzione di rischi, nelle diverse forme in cui si assicura il sostegno finanziario alla clientela, deve avvenire nel rispetto di regole di comportamento che garantiscano alla banca la possibilità di conoscere il rischio, valutarne la qualità, seguirne l'andamento nel tempo. È responsabilità primaria dei vertici aziendali garantire che tali regole siano definite con attenzione, diffuse con chiarezza nell'organizzazione aziendale, rigorosamente rispettate.*
Poiché l'insolvenza del grande prenditore può avere effetti di rilievo sulla solidità patrimoniale, al rispetto dei limiti quantitativi fissati dalla presente disciplina devono unirsi strumenti volti ad assicurare la buona qualità dei crediti" ; tali indicazioni vedono, quindi,

[557] CASTIELLO D'ANTONIO A., *Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito*, in *Dir. Fall*., 1995, 251 ss.;

una generale raccomandazione della Banca d'Italia, nei confronti dei differenti istituti di credito, di subordinare la concessione del credito a specifici controlli.

Inoltre, il documento vede l'ulteriore indicazione per la quale "*nel corso della istruttoria che precede l'assunzione del rischio, si avrà cura di acquisire dalla clientela i bilanci consolidati e comunque le informazioni necessarie per individuare l'esatta composizione, la situazione economico-patrimoniale e l'esposizione finanziaria del gruppo di appartenenza. La prosecuzione del rapporto è subordinata al periodico aggiornamento di tali informazioni.*

Le banche verificano con attenzione le notizie e i dati forniti dalla clientela, utilizzando ogni strumento conoscitivo disponibile (archivi aziendali, Centrale dei rischi, Centrale dei bilanci, ecc.)"[558]*;* tali oneri posti a carico degli istituti di credito possono, perciò, rilevare in sede di imputazione per l'abusiva concessione del credito, soprattutto per il tema che si affronterà successivamente, riferito alla vera e propria responsabilità civile connessa all'erogazione abusiva del credito da parte della banca.

In secondo luogo, in relazione all'ulteriore conseguenza derivante dalla scelta interpretativa posta in essere, Nuzzo indica che applicando le disposizioni dell'articolo 217, segnatamente quelle del numero 4, il danno risarcibile sarebbe quello derivante dall'aggravamento del dissesto conseguente al ritardo nella dichiarazione di fallimento, in quanto tale indugio consente di far perdurare la situazione di crisi e "agonia" dell'impresa, facendo ulteriormente peggiorare i danni finanziari posti in essere dalla non corretta gestione dell'impresa da parte del debitore.

Quindi, l'Autore, al pari degli altri giuristi che hanno espresso recentemente il proprio orientamento, esclude la possibile applicabilità delle disposizioni dell'articolo 218 allo scopo di sanzionare il comportamento della banca a livello penale, alla stregua di concorso nel reato proprio.

Si è visto, nell'analisi della posizione dottrinale di Nuzzo, come tale Autore si sia occupato di individuare una forma di incongruenza nella prospettazione del duplice ruolo della banca in relazione alla situazione in esame, cioè alla previsione della possibilità per l'istituto di credito di agire sia alla stregua di creditore, sia come soggetto obbligato a risarcire i creditori per aver concorso alla commissione dell'illecito posto in essere da parte dell'imprenditore. Questo rilievo, anche se con un'impostazione maggiormente orientata ad esaminare la responsabilità

---

[558] BANCA D'ITALIA, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche,* Tit. V, Cap. I *Concentrazione dei rischi,* Sezione V "*Grandi rischi"*, dicembre 2006, pp. 10-11;

"civilistica" della banca, viene fatto valere anche da INZITARI [559] il quale individua, come prima cosa, la circostanza per la quale la banca alla quale viene imputato il fatto di aver posto in essere il comportamento lesivo, risulta, nella maggior parte dei casi, creditrice concorrente; esso, inoltre, sottolinea la condizione per la quale, spesso, questa situazione viene indicata come incongruente poiché consente, in concreto, ad un "soggetto" co-responsabile per il fatto illecito, di ottenere comunque una contropartita alla stregua di creditore concorsuale. Tuttavia, l'Autore, in alcuni casi, esclude l'esistenza di questa incongruenza; in modo specifico esso indica come il contrasto potrebbe essere inesistente qualora la banca "venga chiamata a pagare una somma a titolo di risarcimento del danno e quella somma venga ad incrementare il patrimonio da destinare ai creditori e pertanto una porzione di questa quota aumentata e migliorata dal risarcimento pagato dalla banca, vada ad aumentare percentualmente anche la quota da assegnare alla banca"[560]. La legittimità di questa situazione viene sostenuta dall'Autore in relazione al fatto per il quale la banca, anche se compartecipe nel compimento del fatto illecito, ha comunque maturato un credito nei confronti del debitore, che costituisce titolo per l'ammissione al concorso; inoltre, esso specifica che potrebbe anche accadere che la banca sia già stata precedentemente destinataria del pagamento da parte del debitore e che, perciò, non concorra al riparto delle attività insieme agli altri creditori, essendo comunque obbligata al pagamento del risarcimento del danno derivante dalla sua responsabilità per concessione abusiva del credito.

Quindi, in relazione a queste premesse, se la banca è creditrice concorsuale ha, secondo l'Autore, il diritto di godere, in modo paritario rispetto agli altri creditori, del valore e dei vantaggi derivanti dal patrimonio fallimentare oggetto dell'azione esecutiva collettiva. Tale situazione, secondo Inzitari, si verifica, ad esempio, nel caso in cui il creditore concorsuale viene chiamato dal curatore a rispondere di atti che hanno leso l'integrità del patrimonio fallimentare; ivi "non sussiste, infatti, nessuna contraddizione nel fatto che colui che, per il danno arrecato, ha risarcito il patrimonio fallimentare, partecipi poi, quale creditore fallimentare, al concorso il cui livello di soddisfazione risulta naturalmente più elevato per l'incremento che egli stesso ha procurato attraverso l'avvenuto reintegrazione del patrimonio"[561]; in questo caso, infatti, vi è un differente titolo alla base delle due distinte forme di "partecipazione" della banca all'attività sia di distribuzione del patrimonio sia di erogazione del risarcimento. Per sostenere la correttezza del proprio orientamento l'Autore

---

[559] INZITARI B., *L'abusiva concessione del credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito,* in *www.appinter.csm.it*, 2007, pp. 15-16;
[560] INZITARI B., *L'abusiva…*, cit., p. 15;
[561] INZITARI B., *L'abusiva…*, cit., p. 16;

sottolinea anche che la banca si trova, in relazione alla situazione descritta, in due posizioni differenti: la prima, quella "creditoria" di natura concorsuale, che può essere soddisfatta solo attraverso il patrimonio incluso all'interno del fallimento; la seconda, "debitoria-risarcitoria" in relazione al fallimento ma posta al di fuori rispetto al concorso, che può essere oggetto di adempimento in moneta corrente e non fallimentare; perciò, l'erogazione nei confronti della banca, a titolo di riparto, di una somma di denaro (di ammontare percentualmente più elevato se essa ha posto in essere il pagamento della somma a titolo di risarcimento) non costituisce restituzione alla stessa di una parte di quanto devoluto a titolo di risarcimento, ma solo la conseguenza del fatto che l'azione risarcitoria del curatore ha consentito di reintegrare la precedentemente diminuita garanzia patrimoniale, garantendo a tutti i concorrenti l'opportunità, per meglio dire il diritto, di ottenere una quota di riparto più elevata; questo accadrà anche per la banca, in quanto dovrà, in ogni caso, essere trattata in modo paritario rispetto agli altri creditori concorsuali.

È necessario sottolineare che l'Autore aveva predisposto l'illustrazione del proprio punto di vista già molti anni prima[562], all'inizio degli anni Novanta, proprio in un commento alla "famosa" sentenza 343 del 1993 della corte di Cassazione, all'interno della quale, come si vedrà meglio in seguito, la Suprema Corte affermava la configurabilità della responsabilità extracontrattuale della banca per concessione "abusiva" del credito. In tale occasione, l'Autore si era occupato, però, semplicemente di accennare al contenuto della fattispecie descritta dall'articolo 218 Legge Fallimentare poiché la stessa Corte l'aveva considerata solo in relazione alla disciplina civilistica della responsabilità del creditore.

Ovviamente la responsabilità civile della banca verrà meglio approfondita nell'apposita sede[563].

Precedente rispetto all'impostazione di Inzitari, ma sempre riferibile al tema in esame, è anche la tesi recente della VISCUSI [564] la quale, come prima cosa, instilla un dubbio riferito all'applicabilità delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, così come fatto precedentemente sia da Franchina, sia da Capolino; l'Autrice, infatti, non ritiene possibile l'applicazione delle norme richiamate, in relazione alle difficoltà prospettabili per la banca in merito alla possibile compartecipazione all'attività di dissimulazione della situazione di dissesto o dello stato di insolvenza dell'imprenditore; cioè, essa indica come può essere

---

[562] In modo particolare all'interno del testo INZITARI B., *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito,* in *Dir. Banc. Merc. Fin.,* 1993, pp. 399 ss.;

[563] Ossia nel paragrafo e) del presente capitolo;

[564] VISCUSI A., *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità,* in *Banca, Borsa, t.c.,* 2004, pp. 648 ss.;

difficile prospettare il compimento, da parte di un ente o comunque di una persona giuridica, di un'attività di dissimulazione del dissesto; inoltre, l'impedimento prospettato diverrebbe maggiore in quanto sarebbe, nel caso concreto, necessario provare che la banca ha dolosamente concorso a dissimulare il dissesto e che grazie a ciò è stato possibile proseguire l'attività d'impresa. Con questo, l'Autrice vuole riferirsi non solo alle generali critiche prospettate dagli altri giuristi alla determinazione di una generica responsabilità in concorso della banca ex articolo 218, ma anche ai problemi probatori che deriverebbero dalla concretizzazione, in un'aula di giustizia, di questa accusa nei confronti dell'ente finanziatore, soprattutto in relazione ad un elemento soggettivo come il dolo.

Successivamente, l'Autrice segue il medesimo percorso argomentativo dei suoi predecessori, proponendo l'applicazione alternativa, e maggiormente calzante, delle disposizioni dell'articolo 217 n. 4 Legge Fallimentare; essa, in realtà, amplia il discorso ricomprendendo anche il contenuto del numero 3 dell'articolo in esame, che venne richiamato originariamente da parte di Nigro, e che sanziona il compimento di *"operazioni di grave imprudenza"* poste in essere allo scopo di ritardare l'apertura della procedura concorsuale. Essa correla questo assunto con il contenuto del successivo numero 4 che sanziona il cagionamento di un aumento del deficit imprenditoriale non solo nel caso in cui questo sussegua alla mancata presentazione dell'istanza, ma anche nel caso in cui questo sia il risultato di *"altra grave colpa";* in questo senso sarebbe sanzionabile anche il comportamento della banca che abbia consentito, con la propria colpa perlomeno, di aumentare l'indebitamento dell'impresa e di ritardare, allo stesso tempo, lo svolgimento della procedura concorsuale con la quale sarebbe stato possibile risolvere la crisi.

Infine, l'Autrice esclude l'applicabilità dell'articolo 218 anche in riferimento a valutazioni che potrebbero definirsi "prudenziali", ovviamente supportate da motivazioni logiche; in modo particolare, infatti, essa sottolinea che l'elemento di maggiore dubbio, in relazione alla questione in esame, si trova nello stabilire se l'oggetto giuridico della disposizione sia riferito solo al singolo creditore danneggiato o anche al "ceto creditorio globalmente inteso"[565]; infatti, se si dovesse sostenere l'applicabilità della norma in esame allo scopo di tutelare il singolo creditore, la disposizione consentirebbe, al massimo, di accordare una tutela all'interesse particolare di quanti abbiano compiuto una scelta pregiudizievole a causa della dissimulazione posta in atto dall'imprenditore; in questo caso, per l'Autrice, si potrebbe prospettare una forma di responsabilità della banca non differente da quella relativa alla fattispecie riferita all'acquisizione di false informazioni. Qualora, invece, si sostenesse

[565] VISCUSI A., *Concessione…*, cit., p. 673;

l'ipotesi opposta, indicando che la *ratio* della tutela prevista dall'articolo 218 dovrebbe ravvisarsi non soltanto nell'intento di salvaguardare il patrimonio del potenziale creditore (come singolo individuo), ma anche nella necessità di impedire, nel generalizzato interesse della "massa" dei creditori, che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose[566], si consentirebbe l'applicazione della sanzione nei confronti della banca nel caso in cui essa si sia resa semplicemente complice di una condotta idonea a dissimulare lo stato di insolvenza o dissesto nei confronti della generalità dei creditori (anche solo potenziali).
L'Autrice non prende posizione in merito in questa sede, ma indica, senza dubbio, che la volontà specifica del legislatore era quella di impedire all'imprenditore dissestato o insolvente di contrarre nuovi debiti e, in modo più ampio, di porre in essere nuovi negozi giuridici; questa volontà del compilatore della norma, però, non si desume dalle disposizioni dell'articolo 218 ma, almeno limitatamente alle ipotesi rilevanti sotto il profilo penale, proprio dal già citato articolo 217 Legge Fallimentare, poiché, secondo la Viscusi "è sin troppo noto […] che il legislatore […] ricollega all'insorgere dell'insolvenza un più generalizzato e radicale arresto di qualsiasi libertà *lato sensu* dispositiva ed acquisitiva dei beni e diritti facenti capo al debitore, in funzione di tutela, essenzialmente preventiva, del ceto creditorio"[567].

Coeva rispetto all'analisi della Viscusi è l'impostazione di BENEDETTO[568] il quale si occupa di individuare come l'applicazione, in relazione alla sanzione da attribuirsi alla banca per la sua responsabilità relativa alla concessione del credito, dell'articolo 218 Legge Fallimentare sia inopportuna, in quanto si potrebbe indicare come tale attuazione "estesa" delle disposizioni in esame sarebbe un forzatura interpretativa poiché "la norma imporrebbe un obbligo in capo al soggetto passivo direttamente tutelato dalla stessa al fine di garantire l'adempimento di crediti di soggetti terzi"[569]; in altri termini, anche in questo caso si indica che non sarebbe possibile, allo stesso tempo, sanzionare il comportamento di un soggetto concorrente tutelandone gli interessi ed i diritti, poiché il soggetto complice verrebbe sottoposto all'applicazione della pena ma, successivamente, potrebbe partecipare, in concorso con gli altri creditori, alla distribuzione dell'attivo dell'imprenditore nel caso di fallimento, o comunque all'erogazione del risarcimento del danno, elargizione alla quale esso avrebbe partecipato direttamente con il versamento della propria somma di denaro. Perciò, anche tale

[566] Si affronterà questo specifico tema all'interno del paragrafo e) del presente capitolo;
[567] VISCUSI A., *Concessione…*, cit., p. 674;
[568] BENEDETTO F., *Osservazioni in tema di erogazione abusiva del credito,* in *Giur. Comm.*, 2004, III, p. 335;
[569] BENEDETTO F., *Osservazioni…*, cit., p. 335;

giurista, individua una maggiore "maneggevolezza" in questo caso delle disposizioni dell'articolo 217 Legge Fallimentare, che consentirebbero di sanzionare il comportamento della banca che abbia determinato un ritardo illegittimo nella dichiarazione (o nella richiesta) di fallimento dell'imprenditore, andando contro anche all'interesse di conservare le garanzie patrimoniali generiche.
Infine, l'Autore pone in essere una precisazione: esso indica che l'applicazione di queste disposizioni in modo "allargato" può avvenire solo nel caso in cui l'ente finanzi l'imprenditore già dissestato o insolvente; infatti, esso sottolinea che non possono "rientrare in tale fattispecie anche quelle situazioni in cui l'impresa sia solo in stato di crisi finanziaria. L'art. 217, n. 4, l. fall. prescrive una contravvenzione per chi determina l'aggravamento del dissesto con una delle due condotte tipiche descritte dalla norma, cioè l'astensione dal richiedere la dichiarazione del fallimento e qualsiasi altra colpa grave. Non è possibile aggravare qualcosa che non sia già esistente al momento in cui si pone in essere la condotta lesiva"[570]; quindi, siccome il contenuto dell'articolo 217 richiede di porre in essere la condotta di aggravamento del dissesto, non è possibile il compimento di tale reato qualora il dissesto non sia effettivamente presente nel momento dell'erogazione del credito.

I rilievi critici riferibili all'applicazione, in relazione alla situazione in esame, delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare vengono individuati, nel medesimo periodo rispetto a quello al quale si riferisce il testo appena esaminato, anche da STEFANELLI[571]. L'Autore si occupa di sottolineare come l'applicazione concreta di queste disposizioni in relazione al comportamento posto in essere da parte della banca sarebbe da escludere; in primo luogo perché tale applicazione determinerebbe la possibilità di vietare, non solo alla banca ma anche agli altri soggetti individuabili alla stregua di finanziatori, di concedere credito, sia consapevolmente sia colposamente, nei confronti di un imprenditore in dissesto, mentre, nell'ordinamento vigente, non esisterebbe una norma in grado di determinare l'esistenza di un tale divieto; ciò, si ricorda, veniva già precisato da parte di Nigro, nonostante l'Autore propendesse per una soluzione differente rispetto a quella di Stefanelli.
In seconda istanza sarebbe necessaria tale esclusione in quanto, essendo la norma dell'articolo 218 posta in essere allo scopo di tutelare il creditore e la sua possibilità di ottenere il corrispettivo che gli spetta, l'ente finanziatore, in quanto creditore vero e proprio, potrebbe,

[570] BENETTO F., *Osservazioni…*, cit., p. 335;
[571] STEFANELLI S., *La responsabilità della banca nell'insolvenza dell'impresa: revoca ingiustificata dell'affidamento e concessione abusiva del credito*, in *Magistra, banca e finanza*, da http://www.magistra.it, 5 luglio 2004, p. 20;

qualora ve ne siano i presupposti, eventualmente ricoprire il ruolo di soggetto passivo e non di complice del soggetto attivo del reato di ricorso abusivo al credito.
Anche questo Autore, in ultima istanza, si occupa di individuare perciò l'applicabilità, in alternativa, delle disposizioni dell'articolo 217 in luogo di quelle riferite all'ipotesi di reato in esame.

Più recenti sono le constatazioni poste in essere a riguardo da PORZIO [572], il quale indica che le tesi precedenti, essenzialmente ricondotte a quella principale di Nigro, che consentivano di individuare all'interno del dettato dell'articolo 218 Legge Fallimentare un divieto legale per le banche di fare credito ad un'impresa insolvente, non hanno avuto, soprattutto nei tempi recenti, particolare seguito; infatti, secondo la sua interpretazione, questa inadeguatezza, in relazione allo "scopo" ed alla *ratio* normativa prospettata, poteva essere rilevata grazie al confronto tra le disposizioni in esame e l'articolo 1956 c.c. il quale stabilisce che
"il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano minute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito"

In quanto, ex articolo 1956 si rileverebbe la possibilità, comunque, di fare credito ad un soggetto in difficoltà economiche e, invece, secondo l'interpretazione che si dava dell'articolo 218 Legge Fallimentare, le norme richiamate da ultimo avrebbero vietato l'erogazione del credito verso un soggetto direttamente (e certamente) insolvente; in altri termini, le norme del codice civile avrebbero reso possibile determinare un aiuto nei confronti di un imprenditore in semplice difficoltà, ma tali disposizioni avrebbero trovato un limite nel contenuto della norma riferita al ricorso abusivo al credito che avrebbe, invece, vietato, oltre un certo "confine" (identificato con l'insolvenza o il dissesto) di conferire ulteriori finanziamenti all'imprenditore stesso.
Secondo l'Autore, però, tale ricostruzione dottrinale non regge ad un'analisi più specifica del contenuto della disposizione della Legge Fallimentare. Infatti, ivi, secondo Porzio, il comportamento sanzionato è quello di un imprenditore che, in stato di dissesto o insolvenza, occulta la sua condizione ed ottiene la concessione (o la "continuazione") di un credito o di un finanziamento. Siccome questo comportamento viene punito qualora venga realizzato dolosamente, il suo compimento, in relazione al rapporto con la banca ed in riferimento ad

[572] PORZIO M., *L'apertura di credito*, in www.adusbef.veneto.it, 2007 pp. 3-4;

una sua eventuale responsabilità concorrente, potrebbe essere meglio concepito in correlazione con la fattispecie di mendacio bancario; questo, ovviamente, può accadere qualora l'imprenditore fornisca all'istituto di credito delle false informazioni.
Tuttavia, secondo l'Autore, si eliminerebbe il carattere antigiuridico del comportamento del ricorrente al credito, qualora esso fornisse veritiere informazioni nei confronti del finanziatore, le quali consentirebbero ad esso di acquisire notizia di tale stato di insolvenza o di dissesto; e da questo esso deduce che, qualora la banca decidesse comunque, pur sapendo di correre il forte rischio di non ottenere la contropartita della propria prestazione finanziaria, di erogare il credito, la sua attività non sarebbe punibile alla stregua di illecito perché, appunto, non esiste nell'ordinamento una disposizione che vieta di correre rischi fornendo somme di denaro o dilazioni di pagamento nei confronti di soggetti in difficoltà economiche.
In relazione alla fattispecie descritta Porzio propone, infine, una soluzione alternativa allo scopo di sanzionare il comportamento di una banca che, concedendo (o mantenendo "in vita") un finanziamento nei confronti del dissestato abbia violato le "regole di corretta gestione del credito […] comportandosi per colpa o dolo […] diversamente da quanto deve fare un banchiere avveduto"[573]: esso, infatti, individua la possibilità di applicare, verso l'istituto di credito, le disposizioni civilistiche dell'articolo 2043 c.c., in relazione alla responsabilità determinata nei confronti dei creditori del cliente; questo può accadere, ovviamente, solo se i creditori siano in grado di dimostrare, secondo le regole generali, l'esistenza del nesso di causalità intercorrente tra il comportamento della banca e la loro perdita di *chances* nel recupero del credito concesso all'impresa insolvente.

Grazie ai rilievi dottrinali presi in considerazione, si possono trarre delle conclusioni generali in relazione al problema esaminato.
In modo specifico la dottrina più recente sembra unita nel ritenere inapplicabili le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare nei confronti della banca, in relazione ad una vero e proprio concorso nel reato in esame; tuttavia, il concorso può ravvisarsi con riferimento agli operatori bancari ed ai soggetti dipendenti degli istituti di credito che, con dolo riferito a tutti gli elementi della fattispecie, si occupano di consentire o agevolare l'erogazione del credito o del fido nei confronti di un soggetto che si trovi in una situazione di dissesto o di insolvenza, che vengono, anche grazie all'aiuto della banca, dissimulati da parte dell'imprenditore. Quindi, la condotta penalmente rilevante alla stregua di concorso nel reato di ricorso abusivo al credito, non sarebbe quella riferita alla semplice concessione del credito, bensì quella per la

[573] PORZIO M., *L'apertura di credito,* cit., p. 4;

quale il soggetto, impiegato, operatore o compiacente generico, si occupi di contribuire, attraverso azioni od omissioni, all'attività specifica di dissimulazione del dissesto o dell'insolvenza dell'impresa o della società considerata.
Inoltre, in relazione ai soggetti interni rispetto alla banca o all'ente erogante il finanziamento, si possono applicare, in modo più specifico, in relazione a particolari tipologie di condotte, le disposizioni dell'articolo 137 comma 2° del Testo Unico bancario n. 385/1993; anche se il contenuto della norma indicata verrà correttamente esaminato in sede di discussione riferita al reato di mendacio e falso bancario, qui si può solo accennare il contenuto della fattispecie richiamata che punisce

"chi svolge funzioni di amministrazione o direzione presso una banca nonché i dipendenti di banche che, al fine di concedere o far concedere credito ovvero di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso ovvero di evitare la revoca del credito concesso, consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente fido"

Con una sanzione dell'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda fino ad euro 10.329[574]

d. **L'elemento soggettivo**

Spostandosi sul piano dell'elemento soggettivo della fattispecie di ricorso abusivo al credito, deve osservarsi in via preliminare come l'elemento psicologico del reato in esame si concretizzi in un dolo di pericolo, cioè nel c.d. dolo generico[575]. Tale dolo generico si "esaurisce" nella mera rappresentazione e volizione in merito alla condotta ed alle conseguenze antigiuridiche che ne derivano; in modo specifico i reati a dolo generico si contraddistinguono perché, in essi, le finalità perseguite dall'agente con la commissione del reato sono irrilevanti per l'esistenza del dolo e per il fatto per il quale l'oggetto della rappresentazione e volizione è costituito solo dal

[574] Il comma qui citato è stato modificato sotto il profilo sanzionatorio sia con il d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 recante "Disposizioni per l'introduzione dell'euro nell'ordinamento nazionale" in modo particolare con il suo articolo 51; sia dal contenuto della Legge 28 dicembre 2005, n. 262, in modo particolare dall'articolo 39 comma I, che dispone il raddoppio delle sanzioni penali previste dal testo unico entro i limiti posti per ciascun tipo di pena dal libro I, titolo II, capo II del codice penale;
[575] Che si "esaurisce" nella rappresentazione e volizione in merito alla condotta ed alle conseguenze antigiuridiche che ne derivano;

comportamento concreto che integra gli estremi del fatto descritto dalla norma penale. Perciò accadimenti o eventi ulteriori, perseguiti come "possibile" conseguenza del fatto tipico, non rientrano nell'oggetto del dolo; al massimo potranno rilevare come motivi di aggravamento o attenuazione della sanzione; questo distingue i reati a dolo generico da quelli a dolo specifico, nei quali l'oggetto del dolo è più ampio, in quanto si riferisce sia al fatto concreto descritto dalla norma, sia all'evento, che il soggetto agente deve perseguire come scopo principale del reato, che può, però, anche non verificarsi in concreto.

Il dolo, con riferimento al reato di ricorso abusivo al credito si definisce "dolo di pericolo", poiché la stessa fattispecie in esame inquadra un reato di pericolo; infatti, esso si può distinguere dai reati di danno in quanto non produce, di per sé, danneggiamento effettivo ma la "minaccia, la probabilità di un danno patrimoniale al creditore od ai creditori"[576]; è necessario, perciò, ricordare che il reato di pericolo non cessa di essere tale solamente perché consente di provocare, in concreto, un danno.

Nel caso specifico del reato di ricorso abusivo al credito si potrebbe definire il "dolo di pericolo" come il "libero e cosciente volere di far ricorso al credito, tacendo il proprio dissesto, di cui si è consapevoli"[577]; si richiederà, perciò, la rappresentazione da parte del soggetto attivo dello stato di dissesto o di insolvenza, unito alla rappresentazione e volizione sia in riferimento alla dissimulazione sia il relazione al ricorso al credito; in altri termini il dolo implica "la conoscenza dello stato di dissesto e la volontà di dissimularlo; la dissimulazione deve essere voluta nella sua strumentalità in funzione dell'ottenimento del credito[578]"; si precisa[579], inoltre, che nel caso in cui vi sia insorgenza successiva del dissesto, è necessaria la consapevolezza dell'intervenuta insolvenza, così come la rappresentazione e volizione della condotta incriminata; questa impostazione riferita all'articolo 218 Legge Fallimentare consente di indicare la presenza di una differenza tra la fattispecie odierna, (che è, appunto, punita a titolo di dolo), e quella prevista all'interno dell'articolo 865 n. 3 del codice di commercio (che era punita a titolo di colpa); il reato punito a titolo di colpa infatti, seppur di rilievo penale inferiore, consente, ancora oggi, una più ampia applicazione della norma rispetto alle tipologie di reato doloso, in quanto dà la possibilità di sanzionare comportamenti anche meno gravi e quindi, teoricamente, maggiormente "diffusi".

Il dolo di pericolo, rapprensentando una diretta conseguenza della struttura oggettiva della fattispecie, a propria volta, consente, di sanzionare il comportamento del soggetto attivo in un

[576] DE SEMO G. , *Sul reato*..., cit., c. 86;
[577] Definizione estratta dal testo di PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 200;
[578] Così PEDRAZZI C., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 199;
[579] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., p. 584;

numero molto più elevato di casi, poiché per potersi indicare come integrato, tale dolo non richiede né l'intenzione specifica di arrecare danno nei confronti del soggetto passivo, né il proposito di non adempiere all'obbligazione assunta con il ricorso al credito[580], caratteristiche che consentono di distinguere l'ipotesi in esame da quelle individuate da norme penali differenti; infatti, se si richiedessero questi ulteriori elementi, si dovrebbero applicare altre disposizioni di legge: nel primo caso, cioè qualora il reato venisse realizzato con l'intenzione specifica di arrecare danno nei confronti del soggetto passivo, si dovrebbe applicare la norma che sanziona il reato di truffa, nel secondo, cioè qualora si avesse, già *ex ante*, l'intenzione o il proposito di non adempiere al contenuto delle obbligazioni contratte, si dovrebbe "utilizzare" la disposizione che sanziona il reato di insolvenza fraudolenta.

Queste considerazioni trovano solido fondamento in alcune sentenze della Corte di Cassazione nelle quali i giudici si occupano proprio di determinare le specifiche distinzioni tra le differenti ipotesi di reato individuate; in modo particolare, in due sentenze del 2002 la Cassazione si è occupata di ribadire questi concetti: nella prima, essa indica, in relazione al delitto di truffa, che "diverso è l'elemento psicologico richiesto, dolo specifico per il delitto di truffa e generico per quello di ricorso abusivo al credito, differente è la condotta, perché per ravvisare il delitto di truffa è necessario un comportamento, caratterizzato da artifici e raggiri idoneo ad indurre in errore la

parte offesa, diverso dalla dissimulazione del dissesto"[581] e nella seconda conferma, in merito al medesimo confronto con la stessa tipologia di reato, che "Il reato di ricorso abusivo al credito previsto dall'art. 218 l. fall. si differenzia dal reato di truffa essenzialmente perché, oltre ad avere carattere plurioffensivo, in quanto lesivo non solo degli interessi della banca ma anche di quelli dei precedenti creditori, potenzialmente danneggiati da un ulteriore aggravamento del passivo (per cui la curatela viene ad assumere veste di parte offesa), richiede, sotto il profilo della condotta, la sola dissimulazione del dissesto e non anche l'impiego di artifizi e raggiri; sotto il profilo soggettivo, il solo dolo generico e non quello specifico, finalizzato al conseguimento di un ingiusto profitto"[582] .

Si sostiene, però, che questi elementi ulteriori, appena elencati, non vengono specificamente richiesti in quanto costituiscono già parte integrante della fattispecie stessa; questa,

[580] Cfr. con la Relazione ministeriale al numero 53; il riferimento alla relazione ministeriale veniva confermato, già negli anni Sessanta, dalla giurisprudenza della Cassazione, come dalla sentenza di Cassazione penale, del 24 febbraio 1967, in *Giust. Pen.*, 1967, II, c. 945; conviene sul punto anche PAJARDI nel testo di PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., p. 1343;
[581] Cassazione penale, sezione V, 18 ottobre 2002, n. 38225
[582] Cassazione penale , sezione V, 18 ottobre 2002 , n. 38228;

perlomeno, è l'opinione di PROVINCIALI[583], il cui esame dell'elemento soggettivo del reato di ricorso abusivo al credito è tanto scrupoloso quanto singolare; infatti, esso si occupa di indicare, come prima cosa, la riconducibilità dell'elemento soggettivo previsto dall'articolo 218 Legge Fallimentare alla categoria del dolo di pericolo, costituito dal concretizzarsi di una "minaccia" o comunque di una possibilità del verificarsi di un danno patrimoniale nei confronti della massa dei creditori a causa dello stato di insolvenza del debitore. Inoltre, esso sottolinea come il reato di pericolo non muti per il fatto di risolversi in un evento di danno, poiché tale danno costituisce un elemento esterno al fatto oggetto della repressione penale. Tuttavia, ed ecco emergere il carattere singolare della trattazione di Provinciali, esso indica che "emerge […] che anche il pericolo è, in definitiva, niente altro che un danno, meglio una *species damni";* in modo specifico il danneggiamento richiamato sarebbe cagionato nei confronti di chi ha concesso il credito e consisterebbe nel fatto di non poter ottenere la restituzione di quanto prestato (oppure di non essere in grado di ottenere la contropartita rispetto alla prestazione posta in essere), se non rivolgendosi al giudice. In altri termini, secondo l'Autore, l'ordinamento avrebbe la possibilità di punire il reato in esame con riferimento al comportamento del soggetto determinante l'insicurezza nella restituzione del credito, e non in relazione alla totale o parziale sopravvenuta perdita del credito stesso, poiché questa "privazione", in concreto, potrebbe anche non verificarsi mai. Ma un'altra peculiare caratteristica della tesi esposta da Provinciali risiede, come annunciato, nel ritenere implicitamente inseriti alcuni elementi all'interno della fattispecie ex articolo 218; specificamente esso si riferisce all'intenzione di recare danno ed al proposito di non adempiere all'obbligazione assunta; infatti, l'Autore indica che la mancata esplicita previsione di tali elementi all'interno della normativa è da considerarsi ovvia "poiché, da un lato, risiede *naturaliter* nel comportamento stesso dell'agente di recar danno, essendo ciò inseparabile dalla accensione di un debito da parte di chi è già in dissesto, e, dall'altro, deriva dallo stato di insolvenza già maturato che non si possa (legittimamente) adempiere all'obbligazione assunta mediante ricorso al credito"; questo vuol dire che per Provinciali, in ogni caso, la mancanza di tali indicazioni all'interno della norma non risulta vincolante; infatti, esse verranno, quali elementi intrinseci del reato, individuate e valutate da parte del giudice, alla stregua di componenti implicite del fatto commesso.

Si è parlato, nel definire il dolo di pericolo, di uno stato di "coscienza" in riferimento al ricorso al credito e di "consapevolezza" per quanto concerne lo stato di dissesto o di

[583] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 200

insolvenza. In modo specifico, si è indicato[584] come questo elemento debba essere apprezzato direttamente da parte del giudice, il quale deve valutare, attraverso un'attività di prognosi postuma, se nel momento in cui l'imprenditore richiese di poter accedere al credito vi erano tutti gli elementi necessari alla costituzione del reato, prendendo in considerazione tutte le circostanze percepibili e conoscibili da parte dell'uomo medio, oltre a quelle che potevano essere le specifiche qualità (e conoscenze) personali sia del soggetto attivo sia del soggetto passivo del reato. Specificamente, infatti, il giudice deve considerare, come prima cosa, il grado di consapevolezza del soggetto passivo in relazione alle critiche condizioni economiche e patrimoniali dell'imprenditore, allo scopo di escludere l'avvenuta dissimulazione nel caso in cui il creditore fosse cosciente del dissesto o dell'insolvenza del debitore. In secondo luogo, l'organo giudicante deve anche tenere conto della possibilità, remota ma da considerarsi, per la quale il debitore poteva, nel momento in cui commise il reato, non essere consapevole della crisi della propria impresa. Questo rilievo venne, già durante gli anni Cinquanta, palesato da parte di PROVINCIALI, e successivamente ripreso da ANTOLISEI.

Il primo giurista indicava che, nella situazione appena prospettata, poteva accadere che il soggetto debitore, facendo previsioni troppo ottimistiche in merito alla possibilità di risollevare le sorti dell'impresa, in totale buona fede, non dichiarasse il proprio stato di dissesto o di insolvenza; per l'Autore "l'ignoranza o la buona fede potrà avere efficacia dirmente solo quando l'imprenditore, chiedendo credito, abbia rappresentato fedelmente le sua situazione, lasciando ai suoi (sperati) contraenti la possibilità di fare valutazioni più realistiche e prudenziali"[585].

Il secondo esponente della dottrina, molti anni dopo rispetto al suo predecessore, si è occupato di sottolineare come non essendo sempre certa la prova che il soggetto abbia avuto coscienza del dissesto, in relazione all'agente inteso sia alla stregua di institore, sia quale socio illimitatamente responsabile non amministratore, per i quali può effettivamente risultare arduo conoscere il vero stato delle finanze della società di appartenenza, e con riferimento all'imprenditore individuale e all'amministratore di società, effettivamente in grado di valutare con consapevolezza la presenza di una crisi all'interno dell'impresa o della società, poteva essere possibile contrastare l'accusa di ricorso abusivo al credito e il dolo che lo contraddistinguva proprio dimostrando di avere ignorato, in concreto, la situazione critica prospettata. In altri termini, secondo Antolisei, nonostante la legge richiedesse agli operatori di imprese e società la massima perizia e diligenza nello svolgimento dei propri compiti, talvolta poteva essere possibile escludere la responsabilità dei soggetti richiamati *supra*

[584] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 201;
[585] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 201

dimostrando la loro effettiva ignoranza in merito alle difficoltà finanziare nelle quali si trova l'impresa o la società alla quale essi appartengono[586].

Se il dolo, nel caso limite appena prospettato, può essere, sempre se la circostanza considerata viene adeguatamente provata, escluso, questo non accade qualora il soggetto abbia agito con la consapevolezza del dissesto o dello stato di insolvenza ma con la speranza di poter contare in sopravvenienze patrimoniali che rendano possibile l'adempimento, o sull'aiuto di parenti e amici. Questo rilievo viene fatto valere da PROVINCIALI[587]; successivamente esso viene esaminato anche da SANDRELLI, il quale indica che "la speranza di adempiere non esime da penale responsabilità, e così il convincimento che proprio quell'erogazione creditoria sarà la salvezza dell'impresa ed, addirittura, consentirò la soluzione di altri e pregressi debiti, non giova a scagionare l'imputato ove questo conosca il dissesto e non lo manifesti nei suoi esatti termini al contraente finanziario"[588]; l'Autore, inoltre, al pari di quanto effettuato dai due giuristi precedentemente richiamati, individua la possibilità di escludere il dolo nel caso di errore, riferito all'imprenditore e non al creditore, sulla effettiva situazione finanziaria dell'impresa. Tale elemento è stato esaminato molto più recentemente anche da parte di IMPERATO, il quale indicava che "stante il particolare atteggiarsi della fattispecie incriminatrice, che fonda il proprio significato offensivo […] sulla dissimulazione del dissesto da parte dell'imprenditore, riterremmo che non trovi spazio applicativo il dolo eventuale nella rappresentazione dell'insolvenza"[589]; l'Autore intendeva specificare che vista la particolare complessità, soprattutto a livello "psicologico" della fattispecie presa in esame, non erano conciliabili la commissione effettiva del ricorso abusivo al credito con un dubbio riferibile alla sussistenza (o meno) del dissesto o dello stato di insolvenza, poiché, almeno a livello teorico, non si sarebbe potuta negare la possibilità che, effettivamente, l'imprenditore, (o gli altri soggetti attivi della fattispecie ex articolo 218), fosse inconsapevole del grave stato di insolvenza o di dissesto nel quale si trova l'impresa. Perciò, secondo Imperato, per poter imputare un soggetto per la commissione del ricorso abusivo al credito è necessario che ci sia la piena rappresentazione e volizione riferita a tutti gli elementi della fattispecie, soprattutto in relazione all'oggetto della fondamentale dissimulazione.

Infine, rileva l'importanza di tale circostanza anche PALAZZO [590] che indica l'irrisorietà della speranza di superare lo stato di dissesto e del "miraggio" riferito all'intervento di eventi

---

[586] Così ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 181;
[587] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 201;
[588] Così SANDRELLI G.G., *I reati..*,cit., .p. 15;
[589] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., p. 584;
[590]PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario....*,cit., p. 955

successivi che consentano di cancellare il debito; non determina, inoltre, per l'Autore, l'esclusione della punibilità neppure la mancata volontà di cagionare un danno nei confronti dei creditori, in quanto la volontà di danneggiare il soggetto passivo non è elemento costitutivo della fattispecie di ricorso abusivo al credito.

e. Il problema della responsabilità civile nel reato di ricorso abusivo al credito

Il ricorso abusivo al credito non coinvolge solamente il soggetto attivo che si occupa di fare effettivo ricorso al credito; si è visto *supra* come i problemi riferiti al coinvolgimento nella commissione del reato in esame possono riguardare, ad esempio, i soggetti estranei rispetto al soggetto attivo specificamente richiamato all'interno della norma; si è, inoltre, potuto notare come il soggetto *extraneus* per eccellenza è il creditore, prima tra tutti la banca, in quanto creditore spesso maggioritario rispetto all'imprenditore. Originariamente, perciò, ci si è occupati di delineare il tema della responsabilità penale del soggetto creditore dell'imprenditore ricorrente al credito. In questa sede, invece, si vuole affrontare il tema, ben più complesso, della responsabilità civile del soggetto creditore e, più in generale, della responsabilità non penale derivante dalla commissione della fattispecie in esame.

In primo luogo è necessario definire quale sarà il tema trattato in questa parte della presente dissertazione; in modo particolare, ci si occuperà di valutare il problema della configurabilità, e quindi della proponibilità, di un'azione di responsabilità da parte dei terzi creditori nei confronti di una banca che abbia concesso credito in modo imprudente ad un'impresa successivamente dichiarata fallita. In modo specifico, quindi, ci si riferirà al finanziamento concesso, colposamente o dolosamente, all'imprenditore che si trovi sull'orlo del fallimento, condotta che apporta il risultato di procrastinare il riconoscimento giudiziale dello stato di insolvenza o di dissesto e, ovviamente, l'avviamento della successiva procedura concorsuale; in altri termini, l'ipotesi considerata sarà quella di un ente finanziatore che, pur conoscendo (o potendo/dovendo conoscere) lo stato di crisi finanziaria dell'impresa concede ugualmente credito alla stessa, magari facendo affidamento, per la futura restituzione del debito, sulle garanzie rilasciate dai soci o dai terzi.

Il profilo "abusivo" ivi, perciò non sarà tanto riferito alla decisione di concedere un fido quanto alla successiva fase del suo concreto utilizzo, poiché solo attraverso l'uso della somma

o dello scoperto concesso all'impresa da parte del soggetto attivo possono pienamente configurarsi le conseguenze negative che si stanno per esaminare.

i. <u>In particolare: la concessione abusiva del credito in Francia e in Belgio</u>

Facendo un passo indietro, però, è necessario partire dall'analisi dell'evoluzione della figura in esame all'interno sia dell'ordinamento italiano, sia degli ordinamenti stranieri.

È, infatti, noto come la responsabilità civile per concessione abusiva del credito sia stata riconosciuta preliminarmente in Francia e in Belgio; era già nota ai tempi di NIGRO (quindi durante gli anni Settanta) l'evoluzione, dottrinale e giurisprudenziale, intervenuta sul punto all'interno di questi due Paesi che ha influenzato, in un secondo momento, le stesse concezioni degli studiosi del diritto Italiano.

In modo particolare, in tali sistemi giuridici la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito viene riconosciuta, qualora comporti un danno per gli altri creditori, alla stregua di atto illecito; questo punto fondamentale viene affermato e sottoscritto all'unanimità da parte dei giuristi, poiché le discussioni dottrinali, in relazione alla materia oggetto di esame, vengono svolti soprattutto in relazione al tema dell'azionabilità in giudizio di tale responsabilità, in modo specifico con riferimento ai presupposti dell'esercizio di tale azione.

Per meglio comprendere il "funzionamento" della responsabilità richiamata negli ordinamenti stranieri è necessario partire dalle norme che costituiscono il cardine dell'imputazione civilistica per concessione abusiva del credito, e più in generale per l'integrazione di una responsabilità extracontrattuale, ossia gli articoli 1382[591] e 1383[592] del *code civil;* essi possono essere equiparati al nostro articolo 2043 c.c. (soprattutto il primo) in relazione sia alla previsione dell'elemento necessario (oggettivo) del danno, sia alla predisposizione dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo (che viene designato genericamente, per la normativa francese, con il termine *faute* e distinto, successivamente, in *faute intentionelle* e *non intentionelle*) e, infine, al nesso di causalità fondamentalmente intercorrente tra il comportamento lesivo e il danno provocato.

Un dato rilevante viene sottolineato, ulteriormente, con riferimento al raffronto tra le norme straniere e quelle italiane, da NIGRO, il quale evidenzia come "il dato di maggior rilievo […]

[591] "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à altrui un dommage, oblie celui par la faute duquel il est arrrivé à le réparer" (questa norma è il corrispondente del nostro articolo 2043 c.c., tranne che per l'elemento dell'ingiustizia del danno che in Francia non viene richiamato);

[592] "Chacun est responsabile du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais ancore par sa négligence ou par son imprudence" (ivi si prendono in considerazione gli elementi soggettivi della negligenza ed imprudenza sulla base dei quali è possibile fondare la responsabilità extracontrattuale);

è rappresentato dal fatto che – a differenza di quanto si verifica nel nostro ordinamento, dove l'area del danno risarcibile p stata circoscritta dal legislatore con l'espressa previsione che il danno per dare diritto al risarcimento debba essere ingiusto – l'articolo 1382 dispone in termini assoluti il risarcimento dei danni arrecati ad altri, senza limitazioni né in ordine alla natura del fatto dannoso, né in ordine alla natura del danno"[593]; in altri termini, l'Autore vuole sottolineare la maggiore "genericità" delle disposizioni dell'articolo 1382, soprattutto con riferimento al maggiore margine di applicazione che esse consentono rispetto all'articolo 2043 c.c. italiano in relazione al fatto per il quale in Francia e in Belgio non si prevede la necessaria ingiustizia del danno cagionato nei confronti del soggetto passivo del reato, elemento che, invece, si indica come fondamentale all'interno delle disposizioni di legge del nostro codice civile. Infatti, esso specifica anche che la giurisprudenza e la dottrina straniere hanno esteso al massimo il novero dei danni risarcibili, facendovi rientrare non solo la lesione dei diritti, ma anche quella di interessi, purché essi siano leciti; questo testimonia, perciò, come un semplice termine aggiunto all'interno delle norme che regolano l'argomento in esame può fare la differenza e restringere o ampliare il campo di applicazione di un'intera disposizione. Grazie a questa fondamentale caratteristica dell'ordinamento francese e di quello belga, in tali Paesi il limite massimo posto alla risarcibilità del danno, per quanto qui interessa, è costituito dalla liceità o legittimità dell'interesse leso; vi sono, inoltre, ulteriori punti fermi riferiti sia alla necessaria sicurezza o certezza del pregiudizio arrecato, da intendersi come relativa al fatto per il quale il pregiudizio risarcibile non deve essere meramente ipotetico, sia alla immediatezza del danno cagionato, da interpretarsi come attinente al fatto per il quale il pregiudizio deve porsi come diretta conseguenza del fatto dell'agente[594]. Cioè, la possibilità di ottenere il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno è sottoposta solo alla verificazione dell'esistenza degli elementi appena richiamati in relazione al caso concreto.

Le sanzioni previste da parte della legge, inoltre, vengono applicate in tali ordinamenti con riferimento ai comportamenti posti in essere da parte del banchiere, qualora essi siano, ovviamente, lesivi; tale lesione può comportare l'irrogazione di una pena qualora sia stata cagionata sia nei confronti dei creditori anteriori alla concessione del fido, (ai quali il credito, concesso abusivamente, potrebbe recare pregiudizio in relazione al ritardo nell'inizio della procedura concorsuale, che determina, quindi, aggravamento del dissesto o dello stato di

[593] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., pp. 304-305;

[594] Anche se per Nigro, "Nelle procedure concorsuali, il danno per i creditori è, per così dire, *in re ipsa* " quindi non necessariamente da individuarsi in concreto ma quasi presumibile (così NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 306);

insolvenza) sia nei confronti dei creditori successivi (in riferimento ai quali il pregiudizio potrebbe configurarsi qualora questi abbiano concesso credito all'impresa basandosi sull'ingannevole presupposto di una solvibilità, fittizia, prodotta dal fido concesso abusivamente)[595]. In altri termini, per i primi la misura del pregiudizio è da identificarsi nella differenza tra ciò che avrebbero ottenuto se l'imprenditore fosse stato assoggettato prima ad una procedura concorsuale e ciò che hanno concretamente avuto in seguito all'aumento del passivo ed alla riduzione dell'attivo, determinata dalla continuazione della gestione negativa dell'impresa. Per i secondi, si fa riferimento, invece, solo alla parte di credito non recuperata in sede di procedura concorsuale[596].

È necessario, tuttavia, effettuare ancora alcune precisazioni, in modo particolare in merito agli elementi delle fattispecie richiamate e al loro "ruolo" nei Paesi di riferimento.

A livello soggettivo, innanzitutto, è fondamentale sottolineare che in Francia e in Belgio è prevalente la tesi riferita da coloro che rinvengono il fondamento della responsabilità del banchiere, nel caso ivi esaminato, all'interno del novero di comportamenti che possono determinare una responsabilità professionale; tale forma di responsabilità, perciò, può essere eliminata nel caso in cui il banchiere si comporti con la diligenza media richiesta, corredata dalla specifica competenza tecnica relativa alle mansioni svolte e dagli idonei (e necessari) mezzi di informazione relativi alle condizioni economiche e patrimoniali del richiedente il credito. In altri termini, quindi, in tali ordinamenti il banchiere viene considerato un professionista, esercente, ovviamente, una specifica attività professionale (cioè l'attività bancaria), con la conseguenza per la quale la diligenza richiesta a tale soggetto non è quella del semplice "buon padre di famiglia" bensì quella del c.d. "buon banchiere", delineata sia in termini generali, quindi riferendosi al banchiere c.d. "medio", sia a livello più specifico qualora il singolo soggetto si trovi a svolgere mansioni particolari oppure sia depositario di tipiche conoscenze tecniche utili nello svolgimento della propria mansione[597].

In relazione, invece, al tema del nesso di causalità, in Francia si nota un orientamento prudenziale che subordina l'accoglimento delle richieste dei creditori alla dimostrazione dell'inizio delle azioni necessarie per il recupero del credito ed alla prova che l'apertura di una specifica procedura concorsuale li avrebbe meglio tutelati[598].

---

[595] Così MORERA U., *Il fido bancario – profili giuridici,* Milano, Giuffré, 1998;
[596] Così FRANCHINA G., *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito,* in *Dir. Fall,,* 1988, I, p. 661;
[597] Così FRANCHINA G., *La responsabilità…,,* cit., p. 661;
[598] Così FRANCHINA G., *La responsabilità…,,* cit., p. 661;

Le ipotesi che, perciò, vengono ricomprese nel concetto di concessione abusiva di fido o di credito possono essere integrate dai seguenti comportamenti:

(a) Il finanziamento di attività illecita nell'oggetto o nelle modalità di esercizio;
(b) *Crédit de commandite* che consiste nell'erogazione di un prestito da parte della banca che consente all'ente finanziatore un'ingerenza piena nella gestione dell'impresa;
(c) Il finanziamento accordato con modalità non "regolari";
(d) Il finanziamento che permette di prolungare artificialmente la vita dell'impresa la cui situazione economica, al momento dell'erogazione, era già irrimediabilmente compromessa;[599]

Non soltanto i Paesi appena richiamati si sono trovati a dover disciplinare fattispecie come quella in esame; infatti, anche la Germania, si è occupata di determinare la possibilità di sanzionare un tale tipo di responsabilità. In modo specifico, ivi si è affermata una forma di responsabilità delittuosa della banca per concessione abusiva del credito in alcune ipotesi, comprendenti:

(a) Il caso nel quale i dirigenti della banca si siano resi partecipi di comportamenti della società finanziata integranti bancarotta o altre forme di reato;
(b) La fattispecie per la quale la banca ha concesso il credito ad un'impresa in crisi pur sapendo (o ignorando per sua leggerezza) che l'operazione poteva mettere in grave pericolo la possibile restituzione delle somme e dei crediti nei confronti dei restanti creditori;
(c) Il caso per il quale la banca ha concesso il credito all'impresa in crisi per un proprio fine egoistico (ad esempio per poter recuperare con maggiore facilitò altri crediti erogati in precedenza) pur conoscendo (o dovendo conoscere) la possibilità di pregiudicare i diritti dei restanti creditori;
(d) La situazione per la quale la banca ha concesso un credito di risanamento all'impresa in crisi conoscendo o dovendo conoscere che il progetto finanziato tendeva solo a ritardare l'inevitabile fallimento;

[599] Le presenti considerazioni relative agli ordinamenti stranieri sono tratte dal testo di FRANCHINA G., *La responsabilità…*, cit., pp. 659 ss.;

Nel caso in cui, invece, la banca si occupi di finanziare un programma di risanamento che si ritenga affidabile, serio e realizzabile, in relazione ad una necessaria valutazione informata, essa non viene ritenuta responsabile per eventuali danni cagionati nei confronti degli altri creditori dell'imprenditore. Quindi, i giuristi tedeschi, tendono a scusare maggiormente la banca che si sia occupata di finanziare programmi di risanamento, anche non andati totalmente a buon fine, quando essa abbia posto in essere tali operazioni in modo consapevole e diligente, rispetto ai casi nei quali l'ente creditizio abbia erogato il credito all'imprenditore in crisi senza utilizzare la necessaria prudenza.

ii. Il sistema Italiano: l'evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale

Dopo questa breve introduzione riferita agli ordinamenti stranieri è consono trattare il medesimo tema in relazione alla dottrina ed alla giurisprudenza italiane.

Già decenni prima dell'intervento "spartiacque" della Corte di Cassazione, avvenuto nel 1993 con la sentenza n. 343, la dottrina si occupava del tema in esame in modo critico ed analitico; insigni giuristi si sono adoperati allo scopo di individuare la possibilità, o meno, di estendere le conclusioni alle quali erano giunti i giuristi stranieri anche all'ordinamento giuridico italiano.

Uno dei primi esponenti della dottrina ad essersi occupato del problema in esame è stato NIGRO[600], il quale scriveva in un periodo nel quale il tema era ancora poco dibattuto dalla dottrina, e dalla stessa giurisprudenza. L'Autore, proprio sotto questo profilo, cercava, innanzitutto, di spiegare in modo sistematico le ragioni per le quali l'Italia non fosse tra quei Paesi all'interno dei quali era pacificamente riconosciuta una responsabilità civile delle banche per concessione abusiva del credito; in primo luogo, esso indicava come vi era una ragione di tipo "ambientale", riferita al privilegio del quale le banche godevano. Tale situazione veniva definita come giustificabile da parte di Nigro, soprattutto con riferimento all'importanza ed al "peso" delle attività svolte da parte degli istituti di credito; tuttavia, il "regime" di maggiore protezione nei confronti di tali finanziatori si era trasformato, per l'Autore, in una "sorta di elastica, ma robusta rete di protezione stesa intorno alla attività degli organi creditizi"[601], rafforzata, innanzitutto, dallo stesso legislatore[602], ma anche

[600] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., pp. 301 ss.;
[601] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., pp. 310-311;
[602] E qui l'Autore si riferiva soprattutto al sistema legislativo previsto per il mendacio bancario modificato di recente, e più in generale alle disposizioni di legge bancaria che lasciavano molto spazio alla discrezionalità, alle prassi ed alle consuetudini nello svolgimento delle differenti operazioni economico-finanziarie;

dall'atteggiamento, spesso troppo indulgente, della dottrina e della giurisprudenza. In riferimento a questa condizione, molto positiva per le banche ma molto poco per i creditori "ordinari", l'Autore sottolineava le profonde difficoltà che scaturivano nel determinare la nascita di un pensiero innovativo, che potesse ribaltare la situazione preesistente, proprio in relazione alle resistenze della dottrina e dei giudici, oltre che dei diretti interessati, ossia dei soggetti erogatori del credito.

Un'ulteriore ragione che poteva giustificare la mancata predisposizione, in Italia, di strumenti necessari allo scopo di sanzionare la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito era, secondo Nigro, riferibile alla rigidità del pensiero della dottrina e della giurisprudenza in tema di responsabilità civile; infatti, esso sottolineava come le concezioni italiane fossero, a riguardo, molto più restrittive di quelle francesi e belghe , e consentissero di sanzionare la responsabilità per la commissione di fatti illeciti nel caso in cui, innanzitutto, vi fosse la colpa diretta del soggetto imputato, limitando, quindi, al massimo la possibilità di applicare le disposizioni sanzionatorie previste, ad esempio, all'interno degli articoli 2047 c.c. e seguenti, riferibili alla responsabilità per danni cagionati dall'incapace, dai minori e così via. Inoltre, anche con riferimento all'elemento dell'ingiustizia del danno, l'Autore dava rilievo alla circostanza per la quale tale fattore veniva indicato come integrato solo in relazione ai diritti cc.dd. assoluti, in quanto solo tali diritti venivano ritenuti sottoponibili ad una tutela giuridica volta ad eliminare tutte le differenti forme di ingerenza provenienti da qualsivoglia soggetto attivo. Per questi motivi, si poteva, ovviamente, indicare la limitata tutela dei diritti cc.dd. relativi, tra i quali si annoveravano anche i diritti di credito.

Tuttavia, Nigro assumeva una posizione differente rispetto a quella dei giuristi del suo tempo, poiché sembrava appoggiare l'orientamento francese e belga volto a consentire il risarcimento del danno cagionato dalla banca nei confronti dei terzi creditori per erogazione abusiva del credito, pur ponendo in essere il proprio discorso a riguardo sulla base di due rilievi preliminari.

Il primo era riferito alle modalità con le quali imputare la responsabilità nei confronti della banca; esso si chiedeva, infatti, se determinare tale attribuzione attraverso un'imputazione per colpa o predisponendo una forma di responsabilità oggettiva come accadeva, ad esempio, in Francia. Tuttavia, l'Autore non era d'accordo con questo orientamento proveniente dal Paese d'oltralpe; infatti, esso indicava, in primo luogo, che "a meno di non volere accogliere un concetto di rischio talmente ampio da giungere a collegare all'attività d'impresa, ai fini dell'imputazione di responsabilità, qualunque conseguenza dannosa per i terzi, anche la più imprevedibile ed anomala, non mi sembra che il rischio di impresa gravante sulla banca,

inteso come rischio normale, tipico[603], possa arrivare a comprendere anche quello del danno arrecato ad altri creditori dall'ausilio finanziario concesso ad imprese" poiché "manca una idoneità oggettiva del comportamento della banca a recare danno, manca una pericolosità intrinseca"[604]; in altri termini, Nigro voleva indicare come fosse impossibile, a suo riguardo, estendere così tanto la responsabilità potenziale della banca nella concessione del credito, sino a ricomprendere ogni tipologia di rischio possibile, anche se non direttamente e "normalmente" prevedibile da parte di essa nel momento dell'esecuzione delle operazioni finanziarie; quindi, esso intendeva, in ogni caso, sottoporre la punibilità dell'ente creditizio alla circostanza della (anche se minima) prevedibilità del pericolo di lesione arrecabile agli interessi o diritti dei terzi; l'Autore giustificava il suo pensiero anche con riferimento alla funzione propria della banca, quale quella di un'impresa creata altresì con lo scopo di aiutare e sostenere le imprese in difficoltà, funzione alla quale era sotteso un interesse pubblico, molto più forte rispetto a quello dei privati creditori, al buon funzionamento dell'economia e all'impiego delle risorse finanziarie in modo produttivo. In relazione a ciò, quindi, l'Autore concludeva indicando che "perché il comportamento di questa *(cioè della banca)* possa costituire fonte di un obbligo risarcitorio occorre qualcosa di più del semplice nesso oggettivo fra attività di erogazione del credito e danno per gli altri creditori: occorre una consapevolezza da parte della banca della potenziale lesività della concessione di credito in relazione alla concreta situazione dell'imprenditore sovvenuto"[605].

In secondo luogo, dopo aver determinato la necessità di collocare la responsabilità della banca nel campo della colpa (o del dolo), l'Autore si occupava di affrontare lo spinoso problema, che verrà ripreso anche dai suoi "successori", dell'ingiustizia o antigiuridicità del comportamento della banca che si fosse occupata di erogare il credito in modo imprudente.
Nigro decideva di lasciare per un attimo da parte la specifica qualificazione, alla stregua di banchiere, del soggetto attivo dell'illecito in esame, cercando, come prima cosa, di individuare il carattere (eventualmente) antigiuridico del comportamento del soggetto che si occupasse di concedere il credito ad un imprenditore successivamente dichiarato fallito, conoscendone (o dovendone conoscere) le critiche condizioni economiche e, in un secondo momento di inquadrare l'elemento dell'ingiustizia a livello generale; cioè, l'obiettivo dell'Autore era quello comprendere quale interpretazione dell'ingiustizia fosse quella da

[603] Da intendersi alla stregua di un rischio prevedibile e normalmente connesso con il tipo di attività svolta;
[604] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., pp. 320-321;
[605] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 323;

seguire allo scopo di determinare il contenuto della fattispecie per poterla inquadrare adeguatamente, in un secondo momento.
La prima concezione che esso prendeva in considerazione era quella per la quale l'esistenza del danno ingiusto dipendeva dalla violazione, da parte del danneggiante, in modo implicito o esplicito, di una norma di legge. In relazione a tale orientamento, come già parzialmente indicato nella parte precedente della trattazione del tema della responsabilità della banca, la risposta dell'Autore era di tipo negativo, in quanto esso indicava come fosse impossibile ravvisare una disposizione di legge che, a tutela dei creditori, prescrivesse di non concedere credito ad imprenditori in difficoltà economiche o, addirittura, in stato di dissesto o insolvenza.
Il secondo tipo di orientamento individuato si riferiva all'ingiustizia come ad un elemento la cui esistenza era correlata alla violazione di un generico principio di comportamento, che avrebbe imposto alla banca di comportarsi seguendo i precetti di correttezza e solidarietà; tale interpretazione del concetto di antigiuridicità vedeva il parere favorevole dell'Autore, in quanto esso indicava che richiamandosi a tali doveri di correttezza e solidarietà non vi era difficoltà nel ricomprendervi anche l'obbligo al rispetto della situazione soggettiva protetta (cioè il diritto di credito) dei creditori dell'imprenditore, poiché tale diritto era riconosciuto, e quindi protetto, adeguatamente dall'ordinamento. A riguardo, come si è potuto vedere *supra*, l'Autore richiamava le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare alla stregua di norma contenente il generico principio di imposizione di comportamento o, comunque, di protezione dell'interesse ivi considerato. Infatti, secondo Nigro il contenuto della norma richiamata non era destinato a rimanere relegato al solo piano penale ma poteva essere adeguatamente esteso anche al piano civilistico; in modo particolare esso suggeriva che l'operato dell'imprenditore-soggetto attivo ex articolo 218 poteva essere indicato come "una fattispecie di concorso nella violazione di un obbligo di comportamento posto a tutela della generalità dei creditori"[606], obbligo, ovviamente, qui riferito principalmente alla banca ed ai suoi operatori.

Dopo questa introduzione riferita ad uno degli elementi fondamentali della fattispecie relativa alla responsabilità extracontrattuale, l'Autore si è occupato di esprimere la propria eminente opinione in relazione alla configurazione di una forma di responsabilità della banca per concessione abusiva del credito ex articolo 2043 c.c.

[606] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 323;

In modo particolare esso ha, come prima cosa, affermato l'assoluta esistenza di tale responsabilità[607], motivando, successivamente, la propria opinione ed affrontando le problematiche nascenti dalla messa in pratica di una tale affermazione; in primo luogo, esso si occupava della possibilità, o meno, di estendere i doveri di correttezza anche alla banca, in quanto essa era da considerarsi sicuramente un creditore differente, per molti aspetti, rispetto alle altre tipologie di finanziatori. Per l'Autore questa estensione era da considerasi sicuramente possibile in quanto, come prima cosa, non vi erano norme dell'ordinamento che dicessero il contrario e, in seconda battuta, gli enti creditizi avrebbero avuto maggiori possibilità di essere imputati per la violazione di tali tipologie di doveri, poiché la concessione del credito da parte di "professionisti" era subordinata all'acquisizione di informazioni sulla capacità patrimoniale di chi si occupava di richiedere il fido; questo poneva la banca in una posizione, duplice, di tipo particolare. Se, infatti, grazie alle maggiori informazioni acquisite essa poteva cautelarsi in modo più "massiccio", di contro essa era subordinata ad un dovere, ossia quello di erogare il credito solo ad imprese capaci di utilizzarlo efficacemente; tale dovere, se violato, poteva determinare sia una responsabilità nei confronti delle autorità di vigilanza preposte al controllo del credito (essenzialmente la Banca d'Italia), alla stregua di responsabilità interna, sia nei confronti dei terzi creditori, a guisa di responsabilità esterna.

In secondo luogo esso si è occupato del problema del contrasto tra interessi protetti, che poteva profilarsi identificando la necessità da parte della banca di rispondere per erogazione abusiva del credito; il contrasto, infatti, si sarebbe potuto prospettare tra la necessità di tutelare i risparmiatori e il risparmio in genere e la finalità di tutela dei terzi creditori, alla quale doveva essere volta l'azione di responsabilità per concessione abusiva del credito; tuttavia, per l'Autore il problema era di facile soluzione, in quanto esso basava il suo ragionamento sulla valutazione riferita alla funzione della banca, consistente nella raccolta del risparmio per impieghi utili alla collettività: questo giustificava i controlli della Banca d'Italia e le numerose regole riferite alla raccolta e distribuzione del risparmio, e poteva anche motivare la limitazione che si imponeva all'attività della banca, cioè quella per la quale l'erogazione del credito doveva avvenire solo per iniziative valide e produttive. Ciò, se poteva apparire, in un primo tempo, restrittivo e limitante, rifletteva in realtà sia l'affermazione degli interessi dell'ente creditizio alla buona gestione del proprio capitale, sia l'obiettivo generale dei risparmiatori e degli investitori, poiché la concessione del credito all'impresa decotta si

[607] Dichiarando che "si può dunque arrivare ad una prima conclusione […]: il nostro ordinamento, almeno nel quadro delle tendenze più avanzate in materia di responsabilità civile, con l'utilizzazione delle clausole generali del dovere di correttezza, della solidarietà ecc. e con la valorizzazione di principi immanenti nel sistema, consente di ravvisare l'estremo dell'ingiustizia nel comportamento di chi concede abusivamente credito ad un imprenditore in dissesto"; NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 324;

poteva tradurre sia in una perdita di capitali per la banca e gli altri creditori, sia in una diminuzione di ricchezza per i risparmiatori. Ecco perché l'Autore affermava che "L'azione di responsabilità per concessione abusiva del credito […] in quanto idonea a costringere le banche al rispetto di quel canone di comportamento viene a risultare non solo strumento non contrastante con la tutela dell'interesse dei risparmiatori, ma anzi strumento concorrente proprio a rafforzare ed integrare tale tutela"[608]. In altri termini, anche se l'azione poteva, in primo luogo, privilegiare i diritti dei creditori, consentiva di operare una fondamentale attività di protezione anche nei confronti dei semplici risparmiatori.

Successivamente l'Autore si è occupato di affrontare il problema dell'elemento soggettivo e dell'imputazione della colpa nei confronti del soggetto attivo-banca. In relazione a questa questione Nigro faceva riferimento all'orientamento prevalente in Francia, ove, come si è visto, ritenendo il banchiere un vero e proprio professionista, si determinava l'imputazione, per quanto qui interessa, per violazione di canoni specifici di diligenza, intimamente legati alla professione svolta dal soggetto ed ai doveri da essa derivanti. Per l'Autore anche in Italia si sarebbe potuto utilizzare tale criterio di interpretazione dell'attività del banchiere e di imputazione della responsabilità, con riferimento alle disposizioni dell'articolo 1176 c.c. che, al secondo comma, come già visto stabilisce che:
"Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata"

Questo poteva accadere perché, secondo l'Autore, innanzitutto le disposizioni dell'articolo richiamato non erano da riferirsi solo alle professioni intellettuali, ma in modo generale alle attività esercitate professionalmente, e quindi anche all'attività d'impresa, considerata come "professionale" grazie al riferimento alle disposizioni dell'articolo 2082 c.c.; in questi termini, perciò, anche relativamente all'esperimento dell'attività imprenditoriale si sarebbe potuta richiedere comunque la necessaria diligenza professionale.
In relazione a tali argomentazioni, Nigro concludeva indicando che la colpa della banca si sarebbe dovuta valutare, con riferimento all'erogazione abusiva del credito, prendendo in considerazione il criterio del *bonus argentarius* cioè quel "parametro di valutazione che si traduce nell'adottare, come modello di raffronto, la figura (ideale) del banchiere il quale, nella concessione del credito […] osserva, da un lato, le regole tecniche proprie della sua professione e, dall'altro, le norme specifiche che disciplinano il modo di svolgimento della

[608] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 336;

sua attività"[609]. In altri termini, l'Autore, come gli interpreti d'oltralpe, subordinava l'applicazione delle disposizioni sanzionatorie in tema di concessione abusiva del credito alla possibilità di ravvisare, in relazione all'operato del soggetto banchiere, la violazione dei canoni dei necessaria diligenza professionale richiesta per lo svolgimento di quelle particolari mansioni, e non soltanto alla costituzione di un comportamento lesivo con una diligenza al di sotto di quella richiesta al "buon padre di famiglia".

L'esame di Nigro riferito all'elemento soggettivo, però, non si concludeva qui, in quanto esso si occupava anche di considerare l'elemento in relazione al quale si poteva individuare la colpa (o il dolo) del banchiere (e della banca) per la concessione abusiva del credito. In linea generale esso individuava tale elemento nelle condizioni patrimoniali del debitore, che la banca conosceva o avrebbe dovuto conoscere; tuttavia, ciò non bastava, poiché era necessario anche stabilire quali dovevano essere le negative condizioni patrimoniali che se riferite al debitore potevano fondare la responsabilità dell'ente creditizio. L'Autore, dopo aver esaminato in breve gli orientamenti, a riguardo, della dottrina francese, si occupava di trasfondere le medesime ipotesi anche con riferimento all'ordinamento italiano; in modo particolare, esso considerava "utilizzabili" anche in Italia, innanzitutto, le fattispecie di:

(a) Concessione del credito ad un'impresa in stato di cessazione di pagamenti;
(b) Concessione del credito ad un'impresa con procedimenti non corretti o addirittura fraudolenti, anche se l'impresa non si trova in condizioni di vera e propria crisi economica;

Nel caso sub (a), infatti, la banca poteva essere individuata come responsabile per concessione abusiva del credito nella maggior parte dei casi, poiché, qualora ne avesse avuto i mezzi (fattispecie che, in relazione alle possibilità istruttorie della banca si verifica praticamente nella totalità dei casi) avrebbe dovuto conoscere le condizioni non positive del patrimonio del richiedente; e qualora ne fosse stata immediatamente a conoscenza, non sarebbe stata indicata come responsabile solo per la commissione di un reato meramente colposo ma, addirittura per dolo.

Nell'ipotesi sub (b) l'Autore supponeva che la banca potesse, anche semplicemente con la normale diligenza, conoscere il carattere non corretto delle concessioni di credito che si stava occupando di porre in essere; questo consentiva, perciò, un'imputazione sia a titolo di semplice colpa, sia a titolo di dolo, nei casi più gravi.

[609] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 339;

Nigro aveva qualche dubbio in merito alla terza ipotesi, riferita alla:

(c) Concessione del credito con un procedimento tecnico in sé corretto, ad un'impresa in difficoltà, successivamente sottoposta a procedura concorsuale;

in relazione a tale situazione, infatti, già la dottrina francese appariva divisa in due schieramenti, il primo che escludeva tassativamente la possibilità di ravvisare una responsabilità della banca, il secondo che, invece, accoglieva questa eventualità. L'Autore escludeva, ulteriormente, l'applicabilità dell'ipotesi sub (c) in relazione all'ordinamento italiano, poiché, a suo parere, essa poteva fondare una responsabilità della banca per concessione abusiva del credito a titolo di mera responsabilità oggettiva, in quanto ivi si sarebbe richiesta all'ente finanziatore la conoscenza relativa anche alle minime difficoltà economiche e finanziarie del richiedente.

L'esame dell'Autore, al pari di quanto si è visto in relazione agli ordinamenti stranieri, con riferimento alla tematica in esame si estendeva anche all'analisi degli altri due fondamentali elementi costitutivi dell'illecito oggetto di indagine; essendo la disamina di Nigro una delle prime, e più complete, è bene esporre immediatamente le conclusioni alle quali esso era giunto in relazione sia al fattore "danno" sia a quello del "nesso di causalità".
Per quanto concerneva il danno, l'Autore era orientato nell'individuare tale elemento nel "danno che gli altri creditori hanno risentito per il fatto che la procedura concorsuale […] sia stata aperta in tempi e con modi diversi da quelli in cui e con cui sarebbe stata aperta se non fosse intervenuto il sostegno da parte della banca"[610]; esso, inoltre, specificava (come si è già potuto accennare) che il pregiudizio consisteva, per i creditori anteriori alla concessione del credito, nella diminuzione della garanzia patrimoniale provocata dal mantenimento in vita, artificiale, dell'impresa, con susseguente aumento del passivo; esso, invece, si costituiva, per i creditori posteriori, nella stessa concessione del credito che non si sarebbe verificata qualora essi avessero conosciuto il vero *status* finanziario ed economico dell'imprenditore.
In relazione, invece, al nesso di causalità, Nigro individuava con molta facilità, su un piano teorico, le modalità attraverso le quali accertare la sua esistenza, costituite dalla necessità di provare, da parte dei soggetti danneggiati, la presenza di un collegamento tra l'intervento della banca e il pregiudizio denunciato. A livello pratico, tuttavia, l'Autore sottolineava la

[610] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., p. 343;

presenza, talvolta, di difficoltà nel dimostrare sia il valore del danno (ecco perché proponeva di costituire, così come in Francia, l'azione verso la banca alla stregua di atto "di massa") sia l'esistenza del nesso di causalità, specificando, perciò, la necessità di valutare singolarmente ogni caso allo scopo di stabilire la responsabilità, più o meno "importante", dell'ente creditizio nel danneggiamento predisposto nei confronti degli altri creditori.

Nigro si è occupato di nuovo del tema in esame nel 2002[611], evidenziando alcuni possibili mutamenti nel proprio pensiero o, perlomeno, alcune specificazioni rese possibili grazie agli sviluppi intervenuti nella dottrina e all'interno della giurisprudenza.
Esso, dopo aver nuovamente delineato gli elementi della fattispecie in esame, si occupa di un argomento molto spinoso, ossia quello della responsabilità, "aggiuntiva" rispetto a quella per i danni cagionati nei confronti ai singoli creditori, per il pregiudizio arrecato all'intera collettività di creditori, sollevato, a livello preliminare, all'interno dell'ambiente giuridico francese. Secondo l'Autore, non si può porre in dubbio il fatto per il quale, concedendo abusivamente il credito nei confronti di un imprenditore insolvente si determina il mantenimento in vita artificiale dell'impresa che può sfociare nella elisione della garanzia patrimoniale considerata per i creditori nel loro complesso, costituita a causa di una diminuzione del patrimonio dell'imprenditore per effetto dell'incremento ulteriore del passivo; tuttavia, per Nigro, in tale situazione, la responsabilità dell'ente creditizio può rilevare direttamente solo nei confronti dell'imprenditore e assumere rilevanza indiretta (o comunque "riflessa") verso la collettività dei creditori. Per questo motivo esso individua la possibilità di far valere, preliminarmente e in via principale, la responsabilità della banca da parte dell'imprenditore, al fine di ottenere la reintegrazione del proprio patrimonio, ma solo nel caso in cui la concessione abusiva del credito sia frutto di uno specifico accordo tra la banca e gli amministratori della società sovvenuta. Tuttavia, in questo caso, Nigro sottolinea il principio per il quale, in tale situazione, si resta fuori dalla fattispecie tipica della concessione abusiva del credito, in quanto tale titolo di responsabilità verrebbe fatta valere dal debitore nei confronti dell'erogatore del credito; tale tipo di procedimento, perciò, vede la presenza dei medesimi "attori" ma lo svolgimento di azioni diametralmente opposte, in quanto, nella normalità dei casi, lo stesso debitore sarebbe comunque responsabile per l'acquisizione abusiva del credito e non potrebbe lamentarsi, in un momento successivo, nei confronti dell'ente erogante il denaro del pregiudizio patrimoniale che è derivato dalla concessione creditizia.

[611] NIGRO A., *Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito e di legittimazione del curatore fallimentare"*, in *Dir. Banc. Merc. Fin.*, 2002, pp. 294 ss.;

In secondo luogo, esso analizza la problematica della possibilità, per il curatore fallimentare, di divenire portatore delle ragioni creditorie nel loro complesso; la soluzione del problema appare semplice per l'Autore, in quanto esso indica che "nel nostro sistema, [non] esiste in capo al curatore fallimentare un generale potere di rappresentanza dei creditori"[612] ; inoltre, esso esclude anche la possibile trasformazione delle azioni risarcitorie individuali in azioni collettive, in quanto tale operazione non è concepibile perché contrasta con due fondamentali principi: quello per il quale tale legittimazione sussiste per tutte le azioni cc.dd. di massa, quindi per quelle azioni spettanti ai creditori e dirette ad ottenere, nel loro interesse, la ricostituzione del patrimonio del fallito; e quello in relazione al quale tale legittimazione sostitutiva non sussiste per le azioni esercitabili individualmente e a proprio diretto ed esclusivo vantaggio, nei confronti di soggetti diversi dal fallito. Infatti, è in base al primo principio che il curatore subentra ai creditori nelle azioni revocatorie ed in quelle surrogatorie ed è in base al secondo principio che il curatore non subentra ai creditori ad esempio nell'esercizio dell'azione prevista dall'articolo 2395 c.c.[613]; questa possibilità di esclusione, perciò, può sussistere anche relativamente all'esercizio delle azioni nei confronti dell'istituto di credito, poiché la azione di responsabilità per concessione abusiva del credito costituisce strumento di reintegrazione non del patrimonio del debitore nell'interesse della generalità dei creditori, ma di quello personale dei singoli soggetti terzi.

Infine, la trasformazione individuata non è ivi concepibile in quanto in relazione alla responsabilità in esame non è configurabile la presenza di un pregiudizio della "massa" dei creditori; questo per la semplice ragione per la quale il danno arrecato ai singoli creditori è, da un lato, differente da caso a caso (basta anche solo accennare alla distinzione tra creditori anteriori e posteriori alla concessione del credito) e dall'altro può anche non esservi. Ecco perché, quindi, Nigro non conviene neppure il relazione alla possibilità di delineare un pregiudizio nei confronti della massa dei creditori, neanche come sommatoria dei danni subiti dai singoli soggetti considerati.

Successivamente rispetto alla prima approfondita analisi di Nigro altri autori si sono occupati dell'argomento in esame, spesso riprendendo le stesse parole dell'eminente giurista.

È necessario, innanzitutto, distinguere gli esponenti della dottrina a seconda del periodo "storico" nel quale essi hanno esposto il proprio pensiero a riguardo, in relazione al mutamento radicale delle certezze dottrinali determinato dall'intervento, nel 1993, della Corte di Cassazione.

[612] NIGRO A., *Note minime…*, cit., p. 300;
[613] Cioè nelle azioni individuali del socio e del terzo;

Per questo motivo si prenderanno in considerazione, *in primis* gli studiosi il cui intervento si colloca precedentemente rispetto a tale fondamentale pronuncia giurisprudenziale.

Si colloca essenzialmente nel medesimo periodo al quale appartiene Nigro anche BORGIOLI[614] il quale esordisce inquadrando specificamente la fattispecie in esame; infatti, esso indica che tale illecito viene commesso da "un banchiere non avveduto" che attraverso il sostentamento dato ad un'impresa non efficiente favorisce investimenti eccessivi e manifestamente non redditizi, causando un danno reale per i creditori del sovvenuto, ingannati da una prosperità essenzialmente "artificiale".

Differentemente da quanto si vedrà in seguito, in relazione alle opinioni più recenti sul punto, anche Borgioli, al pari di Nigro, si occupa di distinguere i danni cagionabili nei confronti delle due differenti tipologie di creditori (antecedenti e successivi); infatti, esso indica che in relazione ai primi il pregiudizio può consistere nella determinazione di un ritardo nella dichiarazione di fallimento, o comunque, nell'apertura della procedura concorsuale, che comporta, a propria volta, un aggravamento dello stato di dissesto già presente; con riferimento ai secondi, invece, il danno sarebbe da ravvisarsi nella concessione del credito che, in mancanza dell'inganno determinato dall'apparente solvibilità dell'impresa, probabilmente non si sarebbe concretizzata.

Successivamente, l'Autore affronta il tema della trasposizione all'interno del sistema giuridico italiano delle conclusioni, e dello schema di illecito, utilizzati e teorizzati nell'ordinamento Francese; in relazione a questa problematica, la risposta di Borgioli è essenzialmente positiva, in quanto esso sottolinea come, già a partire dagli anni Settanta, vi era stata una progressiva apertura, soprattutto giurisprudenziale, verso nuove forme di responsabilità extracontrattuale, sanzionabili non soltanto quando riguardavano diritti reali, ma anche diritti di credito; basta ricordare una sentenza "cardine" in argomento, relativa al risarcimento di un danno che non aveva, però, come oggetto un diritto reale, bensì un diritto di credito, nel caso di specie il diritto della società "Torino Calcio" di "utilizzare" un giocatore purtroppo deceduto in un incidente stradale. La Corte di Cassazione, innanzitutto, non aveva posto alcun dubbio in merito alla possibilità di inquadrare la relazione intercorrente tra il giocatore e la società calcistica alla stregua di rapporto di credito, precisamente come un vero e proprio contratto di lavoro subordinato; successivamente la Suprema Corte si occupava del problema centrale della controversia, ossia quello della necessità di stabilire se "un siffatto

---

[614] BORGIOLI A., *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito?*, in (a cura di) MACCARONE S., NIGRO A., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, Giuffré, 1981, pp. 788 ss.;

rapporto sia tutelabile, a favore del creditore, di fronte al fatto illecito del terzo che abbia inciso sulla perona del debitore, sopprimendola, e, ancor prima, nell'atro quesito, di portata più generale, se sia ammissibile la tutela aquiliana, di cui all'art. 2043 codice civile, in caso di lesione del credito da parte di soggetto estraneo al rapporto obbligatorio" ; infatti, la Corte d'Appello di Torino aveva negato, a riguardo, che la situazione giuridica soggettiva della quale la società era titolare potesse consentire a quest'ultima, in relazione alla situazione concreta, di beneficiare della tutela aquiliana prevista dal codice, professandosi "rigorosamente fedele al principio della non risarcibilità del danno cagionato dal terzo al creditore con la lesione del credito di lui"; in modo particolare, la corte di secondo grado aveva basato il proprio rifiuto sulla fondamentale distinzione tra diritti assoluti e relativi e sul contenuto dell'articolo 1372 c.c. che determinava il principio della relatività degli effetti dei contratti.

La Cassazione, tuttavia, assumeva una posizione opposta rispetto a quella della corte di secondo grado; essa riconosceva che, in relazione a differenti sentenze la stessa Suprema Corte aveva negato più volte la possibilità di estendere la portata della tutela predisposta dall'articolo 2043 c.c.[615], ma indicava anche che "se di quel principio (cioè quello della limitazione della tutela aquiliana ai soli casi di danni a diritti reali o comunque assoluti) si dovesse qui riaffermare la rigorosa ed intransigente validità, il discorso potrebbe concludersi nel senso della infondatezza della pretesa della società […] di essere risarcita del danno che essa lamenta in conseguenza della perdita, per fatto del terzo, delle prestazioni che dal Meroni le erano dovute. In tal caso, peraltro, si imporrebbe la ricerca di una diversa giustificazione quanto al risarcimento, costantemente e largamente riconosciuto dalla giurisprudenza, a favore dei congiunti di persona deceduta per fatto illecito del terzo, che fossero creditori, nei confronti del defunto, di prestazioni alimentari"; quindi, la Corte, dovendo riconoscere che escludere la risarcibilità ex articolo 2043 del danno cagionato per la morte del calciatore, in relazione alla necessità di restituire quanto sottratto con il fatto lesivo nei confronti dei soggetti ricorrenti, avrebbe complicato ulteriormente la questione, molto probabilmente portando al rigetto della domanda posta in essere dalla società, determinava la possibilità di estendere la tutela aquiliana anche al caso di specie, soprattutto con riferimento al fatto per il quale "l'articolo 2043 non pone la distinzione fra diritti assoluti e diritti relativi e che non è da escludere che danno ingiusto possa aversi anche in dipendenza della lesione di un diritto

[615] Si considerino a riguardo le sentenze: Cassazione civile, Sezione III, 7 luglio 1962, n. 1760, in *Foro it.*, 1962, I, p. 1467; Cassazione civile, Sezione I, 7 agosto 1962, n. 2441, in *Foro it.*, 1962, I, p. 1644; Cassazione civile, Sezione I, 1 dicembre, 1962, n. 3250, in *Giust. Civ.*, 1963, I, p. 1958; Cassazione civile, Sezione III, 30 luglio 1966, n. 2139, in *Arch. Resp. Civ.*, 1966, p. 741; Cassazione civile, Sezione III, 6 dicembre 1968, n. 3904, in *Giur. It.*, 1969, I, p. 2190;

relativo" [616] e alla circostanza per la quale il "ruolo" della norma richiamata era quello di sanzionare chi avesse, in ogni caso, posto in essere un danno ingiusto nei confronti del titolare di una posizione giuridica soggettiva protetta. In conclusione, perciò, la Corte ammetteva, ponendo in essere un'importante breccia nel sistema civilistico precedente, la risarcibilità anche del danno ingiusto posto in essere in relazione al diritto di credito.

Ma Borgioli prende in considerazione anche sentenze più specifiche del "settore", cioè riferite all'ambito della banca e del credito alle imprese, individuando, ad esempio, pronunce di responsabilità extracontrattuale, nei confronti del prenditore non intestatario di un assegno circolare, del banchiere che, per negligenza abbia reso possibile il pagamento a persona differente rispetto al prenditore[617].

Perciò, in riferimento alle precedenti premesse, l'Autore dichiara che il sistema italiano e quello francese tenderebbero a convergere, accogliendo soluzioni simili per il problema affrontato, nonostante siano necessarie, per l'Italia, delle specificazioni relative ad elementi quali la colpa ed il nesso di causalità[618]. Tuttavia, nonostante Borgioli non si occupi approfonditamente dei richiami appena individuati, dispone delle critiche ad alcuni punti considerati proprio dagli esponenti del sistema giuridico francese.

Come prima cosa esso si chiede se "non sia un ragionamento valido solo a posteriori quello di chi considera abusivo […] il finanziamento fatto a chi si trova in stato di insolvenza"[619]; infatti, esso non è del tutto convinto del carattere illecito del finanziamento costituito nei confronti di un imprenditore decotto, poiché, teoricamente, secondo la sua opinione, un imprenditore fino a quando si trova sulla "piazza" ed ispira fiducia è sempre apparentemente solvente. In altri termini, un elemento di critica dell'Autore si basa e considera la valutazione che è necessario fare al fine di condannare la banca per concessione abusiva del credito, cioè quella riferita all'erogazione di una somma o alla predisposizione di un fido verso un soggetto-imprenditore insolvente, e tale disapprovazione si riferisce al fatto per il quale il controllo sul corretto (o non corretto) comportamento dell'ente creditizio avviene sempre *ex post*, cioè in un momento nel quale appare evidente l'insolvenza o lo stato di dissesto dell'imprenditore, e non *ex ante* ponendosi "nei panni" del banchiere che si era visto

[616] Tutte le precedenti citazioni sono tratte dalla sentenza di Cassazione civile, del 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 342, relativa al famoso caso "Meroni";
[617] Si vedano le sentenza considerate dall'Autore: Cassazione civile, 29 gennaio 1964, n. 229, in *Foro it.*, 1964, I, c. 778; Cassazione civile, 17 giugno 1966, n. 1558, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1967, II, p. 13; Cassazione civile, 10 aprile 1968, n. 1083, in *Giust. Civ.*, 1965, I, p. 150;
[618] Per i quali l'Autore non effettua una specifica disamina ma rimanda alla trattazione posta in essere da parte di NIGRO;
[619] BORGIOLI A., *Responsabilità…*, cit., p. 202;

presentare la richiesta di credito e che poteva non essere in grado di acquisire conoscenza dello stato di decozione dell'imprenditore o, perlomeno, della sua gravità.

Allo stesso tempo, però, l'Autore affronta anche un altro aspetto, essenzialmente diametrale, della questione; infatti, esso indica che, in ogni caso, il banchiere è obbligato a raccogliere, nel momento della concessione del fido, tutte le informazioni possibili relative allo stato delle finanze del richiedente il credito. Perciò, sotto questo aspetto, la responsabilità del banchiere potrebbe risedere proprio nel fatto di non aver adeguatamente valutato i rischi della erogazione del credito nei confronti dell'imprenditore.

Ulteriormente, l'Autore pone un dubbio relativo alla qualificazione, alla stregua di responsabilità aquiliana, della colpa del soggetto che si occupa di erogare il credito; infatti, esso sottolinea che sicuramente, nel caso esaminato, si ha una possibile tutela non contrattuale del credito ma anche che, in riferimento alla fattispecie analizzata, il danno non riguarda il credito in sé, ma solo la capacità concreta di soddisfarlo da parte dell'imprenditore; in altri termini, il pregiudizio si riferisce, in questi casi, al profilo della garanzia patrimoniale e della relativa responsabilità e non a quello del danno al credito che rimarrebbe totalmente intatto.

Tuttavia, successivamente, Borgioli evidenzia una possibilità attraverso la quale si avrebbe l'opportunità di parlare, anche con riferimento alla presente fattispecie, di responsabilità aquiliana; infatti, esso specifica che si potrebbe applicare la disposizione dell'articolo 2043 c.c. se si intendesse il concetto di "lesione del credito" in modo molto ampio, così da potervi ricomprendere anche le ipotesi di lesione della garanzia patrimoniale di esso; tale applicazione, però, potrebbe avvenire, a suo dire, solo nei casi nei quali non si può individuare una tutela specifica relativa al problema affrontato nell'aula di giustizia; in tutti gli altri casi l'Autore esclude la possibilità di estendere il dettato della norma richiamata.

Questa polemica e la successiva esclusione vengono ulteriormente motivate da parte dell'Autore; infatti, come prima cosa, esso si occupa di indicare che se si prendesse in considerazione l'applicazione nei confronti della banca delle disposizioni dell'articolo 2043 c.c. si aumenterebbe, in modo esponenziale ed esagerato, il rischio che essa corre, quotidianamente, relativamente ai cc.dd. insoluti, in quanto l'ente creditizio non soltanto dovrebbe sopportare la probabile perdita del denaro prestato, ma sarebbe obbligato anche a pagare gli altri creditori del sovvenuto fallito. Inoltre, esso sottolinea che se per quanto concerne il rischio degli insoluti la banca può costituire delle previsioni in relazione alla ricorrenza del pericolo di non ottenere quanto prestato, il problema, invece, relativo al coinvolgimento nell'applicazione delle disposizioni dell'articolo 2043 non è così prevedibile; "diverrebbe, allora, più difficile fare dei preventivi riguardo alle operazioni attive della banca

e finirebbe col saltare lo stesso principio fondamentale della tecnica bancaria secondo il quale le operazioni attive devono essere commisurate su quelle passive"[620].

In relazione, perciò, a tali critiche l'Autore opta per la soluzione negativa relativa all'estensione della responsabilità extracontrattuale anche alla fattispecie di concessione abusiva del credito; tuttavia, esso propone, a riguardo, una soluzione alternativa ossia quella per la quale la responsabilità ivi oggetto di dissertazione potrebbe essere imputata non tanto direttamente alla banca o all'ente erogatore del credito ma al singolo operatore bancario che, attraverso il proprio comportamento negligente o scarsamente professionale, si sia occupato di consentire ad un soggetto palesemente non solvibile l'accesso al fido o al credito in concreto; in altri termini, potendo ravvisare una quantità già di per sé notevole di rischi (e relativi obblighi) a carico della banca, l'Autore propone di identificare la responsabilità relativa alla fattispecie in analisi presso il singolo impiegato che non si sia comportato adeguatamente e, perciò, abbia violato i necessari canoni di diligenza professionale prescritti dalla legge.

Praticamente coeva rispetto all'opinione di Borgioli è quella di PRATIS[621], il quale esprime un orientamento non dissimile rispetto a quello appena analizzato. In modo particolare, esso sottolinea le proprie perplessità con riferimento alla possibilità di ravvisare una responsabilità extracontrattuale della banca per concessione abusiva del credito già all'esordio della sua trattazione, individuando anche le specifiche argomentazioni sulla base delle quali sostenere il proprio particolare orientamento.

Come prima cosa, esso si occupa di indicare che le stesse operazioni di concessione di credito sono "tipiche operazioni di rischio", in riferimento alle quali la banca deve per forza porre in essere una scelta, riferita alla possibilità ed alla convenienza della concessione del credito nei confronti del cliente, poiché l'ente creditizio effettua una valutazione relativa alla solvibilità del debitore proprio nel suo interesse, allo scopo di cautelarsi contro i soggetti incapaci di tener fede agli obblighi contratti. Per questo motivo, per l'Autore sarebbe una "forzatura partire dalla constatazione del rischio insito in queste operazioni per giungere alla configurazione, nella specie, di una responsabilità per rischio d'impresa, addebitando alla banca – a titolo di responsabilità oggettiva, l'evento dannoso dell'aggravamento dello stato d'insolvenza, e ciò per avere il finanziamento conseguito l'unico risultato di aver ritardato la dichiarazione di fallimento"[622]; in altri termini, l'Autore non ritiene possibile attribuire alla banca una qualche responsabilità, perlomeno colposa, per concessione abusiva del credito e

[620] BORGIOLI A., *Responsabilità…*, cit., p. 211;
[621] PRATIS C.M., *Responsabilità…*, cit., pp. 841 ss.;
[622] PRATIS C.M., *Responsabilità…*, cit., p. 842;

non ravvede la giustificabilità dell'assegnazione di una responsabilità oggettiva all'ente creditizio stesso, come, invece, accade in Francia.

Un altro argomento a favore della tesi di Pratis, viene da esso evidenziato nell'assenza, all'interno dell'ordinamento italiano, di una disposizione da utilizzarsi come base per sostenere tali forme di responsabilità e che, nella specie, vieti alla banca di predisporre finanziamenti nei confronti di imprese in difficoltà.

Tali norme non possono, secondo l'Autore, essere individuate all'interno della Legge bancaria che, all'articolo 35 comma secondo lettere c) e d), riconosceva alla Banca D'Italia un duplice potere-dovere: quello di determinare i limiti massimi dei fidi concedibili e quello di emanare norme relative alle dichiarazioni che i richiedenti i fidi dovevano rilasciare sulle loro condizioni patrimoniali ed economiche; e neppure all'interno delle disposizioni dell'articolo 95 della medesima legge, che puniva il c.d. mendacio bancario che, in ogni caso, veniva sanzionato attraverso l'applcazione di specifiche sanzioni[623]. In modo particolare, l'Autore si chiede, però, se le norme richiamate possano consentire di applicare una pena nei confronti della banca che abbia, attraverso il proprio comportamento, ad esempio essendo negligente nell'attività di accertamento delle condizioni economico-finanziarie dell'imprese, danneggiato i terzi creditori determinando un ritardo nell'inizio della procedura concorsuale a carico dell'impresa debitrice; la risposta dell'Autore è abbastanza severa, in quanto esso esclude la possibilità, anche con i presupposti richiamati, di fondare una responsabilità direttamente correlata con la violazione delle disposizioni di legge appena richiamate; esso indica l'eventuale possibilità di prospettare solo indirettamente una connessione tra la negligenza dell'ente creditizio e il danno provocato dalla concessione incauta del credito. Inoltre, esso precisa che tale responsabilità potrebbe essere ravvisata solo nel caso di vero e proprio dolo della banca che era, nel momento della conclusione del contratto, assolutamente cosciente delle gravissime condizioni finanziarie dell'impresa alla quale è stato concesso il fido o il credito; perciò "si dovrebbe dimostrare che proprio la inosservanza delle disposizioni date dalla Banca d'Italia ha costituito quella negligenza che non ha permesso alla banca di conoscere la situazione di dissesto dell'imprenditore al quale il fido è stato irregolarmente concesso"[624]; in altre parole, l'Autore è propenso a consentire l'applicazione di una sanzione nei confronti della banca, per il danno cagionato nei confronti dei terzi creditori e fondato sulla violazione delle disposizioni della legge bancaria, solo nel caso in cui si sia in grado di dimostrare che proprio il contrasto tra il comportamento dell'ente creditizio e le norme di

[623] Ovviamente si affronterà meglio il presente argomento all'interno del capitolo 3, paragrafo 4, lettera a della presente dissertazione;

[624] PRATIS C.M., *Responsabilità…*, cit., p. 844;

legge ha permesso di concedere il credito, in maniera irragionevole, nei confronti dell'imprenditore dissestato o in stato di insolvenza.
Per concludere la propria dissertazione, Pratis esclude anche la possibilità, come già indicato *supra*, di fondare la responsabilità per concessione abusiva del credito della banca sulle disposizioni riferite al reato di ricorso abusivo al credito.

Di poco successiva rispetto alla critica di Pratis è l'analisi, in parte già considerata, di FRANCHINA[625], il quale scrive in un periodo durante il quale era in atto un mutamento dell'orientamento della dottrina in relazione proprio alla configurabilità di una responsabilità della banca per concessione abusiva del credito; in modo particolare, infatti, esso indica come la problematica in esame è stata affrontata con ritardo nell'ambiente giuridico italiano, soprattutto con riferimento all'orientamento del legislatore, volto e propenso maggiormente a consentire il coinvolgimento del sistema bancario nei tentativi di salvataggio delle imprese in crisi[626]; tale situazione era arrivata ad un punto di svolta non soltanto grazie all'interesse, sempre crescente, della dottrina per il tema analizzato ma anche a causa dell'apporto ulteriore posto in essere dal legislatore con l'entrata in vigore del D.P.R. 27 giugno 1985 n. 350, emanato in attuazione della direttiva comunitaria relativa al coordinamento delle disposizioni legislative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio[627].
L'articolo 1 del D.P.R. indica, infatti che l'esercizio del credito

"ha carattere d'impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano"

Espressione che, secondo l'Autore, presuppone un'interpretazione univoca relativa al ruolo della banca alla stregua di una vera e propria impresa e "sgombra il campo, rendendole improponibili, da quelle tesi sfociate in un noto decreto del Presidente del tribunale di Milano[628], secondo cui la banca ha un obbligo di intervenire per il risanamento anche senza una sua preventiva valutazione imprenditoriale e anche al di fuori di ogni autorizzazione della

[625] FRANCHINA G., *La responsabilità…,* cit., pp. 656 ss.;
[626] E con questo l'Autore intendeva riferirsi alla legge 5 dicembre 1978, n. 787, modificata dall'articolo 5 ter della legge 3 aprile 1979, n. 95 sui consorzi bancari per il risanamento finanziario delle imprese;
[627] Ossia della direttiva 77/780/CEE del 12 dicembre 1977 intitolata "Prima direttiva del Consiglio relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività' degli enti creditizi e il suo esercizio";
[628] L'Autore si riferisce al decreto del presidente del tribunale di Milano del 12 giugno 1979, pubblicato in *Giur. It.*, 1979, I, pp. 561 ss.;

Banca d'Italia" [629]; successivamente rispetto a tali considerazioni preliminari, Franchina si occupa della valutazione della responsabilità degli enti creditizi in Francia e Belgio, che si è potuta analizzare *supra*, passando poi, in un secondo momento, all'analisi della fattispecie predetta all'interno dell'ordinamento italiano.

In modo particolare, esso, da un punto di vista civilistico, si occupa di indicare come, allo scopo di individuare la responsabilità delle banche per concessione abusiva del credito, si può prendere in considerazione l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 2043 c.c. dovendosi, ovviamente, dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi che ne costituiscono il fulcro; infatti, esso indica che per poter individuare la sussistenza della responsabilità della banca non è sufficiente la dimostrazione della lesività dell'operazione di finanziamento, in relazione alla garanzia patrimoniale generica della quale godono i creditori dell'affidato, ma è anche necessario che sussista la colpa (o il dolo) dell'istituto finanziatore oltre al fondamentale nesso di causalità.

Specificamente, grazie alla sua particolare conoscenza degli ordinamenti stranieri in relazione all'oggetto del presente esame, l'Autore inizia dall'analisi dell'elemento soggettivo indicando, sommariamente, che la sua sussistenza può essere ravvisata in alcune ipotesi quali quelle di:

(a) Concessione del credito ad un impresa in dissesto senza richiedere un piano di risanamento conoscendo, o dovendo conoscere, la possibilità del verificarsi di un pregiudizio nei confronti dei creditori;
(b) Finanziamento di un piano di risanamento di un'impresa in dissesto che non appaia, secondo una valutazione professionale affidabile, serio e concretamente attuabile;
(c) Erogazione del credito secondo modalità tecniche non corrette, ad esempio attraverso un'istruttoria troppo generica;
(d) Esercizio di un'influenza di fatto sull'impresa finanziata, ritardandone il fallimento ed aggravandone il dissesto o l'insolvenza;

Si è accennato agli ordinamenti stranieri in quanto, e ciò è abbastanza evidente, le ipotesi ivi elencate sono molto simili a quelle precedentemente considerate relativamente al sistema francese. Un solo dubbio viene sollevato da parte di Franchina; infatti, esso indica che l'onere di provare l'elemento soggettivo relativo all'azione della banca incombe sul danneggiato che,

[629] FRANCHINA G., *La responsabilità…,* cit., p. 657;

spesso, può non avere la possibilità di accedere a circostanze ed informazioni utili ai fini di tale prova, che ricadono nella sfera "riservata" della banca, a cui i terzi hanno accesso con molte difficoltà. Ecco perché l'Autore paventa il rischio "che la soluzione raggiunta risulti all'atto pratico applicabile soltanto in casi ristretti e marginali, con delusione degli interessi che essa intende proteggere"[630]; in modo specifico, esso accenna alle soluzioni approntate, all'interno dell'ordinamento francese in merito a tale problema. Infatti, in Francia i giudici si riferiscono ai cc.dd. "indici esterni" rappresentati, ad esempio, dalla conoscenza acquisita da parte della banca relativamente alle vicende finanziarie verificatesi nel passato in relazione all'impresa finanziata; specificamente, le corti d'oltralpe, introducenti per questi casi una forma di presunzione di conoscenza da parte del banchiere delle critiche condizioni economiche del cliente, sono pervenute ad una generale inversione dell'onere probatorio. Tale soluzione non appare all'Autore trasferibile all'interno dell'ordinamento italiano per due ordini di ragioni; in primo luogo perché utilizzando tale orientamento la tutela dei creditori sarebbe limitata solo alle ipotesi di "confine", nelle quali si possono ravvisare inequivocabili indici esterni dello stato di dissesto o insolvenza. In seconda battuta, Franchina non trova legittimabile la generale inversione dell'onere probatorio. Ecco perché, con riferimento a tali motivazioni, esso propone di mutare il titolo della responsabilità, da extracontrattuale a contrattuale, poiché "se si riuscisse a dimostrare che sussiste in capo alla banca un obbligo nei confronti degli altri creditori di preservare la garanzia patrimoniale generica dell'affidamento, basterebbe ai soggetti lesi provare che tale risultato non è stato raggiunto per ingaggiare la responsabilità della banca, salva la facoltà di quest'ultima […] di provare la non imputabilità dell'inadempimento"[631]; in altri termini, la proposta dell'Autore ha come obiettivo quello di indicare la presenza di un onere dell'ente finanziatore di tutelare, per contratto, non soltanto il proprio cliente ma anche i terzi creditori, titolari di garanzie patrimoniali generali.

In secondo luogo, Franchina esamina il problema del nesso di causalità, indicando che il soggetto danneggiato, nel momento in cui si svolge il procedimento, è tenuto a dimostrare solamente la presenza del danno e la decorrenza della connessione tra l'attività della banca e il pregiudizio sopportato; in modo particolare, però, secondo l'Autore tale onere probatorio è da indicarsi come "semplificato" dal fatto che il finanziamento del banchiere è idoneo a provocare, secondo un criterio di causalità adeguata[632], un ritardo nell'assoggettamento del

---

[630] FRANCHINA G., *La responsabilità…*, cit., p. 664;

[631] FRANCHINA G., *La responsabilità…*, cit., p. 665;

[632] Interpretata dall'Autore come riferita alla "generale e normale idoneità del fatto a produrre l'evento", ma che più in generale si può indicare come relativa a quella teoria per la quale si deve escludere il rapporto di causalità quando nel decorso causale, accanto all'azione umana, siano intervenuti fattori anormali. Essa, quindi, pone un limite alla teoria della *condicio sine qua non* in quanto per la sussistenza della causalità non basta che l'azione

debitore alla procedura concorsuale. In altri termini, partendo dal presupposto della idoneità dell'attività della banca a provocare tale indugio nello svolgimento, nello specifico, della procedura fallimentare, l'Autore ritiene più semplice dimostrare l'esistenza del nesso di causalità in quanto esso, nella maggior parte dei casi, è praticamente assodato.
Ovviamente la banca ha la possibilità di contrastare le accuse dimostrando che il danno lamentato è stato cagionato, in tutto o in parte, dalla commissione di un fatto colposo dello stesso danneggiato, determinandosi, qualora la prova vada a buon fine, la possibilità di esentare, del tutto o solo parzialmente, la banca dalla propria responsabilità.
Infine, l'ultimo elemento preso in considerazione da Franchina è quello del danno, per il quale esso si rimette alle valutazioni effettuate già durante l'esame del sistema giuridico francese all'interno del quale, ormai al pari di quanto avviene in Italia, si possono distinguere i soggetti danneggiati in due gruppi, quello comprendente i creditori antecedenti alla concessione del credito e quello riferito ai soggetti sopravvenuti nel ruolo di creditori rispetto all'erogazione del finanziamento; in modo specifico, come già detto, per i primi il pregiudizio è rappresentato dalla differenza tra ciò che avrebbero ottenuto se l'impresa fosse stata assoggettata prima ad una procedura concorsuale, e ciò che hanno concretamente avuto in seguito all'aumento del passivo ed alla riduzione dell'attivo, prodotta dalla proseguimento della cattiva gestione dell'impresa. I secondi vedono il loro danno rappresentato dalla parte di credito non recuperata in sede concorsuale. L'Autore, tuttavia, effettua una piccola specificazione in riferimento al danno sopportato dai primi creditori, in quanto esso si accorge delle difficoltà che, talvolta, si possono avere nell'identificazione e nel calcolo del valore del danno determinato nei confronti del singolo creditore; per questo motivo esso propone il possibile utilizzo dell'articolo 1226 c.c. che stabilisce:

" se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa"

Rimettendo, perciò, il compito della determinazione del valore del danno alla valutazione equitativa del giudice.

Di poco precedente rispetto all'analisi di Franchina è l'esposizione posta in essere, a riguardo, da parte di GALGANO[633] il quale, dopo aver effettuato una breve introduzione relativa alle

---

sia condizione necessaria dell'evento, ma occorre che l'evento sia conseguenza normale, o almeno non improbabile, dell'azione; (definizione di DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., p. 120);
[633] GALGANO F., *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. Impr.*, 1987, pp. 1 ss.;

fattispecie generali riconducibili alla responsabilità della banca, sia di tipo civilistico sia di ordine penale, si concentra, per prima cosa, sulla fattispecie relativa alla protrazione del fido e al mantenimento in vita di una impresa ormai decotta, che provoca danno nei confronti dei soggetti che abbiano posto in essere una concessione ulteriore di credito a favore dell'imprenditore in stato di insolvenza o dissestato. In modo particolare, l'Autore tende a riferirsi all'ipotesi della banca che "cagiona danno […] a terzi, per aver finanziato, o continuato a finanziare, un'impresa priva di validità economica o caduta in situazione di irreversibile dissesto, sicura di non correre per sé alcun rischio, essendo largamente coperta da garanzie personali o reali"[634]; in relazione, successivamente, a tale fattispecie complessiva, l'Autore effettua una suddivisione ulteriore relativa al comportamento dell'ente creditizio; infatti, *in primis,* esso si occupa del caso nel quale la banca dà vita artificiale ad un'impresa. Tale espressione vuole essere un riferimento all'ipotesi per la quale, ad esempio, una società per azioni si costituisce con un capitale esiguo, molto limitato rispetto alle attività che essa dovrebbe svolgere in base all'indicazione effettuata all'interno dell'atto costitutivo; tali società possono, perciò, costituirsi grazie all'ausilio delle banche, in quanto esse acconsentono a prestare loro "aiuto" poiché la restituzione dei loro prestiti viene garantita grazie al patrimonio personale dei singoli componenti della società; questo determina, perciò, la costituzione di una posizione dei soci, verso la banca, parificabile a quella dei membri delle società a responsabilità illimitata, visto il coinvolgimento del capitale proprio e del patrimonio personale dei soci. Il problema in questo caso si verifica per la possibilità che viene data alle società, e più in generale alle imprese, di costituirsi e di mantenersi successivamente in vita pur non avendo un capitale sul quale poter basare la propria effettiva solvibilità; ecco perché l'Autore, in tal senso, si riferisce alla sussistenza "artificiale" di tali enti all'interno del mercato finanziario.

In secondo luogo, Galgano prende in considerazione la fattispecie del prolungamento artificiale della vita dell'impresa; in questo caso la banca, pur essendo a conoscenza, o dovendo esserlo, dello stato di dissesto o insolvenza dell'impresa, le eroga finanziamenti che ne prolungano, sempre "artificialmente", l'esistenza; tale erogazione avviene perché la banca è certa, grazie alla sussistenza delle garanzie reali o personali prestate da parte dei soci, del rientro del proprio capitale ulteriormente maggiorato dagli interessi .

Dopo aver descritto le situazioni problematiche ivi individuate, l'Autore si occupa di indicare come il risultato della ricorrenza di entrambe è lo stesso; infatti, secondo Galgano, l'impresa prima o poi fallirà determinando, comunque, la possibilità per la banca di poter "guadagnare"

[634] GALGANO F., *Civile e penale…*, cit., p. 20;

escutendo, in relazione al capitale prestato e agli interessi, i soci garanti che, a loro volta, perderanno il proprio capitale; tali soggetti dovranno, perciò, imputare a loro stessi la colpa per aver riposto fiducia nella corretta gestione della società e, ovviamente, nel buon fine delle attività poste in essere da parte dell'ente di appartenenza. Il problema maggiore riguarda, però, i creditori che, ingannati dall'apparente solvibilità dell'impresa, le hanno concesso di avere accesso a crediti e prestiti; in relazione a tali soggetti, ed alla loro "sorte", l'Autore fa riferimento, come prima cosa, all'opinione di Nigro, con il quale esso non appare d'accordo. Infatti, Galgano si occupa di indicare come Nigro sia favorevole, come si è visto, all'estensione della responsabilità prevista dall'articolo 2043 c.c. anche alle banche per la concessione abusiva del credito; tale Autore, come si è potuto indicare, basava principalmente tale responsabilità sul contenuto dell'articolo 35 della legge bancaria che, alla lettera b, prefigurava particolari limiti massimi per quanto concerneva i fidi concedibili e che, alla lettera c, vedeva l'indicazione delle dichiarazioni che i richiedenti i fidi dovevano rilasciare sulle loro condizioni patrimoniali ed economiche nei confronti dell'ente finanziatore. In modo particolare, l'Autore critica il fatto per il quale Nigro ha previsto il fondamento della responsabilità della banca proprio all'interno della legge bancaria, soprattutto a causa del carattere arcaico dell'idea per la quale "il danno arrecato dalla banca a terzi possa essere qualificato come ingiusto […] e come tali sia risarcibile solo in quanto risulti lesivo di interessi protetti dalle specifiche norme regolatrici dell'attività bancaria" [635].
In altre parole, Galgano assume un tono polemico non tanto con riferimento alla possibilità, o meno, di ravvisare una responsabilità civile della banca, quanto per le modalità e il fondamento attraverso il quale l'Autore citato intendeva sostenere l'esistenza di tale responsabilità, ossia considerando la banca un'impresa differente rispetto alle altre, subordinata a disposizioni specifiche, distanti rispetto a quelle che regolano la colpa riferita alle altre imprese; infatti, Galgano indica che la banca è, per forza di cose, *in primis* un'impresa, la cui disciplina è fondata sulle disposizioni che regolano l'attività di tutte le altre tipologie di società ed enti, con specifiche deroghe, determinate dalla legislazione bancaria, che però riguardano solo singoli aspetti della vita degli operatori del settore bancario. Perciò per esso il danno ingiusto, cagionato nei confronti dei terzi, vede l'applicazione dell'articolo 2043 c.c. non perché esso lede interessi protetti dal c.d. "ordinamento sezionale del credito", ma per il fatto di ledere interessi meritevoli di tutela secondo le disposizioni dell'ordinamento civile generale, cioè del diritto comune. Perciò, in questo caso, la banca risponde allo stesso titolo per il quale risponde un qualsiasi altro soggetto che, con la propria condotta perlomeno

[635] GALGANO F., *Civile e penale…*, cit., p. 22;

colposa, abbia determinato un affidamento dei terzi, inducendoli a contrarre o a fare credito nei confronti dell'imprenditore le cui condizioni economiche sono assai critiche.
Quindi, Galgano, attraverso la propria dissertazione non intende escludere la possibilità di sanzionare la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, ma solo subordinarne il riconoscimento alle normali disposizioni di legge che vengono utilizzate per la valutazione e la sottoposizione a sanzione delle generali forme di responsabilità extracontrattuale.

All'inizio del presente paragrafo si è fatto accenno alla fondamentale svolta intervenuta, in merito all'argomento in esame, nel 1993 grazie alla sentenza della Corte di Cassazione n. 343[636], che ha, effettivamente, riconosciuto la possibilità di sanzionare il comportamento della banca per concessione abusiva del credito.
Si è occupata di analizzare la pronuncia in questione pochi anni dopo rispetto alla sua emissione la CAPOLINO[637] , la quale inizia la sua dissertazione attraverso la determinazione di considerazioni generali, attraverso le quali si occupa di sottolineare come, già sul finire degli anni Ottanta, fosse, come si è potuto già notare, aumentato l'interesse della dottrina per l'aspetto problematico della responsabilità della banca nel caso in cui essa si occupi di concedere abusivamente il credito nei confronti di un imprenditore dissestato o in stato di insolvenza.
Il percorso argomentativo dell'Autrice, tuttavia, non è privo di critiche e di puntualizzazioni, soprattutto in relazione al fondamento di un'eventuale responsabilità extracontrattuale dell'ente creditizio. Essa, innanzitutto, indica che "si è osservato […] che concedendo il credito ad un'impresa non meritevole la banca può favorirne investimenti eccessivi e non redditizi, aggravando lo stato di dissesto e compromettendo le ragioni dei creditori: sia di quelli anteriori […] sia di quelli successivi"[638]; nonostante ciò, l'Autrice si occupa di porre immediatamente in dubbio la fondatezza normativa di questa ipotesi. In modo particolare, infatti, essa sottolinea il fatto per il quale non esistono, all'interno dell'ordinamento, delle norme che impongono di non concedere il credito ad imprese in difficoltà economica; questo, determinerebbe la possibilità di far rilevare il comportamento del finanziatore solo per violazione del generale dovere di correttezza.
Grazie a tale introduzione generale, la Capolino introduce il riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione, all'interno della quale i giudici hanno seguito la medesima linea

[636] Cassazione civile, Sezione I, 13 gennaio 1993, n. 343, pubblicata in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, p. 258;
[637] CAPOLINO O., *Responsabilità…*, cit., pp. 53 ss.;
[638] CAPOLINO O., *Responsabilità…*, cit., p. 54;

argomentativa. In modo particolare, la Corte in tale occasione ha stabilito che accordare fidi a soggetti incapaci di assicurarne la restituzione determina una concessione abusiva del credito da parte della banca che ha erogato direttamente il fido, o che ha indirettamente concesso la possibilità di ottenere tale fido, tollerando i continui "sconfinamenti" dell'imprenditore; inoltre, ha indicato che tale attività è fonte di responsabilità extracontrattuale per il danno cagionato ai creditori e derivante dalla dissimulazione dell'insolvenza dell'impresa finanziata; infatti, essa ha stabilito che "Costituendo la corretta erogazione del credito dovere primario degli istituti inseriti nel sistema bancario, l'abusiva concessione di credito ad imprenditore potenzialmente insolvente, rendendo probabile la lesione di equilibrio di tale sistema, può concretare, nei confronti dei terzi, la colpa extracontrattuale".

È necessario specificare che, però, la sentenza riguardava non tanto la fattispecie relativa ai danni subiti dai creditori dell'impresa insolvente, quanto gli specifici effetti, nei rapporti tra differenti istituti di credito, del comportamento scorretto di uno di essi. Infatti, la vicenda oggetto di pronuncia era riferita ad un fraudolento "giro di assegni" mediante il quale lo "scoperto" del titolare di un conto veniva ripianato da un ulteriore correntista con assegni che, a loro volta, venivano fittiziamente coperti da un terzo; quindi gli assegni venivano emessi allo scoperto sul conto della banca trattaria (nel caso di specie la Cassa di Risparmio di Modena ed altre banche) e venivano successivamente versati sul conto costituito presso l'ulteriore istituto di credito (cioè la Cassa di Risparmio di Livorno); in un secondo momento, l'importo di tali assegni veniva accreditato e veniva reso disponibile per il prelievo da parte degli altri clienti, mentre gli assegni venivano trasmessi alle banche trattarie che li trattenevano "in prolungata sosta". Attraverso questo meccanismo si innescava, ai danni della banca, un sistema di creazione dello scoperto e di copertura dolosa di esso, con l'ulteriore creazione fittizia di una nuova disponibilità, procurata il più delle volte attraverso assegni tratti da altre banche. In questa situazione, la banca trattaria, nei confronti della quale i titoli venivano "girati" per l'incasso, si era resa colpevole per aver indugiato nel dare comunicazione alla banca negoziatrice dell'emissione dello scoperto degli assegni e per non aver elevato immediatamente il protesto, trattenendo i titoli entro i limiti temporali previsti dalla legge per la levata del protesto; la banca, successivamente, aveva accettato di coprirli con altri assegni provenienti dalla prima banca. In altri termini il meccanismo fraudolento, consistente nella ripetuta e sistematica emissione di titoli di credito, sul conto di una banca, e nel successivo incasso sul conto di un'altra banca di assegni non coperti, veniva attuato grazie alla cooperazione dei funzionari della banca danneggiata con gli impiegati dell'istituto di credito trattario, in riferimento ad una compiacente collaborazione dolosa con il correntista

insolvente; tutto questo complicato procedimento non si sarebbe mai potuto realizzare qualora le banche trattarie non avessero collaborato nell'omettere le dichiarazioni sopra evidenziate.
Tutto il sistema appena descritto consentiva, perciò, al cliente di beneficiare di un fido sfornito di controlli e di qualsiasi tipo di formalizzazione.
La Cassazione in relazione alla situazione appena descritta, allo scopo di determinare la sussistenza della responsabilità della banca, ha fatto riferimento ad una possibile ricostruzione in termini pubblicistici dell'attività degli istituti di credito stessi, elemento che implicherebbe, oltre all'onere di attenersi alle direttive provenienti dalla Banca d'Italia, anche l'obbligo di non impedire la solvibilità delle altre banche; infatti, la Corte afferma che "il dovere primario dei soggetti di tale ordinamento […] consiste […] in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non solo delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche". Quindi, tale pronuncia consente di collocare il pensiero della Suprema Corte a metà tra due differenti concezioni relative all'attività bancaria[639]: infatti, essa, pur intendendo la banca come ente investito di una pubblica funzione, la subordina a doveri che riguardano, in generale, la "classe" imprenditoriale, quali quelli di diligenza e correttezza; in modo particolare, infatti, all'interno della pronuncia, i giudici richiamano espressamente tali doveri, facendo riferimento alle disposizioni degli articoli 1175 [640], 1374 [641], 1375 [642] c.c., ma non solo: in modo specifico, la Corte, richiama anche gli obblighi di solidarietà sociale previsti all'interno dell'articolo 2 della Carta Costituzionale che predispone, com'è noto, che

[639] Tali differenti concezioni possono essere riferite anche a due distinte sentenze della Cassazione penale; la prima è la sentenza delle Sezioni Unite, del 10 ottobre 1981, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1982, pp. 765 ss., nella quale la Corte si è occupata di indicare che *"La raccolta del risparmio e l'esercizio del credito costituiscono attività cui è immanente un pubblico interesse e che rientrando in una organizzazione unitaria settoriale soggetta a penetrante ingerenza di poteri pubblici di disposizione, normazione interna, direttiva e controllo integrano un pubblico servizio in senso oggettivo, la cui prestazione ad opera di aziende e istituti di credito privati determina negli agenti la qualità di incaricati di pubblico servizio a norma dell'art. 358 n. 2 c.p.";* tale concezione, tuttavia, è mutata qualche anno dopo. Si coglie tale modifica all'interno della pronuncia della Cassazione penale, Sezioni Unite, del 23 maggio 1987, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen,* 1987, pp. 695 ss.; nella quale si indica che *"Il modulo privatistico nella gestione dell'intermediazione creditizia e gli strumenti negoziali di diritto privato con i quali sono regolati i rapporti con i fornitori dei servizi, collocano l'ordinaria attività bancaria, indipendentemente dalla natura dell'ente che la esercita, nella sfera del privato. Né in contrario vale il rilievo che gli enti creditizi siano soggetti a direttive, controlli ed obblighi di natura pubblicistica, in quanto a controlli analoghi […] sono soggette altre attività economiche, la cui natura privatistica è universalmente riconosciuta. […] Ne segue, anche in considerazione della natura non più oligopolistica ma fortemente concorrenziale che caratterizza il sistema bancario, che sono venuti meno i principali indici rivelatori della immanenza dell'interesse pubblico nell'ordinario esercizio del credito e che, conseguentemente, la normale attività bancaria resta fuori dall'ambito dell'art. 358, n. 2 c.p.";*
[640] che stabilisce che "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza";
[641] All'interno del quale si stabilisce che "Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità";
[642] Il quale statuisce che "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede";

"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"

E che, secondo la Corte, comportano che "i diritti e obblighi se pure specificamente regolati dalle norme che li prevedano, non possono mai prescindere dall'osservanza dei principio di buona fede operante all'interno delle posizioni soggettive, non potendo l'autore di un comportamento trarre da esse utilità con altrui danno".

Quindi, alla luce di queste precisazioni effettuate in relazione alla pronuncia in esame, si può cogliere la volontà della Corte di sottolineare il carattere assolutamente imprenditoriale della banca, intesa, *in primis,* alla stregua di organizzazione economica e solo successivamente come ente in grado di consentire il risollevamento delle sorti delle altre imprese in crisi.

La Capolino, partendo proprio dalle presenti caratteristiche del pensiero della Cassazione, individua la possibilità di definire "abusiva" la concessione del credito solo nel caso in cui essa sia caratterizzata "dall'irregolarità dell'affidamento, sia sotto il profilo delle condizioni patrimoniali del sovvenuto, che avrebbero dovuto indurre la banca a non accogliere la richiesta di fido, sia sotto il profilo delle stesse modalità di concessione dell'affidamento, anomale ed in quanto tali sintomatiche della consapevolezza della situazione di difficoltà dell'impresa finanziata"[643]; in altri termini, l'Autrice vuole sottolineare che l'abusività della concessione del credito ha particolari caratteristiche, quali la "leggerezza" della banca nell'erogazione del finanziamento, in quanto essa avrebbe dovuto acquisire maggiori informazioni relative allo *status* delle finanze dell'imprenditore, e il carattere spesso non regolare delle modalità con le quali il rapporto col debitore si costituisce.

Ecco, quindi, che l'Autrice ha la possibilità di identificare gli elementi costitutivi della fattispecie in esame, almeno sotto il suo punto di vista. Come prima cosa, essa si riferisce all'incoerenza dell'operazione rispetto alle condizioni patrimoniali del soggetto affidato; in altre parole, essa vuole prendere in considerazione il fatto per il quale, se la banca avesse posto in essere un'istruttoria adeguata e "veritiera" avrebbe desistito dalla concessione del fido. Ed è in ciò che si riscontra l'inganno perpetuato a danno dei terzi, i quali, pensando alla banca come ad un ente affidabile, che non farebbe mai credito ad un soggetto la cui potenzialità patrimoniale sia limitata, si occupano, a loro volta, di concedere dilazioni e crediti all'imprenditore.

[643] CAPOLINO O., *Responsabilità…*,cit., p. 55;

In secondo luogo, un ulteriore elemento costitutivo della concessione abusiva del credito viene ravvisato dall'autrice nelle irregolari modalità di concessione del finanziamento, relative, ad esempio, alle continue "girate" di assegni che venivano a costituire la condotta incriminata all'interno della pronuncia della Cassazione.

Nonostante l'individuazione di elementi che potrebbero far pensare ad un *favor* dell'Autrice relativo all'individuazione di una responsabilità extracontrattuale della banca, la Capolino dichiara che "La presenza delle descritte caratteristiche nella concessione di credito può rilevare sotto molteplici profili, ma non è tuttavia sufficiente ad affermare una responsabilità civile della banca"[644]; in modo particolare, l'esclusione di questa possibilità si basa, secondo l'Autrice, sulla difficoltà nel ritrovare, nel compimento delle operazioni descritte, il necessario elemento soggettivo (della colpa o del dolo) che deve connotare il comportamento dell'ente finanziatore; infatti, essa indica che spesso il credito, e la sua concessione, possono definirsi abusivi solo *ex post* sulla base di conoscenze non note al momento della erogazione del finanziamento.

Per questo motivo, la Capolino si dichiara non d'accordo con chi afferma la generale responsabilità della banca per le eventuali conseguenze sfavorevoli derivate ai terzi dal finanziamento, qualora non si possano dimostrare, o addirittura manchino, la consapevolezza o almeno la negligenza della banca, l'ingiustizia del danno, e, ovviamente, il nesso di causalità tra il danno stesso ed i comportamenti, attivi od omissivi imputabili alla banca; questo allo scopo di evitare delle forme di imputazione a titolo di responsabilità oggettiva nei confronti dell'ente erogatore del credito.

In relazione, perciò, ai differenti elementi costitutivi della fattispecie in esame, l'Autrice si occupa di effettuare un discorso maggiormente articolato, analizzando, per prima cosa, il riferimento al nesso di causalità. Essa indica che la verifica relativa alla sua esistenza è particolarmente difficile, soprattutto a causa della presenza di molti fattori che possono, concretamente, concorrere a determinare la crisi dell'impresa insieme alle differenti cause che possono portare ad un ritardo nella dichiarazione di fallimento; perciò, l'Autrice ammette la sua presenza solo nel caso in cui risulti che la banca, pur non avendo direttamente determinato lo stato di insolvenza, abbia posto in essere comportamenti in assenza dei quali il danno non si sarebbe manifestato. In altri termini, qualora si abbia la certezza dell'influenza causale dell'attività, o dell'omissione, della banca relativamente alla integrazione del danno, si può individuare la presenza del nesso causale, altrimenti tale elemento deve essere escluso nella sua sussistenza.

---

[644] CAPOLINO O., *Responsabilità…*, cit., p. 56;

Successivamente, la Capolino si occupa dell'elemento soggettivo, indicando che, a riguardo, assume particolare valore l'individuazione del momento nel quale è insorta la crisi dell'impresa finanziata, poiché il finanziamento concesso ad un'impresa in semplice difficoltà non può essere considerato abusivo, in quanto esso si può indicare quale erogato considerando la possibilità di risanare, anche grazie al denaro concesso dalla banca, le finanze dell'impresa o della società. Si pongono, invece, maggiori interrogativi in relazione al caso in cui l'impresa, non versando ancora in uno stato di cessazione dei pagamenti, si trovi in una situazione tale da consentire di prevedere un'evoluzione sfavorevole del rapporto intercorrente con la banca, destinato a sfociare in uno stato di crisi irreversibile. È in tale ipotesi che si può ravvisare una responsabilità, essenzialmente per negligenza, dell'istituto di credito, che avrebbe potuto agire con maggiore prudenza e in "modo informato", in quanto le banche hanno la possibilità, per non dire il dovere, di accedere alle informazioni centralizzate relative ai rischi assunti dalle imprese.
Ovviamente, la responsabilità della banca è palese nel caso in cui essa si sia occupata di erogare un finanziamento nei confronti di un'impresa il cui stato di insolvenza sia già stato accertato giudizialmente.

In conclusione, l'Autrice, allo scopo di suffragare la propria tesi, si occupa di individuare i rischi insiti in un eccessivo ricorso alla figura della concessione abusiva del credito.
Come prima cosa essa indica che, con tale eccessivo riferimento alla fattispecie in esame, si potrebbe favorire il tentativo di far apparire la banca alla stregua di amministratore "di fatto" dell'impresa, consentendo il coinvolgimento del patrimonio della banca stessa, a favore degli altri creditori, nella procedura fallimentare; questo potrebbe accadere in quanto sarebbe possibile sostenere che la banca, in relazione all'assistenza creditizia prestata, abbia avuto la possibilità di imporre all'imprenditore delle scelte gestionali, contribuendo al deterioramento della situazione finanziaria. Tuttavia, ivi, secondo l'Autrice, si dovrebbe provare la sussistenza di una "effettiva e determinante ingerenza della banca nella gestione, del tutto estranea, in sé, al rapporto di finanziamento"[645], per poter avere l'opportunità di sanzionare la responsabilità "gestoria" dell'ente creditizio quale amministratore non "di diritto".
In secondo luogo, essa si riferisce al fatto per il quale, una individuazione troppo ampia e generalizzata della responsabilità per concessione abusiva del credito potrebbe determinare l'effetto di indurre le banche a negare o limitare la concessione di credito ad imprese in difficoltà, anche solo qualora tali difficoltà siano transitorie, con effetti del tutto negativi,

[645] CAPOLINO O., *Responsabilità…*, cit., p. 58;

come quello riferito all'aumento dell'usura e del ricorso al credito "clandestino" e antigiuridico.

Pochi anni prima che intervenisse la precedente giurista, in relazione al tema in esame, uno specifico commento, proprio riferito alla sentenza 343 del 1993 era stato costituito da parte di INZITARI [646] che, dopo essersi occupato di ripercorrere brevemente i passi seguiti dalla Corte nell'emissione della propria pronuncia, individuava la propria la opinione a riguardo. Infatti, esso si occupava di sottolineare che, grazie alla sentenza in esame, era stato possibile individuare un duplice ruolo della banca e degli operatori all'interno di essa: essi esercitavano sì un'attività imprenditoriale privata, ma tale operatività era necessariamente sottoposta alle regole della legislazione bancaria, poiché comportava anche la presenza di aspetti pubblicistici. In modo particolare, le regole generali di ordine pubblicistico obbligavano gli enti creditizi non soltanto a garantire la propria solvibilità e liquidità, ma anche a determinare una corretta erogazione del credito nel rispetto dei diritti dei risparmiatori e delle altre imprese bancarie, con il conseguente e necessario privilegio relativo alle comunicazioni e informazioni reciproche.

Inoltre, come si è potuto vedere nella sede dedicata al concorso dell' *extraneus* nel reato di ricorso abusivo al credito, l'Autore si occupava brevemente anche dell'applicabilità dell'articolo 218 Legge Fallimentare in relazione alla possibile sanzione irrogabile nei confronti del banchiere che si fosse occupato di ignorare, mancando della necessaria diligenza, i segnali rappresentati dalla ripetuta emissione allo scoperto, per un rilevante periodo temporale, di assegni ad opera dello stesso traente, per importi cospicui non riferibili a reali operazioni commerciali.

Ritornando a parlare dell'argomento in esame, l'Autore si occupava di sottolineare come la sentenza esaminata "non soltanto conferma l'accoglimento della teoria della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, ma, sulla base della peculiare fattispecie esaminata, estende l'applicazione di tale tipo di responsabilità ad una ulteriore e particolare ipotesi […]: quella riassumibile nel danno subito dalla banca per effetto del comportamento abusivo di un'altra banca mandataria all'incasso, trattaria degli assegni emessi allo scoperto, per non aver ricevuto le informazioni che sarebbero state dovute dalla banca mandataria, secondo un corretto comportamento esigibile […] per qualsiasi istituto bancario" [647]; il altri termini, l'Autore voleva specificare che la portata innovativa della pronuncia non risiedeva solo nell'aver affermato la possibilità di sanzionare la responsabilità della banca per

[646] INZITARI B., *Responsabilità…*, cit., pp. 412 ss.;
[647] INZITARI B., *Responsabilità…*, cit., p. 415;

concessione abusiva del credito, ma anche nel fatto di aver previsto la necessità del rispetto dei particolari oneri di correttezza e buona fede da parte degli istituti di credito, nei confronti dei propri "pari". Per questi motivi, Inzitari sottolineava l'avvenuto arricchimento del contenuto della fattispecie oggetto di analisi rispetto al passato; infatti, in modo specifico, esso si occupava di evidenziare le differenti ipotesi di responsabilità della banca che potevano essere individuate già all'inizio degli anni Novanta.

Come prima cosa, esso considerava la fattispecie per la quale la banca concedeva, o continuava a mantenere in vita, il fido o il credito nei confronti dell'imprenditore, pur essendo a conoscenza dell'insolvenza (presente o potenziale) dell'imprenditore finanziato; questo poteva avvenire, secondo l'Autore, poiché la banca riponeva fiducia nel debitore grazie alle garanzie, personali o reali, fornite da terzi relativamente al rapporto di credito-debito. Tale fenomeno si poteva ravvedere soprattutto nel caso in cui il debitore fosse una società "sottocapitalizzata" che, per poter continuare nello svolgimento delle proprie attività, doveva, per forza di cose, fare ricorso al credito bancario, che veniva , a propria volta, concesso grazie alla presenza delle predette garanzie. Tuttavia, nel caso di fallimento della società, i creditori non "garantiti" avrebbero potuto far valere le proprie pretese solo sul patrimonio sociale, subendo, ovviamente, il danno determinato dall'incapienza patrimoniale dell'ente; era in questo che l'Autore riconosceva il profilo negativo della attività di finanziamento posta in essere da parte dell'istituto di credito.

In secondo luogo, esso prendeva in considerazione l'ipotesi per la quale una società, insolvente nei confronti della banca finanziatrice, faceva ricorso alla concessione di un mutuo ipotecario a favore del socio garante per poter pagare, con la somma ottenuta, il debito della impresa. In tale modo, secondo l'Autore, la banca riusciva a trasformare un debito della società non assistito da garanzie personali, in un debito del socio, garantito da ipoteche sui beni personali; questo poteva avvenire, ad esempio, con la concessione del mutuo ipotecario da parte di un ulteriore istituto bancario, estraneo rispetto alla prima attività di finanziamento. In relazione a tale ipotesi, l'Autore sottolineava il carattere illegittimo non tanto della concessione del credito da parte della seconda banca, quanto dell'eventuale e ipotizzata negligenza dell'istituto di credito nel valutare realmente le condizioni economiche e patrimoniali del soggetto finanziato. In altri termini, anche qualora la banca avesse ritrovato, presso il soggetto destinatario del finanziamento, la possibilità di ottenere delle garanzie (reali o personali, come nell'esempio individuato) avrebbe avuto l'onere di effettuare, in ogni caso, le necessarie e previe indagini sulla copertura patrimoniale e finanziaria di quella impresa o società, per evitare di concorrere all'occultamento nei confronti della generalità dei terzi

creditori, attraverso la continuazione dell'attività di erogazione del credito ad impresa insolvente, della grave situazione di crisi riferita all'impresa finanziata.

In relazione agli esempi appena enumerati, l'Autore si occupava di porre in essere le proprie conclusioni, indicando quali potevano essere gli elementi qualificanti la fattispecie della concessione abusiva del credito; essi erano, a suo parere, quelle indicate di seguito: l'irregolarità dell'affidamento o del finanziamento concesso, rispetto alle condizioni economico-patrimoniali del sovvenuto; in altre parole, esso si riferiva alla fattispecie per la quale, se la banca si fosse correttamente informata sullo *status* delle finanze dell'impresa avrebbe evitato di prestare il denaro o di concedere il fido; tale irregolarità si poteva manifestare, secondo Inzitari, anche nel caso in cui il debitore avesse prestato delle idonee garanzie a tutela della banca, in quanto, "la generalità dei terzi contraenti e creditori in essere o potenziali del sovvenuto, ignorando che la ragione che determina la banca a sostenere l'impresa […] non risiede nelle capacità produttive o patrimoniali dell'impresa, bensì in un fatto estraneo […] è ragionevolmente indotta in un prevedibile e grave errore sulle condizioni patrimoniali del sovvenuto"[648]; in altri termini, Inzitari sottolineava l'importanza dell'assoluta trasparenza delle attività poste in essere dalla banca a vantaggio dell'impresa, non solo a tutela di se stessa, ma anche, e soprattutto, allo scopo di proteggere l'affidamento dei terzi creditori e con l'obiettivo di evitare che essi confidassero, erroneamente, sulle solide condizioni patrimoniali dell'imprenditore.

In secondo luogo, l'irregolarità poteva "ricoprire" anche lo stesso fido o credito concesso; il carattere irregolare riguardava, per l'Autore, le ipotesi, ad esempio, di concessioni frutto di attività fraudolente, quali lo sconto di effetti di comodo di titoli fittizi emessi da soggetti inesistenti o di negoziazione di titoli incrociati; in tali casi era palese, infatti, l'impossibilità dell'imprenditore di procurarsi denaro in modo corretto, dovendo esso ricorrere ad espedienti per ricoprire le "falle" che si formavano nelle sue finanze. Il coinvolgimento dell'ente creditizio, in questo caso, era da ravvisarsi sempre con riferimento alla negligenza con la quale l'istituto si era occupato di concedere il credito all'impresa, poiché esso non poteva addurre, a sua discolpa, grazie agli strumenti a sua disposizione, l'ignoranza dello stato di insolvenza del richiedente il credito.

Quindi, le inesattezze presupposte si potevano manifestare nella non aderenza delle modalità di concessione del credito rispetto alle regole di comportamento legalmente stabilite al fine di consentire un corretto esercizio dell'attività bancaria. A riguardo, Inzitari accennava al già citato contenuto delle disposizioni dell'articolo 35 comma secondo lettera b) della legge

[648] INZITARI B., *Responsabilità…,* cit., p. 418;

bancaria, relative ai doveri informativi che dovevano essere adempiuti dai richiedenti il fido a favore degli istituti di credito, doveri che, nella loro mancata osservanza, venivano a determinare l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 95 della medesima legge, con riferimento alla fattispecie del mendacio bancario. Inoltre, l'Autore faceva derivare dalle disposizioni dell'articolo 47 della Costituzione ulteriori oneri a carico degli istituti di credito, relativi alla necessità di erogare denaro solo per iniziative valide e socialmente produttive; il rispetto di tali regole escludeva, secondo Inzitari, la irrogazione di crediti che consentivano la "irrazionale distruzione della ricchezza". Perciò, esso concludeva indicando come la riconduzione della responsabilità della banca all'irregolare concessione del credito, consentiva anche di superare i limiti della impostazione secondo la quale la colpa dell'ente creditizio per concessione abusiva del credito avrebbe dovuto trovare il proprio fondamento nella legislazione bancaria; infatti, esso individuava il carattere non attuale di tale impostazione, al pari di quanto determinato da parte di Galgano, facendo derivare, perciò, l'ingiustizia del danno ex articolo 2043 c.c. non dalla violazione di specifiche disposizioni di legge, quali quelle della legislazione bancaria, ma dal fatto di aver leso interessi meritevoli di tutela secondo il generale diritto comune.

Inoltre, l'Autore si era occupato del problema della responsabilità della banca in relazione agli atti posti in essere dai suoi dipendenti e da parte dei suoi organi decisionali, qualora il comportamento di questi fosse stato reso possibile dall'adempimento dell'incarico da parte del dipendente, anche nel caso in cui questo avesse disatteso o derogato le istruzioni impartitegli.

In conclusione, perciò, Inzitari aveva indicato che gli elementi qualificanti della fattispecie in esame "risiedono […] nella irregolarità del comportamento seguito da un soggetto professionalmente qualificato quale la banca nel concedere, appunto, il credito, attraverso un fido irregolare, in quanto non giustificato dalle condizioni patrimoniali del sovvenuto bensì […] da altri e più diversi elementi"[649] come, ad esempio, le garanzie che sono state precedentemente prese in considerazione. Esso enumerava un ulteriore elemento consistente nel danno che il comportamento della banca poteva arrecare a coloro che avessero instaurato, facendo affidamento sulla solidità del patrimonio, rapporti economici e di credito con il sovvenuto, con una illegittimità che perciò si poteva ravvedere nella condotta della banca che si fosse occupata di ingenerare tale affidamento comportandosi in modo non diligente, ma anzi, ingannevole. In altri termini, l'ente creditizio poteva essere destinatario di sanzione in quanto, pur essendo totalmente consapevole del carattere negativo delle proprie azioni e della

[649] INZITARI B., *Responsabilità…,* cit., p. 419;

provocata violazione dei principi di correttezza e trasparenza, esso perpetuava la condotta lesiva e fraudolenta.

Bisogna sottolineare, inoltre, che la pronuncia del 1993 viene spesso richiamata insieme ad una (di poco) successiva sentenza della Cassazione, ossia la numero 72 del 1997 [650], all'interno della quale si faceva riferimento ad una fattispecie simile a quella esaminata nella pronuncia precedente; in modo particolare, in essa si analizzava il caso di una banca (il Banco di Santo Spirito) che denunciava la commissione di un illecito da parte di alcuni suoi clienti, realizzato con la collaborazione di un dipendente del Banco stesso e grazie all'ulteriore intervento di un'altra banca (la Banca popolare di Ancona); tale reato era integrato con il compimento un comportamento di sottrazione di ingenti somme, posto in essere mediante la creazione e il mantenimento di un "giro di assegni a vuoto". In particolare, la Soc. SICAM s.r.l., di cui era amministratore unico. il Sig. Italo Ramazzotti, aveva acceso un conto corrente presso una succursale della Banca convenuta (la banca di Ancona), mentre presso la sede di Viterbo del S. Spirito, alcuni complici avevano acceso altri conti correnti, sui quali operavano altri soggetti compiacenti titolari, diretti ed indiretti, di conti correnti presso il menzionato istituto di credito. Questi ultimi scambiavano con il signor Ramazzotti, titoli di credito con modalità tali da realizzare il c.d. "giro di assegni". Il Ramazzotti emetteva assegni a vuoto tratti dalla SICAM sulla Banca Popolare, versati sui conti intestati alla a due dei compiacenti, che venivano pagati grazie all'intervento di un dipendente del banco, il quale, a sua volta determinava il benestare, per conto del Banco di S. Spirito, per gli assegni, tratti nei conti dei complici e versati da SICAM sul proprio conto presso la Banca Popolare; detti assegni venivano così incassati, ancorché privi di provvista.

Tale vicenda aveva costituito successivamente oggetto di processo penale conclusosi con una sentenza determinante la responsabilità penalistica, a vario titolo, di Ramazzotti e dei correntisti "collaboratori" e, invece, la assoluzione "per non aver commesso il fatto" dei dipendenti della Banca Popolare di Ancona coinvolti; essa conteneva, inoltre, l'affermazione della responsabilità civile del S. Spirito verso la banca Popolare di Ancona. Il Banco attore sosteneva che, tuttavia, la propria perdita patrimoniale, a livello civilistico, non si sarebbe determinata, o si sarebbe verificata in misura inferiore se la Banca Popolare non avesse contribuito a rendere praticabile il complesso meccanismo descritto attraverso il suo comportamento colposo. In particolare se, operando con la dovuta diligenza, la Banca Popolare avesse inviato subito gli assegni SICAM al protesto e trasmesso copia dei titoli

[650] Cassazione civile, Sezione I, 8 gennaio 1997, n. 72;

protestati al Banco, quest'ultimo avrebbe potuto avere più tempestiva conoscenza del giro di assegni a vuoto e avrebbe potuto impedire la continuazione della attività illecita. Invece la Popolare, ritardando il protesto fino all'ultimo giorno utile per il pagamento, parimenti alla banca che aveva commesso il reato relativamente alla sentenza precedentemente esaminata, non aveva consentito al Banco di conoscere il ritardo, e aveva consentito al Ramazzotti di pagare con assegni a vuoto, tratti, sul Banco, dagli stessi compiacenti.

Si sottolineava, inoltre, che l'assoluzione in sede penale non precludeva la proponibilità dell'azione civile verso il Banco, diretta contro l'istituto per responsabilità determinata ex art. 2043 c.c. per le omissioni, l'inosservanze delle regole, delle circolari e delle istruzioni di Bankitalia, e delle norme imposte all'attività bancaria. Il tribunale aveva rigettato la richiesta della parte attrice, e ciò era accaduto, parzialmente, anche presso la Cassazione, la quale indicava che "Tale ricorso - che appare ammissibile perché nonostante la genericità o la indefinita ampiezza di taluni richiami normativi, consente, nel contesto del suo sviluppo argomentativo, di identificare norme e principi giuridici che si assumono violati - non appare fondato, alla stregua delle osservazioni che seguono"; in modo particolare, infatti, la Corte specificava che "la sentenza impugnata contiene talune affermazioni di massima che appaiono censurabili, come quella secondo cui non esiste un obbligo giuridico che imponga al soggetto Banca "di strutturarsi e di operare in modo da non agevolare colpevolmente l'azione delittuosa di terzi". Tale affermazione va recisamente corretta dovendosi ribadire che, sebbene nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, tuttavia vi sono molteplici situazioni da cui possono nascere, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la nozione di omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile. In particolare, come è stato rilevato (Cass. 13.1.1993 n. 343) dalla normativa che regola il sistema bancario vengono imposti, "a tutela del sistema stesso, e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti, in arte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso", la cui violazione può costituire culpa in omettendo"; in altri termini, anche se la Cassazione escludeva la sussistenza di un dovere generale di attivarsi allo scopo di impedire gli eventi di danno, essa ammetteva la possibilità, caso per caso, di valutare la presenza di tipologie specifiche di oneri in tal senso. Tuttavia, la Corte ha dovuto, in tale occasione, limitare il proprio giudizio in quanto le censure relative al merito della questione non potevano, ovviamente, essere oggetto di riesame in sede di legittimità e a causa del mancato riferimento, da parte del soggetto ricorrente, ad alcune questioni che avrebbero, invece, concesso alla Cassazione di esprimersi sul punto. Infatti, la Suprema Corte concludeva indicando che

"manca l'identificazione di comportamenti o contegni, accertati dal giudice di merito (o che quest'ultimo avrebbe dovuto accertare) integranti violazione dei doveri gravanti sul soggetto banca, e causalmente collegati all'evento dannoso" che avrebbero, perciò, concesso, nel caso in cui fossero stati commessi degli errori nel giudizio precedente, di estendere in tale direzione la pronuncia della corte di legittimità.

Inzitari si è occupato di esaminare nuovamente tale problema nel 2001[651]; in tale occasione, l'Autore analizza ancora, in breve, il contenuto della sentenza del 1993 della Corte di Cassazione, avendo l'ulteriore possibilità di stabilire i confini della responsabilità dell'ente creditizio nella concessione abusiva del credito, che possono essere individuati nel modo seguente: secondo l'Autore, infatti, in questo caso si può parlare "di una responsabilità conseguente ad un condizionamento determinante subìto, in questo caso, dal terzo danneggiato, nella decisione delle sue determinazioni negoziali: il terzo ha continuato un rapporto contrattuale o ha instaurato un rapporto di conto corrente con un soggetto insolvente, dal quale, al contrario, sarebbe receduto, se fosse stato correttamente informato, dell'insolvenza dell'imprenditore. La fattispecie delle abusiva concessione del credito finisce per acquistare, dunque, anche rispetto alla originaria enunciazione, una maggiore articolazione ed un più completo spessore nella individuazione della tipologia della fattispecie che la pratica (o la riflessione sulla pratica), in questi anni, ci ha consentito di elaborare"[652]; in altri termini, successivamente rispetto alla valutazione delle caratteristiche principali della fattispecie esaminata, l'Autore ha la possibilità, visto il periodo "storico" nel quale si pone in essere l'esame, di sottolineare l'intervento di un mutamento, soprattutto a livello dottrinale, e di un arricchimento delle teorie e delle ipotesi riferite alla concessione abusiva del credito. Infatti, esso ha l'opportunità di aggiungere che "All'ipotesi enunciata in termini molto generali dalla dottrina francese - secondo la quale "non vi è dubbio che il credito in generale, e particolarmente il credito destinato al finanziamento di attività economica, presenti dei pericoli se è accordato senza discernimento e senza precauzioni sufficienti [...], un banchiere imprudente può con i suoi crediti sostenere un'impresa non efficiente, favorire investimenti eccessivi manifestamente non redditizi e causare, in questo modo, un danno reale per i creditori del sovvenuto ingannati dalla prosperità artificiale" , così enunciata circa venticinque anni fa, la successiva riflessione, sviluppatasi nella stessa pratica, ha finito per fornire maggiori approfondimenti e soprattutto maggiore concretezza di articolazione delle fattispecie

[651] INZITARI B., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 277 ss.;
[652] INZITARI B., *La responsabilità…*, cit., p. 281;

in cui questo comportamento può riuscire rilevante"[653]. All'interno del suo testo, perciò, l'Autore esemplifica alcuni casi nei quali è possibile ravvisare la ricorrenza dell'ipotesi illegittima ivi esaminata, quale, ad esempio, quella che si verifica allorquando la banca, pur conoscendo l'insolvenza esistente o la potenziale insolvenza del soggetto finanziato, concede o continua nella concessione del credito , nella consapevolezza, o perlomeno nella concreta speranza, di non correre alcun rischio per l'insolvenza del sovvenuto, in quanto una o più garanzie personali o immobiliari fornite da terzi o comunque acquisite sul patrimonio del debitore , consentono all'ente creditizio di poter soddisfare adeguatamente, nel caso di mancata restituzione di quanto dovuto, le proprie pretese creditorie. Inoltre, esso ha la possibilità di individuare, ulteriormente, gli elementi costitutivi e qualificanti la fattispecie della concessione abusiva del credito, che sono essenzialmente aderenti rispetto a quelli precedentemente evidenziati dallo stesso Autore.
Ulteriormente, l'Autore si occupa di esaminare il problema della concessione del credito ad un imprenditore garantito da parte di un terzo soggetto nel pagamento dei propri debiti; in questo caso, Inzitari prende in considerazione, come prima cosa, il contenuto dell'articolo 1956 c.c. che, come già indicato, stabilisce che

"il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano minute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito"

Ed in relazione al quale l'Autore sottolinea che con riferimento ai principi in esso contenuti, il garante può rispondere delle obbligazioni dell'imprenditore-debitore solo qualora la concessione del credito sia stata effettuata sulla base di un "criterio di meritevolezza" del sovvenuto. Tale meritevolezza si ritrova nella idoneità delle condizioni patrimoniali del debitore a consentire la restituzione della somma. In altri termini, anche individuando la presenza di una obbligazione di garanzia, che dovrebbe assicurare in ogni caso la restituzione delle somme di denaro prestate, la concessione del credito ad un soggetto potenzialmente insolvente determina l'estinzione della garanzia fideiussoria. La *ratio* di questa regola si ritrova nel carattere abusivo del comportamento del debitore, in quanto non è concepibile, in ogni caso, soprattutto con riferimento ai doveri di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione, che attraverso una decisione assolutamente unilaterale il creditore, che conosce

[653] INZITARI B., *La responsabilità…*, cit., p. 282;

la situazione patrimoniale del debitore, accresca l'onere che incombe sul garante a livello economico. Tuttavia, per l'Autore il fideiussore non può essere liberato qualora, una volta obbligatosi a garantire un'obbligazione attuale (e quindi non futura), si verifica un aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore principale; infatti, Inzitari indica che "Corrisponde in pieno alla causa e alla funzione della fideiussione, infatti, che il garante risponda del debito che ha garantito"[654] in quanto intervenire allo scopo di "ricoprire" il debito oggetto di garanzia, quando il debitore non è in grado di adempiere, costituisce proprio l'attuazione dello scopo principale della garanzia considerata. Questo può verificarsi poiché il fideiussore ha assunto volontariamente, ed in modo tipico, l'obbligo insito all'interno della garanzia stessa.[655]

Da queste premesse, l'Autore deduce una regola generale per la quale, il garante risponde o dei debiti già assunti dal debitore nel momento nel quale sorge garanzia oppure del debito formatosi in sussistenza di fideiussione ma, in questo caso, solo se esso si è costituito in condizioni di "normalità", ossia con un patrimonio del debitore che, grazie ad un'analisi compiuta dal creditore garantito che eroga il denaro, si può valutare come sufficiente a consentire l'adempimento da parte dell'onerato principale. Quindi, ne consegue che in relazione all'obbligazione di garanzia, la messa a disposizione, nei confronti del creditore, del proprio patrimonio-fideiussorio è possibile solo nel caso in cui in ogni momento il fideiussore abbia la possibilità di autodeterminarsi in ordine alla perduranza della sua responsabilità e,

---

[654] INZITARI B., *La responsabilità…*, cit., p. 287;

[655] VI è, a riguardo, un'importante sentenza della Corte di Cassazione nella quale i giudici si occupano di determinare un'interpretazione dell'articolo in esame e di valutare il suo campo di applicazione concreto; in tale pronuncia si indica che *"Quanto all'interpretazione dell'art. 1956 cod. civ., nella formulazione previgente alla modifica apportata dalla legge 17 febbraio 1992 n. 154, la Corte di Appello ha applicato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, avviato a partire dalla sentenza di questa Corte del 18 luglio 1989 n. 3362 e poi consolidatosi, secondo il quale la validità della clausola con cui il fideiussore dispensava la banca dall'onere di richiedergli apposita autorizzazione in caso di nuova concessione di credito al debitore garantito, le cui condizioni patrimoniali fossero divenute tali da rendere notevolmente difficile il soddisfacimento del credito da parte del medesimo, e la conseguente validità della rinuncia preventiva del garante ad avvalersi della liberazione del suo obbligo prevista dalla predetta norma, era limitata dal dovere della banca di eseguire il contratto di fideiussione secondo buonafede e correttezza, usando l'ordinaria diligenza, rapportata alle sue qualità professionali (Cass. 3385/1989; Cass. 9936/1993).*
La stessa giurisprudenza chiariva poi il contenuto di tali obblighi specificando che il creditore non deve concedere ulteriore credito se, raffrontando l'esposizione debitoria esistente alla data della prestata fideiussione con quello esistente al momento della richiesta del debitore di aumento del credito, il divario è tale da dover fondatamente tenere l'insolvenza del debitore.
Da questi principi la Corte non intende discostarsi, e quindi anche la prassi bancaria, invocata dalla ricorrente, di superare il tetto di apertura di credito originariamente stabilito - e per il quale era stata prestata la garanzia - in base al potere discrezionale del creditore di sovvenire il debitore, non può però esimerlo dall'osservanza dei doveri dianzi indicati, e consentirgli di esporre il fideiussore ad imprevedibili dilatazioni del rischio inizialmente assunto, contando proprio sull'esistenza del patrimonio di questi per soddisfare le sue ragioni creditorie, senza rispettare i criteri di buona tecnica creditizia che invece normalmente avrebbe osservato se non fosse stata prestata la garanzia fideiussoria, e trascurando di considerare che la relazione di accessorietà della fideiussione con il debito garantito, deve indurre il creditore a fare affidamento innanzitutto sul patrimonio dell'obbligato principale" (sentenza della Cassazione civile, Sezione III, del 6 agosto 2002, n. 11772)

cosa più importante, in relazione al volume concreto di essa. Ecco perché viene vietato l'aumento del debito contratto da parte del debitore garantito, incrementando l'onere a carico del fideiussore; tale regola viene fatta rilevare, oltre che dall'articolo 1956, anche dalle disposizioni dell'articolo 1461 c.c. secondo il quale

"Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia"

Quindi, in questo caso, il comportamento della banca deve essere ricollegato al filone della lesione del credito ad opera dei terzi, in quanto tale condotta blocca la possibile operatività del diritto appena enunciato per i soggetti contraenti, rispetto al debitore; perciò, il pregiudizio che la banca arreca è quello per il quale essa priva gli altri contraenti della possibilità di attuare tutti i rimedi offerti dall'ordinamento per reagire all'insolvenza del debitore, anche se la responsabilità principale dell'ente creditizio si ritrova sempre nel fatto di aver determinato un ritardo nella declaratoria di fallimento e, più in generale, nell'accertamento dello stato di insolvenza o dissesto dell'imprenditore.
Inoltre, Inzitari sottolinea che "Nella concessione abusiva di credito all'imprenditore immeritevole, si riscontra la stessa situazione di consapevolezza da parte della banca ma in una dimensione più ampia e, per certi versi, ancora più grave […] " in quanto "la banca è altrettanto consapevole che, in seguito all'abusiva concessione di credito , l'insolvenza dell'imprenditore resterà celata ad altri contraenti, i quali - al pari del garante che subisce l'abusiva concessione del credito al debitore incapiente -, sono destinati a sopportare il danno dell'insolvenza dell'imprenditore."[656] Quindi, in altre parole, l'Autore vuole specificare che anche tutelando il soggetto garante, proteggendolo dalle illegittime forme di aumento del debito da garantirsi, non si elimina il rischio per il quel i terzi creditori possono essere comunque tratti in inganno dalle apparenti condizioni patrimoniali positive dell'imprenditore, e quindi danneggiati a causa della concessione di ulteriori crediti verso un soggetto concretamente incapace di restituire tutte le somme di denaro prestate nei suoi confronti; in questo senso, perciò, si integra la responsabilità della banca per aver creato un falso affidamento presso i terzi e per aver deviato in modo determinante le normali scelte dei terzi soggetti.

[656] INZITARI B., *La responsabilità…*, cit., p. 287;

Successivamente, Inzitari affronta la questione della individuazione delle categorie di soggetti legittimati all'esecuzione dell'azione nei confronti della banca; esso indica, innanzitutto, la presenza di tale possibilità per i creditori danneggiati, nei limiti e secondo i presupposti della responsabilità extracontrattuale. Tali soggetti devono, ovviamente dimostrare l'entità della perdita patrimoniale subita, da valutarsi nella misura della mancata soddisfazione del credito; in relazione al nesso di causalità, invece, si deve provare che se l'ente creditizio avesse tenuto un differente comportamento, tale pregiudizio nei confronti dei creditori non si sarebbe verificato. Invece, nel caso di fallimento dell'impresa alla quale la banca ha concesso abusivamente il credito, il danno si può manifestare, anche solo indirettamente, nel patrimonio dell'impresa fallita, con riferimento alla violazione dell'integrità patrimoniale dell'impresa stessa. In modo specifico, tale danno può consistere nel fatto per il quale l'attivo fallimentare viene gravato anche da quei crediti che sono sorti a causa della continuazione dell'attività del debitore, insolvente determinata dal finanziamento ulteriore costituito da parte della banca. L'Autore, perciò, individua una responsabilità dell'ente creditizio per i crediti sorti e rimasti insoddisfatti costituiti nel periodo in cui, se non si fosse verificata la concessione abusiva del credito, l'impresa non avrebbe potuto porre in essere alcun atto negoziale.

Si colloca sul finire degli anni Novanta, invece, la critica di ANELLI[657] in relazione al tema in esame. Esso si occupa, come prima cosa, di inquadrare l'argomento della successiva trattazione, indicando che essa si riferisce al problema per il quale ci si domanda se il banchiere (ma, in realtà l'Autore si riferisce anche ad altri tipi di finanziatori, quali ad esempio i fornitori di materie prime che esegua consegne di merci accettando un pagamento dilazionato delle stesse) che abbia erogato credito ad un soggetto risultato insolvente, debba rispondere dei danni cagionati nei confronti dei terzi creditori, i quali sono stati pregiudicati dalla permanenza sul mercato del soggetto finanziato e a causa della sua situazione di apparente solvibilità, creata dal sostegno economico concretamente fornito da parte della banca.

In modo particolare, visto il periodo "storico" durante il quale scrive l'Autore, esso ha la possibilità di evidenziare già alcuni orientamenti dottrinali, oltre alla fondamentale posizione della Corte di Cassazione, in merito alla questione in argomento; specificamente, esso si occupa di analizzare nelle sue particolarità e nei suoi elementi costitutivi la fattispecie in

[657] ANELLI F., *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito,* in *Dir. Banc. Merc. Fin.,* 1998, I, pp. 138 ss.;

esame, con riguardo alle disposizioni dell'articolo 2043 c.c. assunto alla stregua di norma utilizzabile al fine di sanzionare il comportamento del finanziatore.

Come prima cosa, l'Autore prende in considerazione il requisito dell'ingiustizia del danno risarcibile, indicando come tale elemento avesse costituito il primo termine problematico col quale la dottrina si era dovuta confrontare. Esso parla di termine "problematico" in quanto nel passato imperava la teoria classica dell'illecito civile, che ammetteva il risarcimento del danno solo nel caso in cui la violazione avesse riguardato un interesse specificamente protetto dall'ordinamento giuridico alla stregua di diritto soggettivo. In relazione a tale concezione, ovviamente, era difficile prospettare la possibile sanzionabilità del comportamento illegittimo posto in essere da parte della banca in quanto si poteva sostenere che "la banca non doveva rispondere della perdita economica subita dai creditori dell'impresa insolvente, perché non era ravvisabile un suo dovere di prevenire un tale pregiudizio, in quanto la banca non aveva alcuna relazione giuridicamente rilevante con gli altri creditori del sovvenuto"[658]; in altri termini, i precedenti esponenti della dottrina intendevano escludere la possibilità di sanzionare la banca per la concessione abusiva del credito, in quanto sostenevano la mancata intercorrenza, tra l'istituto di credito ed i terzi creditori, di un rapporto giuridicamente rilevante, in base al quale si poteva giustificare l'avvenuta lesione di un qualche diritto e, di conseguenza, la punibilità del soggetto attivo.

Come accennato, la Corte di Cassazione, però, intervenne consentendo di mutare tale orientamento; grazie a tale intervento giurisprudenziale, ed ai successivi, e precedentemente evidenziati, interventi dei giuristi, l'Autore ha la possibilità, ormai, di sottolineare l'insieme dei presupposti specifici relativi alla responsabilità della banca per concessione abusiva del credito. Come prima cosa, esso prende in considerazione l'elemento dell'antigiuridicità della condotta posta in essere dalla banca quando si occupi di concedere il credito ad un soggetto insolvente; in modo particolare esso individua il carattere fallace dell'opinione per la quale la concessione del credito è oggetto di una mera valutazione discrezionale operata da parte dell'ente creditizio, in relazione ad alcune argomentazioni di tipo legislativo quali quelle derivanti, innanzitutto, dalla legge bancaria del 1936 e dalle disposizioni dettate da parte dell'autorità di vigilanza, ossia della Banca d'Italia, che hanno l'obiettivo di consentire un'erogazione del credito a soggetti solvibili, allo scopo di evitare che essa si traduca in operazioni di "pura perdita"; in secondo luogo tale soluzione può essere avallata anche con riguardo alla punizione prevista per il reato di mendacio bancario e, in ultima istanza, con riferimento alle disposizioni della Legge Fallimentare che sanziona, all'articolo 217 n.4, il

[658] ANELLI F., *La responsabilità…*, cit., p. 144;

comportamento dell'imprenditore che abbia aggravato il proprio dissesto non chiedendo il proprio fallimento, e, all'articolo 218, la condotta dell'imprenditore che abbia fatto ricorso (o continui a ricorrere) al credito dissimulando il proprio stato di insolvenza o di dissesto.

Con riferimento a tali disposizioni, l'Autore evidenzia un generale principio per il quale "non è giuridicamente corretto per le imprese insolventi ricorrere al credito"[659], dal quale si può dedurre la statuizione per la quale non è, diametralmente, lecito per le banche erogare credito nei confronti delle imprese in stato di decozione. In altri termini, l'Autore, grazie all'analisi del complesso di norme che si occupano di prevedere la negatività di alcune tipologie di comportamenti dell'imprenditore, sempre legati al credito, individua la possibilità di costituire, a riguardo, una simmetrica responsabilità della banca che si occupa di concedere tale credito nei confronti del soggetto in stato di insolvenza o di dissesto.

Allo scopo di sostenere tale tesi, Anelli prende in considerazione anche un aspetto più generale, riferito al ruolo della banca nel sistema economico; infatti, esso si occupa di stabilire come l'istituto di credito ha, in relazione al proprio compito, non soltanto particolari responsabilità ma, a monte, alcuni doveri, quali quelli di agire rispettando i necessari canoni di correttezza e prudenza nella concessione del credito, che la obbligano a considerare, nel momento in cui essa pone in essere particolari operazioni, non soltanto le loro immediate conseguenze ma anche quelle successive ed indirette che possono, in alcuni casi, assumere un "valore" negativo; allo scopo di evitare, perciò, tali esiti sfavorevoli, l'ente creditizio deve occuparsi di selezionare adeguatamente i propri "clienti", con il fondamentale obiettivo di favorire la corretta distribuzione delle risorse finanziarie: compito che, di certo, non è oggetto di corretto adempimento nel caso in cui le risorse finanziarie vengono "bruciate" nel prestare sostegno ad un'impresa in crisi irreversibile.

Tuttavia, l'Autore sottolinea che il fatto per il quale il soggetto finanziato venga riconosciuto come insolvente non determina, di per sé, la responsabilità della banca per l'illecito; infatti, a riguardo, si chiede una valutazione globale della condotta tenuta dall'istituto di credito nel momento in cui esso ha deciso di concedere il finanziamento; perciò, è necessario che l'ente creditizio sia imputabile perlomeno per colpa, con riferimento ai parametri di condotta recepiti per il c.d. "accorto banchiere". Secondo Anelli, perciò, non è possibile, in primo luogo, considerare la banca colpevole in relazione al parametro oggettivo del rischio, di per sé svincolato dall'elemento fondamentale della colpa; infatti, la responsabilità per le conseguenze dell'assistenza finanziaria prestata ad un insolvente non possono rientrare nel normale rischio contrattuale; in secondo luogo, esso evidenzia che non è possibile configurare

[659] ANELLI F., *La responsabilità…*, cit., p. 148;

un'imputazione a titolo di responsabilità extracontrattuale relativamente ad un rischio creato dalla banca rispetto all'interesse dei terzi; questo perché non è agevole prospettare, con riferimento all'attività bancaria, la costituzione di una situazione di pericolo per i soggetti estranei rispetto al contratto, tale da giustificare, una responsabilità aquiliana oggettiva. Quindi, in definitiva, per l'Autore la responsabilità della banca può essere ammessa solo qualora risulti in concreto che l'erogazione del credito è avvenuta nel contesto di una condotta contraria alle regole della corretta esplicazione dell'attività creditizia, senza che si possano ascrivere direttamente alla banca le conseguenze della crisi di un debitore risultato, *ex post*, insolvente; questo, come specificato, deve accompagnarsi, ovviamente, anche alla necessaria presenza, presso il soggetto attivo, dell'elemento soggettivo, perlomeno, della colpa. Tale condotta considerata "irregolare" può essere ravvisata, ad esempio, nel caso in cui siano stati seguiti metodi oggettivamente non ortodossi per la concessione del credito, quali le attività di affidamento non deliberate dagli organi sociali competenti o in contrasto con i criteri imposti dalle autorità di vigilanza; vi possono, inoltre, essere casi di erogazione del credito con una procedura impeccabile a livello formale, ad un soggetto che, tuttavia, versi in una crisi finanziaria irreversibile; ad esempio questo può accadere qualora la banca, titolare di un credito non garantito, eroghi un mutuo ipotecario al proprio debitore, per lo stesso importo del credito preesistente, che viene utilizzato per estinguere il vecchio debito: in questo caso la banca si trova ad avere un credito assistito da garanzie reali contestualmente alla nascita del nuovo contratto, potendo avere una posizione di privilegio in sede concorsuale. In queste tipologie di ipotesi, le garanzie acquisite individuano un comportamento non corretto dell'ente creditizio, poiché consentono ad esso di ottenere vantaggi in contrasto con il principio di *par condicio creditorum;* ad esempio ciò può individuarsi anche nel caso in cui la banca sia protetta da garanzie reali o personali che le consentono, senza particolari remore, di concedere il credito all'imprenditore.

Con riferimento ai casi ivi enumerati, Anelli sottolinea la possibilità che i creditori danneggiati dal comportamento del finanziatore professionale, trovino particolare difficoltà nel dimostrare la responsabilità della banca, soprattutto sotto il profilo soggettivo, in quanto sarebbe particolarmente difficoltoso provare che l'istituto di credito, nel momento dell'erogazione del fido era in grado di avvedersi dei rischi ai quali esponeva le ragioni dei terzi; e così esso riferisce l'opinione, già presa in considerazione, di Franchina il quale prospettava la natura contrattuale di tale responsabilità della banca e una conseguente forma di inversione dell'onere della prova; infatti, a riguardo, esso sosteneva la necessità per la

quale doveva essere la banca a dimostrare di aver erogato il credito rispettando tutti i necessari doveri di correttezza e cautela.

Successivamente rispetto all'orientamento di Franchina, però, l'Autore riferisce una tesi più "matura" per la quale dallo *status* giuridico della banca deriverebbe una sua obbligazione, la cui fonte sarebbe il contenuto dell'articolo 1173 c.c., il quale stabilisce che

"Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"

E che imporrebbe alla banca di agire prudentemente allo scopo di tutelare anche le ragioni dei creditori del finanziato; per questo motivo, quindi, la violazione di tale obbligo darebbe luogo ad una forma di responsabilità contrattuale della banca nei confronti dei terzi.
Anelli, in un secondo momento, dopo aver assodato che "in linea generale, la condotta della banca non conforme a criteri di diligenza e correttezza possa determinarne la responsabilità verso i creditori dell'impresa finanziata"[660], si occupa di due ulteriori aspetti fondamentali della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito.

In primo luogo, esso considera il problema della quantificazione e della prova del danno subito da parte dei terzi; in modo particolare, esso sottolinea l'impossibilità che la banca possa essere chiamata a rispondere per l'intero passivo non soddisfatto, grazie al patrimonio del debitore, dalla liquidazione fallimentare; eventualmente l'ente creditizio potrebbe essere ritenuto "debitore" solo di quella quota di passivo che si sia creata a causa del suo intervento di sostegno finanziario, poiché una forma più estesa di responsabilità potrebbe essere ammessa solo prospettando l'ipotesi di una interferenza della banca tale da costituire una fattispecie di eterodirezione dell'impresa finanziata; tale limitazione del danno imputabile alla banca, d'altronde, deriva dai presupposti della sua stessa responsabilità, poiché l'erogazione del credito è da ritenersi illecita nel caso in cui il soggetto finanziato risulti già insolvente nel momento in cui riceve il credito, con un intervento rilevante alla stregua di illecito, da parte della banca, nel caso in cui essa abbia ritardato la dichiarazione dello stato di insolvenza, aggravando il dissesto e pregiudicando ulteriormente le aspettative economico-finanziarie dei terzi creditori; in modo specifico, inoltre, l'Autore, suddivide tali creditori in due grandi categorie, alla stregua di quanto operato dai precedenti esponenti della dottrina, ossia nel

[660] ANELLI F., *La responsabilità…*, cit., pp. 153-154;

gruppo dei creditori anteriori al finanziamento (che subiscono danno per il peggioramento delle condizioni patrimoniali dell'imprenditore determinato dal ritardo nella dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza) e quello dei creditori successivi (i quali subiscono un pregiudizio pari alla porzione del loro credito che rimane insoddisfatta successivamente rispetto alla liquidazione concorsuale), non dimenticandosi della posizione creditoria dello stesso ente finanziatore. Infatti, esso sottolinea che "la banca finanziatrice non può, a sua volta, non essere trattata come un creditore, e quindi deve essere ammessa al passivo del fallimento e partecipare alla distribuzione del ricavato dalla vendita dei beni"[661], poiché l'istituto di credito stesso ha versato delle somme di denaro, nei confronti del fallito, che devono essere oggetto di restituzione; in altre parole, Anelli vuole individuare, così come già fatto da precedenti giuristi, la necessità di includere anche la banca tra i soggetti legittimati, in condizioni di parità, a partecipare alla suddivisione dell'attivo del debitore, successivamente rispetto al verificarsi del fallimento.

In secondo luogo, l'Autore considera il problema della prova del nesso di causalità intercorrente tra la condotta della banca e il danno subito dagli altri creditori, poiché questi ultimi dovrebbero, almeno in linea di principio, essere in grado di dimostrare che se l'impresa non fosse stata tenuta artificialmente in vita dal credito erogato dalla banca, le loro ragioni non sarebbero state pregiudicate. Questo sta a significare che i creditori anteriori sarebbero obbligati a dimostrare che, senza l'intervento dell'istituto di credito, l'imprenditore sarebbe stato dichiarato fallito entro tempi brevi, senza un ulteriore aggravamento del dissesto, mentre quelli successivi dovrebbero provare che è stato proprio il sostegno posto in essere dall'ente creditizio a determinare la situazione di apparente affidabilità che li ha indotti a concedere ulteriore credito al fallito. Vista la delicatezza del problema e delle tipologie di prova che dovrebbero essere costituite, l'Autore ritiene fondamentale l'intervento, attraverso una valutazione equitativa, del giudice, allo scopo di determinare una corretta distribuzione delle colpe, soprattutto in relazione alla determinazione del valore del danno cagionato nei confronti del singolo creditore concorrente.

Da ultimo, Anelli si occupa di analizzare in breve la sentenza, precedentemente menzionata, n. 343 del 1993; in modo particolare, dopo aver riassunto il caso pratico dal quale era originata la pronuncia della Cassazione, l'Autore si occupa di trarre da essa i principi fondamentali tra i quali annovera, come prima cosa, un dovere della banca di agire con diligenza per impedire i danni nei confronti dei terzi soggetti, che viene individuato in

[661] ANELLI F., *La responsabilità…*, cit., p. 156;

relazione alla qualità di professionista del credito della banca stessa. Esso, tuttavia, sottolinea anche il fatto per il quale la Corte, in tale occasione, non si era occupata di specificare un elemento importante relativo alla responsabilità dell'ente creditizio, ossia l'insieme di parametri di sindacabilità delle decisioni della banca in relazione alla concessione dei finanziamenti; infatti, esso indica che la stessa affermazione, contenuta nella sentenza in esame, secondo la quale "l'abusiva concessione del credito ad un imprenditore probabilmente può integrare una probabile lesione dell'equilibrio del sistema e di terzi" costituisce una fondamentale enunciazione di principio ma non è necessaria allo scopo di pervenire alla soluzione accolta dalla sentenza, poiché, nel caso di specie, non si poteva parlare di una vera e propria concessione di credito, in quanto non si poteva affermare che il fatto che la banca abbia agevolato l'emissione di assegni allo scoperto equivaleva a concedere credito.
In conclusione, perciò, Anelli afferma che "una barriera è certamente stata abbattuta: quella della non sindacabilità della condotta delle banche in relazione alle scelte che attengono più direttamente alla loro discrezionalità, cioè quelle riguardanti la decisione se e a chi concedere credito"[662], anche se, successivamente, sottolinea il fatto per il quale vi è ancora necessità di effettuare ulteriori passi avanti, soprattutto a livello giurisprudenziale, in merito all'affermazione della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, con particolare riferimento alla determinazione degli elementi fondamentali costituenti la fattispecie in esame.

Successivamente rispetto agli anni Novanta, si sono susseguite specifiche analisi della fattispecie in esame, che hanno consentito, in modo sempre più completo, di inquadrarne correttamente gli estremi.

In tal senso si può prendere in considerazione l'opinione di FRANCHI [663], il quale, dopo aver effettuato un breve accenno alla configurazione della fattispecie in esame negli ordinamenti stranieri, si occupa dell'Italia, con specifico riferimento alla sentenza del Tribunale di Foggia del 7 maggio 2002, esaminata *supra*. Esso si occupa di analizzare gli elementi specifici della fattispecie di concessione abusiva del credito iniziando dall'elemento soggettivo; infatti, allo scopo di poter configurare in capo alla banca una responsabilità per concessione abusiva del credito è necessario provare che essa ha agito con dolo o colpa. In modo specifico, essa avrà posto in essere l'attività con dolo se conosceva lo stato di insolvenza del debitore o, addirittura, se voleva determinare il verificarsi dell'evento dannoso; si può individuare la

[662] ANELLI F., *La responsabilità…*, cit., p. 159;
[663] FRANCHI A., *La responsabilità*, cit., p. 2 ss.;

colpa nel caso in cui la banca pur dovendo (e potendo) conoscere la situazione patrimoniale del debitore ha agito senza la necessaria diligenza, fondamentale allo scopo di acquisire le informazioni relative allo stato delle finanze del soggetto richiedente. Mentre le ipotesi di dolo difficilmente lasciano spazio all'individuazione di cause di giustificazione, le ipotesi di colpa, per l'Autore, devono essere valutate caso per caso così da poter individuare la sussistenza o meno degli elementi dell'"elevato grado di colpa", come richiesto dal Tribunale di Foggia. Infatti, la valutazione dell'elemento soggettivo richiede l'adozione di un parametro severo, più severo di quello usuale, dovendosi fare riferimento ad una diligenza "speciale", cioè alla diligenza professionale, grazie all'applicazione delle disposizioni dell'art. 1176 c.c., 2° comma, che consentono di individuare, in relazione al banchiere, lo *status* di professionista.

Anche questo Autore si occupa di escludere, come si è visto, la possibilità di fondare la responsabilità della banca direttamente sulle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, proponendo l'eventuale applicazione, a livello penale, dell'articolo 217 della medesima legge.

Successivamente, l'Autore si occupa del problema del danno, che viene ivi individuato, a livello generale, come quel "pregiudizio che i creditori hanno risentito per il fatto che il fallimento sia stato dichiarato in tempi e con modi diversi da quelli nei quali, e con i quali, sarebbe stato dichiarato se non fosse intervenuto il sostegno finanziario da parte della banca"[664]; anche in questo caso si determina una successiva suddivisione in due categorie dei creditori, che consente di parlare di creditori antecedenti e successivi rispetto alla concessione del credito. In riferimento al particolare tema in esame, l'Autore sottolinea come il Tribunale di Foggia ha considerato il pregiudizio arrecato nei confronti della massa dei creditori, presi in esame, perciò, nel loro complesso; da questo, i giudici hanno fatto derivare anche la possibilità di consentire al curatore di agire contro la banca; infatti, nella sentenza si indica che "Se il banchiere ha erogato abusivamente credito ad un imprenditore già in crisi allo scopo di lucrare qualche vantaggio, come ad esempio allo scopo di ritardare il fallimento oltre il termine per ti consolidamento delle garanzie o la perdita delle revocatorie, nemmeno la dottrina più prudente o più vicina alle banche dubita dell'illiceità del fatto o della legittimazione del curatore, perché in tale situazione il curatore interviene per ristabilire il principio di cui all'articolo 2741 cod. civ", aggiungendo successivamente che "accanto alla legittimazione del singolo creditore sociale, vi può essere anche quella del curatore nelle ipotesi in cui si verifichi una lesione della par condicio", questo anche perché, così come

[664] FRANCHI A., *La responsabilità*, cit., p. 3;

viene indicato dai giudici, in questo caso si prende in considerazione l'esercizio di un'azione volta sia a ripristinare, almeno in parte, l'integrità del patrimonio sociale o comunque del fallito, sia a consentire una tutela ai creditori danneggiati dal ritardato fallimento.

Successivamente Franchi prende in considerazione il problema del nesso di causalità, individuabile nel rapporto di causa-effetto fra il comportamento della banca ed il mantenimento in vita "artificiale" dell'impresa in stato di insolvenza; questo costituisce, già di per sé, un'ipotesi di danno per gli altri creditori, anche se, in modo specifico, i creditori successivi dovranno dimostrare, oltre all'esistenza di quel nesso, anche l'impossibilità per essi di conoscere, con l'ordinaria diligenza, l'effettiva situazione patrimoniale del debitore a causa dell'inganno creato dal comportamento posto in essere dall'ente creditizio.

L'Autore, in ogni caso, sottolinea la necessità di diversificare le forme di accertamento della responsabilità della banca in relazione al caso concreto, in quanto, molto spesso, l'aggravamento del dissesto di una persona giuridica può essere provocato dalla concomitanza di differenti fattori tra i quali l'intervento della banca può, addirittura, essere piuttosto marginale.

Successivamente, si può considerare l'orientamento di NUZZO [665] il quale, per inquadrare la fattispecie di riferimento, prende in considerazione i fondamenti che si ritrovano alla base della responsabilità della banca. Esso, in modo particolare, considera l'istituto di credito un'impresa privata ma, comunque, subordinata ai poteri pubblicistici di controllo e repressione previsti dalla legge bancaria la quale impone obblighi e divieti allo scopo principale di garantire la solvibilità e la liquidità degli istituti di credito. In modo specifico, perciò, la violazione di questo obblighi, con azione od omissione, sostanzia una trasgressione relativa alle disposizioni dell'articolo 2043 c.c.; tuttavia, ciò non basta, poiché l'Autore sostiene che gli obblighi e le regole che disciplinano l'attività della banca, possono derivare anche da ulteriori fonti, sia normative sia di tipo logico ed interpretativo. Infatti, esso indica che limitano i poteri degli istituti di credito le seguenti norme ed i successivi principi, quali:

(a) la risalente legge bancaria del 1936 che stabilisce espressamente che "la raccolta del risparmio per il pubblico, sotto ogni forma, e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico"; in relazione a ciò si deve, per l'Autore, ritenere che l'esercizio del credito sia connotato da profili pubblicistici che giustificano non soltanto la regolamentazione, specifica e severa, contenuta nella legge, ma la possibilità di imporre obblighi e divieti in merito a tale esercizio;

[665] NUZZO M., *Concessione…*, cit., p. 839;

(b) la considerazione dell'erogazione del credito alla stregua di funzione di interesse pubblico; da questa considerazione deriverebbe la conseguenza per la quale, scopo della regolamentazione di cui sopra è quello di garantire la solvibilità e la liquidità degli istituti di credito inseriti nel sistema bancario, all'interno del quale la correttezza nell'erogazione del credito e nell'informazione reciproca costituisce dovere primario per la tutela sia dell'utenza, sia del patrimonio e della liquidità delle altre imprese e degli altri istituti di credito inseriti nella medesima "struttura"; in funzione di ciò ed allo scopo di raggiungere il compimento dei sopra citati obiettivi, la legge bancaria dispone che le aziende di credito utilizzino, oltre ai normali libri comuni a tutti gli imprenditori, un libro fidi sempre aggiornato (art. 37); inoltre essa prevede il controllo da parte degli organi di vigilanza della Banca d'Italia, al fine di disciplinare e regolamentare la concorrenza tra le aziende stesse, ed adottare le cautele derivanti dal cumulo e dal progressivo aumento dei fidi concessi, (art. 32 lett. h).

Per la stessa ragione ed in relazione ai medesimi obiettivi ed alle stesse funzioni, gli organi di vigilanza hanno la possibilità, o per meglio dire il potere, di adottare provvedimenti atti ad impedire l'abusiva circolazione degli assegni; in modo particolare, un tale uso illecito dei titoli di credito, all'interno del sistema finanziario, può integrare una probabile lesione dell'equilibrio della "struttura" e degli interessi dei terzi.

Da tali precedenti considerazioni l'Autore fa derivare, ovviamente in relazione a particolari situazioni concrete, la possibilità di sanzionare i comportamenti posti in essere in violazione delle regole previste, più generali o specifiche, ed integranti la fattispecie disposta dalle norme dell'articolo 2043 c.c.

Successivamente, l'Autore si occupa del problema della diligenza della banca e della tipologia del danno cagionato nei confronti dei terzi creditori. Infatti, esso sottolinea che il Tribunale di Foggia tenta di individuare il fondamento della responsabilità dell'istituto di credito verso i terzi utilizzando una particolare forma di ragionamento; in modo specifico, infatti, esso non fa riferimento all'ordinamento del settore creditizio, modificato, tra le altre cose, dalle successive riforme tra le quali si annovera l'emanazione del Testo Unico bancario, e neppure alla disciplina del fallimento, lasciando, perciò, da parte le disposizioni degli articoli 217 e 218 della Legge Fallimentare ; i giudici, perciò si sono riferiti ai principi generali del diritto civile.

La decisione commentata dall'Autore vede e si basa, perciò su una lettura sistematica delle norme in tema di responsabilità professionale; in tal senso, il Tribunale afferma che sarebbe implicito, rispetto al sistema generale della responsabilità civile, il carattere illecito del

comportamento di un soggetto professionalmente qualificato che si occupi di violare le norme tecniche che regolano lo svolgimento della sua attività o, comunque, i generali obblighi di diligenza e buona fede ad essa legati, e che abbia, perciò la possibilità di porre in essere atti in grado di determinare l'affidamento incolpevole dei terzi che abbiano riposto la propria fiducia nella correttezza e accuratezza delle decisioni dell'ente creditizio o, più in generale, del "professionista".

In relazione, perciò, al testo costituito dall'Autore, si ha la possibilità di trarre alcune conclusioni relativamente al suo pensiero ed alle tesi ivi esposte; innanzitutto, esso individua come elementi fondamentali della fattispecie la colpa del banchiere che si occupi di concedere il credito anche conoscendo, (o potendo conoscere), le critiche condizioni economiche del richiedente; dal nesso di causalità che deve, in concreto, essere dimostrato nella sua esistenza da parte dei creditori danneggiati e, infine, dal danno cagionato nei confronti dei creditori terzi non bancari.

A ciò, in conclusione, l'Autore aggiunge che il Giudice per garantire una equilibrata tutela agli interessi in gioco dovrà tener conto, richiamandosi anche in questo caso la possibilità per l'organo giudicante di utilizzare, allo scopo di individuare il valore del danno cagionato, il criterio della valutazione equitativa[666], in concreto e in relazione al singolo caso, anche:

a) del fatto per il quale il danno originato dalla condotta lesiva non è conseguenza diretta della concessione del credito ma dell'utilizzo di esso da parte dell'impresa fallita; infatti, se essa pone in essere delle scelte sbagliate ed effettua degli investimenti errati può provocare un aumento del dissesto o dell'insolvenza dell'impresa, anche indipendentemente dall'ulteriore intervento dell'ente creditizio; ad esempio tali scelte possono essere oggetto di esame allo scopo di determinare il valore del danno cagionato nei confronti dei soggetti passivi;

b) dell'eventuale concorso del danneggiato nella causazione del danno; infatti, nonostante si prevedono delle regole specifiche per le banche, anche gli stessi terzi che si occupano di concedere il credito nei confronti dell'imprenditore hanno il dovere di attivarsi, utilizzando la normale diligenza, per limitare ulteriormente il pregiudizio derivante dall'attività illecita svolta da parte del soggetto attivo;

[666] Anche se in concreto si cerca di limitare l'utilizzo della valutazione equitativa ai casi nei quali si ravveda una impossibilità, o comunque una forte difficoltà, nell'individuazione della prova del *quantum* del pregiudizio cagionato dal soggetto attivo:

Poco tempo dopo rispetto all'analisi effettuata da parte di Nuzzo, si può collocare l'opinione di STEFANELLI[667] il quale, dopo aver richiamato in modo generico le ipotesi di illecito qui prese in esame ed aver effettuato un breve *excursus* relativo al contenuto della sentenza 343 del 1993 della Corte di Cassazione, si occupa di inquadrare il tema della discussione in modo specifico. Particolarmente esso indica che la banca, se si occupa di finanziare un'impresa in conclamata crisi, determina la violazione di una specifica aspettativa individuata nella violazione della libertà dei creditori terzi di autodeterminare le proprie scelte in relazione alla possibilità, o meno, di fornire ulteriore credito all'imprenditore. In altri termini, l'Autore tende a parlare di una lesione della libertà contrattuale in senso positivo, in quanto l'attività del terzo (cioè della banca) induce a concludere un contratto che altrimenti non si sarebbe concluso affatto.

In relazione a tali ipotesi, Stefanelli, non ravvisando nell'ordinamento una norma che imponga di non concedere il credito alle imprese in difficoltà economica, propone la possibilità di sanzionare la responsabilità dell'ente creditizio applicando le disposizioni dell'articolo 2043 c.c., e qualificando tale responsabilità come integrata per violazione del principio del *neminem laedere* e del generico dovere di correttezza.

L'Autore ha, successivamente, l'occasione di delineare gli elementi costitutivi della fattispecie di concessione abusiva del credito alla luce degli sviluppi intervenuti, con il passare del tempo, nell'esame della fattispecie oggetto di dissertazione. Infatti, essi sono:

(a) Il comportamento doloso o colposo grave, volto a finanziare un imprenditore non in grado di far fronte al contenuto dell'obbligazione;
(b) Il danno ingiusto consistente in una ritardata dichiarazione di fallimento, ovvero in un pregiudizio economico arrecato ai creditori, anteriori e posteriori, della società fallita;
(c) Il nesso di causalità intercorrente tra il danno subito dai creditori e la condotta del banchiere;

Infine, esso ha modo di trattare anche il tema, già considerato da Nigro, relativo alla legittimazione del curatore fallimentare ad esperire l'azione risarcitoria. L'Autore, allo scopo di risolvere la questione, parte dalla valutazione delle finalità dell'azione; in modo particolare, esso indica che il curatore, alla stregua di rappresentante degli interessi del ceto creditorio, può esercitare le azioni di responsabilità, anche differenti da quelle espressamente previste,

[667] STEFANELLI S., *La responsabilità…*, cit., pp. 14 ss.;

poiché la sua funzione è quella di conservare o ricostruire l'attivo che sarebbe rimasto intonso se non ci fosse stato l'illecito sostegno delle banche e la conseguente ritardata cessazione dell'attività. Stefanelli, allo scopo di sostenere la propria tesi, prende in considerazione anche le disposizioni dell'articolo 146 Legge Fallimentare che stabilisce, al secondo comma che

"Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori;

b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile"

e al contenuto dell'articolo 2394 c.c. che stabilisce che:

"Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti.

La rinunzia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi"

Il riferimento a queste disposizioni di legge appare fondamentale per l'Autore, in quanto esso sottolinea che a seguito dell'intervenuta declaratoria di fallimento le azioni di risarcimento individuali si trasformano da strumenti di tutela del singolo creditore in mezzo con il quale reintegrare il patrimonio del fallito. Quindi, l'azione di risarcimento del danno da abusiva concessione del credito è una vera e propria azione "di massa", anche in riferimento al profilo della responsabilità ex articolo 2394 c.c.; in altri termini, perciò, Stefanelli individua tale carattere di azione di massa, relativa alla richiesta di risarcimento ivi esaminata, poiché il suo risultato ha una ricaduta sull'intera situazione patrimoniale del debitore e quindi su tutti i suoi rapporti di credito-debito con i terzi soggetti. Di conseguenza, perciò, considerare l'azione di responsabilità in tal senso significa anche consentire al curatore di agire contro la banca a

tutela dell'intero ceto creditorio danneggiato dalla concessione abusiva del credito; quindi la soluzione alla quale approda il presente Autore è molto differente rispetto a quella prospettata da parte di Nigro in merito allo stesso "tema".

Praticamente coeva rispetto all'analisi proposta da Stefanelli è l'esposizione della tesi della VISCUSI[668], la quale, dopo una breve introduzione si addentra nell'analisi dei problemi specifici relativi alla fattispecie in esame.
In primo luogo essa cerca di comprendere se è possibile consentire al curatore fallimentare di intervenire per far valere l'azione di responsabilità. L'Autrice è favorevole ad una soluzione affermativa della questione, in quanto essa sottolinea che "escludere l'azionabilità della pretesa in sede concorsuale e rimettere tutto nelle mani di ciascun danneggiato significa in concreto ampiamente disattendere quegli interessi che si vorrebbero […] proteggere imponendo alla banca di attenersi scrupolosamente ad un criterio di meritevolezza del sovvenuto nella gestione delle risorse finanziarie"[669]; in altri termini, l'Autrice intende sostenere la minore incisività dello svolgimento di una serie di azioni individuali in luogo di un'unica azione collettiva, soprattutto a causa dello scarso potere dei singoli rispetto alla banca che, in questo senso, potrebbe spesso rimanere direttamente impunita. Essa, inoltre, sostiene che il possibile esercizio "singolo" dell'azione risarcitoria sarebbe accettabile solo qualora si assumesse che l'illecito in oggetto è suscettibile di ledere solo l'interesse particolare di ogni singolo creditore e solo ravvisando un pregiudizio differente, nell'*an* e nel *quantum* per ognuno di essi. Tuttavia, essa riconosce anche che la maggior parte della dottrina è orientata contrariamente rispetto a tale ipotesi ed esclude un'azione risarcitoria di massa, negando anche la possibilità di ripartire la somma erogata a titolo di risarcimento tra tutti i creditori in regime di parità, poiché, ivi si sostiene che la sussistenza dell'elemento del pregiudizio non potrebbe apprezzarsi se non con riferimento al singolo creditore, così come la dimostrazione del nesso di causalità che non potrebbe esaurirsi nell'accertamento del rapporto di causa-effetto tra finanziamento, ritardo nell'apertura della procedura ed aggravamento del dissesto. In altri termini, una volta ravvisata l'ingiustizia del danno nella lesione alla libertà di iniziativa economica dei creditori danneggiati, sarebbe coerente pretendere da ciascuno di essi la prova che l'accreditamento dell'imprenditore presso le banche è stato tale da indurli in errore; quindi, i creditori posteriori dovrebbero dimostrare che se avessero conosciuto le effettive condizioni economico-finanziarie dell'impresa non avrebbero instaurato il rapporto obbligatorio, ovvero lo avrebbero instaurato con modalità tali da tutelarsi maggiormente. I

[668] VISCUSI A., *Concessione…*, cit., pp. 648 ss.;
[669] VISCUSI A., *Concessione…*, cit., p. 654;

creditori anteriori avrebbero l'onere di provare che se avessero saputo si sarebbero cautelati, ad esempio, richiedendo particolari garanzie all'imprenditore.
La possibilità per il curatore di esercitare l'azione di responsabilità contro l'ente finanziatore sarebbe sostenibile anche con ferimento alle disposizioni del sopra richiamato articolo 146 Legge Fallimentare e dell'articolo 240 Legge Fallimentare che stabilisce che

"Il curatore, il commissario giudiziale e il commissario liquidatore possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati preveduti nel presente titolo, anche contro il fallito.

I creditori possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta quando manca la costituzione del curatore, del commissario giudiziale o del commissario liquidatore o quando intendono far valere un titolo di azione propria personale"

Tale soluzione, per l'Autrice, sembrerebbe adattarsi perfettamente all'obiettivo dell'azione che tende, da un lato, a far valere la violazione di precetti che hanno il loro fondamento nella materia concorsuale e che, perciò, potrebbero trovare applicazione solo in tale sede, e che, dall'altro, è volta a ripristinare l'integrità del patrimonio del fallito, mediante il recupero delle somme di denaro corrispondenti alla dilatazione del *deficit*, nella misura in cui essa sia imputabile alla banca. La seconda finalità, inoltre, spiega anche come mai la somma ricavata dall'azione può essere ripartita secondo i criteri paritari tra tutti coloro che si sono insinuati al passivo.

L'Autrice, inoltre, affrontando il problema relativo al danno, aggiunge che esso potrebbe essere riferito anche ad altri elementi oltre a quello della semplice libertà contrattuale; infatti, essa annovera tra i danni anche quello generale all' integrità della garanzia patrimoniale dei creditori. Quindi si potrebbe ipotizzare che le ragioni dell'ingiustizia del danno vanno ricondotte alla violazione dei precetti posti a tutela della generalità dei creditori dell'imprenditore decotto, particolarmente allo scopo di proteggere l'interesse alla conservazione dei beni sui quali essi confidano ex articolo 2740 c.c. che, com'è noto, stabilisce che:

"Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri"

E da ciò si potrebbe far discendere la conseguenza per la quale la "speranza" eventualmente riposta nella floridità dell'impresa non rientrerebbe nel fondamento giuridico dell'illecito,

poiché, una cosa è ritenere che, in mancanza di un affidamento incolpevole, manchi la lesione ad un interesse meritevole di tutela, altra cosa è dire che il verificarsi del pregiudizio economico passa anche attraverso la dissimulazione dell'insolvenza o del dissesto, che può determinare fiducia riposta dai terzi nel buon andamento dell'attività dell'impresa, così da confermare che la mancata richiesta di fallimento da parte dei creditori terzi non vale sempre e comunque a spezzare il nesso di causalità tra finanziamento abusivo e aggravamento del dissesto. Quindi tale "floridità" dell'impresa potrebbe, al massimo, concorrere a negare che tutti gli operatori in contatto con l'imprenditore poi fallito hanno partecipato in modo egalitario all'aumento del dissesto dell'impresa stessa. Secondo la prospettiva appena enumerata la banca sarebbe, perciò responsabile verso i danneggiati non tanto per averli ingannati bensì per aver attentato all'integrità della loro garanzia patrimoniale, attraverso un comportamento illegittimo. Quindi non sarebbe più necessaria la dimostrazione dell'induzione in errore dei terzi ma solo la prova dell'esistenza di un nesso eziologico tra condotta abusiva e peggioramento delle condizioni economiche del sovvenuto.

In secondo luogo, essa prende in considerazione, in maniera particolare, il profilo civilistico della ingiustizia prevista dall'articolo 2043 c.c.; l'Autrice partendo dalle disposizioni richiamate in altra sede, cioè gli articoli 217 e 218 Legge Fallimentare indica che "gli articoli richiamati assumono rilievo esclusivamente allo scopo di verificare se dalla fattispecie espressamente sanzionata siano desumibili indici che consentano di evidenziare un giudizio dell'ordinamento sul disvalore della condotta considerata"[670]; in altri termini, la Viscusi enuncia le disposizioni penali, in tale sede, solo allo scopo di capire se la condotta posta in essere dalla banca sia da considerarsi ingiusta in quanto contraria rispetto a norme di legge o, comunque, almeno valutabile come riprovevole.
In modo particolare, inoltre, non è necessario, per la giurista, che la condotta commessa sia totalmente assimilabile a quella prevista dalle disposizioni di legge penale, essendo, per l'Autrice, sufficiente con riferimento allo scopo individuato, enucleare dalle norme un principio generale di comportamento protettivo di interessi altrui a carico del soggetto coinvolto. In questo senso, perciò, l'ingiustizia può essere valutata attraverso un "procedimento di semplificazione delle fattispecie legalmente prevedute o represse" poiché "in tali fattispecie taluni elementi […] costituiscono il motivo, la ragione dell'ingiustizia del fatto"[671]; quindi, le norme penali richiamate potranno semplicemente costituire il parametro attraverso il quale si potrà valutare l'ingiustizia del comportamento della banca, che essendo

[670] VISCUSI A., *Concessione…*, cit., p. 669-670;
[671] VISCUSI A., *Concessione…*, cit., p. 670;

rilevante a livello penale potrebbe divenirlo anche ai sensi civili,. La Viscusi fa, a riguardo, un esempio; infatti, essa indica che la norma riferita alla bancarotta semplice sembra consentire, sul piano civilistico, l'affermazione dell'illiceità della condotta della banca che, pur conoscendo o potendo conoscere l'insolvenza dell'imprenditore lo abbia sostenuto finanziariamente, diventando partecipe dell'illecita protrazione dell'attività e del relativo aggravamento del dissesto.
In conclusione, l'Autrice indica che le ragioni dell'ingiustizia del danno sono riconducibili alla violazione di precetti posti, da parte dell'ordinamento, a tutela dell'insieme dei creditori concorsuali e, in particolare, a protezione della loro garanzia patrimoniale e del principio di parità di trattamento. Ecco perché si potrebbe, con ulteriore riferimento all'azione "di massa" dei creditori, individuare un interesse, difeso dalla legge, che non fa capo solo ai singoli soggetti danneggiati bensì al loro insieme inteso impersonalmente. Questo anche perché il danno cagionato dalla concessione abusiva del credito non è direttamente riconducibile al patrimonio dei terzi, bensì è il prodotto indiretto della violazione dell'integrità del patrimonio del debitore, con la conseguenza per la quale esercitare l'azione contro l'ente creditizio significa, concretamente, ripristinare la consistenza della garanzia patrimoniale nella sua totalità o quasi-totalità.

Coevo rispetto al testo della Viscusi è anche l'esame della fattispecie posto in essere da BENEDETTO [672] che si occupa, in primo luogo, di esaminare il carattere dell'antiguiridicità della concessione abusiva del credito posta in essere da parte della banca. Tale carattere antigiuridico si potrebbe, secondo l'Autore, basare sulla violazione sia delle regole di tecnica bancaria sia delle norme di condotta contenute nelle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, che impongono un dovere di diligenza e professionalità nella scelta dei soggetti, sia persone fisiche sia giuridiche, ai quali erogare il credito; sarebbero, perciò, tali regole generali a determinare la punibilità della condotta dell'ente creditizio, in quanto esse consentono di individuare dei fondamentali principi per lo svolgimento dell'attività finanziaria. Le regole alle quali l'Autore fa riferimento non prendono in considerazione, però, le disposizioni dell'articolo 218; infatti, come si è potuto vedere *supra* esso ritiene inopportuna la considerazione, in questo caso, data alla norma relativa al ricorso abusivo al credito allo scopo di fondare la responsabilità della banca, in quanto "la norma mira a reprimere le condotte illecite dell'imprenditore che, dissimulando il proprio dissesto, continua a ricorrere o ricorre al credito. Il richiamo sembra in prima battuta "inconveniente" in quanto

[672] BENEDETTO F., *Osservazioni in tema di erogazione abusiva del credito,* in *Giur. comm.,* 2004, pp. 335 ss.;

la condotta ivi descritta appare lontana dalla condotta comunemente indicata a motivo di illecito per abusiva concessione del credito ; per di più non vi è identità neanche per quanto riguarda il bene tutelato e l'elemento soggettivo"[673] ; è per questo motivo che l'Autore propone l'utilizzo delle disposizioni dell'articolo 217 Legge Fallimentare in luogo delle prime, poiché questo consentirebbe di individuare l'ipotesi di una responsabilità extracontrattuale nei confronti dei creditori dell'imprenditore, quando la banca concorra proprio con quest'ultimo a porre in essere una condotta che integra la fattispecie tipica descritta dalla norma sopra citata.

In relazione al rapporto di causalità, esso individua la necessità della presenza di una diretta correlazione tra il finanziamento erogato, la posticipazione del fallimento e il peggioramento dello stato patrimoniale dell'impresa, per il cui accertamento sono fondamentali delle valutazioni relative al ruolo, che deve essere stato determinante, del fido concesso, poiché il rapporto di causalità può sussistere solo qualora la condotta dell'ente creditizio sia stata tale da indurre in errore concretamente i terzi creditori. Al fine della possibile individuazione del nesso ha una valenza fondamentale, inoltre, la condotta dei creditori stessi, poiché, se essi avevano la possibilità, attraverso il proprio comportamento, di determinare la tempestiva dichiarazione di fallimento, poiché erano a conoscenza delle dissestate condizioni economiche dell'imprenditore, e non l'hanno colta, nell'analisi del collegamento causale sarà possibile eliminare ogni connessione tra il danno e la condotta della banca.

Un altro aspetto che, secondo l'Autore, deve essere oggetto di valutazione è la sussistenza o il porsi in essere, successivamente alla concessione del fido, di cause che hanno o che avrebbero potuto determinare da sole il fallimento dell'imprenditore e che, perciò, potrebbero evidenziare un ruolo solo marginale della banca nel verificarsi dell'evento negativo a livello patrimoniale. Ecco perché, a causa di tutte queste variabili, per l'Autore è fondamentale diversificare le modalità di accertamento della responsabilità della banca caso per caso, in relazione alle singole circostanze concrete.
Inoltre, l'Autore si occupa in modo specifico di distinguere, a seconda dei casi, la responsabilità della banca con riferimento al livello di diligenza richiesto e tenuto dall'ente creditizio stesso. Non sembrano esserci dubbi in merito alla configuarbilità della responsabilità suddetta nel caso in cui l'insolvenza o il dissesto dell'imprenditore fossero, nel momento della conclusione del contratto, assolutamente palesi, in quanto in questo caso, sicuramente, la banca avrebbe potuto sapere che la negativa condizione delle finanze

[673] BENEDETTO F., *Osservazioni…*, cit., p. 335;

dell'impresa era irreversibile, ed avrebbe potuto evitare, perciò, di erogare il credito ritardando ulteriormente la dichiarazione di fallimento. Nel caso in cui, invece, l'imprenditore si trovi in uno stato di crisi finanziaria latente e non evidente, secondo Benedetto, si dovrebbe evitare di sanzionare con troppa severità il comportamento della banca, anche per evitare di scoraggiare le successive iniziative finanziare di questa, condotta che andrebbe non solo a discapito dell'economia generale ma anche a minacciare la sopravvivenza di imprese "regolari" che necessitano di semplici "aiuti" da parte dell'ente finanziatore. Ecco perché l'Autore sostiene che l'istituto di credito dovrebbe, di volta in volta, effettuare delle prognosi relative alla ricuperabilità della crisi dell'impresa, che potrebbero adeguatamente essere poste in essere solo acquisendo tutte le informazioni necessarie (e disponibili) relative al debitore; infatti, l'Autore dichiara che "la colpevolezza dell'istituto di credito ed il conseguente risarcimento del danno nei confronti dei creditori dell'impresa sarà individuato solo nell'ipotesi in cui lo stato di insolvenza al momento della concessione del finanziamento fosse irreversibile e riscontrabile usando la dovuta professionalità"[674].

Infine, Benedetto si occupa di analizzare il tema dell'onere probatorio a carico dei creditori, relativo alla necessità di dimostrare l'esistenza della responsabilità della banca. I creditori hanno, secondo l'Autore, l'obbligo di provare, come prima cosa, che l'impresa, nel momento della concessione o del rinnovo del credito versava in una situazione di chiara insolvenza, tale che nessuna banca che svolgeva la propria attività utilizzando una media diligenza professionale avrebbe potuto considerare opportuna l'approvazione di un finanziamento. In secondo luogo, essi devono dimostrare che loro avevano ignorato l'esistenza dell'insolvenza dell'imprenditore, ovviamente senza colpa, a causa dell'apparente buono stato finanziario che il credito erogato aveva determinato; in altri termini, è necessario che si dimostri che la banca non ha valutato la meritevolezza del credito in modo adeguato, e perlomeno sufficiente, tenendo conto delle procedure predisposte a tale scopo. Se, ovviamente, la banca ha posto in essere tali controlli ma ha, con dolo, concesso comunque il finanziamento, le si potrà attribuire una responsabilità per modificazione delle informazioni fornite dal richiedente il credito oppure per semplice "superficialità".

Un ultimo elemento ivi evidenziato, relativo sempre all'onere probatorio, è quello relativo all'ardua prova dell'entità del danno cagionato da parte della banca, soprattutto con riferimento ai pregiudizi comprendenti un numero abbastanza alto di creditori concorsuali. In questo senso, l'Autore propone la possibilità di applicare le disposizioni dell'articolo 1226 c.c. che, nell'ipotesi in cui il danno non può essere provato nel suo esatto ammontare, rimette

[674] BENEDETTO F., *Osservazioni…*, cit., p. 336;

al giudice la possibilità di liquidarlo con valutazione equitativa. Naturalmente questa eventualità non prescinde dal presupposto di dover provare la sussistenza di un danno, posto che l'incertezza è ancora accettabile con riferimento all'ammontare del pregiudizio ma non alla sua fondamentale esistenza.

Molto più recente è la tesi di PORZIO[675] il quale, al pari dei suoi "predecessori" pone, innanzitutto, la questione in termini generali inquadrando la fattispecie di riferimento.
Il carattere singolare della dissertazione del presente Autore è dato dalla limitazione della possibile individuazione della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito; infatti, esso sottolinea come il problema si pone solamente per i singoli creditori (escludendo, perciò, la riconducibilità alla categoria delle azioni "di massa") dell'imprenditore e per rapporti successivi al comportamento della banca, quindi escludendo la suddivisione precedentemente esaminata tra creditori antecedenti e creditori successivi.
Successivamente esso pone in essere le premesse della questione per le quali, innanzitutto, le banche hanno una funzione fondamentale di monitorizzazione delle imprese e di selezione di quelle meritevoli di ottenere il credito. Questo presupposto servirebbe, a livello concreto, per consentire la migliore allocazione possibile delle risorse finanziarie dell'ente creditizio; tuttavia, secondo l'Autore, soprattutto in relazione agli sviluppi del pensiero dottrinale ed alle forme di evoluzione della legislazione, ci si può riferire, come già detto in precedenza, alle banche come ad un insieme di vere e proprie imprese, alle quali si possono applicare le norme che regolano e delimitano l'attività delle imprese private, con caratterizzazioni che si correlano alle specifiche funzioni svolte dalla banca stessa. Infatti, Porzio indica che "la banca è un imprenditore , che persegue il suo interesse particolare e se ha una funzione è, al più, quella di raccogliere depositi ed investirlo nel modo vantaggioso, anche per garantire ai depositanti al restituzione del denaro che gli è stato affidato"[676].
In un secondo momento, l'Autore si occupa di affrontare, come si è potuto indicare *supra*, il problema dell'applicabilità, in relazione alla fattispecie in esame, delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare; esso, tuttavia, nega tale possibile "utilizzo" allo scopo di sanzionare la responsabilità della banca, poiché sottolinea che il comportamento punito dalla norma richiamata è quello dell'imprenditore che ricorre al credito dissimulando il proprio dissesto o la propria insolvenza, e non quello dell'ente creditizio che si occupa di concedere tale fido. Inoltre, esso specifica che non è reato e, di conseguenza, non è illecito, il comportamento dell'imprenditore che, fornendo corrette informazioni alla banca richieda la

[675] PORZIO M., *L'apertura di credito,* cit., pp. 3-4;
[676] PORZIO M., *L'apertura di credito,* cit., p. 3;

concessione o il mantenimento del credito precedentemente concesso. In modo specifico, perciò, l'Autore non pensa che le imprese in crisi debbano astenersi dal domandare un aiuto finanziario egli enti creditizi, rischiando essere eliminate dal mercato; perciò esso sostiene il carattere fallace dell'affermazione per la quale tali persone giuridiche non sarebbero legittimate ad ottenere ulteriore credito da parte delle banche, soprattutto se tale finanziamento può essere sufficiente a risollevare le sorti della azienda o della società precedentemente incorsa in uno stato crisi.

Porzio, inoltre, pone un quesito, chiedendosi se sia veramente fondamentale ravvisare la presenza di una disposizione di legge che vieti di finanziare un'impresa insolvente allo scopo di imputare l'ente creditizio per concessione abusiva del credito. Secondo il suo orientamento questo sarebbe da escludersi, in quanto le disposizioni dell'articolo 2043 c.c., che puniscono chi abbia cagionato ad altri un danno ingiusto, sono autonome e "primarie"; tale orientamento ha avuto origine, in realtà, all'interno di una "famosa" sentenza della Corte di Cassazione, la n. 500 del 22 luglio 1999 [677], all'interno della quale le Sezioni Unite hanno cambiato il proprio orientamento in merito al problema della limitata applicabilità delle disposizioni dell'articolo 2043 c.c.. Infatti, gli stessi giudici della Suprema Corte, in tale occasione, si sono occupati di sottolineare come, in relazione al tema in esame nell'aula della Cassazione, ossia quello della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione, "E' noto che questa S.C., con giurisprudenza definita dalla dottrina "monolitica" o addirittura "pietrificata", è costante da vari decenni nel fornire una risposta sostanzialmente negativa al quesito"; ed è stato proprio per tale consapevolezza che in tale pronuncia si legge che "Ritengono tuttavia queste S.U. di dover riconsiderare il proprio orientamento" con riferimento ad alcune specifiche motivazioni, quali: "a) il radicale dissenso sempre manifestato dalla quasi unanime dottrina, che ha criticato i presupposti dell'affermazione, individuati nella tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. e denunciato come iniqua la sostanziale immunità della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica che essa determina; b) il progressivo formarsi di una giurisprudenza di legittimità volta ad ampliare l'area della risarcibilità ex art. 2043 c.c., sia nei rapporti tra privati, incrementando il novero delle posizioni tutelabili, che nei rapporti tra privati e P.A., valorizzando il nesso tra interesse legittimo ed interesse materiale sottostante (elevato ad interesse direttamente tutelato); c) le perplessità più volte espresse dalla Corte costituzionale circa l'adeguatezza della tradizionale soluzione fornita all'arduo problema (sent. n. 35/1980; ord. n. 165/1998); d) gli interventi legislativi di segno opposto alla irrisarcibilità, culminati nel d.lgs. n. 80 del 1998, che, nell'operare una cospicua ridistribuzione della

[677] Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n° 500/1999, del 22 luglio 1999, in *Foro It.*, 1999, I, pp. 2487 ss.;

competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base al criterio della giurisdizione esclusiva per materia, ha attribuito in significativi settori al giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva (comprensiva, quindi, delle questioni concernenti interessi legittimi e diritti soggettivi), il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del "danno ingiusto""; all'interno della pronuncia si effettuava un *excursus* relativo al progressivo "cambiamento di rotta" della giurisprudenza, volto a determinare una graduale apertura verso l'affermazione di una sempre più ampia applicazione delle disposizioni sopra indicate. In modo particolare, infatti, originariamente la lettura che si dava del contenuto dell'articolo 2043 era limitata in quanto si consentiva di interpretare il c.d. "danno ingiusto" solo in riferimento alla violazione di un diritto soggettivo; tuttavia, se *ab origine* tale restrizione poteva essere accettabile, successivamente, per stessa dichiarazione della Corte, ci si accorse che "una siffatta isola di immunità e di privilegio, va ancora rilevato, mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia". Ecco perché le Sezioni Unite cercavano, proprio nella pronuncia in esame, di superare i "confini" della precedente limitazione, affermando, proprio in relazione alla non-necessità di prevedere la presenza di una norma di legge che esplicitamente vieti un particolare comportamento, che "L'area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento" con la conseguenza per la quale "la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante". Un altro principio fondamentale che la Corte si era occupata di enunciare in tale occasione riguardava il tema della rilevanza giuridica dell'interesse o del diritto da tutelarsi; infatti, si riconosceva che spesso tale rilievo non era, in molti casi, determinabile a priori; in ragione di una siffatta situazione, perciò la Cassazione indicava che "caratteristica del fatto illecito

delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione".

In definitiva, perciò, la Cassazione si occupava ivi di dimostrare come anche interessi apparente non meritevoli di tutela, in quanto non immediatamente correlabili ad una specifica disposizione legislativa, potevano essere tutelati, nella loro violazione, attraverso l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 2043 c.c., sempre e solo qualora avessero (ed oggi, abbiano) quelle caratteristiche ritenute necessarie per definire "meritevole di tutela" una posizione giuridica soggettiva. Ritornando, perciò, alla dissertazione di Porzio, si può ora comprendere il motivo per il quale esso parla di una norma primaria per quanto riguarda il contenuto dell'articolo 2043 c.c.. Ovviamente, esso specifica anche la necessità di ottenere la prova perlomeno della colpa del soggetto agente per poter sanzionare il comportamento qui richiamato, ma indica anche che i principi enunciati dalla Cassazione aprono la strada all'azione di risarcimento dei creditori anche senza ricorrere alla disposizione dell'articolo 218 Legge Fallimentare; in modo particolare, infatti, esso dichiara che non si può negare che un comportamento dell'istituto di credito non rispettoso delle regole tecniche e di buona gestione nella erogazione, (e successiva amministrazione), del credito potrebbe costituire un fatto doloso o colposo produttivo di responsabilità. Perciò esso conclude dicendo che "se una banca concede credito od omette di revocarlo, violando le regole di corretta gestione del credito stesso, cioè comportandosi per colpa o dolo […] diversamente da quanto deve fare un

banchiere avveduto, potrà essere responsabile verso tutti i danneggiati ed in particolare anche verso i creditori del cliente" sempre se tali soggetti siano in grado di dimostrare l'esistenza del nesso di causalità intercorrente tra il comportamento della banca e la loro "perdita di *chances*" nel recupero del credito concesso all'impresa risultata essere insolvente.

Sino a questo punto si sono potuti notare i differenti orientamenti della dottrina in relazione alla questione in esame; per completare l'analisi del presente problema si possono citare, perciò, le tesi espresse a riguardo da parte della giurisprudenza di Cassazione, anche se essa non è particolarmente "florida" sul punto.

All'interno delle sentenze più recenti della Suprema Corte si affrontano i temi più importanti già presi in considerazione dalla dottrina nell'esame della questione presente, quali la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione, la natura della responsabilità della banca e le differenti casistiche che vi possono rientrare.

In una sentenza del 2000 [678] la Corte ritiene non presente la responsabilità extracontrattuale della banca, in relazione alla mancanza dell'obbligo di effettuare particolari controlli in relazione ai soggetti con i quali entra in rapporto; infatti, in tale pronuncia si indica che "nel caso di specie la controversia non riguarda l'inadempimento di un'obbligazione cartolare, ma la pretesa responsabilità della banca per aver consentito allo Scoppio di incassare gli assegni: trattasi, cioè, di responsabilità extracontrattuale, in relazione alla quale non v'è ragione per impedire a chi assume di essere titolare del diritto di provarlo con mezzi idonei, tra i quali vanno ricompresi documenti comprovanti che all'intestazione del titolo corrisponde il soggetto che agisce in giudizio per far valere la responsabilità aquiliana della banca. […] quand'anche la Principe di San Daniele avesse dimostrato di essere la beneficiaria degli assegni in questione, qualsiasi responsabilità della banca sarebbe rimasta comunque esclusa sulla base delle stesse ragioni per le quali detta responsabilità non è configurabile per l'assegno di L. 921.804, ossia l'inesistenza di un obbligo di verificare la validità sostanziale e l'autenticità delle singole girate e, soprattutto, la non discussa ed accertata conformità dell'ultima firma di girata (quello dello Scoppio) allo "specimen" posseduto dalla banca medesima".

All'interno di una successiva sentenza[679], la Corte si adopera allo scopo di costituire un esame complessivo della fattispecie in analisi; infatti, essa consente di delineare bene gli elementi costitutivi della concessione abusiva del credito, occupandosi, per prima cosa, del problema dell'individuazione del foro competente, che viene risolto stabilendo che "Il criterio da

[678] Cassazione civile, Sezione I, 5 maggio 2000, n. 5641;
[679] Cassazione civile (ordinanza), 9 ottobre 2001, n. 12368;

adottare, trattandosi di obbligazione risarcitoria da illecito extracontrattuale, è quello, (enunciato da questa Corte nelle sentenze n. 5625 del 1989 e n. 6381 del 1991, ma vedi già le sentenze n. 570 del 1976 e n. 2238 del 1957) secondo il quale "l'obbligazione per responsabilità extracontrattuale sorge nel luogo in cui si verifica il fatto produttivo del danno, riconducendosi alla nozione di tale fatto, oltre al comportamento illecito, anche l'evento dannoso che ne deriva, con la conseguenza che, in difetto di coincidenza territoriale dell'uno e dell'altro, il 'forum commissi delicti', ai sensi e per gli effetti dell'art. 20 c.p.c. deve essere individuato con riguardo al luogo in cui detto evento si è verificato" e con ulteriore specificazione relativa al danno cagionato si considera anche il luogo nel quale la fattispecie si ritiene integrata, poiché la Corte specifica che "il danno subito dai creditori, ossia l'evento dannoso, prende corpo, si materializza, nel luogo in cui si verifica quell'aggravamento del dissesto economico dell'impresa, artificiosamente tenuta in vita, ossia in quel luogo dov'è la sede dell'impresa, intesa come il luogo di svolgimento della sua attività economica e come il centro dei suoi rapporti economici e giuridici, che è dunque il luogo in cui producono concreti effetti dannosi la protrazione abusiva del credito bancario, l'artificiosa tenuta in vista dell'impresa e il conseguente ritardo nella dichiarazione di fallimento del debitore - fatto quest'ultimo, evidentemente, già di per sé solo pregiudizievole rispetto alla garanzia costituita dalla consistenza del patrimonio del debitore e alla conservazione della "par condicio creditorum" - (e che è anche il luogo in cui tale abnorme situazione di perdurante insolvenza troverà la sua definitiva e formale sanzione nella dichiarazione di fallimento, ex art. 9 l.f.)."

Il fatto dannoso viene successivamente specificato nel suo contenuto all'interno della medesima pronuncia, poiché la Suprema Corte indica che "il fatto produttivo di danno è stato identificato dagli stessi attori, oltre che dalla sentenza, nel complesso delle deliberazioni e operazioni bancarie finalizzate all'artificioso "salvataggio" della S.n.c. Casillo Grani"; inoltre, all'interno della sentenza si nega, tra le altre cose, la rilevanza ai sensi della applicabilità delle disposizioni sanzionatorie della declaratoria di fallimento, in quanto si specifica che "essendo la dichiarazione di fallimento un fatto estraneo alla struttura dell'evento di danno".

Infine, è necessario sottolineare come la Cassazione, in tale occasione, si sia occupata anche di specificare che "L'azione di risarcimento del danno extracontrattuale promossa dalla curatela fallimentare in relazione alla fattispecie di concessione abusiva del credito , non è un'azione di massa e non appartiene quindi alla competenza del tribunale fallimentare" escludendo, perciò, anche la competenza del curatore fallimentare al fine di esercitare tale tipo di azione, attraverso una successiva specificazione per la quale "l'azione in discorso non può essere definitiva come "azione di massa" già solo per la considerazione che il danneggiato

dall'abusiva concessione del credito non può, in via generale e di principio e in relazione alla struttura dell'illecito in questione, identificarsi con la totalità dei creditori, ossia con il ceto creditorio della procedura concorsuale (del quale, come la dottrina sul tema ha rilevato, è partecipe, di regola, anche, in quanto creditore, quel banchiere al quale viene imputato e addebitato il comportamento lesivo, ossia l'abuso nella concessione del credito), ma si identifica, invece, con ciascuno dei creditori rispetto ai quali tutte le componenti dell'illecito saranno da verificare"; quindi anche in relazione al danno che può essere stato cagionato la pronuncia vede la precisazione per la quale è necessario effettuare una valutazione del pregiudizio arrecato al singolo creditore e non alla intera "massa" di soggetti danneggiati.

Gli stessi principi evidenziati da ultimo sono stati ribaditi in una successiva sentenza del 2003[680], nella quale la Corte ha indicato che "L'azione proposta dal curatore fallimentare per far valere la responsabilità delle banche per concessione " abusiva " di credito all'imprenditore fallito non rientra nella competenza funzionale del tribunale fallimentare". Tuttavia, come si può notare la Cassazione, in tale occasione, sembra aver consentito al curatore, la possibilità di agire in giudizio per far valere la responsabilità dell'ente creditizio. Tutte le pronunce appena citate, ovviamente, sono precedenti rispetto alla riforma relativa alla fattispecie di ricorso abusivo al credito.

Vi è, infine, una serie di sentenze assimilabili tra loro, emesse nel marzo del 2006 [681], all'interno delle quali si effettua una "panoramica" relativa alla fattispecie in esame. Infatti, ci si occupa, in primo luogo, di porre in essere una specificazione riferita alla natura della responsabilità, e della relativa azione, della banca, indicando che "Va […] osservato che il danno da abuso di credito cagionato nei confronti dei terzi, creditori inclusi, ha natura aquiliana. Esso è il pregiudizio che segue alla insufficienza del riparto, pur dopo l'esperimento delle azioni esecutive. Esso, diversamente dalla diminuzione che subisce il patrimonio del creditore per effetto dell'inadempimento, risale anche alla attività di un soggetto diverso dall'inadempiente, e richiede per il suo accertamento, prima ancora che per la sua liquidazione, l'esperimento delle azioni, per l'appunto di massa, che tendono alla conservazione della garanzia generica. Consegue che le due responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, risalgono a fatti pregiudizievoli distinti ed autonomi, i quali possono dare luogo a distinti eventi dannosi".

Successivamente si prende in considerazione il problema della legittimazione del curatore e della natura collettiva del danno cagionato, dal quale può dipendere la possibilità di

[680] Cassazione civile , sezione I, 19 settembre 2003 , n. 13934;

[681] Ossia le sentenze: Cassazione civile , sezioni unite, 28 marzo 2006 , n. 7029; Cassazione civile , sezioni unite, 28 marzo 2006 , n. 7030; Cassazione civile , sezioni unite, 28 marzo 2006 , n. 7031;

perseguire la responsabilità della banca con una azione di massa. In modo particolare si indica che “in via di principio non si può ritenere, come sembra presupporre la ricorrente, che nel sistema fallimentare il curatore sia titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori, indistinto e generalizzato. Il sistema piuttosto prevede che la funzione del curatore sia diretta a conservare il patrimonio del debitore, garanzia del diritto del creditore, attraverso l'esercizio delle cosiddette azioni di massa, dirette ad ottenere, nell'interesse del creditore, la ricostituzione del patrimonio predetto, come avviene per l'appunto attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie e surrogatorie. Tale principio peraltro non è assoluto come ancora pare ritenere il ricorrente, ma va armonizzato con quello secondo il quale siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 2449c.c.. Il quesito sottoposto alla Corte è dunque se la azione di danno da abusiva concessione di credito possa essere ritenuta azione di massa, nel senso precisato, con conseguente legittimazione attiva del curatore fallimentare. La risposta, deve essere negativa. L'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto.
Non appartiene a tale novero di azioni ogni pretesa che richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori. Nè vi appartiene ogni azione che, per quanto diffusa possa essere una specifica pretesa, necessita pur sempre dell'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento, non essendo sufficiente ad assicurarne l'eventuale beneficio la mera appartenenza ad un ceto.
Va dunque […] rilevato che l'azione risarcitoria di cui si tratta nella sua ontologia costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, analogamente alle azioni che traggono origine da atti degli amministratori della società fallita che danneggiano il terzo, ai sensi dell'art. 2395 c.c.. Il danno che deriva da siffatta attività andrà, comunque, caso per caso valutato nella sua esistenza e nella sua entità, essendo ben ipotizzabile che creditori che pur hanno diritto di partecipare al riparto non hanno titolo per il risarcimento di cui si tratta, non avendo ricevuto danno dalla continuazione della attività di impresa”; in altri termini, dopo una introduzione relativa ai caratteri delle azioni di massa, la Corte esclude questa possibilità con riferimento alla situazione in esame, ossia alla tutela esercitata contro l’ente creditizio per

concessione abusiva del credito, non ravvisando la vigenza dei necessari elementi volti a determinare l'inquadramento del caso specifico all'interno della generale categoria delle azioni "collettive".

Infine, è necessario sottolineare che un commento a tali sentenze è stato posto in essere da INZITARI [682], il quale specifica che l'esclusione della possibile legittimazione del curatore viene determinata dal fatto per il quale il giudice di legittimità ha ritenuto di poter esaminare la ipotesi di tale attività di curatela, solo con riferimento alla fattispecie concreta contenuta all'interno della domanda giudiziale. Infatti, l'Autore non è d'accordo con l'esclusione di tale possibilità che si basa sul presupposto per il quale si potrebbe riconoscere il potere di sostituzione rispetto ai creditori solo nelle ipotesi previste dell'articolo 2394 c.c., dalla norma dell'articolo 146 Legge Fallimentare e dal successivo articolo 240 della medesima legge. Esso, inoltre, indica che "si è detto a questo proposito che la legittimazione del curatore a tale azione troverebbe ostacolo nel fatto che il pregiudizio che verrebbe fatto valere non potrebbe essere configurato quale pregiudizio alla massa, e questo in quanto il curatore non potrebbe far valere la sommatoria di tutti i pregiudizi singolarmente subiti da ciascuno dei creditori del debitore insolvente"[683]. L'Autore, tuttavia, sostiene che le tesi tendenti ad escludere la legittimazione del curatore in base al fatto per il quale tale soggetto farebbe valere, non potendo, la sommatoria dei pregiudizi subiti dai creditori, si basa su un fraintendimento dell'oggetto e del contenuto dell'azione per concessione abusiva del credito, poiché se si dovesse interpretare l'azione come uno strumento volto alla rimozione di un pregiudizio strettamente soggettivo ed individualistico di ciascun creditore, allora sì che il suo esercizio risulterebbe incompatibile con le competenze riconosciute al curatore. Per questo per Inzitari è necessario distinguere tra il pregiudizio che colpisce la singola sfera individuale di ciascun creditore, e quello relativo alla collettività di soggetti danneggiati dall'attività posta in essere dalla banca. Infatti, relativamente al singolo pregiudizio è necessario dimostrare il danno specifico cagionato, mentre con riferimento all'azione aquiliana fatta valere nel fallimento, si può prendere in considerazione il danno che investe indistintamente i differenti creditori. Relativamente a tale presupposto, perciò, l'Autore esclude anche la possibile configurabilità della distinzione tra le categorie di creditori, ossia la differenza tra coloro che sono intervenuti precedentemente alla concessione abusiva del credito e coloro che, invece, sono "entrati in scena" solo successivamente, in quanto essi sarebbero tutti destinatari della medesima

[682] INZITARI B., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in www.appinter.csm.it, 2007, pp. 3 ss.;
[683] INZITARI B., *L'abusiva…*, cit., pp. 11-12;

tipologia di danno, individuata nella sopravvenuta inidoneità o assottigliamento della garanzia offerta dal patrimonio del debitore. È quindi la natura del pregiudizio subito da tutti i creditori concorrenti che non consente di individuare una distinzione tra le tipologie di soggetti danneggiati che parteciperanno, perciò, in maniera paritaria al concorso; questo presupposto consente di evitare le fondamentali discrepanze tra le differenti tipologie danneggiati e, di conseguenza, non consente di interpretare la lesione della suddetta garanzia patrimoniale alla stregua della sommatoria dei pregiudizi patiti dai singoli creditori; in modo particolare, infatti, non si tratta, in questo caso, di far valere il complesso delle voci di danno e pregiudizio determinate nei confronti dei singoli soggetti sottoposti alla perdita del credito, bensì di consentire al curatore di stabilire quanto l'esposizione debitoria sorta successivamente all'erogazione del credito abbia pregiudicato il patrimonio del debitore stesso, aggiungendo nuove voci passive, e quanto tale pregiudizio abbia inciso sulle modalità operative della garanzia patrimoniale offerta ai creditori terzi.
Ecco che, perciò, il ruolo del curatore può essere affermato come fondamentale anche in relazione all'esercizio di tale fondamentale azione contro la banca.

iii. In particolare: la responsabilità della banca per interruzione del rapporto contrattuale

La dottrina si è occupata, in breve, anche di un tema collaterale rispetto a quello appena affrontato, ossia della fattispecie della interruzione del rapporto di credito posta in essere da parte della banca.
Già a partire dagli anni Ottanta la questione esaminata aveva acquisito specifici contorni; ciò viene rilevato, ad esempio, da GALGANO[684] il quale inizia la propria trattazione considerando una sentenza del Tribunale di Roma, in modo particolare del 28 febbraio 1983 [685], nella quale i giudici censurano l'inatteso comportamento della banca che, dopo aver elargito largamente il credito, ha improvvisamente esercitato il diritto di recesso, obbligando immediatamente il cliente a restituire le somme di denaro prestate. In relazione alla fattispecie esaminata, Galgano esclude l'eventuali censure determinabili a riguardo, riferite al fatto che, paventandosi una tale reazione da parte dei giudici, viene impedito alla banca di esercitare il fondamentale diritto, riconosciuto esplicitamente dalla legge, di recedere *ad nutum* dall'apertura di credito costituita a tempo indeterminato, in quanto, secondo l'Autore, è necessario in ogni caso effettuare una distinzione fondamentale tra esercizio del diritto e

[684] GALGANO F., *Civile e penale…*, cit., pp. 17 ss.;
[685] Pubblicata in *Foro it.*, 1984, I, c. 1986;

abuso dello stesso, poiché il secondo tipo di comportamento, consistente nella "messa in opera" di un diritto o di una facoltà in modo da ledere le libertà o i diritti di altri soggetti, ovviamente, viene direttamente censurato da parte della legge; in altri termini, per l'Autore non si dovrebbe porre il problema relativo alla limitazione eccessiva delle facoltà della banca, in quanto, in ogni caso, sarebbe possibile distinguere i comportamenti corretti da quelli assolutamente abusivi.

Inoltre, l'Autore sottolinea che, ulteriormente, si potrebbe sanzionare il comportamento sopra descritto facendo riferimento ad una fattispecie di violazione della clausola generale relativa alla buona fede nell'esecuzione del contratto. In modo particolare, esso si riferisce sempre alla citata pronuncia, all'interno della quale il Tribunale indica come rilevanti due circostanze di fatto ed un particolare dato di esperienza; *in primis* si indica che, nel caso concreto, non era intervenuto nessun mutamento nella situazione economica dell'impresa finanziata, tale, perlomeno, da giustificare il repentino recesso dell'ente creditizio; in secondo luogo, si sottolinea che fra le differenti banche che finanziavano l'impresa, quella che aveva esercitato il diritto di recesso era la sola creditrice che, successivamente ad una copiosa elargizione, ha ritenuto nel suo interesse determinare la revoca tale credito, valutando come necessaria l'immediata restituzione di centinaia di miliardi erogati senza particolari cautele. Infine, il Tribunale indica che, a livello di "esperienza" si può constatare che "non esiste imprenditore […] capace di fronteggiare immediatamente, e con mezzi liquidi, tutte le passività su di esso gravanti, nell'ipotetica eventualità che, in un dato momento della sua attività, di esse venisse preteso il soddisfacimento in un unico contesto temporale"; in altri termini, i giudici hanno l'obiettivo di dare rilievo all'impossibilità, per la totalità delle imprese, di soddisfare tutte insieme, attraverso un unitario versamento di denaro, le pretese dei propri creditori, costituenti gravi passività per un'azienda. Ecco perché l'Autore in relazione al caso concreto sottolinea che la banca aveva abusato del diritto di recesso, esercitandolo in contrasto con il principio di buona fede contrattuale, pur sapendo che avrebbe, con la propria condotta, creato danni presso il soggetto debitore; pur sussistendo questo comportamento negativo dell'ente creditizio, tuttavia, Galgano riconosce che, sino all'epoca nella quale scrive (cioè il finire degli anni Ottanta) non vi erano state sentenze che si fossero occupate di censurare tale comportamento degli istituti di credito. Ma questo non accadeva perché le banche italiane erano corrette e tenevano, sempre e comunque, un comportamento assolutamente ineccepibile, bensì perché "in casi del genere le nostre imprese, e i loro legali, si sono ritenuti inermi di fronte all'arbitrario comportamento della banca, consapevoli della limitata propensione dei nostri giudici […] all'applicazione delle clausole generali dell'abuso del

diritto o della buona fede contrattuale"[686]; in altre parole, la parte danneggiata essendo consapevole delle limitate possibilità di ottenere il riconoscimento dei propri diritti, spesso decideva di lasciar perdere e di non intentare una causa contro la banca.
Quindi, in conclusione, l'Autore auspica un mutamento "di rotta" e un accoglimento dell'orientamento dottrinale volto ad ammettere anche in questo caso l'esistenza di una responsabilità della banca.

Gli anni Novanta hanno visto un ulteriore sviluppo della dottrina in relazione al tema in esame; prova ne è, innanzitutto, il testo di MONATERI[687]il quale, partendo da considerazioni generali, si occupa di affrontare successivamente il presente problema.
Infatti, esso inizia la propria dissertazione constatando che l'attività bancaria può essere considerata un'attività professionale dalla quale possono derivare differenti tipologie di responsabilità, che comprendono sia gli illeciti meramente economici, sia le violazioni ai doveri di protezione predisposti per gli istituti di credito a favore dei propri clienti.
Successivamente esso si occupa di dichiarare la propria adesione all'orientamento per il quale si potrebbe prospettare una responsabilità dell'ente creditizio nel caso di interruzione "brutale" o comunque "abusiva" del credito, poiché la banca è destinataria di un dovere generale, individuato allo scopo di tutelare l'equilibrio del sistema finanziario, di protezione e correttezza nei confronti delle vittime potenziali del suo operato. Ecco perché, anche in questo caso, la condotta abusiva posta in essere deve essere sanzionata attraverso l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 2043 c.c.; in altri termini, l'Autore ravvede, anche nel caso di brusca interruzione del rapporto creditizio, la presenza di una violazione, da parte della banca, del principio del *neminem laedere* che consentirebbe, in definitiva, di sanzionare la sua responsabilità al pari di quanto avviene anche nel caso di concessione abusiva del credito.

Coeva rispetto al testo di Monateri è anche l'esposizione della tesi di ANELLI [688]a riguardo. L'Autore si occupa, come prima cosa, di delineare i contorni fondamentali della fattispecie esaminata, indicando che "la banca risponde dei danni quando abbia, improvvisamente e senza motivazione, revocato l'affidamento, rifiutando di erogare ulteriori fondi e imponendo al cliente di ripianare prontamente l'esposizione debitoria accumulata fino a quel momento"[689]; tale responsabilità viene evidenziata dall'Autore insieme alla sua principale

[686] GALGANO F., *Civile e penale…*, cit., p. 19;
[687] MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in (diretto da) SACCO R., *Trattato di diritto civile*, 1998, Torino, UTET, pp. 789-791;
[688] ANELLI F., *La responsabilità…*, cit., pp. 138 ss.;
[689] ANELLI F., *La responsabilità…*, cit., p. 138;

giustificazione, rappresentata dal fatto che la brusca interruzione del credito può facilmente condurre l'impresa al fallimento. Allo scopo di inquadrare meglio la fattispecie l'Autore richiama la disposizione di legge che si occupa di individuare le regole per l'apertura di credito a tempo indeterminato; infatti, esso si riferisce all'articolo 1845 c.c. che, al comma terzo, prevede che:

"se l'apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni"

Tuttavia, Anelli sottolinea il carattere derogabile delle disposizioni contenute all'interno del citato articolo; esse, infatti, sono eludibili attraverso la predisposizione di differenti previsioni contrattuali che possono stabilire, ad esempio, la facoltà per la banca di recedere repentinamente dal contratto, obbligando il debitore a restituire tutte le somme di denaro prestate, anche immediatamente o entro il giorno successivo rispetto a quello della richiesta. L'Autore, inoltre, specifica che in questo caso non si può ritrovare alcuno strumento legale di protezione degli imprenditori nel caso di improvviso recesso della banca; infatti, le critiche al comportamento dell'ente creditizio, come si è potuto notare, provengono principalmente dalla dottrina e limitatamente dalla giurisprudenza, ma non sono supportate ed integrate all'interno delle norme legislative. In modo particolare, Anelli prende in considerazione una pronuncia della Cassazione[690] nella quale si afferma l'illegittimità del recesso realizzato con modalità tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca e all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto.

Ritornando al tema generale, l'Autore si occupa poi di individuare le caratteristiche e la natura della responsabilità della banca che esso definisce "contrattuale", in quanto derivante dalla violazione, da parte dell'istituto di credito, di un dovere di correttezza che fa da corollario agli

[690] Cassazione civile, 21 maggio 1997, n. 4538, in *Banca, borsa, tit. cred*, 1997, II, p. 648; precedente rispetto ad essa, ma pur orientata a determinare la rilevanza della responsabilità della banca è la sentenza di Cassazione civile, 11 marzo 1992, n. 2915, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, II, p. 353 nella quale si afferma la responsabilità della banca che, dopo aver pagato a lungo ed in modo "stabile" assegni emessi dal cliente oltre il limite dell'affidamento, aveva rifiutato di pagarne uno, provocando il relativo protesto; nello stesso senso, in relazione alla possibilità di identificare una distinzione tra un comportamento di mera tolleranza della banca rispetto ai comportamenti del cliente e una condotta che, in relazione alla reiterazione e alla frequenza degli sconfinamenti tollerati, poteva determinare la presenza della volontà della banca di modificare implicitamente i precedenti termini contrattuali, si vedano le sentenze di: Cassazione civile, 5 dicembre 1992, n. 12947, in *Fall.*, 1993, p. 587; Cassazione civile, 23 giugno 1994, n. 6301, in *Fall.*, 1995, p. 61; in senso contrario, invece, altre sentenze nelle quali si afferma che il pagamento di assegni allo scoperto, anche se ripetuto, deve essere considerato come frutto di mera tolleranza, inidonea a vincolare giuridicamente il banchiere per il futuro; tali sentenze sono, però, antecedenti rispetto a quelle citate in precedenza: Cassazione civile, 4 luglio 1985, n. 4022, in *Giur. Comm.*, 1986, II, p. 6; Cassazione civile 21 marzo 1991, n. 3060, in *Dir. Fall.*, 1992, p. 912;

obblighi direttamente desumibili dal contenuto dell'accordo stipulato col cliente. Quindi, la responsabilità per la brusca interruzione del rapporto di credito ha contorni differenti rispetto a quella proveniente dall'erogazione abusiva del credito, poiché quest'ultima si costituisce nei confronti di terzi estranei rispetto al rapporto contrattuale tra la banca e il cliente, differentemente da quella ivi in esame che si connota per la sua incidenza interna rispetto al rapporto di credito costituito.

Più di recente si è occupato del problema in esame anche INZITARI [691]; esso inizia la propria trattazione delineando l'insieme di regole che disciplinano l'apertura di credito all'interno del codice civile; in modo particolare, esso evidenzia che anche se tali regole consentono all'ente creditizio di recedere dal contratto, limitano l'operatività del recesso ai casi di presenza di una giusta causa. Esso, inoltre, sottolinea che il legislatore, conscio delle difficoltà e dei pregiudizi che può arrecare al sovvenuto la restituzione, repentina e inaspettata, delle somme utilizzate, stabilisce al secondo comma dell'articolo 1845 c.c. che

"il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori"

Con la possibilità, per il terzo comma, di modificare le modalità di recesso attraverso l'accordo contrattuale tra le parti. Inoltre, esso ricorda come sia noto che nella pratica i rapporti tra la banca e il cliente possono essere differenti, anche in ragione delle disposizioni del primo comma della norma richiamata che si occupa di stabilire che

"la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine se non per giusta causa"

Ma sempre "salvo patto contrario"; tale clausola, com'è ovvio, consente di mutare notevolmente i rapporti contrattuali nell'apertura di credito e nella concessione di fido, soprattutto tenendo conto della posizione di maggior potere ricoperta dalla banca, che le conferisce l'opportunità di imporre molte postille al cliente che accetta pur di ottenere la somma di denaro o la dilazione. Inoltre, l'Autore individua, in questo caso, qualora l'apertura di credito sia stata stipulata a tempo determinato, la possibilità, per la banca, di recedere dal

[691] INZITARI B., *Le responsabilità della banca,* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, pp. 277 ss.;

contratto in qualsiasi momento, anche con comunicazione verbale e con l'obbligo del correntista di restituire immediatamente le somme con un preavviso che può essere anche solo di un giorno.

Le conseguenze di tali disparità, e dei comportamenti che esse consentono soprattutto alla banca, si riversano nei confronti di entrambe le parti; l'ente creditizio corre il rischio di vedere precipitare la propria reputazione e la propria affidabilità, con la successiva conseguenza di notare una diminuzione della clientela, soprattutto di quella più importante formata dagli stessi imprenditori; inoltre, se il debitore danneggiato riesce a dimostrare l'esistenza del rapporto di causalità tra la condotta della banca e il proprio dissesto o, addirittura, il fallimento, può consentire l'applicabilità di sanzioni, relative ai danni cagionati da parte della stessa; così, l'ente creditizio rischia anche di incorrere nella applicazione di pene nel caso in cui con la sua condotta abbia cagionato pregiudizio nei confronti dei terzi creditori dell'imprenditore, potendo essere perseguito per la propria responsabilità extracontrattuale. Di contro, l'imprenditore può vedere talmente pregiudicate le proprie finanze da rischiare la crisi o il dissesto della propria impresa, elementi che possono, ulteriormente, lasciare insoddisfatti non solo i terzi creditori, ma anche la stessa banca, in quanto considerabile essa stessa creditrice concorrente.

Per questo motivo l'Autore, come farà qualche anno dopo la Viscusi, ravvede la possibile intersezione, e talvolta un rapporto di causa-effetto, tra la fattispecie della concessione abusiva del credito e quella della brutale interruzione del rapporto di credito da parte della banca.

Pochi anni dopo rispetto all'analisi di Inzitari, il problema in esame è stato nuovamente affrontato, come si può rilevare grazie all'esame del testo della VISCUSI [692]la quale, si occupa, come prima cosa, di individuare le caratteristiche principali della fattispecie che presuppone, secondo l'Autrice, una incongrua, arbitraria e intempestiva conclusione del rapporto di credito precedentemente costituito con il soggetto debitore. Si possono annoverare all'interno di tale insieme di comportamenti le casistiche, ad esempio, relative al rifiuto di instaurare, *ex novo,* il rapporto di credito, la mancata disponibilità rispetto alla richiesta di adeguare il finanziamento alle esigenze del cliente, l'improvviso richiamo all'osservanza dei limiti dell'affidamento che faccia seguito ad una prolungata condiscendenza relativa ai frequenti e non insignificanti sconfinamenti mai fatti seguire da diffide, ovvero il rifiuto di pagare una cambiale o un assegno per il superamento dei limiti del fido quando ciò appaia

[692] VISCUSI A., *Responsabilità della banca nella concessione del credito,* Milano, Giuffré, 2004, pp. 6 ss.;

ingiustificato in relazione al comportamento usuale della banca, o ancora l'immotivata e brusca interruzione della prassi di concedere l'immediata disponibilità degli assegni e così via.

In relazione a tali casi, nella loro generalità, l'Autrice ha quindi modo di individuare un problema relativo alla configurazione della responsabilità della banca già per il periodo temporale antecedente rispetto al momento nel quale l'imprenditore diventa cliente della stessa, perché, ad esempio, il carattere illegittimo della condotta può riferirsi al rifiuto, non supportato da particolari giustificazioni, di costituire una nuova apertura di credito a favore del richiedente. Tuttavia, la Viscusi prende in considerazione anche un eventuale possibile esclusione, in alcuni casi, di tale forma di responsabilità; infatti, essa indica che una volta riconosciuta ed individuata la natura di attività di impresa privata in relazione all'erogazione del credito, non si potrebbe configurare un obbligo a contrarre per la banca, o comunque una possibile sanzione nel caso di mancata concessione del credito, considerata, perlomeno, a livello oggettivo; in modo particolare, l'Autrice sottolinea, per questa fattispecie, l'inapplicabilità delle disposizioni dell'articolo 1679 c.c. [693] e di quelle dell'articolo 2597 c.c. [694] che, per converso, limitano fortemente la libertà contrattuale dell'impresa e dell'imprenditore.

L'Autrice specifica, inoltre, che per giungere ad una differente conclusione si dovrebbe mettere in discussione l'autonomia negoziale e la discrezionalità di cui gode il banchiere-imprenditore, in contrasto con chiari indici opposti rispetto a tale tipo di indicazione. Tutte queste premesse, tuttavia, non escludono totalmente la possibile applicabilità di sanzioni nel caso di rifiuto ingiustificato relativo all'instaurazione o alla continuazione dell'attività di credito. Quindi, l'assenza di un obbligo a contrarre non esclude la necessità, relativa al rapporto in atto, di una verifica che, di volta in volta, tenga conto, tra le altre cose, della funzione attribuita, in modo implicito o esplicito, dalle parti al finanziamento, nonché della condotta tenuta in concreto nello svolgimento del rapporto. Questo soprattutto allo scopo di consentire di distinguere le concessioni estemporanee ed isolate, frutto di mera tolleranza, da quelle che, per le proprie modalità di espletamento e per il loro perdurare nel tempo, abbiano creato nel cliente-debitore una legittima aspettativa relativa all'ottenimento di un determinato trattamento anche per il futuro. In relazione a questa seconda ipotesi, perciò, anche se non è possibile limitare del tutto la libertà della banca a livello contrattuale è possibile censurarne il

[693] Relativo ai pubblici servizi di linea e all'obbligo di accettare, nel loro esercizio, le richieste di trasporto "che siano compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa";

[694] Riferito all'esercizio di un'impresa in condizioni di monopolio legale, che comporta l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa;

comportamento repentino e profondamente scorretto, immediatamente in contrasto proprio con l'affidamento ingenerato nel cliente; ovviamente tale censura si può verificare solo se il comportamento del debitore non giustifica in alcun modo l'improvvisa chiusura (o mancato rinnovo) del rapporto di credito.

Inoltre, la Viscusi indica che "se è vero che il rifiuto di accordare credito non è, in quanto tale, atto a fondare alcuna pretesa risarcitoria, è altrettanto vero che fonte di responsabilità (precontrattuale) potrebbe essere il comportamento contrario a correttezza e buona fede eventualmente tenuto nel corso e dell'istruttoria"[695] ; quindi, sempre con riferimento alle norme generali che regolano i rapporti contrattuali e la formazione dei negozi giuridici, sarebbe possibile determinare la censura della condotta, contraria ai principi civilistici fondamentali, tenuta da parte della banca stessa.

In conclusione, l'Autrice si occupa di analizzare in breve il rapporto intercorrente tra concessione abusiva del credito e interruzione abusiva dello stesso. Uno dei problemi che essa evidenzia è dato dalla necessità di individuare se, mettendo da parte quelle che possono essere le regole specificamente previste per le fattispecie affrontate, lo *status* di "banca" di uno dei contraenti consente di imporre delle restrizioni all'autonomia contrattuale di questa; in altri termini, essa si domanda se, in ragione della specifica funzione svolta dalle banche all'interno del sistema generale finanziario, esse possano essere subordinate a particolari regole che ne limitano fortemente l'autonomia negoziale.

Il problema del confronto tra le due tipologie di comportamento si complica, poiché, da un lato, si è visto come alcune regole limitano la possibilità per gli enti creditizi di concedere credito nei confronti degli imprenditori, soprattutto qualora essi si trovino in crisi finanziaria, mentre dall'altro si censura la condotta degli istituti di credito che si occupano di non concedere o non rinnovare la costituzione del fido. Quindi i maggiori aspetti problematici, relativi al confronto tra le due tipologie di fattispecie, attengono all'alternativa tra continuazione del finanziamento già accordato ed interruzione del medesimo. Questa contrapposizione, e l'apposizione di tali opposte alternative, rende necessaria l'individuazione di una soluzione ragionevole che consenta di evitare gli eccessi di rigore; per l'Autrice il punto fondamentale che si dovrebbe chiarire allo scopo di uscire dall'*impasse* sarebbe quello di valutare e delimitare l'intensità della crisi che rende illecita la concessione del sostegno finanziario all'impresa in difficoltà, oltre ai limiti dell'applicazione dei principi di correttezza, buona fede e diligenza professionale.

[695] VISCUSI A., *Responsabilità…*, cit., p. 18;

Ecco perché essa propone agli altri autori di determinare un ammorbidimento del rigore della valutazione tesa ad accertare la legittimità della condotta tenuta di fronte al manifestarsi di segnali di crisi dell'imprenditore affidato; tuttavia, neppure essa è in grado di giungere immediatamente alla soluzione prospettata ma solo di indicare il percorso evidenziato come possibile "strada" per evitare i conflitti e le difficoltà interpretative.

Coeva rispetto all'analisi della Viscusi è anche l'opinione di STEFANELLI [696]che si occupa, come prima cosa, di individuare la generale fattispecie della revoca "brusca" della concessione del fido. Infatti, esso indica che, nonostante l'eterogeneità delle ipotesi riconducibili a tale figura, esse hanno in comune il fatto di consentire di ascrivere alla banca, proprio a titolo di responsabilità, gli esiti di un dissesto causato da un esercizio "precipitoso" della discrezionalità nella concessione del credito.
In modo particolare, l'Autore precisa, in primo luogo, il concetto per il quale tale responsabilità dell'istituto di credito non si determina solo in relazione a quelli che possono essere indicati alla stregua di principi generali (come quello di buona fede e correttezza), ma anche con riferimento a specifiche disposizioni di legge che il compilatore normativo ha costituito allo scopo di evitare le interruzioni immotivate e le immediate esigibilità del credito; specificamente, Stefanelli vuole riferirsi all'articolo 117 comma 1° del Testo Unico bancario che stabilisce che

"I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti"

Inoltre esso sottolinea che anche le disposizioni degli articoli 1938 e 1956 c.c. possono essere utili in questo caso, poiché la prima norma stabilisce che

"la fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito"

Mentre la seconda, come già visto, si riferisce alla possibile liberazione del fideiussore stesso.
Tuttavia, esso precisa che "il punto chiave dal quale può sorgere l'affermazione di una eventuale responsabilità per l'interruzione abusiva del credito è da individuare in un dovere di comportamento a carico della banca volto a garantire l'aspettativa di non interruzione del

[696] STEFANELLI S., *La responsabilità…,* cit., pp. 16 ss.;

flusso finanziario in assenza di chiari sintomi premonitori di rischio" [697]; in altri termini, l'Autore afferma la presenza di una responsabilità dell'istituto di credito per l'interruzione del rapporto di fido con il cliente, qualora ciò avvenga senza preavviso e in assenza di una specifica giustificazione, fornita, in questo caso, dall'effettiva presenza di un elemento che possa far pensare ad una eventuale insolvenza del debitore in relazione alla somma dovuta all'ente creditizio. In relazione a ciò, l'Autore indica la necessità di applicare, soprattutto a tutela del contraente debole (ossia dell'imprenditore) le disposizioni dell'articolo 1845 c.c., il cui contenuto è già stato indicato *supra*, ma in relazione al quale Stefanelli effettua una particolare affermazione: infatti, esso propone la possibile applicabilità delle disposizioni del primo comma della norma in esame, che consente il recesso dal contratto da parte della banca prima della scadenza del termine solo per giusta causa (riferendosi al contratto costituito a tempo determinato), anche al caso nel quale l'apertura di credito sia a tempo indeterminato, consentendo di considerare illegittimo il recesso della banca dal contratto qualora, in concreto, assuma connotati del tutto imprevisti ed arbitrari.

L'Autore, perciò individua l'elemento di maggiore interesse per la dottrina nell'attività di esercizio del diritto di recesso da parte della banca, indicando che fino a pochi anni prima rispetto al momento nel quale si occupa di scrivere il testo, la giurisprudenza non riteneva necessaria la sussistenza di una giusta causa per l'esercizio del recesso da parte della banca e, in riferimento al preavviso, si riteneva sufficiente un avviso di un giorno antecedente rispetto a quello della effettiva pretesa. Tuttavia, Stefanelli analizza una pronuncia del Tribunale di Roma [698] nella quale si afferma "la vessatorietà, ai sensi degli articoli 1469 bis e seguenti, delle clausole che attribuiscono alla banca il diritto di recedere in mancanza di un giustificato motivo e senza un ragionevole preavviso […] il preavviso secondo quanto dispone il terzo comma della'articolo 1845 non può essere inferiore a quindici giorni e non v'è alcuna contrattazione individuale che possa giustificare la riduzione di tale termine"; la stessa Corte di Cassazione[699] si è occupata di precisare, in relazione alla clausola del preavviso di un giorno solo, che tale postilla "svuota l'apertura di credito delle ragioni stesse per le quali viene normalmente convenuta".

Con il riconoscimento di tale illegittimità del comportamento della banca, l'Autore rileva anche che la sanzione prevista per tale condotta è costituita dal risarcimento del danno economico e, quando ve ne siano gli estremi, del danno alla reputazione economica

[697] STEFANELLI S., *La responsabilità…*, cit., p. 17;
[698] Tribunale di Roma, 21 gennaio 2000, in *Giur. Comm.*, 2000, II, p. 211;
[699] Si fa ivi riferimento a due sentenze tra loro assimilabili quali quella di Cassazione civile del 16 novembre 2000, n. 14859, in *Foro it.*, 2000, p. 841; e quella di Cassazione civile del 22 novembre 2000, n. 15066, in *Foro it.*, 2000, p. 841;

dell'impresa, anche se Stefanelli ritiene ben più opportuna la sanzione dell'inefficacia del recesso posto in essere. Inoltre, esso sottolinea come in riferimento al recesso predisposto per le aperture di credito a tempo illimitato, che potrebbe avvenire *ad nutum*, ossia senza necessaria previa giustificazione attraverso l'apporto del giusto motivo, si potrebbe fare riferimento alla presenza della possibilità di far venire meno il vincolo contrattuale per mera volontà della parte recedente; tuttavia, per l'Autore si potrebbe prendere in considerazione, anche in questo caso, la disposizione dell'articolo 1375 c.c. relativo all'esecuzione del contratto in buona fede che, se violato alla stregua di dovere contrattuale, potrebbe comportare comunque l'imputazione della banca per la condotta scorretta posta in essere. Infine, Stefanelli si occupa di enumerare alcuni casi di individuazione di una brusca interruzione del rapporto di credito con il cliente; ad esempio esso fa riferimento al caso di un omesso tempestivo accredito di un assegno, che avrebbe permesso di eliminare lo scoperto del conto, dal quale era derivato il protesto degli assegni successivamente emessi da parte del correntista; in questo caso si poteva ritenere presente la responsabilità della banca sia per un illecito, rilevante ai sensi dell'articolo 2043 c.c., sia per inadempimento contrattuale, dal quale poteva derivare l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 1218 c.c.che stabilisce come:

"Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"

In ogni caso, perciò, si consentirebbe, in tale situazione, la possibilità di sanzionare la responsabilità della banca. Un altro caso considerato è quello relativo ad una banca che aveva alterato l'ordine cronologico di pagamento ai rispettivi beneficiari degli assegni emessi da un proprio correntista, lasciando accantonato un titolo che era coperto al momento in cui le era pervenuto ma non lo era più all'atto della registrazione; il che poteva determinare l'impossibilità successiva di pagare quell'assegno e, perciò, l'eventuale crisi dell'impresa che richiese tale pagamento.

f. **Il soggetto passivo;**

Continuando nell'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie di ricorso abusivo al credito si deve prendere in considerazione il soggetto passivo del reato stesso.
In modo particolare, anche nella nuova formulazione della norma si può definire il soggetto passivo come costituito da chiunque conceda il credito; tale "credito" come si è già potuto vedere, può essere, come concetto, riferito a livello generico a qualunque prestazione data a fido per una controprestazione differita nel tempo; quindi sono riconducibili a tale definizione tutti i rapporti che si fondano sulla fiducia del creditore di dare immediatamente la prestazione sua nella aspettativa di ricevere la controprestazione in un tempo successivo[700] . La erogazione, perciò, può consistere, ad esempio, nel mutuo, costituito nelle sue differenti forme (civili e commerciali), nella compravendita, permuta e locazione in cui la dazione del prezzo, della cosa o del canone non sia direttamente immediata e contestuale, nella promessa di vendita e in generale nel contratto preliminare, per il quale una delle promesse contiene, in relazione all'altra, un margine di fiducia contrapposto ad un vantaggio immediato che può essere "goduto" da parte dell'altro promittente, senza la presenza di un corrispondente vantaggio immediato per il primo contraente.
In relazione, perciò, alla possibilità di esercitare l'azione di risarcimento, originariamente prevista dalle disposizioni dell'articolo 22 del c.p.c. ed oggi disciplinata a livello penale dalla norma dell'articolo 74 c.p.p. (e da quelli seguenti) nel quale si indica:

"L'azione civile per la restituzione e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 [701] *del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile"*

Si deve considerare, come soggetto agente e ricorrente al giudice, colui che abbia concesso il credito restando defraudato della controprestazione spettategli; oppure il soggetto che, pur avendo ricevuto tale prestazione sia obbligato, ad esempio per il fallimento del debitore, restituire quanto ottenuto dalla controparte contrattuale.

[700] Così PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 176;
[701] Nel quale si stabilisce che *"Ogni reato obbliga alle restituzioni , a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui"*

Il soggetto contro il quale può avvenire l'esercizio dell'azione è colui che attraverso il suo comportamento ha determinato l'impossibilità per la controparte di ottenere quanto gli spetta, perciò, in relazione al reato in esame, il soggetto che abbia fatto abusivo ricorso al credito, alla stregua di imprenditore, amministratore, direttore generale, liquidatore e così via.

PROVINCIALI, con riferimento all'aspetto controverso qui in analisi, si domandava se "oltre al danno riportato dal soggetto passivo del reato e che si concreta come dinanzi detto, possa sussistere un altro danno risarcibile per cui sia ammesso l'esercizio dell'azione civile di risarcimento, come azione di massa, da parte dell'ufficio fallimentare"[702]; in relazione a tale tematica si è già avuto modo di stabilire come i differenti esponenti della dottrina abbiano una opinione distinta a riguardo e come la stessa Corte di Cassazione, con il tempo, abbia diversificato le proprie pronunce in riferimento al problema in esame. In relazione all'Autore citato, si può indicare come esso fosse d'accordo nell'evidenziare la possibilità di svolgere un'attività di esercizio di un'azione di massa, qualora l'artificiale mantenimento in vita, costituito attraverso il finanziamento abusivo nei confronti dell'imprenditore dissestato o in stato di insolvenza, avesse avuto per conseguenza quella di ritardare il fallimento e di "aggravare lo sbilancio" del soggetto attivo. L'Autore indicava anche come la soluzione contraria si poteva giustificare sulla base della concezione per la quale, a legittimare la costituzione della parte civile era sufficiente un interesse protetto, per la cui esistenza non era richiesto che fosse prevista la protezione all'interno di una specifica disposizione di legge, oppure che venisse consentita un'azione particolare contro le infrazioni lesive dell'interesse considerato; questo perché Provinciali considerava sufficiente la liceità dell'interesse, costituita dalla sua rispondenza ai principi e ai fini dell'ordinamento giuridico e la titolarità di esso presso un soggetto al quale la legge riconoscesse la potestà di agire in giudizio.

In secondo luogo, l'Autore prendeva in considerazione anche il problema del rapporto di casualità sulla base del quale giustificare l'esercizio dell'azione civile, in relazione al quale esso indicava come qualora il reato fosse stato causa di un danno, sia attuale sia meramente potenziale, esso era risarcibile in quanto poteva costituire, come già indicato, titolo idoneo al fine di esercitare l'azione civile. Ecco perché esso individuava il carattere indifferente della immediatezza o meno del rapporto di causalità intercorrente tra attività di reato e verificarsi del danno a livello civile.

Provinciali ha preso nuovamente in considerazione tale aspetto della fattispecie in esame vent'anni dopo rispetto al suo primo scritto[703], indicando che "soggetto passivo del reato è chi conceda credito nei modi e nelle forme ipotizzati e con gli effetti e le possibilità che ne

[702] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 194;
[703] PROVINCIALI R., *Trattato…,* cit., p. 2683;

derivano; a lui compete il risarcimento del danno sofferto, il che non esclude un danno di massa, diverso e distinto, in quanto il ricorso abusivo al credito abbia ritardato il fallimento"; in modo particolare, quindi, l'Autore individua nuovamente il carattere bilaterale relativo al soggetto passivo del reato in esame, in quanto riferito sia al singolo creditore concedente il fido o il prestito, sia alla generalità dei creditori danneggiati dal ritardo nella declaratoria di fallimento.

Successivamente si è occupato, in breve, del reato in esame anche NIGRO[704] che indicava, sotto il profilo del soggetto passivo del reato, il carattere plurioffensivo della fattispecie considerata, in quanto si poteva evidenziare la lesività del ricorso abusivo al credito sia con riferimento al creditore che avesse concesso il credito successivo alla dissimulazione del dissesto o dello stato di insolvenza da parte del soggetto attivo, sia in relazione alla massa dei creditori, che doveva in ogni caso essere protetta contro quelle che potevano essere le ulteriori assunzioni di debiti da parte del soggetto le cui condizioni economiche erano già particolarmente critiche. Quindi esso, come già indicato, individuava una distinzione tra le differenti tipologie di creditori (anteriori e preesistenti rispetto alla concessione del credito) con una differenziazione anche in relazione al tipo di danno cagionato. Ovviamente, anche in questo caso devono essere tenute presenti le conclusioni precedentemente predisposte in riferimento alla concessione abusiva del credito ed alle sue conseguenze lesive; qui basta precisare che l'Autore consentiva di individuare la possibile lesione di differenti interessi, anche di tipo collaterale ed indiretto rispetto a quelli del soggetto "immediato" creditore concedente il fido o la dilazione di pagamento, a causa del ricorso abusivo al credito.

La *ratio* appena individuata relativamente alle disposizioni appena richiamate, viene sostenuta anche da PRATIS[705], che ravvisa nell'articolo 218 Legge Fallimentare l'intento di proteggere non solo i patrimoni dei creditori dal pericolo di inadempimento connesso allo stato di dissesto dell'imprenditore, ma anche quello di impedire, nell'interesse della massa dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da ulteriori assunzioni di debiti in modo potenzialmente rovinoso. L'Autore individua, però, la presenza di una precedente opinione contraria rispetto al proprio orientamento, riconducibile a GIULIANI [706] il quale dichiara esplicitamente che le parti lese non sono i creditori concorsuali, i quali potrebbero, potenzialmente, trarre un vantaggio dalla concessione del credito, qualora il denaro derivante

[704] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit., pp. 328-329;
[705] PRATIS C.M., *Responsabilità…*, pp. 844-845;
[706] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit. pp. 319-320;

dalla erogazione stessa venisse acquisito dalla curatela, consentendo al soggetto passivo di essere pagato in moneta fallimentare. Inoltre, esso esclude anche la possibilità di estendere l'offensività della fattispecie all'interesse al corretto svolgimento delle procedure concorsuali; infatti, qualora il fatto si verifichi dopo il fallimento, il reato può sussistere anche se la curatela non ne abbia acquisito notizia e, perciò, non abbia subito alcun tipo di "intralcio" nello svolgimento della sua attività. Perciò l'Autore arriva a sostenere, contrariamente rispetto a Pratis, che i soggetti passivi del reato sono, semplicemente, coloro che materialmente hanno concesso il credito nei confronti dell'imprenditore dissestato o in stato di insolvenza.

Un altro insigne giurista ha studiato il contenuto della fattispecie di ricorso abusivo al credito, traendo delle conclusioni anche relativamente al soggetto passivo del reato; si vuole fare riferimento, in questo caso a COCCO[707], il quale si occupa, pochi anni dopo rispetto a Pratis, di prendere parimenti in considerazione l'aspetto plurioffensivo della disposizione in esame, indicando che, in via principale, la norma tutela il nuovo creditore evitando nuove richieste di credito proposte con la dissimulazione dello stato di dissesto o di insolvenza; tuttavia, esso aggiunge che la *ratio* dell'articolo 218 Legge Fallimentare si spinge sino a tutelare anche la regolarità e la sicurezza del traffico giuridico, individuando, quindi, un più generale novero di soggetti passivi del reato di ricorso abusivo al credito, costituito da tutti quei soggetti che potrebbero essere potenzialmente sottoposti a danno a causa del comportamento illegittimo posto in essere da parte dell'imprenditore.

In un secondo momento interviene sul punto anche IMPERATO [708], il quale assume a riguardo, invece, una posizione particolare; infatti, a livello generale, esso sostiene che "la prospettiva entro la quale condurre l'indagine (relativa al bene protetto ed al soggetto passivo del reato) è quella patrimoniale, ed occorre, innanzitutto, considerare la sfera patrimoniale del soggetto passivo"; quindi l'Autore vuole, come prima cosa, sottolineare come la norma ha l'obiettivo di proteggere l'integrità del patrimonio dei creditori. Tuttavia esso aggiunge un'ulteriore considerazione poiché indica che le norme dell'articolo 218 sono peculiari, in relazione alla loro *ratio,* rispetto a quelle dell''articolo 641 c.p., in quanto le disposizioni riferite al ricorso abusivo al credito non richiedono, per l'integrazione del delitto, né il proposito di non adempiere all'obbligazione e neppure l'effettivo inadempimento all'obbligo costituito rispetto al creditore. Tali indicazioni, secondo l'Autore, determinerebbero la possibilità di inquadrare la norma citata alla stregua di disposizione che consente una tutela

[707] COCCO G., *I rapporti…*, cit., p. 539;
[708] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., p. 585;

"avanzata" rispetto alle lesioni del bene protetto, quindi più ampia e maggiormente punibile, in termini di applicabilità della norma, nella sua concreta realizzazione, soprattutto nel confronto con le disposizioni di ordine penale. Inoltre, in relazione a tale prospettiva, l'Autore specifica che la tutela nei confronti dei soggetti passivi del reato si esplica anche attraverso una protezione indiretta del patrimonio, eventualmente fallimentare, dell'imprenditore, poiché, cercando di impedire che il soggetto già dissestato ricorra ulteriormente al credito, la disposizione in esame cerca anche di evitare l'aumento indiscriminato delle passività individuabili presso il soggetto attivo del reato.

In epoca recente anche ANTOLISEI[709] ha individuato il carattere plurioffensivo del reato di ricorso abusivo al credito, dichiarando che "la *ratio* della tutela penale va ravvisata nell'intento di proteggere il patrimonio del creditore dal pericolo di inadempimento riconnesso allo stato di insolvenza del debitore e, nel tempo stesso, di impedire, nell'interesse della massa dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose, come pure nello scopo di tutelare l'interesse generale alla regolarità e sicurezza del traffico giuridico. Trattasi pertanto di un reato plurioffensivo"; in altri termini, il soggetto passivo non è ivi considerato come riconoscibile semplicemente nella persona del singolo creditore concedente il fido nei confronti dell'imprenditore in crisi, ma anche nell'insieme dei creditori concorsuali che potrebbero risentire negativamente, soprattutto nella prospettiva dello svolgimento successivo di una procedura come quella fallimentare, dell'aumento indiscriminato delle passività relative all'impresa finanziata; ma non è finita, poiché Antolisei sostiene anche la possibile lesione, determinata dal ricorso abusivo al credito, nei confronti della generale regolarità e sicurezza del traffico giuridico, elemento che si potrebbe valutare come integrato a causa delle violazioni comportate, in relazione ai normali rapporti di credito-debito, sia con riferimento alle disposizioni volte a tutelare gli investitori ed i creditori, sia relativamente alla sicurezza ed alla fiducia che i soggetti operanti nel settore finanziario dovrebbero riporre all'atto dell'investimento delle proprie somme di denaro in un'impresa.

Il carattere plurioffensivo del reato in esame viene sostenuto di recente anche da un altro autore, ossia da MANGANO [710], il quale si occupa di indicare che la tutela individuata e costituente l'obiettivo fondamentale dell'applicazione delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, è rivolta al patrimonio dei creditori, i quali concedono il credito, com'è ovvio e necessario, totalmente ignari del dissesto o dell'insolvenza relativa all'imprenditore

[709] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 176;
[710] MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento…*, cit., p. 174;

richiedente. Tuttavia, esso parla di plurioffensività della condotta di ricorso abusivo al credito, in quanto alla tutela sopra descritta si aggiunge la necessità di proteggere anche l'ordinato esercizio della attività commerciale, poiché la condotta dell'imprenditore integra una manifestazione di "disordine" individuata come lesiva del buon andamento dell'attività economica in generale.

Le medesime conclusioni vengono specificate anche dalla VISCUSI [711] la quale analizza le due possibili letture del contenuto dell'articolo 218 sotto il profilo in esame; infatti, essa indica che se si dovesse sostenere che l'articolo 218 Legge Fallimentare ha il limitato scopo di proteggere dal pericolo di inadempimento colui che concede il credito, allora si tutelerebbe solo l'interesse particolare di quanti abbiano concesso un fido, un mutuo o una dilazione all'imprenditore; se, invece si sostenesse il carattere più ampio della tutela accordata dalla norma in esame, intendendola alla stregua di disposizione disciplinante una fattispecie plurioffensiva, si dovrebbe parlare di una *ratio* volta a salvaguardare non solo il patrimonio del potenziale creditore, nella sua individualità, ma anche costituita allo scopo di impedire, nell'interesse della massa dei creditori concorrenti, che il dissesto venga aggravato ulteriormente. Questa seconda interpretazione sembra essere quella avallata dall'Autrice.

In relazione alla problematica in esame si possono citare, da ultimo, alcune sentenze risalenti che hanno visto la Cassazione occuparsi del problema dell'individuazione del soggetto passivo del reato di ricorso abusivo al credito; esemplificativa è una sentenza della metà degli anni Sessanta [712], quindi sicuramente precedente alla riforma, relativa al confronto tra il ricorso abusivo al credito ed il reato di truffa, oltre a quello di bancarotta semplice; all'interno di tale pronuncia la Corte indica che il ricorso abusivo al credito è un "reato che offenda in via immediata il patrimonio del nuovo creditore a differenza di quello previsto nell'articolo 217 Legge Fallimentare che lede l'interesse alla conservazione dell'attivo"; si esclude, almeno in linea di principio, il carattere plurioffensivo della fattispecie in esame, anche perché ivi si dichiara una limitazione, relativa all'applicabilità dell'articolo 218 Legge Fallimentare, rispetto all'ambito oggettivo di "utilizzo" della norma riferita alla bancarotta.

---

[711] VISCUSI A., *Concessione…*, cit., pp. 665 ss.;

[712] Cassazione penale, Sezione III, 20 ottobre 1965, in *Giust. Pen.* , 1966, II, c. 1227;; l'avevano preceduta, prevedendo principi ad essa assimilabili, le sentenze di Cassazione penale, Sezione III, 22 giugno 1961, in *Cass. Pen.*, 1962, p. 786; Cassazione penale, Sezione III, 10 luglio 1963, in *Giust. Pen.*, 1964, II, c. 494;

Segue una sentenza relativa agli ultimi anni Ottanta nella quale si riprende la medesima dicitura prevista all'interno delle pronunce appena citate, sempre con riferimento al confronto tra differenti fattispecie[713].

La Corte di Cassazione ha, infine, individuato più di recente, ma comunque sempre prima delle recenti modifiche all'articolo 218, in relazione al tema in esame, una soluzione essenzialmente univoca, riferita al soggetto passivo del reato di ricorso abusivo al credito; in una sentenza del 2002 [714] essa ha stabilito che il reato di ricorso abusivo al credito è "un reato plurioffensivo, nel senso che la norma mira a tutelare il patrimonio del creditore dal pericolo di inadempimento riconnesso allo stato di insolvenza del debitore - nel caso specifico la banca indottasi a concedere credito per una errata valutazione delle condizioni dell'impresa causata dalla reticenza (autorevole dottrina e gran parte della giurisprudenza hanno sostenuto la rilevanza del mero silenzio sullo stato di dissesto) e-o da una falsa rappresentazione delle condizioni aziendali da parte dell'imprenditore -, ed al tempo stesso intende garantire sia la intangibilità del patrimonio aziendale che costituisce la garanzia dei creditori, evitando che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose, sia la par condicio creditorum, che è il bene tutelato da tutte le procedure concorsuali." ; i soggetti passivi ivi ravvisati, perciò, sono sia il singolo creditore che concede il finanziamento all'imprenditore, sia la massa dei creditori che potrebbe essere danneggiata sia dalla diminuzione dell'attivo del soggetto insolvente, sia dall'intaccamento della *par condicio creditorum* .

Successivamente la Cassazione è intervenuta nuovamente, sempre rimarcando la caratteristica fondamentale della plurioffensività del reato in esame; infatti, nel 2004 [715] essa ha stabilito, ponendo in essere un confronto con la fattispecie della truffa, che "il reato di cui all'articolo 218 della legge fallimentare è, invece, plurioffensivo perché, pur essendo intento principale del legislatore quello di proteggere il patrimonio del creditore dal pericolo di inadempimento connesso allo stato di insolvenza del debitore, non sono estranei alla norma gli obiettivi di impedire nell'interesse dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose, e di tutelare l'interesse generale alla regolarità e sicurezza del traffico giuridico"; anche in questo caso si prende in considerazione la possibilità di ricondurre al novero dei soggetti passivi non soltanto il singolo creditore concedente il finanziamento, ma anche la

[713] La sentenza alla quale ci si riferisce è di Cassazione penale, Sezione I, 12 novembre 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, p. 864;
[714] Cassazione penale , sezione V , 18 ottobre 2002 , n. 38225;
[715] Cassazione penale, Sezione V, 4 maggio 2004, n. 23796;

generalità dei creditori concorsuali e dei soggetti operanti sul mercato finanziario, interessati alla correttezza dello svolgimento dei principali rapporti rientranti nel c.d. "traffico giuridico".

g. **L'interesse giuridico tutelato**

Un elemento intimamente legato a quello appena analizzato è costituito sicuramente dal bene giuridico protetto dalla norma dell'articolo 218 Legge Fallimentare, in quanto esso è riferito allo stesso soggetto nei confronti del quale si determina il danno proveniente dal reato posto in essere dal soggetto attivo.

Anche in relazione a tale aspetto della fattispecie si possono citare numerosi interventi di tipo dottrinale, iniziati già agli albori degli anni Settanta, grazie al testo di LA MONICA [716] il quale, più che affrontare la questione in generale si occupa di escludere la riconducibilità alla categoria del bene giuridico protetto dalla norma di un particolare elemento; infatti, esso indica l'impossibilità di inserire nel novero del beni tutelati dalla disposizione il patrimonio dell'imprenditore insolvente e, diametralmente, l'interesse dei creditori all'integrità del patrimonio dell'imprenditore . Questo per un particolare motivo: l'Autore indica che "con il ricorso abusivo al credito il patrimonio dell'imprenditore, se sarà inflazionato nel passivo, sarà altresì incrementato nell'attivo. Ed ove si osservi che anche le obbligazioni conseguenti all'abusivo ricorso al credito subiranno, in caso di fallimento, la falcidia della svalutazione in moneta fallimentare, bisognerà concludere che, in genere, l'attivo del patrimonio sarà più che proporzionalmente incrementato" [717]; in altri termini esso ritiene possibile evitare di ricomprendere nell'insieme di interessi tutelati anche quello dei appena individuato, in quanto a fronte di un aumento delle passività del soggetto ricorrente al credito si verifica anche un incremento delle attività che, in ogni caso, può consentire ai creditori stessi di esercitare, più che sufficientemente, le proprie pretese sul patrimonio rientrante nel fallimento.

Successivamente, La Monica indica che la disposizione dell'articolo 218 ha come obiettivo fondamentale la protezione del corretto e rapido svolgimento della procedura concorsuale, senza tralasciare anche la necessaria tutela, mediata, dell'interesse del terzo potenziale creditore ad evitare di essere costituito quale finanziatore di un soggetto insolvente o in stato di irrecuperabile dissesto.

---

[716] LA MONICA M., *I reati…*, cit., pp. 524-525;
[717] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 524;

Durante gli anni Ottanta anche COCCO[718] si è occupato di esaminare il problema qui esplicato relativo al bene protetto dalla norma; in modo particolare esso si adopera allo scopo di sottolineare che, essendo la disposizione dell'articolo 218 Legge Fallimentare necessariamente volta a proteggere il potenziale creditore, essa predispone anche una tutela relativa al principio di regolarità e sicurezza del traffico giuridico, aggiungendo un riferimento alla c.d. fede pubblica; ecco perché la norma esige, sotto minaccia di una sanzione, una compiuta e corretta informazione del nuovo creditore sullo stato di solvibilità del debitore richiedente, in quanto il creditore stesso dovrà essere in grado di valutare liberamente la possibilità, o meno, di concedere il fido, il mutuo o la dilazione all'imprenditore. In definitiva, tale norma viene inserita, insieme alle disposizioni relative al mendacio bancario, nel sistema normativo volto ad offrire una tutela anticipata del corretto svolgimento dell'attività creditizia, che si pone in essere costituendo la possibilità di incriminare le condotte lesive della trasparenza delle operazioni creditizie stesse, anche allo scopo di delineare un primo strumento repressivo del fenomeno dei cc.dd. "fidi facili". In altre parole, l'Autore vede nella norma dell'articolo 218 Legge Fallimentare uno strumento fondamentale anche al fine di raggiungere un obiettivo più grande, relativo alla possibilità di garantire il corretto svolgimento dei rapporti tra i differenti operatori del sistema del credito.

È praticamente coeva rispetto all'analisi di Cocco la delineazione dell'opinione di SANDRELLI [719] , il quale si occupa del problema ivi esaminato affrontando il "tema" della nozione di "credito" al quale il soggetto attivo del reato deve ricorrere per integrare gli estremi della fattispecie in esame. In modo particolare, per l'Autore rientra nella nozione suddetta qualsiasi negozio che importa una prestazione dilazionata nel tempo posta in essere da parte di una delle parti, contro un beneficio immediato ottenuto dalla controparte contrattuale. Esso sottolinea, inoltre, che è indifferente se il credito stesso sia finalizzato a scopi personali, familiari, oppure di impresa o, ancora, al raggiungimento di un obiettivo meramente finanziario in relazione al quale si può porre in essere, ad esempio, uno "scambio di assegni" oppure una girata cambiaria; in questi casi particolari il soggetto danneggiato non è, in genere, colui che collabora allo svolgimento di queste manovre illegittime, ma l'azienda finanziaria o l'istituto di credito presso il quale i titoli vengono portati per lo sconto. Perciò, in riferimento a tali particolari ipotesi di ricorso abusivo al credito, l'Autore evidenzia la tutela, da parte delle disposizioni di legge, dell'interesse all'ottenimento della controprestazione da parte del creditore inteso, in senso generale, come quel soggetto nei confronti del quale

[718] COCCO G., *I rapporti…*, cit., pp. 539 ss.;
[719] SANDRELLI G.G., *I reati…*, cit., pp. 9-10;

vengono poste in essere le attività appena descritte. Purtroppo Sandrelli non scende ulteriormente nel particolare, non consentendo di inquadrare in modo più preciso la sua opinione in merito.

Molto più recente è, invece, l'esposizione effettuata da parte di IMPERATO [720] all'interno del testo di Conti. In modo specifico esso si occupa di svolgere la propria dissertazione relativamente ad un confronto tra la fattispecie di ricorso abusivo al credito e quella di insolvenza fraudolenta, indicando come l'oggetto originario di interesse è il patrimonio del soggetto passivo, come elemento che, più "palesemente" si può ricondurre al novero di beni giuridici protetti dall'articolo 218 Legge Fallimentare; tuttavia, esso ritiene necessario estendere ulteriormente l'oggetto dell'esame, sempre rispetto alle disposizioni dell'articolo 641 c.p.; infatti, relativamente all'abusivo ricorso al credito, il legislatore non ha previsto la necessità di individuare il proposito di non adempiere all'obbligazione e neppure l'effettivo inadempimento dell'obbligo acquisito dall'imprenditore; inoltre, il compilatore della norma non ha prospettato la causa di non punibilità inserita all'interno del secondo comma dell'articolo 641 c.p. che prevede che:

"L'adempimento dell'obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato"

In relazione a ciò, l'Autore si occupa di sottolineare un intento del legislatore di approntare una forma di tutela "avanzata", ossia più ampia ed incisiva, rispetto a possibili lesioni del bene protetto. Ecco perché, con riferimento al reato in esame non sono stati previsti rilievi particolari correlati all'adempimento, da parte del soggetto agente, all'obbligazione contratta ovvero legati al proposito dell'imprenditore di adempiere a tali obblighi.
In definitiva, l'elemento oggetto di tutela da parte dell'articolo 218 Legge Fallimentare è costituito dal patrimonio del creditore "ingannato", indipendentemente da eventuali condotte successivamente poste in essere dal soggetto attivo o da particolari intenti di esso.

Durante il medesimo periodo "storico" anche ANTOLISEI [721] si è occupato, grazie altresì alle integrazioni poste in essere al proprio testo da parte di Conti, di esprimersi sul punto. Esso ravvede nella norma il fondamentale obiettivo di proteggere il patrimonio del creditore, in modo specifico, da quello che può essere il pericolo di inadempimento riconducibile allo stato di insolvenza o di dissesto dell'imprenditore-debitore. Tuttavia, interpretando la disposizione

[720] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., pp. 584-585;
[721] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 176;

come riferibile anche ad una volontà di tutelare la massa dei creditori alla stregua di soggetto passivo, l'Autore individua la possibilità di estendere la categoria del bene tutelato dalla norma sino a ricomprendere l'integrità del patrimonio del soggetto richiedente il credito, poiché esso indica che il legislatore ha voluto impedire "nell'interesse della massa dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose", che possono, appunto, essere costituite dal ricorso al credito e nel, successivo ed ovvio, indebitamento.
Inoltre, esso annovera tra i beni protetti anche l'interesse generale alla regolarità e sicurezza del traffico giuridico, al pari di quanto era già stato precedentemente indicato da parte di Cocco.

Successivamente si può prendere in considerazione la recente interpretazione posta in essere da parte di MANGANO [722], il quale si occupa, in modo singolare di individuare quale potrebbe essere il bene tutelato da parte delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare; infatti, esso considera, *in primis* , la situazione generale di commissione del reato di ricorso abusivo al credito, in relazione alla quale il bene protetto è costituito dal patrimonio dei creditori concorsuali e dalla regolarità e sicurezza del traffico giuridico; tuttavia, in secondo luogo, esso prende in esame la fattispecie per la quale sia intervenuta la declaratoria di fallimento (alla quale l'Autore non riconduce l'esistenza del reato). In questo caso, il bene giuridico tutelato è costituito dal patrimonio dei creditori, poiché "la tutela è rivolta al patrimonio di costoro, i quali fanno credito ignari del dissesto in cui versa l'imprenditore"[723]; ma non è tutto, in quanto Mangano, sostenendo il carattere plurioffensivo della fattispecie in esame, annovera tra i beni tutelati anche l'ordinato esercizio dell'attività commerciale, poiché, a suo giudizio, la condotta dell'imprenditore descritta dall'articolo 218 Legge Fallimentare è una manifestazione di "disordine" che consente di ledere il buon andamento dell'attività economica.

Inoltre, esso esamina anche il caso nel quale il reato venga commesso da persona diversa dall'imprenditore, in quanto, in questo caso, essendo la punibilità subordinata alla dichiarazione di fallimento, il reato lede, per l'appartenenza alla categoria fallimentare, il corretto esercizio dell'attività commerciale, oltre, ovviamente, al patrimonio ed alle aspettative dei creditori.

[722] MANGANO P., *Disciplina…*, cit., pp. 173-174;
[723] MANGANO P., *Disciplina…*, cit., p. 174;

Infine, è possibile analizzare l'esame posto in essere da parte di CERQUA[724] con riferimento alla caratteristica ivi analizzata del reato di ricorso abusivo al credito. Esso sostiene che l'oggetto primario della tutela ex articolo 218 è costituito dal patrimonio dell'altro contraente, ossia del soggetto che, considerato creditore, si sia occupato di concedere il credito o il finanziamento al richiedente. Inoltre, esso, in relazione al fatto per il quale il reato può essere considerato, ancora oggi, come "mantenuto" all'interno dell'insieme delle fattispecie fallimentari, anche con riguardo al confronto con le disposizioni dell'articolo 641 c.p., ritiene che la norma tuteli una più ampia cerchia di interessi dei creditori offesi; in modo particolare, l'Autore, infatti, sottolinea che la norma estende la protezione "ai precedenti creditori dell'imprenditore dissestato, pregiudicati dall'ulteriore appesantimento della situazione debitoria". In altri termini, il fatto che la disposizione dell'articolo 218 tutela interessi più ampi rispetto a quelli protetti dalla fattispecie di insolvenza fraudolenta, porta l'Autore a ritenere possibile un ampliamento della sua applicazione anche rispetto a tutti i creditori generali dell'imprenditore che abbiano visto, a causa dell'ulteriore ricorso al credito, un peggioramento della situazione finanziaria del soggetto debitore.

h. **Il momento consumativo del reato**

Supra si è potuto affrontare l'importante (e complesso) problema della declaratoria di fallimento e del suo ruolo in relazione alla commissione del reato di ricorso abusivo al credito, e nell'esame di tale tema si è potuto accennare al legame intercorrente tra tale dichiarazione, l'interpretazione che se ne dava e la configurazione del momento consumativo del reato. Infatti, a livello generale è possibile affermare che individuando la dichiarazione di fallimento alla stregua di elemento costitutivo della fattispecie in esame si può determinare la consumazione della stessa all'atto dell'emanazione della dichiarazione, in caso contrario, invece, nel tempo e nel luogo dell'ottenimento del credito. Inoltre, il riferimento al momento consumativo del reato si contrappone, come si vedrà, alla configurazione del tentativo nella commissione del reato in esame.

Grazie alla premessa appena posta in essere si può ben comprendere l'orientamento, relativo all'importanza della sentenza dichiarativa di fallimento, dei seguenti esponenti della dottrina, che, con il trascorrere del tempo, si sono occupati di indicare la propria opinione in merito.

[724] CERQUA L.D., *Il ricorso abusivo al credito,* cit., p. 57;

In primo luogo si può prendere in considerazione lo scritto, risalente agli anni Cinquanta, di DE SEMO [725] il quale esclude la possibilità di configurare la dichiarazione di fallimento alla stregua di condizione obiettiva di punibilità; di conseguenza esso dichiara che il reato si consuma "nel tempo e nel luogo in cui il credito è ottenuto", intendendo, essenzialmente, fare riferimento al momento nel quale è stato stipulato l'accordo con il creditore e non alla necessità di ottenere direttamente l'erogazione della somma di denaro, in quanto esso si occupa di considerare, semplicemente, l'istante nel quale il debitore, effettivamente, riesce nel suo intento di dissimulare il dissesto o l'insolvenza; ciò, appunto, viene testimoniato dall'assenso che il creditore costituisce rispetto alla richiesta del soggetto attivo.

Diametralmente opposta è l'opinione di PROVINCIALI [726] che, nonostante scriva a brevissima distanza rispetto al precedente Autore, dà un'interpretazione della norma totalmente differente. Infatti, esso sostiene che la consumazione del reato avviene nel tempo e nel luogo in cui interviene la pronuncia di fallimento, data, appunto, la sua considerazione alla stregua di condizione obiettiva di punibilità. L'Autore, inoltre, ritiene tale consumazione come direttamente dipendente dalla condotta del soggetto colpevole; questo perché esso intende la dichiarazione di fallimento come un elemento sicuramente necessario ai fini dell'applicazione della sanzione nei confronti del soggetto attivo del reato, ma autonomo e distaccato rispetto alla condotta, attiva od omissiva, posta in essere da parte del richiedente il credito. Inoltre, l'Autore specifica che ai fini della consumazione del reato di ricorso abusivo al credito non è richiesto l'effetto dell'altrui danno patrimoniale; questo sta ad indicare che la fattispecie si integra anche se, concretamente, il soggetto attivo ha solo ottenuto la stipulazione del contratto di fido, mutuo o dilazione da parte del creditore.
Tuttavia, vent'anni dopo il precedente scritto, Provinciali si occupa di modificare parzialmente la sua "versione"; infatti esso indica che "la consumazione del reato avviene nel tempo e nel luogo della dichiarazione di fallimento, ma non perché quest'ultima sia condizione di punibilità, bensì perché trattandosi di elemento esterno, qualificante l'oggetto della tutela penale, la fattispecie non sarebbe completa"[727]. Quindi, nonostante la considerazione primaria della dichiarazione di fallimento alla stregua di condizione di punibilità sia stata successivamente modificata, l'Autore ha continuato a sostenere che la declaratoria stessa consente di evidenziare il momento di consumazione del reato.

[725] DE SEMO G., *Sul reato…*, cit., c. 88;
[726] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., pp. 201-202;
[727] PROVINCIALI R., *Trattato…*, cit., p. 2684;

All'esordio degli anni Settanta è intervenuto anche LA MONICA[728] attraverso la formulazione del proprio orientamento relativo, in generale, al reato di ricorso abusivo al credito e, in particolare, alla questione ivi dibattuta. L'Autore si occupa, come prima cosa, di effettuare una breve panoramica delle determinazioni poste in essere dagli altri esponenti della dottrina, indicando che i giuristi che escludono che la sentenza dichiarativa di fallimento possa configurarsi alla stregua di condizione obiettiva di punibilità, individuano la consumazione del reato in esame nel momento e nel luogo in cui il credito sia stato ottenuto grazie all'abile attività di dissimulazione del soggetto attivo. Per coloro che, invece, intendono la fattispecie analizzata alla stregua di vero e proprio reato fallimentare, si possono individuare due soluzioni differenti: la prima, che identifica il momento consumativo all'atto dell'emanazione della declaratoria suddetta, e la seconda, che intende riferire tale consumazione, in ogni caso, all'istante nel quale si sono perfezionati i fatti criminosi. L'Autore è, invece, incline a prospettare un'ulteriore soluzione, basata sulla precedentemente esaminata distinzione tra reato pre e post fallimentare. Infatti, si è visto come l'Autore abbia interpretato l'espressione inserita all'interno della norma *"ricorre o continua a ricorrere"* come riferibile a due differenti modalità di commissione del reato di ricorso abusivo al credito: la prima relativa al reato prefallimentare, la seconda alla fattispecie postfallimentare. Da questo presupposto, esso fa discendere una particolare conseguenza per la quale "il ricorso abusivo al credito è inequivocabilmente costruito come reato fallimentare, consumabile sia prima che dopo la dichiarazione di fallimento. In ogni caso, il collegamento con la sentenza dichiarativa di fallimento è così stretto che, come per gli altri reati fallimentari, essa deve essere costruita come condizione obiettiva di punibilità allorché il reato sia consumato prima del giudiziale accertamento dello stato di insolvenza"[729]; in altri termini, grazie all'ammissione della possibilità di commettere il reato analizzato sia prima sia dopo la declaratoria di fallimento, l'Autore determina la necessità di prendere in considerazione, come indice relativo al momento della consumazione del fatto previsto dalla norma, la condotta del soggetto attivo che riesca ad ottenere la stipulazione dell'accordo di credito; quindi esso specifica che "il momento consumativo va indicato nel tempo e nel luogo in cui siano stati compiutamente realizzati i fatti integranti la fattispecie criminosa"[730], cioè, in questo caso, l'attività di ricorso al credito, che si integra nel momento in cui il soggetto ottenga l'accordo con il potenziale creditore.

[728] LA MONICA M., *I reati…*, cit., pp. 515 ss.;
[729] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 515;
[730] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 526;

Durante gli anni Novanta si è espresso sul punto anche SANDRELLI [731] il quale si occupa di esplicare non soltanto il proprio punto di vista, ma anche di porre in essere una breve panoramica generale relativa ai differenti orientamenti riferiti al momento consumativo. In modo particolare, esso indica che coloro che ritengono necessaria la dichiarazione di fallimento fanno coincidere, per lo più, la consumazione con il provvedimento giudiziario citato. I soggetti che, invece, sostengono l'orientamento contrario riconducono al perfezionamento della condotta la consumazione del reato.
In riferimento a ciò esso aggiunge che riferendosi alle fattispecie societarie di ricorso abusivo al credito si deve individuare il momento consumativo nell'istante in cui viene emanata la sentenza di fallimento; nel caso di imprenditore individuale non dichiarato fallito, si ha la consumazione al compimento concreto della condotta ed in modo particolare nel tempo e nel luogo nel quale si realizza l'incontro negoziale della volontà delle parti, quindi, anche per tale Autore, non è necessario che il soggetto ricorrente al credito ottenga materialmente la somma di denaro o i beni per determinare l'integrazione della fattispecie criminosa.

Molto più recentemente si colloca l'orientamento di GALGANO [732]; l'Autore si occupa, come prima cosa, di specificare il principio per il quale l'elemento materiale del reato di ricorso abusivo al credito è costituito dalla corresponsione, totale o parziale, del credito da parte del soggetto passivo.
Successivamente esso, ricordando la propria posizione favorevole alla individuazione del carattere necessario della dichiarazione di fallimento al fine dell'integrazione della fattispecie, indica la possibile collocazione nel momento dell'emanazione di tale sentenza della consumazione del reato in esame, equiparando la configurazione di tale delitto a quella della bancarotta prefallimentare.

Nel medesimo periodo si può collocare anche l'espressione dell'orientamento di ANTOLISEI [733], il quale sostiene, come prima cosa, la necessità dell'intervento della sentenza di fallimento allo scopo di sanzionare il soggetto attivo del reato in esame; da questa preliminare considerazione, ovviamente, si può far derivare il principio per il quale "il momento consumativo del reato va ravvisato nel tempo e nel luogo in cui si verifica il fallimento, secondo i principi già seguiti per la bancarotta" [734]. Perciò, al pari di Galgano, anche Antolisei

[731] SANDRELLI G.G., *I reati..*,cit., .pp. 14-15;
[732] GALGANO F., *Trattato…*, cit., p. 583;
[733] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., pp. 181-182;
[734] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 181;

effettua una attenta valutazione relativa al ricorso abusivo al credito equiparando la sua commissione a quella che può essere individuata in ordine all'ipotesi di bancarotta prefallimentare.

Molto sinteticamente esprimono la propria opinione a riguardo, negli anni più recenti sia PALAZZO sia DI AMATO.
Il primo si occupa di indicare che "non è necessario che si verifichi il danno per il creditore ingannato, il reato si consuma con il conseguimento del credito, ed anche se non vi siano stati ancora il materiale versamento di denaro o la consegna della merce" [735]; allo stesso modo si esprime anche il secondo Autore, specificando che "non essendo richiesta per la sussistenza del reato la dichiarazione di fallimento, il momento consumativo è individuabile in quello nel quale il credito è ottenuto"[736].

Infine, l'orientamento più recente è riconducibile a CERQUA[737], il quale, ritenendo necessario l'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento allo scopo di integrare il reato di ricorso abusivo al credito, indica che la fattispecie in esame, per forza di cose, si perfeziona alla data della emanazione della declaratoria presa in considerazione.

L'orientamento della Corte di Cassazione, come si è potuto notare *supra*, si è modificato sul punto con il passare del tempo, soprattutto in ragione di una differente concezione relativa alla necessità della dichiarazione di fallimento allo scopo di determinare la puniblità del reato in esame.
Si è visto che durante gli anni Cinquanta e Sessanta la Corte era favorevole all'esclusione della necessaria dichiarazione di fallimento; da questo presupposto derivavano conseguenze anche in relazione al momento consumativo del reato; infatti, essa dichiarava che "Il ricorso abusivo al credito non è vincolato o condizionato alla dichiarazione di fallimento e si consuma nel luogo ove si verifica l'evento"[738], orientamento ribadito anche in una serie di successive pronunce, come nella seguente all'interno della quale la Corte indica che "La dichiarazione di fallimento non costituisce elemento richiesto per la punibilità del delitto previsto dall'articolo 218 Legge Fallimentare, nel senso che tale reato non è condizionato al

[735] PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario....*,cit., p. 956;
[736] DI AMATO A., *Diritto penale…*, cit., p. 219;
[737] CERQUA L.D., *Il ricorso…*, cit., p. 59;
[738] Citazione tratta dalla sentenza di Cassazione penale, sezione I, del 30 giugno 1958, in *Giust. Pen.*, 1959, II, c. 167;

fatto che l'imprenditore sia stato dichiarato fallito. L'oggettività giuridica, la qualità del soggetto attivo, la differenza con il delitto di cui all'articolo 641 c.p. sono elementi che convincono per l'autonomia dell'articolo 218 rispetto agli altri reati fallimentari"[739].

Successivamente, almeno fino agli anni Novanta, l'orientamento della Cassazione non è mutato sul punto, in quanto la Corte ha continuato sostenere che "ai fini della punibilità del reato previsto dall'art. 218, l. fall., in tema di ricorso abusivo al credito, non è richiesto, quale presupposto e condizione di punibilità, lo status di fallito dell'imprenditore commerciale"[740], aggiungendo che "per la punibilità del reato di cui all'art. 218 l. fall. non necessita la sentenza dichiarativa di fallimento dell'imprenditore commerciale, poiché il ricorso abusivo al credito non può essere ritenuto illecito di natura fallimentare" [741] , per arrivare ad una pronuncia, successiva alle precedenti ed emanata durante gli anni Novanta, all'interno della quale si indica che "Il reato di ricorso abusivo al credito […] non richiede, per la sua configurabilità, che il soggetto al quale esso viene addebitato sia dichiarato fallito; ragione per cui il momento consumativo di detto reato è individuabile in quello nel quale il credito viene ottenuto e non in

---

[739] Citazione dalla sentenza di Cassazione penale, sezione III, 20 ottobre 1965, in *Giust. Pen.*, 1966, II, c. 1227; allo stesso modo alcune altre sentenze, quali: Cassazione penale, sezione III, 22 giugno 1961, in *Cass. Pen.*, 1961, pp.786-787 nella quale si dispone che *"se la dichiarazione di fallimento non è elemento costitutivo del reato di ricorso abusivo al credito commesso dall'imprenditore commerciale di cui all'art. 218 Legge Fallimentare lo è per l'analogo reato di cui all'art. 225 stessa legge, dcommesso dall'amministratore o direttore di una società commerciale, cosicché la consumazione di questo si ha alla data della sentenza dichiarativa di fallimento" ;* Cassazione penale, sezione III, 29 ottobre 1965, in *Cass. Pen.*, 1966, p.480; Cassazione penale, sezione V, 6 maggio 1968, in *Cass. Pen.*, 1969, p. 708 nella quale si indica: *"Nessuna influenza può spiegare sulla configurabilità del reato di ricorso abusivo al credito la conoscenza o meno, da parte dell'autore, della dichiarazione, al momento della commissione del fatto, del suo fallimento";*

[740] Così la sentenza della Cassazione penale, del 22 dicembre 1987, pubblicata in *Riv. pen*., 1989, p. 54;

[741] Così la sentenza della Cassazione penale, del 26 ottobre 1988, pubblicata in *Riv. pen. Econ*., 1990, p. 207; la Corte aggiunge anche una specificazione riferita al foro competente per il procedimento relativo al reato; infatti, essa indica che *"il foro di competenza si radica nel luogo del commesso reato e non dove è stata pronunziata la sentenza dichiarativa di insolvenza"*; la presente sentenza era stata preceduta, due giorni prima, da un'ulteriore pronuncia della Cassazione, nella quale la Corte aveva indicato che *"La dichiarazione di fallimento non costituisce elemento richiesto per la punibilità del reato previsto dall'art. 218 l. fall. (ricorso abusivo al credito) nel senso che tale illecito non è condizionato al fatto che l'imprenditore sia stato dichiarato fallito: l'oggettività giuridica, la qualità del soggetto attivo, la differenza con il delitto di insolvenza fraudolenta sono elementi distintivi degli altri reati fallimentari; trattasi, infatti, di reato che offende in via immediata il patrimonio del nuovo creditore, a differenza dell'art. 217 l. fall., che lede l'interesse processuale alla conservazione dell'attivo; mentre l'art. 218 parla di imprenditore in dissesto, gli art. 216 e 217 esplicitamente richiedono la condizione che si tratti di imprenditore che sia stato dichiarato fallito, e ciò in rapporto anche ai presupposti differenti dei delitti (il dissesto del commerciante nel primo, il fallimento nel secondo)"* (Cassazione penale, 24 ottobre 1988, pubblicata in *Cass. pen*., 1990, I, p. 331); appartengono al medesimo periodo anche le seguenti pronunce (antecedenti rispetto a quella appena citata) Cassazione penale, sezione V, 11 febbraio 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, pp. 54-55 nella quale si stabilisce che *"Ai fini della punibilità del reato previsto dall'articolo 218 Legge Fallimentare, in tema di ricorso abusivo al credito, non è richiesto quale presupposto e condizione di punibilità lo status di fallito dell'imprenditore commerciale"*; Cassazione penale, sezione I, 12 novembre 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, p. 864 nella quale la Corte effettua anche un confronto tra le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare e quelle degli articoli 216 e 217 indicando che *"mentre l'art. 218 parla di imprenditore in dissesto, gli artt. 216 e 217 esplicitamente richiedono la condizione che si tratti di imprenditore che sia stato dichiarato fallito, e ciò in rapporto anche ai presupposti differenti dei delitti (il dissesto del commerciante nel primo, il fallimento nel secondo)";*;

quello dell'eventuale declaratoria di fallimento"[742]; molte altre sentenze, appartenenti al medesimo periodo, recano le medesime conclusioni[743].

Le pronunce più recenti, invece, recano soluzioni leggermente distinte sul punto; si possono considerare, in modo specifico, due sentenze emanate negli ultimi anni dalla Cassazione, la prima del 2004, quindi precedente alla riforma, la seconda del 2007. All'interno della sentenza più risalente la Corte specifica che "La differenza tra l'ipotesi di bancarotta post - fallimentare, disciplinata dal comma Il dell'articolo 216 della legge fallimentare, e quella prevista dall'articolo 218 della stessa legge è, infatti, evidente. Con la prima vengono sanzionati i comportamenti distrattivi propri della bancarotta patrimoniale compiuti dall'imprenditore dopo la dichiarazione di fallimento. […] Il ricorso abusivo al credito è ipotesi di reato del tutto differente; si tratta dell'imprenditore non ancora dichiarato fallito che, dissimulando il proprio stato di dissesto, ricorra al credito"[744]; la pronuncia successiva vede la conferma del medesimo orientamento; infatti, in essa si indica che: "deve rilevarsi che il reato di cui alla L. Fall., art. 218 (compreso nel capo dei "reati commessi dal fallito") sanziona il ricorso al credito da parte dell'imprenditore non ancora fallito che, a tal fine dissimuli lo stato di dissesto. Peraltro il reato richiede che il soggetto al quale esso viene addebitato sia successivamente dichiarato fallito"[745]; quindi, la seconda sentenza vede la richiesta, in questo caso esplicitata, della successiva declaratoria di fallimento allo scopo di addebitare al soggetto attivo la commissione del reato in esame, anche se la condotta può essere costituita antecedentemente rispetto alla emanazione della sentenza stessa.

Per questi motivi, come si era già potuto specificare precedentemente, essendovi ormai un maggior favore della Suprema Corte ad individuare il reato in esame come perfezionato solo nel momento dell'ottenimento della sentenza di fallimento, si deve cogliere anche la preminenza di tale orientamento in relazione al momento consumativo del ricorso abusivo al credito.

i. Ammissibilità ed esclusione del tentativo: rilievi e critiche della dottrina

La relazione intercorrente tra dichiarazione di fallimento e momento consumativo del reato di ricorso abusivo al credito non è l'unica individuabile nell'analisi di tale fattispecie delittuosa,

[742] Citazione del contenuto della sentenza di Cassazione penale, sezione I, 9 giugno 1997, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1997, II, pp.1369-1370; successiva a tale pronuncia è quella della Cassazione penale del 22 luglio 1997 n. 4021, nella quale si afferma il medesimo principio;

[743] Come le seguenti sentenze: Cassazione penale, sezione V, 11 febbraio 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, pp. 54-55; Cassazione penale, sezione I, 12 novembre 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, p. 864;

[744] Cassazione penale , sezione V , 04 maggio 2004, n. 23796;

[745] Cassazione penale, sezione V, 6 marzo 2007, n. 13846;

in quanto il pensiero dottrinale relativo agli elementi appena richiamati consente anche di sottolineare la presenza una particolare influenza relativa alla configurabilità del tentativo riferita all'abusivo ricorso al credito.

Innanzitutto è bene effettuare una premessa in merito al tentativo nella commissione dei delitti. In modo particolare, infatti, nell'ordinamento italiano si possono evidenziare due principali forme di manifestazione del reato: la forma consumata e quella del mero tentativo; è necessario, tuttavia, riuscire ad individuare una specifica norma attraverso la quale essere sicuri di poter punire il soggetto attivo che, pur avendone l'intenzione, non risulta in grado di portare a totale compimento l'attività di commissione di un reato. Nella legislazione penale nazionale tale disposizione è contenuta all'interno dell'articolo 56 c.p. che, integrandosi con le previsioni normative di parte speciale che descrivono le singole fattispecie di delitto, dà vita ad altrettante nuove figure delittuose meno gravi rispetto a quelle "consumate". L'articolo richiamato prevede, infatti, al primo comma che:

"chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica"

Il contenuto di questa norma, consente, perciò di individuare la differenza principale tra delitto tentato e consumato: nel delitto tentato, infatti, l'azione non si compie (quindi non viene realizzata completamente nei reati di mera condotta) o l'evento non si verifica (quindi non si raggiunge il risultato necessario ai fini della punibilità per un reato di evento).
È ancora necessario sottolineare che rispetto al delitto consumato, il tentativo rappresenta un titolo autonomo di reato e non una circostanza attenuante, perciò da questo elemento deriva una particolare conseguenza sotto il profilo sanzionatorio: le disposizioni dell'articolo 56 comma secondo del c.p. prevedono, infatti, che il tentativo è punito con la pena stabilita per il delitto consumato diminuita da un terzo a due terzi, con una riduzione che, relativamente alla cornice edittale di riferimento per il delitto consumato, si potrà costituire come massima sulla pena minima e minima sulla pena massima[746] . A ciò fa eccezione solo il caso nel quale per il delitto consumato si preveda la pena dell'ergastolo, poiché, in tale situazione, per espressa

[746] Ad esempio se per il delitto consumato la legge commina la reclusione da uno a tre anni, la corrispondente ipotesi di tentativo sarà punita con la reclusione da quattro mesi a due anni;

previsione legislativa[747], il tentativo è punito con la reclusione da dodici a ventiquattro anni[748].

Successivamente rispetto a tale premessa è possibile passare all'esame della fattispecie di ricorso abusivo al credito e della configurabilità del tentativo, rispetto alla quale è consono considerare i differenti orientamenti della dottrina, il primo, favorevole alla ammissibilità del tentativo, il secondo diametralmente opposto.

Appartiene al primo schieramento dottrinale LA MONICA[749] il quale, per prima cosa, indica come la dottrina, in generale, esclude tale possibile forma di manifestazione del reato di ricorso abusivo al credito, in relazione o alla mancanza di un *iter criminis* specifico individuabile attraverso la lettura dell'articolo 218, oppure al fatto per il quale si indica l'illecito in esame alla stregua di fattispecie omissiva. Tuttavia, soprattutto in riferimento al secondo rilievo, l'Autore evidenzia il proprio disaccordo, poiché esso indica che "la dissimulazione del dissesto va intesa come una azione od una serie di azione e non coma una omissione"[750]; quindi, esso esclude del tutto al possibilità di parlare, a riguardo, di un reato meramente omissivo; questo, soprattutto per la concreta condotta di ricorso al credito, che non sarebbe relativa assolutamente ad una forma di omissione.
In relazione, perciò, a tali considerazioni, La Monica indica il proprio orientamento favorevole all'integrazione del tentativo anche per la fattispecie di ricorso abusivo al credito.

Successivamente anche SANDRELLI[751] si è occupato di esprimere il proprio parere favorevole a riguardo, indicando che si ferma alla soglia del tentativo il comportamento di una dissimulazione priva di effetto ingannatorio, ovvero di una richiesta di credito non accettata. Perciò, in questo caso, secondo l'Autore, il tentativo riguarderebbe, più che altro, la mancata riuscita dell'inganno che il soggetto attivo voleva porre in essere nei confronti del creditore potenzia.

---

[747] Ci si riferisce alle disposizioni dell'articolo 56 comma 2° e 23 comma 1° c.p.;
[748] La trattazione del tema generale del tentativo è stata effettuata grazie al testo di DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., pp. 249-251;
[749] LA MONICA M., *I reati…*, cit., pp. 525-526;
[750] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 526;
[751] SANDRELLI G. G., *I reati…*, cit., p. 15;

Più recentemente anche IMPERATO [752]si è occupato di determinare un orientamento aderente a quello qui esaminato. Esso argomenta la propria scelta indicando la possibilità di prospettare un frazionamento della condotta che consentirebbe, in relazione ad una commissione non ancora completa di essa, di ottenere una parziale "risposta" da parte del soggetto creditore; questo tipo di situazione non darebbe la possibilità di indicare come completamente consumato il reato, ma come semplicemente "iniziata" la sua realizzazione. Se il soggetto si blocca a tale "inizio", allora, si ha l'ipotizzabilità del mero tentativo in luogo del delitto consumato. In altri termini, se il soggetto attivo pone in essere solo parzialmente il suo comportamento illegittimo ed ottiene un limitato assenso da parte delle controparte contrattuale, integra, qualora non si occupi di proseguire nella commissione del reato, il semplice tentativo di ricorso.

In modo molto sintetico, nel medesimo periodo durante il quale scriveva Imperato, anche all'interno del testo di ANTOLISEI[753] si evidenziava la possibilità di configurare la commissione del reato di ricorso abusivo al credito nella mera forma del tentativo, senza ulteriori e particolari argomentazioni; altrettanto sinteticamente esprimevano, pochi anni dopo rispetto ad Antolisei, la propria opinione favorevole al presente orientamento due insigni giuristi quali PALAZZO[754] e CERQUA[755]. Essi, infatti, si limitavano a ribadire la possibile previsione del reato in esame anche alla stregua di semplice tentativo, senza nulla aggiungere.
Si riconduce al secondo orientamento dottrinale, essenzialmente minoritario, innanzitutto, l'opinione di DE SEMO[756] per il quale "non sembra giuridicamente possibile, nel caso specifico il tentativo, mancando nel ricorso abusivo al credito quell'artificio o raggiro, che rivelerebbe, come nella truffa, un reato *in itinere";* cioè, in altri termini, non potendosi configurare una condotta atta a preannunciare, attraverso il suo verificarsi e la sua protrazione nel tempo, il compimento successivo del reato in esame, l'Autore, confrontando l'articolo 218 Legge Fallimentare con la disposizione che prevede il reato di truffa, esclude la possibile configurazione del tentativo in concreto.

[752] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., pp. 585-586;
[753] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 180;
[754] PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario....*,cit., p. 958;
[755] CERQUA L.D., *Il ricorso…*, cit., p. 59;
[756] DE SEMO G. , *Sul reato...*, cit., c. 88;

Poco dopo rispetto a De Semo, anche PROVINCIALI[757] aderisce a tale tipo di orientamento, poiché esso indica che la possibilità giuridica del tentativo deve essere esclusa, non tanto, e con ciò si riferisce proprio al testo di De Semo, per il difetto dell' *iter criminis* "sui punti intermedi del quale potersi inserire il tentativo di reato"; questo perché per l'Autore sarebbe possibile comunque indicare che anche la stessa attività di dissimulazione potrebbe protrarsi nel tempo; inoltre, non sarebbe, secondo Provinciali, logico indicare che il tentativo si può escludere perché il reato si perfeziona nel momento del concretizzarsi della reticenza, poiché anche precedentemente rispetto ad essa si possono porre in essere atti preparatori idonei a configurare la fattispecie del tentativo.
La ragione vera e propria, perciò, per la quale esso esclude la possibile integrazione del delitto tentato è determinata dalla natura stessa del reato di ricorso abusivo al credito; infatti, l'Autore indica come tale fattispecie di delitto è omissiva e, perciò, non consente il frazionamento dell'azione, elemento fondamentale al fine di determinare la commissione di un reato in forma meramente tentata.

Grazie, perciò alle considerazioni dottrinali qui esaminate, si può comprendere che la maggior parte dei giuristi è favorevole alla possibile commissione, nella mera forma del tentativo, del reato in esame, ritenendo fallaci e poco fondate le argomentazioni apposte da parte del gruppo antitetico di giuristi.

i. La pena e le sanzioni accessorie

All'esordio della presente dissertazione è stata presa in considerazione la nuova "versione" delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, all'interno della quale sono state inserite anche previsioni differenti a livello sanzionatorio.
In modo particolare, la precedente normativa stabiliva che

"Salvo che il fatto costituisca un reato più grave, è punito con la reclusione fino a due anni l'imprenditore esercente un'attività commerciale che ricorre o continua a ricorrere al credito, dissimulando il proprio dissesto.

[757] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito.,* cit., p. 202;

Salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni"

Mentre l'attuale norma ha il seguente contenuto:

"Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La pena è aumentata nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al capo II, titolo III, parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Salve le altre pene accessorie di cui al libro I, titolo II, capo III, del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni"

Si possono, perciò, analizzare le precedenti ed attuali sanzioni relative al reato in esame, soprattutto evidenziando i cambiamenti intervenuti a causa della recente riforma.

L'originale formulazione della norma vedeva una sanzione generale, prevista per la commissione del reato "base", della reclusione fino a due anni. Tale caratteristica aveva destato, già durante gli anni Cinquanta alcune perplessità, che venivano espresse da parte di PROVINCIALI [758], il quale indicava come fosse singolare che il ricorso abusivo al credito venisse colpito con una sanzione più mite rispetto a quella determinata per la bancarotta , la quale, già in origine, veniva sanzionata attraverso l'applicazione di pene differenti; in modo particolare per la bancarotta fraudolenta si prevedeva, all'articolo 216 Legge Fallimentare che:

"È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che[…] È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. "

[758] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., pp. 202-203;

E per quanto riguardava la fattispecie della bancarotta semplice si prevedeva

"È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente […]"

Ciò che, più di tutto, "turbava" l'Autore era il fatto per il quale la sanzione prevista per la bancarotta era più grave a fronte di un reato che poteva essere punito, nella sua realizzazione pratica, anche qualora compiuto a titolo meramente colposo, contrariamente al reato predisposto dalla norma dell'articolo 218 Legge Fallimentare che veniva già nel 1942 sanzionato per la sua commissione "accompagnata" dal dolo di pericolo.
Di contro, però, Provinciali sottolineava che la punizione prescritta dalle disposizioni relative al ricorso abusivo al credito era più severa rispetto a quella determinata per l'insolvenza fraudolenta, non tanto per la predisposizione della sanzione detentiva, identica per entrambe le fattispecie, bensì con riferimento alla prospettabile possibilità, per i soggetti danneggiati in maniera indiretta e mediata, alla stregua di soggetti passivi, di esercitare un'azione risarcitoria contro il soggetto colpevole. Più che altro, come visto *supra,* l'Autore individuava l'opportunità di configurare il cagionamento di un danno di massa nei confronti della generalità dei creditori determinato per il ritardo costituito nella dichiarazione di fallimento e sanzionabile grazie all'azione posta in essere, a livello fallimentare, da parte del curatore. Inoltre, la pena relativa all'insolvenza fraudolenta risultava essere di più limitata rilevanza anche per la possibilità, individuata dall'articolo 641 c.p. di irrogare la multa fino a 516 euro e non soltanto la sanzione della reclusione.
Si prevedevano, inoltre, già nel 1942 delle sanzioni accessorie, alcune direttamente oggetto di previsione normativa fallimentare ("*l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni")* altre da individuarsi per rinvio alle norme del codice penale; esse erano (e sono, nonostante le modifiche apportate nel tempo da leggi successive di cui le più importanti si collocano a partire dagli anni Ottanta, come la legge n. 689 del 1981) determinate, in modo particolare all'interno del Capo III, Titolo II, Libro I, specificamente dagli articoli 28 e seguenti del codice penale. Ovviamente, nell'ambito imprenditoriale si può cogliere facilmente la forte incidenza di tali sanzioni accessorie, che non consentono lo svolgimento delle attività tipiche necessarie per l'amministrazione e gestione di un'impresa o di una società; esse sono, perciò molto più deterrenti rispetto alle pene principali disposte per il reato in esame.

Le sanzioni descritte non hanno dato luogo a particolari discussioni dottrinali, se non in relazione all'applicazione della precedente clausola di riserva, come si è potuto notare *supra*[759] e con riferimento al confronto tra le fattispecie spesso assimilate al ricorso abusivo al credito, come si vedrà all'interno del capitolo successivo.

Le nuove disposizioni consentono di evidenziare, però, alcune modificazioni all'interno della normativa in esame; come prima cosa, la sanzione base è oggi quella della *"reclusione da sei mesi a tre anni"*. Tale mutamento ha reso il reato penalmente più grave non solo per l'innalzamento del limite edittale massimo, ma anche per il fatto di aver predisposto un limite minimo molto più alto di quello precedente. Infatti, è necessario ricordare che qualora una disposizione di legge non prevede la sanzione della reclusione nel minimo, si applicano le disposizioni dell'articolo 23 del codice penale che stabilisce che:

"La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni"

Poiché, se tali limiti minimi e massimi non vincolano in modo assoluto il legislatore, che rimale libero, in relazione ai principi che regolano il sistema delle fonti, di prevedere limiti minimi più bassi o massimi più elevati, tali disposizioni hanno comunque la funzione fondamentale di integrare le comminatorie indeterminate di pena contenute nelle norme incriminatici, oltre al fondamentale "compito" di fissare dei limiti insuperabili per il giudice in sede di commisuarazione della pena, a meno che lo sforamento sia concesso da parte del legislatore, come previsto dalle disposizioni dell'articolo 132 c.p..
In considerazione di queste disposizioni generali, quindi, prima della riforma intervenuta recentemente era possibile, nei casi nei quali il reato in esame fosse stato commesso in circostanze che ne determinavano non una particolare gravità, anche comminare la lievissima sanzione della reclusione della durata di quindici giorni.
Al secondo comma dell'articolo 218 Legge Fallimentare si prevede, poi che:

"La pena è aumentata nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al capo II, titolo III, parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni"

[759] Specificamente all'interno del capitolo 2, paragrafo 1, lettera a), numero iv);

Le società soggette alle disposizioni richiamate sono individuate, in modo particolare, all'interno dell'articolo 119 del decreto considerato, che stabilisce

"Le disposizioni del presente capo si applicano, salvo che sia diversamente specificato, alle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea"

Quindi, in poche parole, alle società quotate in borsa.

Il fatto che l'aumento non sia previsto espressamente dalle disposizioni della Legge Fallimentare o da altre norme eventualmente richiamate, consente di applicare il contenuto dell'articolo 64 c.p. che stabilisce

"Quando ricorre una circostanza aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso.

Nondimeno, la pena della reclusione da applicare per effetto dell'aumento non può superare gli anni trenta"

Tale norma consente, perciò, di predisporre un aumento fino ad un terzo (e non fisso di un terzo) della sanzione che si sarebbe dovuta comminare per quella particolare forma di reato. Ovviamente, il giudice, nella commisurazione della pena, dovrà tenere in conto anche le aggravanti previste dalla Legge Fallimentare e le particolari attenuanti, entrambe oggetto di esame tra breve.

Il terzo comma dell'articolo 218 Legge Fallimentare non ha subito modificazioni contenutistiche, se non una, che a livello letterale ha visto semplicemente l'inversione dell'ordine dei richiami alle disposizioni relative alle sanzioni accessorie.

2. Le circostanze aggravanti e la circostanza attenuante

In relazione all'esame delle circostanze aggravanti e della circostanza attenuante devono essere prese in considerazione le disposizioni degli articoli 219 Legge Fallimentare e 221 della medesima legge.
In modo la norma dell'articolo 219 stabilisce che:

"Nel caso in cui i fatti previsti negli artt. 216, 217 e 218 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà.
Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate:
1) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati;
2) se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale.
Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo."

Si può notare come le disposizioni della norma appena richiamata facciano, preliminarmente, riferimento al danno patrimoniale di rilevante gravità; inoltre, anche il comma terzo indica la possibile riduzione delle sanzioni applicate nel caso in cui il danno abbia una particolare caratteristica, ivi evidenziata come quella della "speciale tenuità"; per questo motivo esso, ossia il danno, sarà il primo aspetto preso in considerazione.

a. La nozione di "danno patrimoniale"

Nel primo e nel terzo comma dell'articolo 219 la Legge Fallimentare configura, in relazione ai reati di bancarotta e di ricorso abusivo al credito, due circostanze oggettive ad effetto speciale[760], che si basano sulla particolare entità del danno patrimoniale.
Il carattere oggettivo delle circostanze si deduce dal contenuto delle disposizioni dell'articolo 70, comma primo, numero 1) del codice penale, all'interno del quale si stabilisce che

"Agli effetti della legge penale:
sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso"

In questo caso, com'e ovvio, si fa riferimento alla gravità del danno cagionato. L'effetto speciale delle circostanze si fa derivare dal contenuto dell'articolo 63 comma terzo del codice penale, all'interno del quale si prevede che

[760] Applicabili, secondo quanto stabilito dalla Cassazione penale all'interno della sentenza del 15 marzo 2000, in *Riv. Dir. Pen. Econ.,* 2000; p. 1080; anche ai coautori ed ai concorrenti nella commissione del reato;

"sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo"

Quindi, differentemente rispetto alle circostanze comuni, i commi individuati all'interno dell'articolo 219 determinano una variazione molto rilevante della quantità di pena prevista per il reato base: il danno patrimoniale di rilevante gravità comporta un aumento della sanzione fino alla metà, mentre essa diminuisce fino al terzo (e non perciò soltanto di un terzo) in caso di danno patrimoniale di speciale tenuità. Ecco perché si può indicare che in tali incriminazioni "il disvalore penale complessivo del fatto è fortemente condizionato dall'entità del danno patrimoniale cagionato"[761] ; specificamente, tale condizionamento è molto più forte rispetto a quanto si potrebbe prevedere in applicazione delle disposizioni dell'articolo 61 numero 7 e 62 numero 4 del codice penale che si riferiscono ai delitti che "comunque offendono il patrimonio", "determinati da motivi di lucro" oppure "contro il patrimonio". Questo anche perché all'interno dell'articolo 219 non si prendono in considerazione solo i danni cagionati alla persona offesa ma anche quelli determinati anche nei confronti di terzi soggetti, non essendovi una specificazione nel primo senso interpretativo[762].

Si è accennato al fatto che tali circostanze sono speciali, in quanto possono essere applicate soltanto ai reati richiamati all'interno della norma al primo comma. Questo consentirebbe di escludere la possibilità di applicare le corrispondenti circostanze comuni previste agli articoli 61 n. 7 e 62 n. 4 in relazione, innanzitutto, al principio della c.d. specialità in concreto[763] , poiché le circostanze del primo e terzo comma dell'articolo 219 sono speciali per ambito di applicazione; tuttavia esse non lo sono rispetto agli articoli 61 e 62 per contenuto e materia disciplinare[764]. In altri termini, il rapporto fra questi gruppi di circostanze non è di specialità in astratto bensì in concreto[765], in modo particolare di specialità reciproca, poiché le circostanze degli articoli 61 e 62 prendono in considerazione il danno patrimoniale cagionato,

---

[761] SGUBBI F.., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 203;
[762] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 203;
[763] Desumibile dalle disposizioni dell'articolo 15 c.p. per il quale *"quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito";* intendendosi come speciale una norma che descrive, rispetto ad un'altra disposizione, tutti gli elementi del fatto contemplato dall'altra e, inoltre, uno o più elementi specializzanti.
[764] *Contra* IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, cit., p.586, il quale si occupa di indicare esplicitamente che le circostanze previste all'interno dell'articolo 219 comma 1° e 3° sono circostanze ad effetto speciale e "si pongono in rapporto di specialità rispetto alle corrispondenti circostanze comuni di cui agli articoli 61 e 62, parimenti fondate come sono sul danno patrimoniale cagionato";
[765] Anche se nel testo di PAJARDI P., COLESANTI V., *Codice del fallimento…*, cit., pp. 1345-1346, si accenna ad una vera e propria forma di concorso apparente di norme al quale applicare le disposizioni dell'articolo 15 del codice penale; lo stesso tipo di affermazione si ritrovava in precedenza nel testo di CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit. pp. 337-338 e nella sentenza di Cassazione penale del 4 giugno 1986, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 918;

come già accennato, al soggetto offeso, elemento che le specializza per contenuto rispetto all'articolo 219 che si riferisce, invece, a qualsiasi soggetto destinatario o indirettamente "toccato" dal danno; di contro, la norma della Legge Fallimentare è speciale, rispetto alle prime per ambito applicativo, poiché il suo concreto utilizzo viene limitato alle ipotesi normative richiamate all'interno del suo stesso primo comma; ecco perché l'articolo 219 si applica in luogo delle norme riferite alle circostanze del codice penale richiamate, in quanto esse sono riferite ad ipotesi già predisposte, e adeguatamente disciplinate, dalla norma in esame all'interno della Legge Fallimentare[766], ma non esclude, ad esempio, l'applicabilità delle disposizioni dell'articolo 62 n. 6 del medesimo codice[767] [768] [769].

Si deve ancora ricordare che con il particolare riferimento alla "specialità in concreto" si allude ad un rapporto tra norme che "pur descrivendo modelli legali dei reato tra i quali non intercorre un rapporto strutturale di specialità, ricomprendendo entrambe un medesimo fatto concreto in ragione delle particolari modalità con le quali quel fatto è stato realizzato"[770]; in modo particolare la specialità in concreto può essere basata, in questo caso, sulla differenza nella gravità della sanzione applicata per il reato[771]. Si parla di specialità reciproca, invece, nel caso in cui due norme descrivono fatti di reato che vedono la presenza, all'interno della prima norma, accanto ad un nucleo di elementi comuni, una serie di elementi, specifici e generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra[772].

---

[766] Poiché il loro contenuto, riferito al danno patrimoniale di rilevante gravità o di speciale tenuità, è lo stesso di quello dell'articolo 219 ai commi primo e terzo;

[767] L'ammissibilità dell'applicazione di questa norma anche nel caso di commissione del reato di ricorso abusivo al credito viene esplicitamente sottolineata da SANDRELLI G.G., in *I reati…*, cit., p. 21;

[768] Questo assunto sarebbe ammissibile per PAJARDI P., in PAJARDI P., COLESANTI V., *Codice del fallimento…*, cit., p. 1345; con riferimento alle disposizioni dell'articolo 16 c.p. all'interno del quale si stabilisce che *"Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti";* in modo particolare, questa disposizione consentirebbe l'applicazione, anche in relazione al reato di ricorso abusivo al credito circostanziato delle circostanze comuni compatibili in concreto con l'articolo 219 Legge Fallimentare;

[769] Tre sentenze della Corte di Cassazione, anche se risalenti agli anni Ottanta, consentono di suffragare tale affermazione in quanto in esse si afferma che *"I reati previsti dalla legge fallimentare, siccome connessi con la struttura del fallimento, sono sottratti alla disciplina comune del codice penale e sono regolati dalla legge fallimentare sia per quanto riguarda l'identificazione degli elementi costitutivi dei reati, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, sia per quanto riguarda le circostanze aggravanti ed attenuanti"* (Cassazione penale, 10 luglio 1985, in *Giust. pen.*, 1986, II, p.356; Cassazione penale, 26 febbraio 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 376); la terza, del gennaio del 1986, recava la decisione per la quale *"In tema di bancarotta, ricorrendo il danno di speciale tenuità, si applica l'attenuante prevista dalla norma fallimentare, la quale, come disposizione speciale, prevale su quella prevista dal codice penale"* (Cassazione penale, 20 gennaio 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p.376);

[770] DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., pp. 294-295;

[771] Anche se nel testo di DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., p. 295 si contesta la riconduzione all'articolo 15 c.p. della specialità in concreto in ragione del fatto che la sanzione , e la sua gravità, non hanno nulla a che fare con la specialità tra norme;

[772] Definizione di DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., p. 295;

Dopo questa breve digressione relativa al carattere generale delle circostanze previste dall'articolo 219 Legge Fallimentare è possibile affrontare il tema della nozione di "danno patrimoniale" in modo specifico.

Per "danno patrimoniale", a livello generale, si intende il "nocumento cagionato al patrimonio, ossia al complesso dei beni o diritti di cui un soggetto è titolare"[773]; il bene danneggiato, perciò, deve avere natura patrimoniale, perché deve poter adeguatamente essere ricompreso all'interno degli elementi che possono costituire il patrimonio di un'impresa, di una società o anche di un singolo soggetto: ad esempio non rientra in tale nozione il danno cagionato all'immagine, all'onore, al decoro e in generale ai cc.dd. diritti della personalità, in quanto essi non possono essere, ad esempio, oggetto di alienazione, di costituzione contrattuale e così via. Tuttavia, la commisurazione del danno patrimoniale non vene effettuata in relazione all'entità del risarcimento eventuale che dev'essere corrisposto, poiché, come si è visto con riguardo alla responsabilità extracontrattuale, il risarcimento viene spesso riconosciuto anche con riferimento a danni meramente "esistenziali"[774].

Inoltre, è necessario sottolineare che il danno patrimoniale ivi preso in considerazione è figura autonoma rispetto al pregiudizio che può essere l'oggetto di riferimento per un risarcimento civilistico; infatti, siccome l'entità del danno consente di determinare l'applicabilità di una circostanza penale relativa ad un particolare reato, il pregiudizio cagionato deve essere intimamente legato proprio alla commissione del reato di riferimento[775] [776], in questo caso all'integrazione del ricorso abusivo al credito, dal quale deve direttamente scaturire; in altri termini, ciò che è importante al fine di identificare l'entità del danno è la grandezza del pregiudizio patrimoniale direttamente determinato dal fatto-reato[777], e non la misura del

---

[773] SGUBBI F.., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 205; così, in precedenza, anche CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., p. 335;

[774] Diametralmente ed esplicitamente opposta rispetto a tale opinione è la tesi di ZAGREBELSKY G., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario....*, cit., p. 959; per il quale il danno risarcibile è da valutarsi prendendo in considerazione i criteri civilistici dovendosi escludere che si tratti del c.d. danno criminale o offesa; l'Autore esprime tale opinione in due testi differenti, il primo pubblicato in *dir. Proc. Pen.*, 1966, pp. 555-556; il secondo all'interno della medesima rivista del 1969, pp. 966-967;

[775] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 205;

[776] Così anche la sentenza della Cassazione penale, della Sezione V, del 3 giugno 1998, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 300, nella quale si indicava, in relazione alla bancarotta, che "*l'entità obiettiva del danno provocato dai fatti configuranti bancarotta patrimoniale va commisurata al valore complessivo dei beni che sono stati sottratti all'esecuzione concorsuale, piuttosto che al pregiudizio sofferto da ciascun partecipante al piano di riparto dell'attivo, ed indipendentemente dalla relazione all'importo globale del passivo";*

[777] Così alcune sentenze della Corte di Cassazione: Cassazione penale, 7 ottobre 1981, in *Cass. Pen.*, 1983, p. 993; Cassazione penale, 1° febbraio 1983, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 694; Cassazione penale, 3 marzo 1983, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 2060; Cassazione penale, 19 dicembre 1984, in *Riv. Pen.*, 1985, p. 925; Cassazione penale, 3 gennaio 1985, in *Riv. Pen.*, 1986, p. 116; Cassazione penale, 16 aprile 1986,, in *Riv. Pen.*, 1987, p. 376; Cassazione penale, 21 novembre 1989, in *Riv. Pen.*, 1991, p. 217; Cassazione penale, sezione V, 15 marzo 2000; nella quale si specifica che "*La attenuante prevista dall'art. 219, 3º comma legge fallimentare (aver cagionato danno patrimoniale di speciale tenuità) ha natura oggettiva, in quanto il danno è quello prodotto dal*

risarcimento patrimoniale, che si può riferire anche a danni non patrimoniali o a lesioni inferte a diritti non considerabili tali.

Ecco perché la ampiezza del pregiudizio considerato deve essere individuata con riferimento alle conseguenze prodotte dalla condotta illecita posta in essere, tralasciando, ad esempio, l'entità del deficit dell'impresa, lo sbilancio tra attivo e passivo rilevato all'interno della procedura concorsuale e così via. In altri termini, ivi si deve avere riguardo non al danno causato dal fallimento, cioè all'entità del passivo[778], bensì alla diminuzione patrimoniale immediatamente cagionata ai creditori[779]. Perciò, può verificarsi il caso per il quale il fallimento presenta un notevole passivo ed, invece, il delitto ha provocato un danno di speciale tenuità, come, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'imprenditore dichiarato fallito abbia predisposto la richiesta di un credito di modesta entità [780].

---

fatto-reato "; Cassazione penale 10 ottobre 2000, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 3533; Cassazione, sezione V, 4 giugno 2001, in *Guida al dir*., 2001, fasc. 46, p. 69;

[778] Anche se la Cassazione ha espresso, in una particolare sentenza, un differente parere, indicando che "*il danno patrimoniale deve essere valutato con riferimento all'entità del passivo, avuto riguardo alle dimensione dell'impresa, alla natura delle operazioni, nonché al periodo di tempo nel quale il dissesto si è manifestato*" (Cassazione penale, Sezione V, 18 giugno 1997, n. 7825, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 3418); già in precedenza la Cassazione si era espressa in questo senso, all'interno delle sentenze di Cassazione penale, Sezione V., 28 gennaio 1985, in *Giust. Pen.*, 1986, II, c. 22; Cassazione penale, Sezione V., 21 novembre 1989, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 2046; più di recente, invece, la Cassazione ha ulteriormente indicato che *"ai fini della concessione dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, prevista dall'art. 219, 3º comma, legge fall., fermo restando che la valutazione deve riguardare il pregiudizio economico arrecato ai creditori dai fatti di bancarotta, tuttavia non può prescindersi dal considerare anche le dimensioni dell'impresa, il movimento degli affari e l'ammontare dell'attivo e del passivo"* (Cassazione penale, Sezione V, 9 aprile 2003, in *Cass. Pen. Rep.*, 2003, voce Bancarotta, n. 60 ; in senso contrario, invece, Cassazione penale, 6 gennaio 1981, in *Fallimento*, 1981, p.507; nella quale si indica che *"Ai fini dell'applicazione dell'art. 219 l. fall. deve aversi riguardo non al danno causato dal fallimento ossia all'entità del passivo o alla differenza tra attivo e passivo, bensì alla diminuzione patrimoniale cagionata direttamente ai creditori";* Cassazione penale, 7 ottobre 1981, in *Riv. pen.*, 1982, p.635; nella quale, con specifico riguardo al reato di bancarotta, si indica che *"Nel valutare il danno, ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante o aggravante di cui all'art. 219 l. fall., deve aversi riguardo non al danno causato dal fallimento, ma a quello derivato dal fatto di bancarotta; invero, è questo il fatto che costituisce l'illecito penale, non il fallimento in sé considerato; occorre quindi riferirsi, nella valutazione del danno, non alla entità del passivo o alla differenza tra attivo e passivo, bensì alla diminuzione patrimoniale cagionata direttamente ai creditori dal fatto di bancarotta, per esempio dalla distrazione dei beni";* Cassazione penale, 18 febbraio 1983, in *Giust. pen*., 1983, II, p.716; Cassazione penale, 19ottobre 1983, in *Giust. pen.*, 1984, II,p. 475; Cassazione penale, 6 novembre 1984, in *Riv. pen*., 1986, p.116; Cassazione penale, 14 febbraio 1986, in *Riv. pen*., 1987, p. 376; Cassazione penale, 27 novembre 1984, in *Giust. pen*., 1985, II, p. 398; Cassazione penale, 5 giugno 1988, in *Dir. fallim*., 1989, II, p.103; Cassazione penale, Sezione I, 27 settembre 1993, in *Cass. Pen. Rep.*, 1994, voce Bancarotta , n. 52; Cassazione penale, Sezione V, 3 giugno 1998, in *Cass. Pen. Rep.*, 1999, voce Bancarotta , n. 54; Cassazione penale, Sezione I, 10 ottobre 2000, in *Cass. Pen. Rep.*, 2001, voce Bancarotta, n. 41;

[779] Così DI AMATO A., *Diritto penale…*, cit., pp. 220-221; a favore della propria teoria l'Autore cita una sentenza, non recente, della Cassazione penale, del 10 ottobre 1978, in *Giust. Pen.*, 1979, II, c. 197; ma si occupa anche di prendere in considerazione un'opinione contraria che vede la necessità di fare riferimento all'entità del passivo, tenuto conto delle dimensioni dell'impresa; tale orientamento è rilevabile dalla pronuncia, più recente rispetto a quella precedente, della Cassazione penale del 18 giugno del 1997; SGUBBI, a riguardo, richiama ulteriori pronunce della conrte di cassazione, relative agli anni Ottanta: Cassazione penale, Sezione V, 12 ottobre 1984, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 1484; Cassazione penale, Sezione V, 16 aprile 1986, in *Riv. Pen.*, 1987, p. 376;

[780] Così COCCO G., *La bancarotta preferenziale*, Napoli, Jovene, 1987, p. 197;

A riguardo può essere interessante considerare come si interpretavano le disposizioni dell'articolo 219 molto tempo prima rispetto all'epoca attuale.

L'elemento della valutazione è stato, nel passato, oggetto, infatti, di una specifica analisi posta in essere dal parte di CANINO[781], il quale ha costituito, molto tempo prima rispetto agli autori citati nella parte precedente del testo, un commento alla sentenza della Cassazione penale, del 20 maggio 1957 [782], all'interno della quale si affermava che ai fini dell'applicazione dell'articolo 219 Legge Fallimentare il danno non doveva essere rappresentato dalla differenza tra attivo e passivo, bensì dalla diminuzione di attivo causata dal fatto realizzato; tale sentenza, rispetto a quelle precedenti, perciò, avrebbe potuto rappresentare una svolta in relazione al pensiero della Suprema Corte. Di contro, una pronuncia di poco precedente[783] affermava che lo stesso danno doveva valutarsi in rapporto alla massa passiva.

L'Autore individuava un proprio orientamento favorevole rispetto alla tesi espressa dalla Cassazione sulla base di differenti argomentazioni; come prima cosa, esso evidenziava il dato letterale della disposizione all'interno della quale si indicava che

"Nel caso in cui i fatti previsti negli artt. 216, 217 e 218 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà
[…] Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo."

Queste espressioni, secondo l'Autore, volevano indicare l'intenzione del legislatore di ancorare la valutazione del danno al pregiudizio in concreto arrecato dai singoli fatti costituenti i reati.

Successivamente, esso si occupava di sottolineare che tale indirizzo esegetico poteva trovare ulteriore conforto nella stessa *ratio legis* della norma. In modo particolare, esso specificava che non poteva negarsi che, tolta la differente misura della pena, le aggravanti e le attenuanti previste dall'articolo 219 Legge Fallimentare ricalcavano il contenuto delle disposizioni degli articoli 61 n. 7 e 62 n. 4 del codice penale. In relazione a ciò, non si poteva escludere che le ragioni di politica criminale che si trovavano alla base di tali attenuanti ed aggravanti, suffragavano la tesi esposta, in quanto, se effettivamente il parallelo tra Legge Fallimentare e

[781] CANINO A., *Sulla valutazione del danno ai fini dell'art. 219 Legge Fallimentare,* in *Giust. Pen.,* 1958, II, cc. 187 ss.;
[782] Pubblicata in *Giust. Pen.,* 1057, II, p. 712;
[783] Si fa riferimento alla sentenza della Cassazione penale, Sezione III, del 29 marzo 1957, in *Giust. Pen.,* 1957, II, c. 732;

codice esisteva, siccome per l'applicazione delle norme del codice penale l'indice considerato in concreto era quello del danno direttamente cagionato in relazione al patrimonio del soggetto passivo, tale indice doveva essere correlativamente utilizzato anche per l'applicazione delle disposizioni della Legge Fallimentare.
Un ulteriore argomento che veniva fatto valere da Canino era desunto dal principio di causalità affermato dalle disposizioni dell'articolo 40 c.p., poiché, esso sosteneva che se era assolutamente assodato che nessuno poteva esser punito per il verificarsi di un evento che non fosse conseguenza della sua azione od omissione, lo stesso criterio si doveva utilizzare anche per il *quantum* relativo all'evento verificatosi; in altri termini, anche lo stesso valore della lesione arrecata al terzo poteva essere attribuito al supposto autore del reato solo se fosse stato originato direttamente dalla sua azione od omissione.
In relazione a tutta questa serie di considerazioni, perciò, l'Autore concludeva indicando che "il far carico all'autore del reato concorsuale l'aggravante o l'attenuante prevista dall'articolo 219 a seconda della maggiore o minore consistenza patrimoniale del passivo significa obliterare nella materia il principio di causalità, ponendo a carico dell'agente un fatto estraneo al suo illecito penale, come è la consistenza del passivo fallimentare"[784]; in altri termini, esso specificava che appoggiare la soluzione opposta avrebbe consentito di violare un fondamentale principio, quale è quello di causalità, inserito all'interno delle norme del codice penale.

Per ritornare ai "giorni nostri" è necessario ancora aggiungere che tale pregiudizio deve essere visto come dato naturalistico, come conseguenza dannosa derivante dall'attività illecita; non possono essere presi in considerazione indici prettamente civilistici quali la prevedibilità del danno da parte del soggetto danneggiato (che a livello civilistico limita l'entità del danno risarcibile) o il riferimento al lucro cessante; questo si esclude, essenzialmente, in quanto tali elementi si riferiscono al momento risarcitorio del pregiudizio e non alla determinazione della gravità del disvalore penalistico intrinseco del delitto considerato[785].

In secondo luogo il danno patrimoniale deve essere conseguenza immediata e diretta del fatto di reato; questo può dedursi anche dalle disposizioni dell'articolo 1223 c.c. che indica

[784] CANINO A., *Sulla valutazione…*, cit., c. 189;
[785] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., p. 206;

"Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta"

E dal contenuto dell'articolo 2056 c.c. che stabilisce che

"il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227"

Tale insieme di elementi consente di "non dare rilievo a vicende successive alla condotta che non siano collocate nella figura delle conseguenze immediate e dirette"[786], come gli accadimenti economici successivi rispetto al comportamento posto in essere dal soggetto attivo. Questo anche allo scopo di determinare un maggiore rispetto delle disposizioni relative alla responsabilità penale personale previste all'interno dell'articolo 27 comma primo della Carta Costituzionale; tali vicende potranno rilevare sotto altri aspetti, correlati, ad esempio, agli obblighi civilistico-risarcitori del soggetto attivo, oppure alla possibile applicabilità delle disposizioni dell'articolo 62 n. 6 del codice penale.

Un altro elemento che è bene sottolineare è quello per il quale la valutazione del danno deve essere posta in essere attraverso l'utilizzo di un criterio oggettivo[787] ed una particolare stima astratta, senza considerare gli elementi concreti riferiti, ad esempio, alle peculiarità soggettive del danneggiato dalla condotta posta in essere dal soggetto attivo, poiché esse si pongono in relazione sempre e comunque con la dimensione risarcitoria del danno cagionato[788].

Tale determinazione deve avvenire, inoltre, attraverso il libero apprezzamento del giudice, con riferimento a tutte quelle variabili che possono intervenire nel caso concreto e concorrere a determinare il livello di pregiudizio cagionato [789] .

---

[786] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 207; esso sottolinea, inoltre, come il danno debba essere valutato anche "complessivamente"; cioè, il giudice deve prendere in considerazione il danno complessivo cagionato attraverso la condotta illecita, senza la possibilità di suddividere per quote di danno il pregiudizio cagionato;

[787] Già nel passato ciò veniva sostenuto da GIULIANI U., nel suo testo *la bancarotta…*, cit., p. 374; esso indicava che "la valutazione del danno dovrà essere essenzialmente oggettiva; dato che il danno è sopportato da diversi creditori, normalmente non si potrà dare una valutazione soggettiva" esso aggiungeva che "tuttavia la rilevante gravità del danno dovrà tenere conto anche del giro degli affari de, delle caratteristiche dell'impresa";

[788] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 205;

[789] PROVINCIALI R., *Trattato…*, cit., pp. 2685-2686, il quale si occupa di sostenere il proprio orientamento prendendo in considerazione una sentenza del Tribunale di Torino del 4 febbraio 1954 (in *Dir. Fall.* 1954, II, p. 531) all'interno della quale si stabiliva che l'aggravante del danno di rilevante gravità prevista dall'articolo 219 ricorre nel caso in cui, nonostante la disposta conclusione di un concordato fallimentare, la massa dei creditori abbia risentito di un danno di particolare gravità per la imponente differenza tra attivo e passivo;

È necessario, inoltre, chiarire quale può essere l'ambito di operatività delle circostanze ivi esaminate. Com'è ovvio, innanzitutto, le disposizioni del primo comma dell'articolo 219 Legge Fallimentare non si possono applicare a quegli illeciti nei quali non vi sia né un richiamo alle norme citate e neppure, direttamente, al contenuto dell'articolo 219 stesso; in questi casi si applicheranno le disposizioni dell'articolo 61 n. 7 del c.p.

L'attenuante prevista al terzo comma, invece, per il principio di analogia in *bonam partem* si applica anche nel caso in cui la norma dell'articolo 219 non venga esplicitamente richiamata, in quanto i reati fallimentari sono caratterizzati da livelli di pena elevati e da una casistica molto varia di fatti concreti; perciò l'attenuante contribuisce a riproporzionare la pena rispetto alla gravità del fatto discusso ed esaminato all'interno del giudizio.[790]

È necessario precisare, ulteriormente, a quale "tempo" è indispensabile fare riferimento per la valutazione della gravità o tenuità del danno cagionato; tale momento è da identificarsi, come già accennato in altri termini, all'apertura della procedura concorsuale. Non rilevano, perciò, in concreto gli eventi economici successivi[791].

La Corte di Cassazione, a riguardo, si occupa di precisare che è necessario fare riferimento "alla diminuzione che il fatto […] ha determinato nella quota dell'attivo da ripartirsi tra i creditori; avendo riguardo al momento della consumazione del reato, con esclusione di ogni elemento successivo"[792]. Già precedentemente la Cassazione si era occupata di questo tema, indicando che "la valutazione del danno, ai fini della concessione o del diniego dell'attenute di cui all'art. 219, ultimo comma Legge Fallimentare, deve essere fatta con riferimento alla diminuzione patrimoniale determinata dall'azione del reo al momento della consumazione del reato, non esclusione di ogni altro elemento successivo, è [quindi] irrilevante per l'applicabilità della detta circostanza che i beni distratti siano stati acquisiti al fallimento con provvedimento del giudice delegato, trattandosi di fatto successivo alla consumazione del reato e indipendentemente dall'azione del colpevole"[793].

---

[790] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., p. 212; contrario era, molti anni prima, GIULIANI U., *la bancarotta…*, cit., p. 375; esso negava la generale operatività delle disposizioni del terzo comma, assimilando direttamente le attenuanti alle aggravanti; infatti, esso, a riguardo, individuava il carattere di circostanza ad effetti speciale configurata all'interno di una disposizione da interpretarsi restrittivamente;

[791] Così COCCO G., *La bancarotta…*, cit. p. 196;

[792] La citazione è stata estrapolata dal testo della sentenza di Cassazione penale, del 31 gennaio 2000, in *dir. Prat. Soc.*, 2000, fascicolo 9, p. 84, che si riferisce, specificamente, al reato di bancarotta; antecedenti a tale pronuncia, ma recanti i medesimi principi, sono le sentenze di: Cassazione penale, 18 febbraio 1983, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 694; Cassazione penale, del 19 dicembre 1984, in *Riv. Pen.*, 1985, p. 925; Cassazione penale, 18 novembre 1987, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1990, pp. 925 s.;

[793] Citazione tratta dalla sentenza di Cassazione penale, del 27 novembre 1984, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 598;

b. Il danno complessivo

Qualora venga posto in essere più volte il medesimo reato, il relazione al quale si compiano differenti eventi dannosi, si prenderà in considerazione, in ogni caso, il pregiudizio complessivamente realizzato, scaturente dalla somma delle differenti tipologie di danno e non quello arrecato dalla singola attività di reato; questo per un semplice motivo, ossia perché il medesimo risultato può essere raggiunto con una o più azioni differenti[794].

Questo argomento oltre che dall'Autore citato (ossia COCCO) viene sostenuto da ANTOLISEI, il quale prende in considerazione la specifica possibilità di ricondurre al medesimo danno complessivo la somma dei pregiudizi determinati attraverso il compimento di distinte condotte riconducibili alla stessa fattispecie basandosi, principalmente, sulla fattispecie di bancarotta; infatti, esso si occupa di precisare che "per volontà della legge la molteplicità di tali fatti costituisce una circostanza aggravante […] ed ha per sola conseguenza l'aumento della pena stabilito nell'art. 64 del codice penale"[795]. Inoltre, individua tale soluzione, durante gli anni Novanta, anche CONTI[796], il quale determina la possibilità di applicare le disposizioni relative alla presente aggravante considerando il danno a livello cumulativo; anche tale Autore si riferisce più che altro alla commissione del reato di bancarotta.

Nel caso in cui, invece, vi sia l'integrazione di differenti tipologie di reato, si potrebbe rilevare la soluzione proprio all'interno della disposizione di legge in esame; infatti, in essa si individua la sua possibile applicazione in relazione al danno cagionato dai *"fatti previsti negli articoli 216, 217, e 218"* facendo, quindi, riferimento alla pluralità di reati.

GIULIANI si era occupato di considerare tale circostanza, affermando che ""il danno patrimoniale cui fa riferimento l'articolo 219 Legge Fallimentare sia il danno complessivo"[797]; esso sosteneva che tale posizione poteva essere considerata come corretta sotto differenti punti di vista. In primo luogo, in relazione alla lettera della legge, che parlava di danno cagionato, appunto, dai fatti previsti dagli articoli citati, facendo, perciò, riferimento alla pluralità dei fatti. Inoltre, esso indicava che la differenza quantitativa intercorrente tra la misura dell'aumento previsto dal primo comma e le diminuzione predisposta dall'ultimo comma, entrambi dell'articolo 219, si poteva spiegare solo in ragione di una possibile forma di valutazione complessiva; questo perché nel caso in cui fosse stata posta in essere una stima

[794] COCCO G., *La bancarotta…*, cit. p. 198;
[795] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit. p. 147;
[796] CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 342;
[797] GIULIANI U., *La bancarotta..*, cit., p. 371;

globale il danno di particolare tenuità sarebbe rimasto, comunque, sempre tale; tuttavia, qualora i danni si fossero sommati, la rilevanza patrimoniale sarebbe potuta diventare eccezionale ed abnorme. È sulla base di questa valutazione, unita all'argomento di tipo strettamente letterale, che, perciò, l'Autore ritiene valida la propria tesi.
Aderiva a tale orientamento, anni dopo rispetto a Giuliani, anche COCCO[798], che ravvisava proprio all'interno della lettera della legge, soprattutto grazie al riferimento ai "fatti previsti negli articoli 216, 217 e 218", l'indizio più incisivo relativo alla necessità di determinare una valutazione complessiva del danno cagionato.

Praticamente coeva rispetto alla tesi esposta da Cocco è anche la prospettazione dell'orientamento di MAFFEI ALBERTI[799], il quale si occupa di indicare che per poter applicare le circostanze insite all'interno dell'articolo 219 ai commi primo e terzo si deve considerare il danno patrimoniale globale derivante dalla commissione dell'illecito o delle differenti condotte contrarie rispetto alla legge.

SGUBBI [800]ha, invece, posto in essere un discorso più complesso; infatti, esso ha indicato che la valutazione del danno nel caso di realizzazione di differenti condotte poteva modificarsi a seconda del tipo di orientamento appoggiato; infatti, prendendo in considerazione la tesi per la quale la pluralità dei fatti avrebbe potuto dare luogo ad un reato complesso o, comunque, unico, soprattutto relativamente alla bancarotta, si sarebbe dovuta determinare l'unificazione, ad ogni effetto per la legge penale, dei distinti comportamenti di reato. In questo caso si sarebbe potuta stimare l'entità del danno sommando i pregiudizi patrimoniali generati dalle singole condotte. Propendendo, invece, per l'orientamento opposto si sarebbe dovuta costituire una distinzione, relativamente al danno, delle conseguenze provocate da ogni singola tipologia di comportamento.
L'Autore, in ogni caso, propendeva per la prima soluzione, in quanto indicava che essa era "resa tecnicamente agevole anche dal dato normativo che fa coincidere l'operatività di tutte le circostanze previste nelle varie parti dell'articolo 219"[801].

---

[798] COCCO G., *La bancarotta…*, cit. p. 198; favorevole, successivamente, anche ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 156; più di recente anche PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p. 962; Inoltre, già durante gli anni Cinquanta, era di tale avviso anche PUNZO M., *Il delitto…*, cit., p. 244;
[799] MAFFEI ALBERTI A., *Commentario…*, cit., p. 453;
[800] SGUBBI F., in BONSIGNORI A., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., pp. 207-208;
[801] SGUBBI F., in BONSIGNORI A., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., p. 208;

Non la pensava, solo due anni prima rispetto alla determinazione della tesi di Giuliani, allo stesso modo LA MONICA[802], il quale indicava che nel caso di commissione di distinti fatti di reato, appartenenti alle differenti fattispecie descritte dalle norme richiamate, si sarebbero dovuti considerare i fatti lesivi in modo distinto, gli uni dagli altri, per poter tenere conto dei danni cagionati in relazione a ciascuno del delitti posti in essere. In altri termini, ogni pregiudizio si sarebbe dovuto valutare in modo autonomo, prendendo distintamente in esame la possibilità, o meno, di applicare al singolo reato la circostanza predisposta dal contenuto dell'articolo 219.

Si può, quindi, concludere, in merito, che per quanto concerne il primo comma della disposizione in esame non si può che fare riferimento, nel caso in cui ricorra una pluralità di reati, al danno complessivamente causato da parte di essi. Questo orientamento può essere ulteriormente suffragato in quanto in tal senso si è espressa, già nel passato, anche la stessa Corte di Cassazione, la quale si è occupata di indicare che "nei reati fallimentari i concetti di gravità e tenuità del danno, per quanto riguarda le circostanze aggravanti ed attenuanti, scaturiscono dall'intero comportamento commissivo od omissivo del fallito"[803].
Il riferimento al "fatto", invece, non è così univoco in relazione al secondo comma del medesimo articolo, ma ciò si valuterà in seguito.
Anche in riferimento ai soggetti danneggiati, come già accennato in precedenza, è necessario prendere in considerazione il danno complessivamente subito, ad esempio, da tutti i differenti creditori del soggetto danneggiante; questo perché si può sostenere che "le peculiarità soggettive della vittima attengono alla dimensione risarcitoria, ove occorre commisurare il

[802] LA MONICA M., *I reati…*, cit., p. 602;
[803] Così la Cassazione penale del 18 giugno 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 3418; antecedenti ad essa altre pronunce recanti i medesimi principi, quali:Cassazione penale, 27 settembre 1993, *in Cass. pen*., 1994, fasc. 1, p. 10; nella quale si specifica che *"Ai fini della concessione dell'attenuante speciale del danno patrimoniale di speciale tenuità, prevista dal 3º comma dell'art. 219 l.fall., se da un lato devesi tener conto non del pregiudizio arrecato ai singoli creditori, ma della complessiva falcidia operata dolosamente rispetto ai beni su cui tutti i creditori dovrebbero rivalersi, dall'altro occorre aver riguardo non già all'entità del passivo ed alla differenza fra attivo e passivo, bensì alla effettiva diminuzione patrimoniale cagionata ai creditori dai fatti di bancarotta dei quali l'imputato deve rispondere*"; Cassazione penale, 9 giugno 1993, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2542; nella quale si stabilisce che *"In tema di reati fallimentari, ai fini della ricorrenza della circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità di cui all'art. 219 l.fall., occorre avere riferimento all'entità del passivo intesa in senso globale, e non tanto ai singoli episodi di sottrazione"*; Cassazione penale, 27 aprile 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 2624; Cassazione penale 28 gennaio 1985, in *Giust. Pen.*, 1986, II, p. 22; Cassazione penale, 3 gennaio 1985, in *Riv. Pen.*, 1985, p. 116; Cassazione penale, 6 novembre 1984, in *Riv. pen*., 1986, p. 116; Cassazione penale, 20 novembre 1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, p.576; è successiva alla pronuncia citata nel testo la sentenza di Cassazione penale, Szione V, 3 giugno 1998, in *Cass. Pen. Rep.*, 1999, voce Bancarotta , n. 54; nella quale si precisa che *"L'entità obiettiva del danno provocato dai fatti configuranti bancarotta patrimoniale va commisurata al valore complessivo dei beni che sono stati sottratti all'esecuzione concorsuale, piuttosto che al pregiudizio sofferto da ciascun partecipante al piano di riparto dell'attivo, ed indipendentemente dalla relazione all'importo globale del passivo";*

danno in rapporto alle esigenze di un pieno ristoro del soggetto leso"[804]; in modo particolare, quindi, si può indicare che il danno deve, comunque, essere sempre considerato complessivamente come proveniente da reato e non come pregiudizio determinato nei confronti dei singoli soggetti passivi della fattispecie considerata.

Anche la giurisprudenza indica che il giudizio relativo all'applicabilità del comma primo o terzo delle disposizioni dell'articolo 219 Legge Fallimentare non va riferito al singolo rapporto che intercorre tra fallito e creditore ammesso al concorso, ma va posto in connessione alla diminuzione, non percentuale ma globale, che il comportamento del soggetto fallito ha determinato nei confronti della massa attiva[805].

È, infine, necessario effettuare alcune considerazioni in merito alle disposizioni dell'articolo 219 comma terzo Legge Fallimentare.

In primo luogo bisogna sottolineare che la sentenza n. 93 del 1975 della Corte Costituzionale ha consentito la sua applicazione anche nel caso di totale mancanza di danno cagionato dall'azione posta in essere dal soggetto attivo. Infatti, era stata, in tale occasione, apportata presso la Corte la questione di illegittimità costituzionale delle disposizioni dell'articolo 219 comma 3°, in quanto contrastanti con il contenuto dell'articolo 3 della Costituzione, riferito, come è noto, al principio di uguaglianza. La Corte, in modo essenzialmente secco e diretto, si è occupata di affermare, a riguardo, che "É infine superfluo ripetere che l'attenuante prevista dal terzo comma dell'art. 219 per il caso di danno di speciale tenuità deve essere a maggior ragione applicata, come la Corte di cassazione ha affermato nella sua giurisprudenza, quando risulti non esservi stato alcun danno per i creditori"[806] . tuttavia, invece, l'attenuante non può

---

[804] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario...*, cit.., p. 207;

[805] In questo senso: Cassazione penale, 10 ottobre 2000, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 3533; nella quale si indica che *"per la valutazione del danno ai fini dell'attenuante […] deve aversi riguardo non al pregiudizio economico subito dai singoli creditori, bensì a quello globale subito dalla massa dei creditori";* Cassazione penale, Sezione V, 15 marzo 2000, in *Cass. Pen. Rep.*, 2000, voce Bancarotta, n. 38; nella quale si stabilisce che *"La attenuante prevista dall'art. 219, 3º comma legge fallimentare (aver cagionato danno patrimoniale di speciale tenuità) ha natura oggettiva, in quanto il danno è quello prodotto dal fatto-reato; pertanto, in ipotesi di bancarotta semplice, esso si sostanzia in quello derivante dal comportamento omissivo ascrivibile all'imputato, che può aver prodotto conseguenze tenui o, addirittura, inesistenti ai creditori, considerati, non singolarmente, ma nel loro insieme"*; Cassazione penale 28 gennaio 1986, in *Giust. Pen.*, 1986, II, p. 22; Cassazione penale, 13 febbraio 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p.506 ; Cassazione penale, 5 giugno 1988, in *Dir. fallim.*, 1989, II, p.103; Cassazione penale, 14 giugno 1989, in *Cass. Pen.*, 1990, I, p. 2205; Cassazione penale, sezione I, 27 settembre 1993, in *Cass. pen.*, 1994, fasc. 1, p.10 ; Cassazione penale, Sezione V, 3 giugno 1998, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 300; Più recente rispetto a tutte le precedenti pronunce è la sentenza di Cassazione penale, Sezione V, 4 giugno 2001, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 46, p. 69; nella quale si stabilisce che *"Ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 219, ultimo comma, r.d. 16 marzo 1942 n. 267, il danno apprezzabile come di particolare tenuità è quello conseguente non già al fallimento, bensì al fatto-reato della bancarotta e, in quanto tale, non è necessariamente corrispondente all'entità della massa passiva o alla differenza tra attivo e passivo, ma va valutato tenendo conto del potenziale nocumento per i creditori, considerati non già singolarmente, bensì collettivamente, cioè come massa di soggetti titolari di ragioni di credito.";*

[806] Citazione della sentenza della Corte Costituzionale del 29 aprile 1975, n. 93, in *Giur. Cost.*, 1975, p. 825;

essere applicata qualora il danno divenga di lieve entità per effetto di vicende successive rispetto alla commissione, e quindi al perfezionamento, del fatto di reato considerato, determinate, ad esempio, per il recupero dell'attivo o per restituzioni eventualmente poste in essere[807]. Ovviamente si precisa[808] che le circostanze attenuanti sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti, contrariamente a quelle aggravanti che, secondo le disposizioni dell'articolo 59 comma secondo c.p.

"sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa".

Infine, deve essere ulteriormente sottolineato che il danno di particolare tenuità non può essere assimilato al "fatto di particolare tenuità", che pure può costituire estremo per l'applicazione di attenuanti; questo perché nel caso in cui si faccia riferimento al "fatto" si deve prendere in considerazione complessivamente l'attività di reato posta in essere, comprensiva, in modo particolare, dell'elemento soggettivo, e del profilo personale del soggetto-autore [809].

Da ultimo è necessario fare riferimento all'ulteriore attenuante prevista dalle disposizioni dell'articolo 221 Legge Fallimentare, all'interno del quale si stabilisce che

"Se al fallimento si applica il procedimento sommario le pene previste in questo capo sono ridotte fino al terzo"

Prima della recente riforma apportata alla Legge Fallimentare grazie alla c.d. legge sul risparmio, le norme inerenti e relative al procedimento sommario erano incluse all'interno delle disposizioni della stessa legge, in modo particolare nell'articolo 155, il quale stabiliva che :

"*Se all'atto della dichiarazione di fallimento o dell'accertamento del passivo risulta che le passività del debitore non superano lire 1.500.000, il tribunale con la sentenza dichiarativa di*

[807] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 213;
[808] PAJARDI P., in PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice*…, cit. p. 1346;
[809] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario*..., cit.., p. 213;

fallimento, o con decreto successivo da pubblicarsi a norma dell'art. 17, dispone che il fallimento si svolga o prosegua con procedimento sommario.

Tuttavia, se successivamente risulta che l'ammontare del passivo supera lire 1.500.000, il giudice deve informare il tribunale, che dispone la prosecuzione del fallimento con le norme ordinarie, restando fermi gli atti compiuti.

Nel procedimento sommario si applicano le disposizioni stabilite per il fallimento, in quanto compatibili con le norme seguenti"

In generale, poi, tutte le disposizioni del Capo XI della Legge Fallimentare potevano essere utilizzate allo scopo di regolamentare la materia del procedimento sommario.
Esso è stato abrogato, tuttavia, soprattutto a causa della sua desuetudine e di un suo scarso utilizzo all'interno delle aule di giustizia, evidenziato di recente dallo stesso Consiglio Superiore della Magistratura, che all'interno di una specifica circolare[810] si è occupato di far presente il carattere ormai "meramente dichiarativo" dell'abrogazione, proprio il relazione al fatto per il quale il procedimento in questione non veniva praticamente più utilizzato[811].
Già all'interno delle disposizioni della legge n. 80 del 2005 si determinava la volontà di affidare al Governo il compito fondamentale di abrogare la disciplina fallimentare del procedimento sommario. Testualmente si indicava, nell'articolo 1 comma 6° che

"Nell'esercizio della delega di cui al comma 5, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:
modificare la disciplina del fallimento, secondo i seguenti principi: […]
14) abrogare la disciplina del procedimento sommario";

Tale attività di abolizione è stata operata grazie agli articoli 137 e seguenti del decreto legislativo numero 5 del 2006.
Tuttavia, le disposizioni dell'articolo 221 Legge Fallimentare sotto questo profilo non sono state modificate, anche se in virtù del maggior rigore utilizzato dal legislatore nel prevedere i

[810] Pubblicata anche al seguente indirizzo http://www.csm.it/circolari/051109_6.pdf;
[811] Ma già la dottrina, in un termine temporale antecedente rispetto al momento in cui è poi intervenuta la riforma recente, sottolineava il carattere non più utile (e quindi il mancato uso) della procedura relativa al rito sommario in ambito societario; questo veniva dichiarato da ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 158; in precedenza anche da NUVOLONE P., *Il diritto penale…*, cit., p. 488;

criteri per l'assoggettamento al fallimento dell'imprenditore, si è, appunto, eliminata la disciplina del fallimento con procedimento sommario; la ragione dell'abrogazione, però, può essere anche determinata dalla contrarietà delle precedenti disposizioni dell'articolo 155 legge fallimentare rispetto al contenuto delle norme dell'articolo 15 ultimo comma della medesima legge, il quale, oggi, stabilisce che

"Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro venticinquemila."

Siccome il contenuto del precedente articolo 155 si riferiva ad una somma di denaro pari agli attuali 774,60 euro, si sarebbe, in ogni caso, dovuta escludere la dichiarazione di fallimento per il soggetto imprenditore e, perciò, anche il successivo svolgimento del rito di tipo sommario. Per questo si può ritenere implicitamente abrogato il contenuto delle disposizioni dell'articolo 221, anche perché il medesimo risultato, relativamente alla stessa *ratio* che animava la predisposizione del rito sommario, ossia il riferimento alla tenuità dell'importanza economica del danno cagionato, può oggi essere raggiunto comunque attraverso l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 219 comma terzo legge fallimentare che prevedono il medesimo tipo di riduzione[812] [813].

---

[812] Così PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit. (ultima edizione), p.1241; Il medesimo tipo di interpretazione si desume dalla relazione ad uno dei primi seminari del Csm successivi alla riforma dal 2006, tenutosi il 3 novembre 2006 e disponibile all'indirizzo http://appinter.csm.it/incontri/relaz/13908.pdf ;

[813] Il procedimento sommario di tipo societario è stato costituito, invece, come tipologia di procedimento generale per tipologie di cause dalle disposizioni del decreto legislativo 5/2003; la disciplina specifica relativa al rito sommario societario è prevista a partire dall'articolo 19 che prevede oggi le regole per l'esplicazione del procedimento in questione, indicando che:

"Fatta eccezione per le azioni di responsabilità da chiunque proposte, le controversie di cui all'articolo 1 che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di danaro, anche se non liquida, ovvero la consegna di cosa mobile determinata, possono essere proposte, in alternativa alle forme di cui agli articoli 2 e seguenti, con ricorso da depositarsi nella cancelleria del tribunale competente, in composizione monocratica.

Disposta la comparizione delle parti e assegnato il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza, il giudice designato, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone sulle spese ai sensi degli articoli 91 e seguenti del codice di procedura civile. L'ordinanza costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Il giudice, se ritiene che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria, assegna all'attore i termini di cui all'articolo 6.

Avverso l'ordinanza di condanna può essere proposta esclusivamente impugnazione davanti alla corte di appello nelle forme di cui all'articolo 20.

All'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile"

Si sottolinea, all'interno del testo di DIDONE A., *Il processo societario di cognizione*, Milano, Giuffré, 2005, p. 158; che le disposizioni dell'articolo 19 devono essere coordinate con quelle dell'articolo 1 del medesimo decreto, nel quale si stabilisce che

La disciplina contenuta all'interno dell'articolo 221, in ogni caso, aveva già precedentemente consentito la creazione di discussioni all'interno della dottrina, relativamente alla sua possibile applicazione anche insieme rispetto alla attenuante disposta dall'articolo 219 Legge Fallimentare; GIULIANI esprimeva il proprio consenso in merito, indicandone l'assoluta compatibilità. Tale possibile contemporanea applicazione era da ravvisarsi, secondo l'Autore, in una differente *ratio* giustificativa che aveva portato il compilatore della norma a prevedere

---

"*Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile, relative a: a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le societa' di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilita' da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle societa', delle mutue assicuratrici e delle societa' cooperative; b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonche' ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti; c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile; d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa; e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia e' promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio; f) credito per le opere pubbliche.*

2. Restano ferme tutte le norme sulla giurisdizione. Spettano esclusivamente alla corte d'appello tutte le controversie di cui agli articoli 145 decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e 195 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

3. Salvo che nelle controversie di cui al comma 1, lettera e), il tribunale giudica in composizione collegiale. Nelle azioni promosse da o contro associazioni rappresentative dei consumatori e dalle camere di commercio il tribunale giudica in composizione collegiale anche se relative alle materie di cui al comma 1, lettera e).

4. Per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili.

5. Quando rileva che una causa relativa ad uno dei rapporti di cui al comma 1 e' stata proposta in forme diverse da quelle previste dal presente decreto, il giudice dispone con ordinanza il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo; dalla comunicazione dell'ordinanza decorrono, se emessa a seguito dell'udienza di prima comparizione, i termini di cui all'articolo 6 ovvero, in ogni altro caso, i termini di cui all'articolo 7; restano ferme le decadenze gia' maturate";

Quindi, in ogni caso, l'ambito ti applicazione del nuovo procedimento è limitato alle controversie in materia bancaria e societaria, con le specificazioni inserite all'interno dell'articolo 19

in modo specifico, tuttavia, tale norma esclude, esplicitamente, la possibilità di utilizzare le forme del rito sommario per le azioni di responsabilità, che all'interno della legge fallimentare vengono predisposte dall'articolo 146, che oggi stabilisce che: *"Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito.*

Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori;

b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile."

; questa esclusione è motivata dalla complessità delle procedure di responsabilità che possono essere costituite nei confronti dei soggetti richiamati dalla legge fallimentare (Così DALMOTTO E., *art. 19 d.lgs. n. 5 del 2003*, in COTTINO G., . (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, p. 2887; che dichiara, in aggiunta, che "Evidentemente, le forme sommarie sono ritenute incompatibili con la complessità dell'accertamento e la delicatezza delle questioni sollevate in questo tipo di azioni").

due distinte ipotesi di attenuante; infatti, differentemente dall'articolo 219, l'articolo 221 sarebbe stato riferibile all'offensività relativa ai reati ai quali esso si applicava; in modo particolare, l'Autore dichiarava che "l'articolo 221 L.F. si applica (nel caso di specie alla bancarotta documentale) perché essa offende gli interessi dei creditori"[814]. In altri termini, perciò, Giuliani individuava la possibilità di applicare le disposizioni della norma in esame anche contemporaneamente rispetto a quelle dell'articolo 219 Legge Fallimentare, in quanto le prime erano da considerarsi riferite ad una distinta *ratio* giustificativa relativa al carattere comunemente offensivo delle fattispecie in esso richiamate. Sempre con riguardo alla bancarotta l'Autore aggiungeva che il colpevole del reato poteva godere di entrambi i tipi di attenuanti in quanto esso ammetteva che "il danno alla bancarotta e passivo fallimentare siano due entità del tutto distinte. Può esservi un fatto di bancarotta non attenuata ex art. 219 cui segue un fallimento con procedimento sommario […] E viceversa può esistere un fatto di bancarotta lievissimo cui segue un fallimento con passivo notevole"[815]; in altri termini, essendo ivi differenti gli aspetti di riferimento sulla base dei quali le due attenuanti venivano concesse, l'Autore riteneva possibile la loro contemporanea esistenza e applicazione. Infatti, esso concludeva dicendo che "la circostanza di cui all'articolo 219 […] riguarda il danno scaturente dal fatto di bancarotta, mentre la circostanza di cui all'art. 221 L.F. attiene all'entità del passivo fallimentare"[816].

Il discorso posto in essere a riguardo, successivamente da parte di CONTI è un po' più ampio e differente; esso, infatti, si occupa di analizzare, nella vigenza della precedente normativa relativa al procedimento sommario, più che altro l'efficacia dei provvedimenti emanati all'interno di tale procedura. Particolarmente, esso indica che il rito richiamato dall'articolo 221 è vincolante, qualora ne ricorrano i presupposti, anche a livello fallimentare; in questo senso, perciò, Conti precisa che "ne deriva pertanto che ogni qual volta il passivo non superi la somma sopracitata, il giudice penale è tenuto ad applicare la riduzione di pena, pur essendogli concessa una discrezionalità assai ampia nella determinazione del *quantum* di riduzione"[817]; l'Autore specifica anche il principio per il quale la sentenza o il decreto disponente il rito sommario fa stato all'interno del giudizio penale al fine dell'applicabilità della norma in esame. Questo comporta che il giudice non avrà la possibilità di negare la applicazione della riduzione di pena, anche qualora ravvisi il superamento del limite del

---

[814] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 373;
[815] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 51; così citando CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 361 (nell'edizione del 1967);
[816] GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 52;
[817] CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 344;

passivo indicato dalla disposizione fallimentare; tale evenienza potrebbe subire, tuttavia, una deroga nel caso in cui il giudice disponga la conversione del procedimento nel rito ordinario.

È da rilevarsi, ulteriormente, un'opinione particolare, precedente, nella sua formulazione, rispetto a quella espressa da parte di Giuliani; Ottaviano CONTI[818], infatti, si è occupato di sottolineare che "Pur non essendo necessaria per la punibilità del ricorso abusivo al credito la dichiarazione di fallimento, l'attenuante in esame, la cui *ratio* (che quindi continua a ritornare come argomento di discussione) è data dalla modesta entità del danno cagionato, è senza dubbio applicabile a tale reato quando in concreto il fallimento si sia verificato"; in altri termini, pur non ritenendo necessaria la declaratoria di fallimento allo scopo di sanzionare il comportamento di chi ricorre abusivamente al credito, l'Autore sottolinea la necessità di ottenere tale pronuncia allo scopo di "utilizzare" le disposizioni previste all'interno dell'articolo 221 Legge Fallimentare.

Sempre durante gli anni Settanta, con una tesi coeva rispetto a quella di Giuliani, anche PROVINCIALI[819] esprimeva il proprio *favor* relativamente all'applicazione congiunta delle disposizioni degli articoli richiamati riferiti alle tipologie di circostanze applicabili al reato in esame; infatti, esso indicava che le "due circostanze attenuanti sono perfettamente compatibili fra loro, data la diversità di *ratio:* tutela dell'interesse privato la prima (cioè quella della'articolo 219) presunto minor danno economico-sociale la seconda (ossia quella della'articolo 221 per richiamo alle disposizioni dell'articolo 155 Legge Fallimentare)"; quindi, anche in questo caso si sottolineava la possibilità di determinare una coesistenza delle circostanze richiamate in relazione alle differenze di scopo che le riguardavano nella loro applicazione concreta.

A tale corrente di pensiero aderiva anche ANTOLISEI[820], il quale ammetteva, soprattutto in relazione allo scarso utilizzo del procedimento sommario e quindi all'esigua applicazione delle disposizioni contenute all'interno dell'articolo 221, la possibilità di rendere operativa, in aggiunta rispetto all'attenuante disposta all'interno della norma dell'articolo 219, anche quella riferita all'impiego del procedimento sommario.

La differenza di *ratio* richiamata dagli Autori precedentemente citati è stata utilizzata ulteriormente alla stregua di argomentazione, sempre allo scopo di giustificare la possibile applicazione congiunta delle disposizioni degli articoli 221 e 219 anche, da DI AMATO[821],

---

[818] CONTI O., *Ricorso abusivo al credito* (voce), in AZZARITI G., BATTAGLINI E., SANTORO PASSARELLI F. (diretta da), *Enciclopedia forense…*, cit., p. 493;
[819] PROVINCIALI R., *Trattato…*, cit. p. 2688;
[820] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 150;
[821] DI AMATO A., *Diritto penale…*, cit., p. 221;

che, in relazione all'attenuante prevista dall'articolo 221 fa riferimento alla possibile atttuazione proprio in ragione dell'esiguità del passivo considerato e rilevato all'interno della procedura instauratasi.

c. In particolare: il comma 2° dell'articolo 219 l. fall.

Sino ad ora sono state considerate le disposizioni dell'articolo 219 Legge Fallimentare ai commi primo e terzo; sono molto interessanti, inoltre, i contenuti del secondo comma della medesima norma, relativi all'applicazione di ulteriori circostanze. Esse, in primo luogo, stabiliscono che:

"Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate:
1) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati;
2) se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale"

Tali indicazioni hanno sollevato, nel tempo, alcune discussioni e perplessità che ora si vanno ad esaminare.
Il numero 1) del capoverso della disposizione in esame fa riferimento alla commissione di "più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati"; in relazione a tale espressione si è dovuto affrontare il problema della sua interpretazione, soprattutto in merito alla possibilità di commettere più reati differenti tra quelli predisposti all'interno delle norme richiamate dall'articolo 219.
Tali disposizioni, perciò, possono valutarsi, come prima cosa, alla stregua di indicazioni deroganti la disciplina del concorso dei reati e relativa al reato continuato[822]. È noto che il

[822] Ciò veniva affermato anche dalla Corte di Cassazione già a partire dagli anni Ottanta; esempi ne sono le sentenze seguenti: Cassazione penale, Sezione V, 15 settembre 1988, n. 9266, in *Riv. Pne.*, 1989, p. 238; nella quale si indica che le norme dell'articolo 219 vengono applicate *"in deroga alla disciplina che regola il reato continuato ed il concorso di reati ed in ossequio al criterio generale di specialità di cui all'art. 15 c.p.";* Cassazione penale, 1 giugno 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 634; nella quale i giudici si occupano soprattutto del delitto di bancarotta e indicano che *"In base al principio dell'unitarietà della bancarotta, desumibile dall'art. 219 l. fall., detto reato resta unico pur se posto in essere attraverso una pluralità di condotte tra quelle alternativamente previste dagli art. 216 e 217 stessa legge; ne consegue che alla bancarotta non sono applicabili i principi di diritto comune stabiliti in tema di continuazione";* Cassazione penale, 20 gennaio 1986, in *Riv. pen.*, 1987; p.376Cassazione penale, Sezione V, 7 giugno 1984, in *Giust. Pen.*, 1985, c. 274; Cassazione

concorso di reati può essere di due tipi, ossia può identificarsi sia alla stregua di concorso formale sia di concorso materiale di reati; il primo caso si verifica qualora i fatti illeciti siano stati commessi attraverso il compimento di una sola azione od omissione; il concorso materiale, invece, si integra qualora i reati siano stati integrati attraverso più azioni od omissioni.

Il concorso di reati si evidenzia allorquando non è possibile identificare tra le norme incriminatici relative alle condotte poste in essere dal soggetto attivo, un rapporto di specialità; tuttavia, anche nel caso in cui questo rapporto non sia immediatamente evidente è possibile escludere in alcuni casi l'esistenza del concorso di reati grazie alla presenza, nel testo normativo, di clausole che consentono di capire quale potrebbe essere la norma immediatamente applicabile[823]. La differenza principale intercorrente tra il caso in cui si integri un concorso formale e la fattispecie del concorso materiale è individuabile sul piano sanzionatorio; infatti, nel caso di concorso formale l'ordinamento prevede il c.d. cumulo giuridico delle pene, consentendo l'applicazione della sanzione che dovrebbe infliggersi per il reato più grave aumentata sino al triplo (ex articolo 81 comma 1 c.p.) con un doppio limite: la pena finale non può superare né il triplo della sanzione "base" e neppure l'ammontare di quella che verrebbe applicata se si procedesse al cumulo materiale, ossia alla somma delle pene comminate per ciascuno dei reati in concorso (ex articolo 81 comma 3° c.p.) ; nel caso di concorso materiale, invece, si prevede il c.d. cumulo materiale delle pene, applicando le

---

penale, 15 aprile 1982, in *Giur. it*., 1984, II, p.30; Cassazione penale, 20 novembre 1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, p.576; nella quale si indica che le disposizioni dell'articolo 219 secondo comma avrebbero "*l'evidente finalità di attenuare il rigore delle norme di diritto comune sul concorso di reati"*; Cassazione penale, Sezione III, 21 ottobre 1981, in *Cass. Pen.*, 1982, p. 2104; Cassazione penale, Sezione V, 14 gennaio 1980, in *Gust. Pen.*, 1980, c. 649;

tale tipo di concezione è stata sostenuta anche negli anni successivi sempre all'interno della Cassazione; in tale senso la Corte si è espressa nelle seguenti pronunce: Cassazione penale, sezione V, 18 febbraio 1992, in *Cass. pen*., 1992, fasc. 6, p.43; Cassazione penale, sezione V, 19 maggio 1992, *in Riv. pen*., 1993,p. 827; nella quale si precisa che *"La mitigazione della pena, in applicazione di una circostanza ad effetto speciale come quella di cui all'art. 219, 3º comma, l.fall., non incontra il limite di cui all'art. 67 c.p., sicché il giudice, una volta riconosciuta la sussistenza della circostanza e applicata la riduzione nella sua massima estensione possibile scendendo anche al di sotto del quarto della pena minima edittale prevista per il reato e dovendo operare la ulteriore riduzione dovuta al riconoscimento di una o più circostanze comuni, trova l'unico limite rappresentato dalla impossibilità della irrogazione di una pena che sia inferiore al quarto di quella risultante a seguito della diminuzione conseguente alla circostanza ad effetto speciale";* Cassazione penale, Sezione V, 26 gennaio 1993, in *Cass. pen*., 1993, fasc. 7, p. 112; nella quale si prende in considerazione un particolare aspetto; infatti in essa si sottolinea che *"L'art. 219, 2º comma, n. 1 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, il quale prevede un aumento di pena nel caso che siano stati commessi più fatti di bancarotta tra quelli indicati nel precedente 1º comma, pur contenendo una speciale disciplina in materia di continuazione, derogatrice di quella ordinaria, configura comunque (come si desume dalla stessa intitolazione della disposizione in questione), una circostanza aggravante assoggettabile, come tale, all'ordinario giudizio di comparazione fra aggravanti e attenuanti previsto dall'art. 69 c.p.";* Cassazione penale, Sezione V, 4 marzo 1998, in *Cass. Pen. Rep.*, 1998, voce Bancarotta , n. 32; Cassazione penale, Sezione V, 22 maggio 2000, in *Cass. Pen. Rep.*, 2001, voce Bancarotta , n. 43;

[823] Ad esempio si pensi alla clausola "se il fatto non costituisce altro reato" oppure "se il fatto non costituisce un più grave reato" o ancora all'espressione "fuori dal caso indicato dall'articolo X" o "fuori dei casi di concorso nel reato X";

sanzioni previste per ogni singolo reato sommate tra di loro (ex articoli 71 ss. c.p.); anche in questo caso si dispongono dei limiti, dettati dalle norme degli articoli 78 e ss c.p., relativi a ciascuna specie di pena; inoltre, in modo inderogabile, la sanzione complessiva non può essere superiore al quintuplo della più grave delle pene concorrenti. In questo ultimo tipo di evenienza, se le pene da applicarsi sono della medesima specie il giudice deve effettuare la somma aritmetica delle singole sanzioni, mentre nel caso di pene di specie o genere differenti esse si applicano tutte distintamente e per intero.

Il reato continuato, invece, si realizza quanto taluno, secondo le disposizioni dell'articolo 81 comma 2° c.p., con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di distinte disposizioni di legge. In questo caso il trattamento sanzionatorio corrisponde al già individuato cumulo giuridico delle pene, in quanto l'articolo citato prevede l'applicazione della sanzione che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo.

Dopo questa introduzione generale relativa alle forme del reato continuato e del concorso di reati, si può proseguire nell'esame specifico delle disposizioni dell'articolo 219 Legge Fallimentare.

L'espressione normativa indicata all'interno del secondo comma, al numero 1), è stata riferita al c.d. principio di unitarietà della bancarotta. Tale principio, in breve, può essere esplicato facendo riferimento al fatto per il quale "se per il sussistere del reati basta la realizzazione di uno solo dei fatti contemplati dalla legge, la pluralità di essi non fa venir meno il suo carattere unitario"[824]; in altri termini, il reato di bancarotta viene considerato alla stregua di unica fattispecie ascrivibile al soggetto attivo, anche nel caso in cui venga commesso attraverso la realizzazione di una molteplicità di fatti concreti[825]. Tuttavia, si sottolinea[826] che l'unitarietà è

---

[824] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 145;

[825] Però, è necessario sottolineare che non tutti gli esponenti della dottrina, soprattutto nel passato, erano concordi nel ritenere corretto tale tipo di orientamento; infatti, in modo particolare due giuristi si occuparono di indicare il superamento della precedente concezione unitaria della bancarotta e la identificazione, qualora si ravvisasse la pluralità di condotte poste in essere, di distinte forme di reato di bancarotta; in altri termini essi sostenevano che per le differenti ipotesi descritte dagli articoli 216 e 216 Legge Fallimentare si poteva evidenziare un singolo, e distinto, reato di bancarotta; così NUVOLONE P., *Il diritto penale…*, cit., p. 450 il quale indicava che la qualifica di circostanza, che veniva attribuita già nel passato alle disposizioni dell'articolo 219, non si può riferire alla molteplicità dei fatti previsti negli articoli 216 e 217 in quanto "Perché si abbia circostanza occorre che vi sia una fatto-base, il fatto del reato, ed un fatto accessorio, il fatto della circostanza. Nel nostro caso questo rapporto tra fatto-base e fatto-accessorio non sussiste: i fatti sono tutti sullo stesso piano e non è logicamente possibile assegnare ad uno di essi la funzione di circostanza"; l'Autore, perciò deduceva dalle parole della legge la volontà del compilatore della norma di riferirsi non ad una circostanza ma ad un caso di concorso di reati, al quale, però, in deroga al sistema del cumulo materiale delle pene, si applicava il sistema del cumulo giuridico; precedeva la tesi di Nuvolone anche PUNZO M., *Il delitto di bancarotta*, Torino, UTET, 1953, pp. 250 ss., il quale sosteneva la possibilità di applicare, qualora si fossero commessi differenti ipotesi di bancarotta, non le disposizioni dell'articolo 219 ma quelle ordinarie inerenti alla continuazione ed al concorso; la continuazione, tra le altre cose, veniva affermata come realizzabile, da parte di tale Autore, anche tra la bancarotta semplice e quella fraudolenta;

concepibile in differenti modi, cioè sia in senso assoluto, in quanto estesa a tutte le forme di bancarotta (semplice, fraudolenta e addirittura al ricorso abusivo al credito), sia in senso relativo (e questo è l'orientamento più recente[827]) poiché l'unitarietà deve essere riferita all'ambito della bancarotta fraudolenta, di quella semplice e del ricorso abusivo al credito presi separatamente; in questo senso l'aggravante si potrà applicare, ad esempio, tra una sottrazione ed una distruzione dei libri contabili ma non tra una dissipazione e la mancata richiesta di fallimento aggravatrice del dissesto; quindi, nel primo caso, l'unitarietà viene indicata come esistente anche relativamente alla commissione di più ipotesi distinte di bancarotta, mentre nel secondo solo nell'ambito rispettivamente della bancarotta fraudolenta e della bancarotta semplice[828].

---

[826] RAGUSA MAGGIORE G., in RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (trattato diretto da), *Le procedure concorsuali…*, cit., p. 113;

[827] Infatti, essa, oltre ad essere l'opinione dell'Autore citato, è ascrivibile, come orientamento, anche a ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 150; il quale si occupa di indicare che "il significato della norma contenuta nell'articolo 219 Legge Fallimentare sia la conferma del tradizionale principio dell'unitarietà del reato, nell'ambito, rispettivamente, della bancarotta fraudolenta e della bancarotta semplice, il che si desume dalla dizione della norma nella quale si parla di più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati" esso aggiunge anche che "In conseguenza il concorso fra la bancarotta fraudolenta e la bancarotta semplice deve ritenersi possibile" così come, invece "l'istituto della continuazione in tema di bancarotta è applicabile allorché i fatti delittuosi si riferiscono a fallimenti distinti e autonomi" ; per l'Autore è essenziale che nel caso concreto vengano realizzate distinte azioni criminose, cioè comportamenti staccati nel tempo. Inoltre, Antolisei non esclude l'applicabilità dell'aggravante anche nel caso in cui vengano reiterati fatti dello stesso tipo. Aderiscono a tale orientamento in tempi più risalenti anche NUVOLONE P., *Il diritto penale…*, cit., p. 461; CONTI L., in *Diritto penale commerciale*, cit., p. 310 e 342; LA MONICA M., *Diritto penale commerciale*, Milano, IPSOA, 1988 p. 213; GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 365 il quale si occupa di sottolineare, in modo più ampio rispetto agli altri autori, che "l'art. 219 […] configura una circostanza aggravante […] applicabile sia al caso di ripetizione del medesimo fatto, sia nel caso di realizzazione di fatti diversi"; COCCO G., *La bancarotta…*, cit., p. 362; il quale si occupa di indicare che l'espressione "se il colpevole ha commesso più fatti" deve essere letta come riferita alla commissione di più reati "tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati"; in altri termini per l'Autore la norma troverebbe applicazione nel caso in cui si determini un concorso tra i differenti reati rispettivamente previsti nell'articolo 216 o nel 217 Legge Fallimentare; molto più di recente MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., p. 152-53 il quale indica che "l'agente è punibile per un solo reato, seppur aggravato, qualora abbia distratto i propri beni, abbia pagato un creditore allo scopo di favorirlo a danno di altri e abbia distrutto una scrittura contabile con lo scopo di procurarsi un ingiusto profitto" e aggiunge che "Il problema più delicato e di ampio rilievo pratico è costituito dai limiti di estensione della disposizione esaminata, se essa si possa riferire anche a fatti indicati in articoli diversi tra quelli considerati o se piuttosto sia indispensabile che i diversi fatti siano descritti nell'ambito di ciascun articolo. Quest'ultima tesi appare preferibile dato che la disposizione fa riferimento a più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati";molto attuale è anche l'opinione di PALAZZO il quale, si occupa di indicare la correttezza di tale orientamento poiché non ritiene "coerente distinguere bancarotta fraudolenta documentale, patrimoniale, […] fraudolenta documentale e bancarotta preferenziale i diversi reati di bancarotta semplice, per poi non attribuire a tale distinzione nessuna rilevanza ai fini dell'applicazione della diminuzione di pena" sarebbe molto più accettabile, invece, applicare l'articolo 219 comma secondo numero uno "solo in presenza di fatti integranti diversi reati all'interno dell'art. 216 o 217" così all'interno del testo, nell'edizione del 2007, di PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario breve…*, cit., p. 1232);

[828] Il principio di unitarietà veniva inteso in modo più "elastico" dalla Cassazione, la quale ha emesso diverse pronunce a riguardo; durante gli anni Ottanta, infatti, essa sottolineava che *"L'espressione «più fatti» fra quelli previsti in ciascuno degli art. 216 e 217 l. fall., contenuta nell'art. 219 cpv. n. 1 stessa legge, va intesa non solo come pluralità di fattispecie diverse descritte nell'una o nell'altra disposizione, ma anche come reiterazione di fatti dello stesso tipo, cioè riferibili alla stessa ipotesi di bancarotta"* (Cassazione penale, 5 ottobre 1981, in *Cass. pen.*, 1982, p.2105); precedente a tale pronuncia ma orientata nel medesimo senso la sentenza della Cassazione penale, 4 giugno 1981, in *Riv. pen.*, 1982, p. 314;

Tale tipo di principio si riconduce[829] alla risalente concezione in relazione alla quale il fallimento, per il reato considerato, si individuava alla stregua di evento di esso; per questo motivo, anche se il fallimento fosse stato determinato attraverso la commissione di fatti differenti, tali fatti si sarebbero potuti ricondurre alla integrazione del medesimo reato, con la possibile punibilità di esso in maniera assolutamente unitaria; superata questa precedente concezione si è passati, comunque, a considerare unitariamente il delitto di bancarotta in quanto "le diverse condotte di bancarotta costituiscono manifestazione di un rilevante disordine economico nell'attività aziendale che, in conseguenza del fallimento, ha superato il limite di tollerabilità […] Per il legislatore ciò che rileva non è la unicità o pluralità dei fatti di bancarotta, ma il turbamento complessivo dell'ordinato esercizio del commercio, quale si costituisce intorno a una sola insolvenza"[830]. In altri termini, si sostiene che tale possibile concezione relativa al reato di bancarotta sia riconducibile al fatto per il quale la contemporanea realizzazione delle differenti condotte porta, in conclusione, all'integrazione della complessiva, e organica, insolvenza.

In merito alle conclusioni appena esposte si può sostenere, in modo ulteriore, che tale concezione potrebbe comunque essere valida anche escludendo punibilità del reato di bancarotta in relazione al solo evento di fallimento, considerando la sanzionabilità come subordinata alla commissione dei fatti che provocano un danno o una semplice messa in pericolo degli interessi protetti dalle disposizioni di legge. Se la punibilità dei differenti fatti di bancarotta, soprattutto tenendo conto della circostanza per la quale in relazione tale reato di tipo postfallimentare la declaratoria di fallimento non è condizione di punibilità ma presupposto del reato, non si riferisce più solamente al cagionamento del fallimento della società o dell'azienda, il principio di unitarietà della stessa può essere desunto dalle

---

nel periodo successivo essa ha sostenuto che "*Nel caso siano commessi più fatti previsti fra quelli dall'art. 216 l.fall. deve trovare applicazione l'art. 219, 2º comma, n. 1, della stessa legge che, nell'ambito di un medesimo fallimento stabilisce il principio della concezione unitaria del reato di bancarotta; in base a tale principio, allo scopo di mitigare il rigore derivante dall'applicazione delle norme sul concorso dei reati, la pluralità di atti di bancarotta è considerata una semplice circostanza aggravante del reato, anche nelle ipotesi - assai disomogenee fra di loro - di commissione di fatti di bancarotta patrimoniale e bancarotta documentale"* (Cassazione penale, Sezione V, 18 febbraio 1992, *in Riv. pen. econ*, 1992, p. 583);
Più di recente essa ha indicato che "*Ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 219, 2º comma, n. 1, è il contenuto della stessa norma ad escludere che tale aggravante possa essere incompatibile con l'omogeneità degli episodi delittuosi sussumibili in ciascuno degli art. 216 e 217 l.fall., con la conseguenza che anche fatti dello stesso tipo, e riferibili alla stessa ipotesi di bancarotta, sono sufficienti ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante."* (Cassazione penale, Sezione V, 22 aprile 1998, in *Cass. pen*., 1999, p. 651); anche in tal senso la Cassazione penale, Sezione V, 4 marzo 1998, in *Cass. Pen. Rep.* 1998, voce Bancarotta , n. 32 nella quale si sottolinea che *"L'art. 219, 2º comma, n. 1 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, considerando circostanza aggravante la reiterazione di più episodi di bancarotta, statuisce la unitarietà del reato, anche se commesso mediante una pluralità di condotte fra quelle alternativamente previste dall'art. 216, sicché alla bancarotta non sono applicabili i principi di diritto comune stabiliti in tema di continuazione, e la circostanza aggravante è assoggettata all'ordinario giudizio di comparazione tra aggravanti ed attenuanti previsto dall'art. 69 c.p"*

[829] Ciò viene ulteriormente indicato da ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 145;

[830] Così MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., p. 144;

disposizioni proprio dell'articolo 219 Legge Fallimentare[831]; infatti, se la legge prevede la possibilità, in relazione alla commissione di più condotte, di applicare la circostanza ex comma secondo numero uno, ciò vuol dire che tali contenuti normativi individuano un principio che consente di considerare le diverse violazioni alla stregua di un solo ed unico reato commesso. In altri termini, l'inciso predisposto dalla norma in esame, deve essere interpretato come individuante il carattere irrilevante della riconducibilità delle condotte commesse ad una medesima ipotesi di reato o ad ipotesi diverse; questo può essere desunto non soltanto dal contenuto letterale della norma ma anche dal carattere inconcepibile dei risultati ai quali si potrebbe pervenire qualora si utilizzasse una differente soluzione; infatti, se si ritenesse applicabile ivi la disciplina della continuazione, la reiterazione del medesimo fatto relativo all'unico disegno criminoso, secondo quanto previsto dalle disposizioni dell'articolo 81 c.p.[832], porterebbe alla irrogazione di una sanzione molto più grave rispetto a quella che sarebbe possibile comminare qualora si ponesse in essere una pluralità di fatti differenti; in modo particolare, infatti, le disposizioni dell'articolo 64 c.p. stabilendo che

"Quando ricorre una circostanza aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino ad un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso"

Limiterebbero a tale entità descritta l'aumento della sanzione a causa dell'applicazione dell'aggravante, elemento che non si verificherebbe nel caso sopra esposto. Per i risultati assurdi ai quali condurrebbe l'ipotesi prospettata, perciò, si dovrebbe sostenere ulteriormente tale principio di unitarietà della bancarotta[833].
Tuttavia c'è anche chi sostiene il contrario, indicando che i vari e differenti fatti di bancarotta "pur unificati normativamente nella previsione dell'art. 219, sono da considerare e da trattare come fatti autonomi, ciascuno dei quali costituisce un autonomo illecito penale"[834] in altri termini, l'unificata concezione del reato si potrebbe sostenere solamente sotto il profilo sanzionatorio e non direttamente in relazione alla stessa integrazione delle differenti fattispecie prevedibili da parte della legge. Quindi le norme dell'articolo 219 comma secondo

---

[831] CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 310;
[832] Che stabilisce che *"E' punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.*
Alla stessa pena soggiace chi non più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge";
[833] CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 335;
[834] Così SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., p. 215

al numero 1 si potrebbero indicare come semplicemente disciplinanti una forma di aggravante.

L'interpretazione stessa della nozione, in questo caso, di "aggravante" si modifica a seconda della concezione dottrinale considerata. Infatti, si sostiene[835], in parte, sempre muovendo dalla concezione unitaria della bancarotta, che la corretta applicazione delle regole relative al concorso apparente di norme penali determini la possibilità di ravvisare una unità del reato anche considerando le differenti combinazioni che si possono verificare in merito alla concretizzazione dei fatti di bancarotta. In modo particolare, si potrebbe utilizzare il concorso apparente di norme quando il medesimo fatto integri differenti fattispecie di bancarotta; ad esempio se il pagamento ad un creditore particolare avvenisse per una cifra superiore a quella dovuta, si afferma che la disposizione riferita alla bancarotta preferenziale non si può applicare, poiché il disvalore del fatto viene assorbito all'interno della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale o documentale. Quindi qualora sussistano più fatti si indica che tutte le fattispecie di bancarotta hanno un contenuto tale da far valutare come reato unico più comportamenti, ognuno dei quali potrebbe, da solo, determinare l'integrazione della più grave bancarotta fraudolenta. Queste conclusioni sono affermate in relazione sia alla commissione di più condotte sia al caso di integrazione delle differenti forme di reato con il medesimo comportamento; sarebbero, inoltre, supportate dalle disposizioni dell'articolo 219 nella parte qui in esame poiché esso andrebbe interpretato come previsione di una circostanza aggravante inerente ad un reato unico il cui elemento "accidentale" è costituito dalla pluralità dei fatti commessi; l'Autore citato, perciò, conclude indicando che "la figura della bancarotta aggravata per la pluralità di fatti è una forma di reato abituale di *seconda specie*, nel quale, cioè, il ripetersi dei fatti conduce, grazie al disposto dell'art. 219, al configurarsi di una fattispecie complessa e più grave, capace di assorbire in sé, per consunzione, il disvalore contenuto in ciascuno dei fatti singoli"[836].

Altra dottrina[837] ritiene che l'articolo 219 nella parte qui in esame preveda una circostanza di natura soggettiva, deducendo questo rilievo dall'espressione "se il colpevole ha commesso più fatti" , in quanto "una circostanza che attiene al singolo colpevole non trasforma una pluralità di reati autonomi in un solo reato"; in altri termini, perciò, oltre a sostenere il carattere di circostanza soggettiva delle disposizioni del capoverso della norma in analisi, l'Autore

[835] Così PAGLIARO A., *Nuovo processo penale e pluralità di fatti di bancarotta*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1991, I, Pp. 480 ss.;
[836] PAGLIARO A., *Nuovo processo* cit., p. 480;
[837] GIULIANI BALLESTRINO U., *La bancarotta…*, cit. p. 543;

sottolinea anche la necessità di escludere il carattere "unitario" della bancarotta. Si potrebbe, inoltre, per l'Autore, indicare l'ulteriore condotta alla stregua di aggravante, avendo la possibilità di individuare in concreto il fatto più grave che diverrebbe, poi, l'ipotesi di reato base aggravato dal successivo comportamento del soggetto agente.

Il problema del rapporto tra classi di fatti (principale ed accessorio) è stato affrontato da Giuliani in quanto costituiva lo scoglio principale da superare per l'affermazione della dottrina appena esposta. Lo stesso Autore citato avversava l'affermazione per la quale si sarebbe potuto parlare di circostanza solo nel caso in cui si fosse ritrovato un rapporto di accessorietà tra un fatto principale ed uno accessorio[838]; come si è già accennato, tuttavia, si sosteneva che non si poteva escludere che gli ulteriori fatti, successivi al primo commesso, si potessero individuare alla stregua di "accessori"; questo poteva accadere, ovviamente, solo se gli accadimenti ulteriori, pur venendo meno, non determinavano una mutazione del reato ascrivibile al soggetto attivo nei suoi connotati necessari, e quindi solo nell'evenienza in cui essi non fossero fondamentali per l'applicazione della prima e fondamentale disposizione di legge, elemento che, in questo caso, sussisteva assolutamente, in quanto, anche senza la commissione della pluralità dei fatti di bancarotta, la disposizione relativa al reato "base" si poteva comunque applicare nei confronti del colpevole. Inoltre, si sottolineava che "nessun serio dubbio può sorgere sull'intenzione del legislatore di considerare la pluralità dei fatti di bancarotta come una circostanza aggravante, si perché l'ipotesi relativa è inserita in una norma che regola esclusivamente le circostanze, sia perché per la determinazione delle conseguenze pelati è usata la formula tipica delle circostanze […] formula che può essere interpretata solo con riferimento all'art. 64 del codice penale, sia, infine, perché il sistema del cumulo giuridico delle pene è estraneo nell'ordinamento vigente alle ipotesi di concorso materiale e, comunque, non potrebbe essere applicato in tema di bancarotta, non essendo precisati i limiti dell'aumento della pena"[839] [840]. Tale "significato" delle disposizioni

[838] Così come sosteneva NUVOLONE P., *Il diritto penale*, cit., p. 450 il quale aggiungeva che tale rapporto di accessorietà non poteva sussistere tra le disposizioni degli articoli 216 e 217 i quali sarebbero stati posti sullo stesso piano; questo determinava l'impossibilità di individuare il carattere accessorio di uno dei due;

[839] Così ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 149; allo stesso modo anche CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 313;

[840] Del medesimo avviso era anche GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 364; il quale, nella versione antecedente del suo testo, risalente agli inizi degli anni Settanta dichiarava esplicitamente che "Sono quindi nel vero l'Antolisei e il Conti quando affermano che la pluralità dei fatti di bancarotta costituisce una circostanza aggravante"; esso, inoltre, aggiungeva che "L'applicabilità dell'art. 219, II co., n. 1 L.F., va peraltro limitata tenendo presente che varie disposizioni relative alla bancarotta sono formulato dal legislatore in modo che anche una pluralità di fatti realizza una sola ipotesi penalmente rilevante […] Quanto precede ci induce a riconoscere che l'art. 219 […] configura una circostanza aggravante – consistente nella pluralità dei fatti di bancarotta – circostanza applicabile sia al caso di ripetizione del medesimo fatto, sia nel caso di realizzazione di fatti diversi";

dell'articolo 219 nella parte in esame viene sostenuto[841] anche con l'indicazione di ulteriori motivi; si sottolinea, come si vedrà meglio in seguito, che la stessa dicitura inserita all'interno della norma, per la quale "le pene […] sono aumentate" configurerebbe lo schema tipico dell'aggravante predisposta nel sistema penale italiano già utilizzato all'interno di molte altre disposizioni di legge. Si indica, inoltre, che lo stesso *nomen juris* adottato nella rubrica dell'articolo dovrebbe far pensare a tale tipo di soluzione[842]

Il valore di circostanza aggravante degli ulteriori fatti di bancarotta posti in essere dal soggetto attivo, tuttavia, viene in parte escluso[843], con "sottoscrizione" della tesi opposta e più risalente, anche recentemente grazie ad un esame delle norme degli articoli 216 e 217 Legge Fallimentare che consente nuovamente all'interprete di avvicinarsi alle precedenti teorizzazioni di Pagliaro.

La prima disposizione individua, infatti, ipotesi di condotta tra le quali esiste sia un collegamento soggettivo sia di tipo oggettivo; a livello soggettivo si potrebbe considerare il fatto per il quale il contenuto dei differenti comportamenti è costituito dalla volontà di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori; così i distinti tipi di azione possono essere riferiti alla realizzazione di una unica determinazione, il che consente anche di considerare il dolo, quale ulteriore elemento soggettivo, a livello unitario.

Sotto il profilo oggettivo si può individuare sia l'unitarietà del bene giuridico protetto sia quella relativa all'interesse o al motivo che determina l'imprenditore a porre in essere le condotte illecite; infatti, la volontà di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori consente di sottolineare la presenza della determinazione nell'ottenere un vantaggio con pregiudizio a carico dei creditori; inoltre, essendo il bene giuridico protetto valutabile alla stregua del corretto esercizio dell'attività economica, i differenti fatti appaiono, tutti indistintamente, come episodi dell'unitario disordine nella conduzione dell'impresa.

All'interno della seconda disposizione, invece, il collegamento tra le differenti condotte assume connotati più labili ma ugualmente da sottolinearsi. In modo particolare, infatti, in tale norma si possono evidenziare comportamenti che determinano, ulteriormente, il

---

[841] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit., p. 215;

[842] Così, SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, cit. p. 216; ai rilievi posti da Sgubbi obietta PALAZZO, il quale indica che, come prima cosa, la rubrica di una norma non può configurarsi quale vincolante relativamente all'interpretazione del suo contenuto; in secondo luogo, esso sottolinea che considerare non unitaria la bancarotta porrebbe dei problemi per quanto poteva verificarsi in sede di concorso del soggetto "estraneo" nel reato stesso. Infatti, nel caso di partecipazione parziale al compimento del reato da parte di tale soggetto si dovrebbe capire se esso potrebbe essere imputato solo per la parte di illecito commessa o per le parziali condotte poste in essere anche dagli altri compartecipi in quanto aggravanti del reato base. Così PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p. 966;

[843] Da MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., pp. 146 ss.;

cagionamento di un "disordine" nella conduzione dell'impresa, in quanto contrastanti rispetto alla professionalità richiesta al soggetto attivo nell'amministrazione della persona giuridica.

In relazione a tutte queste caratteristiche rilevate all'interno delle norme in esame, si può, infine, sostenere, secondo l'Autore in esame, che "i fatti previsti negli articoli 219 e 217 sono collegati sia oggettivamente che soggettivamente attraverso elementi che esistono già sul piano pregiudiziale" [844]; tale collegamento, oltre che sotto un profilo meramente letterale, può essere evidenziato anche a livello maggiormente sistematico, in quanto solo prendendo in considerazione le condotte nel loro complesso si può sottolineare la presenza di una attività imprenditoriale essenzialmente negligente e tecnicamente non qualificata, relativa ad un'impresa dissestata esercitata in modo non ordinato. Concludendo, perciò, si specifica che "questi fatti […] danno luogo ad una unificazione legale di reato e non costituiscono un circostanza"[845] in quanto se ogni singolo fatto costituisce di per sé reato, i suoi elementi sono costitutivi; quindi sarebbe preferibile, per tale orientamento, ritenerli tali e non elementi appartenenti ad una circostanza, poiché l'articolo 219 esige una lettura unitaria dell'illecito.

Già in precedenza, come accennato, rispetto all'opinione appena citata si era sostenuta la posizione illustrata[846]; infatti, si sottolineava che "la configurazione unitaria della bancarotta, nella sua raffigurazione storica, abbia […] come supporto naturale la spiccata omogeneità dei comportamenti criminosi commessi dall'imprenditore nella fase di decozione"[847]. In altri termini, l'Autore indicava che l'unitarietà della bancarotta si poteva ricondurre alle forme effettive di manifestazione della stessa, che molto spesso si costituivano attraverso la integrazione di differenti condotte realizzate tutte con il medesimo scopo considerato illecito. Tuttavia l'orientamento di Sgubbi era particolare, in quanto esso sosteneva che nei tempi più recenti, a causa dell'acquisizione della consapevolezza riferita al fatto per il quale spesso le condotte di bancarotta venivano integrate attraverso la messa in opera di comportamenti fortemente eterogenei tra loro, la "unificazione" degli stessi poteva avvenire, in quanto, *ab origine*, fatti autonomi di reato, solo sotto il profilo della sanzione; questo, appunto, accadeva grazie alla previsione di una unica circostanza aggravante applicabile alle differenti tipologie di bancarotta che dava la possibilità di individuare una unità "fittizia" e non reale dei distinti comportamenti di reato. Perciò, l'orientamento dell'Autore era più vicino a quello di Antolisei che alle idee individuate da Mangano, anche se parzialmente assimilabile ad esso. L'Autore,

[844] MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., p. 149;
[845] MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., p. 150;
[846] Si vuole fare ivi riferimento alla posizione, espressa meno di dieci anni prima rispetto a quella individuata da MANGANO, di SGUBBI, presente all'interno del testo di PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit., pp. 214 ss.;
[847] SGUBBI F., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit., p. 214;

quindi si faceva portavoce di un orientamento che escludeva sia la possibilità di riferirsi alla bancarotta stessa alla stregua di reato unitario, sia l'occorrenza per la quale si poteva evidenziare la forma di vera e propria aggravante "soggettiva" del richiamo posto in essere nella parte di norma in esame, in quanto, sotto questo ultimo profilo, Sgubbi indicava la impossibilità di imputare al soggetto attivo la circostanza a titolo di dolo. Inoltre, ulteriori problematiche potevano sorgere, per l'Autore, nel caso di concorso del soggetto "estraneo"; infatti, esso si chiedeva quale potesse essere la "sorte" di un soggetto non intraneo che si occupasse di commettere solo una condotta tra le tante imputate agli altri soggetti; Sgubbi determinava la possibilità, in questo caso, di applicare al "terzo" solo le sanzioni (e le aggravanti) relative al suo specifico comportamento rilevante ai fini penali.

Successivamente l'Autore si adoperava allo scopo di spostare il discorso su un piano più generale relativo alla parte di norma in esame, soprattutto al fine di sostenere la sua tesi relativa alla qualifica di circostanza aggravante del numero 1) del capoverso dell'articolo 219 Legge Fallimentare; in modo particolare esso prendeva, come prima cosa, in considerazione i contenuti letterali della norma, indicando che il carattere di "aggravante" poteva essere individuato, come si è già potuto accennare, sia in relazione all'utilizzo dell'espressione "la pena è aumentata" , che avrebbe implicato il rinvio al contenuto degli articolo 64 e 65 del c.p., sia alla rubrica della norma, riferita alle "circostanze". Esso, tuttavia, indicava anche che se sul piano formale ci si trovava di fronte ad una tipologia di aggravante, questo non accadeva sostanzialmente; infatti, a livello concreto ed effettivo si poteva parlare di una vera e propria forma di concorso di reati. Tali reati concorrenti, però, venivano unificati, con la predisposizione del cumulo giuridico delle pene, in un secondo momento da parte del legislatore allo scopo di applicare un uniforme trattamento sanzionatorio. Esso, in modo particolare, sosteneva anche che non si poteva parlare, in questo caso, né di un reato complesso, la cui fattispecie è prevista dalle disposizioni dell'articolo 84 c.p.[848] , né di un reato abituale (non avendosi, in questo caso, la limitazione determinata dalla necessità di realizzare condotte tra di loro omogenee).

In relazione a tali tipi di constatazioni, l'Autore individuava alcune conseguenze; *in primis*, esso indicava che, trattandosi di un concorso di reati, con struttura pluralistica, la unificazione legislativa doveva, comunque, essere scissa nelle sue singole componenti; quindi, in modo specifico, era necessario contestare singolarmente i fatti e le condotte realizzate in maniera autonoma. In secondo luogo, esso considerava le conseguenze relative al giudicato e al

[848] Che stabilisce che *"Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato";*

problema dell'operatività dell'articolo 671 c.p.p. con riferimento al reato continuato. In modo particolare, è necessario sottolineare che la struttura pluralistica della figura in esame consente di evitare che il giudicato formatosi relativamente ad un fatto singolo precluda un giudizio sugli altri fatti[849]; questo, però, era già da escludersi in relazione ai casi di fattispecie incriminatici a condotte fungibili, tra le quali l'Autore, a livello ipotetico, collocava le disposizioni dell'articolo 216 Legge Fallimentare. Esso sottolineava che se il delitto previsto al primo comma della norma citata si collocava nel novero di tali fattispecie, il giudicato formatosi sulla condotta di distrazione di una somma di denaro o di uno specifico bene, impediva un nuovo giudizio per occultamento o appropriazione della medesima somma o del medesimo bene.

Un ulteriore problema riferibile al giudicato si presentava nel caso in cui vi fosse stata l'emanazione di più sentenze pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona, per fatti differenti di bancarotta o in parte di bancarotta e in parte, ad esempio, di ricorso abusivo al credito. Il problema si poteva presentare perché le disposizioni dell'articolo 671 c.p.p. facevano riferimento esplicito al reato continuato. Questo avrebbe portato alla integrazione di una fondamentale disparità di trattamento, in quanto, da un lato, la pluralità di sentenze irrevocabili relative a fatti differenti di bancarotta commessi dallo stesso autore, riferiti a diversi fallimenti, avrebbe consentito di applicare la norma procedurale richiamata; dall'altro, la molteplicità di pronunce immutabili in relazione a fatti diversi di bancarotta commessi dallo stesso autore all'interno di un'unica procedura concorsuale, non avrebbe consentito di applicare l'articolo 671; perciò, in sede di giudizio, qualora un soggetto avesse dovuto affrontare processi distinti per fatti differenti di bancarotta, ma relativi al medesimo fallimento, si sarebbe visto applicare il cumulo di pene previsto per il concorso materiale di reati[850].

---

[849] Così anche, in precedenza, PAGLIARO A., all'interno del testo *Nuovo processo penale e pluralità di fatti di bancarotta*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1991, I, p. 483

[850] Tale aspetto viene evidenziato anche da PAJARDI nel testo di PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., pp. 1346-1347, il quale sottolinea che "Gli effetti della norma si esauriscono […] all'interno del medesimo procedimento concorsuale, poiché il principio della concezione complessivamente unitaria del reato di bancarotta si esaurisce nell'ambito di ogni singola procedura cui sono riferibili i fatti plurimi di bancarotta; di conseguenza, nel caso di autonoma dichiarazione di fallimento, le plurime condotte illecite realizzano un'ipotesi di concorso di reati con applicazione dei generali principi in materia di concorso di reati e di continuazione"; anche ANTOLISEI si occupa di stabilire che "l'istituto della continuazione in tema di bancarotta è applicabile allorché i fatti delittuosi si riferiscono a fallimenti distinti e autonomi", allo scopo, perciò di sottolineare il principio per il quale i fallimenti distinti non consentono l'applicazione della deroga disposta dalla norma dell'articolo 219 legge fallimentare (ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 166; Ciò viene sottolineato più di recente anche da DI AMATO il quale sottolinea che "Va esclusa […] l'applicabilità del principio di unitarietà della bancarotta nel caso di più condotte illecite relative e più imprese dichiarate fallite in procedure diverse, operando quel principio solo nell'ambito dello stesso fallimento" (DI AMATO A., *Diritto penale…*, cit., p. 220); molto tempo prima rispetto alla tesi di DI AMATO anche GIULIANI si era espresso sul punto; tuttavia la sua tesi era differente rispetto a quella appena esposta; infatti, esso si occupa di indicare che "i

A riguardo, perciò, l'Autore proponeva delle soluzioni; per la prima di esse si sarebbe potuto considerare l'articolo 219 comma secondo come relativo ad un'ipotesi autonoma e speciale di continuazione, detta "continuazione fallimentare"; tuttavia, a ciò si poteva obiettare che le disposizioni della norma richiamata prevedevano una unificazione legislativa di differenti fatti di reato ma con la forma tecnica di una circostanza aggravante, categoria reputata non compatibile con la continuazione. Qualora tale strada non fosse percorribile, l'Autore proponeva di individuare una vera e propria forma di violazione delle disposizioni dell'articolo 3 della Costituzione, poiché l'articolo 671 prevedeva la possibilità di ridefinire la pena in sede esecutiva nei soli due casi di concorso formale e reato continuato, con esclusione delle altre ipotesi in cui il legislatore provvedeva ad unificare sotto il profilo sanzionatorio differenti e autonomi fatti di reato.

A livello sostanziale, infine, esso sottolineava che, in primo luogo, le forme di manifestazione del reato dovevano essere riferite alla singola fattispecie integrata; ad esempio il concorso di un soggetto ad uno dei fatti non significava che tale soggetto dovesse concorrere in tutti i fatti commessi. In secondo luogo, esso osservava che la configurazione formale alla stregua di circostanza aggravante dell'articolo 219, comma secondo, numero 1), comportava l'applicazione ad essa delle regole contenute, ovviamente, negli articoli 59 e seguenti del Codice penale. Infine, esso specificava che essendo la circostanza in esame annoverabile tra quelle di tipo oggettivo, in caso di concorso di persone essa non si estendeva ai soggetti la cui condotta non aveva le caratteristiche necessarie al fine della estensione.

---

molteplici fatti cui fa riferimento l'articolo 219 […] possono essere rivelati da più fallimenti o anche da più procedure concorsuali" e aggiunge che "Appare dunque più ragionevole ammettere che la pluralità dei fatti di cui all'art. 219 […] debba ritenersi anche ove i fatti non sono stati rivelati dalla stessa procedura concorsuale" (GIULIANI U., *La bancarotta..*, cit., pp. 368-369,);

La Corte di Cassazione ha espresso il proprio orientamento a riguardo in differenti occasioni; durante gli anni Ottanta si è occupata di indicare che *"l'art. 219 della Legge Fallimentare […] esaurisce i suoi effetti all'interno del medesimo procedimento concorsuale, poiché presuppone una pluralità di fatti confluenti in un solo reato di bancarotta; esso, quindi, non è applicabile nelle ipotesi di fallimenti distinti"* (Cassazione penale, Sezione V, 21 agosto 1984, n. 7144, in *Riv. Pen.*, 1985, p. 414); la necessità di fare riferimento al medesimo fallimento viene espressa anche nella sentenza della Cassazione penale, Sezione V, 17 ottobre 1984, in *Cass. Pen.*, 1986, I, p. 596; Cassazione penale, sezione V, 18 febbraio 1992, in *Riv. pen*. economia, 1992, p.583; nella quale si specifica che *"Nel caso siano commessi più fatti previsti fra quelli dall'art. 216 l.fall. deve trovare applicazione l'art. 219, 2º comma, n. 1, della stessa legge che, nell'ambito di un medesimo fallimento stabilisce il principio della concezione unitaria del reato di bancarotta; in base a tale principio, allo scopo di mitigare il rigore derivante dall'applicazione delle norme sul concorso dei reati, la pluralità di atti di bancarotta è considerata una semplice circostanza aggravante del reato, anche nelle ipotesi - assai disomogenee fra di loro - di commissione di fatti di bancarotta patrimoniale e bancarotta documentale."* Cassazione penale, 22 maggio 2000, in *Cass. Pen. Rep.*, 2001, voce Bancarotta, n. 43; Così molto più recentemente la Cassazione penale, Sezione V, 1 dicembre 2004, in *Cass. Pen. Rep.*, 2005, voce Bancarotta , n. 21, nella quale si indica che *"L'aggravante di cui all'art. 219, 2º comma, n. 1, l.fall., è applicabile in ragione della pluralità di fatti di bancarotta all'interno della medesima procedura concorsuale, mentre può applicarsi la continuazione, al concorso di reati di bancarotta relativi a procedure concorsuali differenti; ne deriva che l'assoluzione da uno dei reati di bancarotta originariamente contestati relativo ad una procedura concorsuale non determina la caducazione dell'aggravante in presenza di una pluralità di bancarotte relative ad una diversa procedura concorsuale";*

In conclusione, perciò, si possono sintetizzare le obiezioni (ed i motivi sui quali esse si basano) che vennero (e sono) proposte contrariamente rispetto al regime unitario della bancarotta e alla sua valutazione alla stregua di circostanza aggravante[851]; come prima cosa si può sostenere che la rubrica dell'articolo 219 non vincola l'interprete relativamente al contenuto della norma. Allo stesso tempo, non è decisivo il riferimento all'espressione "la pena è aumentata" che, pur potendo costituire un diretto riferimento all'articolo 64 c.p. non esclude di per sé l'operatività dell'istituto del concorso dei reati, anche se esso è derogato sotto il profilo sanzionatorio dalla norma in esame.
Inoltre, le disposizioni alle quali ci si riferisce non sarebbero relative ad una aggravante, proprio per l'impossibilità di individuare l'imputabilità di una circostanza a titolo di dolo; infine, sono già stati evidenziati i problemi che tale concezione potrebbe portare, sia sotto il profilo del giudicato sia relativamente al concorso dell'*extraneus.*
Per tutti questi motivi si conclude indicando che "in definitiva si deve contrapporre al metodo interpretativo che si avvale della previsione dell'art. 219 per ricostruire la struttura degli artt. 216 e 217, il metodo che, ricostruita autonomamente la natura delle previsioni contenute negli articoli 216 e 217 si propone di verificare i limiti dell'applicazione dell'art. 219, comma 2°, n. 1"[852] e stabilendo, perciò, che la previsione in esame deroga al regime del cumulo materiale delle pene (e quindi solo sotto il profilo sanzionatorio) per il caso di concorso di reati[853]

Dopo aver effettuato questo breve *excursus* relativo sia alla bancarotta, sia ai problemi specifici inerenti all'applicazione della parte di norma in esame, è necessario evidenziare il campo di applicazione delle disposizioni dell'articolo 219 comma secondo, numero 1).
Come prima cosa è necessario sottolineare che tale parte di norma non si applica quando il soggetto ha commesso più fatti di reato rientranti nella previsione di una norma incriminatrice a condotte alternative e fungibili. Inoltre, non si applicano tali disposizioni in relazione alla commissione di condotte riconducibili al c.d. reato unico; un esempio calzante, offerto dalla dottrina[854], è proprio offerto dal "continuare a ricorrere" individuato all'interno dell'articolo 218 Legge Fallimentare; infatti, in questo caso si può parlare di un vero e proprio reato abituale, escluso dal novero di fattispecie incluse nel campo di applicazione della norma in

---

[851] In modo particolare tale sintesi è riferita al testo di COCCO G., *La bancarotta…*, cit. p. 340;
[852] COCCO G., *La bancarotta…*, cit. p. 321;
[853] PALAZZO F , in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit. p. 967;
[854] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit., p. 214;

esame[855] [856]. Lo stesso risultato sarebbe raggiunto nel caso in cui la reiterazione dei comportamenti previsti dalle norme configuri non un reato abituale bensì un'unica azione posta in essere con una pluralità di atti. Tali affermazioni sono riconducibili anche al recente orientamento di DI AMATO[857] il quale, dopo aver sottolineato il richiamo necessario, effettuabile in riferimento alle disposizioni in esame, al principio di unitarietà della bancarotta, indica che nel caso in cui un soggetto commetta più fatti di bancarotta relativi al medesimo fallimento, si deve escludere sia il cumulo materiale delle pene sia la disciplina del reato continuato, in quanto la pluralità dei fatti qui evidenziata costituisce solo una mera circostanza aggravante; esso, però, specifica che per poter ravvisare l'operatività dell'aggravante è necessario che ciascun fatto di bancarotta possieda un'autonoma individualità. Per questo motivo l'Autore esclude l'applicazione della norma in esame nel caso in cui venga posto in essere in modo "abituale" il reato, ad esempio, di bancarotta, in quanto, in questi casi, per l'integrazione della fattispecie abituale è sufficiente il compimento di uno solo dei fatti contemplati dalla legge con la conseguenza per la quale la pluralità di essi, all'interno del medesimo fallimento, non fa venire meno il carattere unitario con logica inapplicabilità dell'aggravante in esame.

Una sentenza risalente della Corte di Cassazione[858] conteneva, inoltre, l'affermazione relativa all'impossibilità di applicare le disposizioni dell'articolo 219 nella parte esaminata in riferimento al caso di realizzazione di più fatti di bancarotta nell'ambito di distinti fallimenti (fattispecie che si può verificare, ad esempio, nei casi di gruppi di società); questo perché si indicava che il fenomeno del collegamento societario aveva natura puramente economica, elemento che avrebbe consentito, perciò, nel caso di commissione dei reati da parte di società

[855] Il reato abituale è, infatti, definibile come quel reato il cui fatto esige la ripetizione, anche a distanza di tempo, di una serie di azioni od omissioni: con la conseguenza che un singolo atto del tipo descritto nella norma incriminatrice non integra la figura legale del reato in questione; definizione tratta dal testo di DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale…*, cit., p. 143;

[856] Tale esclusione viene affermata non soltanto da SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit., p. 214; ma anche da COCCO G., *La bancarotta…*, cit. p. 351 il quale afferma che una pluralità di azioni integranti un unico reato di bancarotta non comporta l'applicazione dell'aggravante di cui all'articolo 219; molto tempo prima anche NUVOLONE P., in *Il diritto penale…*, cit., p. 451, affermava che l'articolo 219 poteva essere applicato solamente nel caso in cui l'agente avesse posto in essere fattispecie "ontologicamente diverse"

[857] DI AMATO A., *Diritto penale…*, cit., p. 220;

[858] Specificamente la sentenza della Cassazione penale, del 15 giugno 1984, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 595; preceduta dalla pronuncia della Cassazione penale, 7 giugno 1984, in *Giur. it*., 1986, II, p. 643;tutte le pronunce citate sono antecedenti alla riforma;

distinte non l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 219, bensì delle norme relative alla continuazione[859] [860] [861] [862].

L'esclusione dell'applicazione delle disposizioni dell'articolo in esame si verifica anche nel caso in cui si commettano più fatti di reato rientranti nella previsione di articoli diversi; in questi casi sarebbe possibile applicare, in luogo dell'articolo 219, le disposizioni relative alla continuazione[863] [864]. Inoltre, la disciplina riferita alla continuazione si potrebbe applicare

---

[859] SGUBBI dichiara a riguardo la propria opinione contraria indicando che "l'articolo 219 2° comma n° I deve operare anche in caso di fallimenti distinti, specie se interdipendenti"; in riferimento a ciò, inoltre, l'Autore accenna al reato di ricorso abusivo al credito indicando che "lo stesso dicasi per il ricorso abusivo al credito che coinvolge generalmente tutto il gruppo, attraverso – ad esempio – fideiussioni incrociate"; (SGUBBI F., in SGUBBI F., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit., pp. 222-223;

[860] L'affermazione suddetta viene condivisa anche da PAJARDI nel testo di PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., p. 1347, il quale indica che "non si ravvisa un reato unitario ma si configura la continuazione di reati qualora il fallimento concerna singole imprese e società dotate di distinta e autonoma personalità giuridica, che rimane inalterata anche quando esse vengano incluse in un più vasto organismo economico, il cosiddetto gruppo";

[861] ANTOLISEI F., in *Manuale…*, cit., p. 168 afferma anche che l'istituto della continuazione si ritiene applicabile quando sono commessi reati previsti in articoli diversi dalla legge fallimentare, con l'esclusione delle ipotesi colpose che non sono sussumibili nel medesimo disegno criminoso; mentre è necessario sottolineare, come ricorda COCCO G., *La bancarotta…*, cit. p. 364, che nel caso in cui si presenti l'ipotesi di violazione don più azioni differenti delle norme previste nell'articolo 216 o 217, anche in presenza del medesimo disegno criminoso si deve ritenere applicabile l'articolo 219 in quanto norma più favorevole al reo;

[862] Ma questo viene affermato anche più di recente, all'interno delle seguenti sentenze: Cassazione penale, Sezione V, 18 febbraio, 1992, in *Cass. pen*., 1992, fasc. 6, p.43; Cassazione penale, Sezione V, 22 maggio 2000, in *Cass. Pen. rep.*, 2001, voce Bancarotta, n.43; nella quale si indica che "*La pluralità di atti di bancarotta è considerata, ai sensi dell'art. 219, 2º comma, n. 1 legge fallimentare, come semplice circostanza aggravante del reato (assoggettata all'ordinario giudizio di comparazione tra aggravanti ed attenuanti) solo all'interno del medesimo procedimento concorsuale; ne consegue che, nel caso in cui le dichiarazioni di fallimento siano plurime ed autonome, le rispettive condotte illecite realizzano una ipotesi di concorso di reati, con applicazione del cumulo materiale delle pene, ovvero, se ne sussistono i presupposti, dell'istituto della continuazione"*

[863] Così SGUBBI F., in SGUBBI F., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit., p. 223; GIULIANI, invece, effettua un discorso leggermente differente a riguardo in quanto indica che sicuramente in ogni caso si esclude, nell'operatività delle disposizioni dell'articolo 219, comma 2°, numero 1), l'applicabilità delle norme relative alla continuazione; tuttavia esso sottolinea anche che la continuazione non sarebbe integrata nel caso di commissione di distinti fatti di bancarotta semplice e fraudolenta; in altri termini, esso indica che non si può parlare di continuazione se le forme di bancarotta che sono state integrate dal soggetto attivo sono di tipo differente; (GIULIANI U., *La bancarotta…*, cit., p. 370); nel medesimo senso anche ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 168;

[864] La Cassazione, tuttavia, sembra pensarla diversamente; ciò è desumibile dal contenuto di alcune pronunce, quali: Cassazione penale, 4 marzo 1998, in *Cass. Pen. rep.*, 1998, voce Bancarotta, n. 32; Cassazione penale, Sezione V, 22 aprile 1998, i n *Cass. pen*., 1999, p.708; nella quale si accenna alla possibilità di applicare le disposizioni in esame "anche" qualora vengano commessi fatti appartenenti a fattispecie di reato differenti richiamate dalla norma; Cassazione penale, 1 giugno 1988, in *Riv. pen*., 1989, 634; un diverso "registro" si assume nella sentenza di Cassazione penale, 4 giugno 1981,in *Riv. pen*., 1982, p.314; nella quale si indica che *"La disposizione di cui all'art. 219 2º comma n. 1 l. fall. è derogativa così delle norme sul concorso materiale e formale di reati come di quelle che concernono il reato continuato; essa è a tutti gli effetti unificante non solo della pluralità di fatti di bancarotta dello stesso tipo, ma anche di quella di fatti diversi, purché questi e quelli siano ugualmente previsti in ciascuno degli art. 216, 217 e 218 l. fall. anche se in commi diversi";* essa è seguita da una sentenza del medesimo periodo che afferma i medesimi principi: Cassazione penale, 5 ottobre 1981, in *Cass. pen*., 1982, p.2105; infine, la soluzione indicata nel testo è avallata dalla Cassazione penale, il 29 settembre 1982, in *Riv. pen.*, 1983, p. 827; nella quale si indica che "*L'art. 219, 2º comma, l. fall., con disposizione che deroga alle regole comuni del concorso di reati, stabilisce solo un aumento di pena per il colpevole che abbia commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno dei precedenti art. 216, 217 e 218; ne deriva che la disciplina del reato continuato non è applicabile nel caso di più azioni alternative previste*

concretamente anche nel caso in cui si determini la continuazione del reato di bancarotta in quanto il contenuto dell'articolo 81 comma 1° c.p. viene indicato come maggiormente favorevole al reo e quindi applicabile in concreto nei confronti del colpevole del reato[865].

In riferimento a tale problema, tuttavia, si individuano delle conseguenze molto negative, soprattutto sotto il profilo sanzionatorio; ad esempio, nel caso di concorso tra fatti di bancarotta fraudolenta e fatti colposi di bancarotta semplice, viene esclusa non soltanto la possibile applicazione dell'articolo 219 ma anche della disciplina della continuazione, determinata come inammissibile per differenza riguardo all'elemento soggettivo; questo determina, perciò, il vero e proprio concorso materiale di reati con il conseguente cumulo materiale delle pene. Ciò potrebbe portare, poi, in relazione alla prassi per la quale il giudice si orienta spesso verso il minimo edittale della pena, all'applicazione, nel caso di commissione di più fatti di bancarotta fraudolenta, di pene più miti rispetto al concorso tra un fatto di bancarotta fraudolenta ed uno di bancarotta semplice[866]; anche in questo caso, perciò, il risultato derivante dall'applicazione di queste disposizioni sarebbe sottoponibile ad una censura costituzionale in termini di violazione del principio di uguaglianza.

In conclusione, si può riassumere il discorso appena effettuato indicando, almeno per il più recente orientamento dottrinale precedentemente evidenziato, l'applicabilità dell'articolo 219 comma 2 n. 1 nel caso in cui, con una o più azioni, il soggetto abbia integrato più reati previsti in ciascuno degli articoli richiamati dalla disposizione.

Infine, in relazione ai casi di trasposizione delle disposizioni richiamate dall'articolo 219 nell'ambito dei reati commessi da persone diverse dal fallito, a livello letterale si dovrebbe escludere l'applicabilità delle aggravanti ivi previste a causa del mancato richiamo esplicito degli articoli 223 e seguenti della Legge Fallimentare; si potrebbe eventualmente optare per una estensione facendo riferimento all'applicazione analogica di norme maggiormente favorevoli al reo; infatti, la norma dell'articolo 219 comma 2° numero 1), escludendo l'operatività delle disposizioni relative alla continuazione, consentirebbe un trattamento di maggior favore nei confronti del soggetto attivo del reato[867].

---

nell'ambito di uno solo dei suddetti articoli e si applica, invece, quando i fatti commessi sono contemplati in due o in tutti e tre gli articoli suddetti";

[865] Così ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 168;

[866] Così SGUBBI F., in SGUBBI F., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit., p. 224;

[867] Questa applicabilità, invece, viene affermata direttamente da parte di MANGANO il quale si occupa di indicare che se "Nulla è stabilito per i fatti considerati negli artt. 223 e 224" "anche in questi casi trova applicazione l'art. 219 trattandosi di una norma di favore per l'autore dell'illecito"(MANGANO P., *Disciplina…*, cit., p. 153) ; a sostegno della propria tesi, l'Autore propone una sentenza della Corte di Cassazione del 2000: Cassazione penale, 25 ottobre 2000, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2001, p. 762, nella quale si indica che *"In tema di reati fallimentari, la previsione di cui all'art. 219 r.d. 16 marzo 1942, n. 267, che esclude il concorso di reati – e dunque il cumulo materiale delle pene- in caso di commissione da parte dell'imprenditore*

Con riferimento specifico alla fattispecie di ricorso abusivo al credito si può indicare che la disposizioni dell'articolo 219 comma secondo, numero 1) si possono applicare nel caso in cui il soggetto attivo del reato abbia reiterato la condotta incriminata dall'articolo 218 ; in altri termini, il fatto per il quale il reo ha ripetuto nel tempo la condotta del ricorso al credito non determina l'intaccamento della unità del reato in esame ma soltanto l'aggravamento della pena prevista dall'articolo stesso; si potrebbe, perciò, integrare il comportamento negativo della prima parte del capoverso dell'articolo 219 nel caso in cui l'imprenditore (o uno degli altri soggetti attivi previsti dalla norma attuale relativa al ricorso abusivo al credito) abbia commesso più fatti di reato riconducibili all'articolo 218 [868]. L'applicazione delle disposizioni in esame all'articolo 218 è affermata esplicitamente anche da IMPERATO [869], il quale evidenzia tale operabilità facendo riferimento ad un contrastato (ma non citato) orientamento contrario di alcuni giudici di merito che avrebbero escluso tale applicazione. Tali sentenze, però, venivano già citate in parte da CONTI[870] il quale si occupava di indicare che per taluni giudici delle corti di merito l'aggravante della pluralità delle ipotesi di reato non sarebbe applicabile al delitto di ricorso abusivo al credito avendo riguardo a più fatti diversi, mentre nell'articolo 218 è contemplata una solo fattispecie criminosa[871]; l'Autore, tuttavia, si dichiarava non d'accordo con tale orientamento poiché esso avrebbe portato, indirettamente, all'abrogazione di una parte della norma considerata; in questo caso per Conti "sembra evidente che nell'ipotesi di cui si tratta la pluralità dei fatti è data dalla reiterazione dei

---

di più fatti tra quelli previsti negli artt. 216, 217 e 218, è applicabile estensivamente – trattandosi di norma favorevole all'imputato – anche ai reati di bancarotta cosiddetta impropria, commessi dagli amministratori di società o dalle altre persone diverse dal fallito indicate nel primo comma dell'art. 223 della Legge Fallimentare, attesa la identità di ratio posta a base dei due tipi di bancarotta"; avevano preceduto la sentenza citata altre pronunce che si esprimevano nel medesimo senso: Cassazione penale, Sezione V, 25 ottobre 2000, in *Cass. Pen. rep.*, 2001, n. 44; Cassazione penale, 23 febbraio 1995, in *Riv. Trim. dir pen. Econ.*, 1996, p. 74; per la quale è possibile applicare l'art. 219 in forza del disposto dell'art. 223, che ritiene a sua volta applicabili le pene stabilite dall'art. 216 ai soggetti della bancarotta impropria; Cassazione penale, 16 febbraio 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 2624; Cassazione penale, Sezione V, 27 aprile 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p. 2625; nella quale si indica che *"Nel''ambito dei reati commessi da persone diversi dal fallito […] le stesse (fattispecie) non si sottraggono alla disciplina dell'art 219, che è, comune ai reati di bancarotta propria ed a quelli di bancarotta impropria";* Cassazione penale, Sezione V, 8 gennaio 1980, in *Giust. Pen.*, 1980, c. 650; nella quale si specifica che *"La disposizione di cui all'art. 219 capoverso n. 1 Legge Fallimentare è applicabile, per effetto di interpretazione estensiva, anche ai fatti indicati nel secondo comma n. 1 dell'art. 223 Legge Fallimentare";*

[868] Così CERQUA L. D., *Il ricorso abusivo al credito,* cit., pp. 58-59; in precedenza, invece, aveva optato per una soluzione meno restrittiva, contemplante la possibilità di applicare le disposizioni dell'articolo in esame anche nel caso di commissione alternativa di più reati previsti nelle differenti norme degli articoli richiamati dal 219 Legge Fallimentare PAJARDI nel testo di PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice del fallimento,* cit., p. 1347;

[869] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., p. 586;

[870] CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., p. 376;

[871] Le sentenze erano risalenti in quanto riferibili agli anni Sessanta, come quella del Tribunale di Verona, dell'11 agosto 1960, in *Riv. Pen.*, 1964, II, p. 87; Tribunale di Cremona, 10 novembre 1959, in *Dir. Fall.*, 1960, II, p. 199;

comportamenti criminosi pur se essi sono tutti riconducibili ad un unico modello normativo"[872].

Precedentemente rispetto all'esposizione della propria tesi posta in essere da parte sia di Conti sia del suo "allievo" Imperato, anche GIULIANI[873] si era occupato di sottolineare la necessità di identificare l'applicabilità delle disposizioni dell'articolo 219, nella parte qui esaminata, nel caso di commissione del reato di ricorso abusivo al credito; in modo particolare, esso indicava che "Non senza qualche motivo, è sorta in giurisprudenza la tesi per cui l'art. 219, II co., n. 1 L.F. non si applicherebbe all'art. 218 L.F. Riteniamo tale tesi non accoglibile. Ove taluno, in diversi momenti di difficoltà, per decisioni autonome ricorra abusivamente al credito, si hanno più azioni di ricorso abusivo al credito e non si ha l'ipotesi di continuare a ricorrere abusivamente al credito"; in altri termini, l'Autore escludeva ivi l'applicabilità delle norme ordinarie relative al reato continuato, ammettendo, anche in relazione al ricorso abusivo al credito come fattispecie non connotata da condotte distinte ma da un tipo di comportamento unitario indicato dalla norma, la possibilità di applicare l'aggravante in esame; questo soprattutto perché, in ogni caso, anche realizzando più volte la medesima condotta il soggetto attivo si sarebbe occupato di integrare più volte la fattispecie di reato, creando, perciò, forme apparentemente uguali, ma in concreto differenti, di ricorso al credito. Inoltre, l'Autore evidenziava un punto fondamentale per il quale avallare l'interpretazione contraria della disposizione di legge avrebbe portato l'interprete ad abrogarne, anche se solo indirettamente, una parte.

Durante gli anni Novanta si può collocare l'opinione favorevole, anche se espressa in termini piuttosto generici, di SGUBBI[874], il quale, pur escludendo la possibilità di applicare le disposizioni dell'articolo 219 nella parte qui esaminata ai casi nei quali si integri una fattispecie nella forma di reato abituale, indica che tale "utilizzo" può verificarsi, invece, in relazione al ricorso abusivo al credito che, seppure costruito dal legislatore alla stregua di reato unico o abituale, nel senso per il quale in esso si ravvisa una azione unica che può essere compiuta attraverso una pluralità di atti, non si può escludere dal campo di operatività della norma per evitare le interpretazioni "abroganti" della disposizione richiamata.

---

[872] CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., p. 376;
[873] GIULIANI U., *La bancarotta…,* cit., p. 371;
[874] SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca…*, cit. p. 216;

Si ammette ulteriormente tale possibilità di applicazione della norma aggravante anche in tempi più recenti; ANTOLISEI[875], senza esitazioni, ammette la possibilità di utilizzare le circostanze speciali previste all'articolo 219 anche in riferimento al reato di ricorso abusivo al credito. In modo particolare esso precisa che tale applicabilità è subordinata al fatto di "aver commesso più fatti di ricorso abusivo al credito" distinti tra di loro.

In tempi ancor più recenti si colloca l'opinione di PALAZZO [876], il quale si occupa di sottolineare ulteriormente il principio per il quale "Con riguardo all'art. 218 la norma in questione si applica in presenza di una pluralità di azioni, ciascuna integrante una autonoma ipotesi di reato"; in questo modo, perciò, si evidenzia la costante necessità di ravvisare, allo scopo di applicare le disposizioni relative all'aggravante, la distinzione tra le differenti condotte poste in essere da parte del colpevole anche se tutte riconducibili alla medesima fattispecie di reato.

Più di recente un altro insigne giurista, ossia MANGANO[877], si è occupato di affrontare il problema in esame, relativo alla possibilità di applicare le disposizioni dell'articolo 219 anche al caso di reiterazione del medesimo tipo di condotta di reato; la risposta dell'Autore è assolutamente positiva; infatti, esso indica che "esaminando il contenuto della disposizione, il primo quesito che si pone riguarda il dubbio se il riferimento a più fatti possa comprendere anche il caso in cui l'agente commetta in tempi diversi lo stesso fatto. Al quesito va data una risposta positiva, perché è l'unica che consente di applicare la disposizione al reati di ricorso abusivo al credito"; se si dovesse ritenere operativa la disposizione aggravante solo qualora un soggetto si occupi di commettere reati attraverso la predisposizione di differenti condotte, si determinerebbe, al pari di quanto venne già evidenziato dai precedenti autori, una interpretazione dell'articolo 219 di tipo assolutamente abrogante, relativamente alla parte che prevede la possibilità di "attribuire" la norma richiamata anche al reato di ricorso abusivo al credito.

Molto più di recente anche CERQUA[878] ha espresso un'opinione assolutamente favorevole all'ammissione della possibilità di adattare le disposizioni speciali dell'articolo 219 anche al caso di integrazione della fattispecie di ricorso abusivo al credito; infatti, esso sottolinea che "si deve considerare che la pluralità dei negozi creditizi, non intaccando l'unità del reato,

---

[875] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit. p. 180;
[876] PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p. 969;
[877] MANGANO P., *Disciplina…*, cit., p. 152;
[878] CERQUA L.D., *Il ricorso abusivo al credito…*, cit. p. 58;

comporta un aggravamento della pena, dovendo trovare applicazione l'art. 219, comma 2, n.1 della Legge Fallimentare"; anche in questo caso si aggiunge, tra le altre affermazioni, la specificazione della necessità di evidenziare la distinzione tra le differenti condotte di ricorso abusivo al credito allo scopo di applicare l'aggravante richiamata.

In relazione, invece, alle disposizioni dell'articolo 219, comma secondo, numero 2) l'analisi si configura come più semplice rispetto a quella appena considerata. In tale parte della norma, come già indicato, si prevede che

Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate:

[…] 2) se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale

In merito a tale tipologia di aggravante si può indicare la sua natura soggettiva, desumibile dalla sua "dipendenza" rispetto a particolari condizioni o qualità personali del soggetto agente.

La sua applicabilità è particolare e deve essere analizzata nel dettaglio. Come prima cosa è necessario precisare che essa può essere riferita solamente ai fatti previsti, ed esplicitamente richiamati, dagli articoli 216, 217 e 218 Legge Fallimentare; la sua estensione analogica, infatti, sarebbe in *malam partem*, perciò essa è da escludersi. L'esperibilità dell'aggravante, inoltre, si ravvisa solo nel caso in cui il colpevole abbia esercitato un'impresa commerciale in violazione diretta ed immediata di un divieto prescritto dalla legge, in modo particolare qualora le disposizioni normative si occupino di prevedere dei particolari casi di incompatibilità legati all'esercizio di determinate professioni o di particolari uffici[879].

Si escluderebbe l'operatività di tale aggravante in altri e differenti casi; questo poiché, nonostante all'interno dell'ordinamento penale vengono previsti ulteriori divieti relativi all'esercizio dell'impresa commerciali, essi operano solo attraverso la mediazione concreta di un provvedimento giurisdizionale o amministrativo e non per applicazione diretta ed immediata di una norma che prevede un divieto legislativo[880]. Ad esempio la violazione di sanzioni interdittive accessorie, come quelle previste dalle norme degli articoli 28 e seguenti

---

[879] Così CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., p. 360; in tal senso anche ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 149;

[880] Così SGUBBI F., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca..*, cit. pp.213-214; allo stesso modo l'eminente opinione di ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 157;

del codice penale, può essere sanzionata attraverso l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 389 c.p. che stabilisce che

"Chiunque, avendo riportato una condanna, da cui consegue una pena accessoria, trasgredisce agli obblighi o ai divieti inerenti a tale pena, è punito con la reclusione da due a sei mesi"

E non con l'applicazione dell'articolo 219 Legge Fallimentare. Infatti, in questi casi, determinare l'applicazione delle disposizioni della Legge Fallimentare comporterebbe l'integrazione di una forma di violazione del divieto di analogia in *malam partem.*
Allo stesso modo, e per le medesime motivazioni, perciò si deve escludere l'applicabilità delle disposizioni in esame nei confronti di chi integri le fattispecie di bancarotta impropria, poiché l'utilizzo di tali previsioni normative è limitato ai soggetti richiamati dalla norma e dalle disposizioni di rinvio; nel caso della bancarotta, perciò, non si potrà "superare" la previsione legislativa che limita, anche grazie al richiamo degli articoli 216 e 217, l'aggravante al solo imprenditore e non agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci ed ai liquidatori.

CAPITOLO 3

IL RAPPORTO DEL RICORSO ABUSIVO AL CREDITO CON ALTRE FATTISPECIE DI REATO

Le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare sono state più volte, nel corso della presente trattazione, "accostate" alle norme disciplinanti altre figure di reato e a fattispecie spesso indicate come simili rispetto al ricorso abusivo al credito. In questa sede, perciò, ci si occuperà in modo specifico di analizzare il rapporto intercorrente tra tali ulteriori forme di reati e la fattispecie oggetto della dissertazione presente.

1. Il ricorso abusivo al credito e la truffa

Si è già potuto accennare *supra*[881], nel momento in cui si è fatto riferimento alla nozione di dissimulazione, ad alcune differenze che distinguono il reato di ricorso abusivo al credito da quello di truffa. In modo particolare, in questa sede ci si occuperà di approfondire ulteriormente la questione, individuando in modo analitico, soprattutto grazie all'ausilio della fondamentale analisi dottrinale, gli elementi che consentono di non confondere tra loro le due fattispecie.
Come prima cosa è necessario indicare nuovamente la previsione insita all'interno dell'articolo 640 del c.p. che disciplina la truffa, indicando che:

"Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a 1.032"

[881] Specificamente all'interno del Capitolo 2, al paragrafo numero 1, lettera a), ii

Già all'esordio degli anni Cinquanta la dottrina si occupava del problema della necessaria distinzione tra queste due figure di reato; infatti, DE SEMO[882], nella conclusione del suo testo relativo proprio al reato di ricorso abusivo al credito si occupava di sottolineare che esso si poteva distinguere dal reato di truffa soprattutto perché il soggetto agente, in relazione alla fattispecie descritta dall'articolo 218, non si proponeva di raggiungere, in aggiunta rispetto alla concessione del credito (a proprio vantaggio), anche l'obiettivo del cagionamento del danno nei confronti del concedente il fido o il finanziamento. Infatti, basandosi sul contenuto della relazione del Guardasigilli[883], esso teneva a specificare che in merito alla truffa era necessario che il reato si manifestasse attraverso il compimento (e l'ottenimento) dell'ingiusto profitto con l'altrui danno. Ma l'Autore non si fermava qui; infatti, aggiungeva che "nel ricorso abusivo al credito manca l'artifizio o il raggiro; se questo invece concorresse e si verificasse anche il danno altrui, si profilerebbe una responsabilità a titolo di truffa"; esso accennava anche alla preesistente clausola di riserva, relativa alla sussistenza di reati più gravi, nel cui gruppo era possibile annoverare sicuramente la truffa; grazie a tale clausola, perciò, si poteva determinare l'esclusione ulteriore dell'assimilazione tra le due differenti condotte di reato.

Praticamente coeva rispetto all'esposizione posta in essere da De Semo è anche l'analisi della questione in esame realizzata da parte di PROVINCIALI[884], il quale si occupava di sottolineare non tanto la presenza di fondamentali differenze intercorrenti tra l'articolo 218 Legge Fallimentare e la norma dell'articolo 640 c.p., quanto la presenza un parziale parallelismo tra le due tipologie di reati; in modo particolare, esso indicava che in relazione al ricorso abusivo al credito si poteva verificare "la stessa situazione che si ha per la truffa commessa dal fallito: trattasi di reati di diversa oggettività giuridica, dei quali, pertanto, è ammesso il concorso materiale, col conseguente cumulo delle pene"[885]; questa possibilità di concorso si poteva realizzare, secondo l'Autore, grazie alla previsione di una formulazione autonoma del reato fallimentare rispetto alla disposizione presente in precedenza all'interno

[882] DE SEMO G. , *Sul reato…*, cit., c. 89;
[883] In modo particolare al numero 59;
[884] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., pp. 204-205;
[885] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 204;

del codice di commercio; tale "distacco", infatti, consentiva non soltanto il concorso tra il ricorso abusivo al credito e la bancarotta, ma anche rispetto agli altri "reati non fallimentari ascritti al fallito" tra i quali si poteva annoverare anche la truffa. Tuttavia, esso specificava anche che il concorso si sarebbe potuto compiere solamente nel caso in cui la truffa fosse stata integrata relativamente ad un fatto totalmente diverso rispetto a quello fondante l'imputazione per ricorso abusivo al credito. Quindi, il fatto di aver enucleato il reato oggi previsto all'interno delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare rispetto alla bancarotta lo rendeva, già al tempo, idoneo a fondare un concorso materiale rispetto a reati di tipo fallimentare e non.

L'esordio degli anni Settanta ha visto la formulazione della particolare analisi del rapporto tra truffa e ricorso abusivo al credito posta in essere da parte di LA MONICA[886], il quale si occupa di analizzare nel dettaglio i differenti aspetti che consentono di distinguere le due importanti fattispecie. Come prima cosa esso si concentra sulla differenza intercorrente tra il concetto di "dissimulazione del dissesto" e quello di "artifizio e raggiro"; in modo particolare, esso critica l'opinione espressa da Provinciali in merito alla possibilità di ritenere già una truffa il comportamento, pur apparentemente rientrante nella categoria dei ricorsi abusivi al credito, di chi si occupi, anche solo limitatamente, di porre in essere un artifizio[887]; per l'Autore, infatti, come prima cosa la dissimulazione non potrebbe concretizzarsi nella messa in atto di un comportamento assolutamente passivo, contraddistinto dal mero silenzio; tuttavia, esso sottolinea anche che "i limiti concettuali dell'artifizio e del raggiro possono allargarsi fino a comprendere la menzogna, la reticenza ed anche il silenzio"[888]. In relazione a ciò esso conclude indicando che la rilevanza dell'artifizio relativamente al ricorso abusivo al credito si integra solamente quando il comportamento del soggetto provoca, come unico risultato, la dissimulazione concreta del dissesto; "ogni altro artifizio, tendente ad ottenere il credito, realizzerebbe il più grave reato di truffa"[889].
In riferimento, poi, alle altre caratteristiche che possono distinguere il ricorso abusivo al credito dal reato di truffa, l'Autore effettua un ulteriore ragionamento; in modo particolare, esso si occupa di indicare che le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare hanno come obiettivo quello di tutelare il terzo, potenziale o effettivo creditore, dal compimento, da

[886] LA MONICA M., *I reati fallimentari,* cit., pp. 527-528;
[887] L'Autore si vuole riferire all'affermazione di Provinciali per la quale "a perfezionare il reato non sono richiesti atti positivi di occultamento o nascondimento, diretti a celare e mascherare lo stato patrimoniale; tanto meno occorrono dichiarazioni mendaci o false rappresentazioni del vero: basta la reticenza, il solo tacere" (PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 197);
[888] LA MONICA M., *I reati fallimentari,* cit., p. 527;
[889] LA MONICA M., *I reati fallimentari,* cit., p. 527;

parte del richiedente il credito, di comportamenti volti a non consentire all'erogatore del credito di decidere in modo consapevole se concedere o meno il fido o il finanziamento. Ecco perché esso aggiunge che, nella realizzazione pratica della fattispecie fallimentare il soggetto attivo può essere sanzionato anche nel caso in cui esso non sia riuscito a trarre dall'attività illecita alcun ingiusto profitto, poiché il carattere antigiuridico della condotta risiede nella dissimulazione del dissesto utilizzata allo scopo di ottenere la prestazione da parte della controparte contrattuale; esso specifica, infatti che "se invece si ravvisi lo scopo di procurarsi un ingiusto profitto, allora, ed ove ricorrano gli artifizi ed i raggiri, troverà applicazione la norma incriminatrice dell'art. 640 c.p."[890]. Infine, l'Autore esclude che in presenza di un solo fatto posto in essere, e quindi del compimento di una condotta unitaria, si possa verificare una fattispecie di concorso tra i due reati.

Durante gli anni Ottanta la dottrina ha continuato ad occuparsi del problema ivi analizzato; a riguardo è possibile fare riferimento alla tesi di GRASSO[891], il quale, molto brevemente, si occupa di indicare che "l'esistenza di una mera dissimulazione dello stato di dissesto vale a differenziare tale reato dalla truffa" in quanto quest'ultima richiede, per la sua concreta integrazione, il compimento della condotta attraverso i cc.dd. artifizi o raggiri. In modo particolare, l'Autore sottolinea che relativamente al ricorso abusivo al credito il soggetto agente si limita a celare, attraverso un comportamento reticente, le proprie condizioni; in riferimento alla truffa, invece, il soggetto attivo, mediante "sottili accorgimenti", determina la rappresentazione, presso il contraente opposto, di una situazione finanziaria ed economica differente rispetto a quella reale. Per questo motivo si può parlare, in ordine al reato previsto dall'articolo 640 c.p., di una induzione in errore del soggetto passivo; il ricorso abusivo al credito, invece, può concretizzarsi qualora il creditore si trovi, semplicemente, in una situazione di ignoranza.
Coeva rispetto alla tesi individuata da Grasso è l'analisi posta in essere da parte di CONTI[892] il quale si occupa di indicare, al pari degli autori precedentemente citati, che la prima differenza intercorrente tra il ricorso abusivo al credito e il reato di truffa consiste nella assente necessità, relativamente all'articolo 218 Legge Fallimentare, di integrare la presenza di uno scopo dell'ingiusto profitto con altrui danno; inoltre, il reato fallimentare si può compiere attraverso la semplice dissimulazione del dissesto senza la richiesta del compimento di un vero e proprio artifizio o di un raggiro. Tuttavia, l'Autore nega che si possa asserire che

[890] LA MONICA M., *I reati fallimentari,* cit., p. 528;
[891] GRASSO G., *Truffa in danno della banca…*, cit., p. 103;
[892] CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., pp. 376 ss.;

nel ricorso abusivo al credito non sussiste alcun tipo di artifizio, poiché in esso è effettivamente rilevante "quell'artifizio o raggiro che si aggiunga o sostituisca al predetto, poiché, in tal caso, senza dubbio, ove concorra uno scopo di profitto ingiusto, verrebbe realizzata la più grave figura della truffa"[893]; in altri termini, se il soggetto attivo pone in essere un artifizio che si sostituisce alla semplice dissimulazione del dissesto e che viene realizzato non con lo scopo di ottenere un ingiusto profitto con l'altrui danno, ma solamente con l'obiettivo di determinare l'ottenimento del credito, non si può parlare ancora di truffa, bensì di ricorso abusivo al credito. Successivamente, Conti si occupa anche di analizzare la ormai abrogata clausola di riserva, relativa all'applicabilità delle disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare, "salvo che il fatto costituisca un reato più grave"; in relazione a tale clausola, l'Autore indicava che l'obiettivo del legislatore era, probabilmente, quello di evitare che al verificarsi di un unico fatto si potesse parlare di un concorso formale. Per Conti, in tale occasione si sarebbe dovuto fare riferimento ad una semplice ipotesi di concorso apparente di norme, poiché le due disposizioni potevano risultare alternativamente rilevanti; in altri termini, le differenze intercorrenti tra i due tipi di fattispecie, con l'aggiunta della specifica clausola di esordio della norma dell'articolo 218, avrebbero consentito di distinguere immediatamente un reato dall'altro, e di individuare facilmente la disposizione in concreto applicabile[894].

Dieci anni dopo rispetto alle conclusioni formulate da Conti, anche SANDRELLI[895] ha determinato un esame del problema presente; l'Autore, attraverso un'analisi sintetica e sistematica, si occupa di individuare alcune differenze intercorrenti tra il ricorso abusivo al credito e il reato di truffa. Come prima cosa, esso indica che il necessario compimento degli artifizi e raggiri, previsto all'interno dell'articolo 640 c.p., determina la possibilità di prendere in considerazione "condotte più elaborate e tese all'inganno, rispetto alla dissimulazione"[896]; tuttavia, l'Autore ammette che, nella prassi concreta, spesso è difficile distinguere il vero e proprio artifizio dalla mera dissimulazione, soprattutto nel caso in cui gli artifizi stessi abbiano come obiettivo quello unico di determinare una dissimulazione del dissesto e non la vera e propria induzione in errore della controparte contrattuale. Ecco perché Sandrelli

[893] CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., p. 377;
[894] Successivamente rispetto agli insegnamenti di Conti, IMPERATO si occupa, sinteticamente, all'interno del testo dello stesso precedente giurista, di indicare che "paiono sufficientemente netti i confini fra il delitto di truffa e quello qui esaminato (cioè il ricorso abusivo al credito): qualora la dissimulazione trasmodi nell'artificio o nel raggiro, verrà ad essere applicato l'art. 640 c.p." (IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, cit., p. 587);
[895] SANDRELLI G. G., *I reati…*, pp. 16-17;
[896] SANDRELLI G. G., *I reati…*, p. 17;

propone di subordinare le distinzioni tra i due reati all'individuazione anche di un diverso elemento soggettivo; in modo particolare, esso indica che il truffatore ha la specifica volontà di danneggiare il creditore, elemento che si considera assente relativamente all'articolo 218 Legge Fallimentare. Quindi, Sandrelli, invece di limitarsi all'esposizione di meri dati letterali ed oggettivi volti a distinguere le due tipologie di comportamenti, arricchisce le precedenti analisi anche con l'aggiunta di una ulteriore e più approfondita attenzione all'elemento "volontà", relativo ai soggetti attivi delle due tipologie di reati; da ultimo, come ulteriore elemento fondamentale, l'Autore sottolinea che, al di fuori delle eccezioni, il reato di truffa è perseguibile a querela della persona offesa, differentemente dal reato fallimentare.

Successivamente rispetta alla pena esposta dissertazione si può collocare anche l'analisi di ANTOLISEI[897] relativamente a tale questione; l'Autore esordiva con l'esame della preesistente clausola di riserva; in modo particolare esso indicava che tale clausola era stata inserita proprio allo scopo principale di distinguere il ricorso abusivo al credito dal reato di truffa. Specificamente, tale distinzione si poteva individuare, come prima cosa, nel differente elemento soggettivo indicato dalle due disposizioni di legge. Infatti, il punto fondamentale, previsto a livello soggettivo, del reato di truffa era costituito dal dolo specifico, desumibile dall'espressione "scopo di ingiusto profitto con altrui danno"; quindi, anche Antolisei, al pari di Sandrelli, tendeva a specificare la necessità di riferirsi anche all'elemento soggettivo allo scopo di non confondere i reati in esame.

Ulteriormente, esso indicava che la truffa, differentemente dal ricorso abusivo al credito, esigeva la predisposizione degli artifizi o raggiri, non direttamente ascrivibili al concetto di dissimulazione del dissesto; tuttavia, anche Antolisei ammetteva che non si poteva escludere completamente la nozione dell'artifizio dal novero di comportamenti relativi alla dissimulazione; la distinzione, però, che esso individuava come esistente tra gli artifizi relativi alla truffa e quelli inerenti al ricorso abusivo al credito era riferita al fatto per il quale il comportamento descritto dall'articolo 640 c.p. doveva vedere, in "aggiunta", l'induzione in errore del soggetto passivo del reato, mentre in riferimento al ricorso abusivo al credito si poteva parlare semplicemente di ignoranza generata presso il creditore, relativamente allo *status* finanziario ed economico del richiedente il credito.

Molto più recentemente anche MANGANO[898] si è occupato di individuare i confini della fattispecie di ricorso abusivo al credito rispetto al reato di truffa; in modo particolare, attraverso un'analisi singolare, esso ha indicato che relativamente al reato descritto dalla Legge Fallimentare l'ottenimento del credito si compie attraverso la dissimulazione del

[897] ANTOLISEI F., *Manuale…*, pp. 180-181;
[898] MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., pp. 177-178;

proprio dissesto; tale attività viene indicata come "generica rispetto agli artifici e raggiri considerati dal reato di truffa"[899], in quanto non "riempita", almeno all'interno della sintetica disposizione legislativa, di specifici contenuti; il carattere della genericità, però, per l'Autore si poteva individuare in parte anche all'interno dell'articolo 640 c.p., che puniva (e punisce) chi compia una data attività allo scopo di ottenere un ingiusto profitto con l'altrui danno; infatti, tale espressione avrebbe contenuto più generale rispetto all'ottenimento del credito, specificamente indicato dall'articolo 218 Legge Fallimentare. Ecco perché l'Autore concludeva indicando che "le due fattispecie presentano elementi diversi, che sono alle volte tipicizzati in modo generico rispetto alla tipicizzazione contenuta nell'altra norma"[900]; tuttavia, nonostante la corrispettiva genericità, Mangano accennava alla possibilità, nel caso di concorso, di applicare le disposizioni del codice penale in quanto relative ad una fattispecie più grave, con riferimento al trattamento sanzionatorio.

Grazie a questo breve *excursus* relativo all'analisi dottrinale, si è potuto notare come il pensiero dei giuristi si sia, nel tempo, progressivamente arricchito di nuovi elementi e raffinato, anche grazie ai successivi apporti posti in essere da parte della giurisprudenza, soprattutto relativamente all'analisi del confine intercorrente tra la semplice dissimulazione ed i veri e propri artifizi o raggiri.

La giurisprudenza, infatti, si è occupata nel tempo di individuare, in mod più o meno ampio, i caratteri relativi all'integrazione del comportamento indicato nelle disposizioni dell'articolo 640 c.p.; si è già visto quali tipo di caratteristiche si possono attribuire alla condotta della dissimulazione dello stato di dissesto o insolvenza, mentre ora ci si concentrerà maggiormente sul significato di "artifizi o raggiri".

Già durante gli anni Settanta, infatti, la Suprema Corte indicava che "l'artificio o il raggiro richiesti per la sussistenza del reato di truffa può consistere in qualsiasi subdolo espediente posto in essere per indurre in errore la vittima e, quindi, anche nel semplice silenzio, maliziosamente serbato, su alcune circostanze da chi abbia il dovere di farle conoscere: in simili casi il contegno dell'agente non è meramente passivo, bensì è artificioso, perché si concreta in uno stato di fatto apparente, diretto a far credere vero ciò che in realtà non esiste"[901]; ecco che quindi cominciava a crearsi la confusione tra la nozione di reticenza e di artifizio o raggiro posto in essere da parte del soggetto attivo del reato.

---

[899] MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., p. 177;
[900] MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., p. 178;
[901] Citazione tratta dalla sentenza di Cassazione penale, Sezione II, 16 marzo 1970, in *Cass. Pen.*, 1972, p. 235; avevano preceduto tale pronuncia determinando le medesime conclusioni anche le sentenze di Cassazione penale, Sezione V, 28 ottobre 1968, in *Cass. Pen.*, 1969, p. 1370; Cassazione penale, Sezione II, 13 marzo 1968,

Nel decorso degli anni Ottanta, la Corte di Cassazione si è occupata di specificare l'esistenza di confini tra il semplice atto di dissimulazione del dissesto o dello stato di insolvenza e la vera e propria attività di costituzione di un artifizio o raggiro; essa, in modo particolare, ha indicato che "Il reato di ricorso abusivo al credito […] si distingue dal reato di truffa […] perché per la sua sussistenza non è richiesto né il fine specifico dell'ingiusto profitto con altrui danno (eventuale), né l'uso di artifici o raggiri, non potendo considerarsi artificio o raggiro la semplice dissimulazione dello stato di insolvenza"[902]; in modo specifico, in merito al caso concreto dal quale era scaturita la presente pronuncia, la Corte aveva indicato l'esistenza del reato di truffa perché l'imputato aveva fatto ricorso al credito non solo dissimulando il proprio dissesto, attraverso l'occultamento delle sue effettive condizioni economiche (ad esempio attraverso il semplice silenzio), ma aveva anche determinato la "costruzione" di una realtà fittizia, mediante un'attività di frode costituita grazie alla falsificazione di documenti e sigilli al giro degli assegni privi di copertura. Con questo, perciò, il soggetto aveva indotto in errore gli istituti di credito contraenti, procurandosi l'ingiusto profitto con altrui danno.

Una successiva sentenza, sempre degli anni Ottanta, vedeva la dichiarazione della Corte in ragione della quale "il silenzio maliziosamente tenuto dal mediatore che assuma efficienza causale nel processo di formazione della volontà della parte, indotta all'acquisto o comunque rassicurata sulla sua convenienza grazie a tale comportamento omissivo, integra la condotta di consapevole partecipazione al delitto di truffa"[903]; in questo caso il soggetto mediatore, in un caso di compravendita immobiliare, si era occupato di indicare che l'immobile stesso era assolutamente libero da ipoteche, nonostante la consapevolezza dello stato contrario del bene oggetto di contratto. Quindi, anche in questo caso si ammetteva la possibilità di integrare, anche solo alla stregua di concorso, la condotta descritta dall'articolo 640 c.p. attraverso il

---

in *Cass. Pen.*, 1969, p. 855; Cassazione penale, Sezione III, 28 giugno 1961, in *Cass. Pen. Mass.*, 1961, m. 98664; successivamente, invece, è intervenuta una pronuncia all'interno della quale si è specificata la necessità, al fine di sanzionare specificamente il reato di truffa, di vedere il riversarsi della condotta del soggetto agente sul soggetto passivo che deve risultare, in conclusione, sottoposto a specifico inganno e, perciò, indotto in errore; così la sentenza di Cassazione penale, Sezione II, 11 maggio 1973, in *Cass. Pen.*, 1975, p. 535; sempre successivamente rispetto alla prima pronuncia considerata, ma precedentemente rispetto all'ultima indicata all'interno della presente nota, la Cassazione è intervenuta sul punto, indicando che gli artifizi e i raggiri necessari ad integrare il delitto di truffa possono consistere anche in una messa in scena fittizia e, in genere, in un comportamento idoneo ad indurre in errore; così la sentenza di Cassazione penale, Sezione V, 12 maggio 1971, in *Cass. Pen.*, 1972, p. 903;

[902] Citazione tratta dalla sentenza di Cassazione penale, Sezione II, 13 febbraio 1986, in *Giust. Pen.*, 1987, II, cc. 335-336;

[903] Citazione tratta dalla sentenza di Cassazione penale, Sezione II, 23 giugno 1989, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 1790; rispetto alla quale si dichiara la assenza di precedenti specifici; precedente rispetto alla sentenza citata, ma inerente alla medesima questione relativa alla truffa è la sentenza della Cassazione penale, Sezione II, 28 febbraio 1985, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 103, all'interno della quale la Suprema Corte si è occupata di indicare che anche il silenzio maliziosamente serbato su circostanze che si aveva, invece, il dovere di fare presenti, poteva configurare il raggiro della truffa;

semplice silenzio, poiché tale attività omissiva assumeva, nel caso specifico, il connotato di artificio o raggiro.

Durante gli anni Novanta vi è stata una copiosa attività giuridica relativa all'interpretazione della clausola riferita agli artifici o raggiri predisposta all'interno dell'articolo 640 c.p..

In modo particolare la Corte, proprio all'esordio del periodo "storico" considerato, è intervenuta per indicare che "In tema di truffa, l'inganno che subisce il soggetto passivo non deve necessariamente derivare da un artificio o raggiro comunque riconducibile in quanto esteriorizzato dall'agente"[904]; nel caso di specie si faceva riferimento alla vicenda relativa ad un soggetto che avendo presentato all'incasso dei titoli di credito appartenenti ad un proprio omonimo e ricevuti per errore, dava ad intendere di esserne il legittimo prenditore. Tale attività veniva, perciò, ritenuta "raggiro" da parte della Corte di Cassazione.

La Corte si è successivamente pronunciata sotto un altro profilo, indicando, in una sentenza di poco successiva[905] rispetto a quella citata, che "Ai fini della sussistenza del delitto di truffa, non ha rilievo la mancanza di diligenza, di controllo e di verifica da parte della persona offesa, dal momento che tale circostanza non esclude l'idoneità del mezzo in quanto si risolve in una mera deficienza di attenzione e perché il più delle volte è determinata dalla fiducia che, con artifici e raggiri, sa suscitare il truffatore nella parte lesa"; in altri termini, in questo caso la Suprema Corte ha voluto specificare che il comportamento, eventualmente non propriamente diligente, posto in essere dalla vittima del reato, non mitigava la responsabilità del soggetto agente, in quanto questo rimaneva, sempre e comunque, colpevole per aver agito secondo le prescrizioni insite all'interno dell'articolo 640 c.p.

Gli elementi costitutivi del reato di truffa sono stati ulteriormente chiariti e determinati in una successiva sentenza, all'interno della quale si è stabilito che "L'evento delittuoso punito dall'art. 640 c.p. è costituito dal conseguimento del profitto con altrui danno. I due elementi (profitto e danno), pur essendo inscindibilmente connessi, possono venire ad esistenza in momenti diversi, sicché la truffa si perfezione non con l'azione tesa al profitto, ma con la realizzazione del danno"[906]; tuttavia, come è stato precedentemente accennato nell'analisi delle differenti posizioni dottrinali, tale pronuncia non consente di individuare il contenuto specifico della condotta del conseguimento dell'ingiusto profitto con altrui danno e, perciò,

---

[904] Cassazione penale, Sezione II, 16 febbraio 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 1790;

[905] Cassazione penale, Sezione II, 26 aprile 1993, n. 40111;

[906] Cassazione penale , Sezione IV, 2 giugno 1995, n. 64701; anche all'interno di una sentenza emanata poco dopo sempre dalla Cassazione penale il comportamento del soggetto agente viene definito in modo abbastanza generico; infatti, la pronuncia della Sezione II, del 26 luglio del 1995, n. 84561 vede la Suprema Corte indicare semplicemente la necessità, per potersi applicare le disposizioni dell'articolo 640 di ravvedere la presenza di un artifizio o raggiro che consenta di inquadrare la condotta del soggetto attivo alla stregua di vero e proprio inganno;

determina ulteriormente la possibilità di ingenerare confusione nell'inquadrare il comportamento concretamente tenuto dal soggetto attivo di un reato. Il tema del silenzio, inteso alla stregua di artifizio o raggiro, ritorna ulteriormente in una successiva pronuncia, all'interno della quale la Cassazione si occupa di indicare che "anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere costituisce elemento ai fini della configurabilità del reato di truffa, trattandosi di un raggiro idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato pertanto, posto che chi acquista un immobile ne presume, in mancanza di indicazioni contrarie […], che esso sia conforme alla normativa urbanistico-edilizia e sanitaria, consegue che il silenzio serbato su tali elementi è astrattamente idoneo a indurre in errore i soggetti passivi"[907]. Successivamente, la Cassazione si è occupata ulteriormente di specificare la necessità, pur in presenza degli artifizi o raggiri, di determinare l'induzione in errore del soggetto passivo al fine di integrare il reato di truffa; la Corte ha, infatti, indicato che prescindendo dall'induzione in errore del soggetto vittima del reato si possono integrare altre tipologie di reati, ma non la truffa[908]

Infine, la possibilità di integrare la fattispecie descritta dall'articolo 640 c.p. anche mediante il semplice mendacio è stata ribadita sul finire degli anni Novanta, come nella seguente pronuncia, all'interno della quale la Cassazione ha stabilito che "Come costantemente è stato ritenuto da questa Suprema Corte (tra le altre Cass. II 19.4.1991) l'artificio o il raggiro richiesti per la sussistenza del reato di truffa possono consistere anche nel silenzio, maliziosamente serbato su alcune circostanze da chi abbia il dovere di farle conoscere in quanto il comportamento dell'agente, in tal caso, non può ritenersi meramente passivo, ma artificiosamente preordinato a perpetrare l'inganno, la fonte del dovere di informazione potendo risiedere anche in una norma extrapenale, come l'art. 1337 cod. civile che impone alle parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, l'obbligo del comportamento secondo buona fede o come l'art. 1759 c.c. in caso di contratto concluso tramite mediatore che impone a questo ultimo di "comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla ricorrenza dell'affare" in virtù del dovere di imparzialità incombente nel mediatore stesso"[909], o all'interno di una successiva sentenza, nella quale la Suprema Corte ha stabilito che "Del tutto privo di fondamento è il rilievo secondo il quale il

[907] Citazione tratta dalla sentenza di Cassazione penale, Sezione II, del 2 marzo 1996, n. 23331;
[908] Ivi ci si riferisce alla sentenza delle Sezioni Unite, del 6 dicembre 1996, n. 104951, relativa ad un caso di manomissione del contatore che aveva consentito di alterare il sistema di misurazione dei consumi di energia elettrica; i giudici, in tale occasione, hanno ritenuto integrato il reato di furto e non di truffa, poiché la condotta dell'agente prescindeva dall'induzione in errore del somministrante ed era immediatamente diretta all'impossessamento della cosa;
[909] Cassazione penale , Sezione II , 13 novembre 1997 , n. 870;

silenzio della ricorrente sull'allontanamento dall'ufficio non configurerebbe gli artifici richiesti dalla norma incriminatrice in quanto produttivo di ignoranza nell'organo competente alla concessione del relativo permesso e non di una rappresentazione della realtà difforme dal vero: è ben noto che il silenzio dell'agente in ordine a fatti che si ha l'obbligo giuridico di rendere note (nella specie assenza temporanea) costituisce artificio, in quanto produttivo di ignoranza di tali fatti e quindi fonte di errore del soggetto passivo sulla loro sussistenza"[910].

Le sentenze più recenti emesse da parte della Corte di cassazione hanno consentito, da un lato, di individuare ulteriori elementi connotanti la fattispecie del reato di truffa e, dall'altro, di determinare confini più netti proprio tra il reato previsto dall'articolo 640 c.p. e il ricorso abusivo al credito. Sotto il primo profilo, la Cassazione ha specificato che "è appena il caso di aggiungere che l'artificio o il raggiro richiesti per la sussistenza del reato di truffa possono consistere anche nel silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere di farle conoscere, la fonte del dovere di informazione potendo risiedere anche in una norma extrapenale come l'art. 1759 cod. civ."[911], ribadendo la possibilità di integrare la truffa anche nel caso di semplice costituzione di mendacio in merito ad informazioni che il soggetto attivo avrebbe dovuto comunicare alla parte ingannata. Tale principio è stato ulteriormente indicato dalla stessa Cassazione più recentemente, in una sentenza all'interno della quale si specifica che "L'omesso adempimento dell'obbligo di comunicazione, così come la "semplice" menzogna, al di là dell'effetto di induzione in errore, possono già di per sè integrare - in ragione dello specifico affidamento che quelle stesse condotte, in positivo o in negativo, possono, ex lege, ingenerare - le caratteristiche della artificiosa mise en scene che rappresenta l'in se della truffa" e, confrontando l'ipotesi della truffa con la fattispecie di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, prevista dall'articolo 316 ter c.p., la Cassazione ha aggiunto che "La condotta descritta dal richiamato art. 316 ter si distingue, dunque, dalla figura delineata dall'art. 640 bis per le modalità, giacchè la presentazione di dichiarazioni o documenti attestanti cose non vere deve essere Sfatto" strutturalmente diverso dagli artifizi e raggiri , e per la assenza della induzione in errore, considerato che ove l'ente erogante fosse stato in concreto "circuito" attraverso la produzione di elementi attestativi o certificativi artificiosamente decettivi, il fatto finirebbe per essere attratto nell'ambito della clausola di salvezza con cui lo stesso art. 316 ter esordisce. La sussistenza, dunque, della induzione in errore, da un lato, e la natura fraudolenta della condotta, dall'altro, non può che formare oggetto - come puntualmente ha segnalato la Corte costituzionale e come per certi aspetti induce a ritenere una pertinente lettura della sentenza Panigoni - di una disamina da

[910] Cassazione penale , Sezione II , 19 gennaio 1998 , n. 5851;
[911] Cassazione penale , sezione VI , 10 aprile 2000 , n. 6791;

condurre caso per caso, alla stregua di tutte le circostanze che caratterizzino la vicenda in concreto"; in altri termini, in questa seconda parte, la Corte ha voluto anche sottolineare l'importanza del controllo, caso per caso, dell'integrazione di tutti gli elementi costitutivi di ciascuna fattispecie, soprattutto con riferimento al complesso reato di truffa.
Tutte le pronunce citate *supra* sono da collocarsi, ovviamente, in un momento antecedente rispetto alla recente riforma.

In merito al secondo profilo richiamato, relativo al confronto tra il ricorso abusivo al credito e il reato di truffa, la Cassazione si è occupata di stabilire, recentemente, che "Tradizionalmente la giurisprudenza ha ravvisato la differenza tra i due reati considerati nel fatto che per la sussistenza del reato di ricorso abusivo al credito non è richiesto nè il fine specifico dell'ingiusto profitto con altrui danno, nè l'uso di artifici o raggiri, non potendo considerarsi artificio o raggiro la semplice dissimulazione dello stato di insolvenza; sia gli artifici e raggiri sia l'ingiusto profitto, infatti, sono elementi costitutivi essenziali del delitto di truffa. L'indirizzo giurisprudenziale indicato appare certamente corretto e deve essere ribadito con alcune considerazioni aggiuntive"[912]; questa pronuncia consente, perciò, di individuare una distinzione tra le due fattispecie sia relativamente all'elemento soggettivo, sia al tipo di condotta che deve essere posta in essere per la loro integrazione, affermando l'estraneità della dissimulazione dello stato di insolvenza rispetto agli artifizi o raggiri.
Tale sentenza era stata preceduta da un'ulteriore pronuncia, all'interno della quale venivano stabiliti i medesimi principi; infatti, in essa si indicava che "Il ricorso abusivo al credito (art. 218 l. fall.) presuppone solo l'occultamento dello stato di insolvenza al fine di ottenere credito , mentre la truffa comporta - indipendentemente dall'impossibilità di adempiere alle obbligazioni - l'induzione in errore mediante la simulazione (artifici e/o raggiri)"[913].
Da queste poche sentenze, emanate prima del recentissimo intervento del legislatore, si può, comunque, desumere il principio per il quale la fondamentale distinzione intercorrente tra le due tipologie di reati è costituita dalla non-necessità, relativamente al reato di ricorso abusivo al credito, di svolgere un'attività di induzione in errore della controparte posta in essere mediante gli artifizi o raggiri, ma non solo; infatti, la truffa si contraddistingue anche per il

[912] Cassazione penale , Sezione V , 18 ottobre 2002 , n. 38225; questi principi vengono ribaditi in una sentenza coeva rispetto a quella citata, all'interno della quale si stabilisce che *"Il reato di ricorso abusivo al credito previsto dall'art. 218 l. fall. si differenzia dal reato di truffa essenzialmente perché, oltre ad avere carattere plurioffensivo, in quanto lesivo non solo degli interessi della banca ma anche di quelli dei precedenti creditori, potenzialmente danneggiati da un ulteriore aggravamento del passivo (per cui la curatela viene ad assumere veste di parte offesa), richiede, sotto il profilo della condotta, la sola dissimulazione del dissesto e non anche l'impiego di artifizi e raggiri; sotto il profilo soggettivo, il solo dolo generico e non quello specifico, finalizzato al conseguimento di un ingiusto profitto"* (Cassazione penale , sezione V, 18 ottobre 2002 , n. 38228);
[913] Cassazione penale , Sezione V, 16 marzo 2000 , n. 3346;

differente elemento soggettivo che deve connotare la condotta posta in essere da parte del colpevole, che deve essere motivato dalla volontà di conseguire un ingiusto profitto, consapevole della costituzione di un danno nei confronti del soggetto passivo; questi aspetti, in ogni caso, sono stati evidenziati ulteriormente in riferimento alla vera e propria nozione di dissimulazione del dissesto o dello stato di insolvenza, esaminata all'interno del capitolo precedente[914].

2. Il ricorso abusivo al credito e la bancarotta;

La seconda fattispecie da prendere in considerazione, in riferimento ad una possibilità di confronto con il reato di ricorso abusivo al credito, è sicuramente quella della bancarotta. Come si è già potuto individuare nella prima parte della presente dissertazione, è noto il carattere "storico" del ricorso abusivo al credito, considerato, prima dell'emanazione della Legge Fallimentare, alla stregua di un'ulteriore ipotesi di bancarotta; tale problematica è già stata esaminata e per questo motivo si rimanda alla sede apposita per il suo esame, allo scopo di evitare inutili ripetizioni[915]. In questa sede, il discorso principale verterà sul particolare rapporto, in applicazione delle corrispondenti norme e quindi con riferimento alle ipotesi che in concreto si possono verificare, intercorrente tra la fattispecie della bancarotta, in generale, e quella di ricorso abusivo al credito.
Anche in questo caso solo un esame cronologicamente impostato delle posizioni dottrinali consente di analizzare con ordine i differenti aspetti che contraddistinguono il rapporto esistente tra le fattispecie in questione.

Un'analisi del presente problema è stata posta in essere da parte di PROVINCIALI[916], il quale, all'interno del proprio testo, esordisce proprio indicando la possibilità di instaurare una forma di concorso materiale di reati tra il ricorso abusivo al credito e la bancarotta sia nel caso in cui, in maniera autonoma e singola, il soggetto attivo ponga in essere fatti di bancarotta e condotte relative al ricorso abusivo al credito, sia qualora si verifichi la situazione per la quale un solo fatto costituisce infrazione a più disposizioni di legge[917]. Successivamente, l'Autore prende in considerazione un'ulteriore situazione, definita come maggiormente delicata; esso,

---

[914] Specificamente all'interno del Capitolo 2, paragrafo 1, lettera a, ii;
[915] Si vedano, a riguardo, i paragrafi nn. 3 e 4, del Capitolo 1;
[916] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito*, cit., pp. 204-206;
[917] L'Autore, a riguardo, effettua un esempio indicando che ciò può accadere quando la operazione di credito costituisca per l'onere che ne deriva, una grave imprudenza per l'imprenditore: in questo modo il soggetto integra sia il reato di ricorso abusivo al credito, se dissimula lo stato di dissesto o di insolvenza, sia la fattispecie descritta dalle disposizioni dell'articolo 217 numero 2 della Legge Fallimentare;

infatti indica che "Più delicata ancora si presenterà l'altra situazione, nel caso in cui il ricorso al credito […] abbia lo scopo di procurare mezzi per fondare l'impresa e per effetto di costituirla automaticamente, e perciò stesso, in stato di insolvenza"[918]; in altri termini, l'Autore vuole fare ivi riferimento alla fattispecie delle cc.dd. imprese nate morte o imprese truffaldine, poste in essere solo allo scopo di commettere reati mediante l'esercizio di un'attività commerciale. In relazione a tale situazione il soggetto attivo, pur trovandosi in stato di iniziale insolvenza, avrà ancora la possibilità di porre in essere, nello stesso momento, con lo stesso atto, o con un atto diverso ed eventualmente successivo, due differenti infrazioni: il ricorso abusivo al credito e la bancarotta; questa può anche assumere le caratteristiche della fattispecie fraudolenta, nel caso in cui il ricorso il credito sia stato posto in essere proprio allo scopo di consentire il successivo compimento di un'attività di sottrazione od occultamento dell'attivo procurato proprio attraverso la richiesta di finanziamento. In tutti questi i casi, l'Autore propone la possibile applicazione delle disposizioni relative al concorso materiale dei reati e, ovviamente, al cumulo delle pene[919].

Molto brevemente, successivamente rispetto al precedente autore, anche CONTI[920] ha affrontato il problema del raffronto tra la fattispecie di ricorso abusivo al credito e quella, intesa in generale, della bancarotta. In modo specifico esso si è occupato unicamente di indicare che in applicazione del principio di specialità, nei casi in cui il soggetto, contraendo un debito dissimulando il dissesto, ponga in essere un'operazione di grave imprudenza allo scopo di determinare un ritardo nella dichiarazione di fallimento, si deve ritenere prevalente, per il carattere maggiormente "speciale" relativamente alle condotte descritte e in merito alla più grave sanzione comminata in concreto, la norma riferita alla bancarotta semplice. In altri termini, il rapporto individuato tra le due distinte fattispecie, si poteva facilmente interpretare (e risolvere) attraverso l'applicazione delle disposizioni riferite alla bancarotta, in quanto esse, in ragione della clausola di riserva individuata all'esordio dell'articolo 218 Legge Fallimentare, prevedevano, a livello sanzionatorio, una fattispecie di reato più grave. Si è già potuto indicare come oggi, invece, il rapporto tra le fattispecie differenti da quella descritta

[918] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 205;
[919] Le medesime considerazioni, in modo maggiormente sintetico, sono state poste in essere dal medesimo Autore a più di vent'anni di distanza dal primo testo, all'interno del testo seguente: PROVINCIALI R., *Trattato…,* cit., pp. 2684-2685; in modo particolare in tale occasione l'Autore si concentra sulla possibile individuazione di un concorso del reato di ricorso abusivo al credito con i reati di bancarotta fraudolenta e semplice. Questo, a detta dell'insigne giurista, poteva avvenire solo se il reato fosse stato compiuto attraverso l'acquisizione, sia pure con mezzi illeciti, di un'attività all'interno del patrimonio dell'imprenditore e se il concorso si fosse realizzato rispetto a reati di bancarotta attinenti alla menomazione, dolosa o colposa, del patrimonio considerato;
[920] CONTI L., *Diritto penale commerciale,* cit., p. 380;

dalla norma in esame e il ricorso abusivo al credito sia di tipo diverso; infatti, la "scelta" relativa alla norma da applicarsi in concreto non avviene più solamente sulla base di una valutazione meramente sanzionatoria, ma tenendo in considerazione i contenuti specifici delle differenti tipologie di reato e determinando, solo in base ad un'analisi più approfondita, quali norme utilizzare per punire il comportamento scorretto del soggetto agente.

Si può collocare successivamente anche l'intervento di SANDRELLI[921], il quale si è occupato, in modo separato, di analizzare il rapporto intercorrente tra il ricorso abusivo al credito e la bancarotta semplice e preferenziale.

In relazione alla fattispecie descritta dall'articolo 217 ai numeri 2 e 4 della Legge Fallimentare, Sandrelli individua la prospettazione di un problema solo qualora vi sia già stato, rispetto all'attività di reato posta in essere da parte del soggetto attivo, un intervento della dichiarazione di fallimento e solo allorquando il ricorso al credito possa inquadrarsi nel novero delle operazioni di grave imprudenza costituite allo scopo di ritardare il fallimento, oppure nel caso in cui il soggetto, attraverso la propria attività, sia riuscito ad aggravare ulteriormente il dissesto, astenendosi dalla richiesta tempestiva della dichiarazione di fallimento. In questi casi, perciò, il "problema" prospettato da parte dell'Autore è da individuarsi nella costituzione di un concorso di reati che, di volta in volta, dovrà essere risolto andando ad analizzare in concreto le caratteristiche della fattispecie realizzata da parte del colpevole. Sandrelli, inoltre, si dichiara non d'accordo con la tesi prospettata da parte di Conti, relativamente al fatto per il quale l'Autore citato in precedenza aveva fatto accenno alla necessità, con riferimento al rapporto tra il ricorso abusivo al credito e le disposizioni dell'articolo 217 Legge Fallimentare, di applicare in concreto il principio di specialità, grazie al quale sarebbe stato possibile optare per l'univoco impiego della norma relativa alla bancarotta; questo perché, sempre per il primo Autore, la fattispecie differente dal ricorso abusivo al credito era da ritenersi più grave. Tuttavia, Sandrelli, come già indicato, critica questo orientamento, non relativamente alla maggior gravità dell'ipotesi di bancarotta, quanto con riferimento al rapporto di specialità; infatti, esso dichiara che "la connotazione dolosa, sottesa alla dissimulazione, è un elemento qualificante che conferisce nota di maggior specialità all'operazione decritta dalla norma dell'art. 217 Legge Fallimentare e che osta all'assorbimento del ricorso abusivo al credito nella (più grave) fattispecie della bancarotta semplice"[922]; in altri termini, non si porrebbe proprio il problema del rapporto di specialità, in quanto questo verrebbe escluso dalla effettiva, e lampante, maggiore gravità della fattispecie di bancarotta.

---

[921] SANDRELLI G. G., *I reati…*, cit., pp. 19-21;
[922] SANDRELLI G. G., *I reati…*, cit., p. 19;

Successivamente, l'Autore si occupa anche di analizzare il rapporto tra il ricorso abusivo al credito e la bancarotta preferenziale; esso osserva che se il debitore adempie al credito, pur trovandosi in stato di dissesto, può commettere il delitto di bancarotta preferenziale, individuato all'interno delle disposizioni dell'articolo 216, comma 3° Legge Fallimentare. In caso di inadempimento, invece, esso può integrare la fattispecie di ricorso abusivo al credito (o, eventualmente, quella di insolvenza fraudolenta). Tuttavia, Sandrelli sottolinea anche il principio per il quale tale affermazione trascura la condizione relativamente alla quale l'articolo 218 non sanziona il mancato pagamento ma, *ab origine,* l'attività illegittima di ricorso al credito con dissimulazione delle cattive condizioni economico-finanziarie dell'impresa. Inoltre, esso indica che "se, poi, il pagamento dell'obbligazione è attuato, non necessariamente esso risulta illecito ex art. 216 comma 3° […] potendo non avvenire in limine al fallimento, oppure potendo dirigersi verso creditore privilegiato, ovvero – infine – con criteri di proporzionalità rispetto alla massa passiva"[923]; ovviamente, invece, se il soggetto adempie ponendo in essere un pagamento caratterizzato da preferenzialità illecita, è punibile per la realizzazione della bancarotta preferenziale.
Relativamente, invece, alle altre ipotesi di bancarotta, l'Autore indica la possibile configurazione di un'autonoma responsabilità del soggetto attivo per ricorso abusivo al credito; infatti, esso esclude, in tutti gli altri casi non enumerati nella prima parte della sua trattazione, la presenza di "punti di contatto problematici" tra le differenti figure di reato.

Sempre durante gli anni Novanta, tale questione è stata esaminata da parte di un altro autore, ossia di BONSIGNORI [924], il quale sosteneva che la clausola di riserva precedentemente presente avrebbe potuto precludere un concorso formale non solo con la truffa ma anche con la bancarotta semplice[925], poiché essa era punita con una pena nel minimo più elevata; infatti, il ricorso abusivo al credito era sanzionato attraverso l'applicazione della pena della reclusione *"fino a due anni"*, mentre la bancarotta semplice *"con la reclusione da sei mesi a due anni"*[926].

---

[923] SANDRELLI G. G., *I reati…*, cit., p. 21;
[924] Nel testo di BONSIGNORI A., *Liquidazione coatta…,* PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario…*, Cit., pp. 200-201;
[925] PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario…*, cit., p.1227 (edizione del 2007 del testo) tuttavia indica che anche successivamente rispetto alla riforma si dovrebbe escludere la vigenza di tale concorso formale prospettato;
[926] Si noti, invece, che oggi, grazie alla riforma intervenuta, le due ipotesi sono state "scambiate" dal punto di vista della gravità, poiché la sanzione applicata per il reato di ricorso abusivo al credito è quella della reclusione da *"sei mesi a due anni"*, quindi una pena più grave rispetto a quella comminata per la bancarotta semplice.

La bancarotta fraudolenta poneva il medesimo problema, risolto come già esplicato, in quanto, già all'origine, consentiva di comminare una sanzione molto più grave rispetto a quella prevista per il ricorso abusivo al credito; chi integrava la fattispecie disciplinata dall'articolo 216 Legge Fallimentare, infatti, poteva (e può ancora) incorrere nelle seguenti comminatorie: la sanzione minore prevista dall'articolo era quella della *"reclusione da uno a cinque anni"*, applicata nel caso in cui il fallito, prima o durante la procedura fallimentare, allo scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, eseguisse pagamenti o simulasse titoli di prelazione; mentre si prevedeva una pena molto più alta (la *"reclusione da tre a dieci anni"*) in relazione all'ipotesi più grave, prevista all'interno della medesima disposizione.

In tempi più recenti si colloca l'analisi del problema presente posta in essere da parte di IMPERATO[927]; anche in questo caso l'Autore si esprime in termini piuttosto sintetici. Infatti, esso indica la possibilità di individuare l'esclusione del concorso tra il reato di ricorso abusivo al credito e quello di bancarotta semplice, predisposto all'interno dell'articolo 217 n. 3 della Legge Fallimentare; in modo particolare, qualora si volesse ritenere il ricorso al credito una forma di manifestazione di una grave imprudenza, secondo l'Autore si potrebbe determinare, semplicemente, l'assorbimento della fattispecie di ricorso abusivo al credito all'interno della figura della bancarotta semplice[928]. È, quindi, sotto questo profilo che Imperato esclude il concorso: esso ammette, semplicemente, la possibilità di "scartare" il reato previsto all'interno dell'articolo 218 e di applicare, in luogo di esso, le disposizioni relative alla bancarotta semplice[929].

Infine, in una delle prime opere realizzate successivamente rispetto all'entrata in vigore della recente riforma, CERQUA[930] si è occupato anche della questione in esame; infatti, esso ha indicato che "il ricorso al credito, secondo l'innovazione apportata al comma 1 della norma in esame (ossia l'eliminazione della precedente clausola di riserva riferita alla gravità dei diversi reati presi in considerazione), può avvenire anche al di fuori dei casi di cui ai precedenti artt. 216 e 217, che prevedono, rispettivamente, i delitti di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice"; in relazione a tale differente configurazione legislativa della fattispecie di ricorso

---

[927] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 587-588;

[928] Concorda con tale orientamento anche PALAZZO F., in PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., in *Commentario.…*,cit., p. 957, ovviamente sempre con riferimento alla preesistente clausola di riserva;

[929] Si deve porre in contrasto con tale opinione, l'orientamento di ANTOLISEI, il quale si è occupato di indicare, senza esitazione alcuna, che "Data la natura autonoma del delitto che abbiamo illustrato non si è dubitato e non si dubita che esso possa concorrere con la bancarotta semplice e con quella fraudolenta" (ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 182);

[930] CERQUA L. D., in *Il ricorso abusivo al credito…*, cit., p. 59;

abusivo al credito, l'Autore ammette, perciò, la possibilità di individuare, relativamente ad alcune ipotesi inserite nelle norme citate (che, però, non vengono da lui specificate) una fattispecie di concorso formale, e quindi non di assorbimento, come prospettato da taluni esponenti della dottrina.

Infine, la distinzione tra le due differenti tipologie di reato è stata specificata anche all'interno delle aule di giustizia della Suprema Corte; già durante gli anni Sessanta, anche se con riferimento ulteriore anche al reato di truffa, la Cassazione si è occupata di analizzare il particolare rapporto intercorrente tra il ricorso abusivo al credito e il reato di bancarotta; esemplificativa è una sentenza della metà degli anni Sessanta [931] relativa al confronto tra il ricorso abusivo al credito ed il reato di truffa, oltre a quello di bancarotta semplice; all'interno di tale pronuncia la Corte indica che il ricorso abusivo al credito è un "reato che offenda in via immediata il patrimonio del nuovo creditore a differenza di quello previsto nell'articolo 217 Legge Fallimentare che lede l'interesse alla conservazione dell'attivo"; si escludeva, almeno in linea di principio, il carattere plurioffensivo della fattispecie in esame, anche perché ivi si dichiarava una limitazione, relativa all'applicabilità dell'articolo 218 Legge Fallimentare, rispetto all'ambito oggettivo di "utilizzo" della norma relativa alla bancarotta.

Segue, in tema, una sentenza degli anni Ottanta che recava la prospettazione di specifiche difformità intercorrenti tra il reato di ricorso abusivo al credito e quello di bancarotta; in essa, la Cassazione indica che "trattasi, infatti, di reato che offende in via immediata il patrimonio del nuovo creditore (qui parlando del ricorso abusivo al credito), a differenza dell'art. 217 l. fall., che lede l'interesse processuale alla conservazione dell'attivo; mentre l'art. 218 parla di imprenditore in dissesto, gli art. 216 e 217 esplicitamente richiedono la condizione che si tratti di imprenditore che sia stato dichiarato fallito, e ciò in rapporto anche ai presupposti differenti dei delitti (il dissesto del commerciante nel primo, il fallimento nel secondo)"[932].

Più recentemente, ma comunque *ante* riforma, la Corte è intervenuta nuovamente sul punto, con due sentenze all'interno delle quali di si pone ulteriormente in evidenza la possibilità di distinguere le fattispecie di reato richiamate. La prima sentenza vede l'indicazione, più che altro, della possibile consequenzialità costituibile nel compimento del reato di ricorso abusivo al credito rispetto a quello di bancarotta; infatti, in essa si stabilisce che "Uno dei punti qualificanti del delitto previsto dall'articolo 218 della legge fallimentare è, invero, il fatto che

[931] Cassazione penale, Sezione III, 20 ottobre 1965, in *Giust. Pen.* , 1966, II, c. 1227;; l'avevano preceduta, prevedendo principi ad essa assimilabili, le sentenze di Cassazione penale, Sezione III, 22 giugno 1961, in *Cass. Pen.*, 1962, p. 786; Cassazione penale, Sezione III, 10 luglio 1963, in *Giust. Pen.*, 1964, II, c. 494;
[932] Cassazione penale, 24 ottobre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, I, p.331;

il ricorso al credito sia abusivo. Abusivo perché vietato dalla legge dal momento che l'imprenditore dissestato sa che potrà fallire e che, perciò, potrà trovarsi nella impossibilità giuridica di adempiere l'obbligazione, stante il divieto giuridico di commettere bancarotta preferenziale posto dal comma III dell'articolo 216 della legge fallimentare"[933].

La successiva pronuncia, in ogni caso intervenuta prima della modifica delle norme dell'articolo 218, invece, vede la Corte impegnarsi ulteriormente per costituire una profonda suddivisione tra le fattispecie di bancarotta e il reato previsto all'articolo 218; con un ragionamento complesso la Cassazione stabilisce che "La differenza tra l'ipotesi di bancarotta post-fallimentare, disciplinata dal comma II dell'articolo 216 della legge fallimentare, e quella prevista dall'articolo 218 della stessa legge è, infatti, evidente.
Con la prima vengono sanzionati i comportamenti distrattivi propri della bancarotta patrimoniale compiuti dall'imprenditore dopo la dichiarazione di fallimento.
In effetti le condotte distrattive commesse prima della dichiarazione di fallimento vengono punite dall'articolo 216 comma 1 n. 1 della legge fallimentare, mentre le stesse condotte commesse dopo tale dichiarazione integrano il delitto previsto dal secondo commao.
Quindi una volta qualificate distrattive le condotte in questione è ravvisabile l'una o l'altra delle due ipotesi criminose a seconda del momento in cui sono state commesse.
Nel caso di specie i giudici di merito correttamente, come si è già detto, hanno ritenuto che sia la emissione di cambiali sia la sottrazione dei beni acquistati con il danaro ricavato da tale emissione integravano ipotesi di distrazione e, quindi tenuto conto del momento in cui erano stati commessi i fatti, hanno ravvisato l'ipotesi della bancarotta post - fallimentare.
Il ricorso abusivo al credito è ipotesi di reato del tutto differente; si tratta dell'imprenditore non ancora dichiarato fallito che, dissimulando il proprio stato di dissesto, ricorra al credito. In tal caso l'imprenditore viene perseguito ai sensi dell'articolo 218 della legge fallimentare; si tratta di una ipotesi di reato affine alla truffa, che non richiede però per la sua sussistenza né il fine specifico dell'ingiusto profitto con altrui danno, né l'uso di artifici e raggiri, non potendosi considerare artificio o raggiro la semplice dissimulazione dello stato di dissesto.
Anche la *ratio*, oltre la condotta materiale, della tutela penale prevista dagli articoli 216 e 218 della legge fallimentare appare del tutto differente. Nelle ipotesi previste dall'articolo 216, infatti, il legislatore mira a tutelare l'integrità del patrimonio del fallito che costituisce la garanzia della massa dei creditori. Il reato di cui all'articolo 218 della legge fallimentare è, invece, plurioffensivo perché, pur essendo intento principale del legislatore quello di proteggere il patrimonio del creditore dal pericolo di inadempimento connesso allo

[933] Cassazione penale , Sezione V , 18 ottobre 2002 , n. 38225;

stato di insolvenza del debitore, non sono estranei alla norma gli obiettivi di impedire nell'interesse dei creditori concorsuali, che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose, e di tutelare l'interesse generale alla regolarità e sicurezza del traffico giuridico"[934].

3. Il ricorso abusivo al credito e l'insolvenza fraudolenta

Una delle fattispecie più "vicine" rispetto a quella costituente l'oggetto principale della presente dissertazione è sicuramente quella della insolvenza fraudolenta.
Le disposizioni che la prevedono sono quelle dell'articolo 641 c.p. che indicano

"Chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla è punito, a querela della persona offesa, qualora l'obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 516.
L'adempimento dell'obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato"

Uno dei primi autori ad essersi occupato di determinare una distinzione tra il reato di ricorso abusivo al credito e quello di insolvenza fraudolenta è stato DE SEMO[935]; l'Autore, allo scopo di effettuare una corretta analisi, esordisce attraverso la predisposizione di un riferimento alla relazione del Guardasigilli, all'interno della quale[936] si indicava che mentre nell'insolvenza fraudolenta l'agente ha, fin dal principio, il proposito di non adempiere all'obbligazione contratta, nel ricorso abusivo al credito il soggetto attivo, non ha tale volontà fraudolenta nel momento in cui decide di rivolgersi all'erogatore del credito. Tuttavia, De Semo non è propriamente d'accordo con tale asserzione, poiché indica l'impossibilità di escludere, sempre e comunque, che il soggetto richiedente non abbia tale volontà di non adempiere all'obbligo contratto. Per questo motivo, l'Autore evidenzia un'ulteriore fondamentale discrepanza intercorrente tra le due differenti ipotesi di reato, indicata come relativa all'elemento materiale del ricorso abusivo al credito "che l'articolo 218 […] prevede attuato dall'imprenditore commerciale, nello svolgimento della propria attività; laddove nell'art. 641 Cod. pen. è prevista l'assunzione di un'obbligazione vi sia o non vi sia […] un vero e proprio ricorso al credito"; in altri termini, la distinzione principale si riscontra, per De Semo, nel fatto per il quale, relativamente all'insolvenza fraudolenta, l'obbligazione contratta può anche non essere identificata come vero e proprio "credito", ma, in generale, come

[934] Cassazione penale , Sezione V , 04 maggio 2004 , n. 23796;
[935] DE SEMO G. , *Sul reato…*, cit., c. 89;
[936] Specificamente al numero 53;

obbligo contrattuale. Ulteriormente, l'Autore sottolinea che una differenza lampante si ravvede anche nella specificazione, operata all'interno dell'articolo 218, in merito al soggetto attivo, qualificato, già nella originaria formulazione della norma, alla stregua di imprenditore; si può aggiungere che oggi, grazie alla riforma recentemente intervenuta, tale seconda motivazione è ancor più rilevante, a causa dell'aumento dei singoli tipi di soggetti attivi richiamati dalla legge.

Una visione critica del rapporto tra le due fattispecie viene offerta dal testo di PROVINCIALI [937], il quale si concentra non soltanto sulla determinazione di discrepanze e somiglianze tra le due tipologie di reato, ma si occupa di estendere il discorso al tema più generale degli istituti a tutela del credito. Infatti, esso stabilisce che le disposizioni dell'articolo 218 Legge Fallimentare e del 641 c.p. appartengono al medesimo sistema di norme preordinato proprio allo scopo di proteggere i creditori.

Esso indica che la norma del codice penale si applica nel caso in cui la lesione posta in essere si presenti con caratteri particolari, cioè relativamente ad un rapporto contrattuale che ricomprende sia interessi generali dell'ordinamento, sia di tipo assolutamente privato ed individuale; questa dualità viene rilevata in quanto le disposizioni di riferimento si applicano nel caso in cui si sia verificato un inadempimento. Diversamente, le disposizioni della Legge Fallimentare si possono applicare allorquando la lesione si trovi ad avere, alla stregua di presupposto, l'elemento fondamentale al quale si riferisce l'articolo 5 della legge stessa, ossia lo stato di dissesto o di insolvenza. Inoltre, l'Autore indica che relativamente ad entrambe le figure di reato, quando il comportamento assume delle caratteristiche di ulteriore e più ampia gravità, si può parlare non più di ricorso abusivo al credito o di insolvenza fraudolenta ma di vera e propria truffa ai danni del soggetto passivo del fatto commesso; gli elementi che, infatti, consentono di distaccare entrambe le tipologie di reato dalla fattispecie della truffa sono costituiti sia dall'assenza dell'obiettivo di raggiungere il proprio profitto a danno di chi concede il fido o il credito, sia dal difetto dei cc.dd. artifizi o raggiri.

Per l'Autore, perciò, entrambe le norme richiamate reprimono il ricorso abusivo al credito; tuttavia, l'insolvenza fraudolenta si realizza semplicemente a causa dell'inadempimento ad un'obbligazione, mentre il ricorso abusivo al credito fallimentare si caratterizza per il fatto di "innestarsi" all'interno di quel "inadempimento totale, attuale o potenziale, a tutte le obbligazioni che fanno capo al patrimonio del debitore, denominato <<stato di insolvenza>>"

[937] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., pp. 178 ss.;

[938] [939]; quindi, la maggiore differenza rilevabile con riferimento al ricorso abusivo al credito rispetto all'insolvenza fraudolenta sarebbe quella relativa alla necessaria previa presenza, relativamente al primo, dell'elemento dello stato di insolvenza o di dissesto.

Grazie a questa considerazione, Provinciali riesce anche ad esplicare la ragione di alcune ulteriori discrepanze predisposte dal legislatore in ordine alle due fattispecie; in modo particolare, il fatto che il reato previsto dall'articolo 641 c.p. sia perseguibile a querela di parte è giustificato dall'incidenza del danno da esso derivante; infatti, i soggetti danneggiati dalla semplice insolvenza fraudolenta sono solo coloro il cui patrimonio è stato scalfito a causa del mancato ottemperamento da parte del soggetto attivo[940]. Di contro, invece, essendo il reato fallimentare un tipo di fattispecie posta a tutela della massa dei creditori (e della stessa economia generale che ha l'interesse alla buona gestione del traffico finanziario), si giustifica la perseguibilità d'ufficio del reato previsto all'articolo 218 Legge Fallimentare.

Una ulteriore differenza risiede nella richiesta, inserita nell'articolo 641 c.p., dell'intento, evidenziabile già al momento della conclusione dell'accordo, del soggetto attivo di non adempiere all'obbligo contratto; questo elemento, com'è noto, non è presente nella norma della Legge Fallimentare. Tale distinzione sarebbe giustificata, per l'Autore, dal fatto per il quale il ricorso abusivo al credito richiede, alla stregua di presupposto fondamentale, la presenza del dissesto o dell'insolvenza che, di per sé, presuppongono l'incapacità del soggetto stesso di adempiere correttamente alle obbligazioni contratte; perciò "è nella sola dissimulazione di tale stato che si annida il dolo penale"[941]; in altri termini, siccome lo *status* richiamato dalla norma fallimentare comporta implicitamente l'incapacità del soggetto di adempiere legittimamente all'obbligo contratto, non si ritiene necessaria l'aggiunta della necessaria volontà di non adempiere relativa all'elemento soggettivo da ascriversi al debitore.

Infine, Provinciali individua un'altra discrepanza intercorrente tra le due fattispecie in esame, costituita dal fatto per il quale per il perfezionarsi del reato di cui all'articolo 641 è richiesto che l'obbligazione non venga adempiuta, mentre questo aspetto è del tutto indifferente con riferimento al reato di ricorso abusivo al credito, relativamente al quale non soltanto

---

[938] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 180;

[939] Provinciali trova una conferma di tale proprio orientamento all'interno della Relazione ministeriale, al numero 53, nella quale si contrappone, con riferimento alla misura della pena sancita per l'insolvenza fraudolenta in confronto al ricorso abusivo al credito, "la maggior diffusione del danno "(derivante da quest'ultimo reato) "che colpisce tutto il ceto creditorio" rispetto al semplice danno cagionato nei confronti del singolo concedente il credito;

[940] Ed è per questo motivo che l'Autore critica l'inserimento, all'interno della norma, del riferimento allo stato di insolvenza, in quanto essa, come termine specifico, si riferisce ad una situazione ben diversa rispetto a quella che si può verificare quando un soggetto non si occupi, semplicemente, di adempiere ad un'unica obbligazione; per tale ragione, Provinciali propone il più congruo utilizzo della dizione di "insolvibilità" in luogo della vera e propria insolvenza;

[941] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 182;

l'adempimento è illegittimo, e perciò invalido o comunque non incidente sulla possibilità di imputare il soggetto attivo del reato, ma non è neppure l'elemento cardine della fattispecie, in quanto le disposizioni fallimentari hanno come obiettivo quello di tutelare il generale ceto creditorio, per evitare che soggetti che si trovano già in critiche condizioni economiche ricorrano ulteriormente al credito.

L'Autore, perciò, conclude indicando che "non è, dunque, che l'art. 218 costituisca una applicazione […] con opportuni adattamenti richiesti dalla materia e dalla particolare situazione giuridica, al diritto dell'impresa commerciale, della norma contenuta nell'art. 641 per il diritto penale comune […] l'una e l'altra norma costituiscono parallele espressioni, nei campi diversi in cui riflettono i loro effetti, di uno stesso principio"[942] per il quale non si ritiene lecito, o comunque "corretto", consentire il ricorso al credito da parte di quei soggetti le cui finanze non sono salde e sufficientemente capienti rispetto all'obbligo contratto. Infatti, Provinciali definisce l'articolo 641 come predisponente una forma di ricorso abusivo al credito da parte di "chiunque", contro l'articolo 218 Legge Fallimentare, relativo solo alla realtà dell'impresa.

Durante gli anni Settanta, la dottrina si è arricchita di ulteriori orientamenti relativi al problema in esame, come quello di LA MONICA[943], il quale esordisce nella propria trattazione con un riferimento alla differenza terminologica, precedentemente presente, tra il "dissesto" indicato all'interno dell'articolo 218 Legge Fallimentare e l'"insolvenza" relativa alla norma del codice penale; nonostante tale distinzione letterale, l'Autore ritiene i due termini equipollenti, anche se rileva il carattere maggiormente adatto del dissesto in riferimento al contesto fallimentare, rispetto all'insolvenza[944]. Successivamente, La Monica si occupa di prendere in considerazione la possibile identità (o differenza) di significato dei termini "obbligazione" e "credito". L'Autore premette, innanzitutto, il riferimento ad una più ampia applicabilità delle disposizioni dell'articolo del codice penale rispetto a quello fallimentare; da ciò si può far discendere anche una distinzione di significato tra i due vocaboli richiamati, in quanto la nozione di obbligazione può comprendere attività anche differenti rispetto a quelle che vengono indicate come semplicemente riconducibili al ricorso al credito. Tali osservazioni, inoltre, vengono ritenute propedeutiche alla soluzione di un importante quesito relativamente al quale ci si chiede se l'imprenditore che versa in stato di

[942] PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* cit., p. 183;
[943] LA MONICA M., *I reati fallimentari,* cit., pp. 528 ss.;
[944] In quanto, il termine dissesto "attiene alla disorganizzazione di una unità economica di una impresa," mentre l'insolvenza "può genericamente riflettere la cessazione dei pagamenti da parte di qualsiasi persona"; LA MONICA M., *I reati fallimentari,* cit., p. 528;

dissesto o insolvenza può, o meno, commettere il reato di insolvenza fraudolenta. Come prima cosa, l'Autore esclude la configurazione di un rapporto di specialità tra il ricorso abusivo al credito e l'insolvenza fraudolenta; ciò in base sia alla distinzione riferibile all'elemento soggettivo, sia all'elemento oggettivo delle due fattispecie; tale esclusione non comporta, inoltre, la diretta possibilità di applicare l'articolo 641 all'imprenditore che versi in stato di insolvenza; infatti, in questo caso "mancherebbe la possibilità giuridica di considerare l'imprenditore soggetto attivo del reato di insolvenza fraudolenta, in quanto egli potrebbe adempiere all'obbligazione solo commettendo o rischiando di commettere (se il fallimento non è ancora dichiarato) il delitto di bancarotta"[945]. A tale conclusione si potrebbe giungere facendo riferimento al fatto per il quale il soggetto dichiarato fallito non avrebbe, in ogni caso, la possibilità di effettuare alcun tipo di pagamento nei confronti del soggetto passivo del reato, soprattutto a causa della sottrazione alla disponibilità dell'imprenditore dei differenti beni appartenenti all'impresa, determinata dall'apertura del fallimento. Questa situazione, perciò, obbligherebbe il soggetto a fare ricorso alla commissione di ulteriori illeciti per riuscire a pagare il debito nei confronti dell'erogatore del credito. Tuttavia, l'Autore dissente parzialmente rispetto a tale argomentazione in quanto esso sostiene che la figura del "fallito" delineata non corrisponde correttamente alla realtà; infatti, non tutti i beni sono sottratti alla disponibilità del soggetto: esso ha la possibilità di effettuare i pagamenti attraverso il denaro acquisito, ad esempio, con assegni familiari, o grazie alla presenza di ulteriori stipendi da lui percepiti e così via. Per le ipotesi minori di insolvenza fraudolenta, perciò, si deve propendere per una non correttezza di tale tipo di conclusione, che può essere valida a grandi linee ma non nello specifico e non in maniera assoluta. Inoltre, secondo La Monica è scorretto concludere nel senso di una esclusione della possibile imputabilità per insolvenza fraudolenta di un imprenditore che avendo contratto l'obbligazione prima della dichiarazione di fallimento si trovi a dovervi adempiere dopo il suo intervento; infatti, anche in questo caso, ci sono delle distinzioni da fare. Si può parlare di inapplicabilità dell'articolo 641 solo nel caso in cui il soggetto a causa dell'intervento del fallimento si trova nella oggettiva impossibilità di adempiere all'obbligo; qualora, invece, l'imprenditore abbia l'opportunità di erogare il pagamento al creditore, ma decida di non farlo, esso sarà imputabile per integrazione della fattispecie prevista dall'articolo 641.

L'ultimo problema affrontato da La Monica riguarda la possibilità di evidenziare una responsabilità dell'imprenditore che avendo contratto un'obbligazione prima della dichiarazione di fallimento, nelle circostanze previste dall'articolo 641, decida di erogare la

[945] LA MONICA M., *I reati fallimentari*, cit. p. 529;

somma dovuta al creditore; la responsabilità la cui presenza si vuole valutare si riferisce alla integrazione, o meno, del reato di bancarotta preferenziale. Secondo l'Autore, il soggetto che si occupi di adempiere, prima della dichiarazione di fallimento, all'obbligazione contratta senza lo scopo di favorire, a danno dei creditori, uno di essi, non commette il reato di bancarotta preferenziale. Questo perché l'imprenditore, pur versando in stato di insolvenza, è obbligato ad adempiere ai propri obblighi finanziari; ovviamente, ove l'adempimento non si sia verificato si applicherà l'articolo 641 c.p..
Grazie alla appena esposta elucubrazione, La Monica consente, perciò, di evidenziare, e di fornire una possibile soluzione, a problemi concreti che si potrebbero presentare nell'applicazione pratica delle disposizioni relative al reato di ricorso abusivo al credito.

Di poco successiva rispetto all'analisi posta in essere da La Monica è l'esposizione della tesi di LANZI [946] ; esso, contrariamente rispetto a Provinciali, esclude, come prima cosa, la natura di insolvenza fraudolenta commessa dall'imprenditore attribuibile al ricorso abusivo al credito. Questa constatazione viene effettuata da parte dell'Autore sulla base dell'assunto per il quale la condotta del ricorso abusivo al credito, anche se commessa da un non-imprenditore, non diventa immediatamente un comportamento rilevante ai sensi dell'articolo 641 c.p.; questo soprattutto per la mancanza, relativamente all'ipotesi fallimentare, di due elementi che, invece, costituiscono il fondamento dell'ipotesi "comune" di reato, ossia l'intento di non adempiere e il fatto che l'obbligazione non venga successivamente adempiuta. Tra l'altro vale, entro certi limiti, anche l'esempio contrario; cioè, non è detto che un'insolvenza fraudolenta, se commessa da parte di un imprenditore, diventi sempre un ricorso abusivo al credito; questa esclusione si può verificare, ad esempio, nel caso in cui l'obbligo contratto con la controparte non rientri nella specifica nozione di credito, in quanto la prestazione principale è di poco distanziata, a livello temporale, dalla necessaria controprestazione o, addirittura, è fondamentalmente coeva rispetto alla prima. L'Autore arriva, perciò, ad affermare la quasi-impossibilità, per un imprenditore, di commettere il reato di insolvenza fraudolenta, in quanto tale fattispecie richiede, per la sua integrazione, che il soggetto attivo volontariamente contragga un'obbligazione con il proposito (e quindi con la volontaria intenzione) di non adempiervi; nel caso, invece, di un imprenditore che si trovi in stato di dissesto o di insolvenza, il mancato adempimento dell'obbligo contratto, nella maggior parte dei casi, si configura come non volontario; cioè, l'imprenditore contrae il debito allo scopo, ad esempio, di risanare le finanze dell'impresa, quando sia già insolvente o dissestato; il fatto di non

[946] LANZI A., *La tutela penale del credito,* cit. , pp. 117 ss.;

riuscire a pagare i propri debiti non deriva, successivamente, dalla mancata volontà di effettuare il pagamento ma dalla oggettiva impossibilità di reperire le risorse per compiere tale attività di restituzione del denaro o di pagamento della merce. Questo potrebbe accadere sia nel caso in cui il soggetto nel momento in cui scade il termine per il pagamento, subisca la dichiarazione di fallimento, sia qualora tale declaratoria non sia ancora intervenuta; infatti, in questo secondo caso, il soggetto, trovandosi in una situazione di profonda indigenza economica, se decide di effettuare il versamento delle somme di denaro nei confronti del nuovo creditore, corre il pericolo di incorrere in responsabilità per l'integrazione della fattispecie della bancarotta preferenziale, per il "favore" predisposto nei confronti di uno dei creditori. Queste constatazioni, secondo l'Autore, potrebbero portare ad evidenziare una specie di "zona franca" a metà tra il reato di ricorso abusivo al credito e quello di insolvenza fraudolenta, all'interno della quale si potrebbero collocare dei comportamenti imprenditoriali non punibili penalmente; tuttavia, Lanzi tende a sottolineare che "una simile constatazione [non] individua una lacuna nella tutela penale del credito […] infatti, proprio quelle obbligazioni la stipulazione delle quali determina la non applicabilità dell'art. 218 L.F. sono al di fuori del concetto di credito da noi più volte richiamato […] e quindi è chiaro come la non punibilità, neanche ex art. 641 c.p., di un comportamento che nella assunzione di quelle obbligazioni si sia risolto non riveste ai nostri fini la minima rilevanza"[947]; in altri termini, l'Autore specifica che, molto probabilmente, non ci sono norme a tutela del credito che si occupano delle fattispecie residuali rispetto a quelle determinate dalle norme in esame ma questo, verosimilmente, accade sia a causa della scarsa rilevanza di tali ipotesi di illeciti, sia per la collaterale previsione di ulteriori disposizioni, magari di ordine civilistico, che in modo specifico si occupano di censurare tali tipologie di condotta.

All'esordio degli anni Ottanta si può, invece, collocare la predisposizione dell'analisi delle due fattispecie richiamate posta in essere da parte di GIULIANI-BALLESTRINO[948]; l'Autore si concentra, in principio, sulle fondamentali differenze intercorrenti tra il ricorso abusivo al credito e la fattispecie dell'insolvenza fraudolenta. Come prima cosa, esso indica che relativamente al ricorso abusivo al credito non si può evidenziare il proposito, presso il soggetto agente, di non adempiere all'obbligazione contratta; inoltre, il fatto di non adempiere all'obbligo rileva relativamente all'ipotesi prevista nel codice penale ma non con riferimento al reato fallimentare. Un altro elemento fondamentale richiamato dall'Autore è ravvisabile nel fatto per il quale il concetto di "contrarre un'obbligazione" è più generico e comprensivo

[947] LANZI A., *La tutela penale del credito,* cit. , p. 119;
[948] GIULIANI-BALLESTRINO U., *La bancarotta…*, cit., pp. 422 ss.; (nell'edizione del 1983 del testo);

rispetto a quello di ricorrere al credito[949]; inoltre, esso sottolinea, sempre con riferimento al tipo di condotta e all'obbligo intercorrente tra il soggetto attivo e il soggetto passivo del reato, che "anche le obbligazioni da estinguere subito dopo averle assunte […] sono presupposto dell'insolvenza fraudolenta, ma non del ricorso abusivo al credito"[950].

In relazione a questi primi elementi, perciò, l'Autore conclude indicando che non esiste rapporto di specialità tra i due tipi di fattispecie ma semplicemente una forma di alternatività; questo perché l'imprenditore dissestato o in stato di insolvenza sa che potrà fallire, ossia che potrà trovarsi nella situazione di impossibilità di adempiere, per il divieto di commettere bancarotta preferenziale, all'obbligo contratto; Giuliani, a riguardo, indica la impossibilità consequenziale di reprimere il ricorso abusivo al credito come insolvenza fraudolenta, proprio per questa irrealizzabilità dell'attività prevista dall'articolo 641 da parte di un imprenditore dissestato. Esso, inoltre, esclude l'attuabilità dell'adempimento all'obbligo da parte dell'imprenditore (dissestato o in stato di insolvenza) senza la volontà specifica di favorire il creditore destinatario del denaro; anche nel caso in cui ciò fosse possibile, e quindi un soggetto in forti difficoltà economiche titolare di un' impresa avrebbe la possibilità di pagare il proprio creditore senza determinare nei suoi confronti uno specifico vantaggio rispetto agli altri creditori, se il soggetto decidesse consapevolmente di non adempiere integrerebbe il reato previsto dal codice penale e non la fattispecie di ricorso abusivo al credito, in quanto "colui che ricorre al credito e ha la facoltà di adempiere […] non abusa proprio perché ha il diritto di adempiere"[951] .

Infine, Giuliani afferma il carattere di maggiore gravità del reato di ricorso abusivo al credito rispetto alla fattispecie di insolvenza fraudolenta; tale più elevata rilevanza della fattispecie fallimentare è testimoniata, innanzitutto, dal fatto per il quale la sanzione prevista per il ricorso abusivo al credito è più alta (e dopo la riforma il "distacco" rispetto all'ipotesi "comune" si è allungato sotto il profilo sanzionatorio) e dalla circostanza in riferimento alla quale la fattispecie è perseguibile d'ufficio e non a querela di parte. Inoltre, la responsabilità dell'imprenditore ha maggiore peso rispetto a quella di "chiunque", in quanto esso non soltanto ha la capacità di determinare l'ignoranza del proprio *status* finanziario critico anche presso il creditore più prudente e avveduto, ma si può trovare nella situazione di avere un obbligo giuridico di non adempiere (individuato nella possibilità di incorrere in sanzione per la commissione del reato di bancarotta preferenziale). Proprio in relazione a tali maggiori

[949] Infatti, a riguardo l'Autore pone in essere un esempio: esso indica che chi ordina il pranzo al ristorante, con l'intento di non pagarlo, contrae un'obbligazione ma, tecnicamente, non ricorre al credito;
[950] GIULIANI-BALLESTRINO U., *La bancarotta…*, p. 422;
[951] GIULIANI-BALLESTRINO U., *La bancarotta…*, p. 423;

problemi che possono derivare dalla commissione del reato di ricorso abusivo al credito, l'Autore, in conclusione, ritiene differente la condotta di dissimulazione con riferimento alle due ipotesi di illecito considerate; in modo particolare, Giuliani ammette la possibilità di integrare il reato fallimentare anche ponendo in essere una condotta di semplice reticenza o di silenzio relativamente alle proprie non rosee condizioni economiche; differentemente, "il solo silenzio non costituisce dissimulazione nell'ipotesi di insolvenza fraudolenta; ciò perché […] il dissestato ha il dovere di non ricorrere al credito se non di chi è consapevole del dissesto"[952]; in altri termini, siccome lo stato di dissesto o insolvenza dell'imprenditore può essere facilmente nascosto, anche la semplice condotta di chi si occupi di tacere un elemento fondamentale al fine di ottenere il credito all'erogatore dello stesso può integrare la fattispecie di ricorso abusivo al credito.

È da collocarsi all'esordio degli anni Novanta l'analisi prospettata a riguardo da parte di SANDRELLI [953]; la critica dell'Autore è realizzata in modo conciso e schematico e consente di comprendere non soltanto quali possono essere gli elementi discretivi tra le due ipotesi di reato, ma anche il punto di vista dello stesso giurista. In primo luogo, esso evidenzia le fondamentali differenze intercorrenti tra le due fattispecie, indicando, come prima cosa, il fatto per il quale l'articolo 641 punisce chi si occupa di non adempiere all'obbligo, mentre l'articolo 218 Legge Fallimentare sanziona il ricorso al credito realizzato in una situazione di probabile (ed anche non voluto) inadempimento. Proprio relativamente a questa prima caratteristica distintiva, Sandrelli non nasconde le proprie perplessità; infatti, esso sostiene che il carattere "evanescente" dell'elemento discretivo e la somiglianza tra le due fattispecie non giustifica la più severa sanzione predisposta all'interno dell'articolo della Legge Fallimentare.

In secondo luogo, anche tale Autore individua una limitata differenza intercorrente tra il dissesto e l'insolvenza, in quanto il primo viene inteso alla stregua di una situazione di difficoltà dell'impresa, fungente da presupposto per la dichiarazione di fallimento, mentre l'insolvenza avrebbe un significato molto più generale, in quanto utilizzata per indicare anche solo un semplice squilibrio economico relativo all'impresa. Tuttavia, Sandrelli sottolinea anche le difficoltà che la stessa dottrina ha dovuto più volte affrontare in merito a tale distinzione letterale, proprio a causa del contenuto generico delle due espressioni linguistiche.

Come ultimo elemento, l'Autore prende in considerazione la discrepanza intercorrente tra il "credito" e l'"obbligazione"; esso individua, al pari degli altri giuristi che si sono occupati del

[952] GIULIANI-BALLESTRINO U., *La bancarotta…*, cit., p. 424;
[953] SANDRELLI G. G., *I reati…*, cit., pp. 17-18;

presente problema, il carattere maggiormente "comprensivo" del concetto di obbligazione, in quanto al suo interno si possono far rientrare anche i casi di limitata dilazione nel tempo intercorrente tra assunzione dell'obbligo di effettuare il pagamento e dovere di soddisfare l'impegno preso; tuttavia, anche in relazione a tale distinzione Sandrelli dimostra l'esistenza di una fondamentale perplessità, poiché esso indica che tale criterio non è "molto significativo poiché la notazione creditoria è – comunque – rilevabile anche in dette condotte negoziali"[954]; in altri termini, volendo assumere un atteggiamento critico, si potrebbe comunque sostenere che anche una limitata dilazione nel tempo potrebbe, a livello tecnico, costituire un esempio di concessione di credito.
In conclusione, perciò, l'Autore evidenzia il carattere labile e "sfumato" delle differenze intercorrenti tra le due fattispecie, arrivando anche ad escludere una forma di concorso formale tra le due tipologie di reato; infatti, esso sostiene la configurabilità di un rapporto di specialità tra i due reati, identificando il carattere più specifico del delitto fallimentare (soprattutto sotto il profilo del soggetto attivo) rispetto a quello considerato "comune".

Successivamente rispetto all'opinione appena esaminata si può collocare l'esposizione della tesi di ANTOLISEI [955] il quale esordisce indicando la impossibilità di ravvisare una sostanziale distinzione tra l'attività di dissimulazione del dissesto e dell'insolvenza; in altre parole, l'Autore non ritiene distinguibili, nella loro valenza pratica, i due termini di insolvenza e di dissesto. Al pari dei giuristi citati in precedenza, anche Antolisei sottolinea, successivamente, che una differenza fondamentale tra le due disposizioni risiede nel fatto per il quale relativamente al ricorso abusivo al credito la legge non richiede l'estremo del mancato adempimento all'obbligazione contratta, elemento che, invece, assume un ruolo fondamentale nel reato previsto nel c.p.; relativamente a tale attività di "adempimento" Antolisei sottolinea anche il fatto per il quale nel ricorso abusivo al credito non si richiede la specifica volontà di non soddisfare le pretese della controparte, come, invece, accade per l'insolvenza fraudolenta; inoltre, per l'Autore "il contrarre un'obbligazione non implica necessariamente un ricorso al credito in senso tecnico, tutte le volete che la controprestazione, in base alla normalità dei rapporti economici, debba implicitamente seguire con immediatezza"[956]; in altri termini, Antolisei tende ad escludere il carattere di vero e proprio ricorso al credito rispetto a quelle ipotesi nelle quali un soggetto contrae un'obbligazione, pur con l'intento di non adempiervi, che per sua natura deve essere adempiuta contestualmente o quasi-contestualmente. Come

[954] SANDRELLI G. G., *I reati…*, cit., p. 18;
[955] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., pp. 180-181;
[956] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., p. 181;

ultimo elemento, l'Autore considera il riferimento alla sentenza dichiarativa di fallimento; infatti, esso indica che non soltanto il ricorso abusivo al credito è un reato proprio, ma anche una fattispecie concretamente punibile solo in presenza del fallimento, fattore che, ovviamente, non viene richiesto per la semplice insolvenza fraudolenta.

Successivamente anche IMPERATO[957], in termini sintetici, si è occupato di analizzare il confronto tra le due differenti disposizioni in esame; in primo luogo, l'Autore si è adoperato per individuare i punti di "aderenza" tra le due fattispecie, tra i quali esso ha annoverato la loro comune *ratio*, costituita dalla volontà del legislatore di prevenire (e, ovviamente, sanzionare) i comportamenti di quei soggetti che, pur compiendo attività oggettivamente lecite, quali il ricorso al credito o la stipulazione di un contratto, si occupino di provocare un danno, o perlomeno un pericolo di lesione, presso la sfera giuridica dei soggetti protetti dalle disposizioni di legge; in altri termini, l'obiettivo principale del compilatore delle norme doveva essere quello di evitare che un'attività riconosciuta e protetta da parte dell'ordinamento venisse usata per scopi illegittimi o in modo fraudolento. Tuttavia, l'Autore non individua, sotto il profilo delle condotte incriminate, una totale uguaglianza tra le due fattispecie, in quanto definisce l'articolo 218 come maggiormente preciso "nella descrizione della condotta punita, non limitandosi – come accade nell'art. 641 c.p. – a prevedere il fatto di contrarre un'obbligazione, ma richiedendo, puntualmente, che l'imprenditore ricorra o continui a ricorrere al credito"[958]. Allo scopo di distinguere meglio la disposizione fallimentare da quella indicata nel codice penale, l'Autore propone, inoltre, di intendere come perfezionata la fattispecie di ricorso abusivo al credito solo nel momento in cui il soggetto attivo ottenga la controprestazione da parte del creditore o, perlomeno, un anticipo della stessa; infatti, richiedere l'intervento di un effettivo depauperamento patrimoniale, consente di sottolineare il carattere "aggressivo" della specifica condotta di ricorso al credito, distintamente qualificato rispetto all'attività di chi compia il reato di insolvenza fraudolenta.
Un'ultima differenza viene ravvisata da Imperato nel fatto per il quale relativamente al ricorso abusivo al credito la legge non richiede l'inadempimento o l'intento originario di non adempiere all'obbligo contratto, elemento che, invece, viene specificamente previsto all'interno della norma del codice penale.
In conclusione, perciò, dall'analisi appena posta in essere si può comprendere la forte "vicinanza" intercorrente tra le due fattispecie analizzate, accompagnata dalle distinzioni che

[957] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., pp. 575-576;
[958] IMPERATO L., in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* cit., p. 576;

consentono di discernere la figura di reato fallimentare da quella di tipo "comune", costituite sia dalla mancanza, all'interno dell'articolo 218, di alcuni elementi (come della necessità sia dell'intenzione di non adempiere all'obbligazione, che determina la presenza di un differente elemento soggettivo, sia dell'effettivo e successivo inadempimento) presenti nella fattispecie indicata nel codice penale, sia dalla presenza di ulteriori specificazioni relative al reato fallimentare (quali quelle riferite al soggetto attivo e al tipo di condotta, particolarmente orientata alla richiesta del credito e non alla conclusione di un contratto contenente una qualsiasi obbligazione) che non si possono ravvisare all'interno del reato previsto dall'articolo 641 c.p.; sono state, inoltre, evidenziate alcune sottigliezze, relative, ad esempio, alla distinzione intercorrente tra il dissesto e l'insolvenza; tali particolari, tuttavia, come si è potuto notare non vengono tenuti in particolare conto da molta parte della dottrina.

4. Il ricorso abusivo al credito e il mendacio bancario

Un'ultima analisi comparativa deve riguardare necessariamente la fattispecie del mendacio bancario.
Come prima cosa è necessario effettuare un sintetico *excursus* relativo alle vicende che hanno riguardato le previsione legislativa relativa a tale ipotesi di reato. Infatti, essa venne prevista alla stregua di "mendacio bancario" all'interno delle disposizioni dell'articolo 95 della "vecchia" legge bancaria[959] che sanzionava, con la reclusione fino ad un anno e con la multa

"salvo applicazione delle maggiori pene disposte dal codice penale e da altre leggi, chi, al fine di ottenere concessioni di credito per sé o per le aziende che amministra, o di mutare le condizioni con cui il credito venne primariamente concesso, fornisce dolosamente ad aziende di credito notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria delle aziende comunque interessate alla concessione del credito"[960].

Le disposizioni relative al mendacio sono state successivamente integrate all'interno dell'articolo 137 del Testo Unico n. 385/1993 che stabiliva

"Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, al fine di ottenere concessioni di credito per sé o per le aziende che amministra, o di mutare le condizioni alle quali il credito venne

[959] Ossia della legge 7 marzo 1938, n. 141;
[960] Tale articolo venne abrogato dal Decreto legislativo 14 dicembre 1992, n. 481; tale decreto, salve alcune disposizioni venne a propria volta abrogato dal decreto legislativo n. 385 del 1993;

prima concesso, fornisce dolosamente a una banca notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria delle aziende comunque interessate alla concessione del credito, è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a lire dieci milioni.

Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi svolge funzioni di amministrazione o di direzione presso una banca nonché i dipendenti di banche che, al fine di concedere o far concedere credito ovvero di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso ovvero di evitare la revoca del credito concesso, consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido, sono puniti con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda fino a lire venti milioni."

Più recentemente, in occasione della riforma relativa ai reati societari, operata attraverso le disposizioni del decreto legislativo n. 61 del 2002 [961], la norma dell'articolo 137 è stata abrogata nel suo primo comma, eliminando, essenzialmente, le disposizioni relative al comportamento del soggetto che si occupa di fornire notizie false all'istituto di credito.
La situazione sarebbe rimasta invariata se non fossero intervenute le nuove disposizioni del decreto legislativo n. 262 del 2005 che, all'articolo 33, hanno consentito la reintroduzione della fattispecie attraverso l'inserimento del comma 1 bis dell'articolo 137 (ma non del comma 1!); in modo particolare il decreto ha stabilito che

All'articolo 137 del testo unico di cui al decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, al comma 2 è premesso il seguente:

«1-bis. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, al fine di ottenere concessioni di credito per sé o per le aziende che amministra, o di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso, fornisce dolosamente ad una banca notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria delle aziende comunque interessate alla concessione del credito, è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino ad euro 10.000».[962]

[961] Specificamente attraverso le disposizioni dell'articolo 8 del decreto;
[962] La nuova fattispecie è essenzialmente assimilabile alla più risalente; si deve segnalare l'inserimento, all'interno delle presenti disposizioni, della disgiunzione "o" relativa alle condizioni patrimoniali-finanziarie, che consentono una più corretta applicazione delle norme e una riduzione dei dubbi relativi alla possibile limitazione dell'utilizzo della norma;

Grazie a questa breve introduzione è ora possibile affrontare il discorso relativo al confronto tra la fattispecie fallimentare oggetto della presente dissertazione e il reato di mendacio bancario.

La questione venne affrontata, durante gli anni Settanta, da LANZI [963], il quale prospettava per il reato di ricorso abusivo al credito una difficile futura applicazione; infatti, esso indicava che la coesistenza del reato fallimentare con le ipotesi di illeciti creati dal legislatore allo scopo di tutelare il credito avrebbe potuto ridurre di molto il campo di rilevanza della fattispecie fallimentare; tale "riduzione", inoltre, si sarebbe potuta individuare anche relativamente al campo di applicazione dell'articolo 95 della legge bancaria rispetto al reato di truffa, in quanto la fattispecie prevista dal codice penale risultava più severamente punita, e quindi applicabile in luogo di quella bancaria in ragione dei principi di specialità e sussidiarietà[964]. Secondo l'Autore, tuttavia, il maggiore problema che avrebbe potuto determinare difficoltà nella applicazione delle disposizioni relative al mendacio era costituito alla previsione, inserita nella norma dell'articolo 95, per la quale la disposizione si sarebbe potuta utilizzare salva l'applicazione delle maggiori pene disposte dal Codice Penale e da altre leggi. A riguardo Lanzi offriva due possibili interpretazioni: la prima, che consentiva di intendere il periodo citato come contenente la previsione "fatta salva l'applicazione delle altre maggiori pene"; la seconda, che vedeva la possibilità di interpretare la dicitura come predisponente la locuzione "salvo il caso in cui siano applicabili le altre maggiori pene". Nel primo caso si sarebbe dovuto far sempre ricorso alle ipotesi di concorso di reati, mentre nel secondo si sarebbe imposta l'applicazione del criterio di sussidiarietà. Tuttavia, l'Autore si occupava di prendere una specifica posizione sul punto; in modo particolare, esso indicava che, qualora le disposizioni citate avessero avuto come obiettivo quello di indicare l'applicabilità concorrente delle norme che prevedevano, per i rispettivi reati, pene più gravi, esse sarebbero state assolutamente illogiche; la illogicità si sarebbe potuta ritrovare nel fatto per il quale la disposizione avrebbe limitato le ipotesi di concorso a quei soli casi in cui si sarebbe potuta evidenziare la presenza una sanzione più grave, lasciando da parte le norme che prevedevano, ad esempio, pene uguali o minori. La irragionevolezza prescritta sarebbe venuta meno, invece, qualora si fosse avallata l'interpretazione per la quale la sussidiarietà

[963] LANZI A., *La tutela penale del credito,* cit. , pp. 152 ss.;

[964] Anche se tale "idea" di sussidiarietà veniva respinta, al tempo, da parte di SANTORO, il quale indicava che il reato di mendacio bancario era costituente una fattispecie del tutto particolare, "attinente alla tutela di speciali interessi" e quindi possibilmente concorrente "con quelli preveduti da altre norme" (SANTORO V, *Linee sistematiche dei reati previsti dalla legge bancaria,* in *Banca, borsa tit. cred.*, 1970, I, p. 487)

sarebbe potuta entrare "in campo" quando esplicitamente prevista da parte della legge e in relazione ad ipotesi effettivamente riconducibili alla disposizione legislativa.

L'Autore, però, dopo aver affrontato questo complesso discorso, si discostava dalla premessa fondamentale che si trovava alla base di esso, per la quale era possibile evidenziare una comunanza, relativa al campo di applicazione, con la disposizione, ad esempio, riferita alla truffa; in modo particolare, Lanzi tendeva ad evidenziare, di contro, la presenza di un campo di applicazione autonomo per quanto riguardava il reato di mendacio bancario, costituito dalle richieste di credito poste in essere da parte di un'impresa nei confronti di una banca, e caratterizzate dalla fornitura di false notizie nei confronti dell'ente finanziatore proprio al fine di ottenere il credito. In relazione al mendacio bancario, perciò, non sarebbe stato necessario prendere ulteriormente in considerazione il soddisfacimento del creditore o la concessione del credito; a livello soggettivo, inoltre, non sarebbe stato indispensabile ravvedere l'intento del soggetto attivo di danneggiare il soggetto passivo in qualche modo.

Quindi l'Autore, si occupava anche di individuare le distinzioni rispetto al reato costituente l'oggetto della presente dissertazione; infatti, esso indicava che differentemente dall'ipotesi di ricorso abusivo al credito, la tutela approntata grazie alla norma relativa al mendacio, era semplicemente riferibile al momento della formazione del rapporto di credito, poiché essa rappresentava "l'unico caso di norma che tutela compiutamente, e dall'inizio, il processo di valutazione che compie il creditore circa il rischio inerente all'operazione creditizia, e , conseguentemente, circa il proprio determinarsi alla fiducia nei confronti di quel debitore"[965]; non era, perciò, fondamentale, presupporre, come già accadeva per il ricorso abusivo al credito, la presenza di un particolare *status* finanziario del richiedente ovvero la presenza imprescindibile del consenso del creditore alla concessione del mutuo o del fido.

Queste erano, perciò, per l'Autore, le fondamentali discrepanze intercorrenti tra le due fattispecie; esse, in poche parole, potevano riferirsi a campi di applicazione diversi e autonomi, in quanto dimostravano di avere alla loro base una distinta *ratio* giustificatrice.

Allo scopo di sostenere ulteriormente la propria tesi l'Autore si era occupato anche di analizzare nel dettaglio le distinzioni relative alle fattispecie in esame; in modo particolare esso indicava che per l'integrazione del mendacio bancario era necessario che il soggetto realizzasse un'attività di comunicazione di dati falsi; relativamente, invece, al ricorso abusivo al credito questa attività non era necessaria: bastava che il soggetto si occupasse di dissimulare la propria critica situazione economico-patrimoniale. Inoltre, per potersi parlare di ricorso abusivo al credito era necessario che il soggetto attivo ottenesse se non l'erogazione

[965]LANZI A., *La tutela penale del credito,* cit. , p. 157;

del fido o del mutuo, perlomeno il consenso del soggetto passivo; differentemente, il reato di mendacio richiedeva solo che l'agente si occupasse di effettuare la richiesta, prescindendo dalla concessione effettiva del credito. L'Autore, sottolineava anche l'assente necessità, relativamente al mendacio bancario, di ravvisare, presso il colpevole, lo *status* di soggetto dissestato o insolvente, mentre tale condizione, com'è noto, era fondamentale per l'integrazione del reato fallimentare. Grazie alle presenti elucubrazioni, Lanzi ha potuto porre in essere delle conclusioni, in modo specifico con riferimento alla possibilità di configurare, o meno, una forma di concorso di reati tra la fattispecie dell'articolo 218 e quella bancaria; tale forma di rapporto veniva esclusa da parte dell'Autore, il quale sosteneva che "nella specie si tratterebbe di un concorso formale di reati, ma l'inciso figurante nell'art. 95 LB, stante il significato di clausola di sussidiarietà che vi abbiamo dato, fa in modo che alla condotta del debitore si applichi unicamente la norma di cui all'art. 218 Legge Fallimentare che prevede una maggiore pena"; in altri termini, essendo il reato fallimentare oggettivamente più grave, con riferimento alle sanzioni comminate al colpevole, si prevedeva già la possibilità di evitare il passaggio dal concorso di reati, optando, direttamente, per un'immediata applicazione delle disposizioni relative all'articolo 218. Tuttavia, l'Autore teneva ancora a precisare che vi sarebbe stata la possibilità di applicare le norme relative al ricorso abusivo al credito solo qualora il soggetto avesse commesso un reato che non "sconfinasse" integrando il reato di truffa, poiché, in un caso del genere sarebbe stato ovviamente doveroso applicare le disposizioni dell'articolo del codice penale.

Poco più tardi rispetto a Lanzi, anche un altro autore è intervenuto sul punto; si vuole fare riferimento a GRASSO [966], il quale all'interno del proprio testo svolge un'approfondita analisi del reato di mendacio bancario grazie alla quale si ha la possibilità di individuare anche i punti di contrasto e di distinzione rispetto al ricorso abusivo al credito. In modo specifico, esso indica, innanzitutto, che il soggetto attivo del reato di mendacio può essere chi richiede per sé o per le aziende da lui amministrate un fido bancario[967] o la modificazione delle condizioni alle quali era stato concesso il credito in precedenza[968]; quindi non si applicano le disposizioni relative a tale reato nei confronti di coloro che siano intervenuti a garantire la richiesta di concessione del credito presentata da altri, oppure nei riguardi dei semplici

[966] GRASSO G., *Truffa in danno della banca…*, cit., pp. 86 ss.;
[967] Intendendo il fido nella accezione più lata, ossia in quella comprendente ogni forma di concessione del credito;
[968] E' necessario precisare che nella prima formulazione del reato di mendacio bancario (cioè all'interno dell'articolo 94 del R.D. 375 del 1936) non vi era il riferimento a chi avesse richiesto la modifica delle condizioni del fido già ottenuto;

dipendenti dell'azienda; il ricorso abusivo al credito, invece, è relativo solo a determinate figure di soggetti, identificabili, originariamente, nell'ipotesi "base" solo alla stregua di imprenditori ed oggi anche di amministratori, direttori generali e liquidatori.
In secondo luogo, Grasso sottolinea che la condotta incriminata si concretizza attraverso la fornitura all'azienda o all'istituto di credito di notizie false; ecco perché si può parlare per il reato bancario di un vero e proprio delitto di falso; è invece ormai assodata la possibilità di integrare il reato di ricorso abusivo al credito anche con il semplice silenzio (circostanziato) relativo alle condizioni critiche dell'impresa, posto in essere da parte del soggetto attivo del reato. In verità, l'Autore ammette la possibilità di realizzare il mendacio bancario anche attraverso la mera reticenza, sempreché essa assuma determinate caratteristiche; infatti esso indica che "non basta […] l'aver taciuto nonostante la richiesta, occorre che la reticenza si inserisca in una condotta tale che essa assuma realmente il valore della indicazione di dati falsi" [969] [970] [971].

Successivamente, l'Autore si occupa di analizzare l'oggetto della falsità relativa al mendacio bancario; essa deve riguardare la costituzione e la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'azienda, e cioè uno dei differenti aspetti relativi alla vita della persona giuridica. Infine, esso sottolinea che all'interno dell'articolo 95 si richiede il dolo specifico, poiché occorre che la condotta sia posta in essere non soltanto con la più completa consapevolezza, ma anche al fine di ottenere la concessione di un credito o la modificazione delle precedenti condizioni dello stesso. Differentemente, il dolo richiesto all'interno dell'articolo 218 Legge Fallimentare è un mero dolo di pericolo; quindi le due disposizioni si possono distinguere anche sotto questo profilo. Ecco perché Grasso conclude la sua dissertazione indicando che "l'esposizione di dati falsi sulla situazione economica o sulla costituzione dell'azienda […] esclude già di per sé che ricorra la mera dissimulazione dello stato di insolvenza o di dissesto, sicché non appare ipotizzabile né un concorso formale né una convergenza dell'art. 95 l. banc. E dell'articolo 218 l. fall. […] per disciplinare la medesima

[969] GRASSO G., *Truffa in danno della banca…*, cit., p. 91;
[970] Ed a riguardo l'Autore effettua l'esempio di un soggetto che alla richiesta di indicare le passività esistenti, ne indichi alcune e ne taccia altre;
[971] Su tale punto Grasso è d'accordo con la precedente tesi di VASSALLI , il quale operava una distinzione "a seconda che vi sia stato o non vi sia stato il presupposto di una richiesta della banca al cliente, rivolta a conoscere specificamente quei dati o quelle notizie che viceversa vengono poi taciuti o, più genericamente, ad indicare tutti quei dati o quelle notizie da cui può comunque risultare un'esatta situazione patrimoniale o finanziaria"; in questi casi, se il cliente si occupava comunque di tacere, per Vassalli si poteva parlare coerentemente di un'ipotesi di falso, alla stregua dell'ipotesi della fornitura di dati o notizie imprecisi. Non essendovi la richiesta, invece, l'Autore escludeva la sussistenza del reato in esame; (così VASSALLI G., *L'art. 95 della legge bancaria. Un precetto primario ed un'incriminazione sussidiaria,* in *Banca, borsa,* 1959, I, p. 322;

situazione di fatto"[972]; in altri termini, il fatto che la fattispecie di ricorso abusivo al credito richieda semplicemente la commissione della condotta di dissimulazione delle critiche condizioni economico-patrimoniali dell'impresa, esclude che una comportamento così differente, come quello del vero e proprio mendacio, possa, anche limitatamente, portare a dei dubbi relativamente alla necessità di applicare le differenti disposizioni dell'articolo 95 legge bancaria.

Effettua solo un breve cenno al problema in esame TENCATI[973]; esso indica che siccome la norma dell'articolo 95 della legge bancaria fa salve le maggiori pene, contemplate nel codice penale o in altre leggi, si dovrebbe determinare l'applicazione dell'articolo 218 Legge Fallimentare nel caso in cui le condotte descritte e sanzionate dalla legge bancaria vengano poste in essere, da un soggetto attivo previsto dalle disposizioni relative al ricorso abusivo al credito, allo scopo di realizzare un "piano" criminoso volto ad ottenere il credito, o a determinare la modifica delle condizioni della sua concessione originaria, nonostante la presenza di uno stato economico molto critico ed inquadrabile nell'insolvenza o nel dissesto; quindi, qualora lo *status* economico-finanziario dell'impresa sia peggiorato, sino a poter portare ad una giustificata sentenza dichiarativa di fallimento, ed il soggetto si occupi di porre in essere le condotte previste dalle norme bancarie, secondo Tencati si potrebbero applicare le disposizioni relative al ricorso abusivo al credito e non quelle riferite al mendacio bancario.

Successivamente rispetto a Tencati è intervenuto sul punto anche SANDRELLI[974] , il quale, come prima cosa, accenna alla scarsa applicazione pratica delle disposizioni dell'articolo 95 della legge bancaria, proprio in relazione all'esistenza di norme affini rispetto a quella che prevedeva il reato di mendacio bancario; l'Autore ritiene presente un forte "contatto" intercorrente tra la fattispecie bancaria e quella fallimentare. Infatti, esso indica che "i punti di contatto con l'art. 218 l. fall., nella pratica attuazione, sono così importanti da determinare la concomitanza delle due fattispecie quasi costante ed, in ultima analisi, ove ne ricorrano gli estremi, un assorbimento di entrambe nel delitto di false comunicazioni sociali". Nonostante la possibilità di sottolineare tali punti comuni tra le due tipologie di reato, l'Autore ravvisa anche la presenza di alcune distinzioni tra le fattispecie considerate. In modo particolare, a livello formale, esso indica l'esistenza di una differenza determinata dal necessario presupposto del dissesto o dello stato di insolvenza, relativamente al reato di ricorso abusivo

[972] GRASSO G., *Truffa in danno della banca…*, cit., p. 104;
[973] TENCATI A., *Imprenditore insolvente…*, cit., p. 713;
[974] SANDRELLI G. G., *I reati…*, p. 20;

al credito, elemento che non si rinviene, invece, all'interno delle disposizioni della legge bancaria[975] . Inoltre, una ulteriore discrepanza può essere evidenziata nella necessità, con riferimento all'articolo 95 della legge bancaria, di una fondamentale ed espressa falsificazione delle informazioni fornite nei confronti dell'ente creditizio; questo tipo di comportamento, perciò, non potrebbe essere assimilato a quello della semplice dissimulazione del dissesto; successivamente l'Autore aggiunge che difficilmente l'istituto di credito si occupa di concedere (o "aggiornare") il contratto di credito sulla base di meri "segni di assenso" verbali: per questo motivo Sandrelli ritiene che per poter "raggirare" la banca è necessario un comportamento più pregnante della mera dissimulazione o, anche, della sola reticenza, che consente, perciò, di discernere facilmente i casi riconducibili all'una o all'altra fattispecie tra quelle ivi esaminate.

Infine, un ultimo elemento di distinzione tra le due figure di reato è costituito dal fatto per il quale la norma della legge bancaria sanziona un comportamento ritenuto "non completo" rispetto a quello relativo al ricorso abusivo al credito; infatti, il mendacio si può perfezionare anche nel caso in cui il credito non sia acquisito o contratto, ma semplicemente sia oggetto di richiesta. Ecco perché l'Autore conclude dicendo che "Rispetto all'art. 218 l. fall., la fattispecie della legge bancaria descrive una parte soltanto della condotta e fornisce una tutela anticipata", in quanto preventiva rispetto al cagionamento del danno nei confronti del soggetto passivo del reato stesso e "utilizzabile" ancor prima rispetto alle disposizioni della Legge Fallimentare[976].

Due anni dopo rispetto all'intervento della prima riforma radicale relativa al reato di mendacio bancario, si è espresso, relativamente alla questione in esame, anche CERQUA[977], il quale si occupa, come prima cosa, di "tessere le lodi" della modifica legislativa; infatti, esso, con riferimento alla limitata variazione formale della norma, dichiara che "La clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca reato più grave», che ha sostituito quella letteralmente pessima e fortunatamente ben rara nella nostra legislazione speciale contenuta nell'art. 95 («salvo l'applicazione delle maggiori pene disposte dal codice penale o da altre leggi»),

[975] Anche se Sandrelli specifica che "è agevole osservare che per lo più il mendacio a fini di credito bancario viene da chi non ha più credibilità ed affidabilità ordinaria, e versa in istato di patologica il illiquidità" (SANDRELLI G. G., *I reati…*, p. 20) ; quindi l'Autore tende ad ammettere la possibilità per la quale, in alcuni casi, anche il soggetto colpevole per il reato di mendacio bancario può trovarsi nella condizione di dissesto o insolvenza descritta dalla norma fallimentare;

[976] In tale senso anche DONATO L., in (a cura di) CAPRIGLIONE F., *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, CEDAM, 1995, pp. 476 ss.; il quale, nell'analisi della disposizione dell'articolo 137 del Testo Unico, al suo primo comma, indica che "il mendacio bancario […] anticipa la tutela della banca rispetto all'ipotesi di danno patrimoniale, colpendo la condotta dolosa del prenditore di credito che comunica notizie false sulle sue condizione economiche" ;

[977] CERQUA L.D., *Mendacio e falso bancario,* in *Giur. Merito,* 1995, vol. 6, pp. 1088 ss.;

contribuisce a chiarire quanto già la dottrina prevalente aveva segnalato attraverso un'interpretazione logica e sistematica della norma previgente: l'espressione intende sancire il principio di sussidiarietà e, quindi, l'esclusione del concorso di reati e l'applicabilità, in relazione al medesimo fatto, della sola disposizione più grave. Si tratta cioè di un'ipotesi di concorso apparente di norme coesistenti"[978]; in altri termini, l'Autore si occupa di sottolineare la necessità concreta dell'intervento di questa limitata riforma allo scopo di ridurre le discussioni che, precedentemente, animavano la dottrina soprattutto con riferimento al rapporto intercorrente tra la fattispecie bancaria ed i reati quali la truffa ed il ricorso abusivo al credito; dipanato ogni dubbio sulla possibilità, o meno, di utilizzare le regole relative al concorso di reati, Cerqua fa soltanto più riferimento ad un semplice concorso apparente di norme, che può essere risolto applicando la disposizione disciplinante la fattispecie più grave, intesa come tale sotto il profilo sanzionatorio.

Successivamente a tale premessa, l'Autore analizza il particolare rapporto intercorrente tra la fattispecie bancaria e il reato di ricorso abusivo al credito; specificamente, esso stabilisce, in modo fermo e risoluto che, nella relazione presente tra le due tipologie di reato deve essere esclusa l'ipotizzabilità del concorso. Infatti, mentre l'art. 218 Legge Fallimentare richiede semplicemente che il soggetto attivo ponga in essere la condotta di dissimulazione dello stato di insolvenza o di dissesto, l'art. 137, comma 1, assume, quale elementi costitutivi del mendacio bancario, le notizie o i dati falsi che devono essere comunicati nei confronti del potenziale (o già effettivo) erogatore del credito; inoltre, la norma della legge bancaria non attribuisce alcun rilievo alla effettiva, o non effettiva, erogazione del credito da parte del soggetto passivo del reato, elemento che invece risulta necessario relativamente al ricorso abusivo al credito, in merito al quale si richiede, perlomeno, l'intervento dell'assenso (quindi dell'accordo) da parte del soggetto destinatario della richiesta di fido o di mutuo.

In conclusione, l'Autore aggiunge che l'attività del soggetto che si occupa di porre in essere l'esposizione di dati falsi sulla situazione economica o sulla costituzione dell'azienda, esclude, in modo automatico, la possibile ricorrenza, e la "sufficienza" della mera dissimulazione dello stato di insolvenza o di dissesto; per questo motivo, per Cerqua non appare concretamente ipotizzabile né un concorso formale né una convergenza delle norme dinanzi citate per disciplinare la medesima situazione di fatto.

L'Autore si occupa, peraltro, di analizzare in modo specifico anche le disposizioni del secondo comma dell'articolo 137 del Testo Unico, relativo al falso interno bancario. Esso, infatti, indica che "La disposizione del comma 2 dell'art. 137, che introduce una fattispecie

[978] CERQUA L.D., *Mendacio…*, cit., p. 1090;

del tutto nuova nell'ambito del diritto penale bancario, appare strettamente collegata a quella del comma 1. La condotta di utilizzazione da parte *dell'intraneus* di notizie o dati falsi rappresenta l'immagine speculare del comportamento di chi fornisce, in qualità di *extraneus*, dati di tal genere. Anche in questo caso si ha una rivalutazione della rilevanza penale del falso ideologico in scrittura privata, al di fuori del tradizionale titolo dedicato dal codice penale ai delitti contro la fede pubblica"[979], sottolineando, perciò, non soltanto la fondamentale novità introdotta grazie alla riforma legislativa del 1993, ma anche la "specializzazione" determinata, relativamente all'ambito bancario, rispetto al reato di falso ideologico in scrittura privata.

Con riguardo ai soggetti attivi, l'Autore si occupa di specificare che essi comprendono "chi svolge funzioni di amministrazione o di direzione presso una banca" nonché i "dipendenti di banche"; in relazione a ciò, quindi, l'Autore determina, ovviamente, la natura di reato proprio della fattispecie presa in considerazione; ulteriormente, Cerqua indica che le modalità utilizzate dal legislatore per l'individuazione dei soggetti di grado più elevato consentono di specificare che il compilatore della norma, in "accordo" con la riforma relativa agli artt. 357 e 358 c.p.[980], si concentrava maggiormente sull'aspetto funzionale dello svolgimento di un determinato tipo di attività (di amministrazione o di direzione) che non, invece, sulla specifica investitura che poteva riguardare il soggetto stesso[981]

Successivamente, il bene giuridico protetto dalla norma viene indicato come relativo non soltanto alla correttezza e trasparenza dell'attività istruttoria e decisionale posta in essere da parte delle banche, ma anche alla fondamentale protezione del patrimonio dell'ente creditizio e, ancora più in generale, alla tutela della corretta gestione del credito e quindi al buon funzionamento dell'economia[982].

Cerqua considera anche le distinte forme di condotta che i soggetti attivi possono porre in essere relativamente a tale reato; esse sono, infatti, sia di tipo attivo (utilizzazione nella fase istruttoria di notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido) sia di tipo omissivo (la consapevole omissione); in riferimento alla condotta omissiva, esso si chiede se essa presupponga la violazione di un

---

[979] CERQUA L.D., *Mendacio e falso bancario,* cit., p. 1092;

[980] Posta in essere ad opera degli art. 17 e 18 della l. 26 aprile 1990, n. 86;

[981] Anche se, comunque, Cerqua teneva a precisare che "la norma fa riferimento non all'attività, ma alle funzioni di amministrazione o di direzione, le quali, in primo luogo, presuppongono una investitura formale e, in secondo luogo, connotano un incarico, un compito, un ufficio che diano un contributo diretto alla manifestazione della volontà della banca"; CERQUA L.D., *Mendacio e falso bancario,* cit., p. 1092;

[982] BENEDETTO F., in BENEDETTO F., *Osservazioni…*, cit., p. 336; indica, successivamente rispetto a Cerqua, che "la norma intende […] tutelare la corretta gestione delle banche, soprattutto nella delicata fase della selezione dei soggetti da finanziare"; esso aggiunge che "La violazione di questi obblighi implicherebbe per la banca l'imputazione per concorso sotto il profilo penale, anche se appare in concreto difficilmente configurabile; mentre, sul piano civilistico, potrebbe rappresentare il fondamento dell'affermazione di una responsabilità extracontrattuale per concessione abusiva di credito";

obbligo giuridico di comunicazione, discendente da norme legislative, regolamentari o statutarie, oppure se possa essere sufficiente la attività di mancata comunicazione di dati o notizie, anche da parte di un soggetto non direttamente coinvolto nella procedura di concessione del credito, delle quali esso sia venuto a conoscenza anche indirettamente. Secondo l'Autore la indicazione normativa generica, relativamente alla condotta omissiva, può correttamente orientare l'interprete nel senso della punibilità anche di questo tipo di comportamenti appena elencati[983].

Ulteriormente, Cerqua si chiede se possano rientrare nel novero delle condotte omissive quei tipi di comportamento costituiti dalla mancata comunicazione, non integrale bensì parziale, delle notizie e delle informazioni; a riguardo esso conclude indicando che "In considerazione della mancanza di un'esplicita incriminazione per la condotta di incompleta segnalazione, sembra ragionevole ritenere che un comportamento omissivo sussista solo se l'incompletezza verta su elementi essenziali inerenti alla costituzione e alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido, traducendosi in tal caso in una vera e propria omissione rilevante a norma dell'art. 137, comma 2"[984].

La condotta attiva, invece, riguarda la comunicazione di dati o notizie falsi riferita solamente al "periodo" della istruttoria; proprio la specificazione relativa alla fase di tipo istruttorio, consente, secondo Cerqua, di indicare come colmato il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione del delitto di peculato per distrazione, in seguito alla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione attuata con la ricordata l. 26 aprile 1990, n. 86, determinando la possibilità di punire specifiche condotte di concessione abusiva del credito o del fido, con una esclusione, seppur limitata, di quelle ipotesi che si riferiscono alla acquisizione o comunicazione di notizie false durante la successiva fase deliberativa. Secondo l'Autore si può considerare rilevante a livello penale anche la condotta di chi si occupa di realizzare semplicemente la rappresentazione di una situazione peggiore di quella effettiva, anche se esso stesso ammette la scarsa possibilità della sua verificazione concreta[985].

---

983 L'Autore adduceva a sostegno della propria tesi un'eminente opinione pregressa di Caraccioli (in CARACCIOLI I., , *Il falso interno*, in MARINI G (a cura di) *Diritto penale e attività bancaria*., Padova, CEDAM 1994, p. 53; il quale sottolineava che si potevano rinvenire, nel sistema penale, fattispecie omissive proprie che non consistevano nella violazione di un obbligo giuridico di attivarsi autonomamente, previsto al di fuori dalla norma incriminatrice, ma che trovavano nella stessa norma incriminatrice la fonte dell'obbligo;inoltre, esso aggiungeva che l''art 40 cpv. c.p., opponeva, in merito al suo dettato, a tale conclusione;

984 CERQUA L.D., *Mendacio e falso bancario,* cit., p. 1092;

985 A riguardo si deve citare l'opinione di CERASE M., in *I nuovi reati bancari*, in *Cass. pen.*, 1993, p.1864, il quale si occupava di sostenere che un danno sarebbe potuto derivare alla banca anche dalla rappresentazione di notizie o dati peggiori del vero, sì da farla desistere dal compiere una certa operazione, che invece sarebbe riuscita profittevole; questa inclusione sarebbe stata possibile proprio in ragione della formulazione generica della disposizione di legge, che non avrebbe consentito di avallare soluzioni restrittive;

In conclusione, Cerqua sottolinea che l'ambito di applicazione della disposizione in esame, relativamente al suo secondo comma, può essere molto ridotto, proprio in ragione delle possibilità "informative" che vengono già garantite agli istituti di credito e che consentono di evitare, o comunque di limitare, i casi di concessioni di fido o mutuo considerate rischiose; infatti, l'Autore conclude indicando che "il falso interno riguarderà prevalentemente falsità non inerenti all'esposizione bancaria del soggetto aspirante al credito . È in relazione a fattori diversi, infatti, che incide maggiormente l'attività istruttoria del singolo funzionario di banca"[986]; in altri termini, solo "uscendo" dal circuito bancario e facendo riferimento ad altre e diverse condizioni economico-finanziarie del soggetto, si può verificare la situazione per la colui che appartiene all'ente creditizio ha la possibilità di fornire false informazioni relativamente al singolo richiedente il credito[987].

Altrettanto sinteticamente ha esposto il proprio orientamento, successivamente rispetto a Cerqua, anche ANTOLISEI [988] il quale, dopo aver introdotto in breve l'oggetto dell'analisi, indica che il mendacio bancario si distingue dal ricorso abusivo al credito sotto due profili; in primo luogo perché il mendacio bancario, per il suo perfezionamento, non richiede che il soggetto attivo ottenga effettivamente l'erogazione del credito; in secondo luogo, perché la fattispecie prevista dall'articolo 95 legge bancaria non prevede la necessaria dissimulazione del dissesto al fine della sua integrazione. L'Autore, perciò relativamente alla clausola di riserva inserita nella norma bancaria, che fa salvi i reati più gravi, consente l'applicazione delle disposizioni della norma fallimentare in luogo di quella relativa al mendacio, qualora, ovviamente, la condotta posta in essere dal soggetto attivo sia riconducibile a quella descritta dall'articolo 218 e sempreché vi sia un dubbio relativo a quale disposizione utilizzare in concreto, dipanabile, appunto, attraverso l'utilizzo delle regole relative alla specialità ed alla sussidiarietà.

---

[986] CERQUA L.D., *Mendacio e falso bancario,* cit., p. 1093;

[987] Dell'esame della fattispecie di falso interno si occupa anche DONATO L., in (a cura di) CAPRIGLIONE F., *Disciplina…,* cit., p. 477; il quale sottolinea che "il falso interno qualifica come reato autonomo il comportamento dell'amministratore, del direttore o del dipendente che, al fine di concedere o far concedere il credito, omette consapevolmente di segnalare dati o notizie ovvero utilizza scientemente dati o notizie falso nella fase istruttoria"; l'obiettivo che si vorrebbe ivi raggiungere sarebbe quello di consentire un ampliamento della tutela della correttezza della fase istruttoria, completando la protezione conferita grazie al mendacio bancario. Nel confronto, inoltre, con l'ipotesi di falso durante la fase deliberativa, l'Autore dichiara che "vengono […] a configurarsi due ipotesi principali; nella prima l'omissione o il falso si concretizza nel flusso informativo tra un soggetto proponente che istruisce la pratica e l'orano che decide la concessione del credito […]. Nel secondo caso è il soggetto stesso che delibera ad essere anche l'autore della condotta; anche in tale caso, però, il comportamento punibile attiene pur sempre all'inserimento nella documentazione giustificativa dell'operazione di elementi non veritieri"

[988] ANTOLISEI F., *Manuale…*, cit., pp. 181-182;

Ancora più recentemente è collocabile l'intervento di MANGANO[989] il quale dopo aver enumerato i tratti generali della fattispecie di mendacio bancario, si occupa di individuarne alcune caratteristiche particolari, in riferimento alle quali pone in essere il raffronto rispetto al ricorso abusivo al credito. In modo specifico, infatti, esso indica che anche relativamente al reato previsto dalla legislazione bancaria il soggetto attivo pone in essere un'attività volta ad ottenere un credito, concretizzando un comportamento diretto a trarre in inganno la controparte contrattuale; tale condotta è costituita dal fatto di fornire dati o notizie false. Proprio relativamente a tali caratteristiche peculiari è possibile effettuare un confronto con la fattispecie fallimentare, rispetto alla quale, secondo l'Autore, si concretizzerebbe un caso di concorso apparente di norme, poiché il mendacio bancario è arricchito dal requisito specifico della comunicazione di dati falsi, al quale corrisponde la formulazione generica dell'articolo 218 Legge Fallimentare, per la quale il soggetto attivo si adopera solo al fine di dissimulare il dissesto o l'insolvenza; di contro la norma fallimentare obbliga, per poter applicare le sanzioni in essa inserite, a ravvisare il concreto ottenimento del credito, elemento che, invece, non viene richiesto dal legislatore relativamente al reato previsto dall'articolo 95 della legge bancaria. Per poter risolvere il concorso Mangano propone una soluzione pratica, costituita dall'applicazione delle disposizioni che prevedono una sanzione più grave rispetto a quella opposta; perciò, in un caso di concorso tra le due tipologie di reato si dovrebbe optare, soprattutto successivamente rispetto alla modificazione intervenuta presso la disposizione fallimentare, per l'applicazione dell'articolo 218 Legge Fallimentare, in quanto in esso si determinano sanzioni più "pesanti" rispetto a quelle previste dalle disposizioni relative al mendacio.

a. In particolare: i diritti e i doveri degli istituti di credito nella concessione di crediti alle imprese relativamente alla fornitura delle informazioni

Un ultimo elemento che deve essere preso in considerazione in merito alla presente parte della dissertazione si riferisce al ruolo dell'istituto di credito nella integrazione della condotta di mendacio bancario.

Si è già affrontato il complesso problema relativo alla responsabilità, soprattutto di ordine civilistico, della banca per concessione abusiva del credito perciò in questa sede si ha l'obiettivo di individuare, grazie soprattutto all'ausilio della dottrina, quale comportamento la

[989] MANGANO P., *Disciplina penale…*, cit., p. 178;

banca può e deve tenere nel momento in cui si occupa di erogare il credito, segnatamente nelle concessioni poste in essere nei confronti delle imprese.

NIGRO [990] si occupava di analizzare tale fondamentale questione già durante gli anni Settanta; in modo particolare esso indicava che la banca, come prima cosa, nel momento in cui si occupava di concedere un credito o un fido nei confronti di un cliente aveva il diritto-dovere di acquisire, in merito al cliente stesso, le fondamentali informazioni relative alla sua capacità patrimoniale[991]; esso sottolineava, inoltre, che la stessa legge bancaria, all'interno dell'articolo 35 comma secondo, lettera b, indicava la specifica facoltà per l'Ispettorato (cioè per la Banca d'Italia) *"di emanare norme relative alle dichiarazioni che i richiedenti i fidi devono rilasciare sulle loro condizioni patrimoniali ed economiche, perché i fidi stessi vengano concessi" ;* come si è potuto indicare *supra* [992] la Banca d'Italia, sino ai tempi recenti, si è avvalsa di tale facoltà, sia predisponendo principi generali riferiti all'attività prudenziale che doveva essere svolta dagli istituti di credito, soprattutto relativamente ai cc.dd. grandi rischi, sia determinando apposite istruzioni in ordine ai moduli che dovevano essere compilati, alle notizie e alle informazioni che dovevano essere richieste e così via. L'Autore, perciò, aggiungeva che la veridicità dei dati e delle notizie che i richiedenti i fidi dovevano fornire era assicurata dalla norma penale dell'articolo 95 della legge bancaria, proprio riferito al mendacio bancario.

Relativamente a tale complesso meccanismo, Nigro accennava ad una duplice "posizione" assunta dalla banca in merito alla concessione del credito: da un lato, gli istituti di credito si potevano trovare maggiormente svantaggiati rispetto ai normali creditori, essendo obbligati allo svolgimento di tutta una serie di operazioni preliminari predisposte dalla stessa banca centrale; di contro, tuttavia, la banca poteva definirsi privilegiata, in quanto poteva godere di particolari strumenti di protezione, non alla portata di tutte le tipologie di creditori. La stessa attività che doveva essere realizzata dall'istituto di credito assumeva un carattere dualistico, poiché gli accertamenti che si dovevano compiere erano volti non soltanto a tutelare la sana gestione della banca stessa, ma anche a far sì che il risparmio raccolto venisse erogato solamente ad imprese che fossero in grado di utilizzarlo efficacemente; in altri termini, oltre al limitato obiettivo relativo al singolo istituto di credito si individuava uno scopo più "ampio" in ordine alla necessità di impiegare correttamente le risorse economiche, al fine di contribuire al buon funzionamento generale dell'economia. Per questi motivi Nigro

[990] NIGRO A., *La responsabilità…*, cit. pp. 242 ss.;
[991] Qui complessivamente intesa come formata dalla capacità di adempiere e dalla solvibilità;
[992] Cioè all'interno del Capitolo 2, paragrafo 1, lettera c, iv;

prospettava la possibile configurazione di un dovere di astensione della banca relativamente alla concessione di alcuni tipi di credito nei confronti di enti e imprese in crisi o, comunque, in situazioni economiche e finanziarie non ottimali. Come ulteriore conseguenza, l'Autore rilevava che il dovere di astensione si poteva collocare all'interno dell'ordinamento sezionale o settoriale del credito, in quanto esso era un obbligo che le banche avevano nei confronti delle autorità preposte alla vigilanza e che poteva determinare direttamente, nel caso di una sua violazione, una reazione da parte di tali autorità attraverso l'applicazione degli strumenti amministrativi a loro disposizione. In conclusione, perciò, Nigro affermava la presenza di oneri a carico di entrambe le parti, richiedente e concedente il credito, da tenere in considerazione sia nel momento della prima conclusione del contratto di credito, sia nel suo successivo svolgimento; tali oneri potevano essere successivamente sanzionati a livello penale (come accadeva già al tempo relativamente all'applicazione delle disposizioni riferite al mendacio bancario) ed a livello civilistico (sia con riferimento al soggetto richiedente, sia, come si è potuto già ampiamente dimostrare, nei confronti della banca per l'attività di concessione abusiva del credito).

La presenza di un duplice aspetto relativo alla concessione del credito e al ruolo delle informazioni acquisite da parte della banca a tal fine viene evidenziato successivamente anche da INZITARI [993], il quale si occupa, al pari di Nigro, di sottolineare, come prima cosa, che proprio alla base della responsabilità individuata precedentemente (ossia quella per concessione abusiva del credito) si trova una forma di irregolarità del fido concesso dalla banca, che si manifesta nella non corrispondenza del comportamento realizzato dall'istituto di credito rispetto alle modalità ritenute corrette per la concessione del credito stesso. Anche in questo caso i doveri richiamati si riferiscono alle disposizioni dell'articolo 35 comma secondo lettera b) della legge bancaria che sono già state citate. Inoltre, l'Autore prende in considerazione il contenuto dell'articolo 47 della carta costituzionale nel quale si stabilisce che

"La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito"

E dal quale si fa derivare il complesso di controlli dai quali, ulteriormente, si fa discendere l'insieme delle regole che impongono alle banche di erogare il credito solo per iniziative

[993] INZITARI B., *Responsabilità…*, cit., pp. 421 ss.;

economicamente valide e socialmente produttive, proprio nell'attuazione dell'interesse generale ad una razionale utilizzazione delle ricchezze.
Anche per tale esponente della dottrina, perciò, grazie agli strumenti che le banche hanno a propria disposizione, esse devono evitare la c.d. "irrazionale distruzione della ricchezza", costituita dall'erogazione del credito nei confronti di imprese decotte, che si traduce in una perdita per il risparmiatore depositante e, più in generale, per la collettività.

Il problema è stato successivamente affrontato anche dalla CAPOLINO[994] la quale si è occupata, in modo particolare, di evidenziare l'importanza della condotta descritta dalle disposizioni del secondo comma dell'articolo 137 del Testo Unico bancario, che sanziona il c.d. falso interno, relativo alla condotta dell'amministratore o del dipendente di banca che, avendo il compito di istruire la pratica, proporre o deliberare l'affidamento, consapevolmente occulti dati e notizie di cui è a conoscenza sullo stato dell'impresa finanziata, o, addirittura, fornisca informazioni false in materia, allo scopo di concedere o far concedere il credito; l'Autrice, mettendo temporaneamente da parte le considerazioni relative alla possibile responsabilità per concessione abusiva del credito, che pure potrebbe derivare, in questo caso, solo in determinate ipotesi [995], si è occupata di indicare che "la previsione del reato di falso interno, introdotto come reato dal d. lgs. N. 385 del 1993, consente un'anticipazione della tutela al momento dello svolgimento dell'attività istruttoria, ed è proprio in tale fase che la condotta illecita degli esponenti e dipendenti della banca generalmente si consuma"; al pari, perciò, di quanto specificato per il reato di mendacio bancario, anche la fattispecie inserita *ex novo* grazie alla normativa del 1993 consentiva di anticipare la tutela, in questo caso relativamente al patrimonio e all'integrità dell'istituto del credito, oltre alla necessaria protezione che doveva essere accordata ai risparmiatori con riferimento alla certezza di un corretto impiego delle proprie risorse e di una possibilità di "ritorno" delle somme depositate presso la banca. In questo caso, perciò, si poteva ulteriormente ravvisare l'importanza dell'acquisizione di corrette informazioni, soprattutto in merito al diligente comportamento dei soggetti operanti all'interno dell'istituto di credito.

Successivamente, ma sempre durante gli anni Novanta, è intervenuto sul punto anche un altro giurista, ossia ANELLI[996], il quale si è occupato di affrontare il problema nel più ampio

[994] CAPOLINO O., *Responsabilità…*,cit., p. 54;
[995] In quanto, secondo la Capolino, nel caso di irregolarità imputabili al richiedete il fido o ai funzionari, la banca non dovrebbe essere imputata per concessione abusiva del credito;
[996] ANELLI F., *La responsabilità…*, cit., pp. 147-148;

quadro relativo alla necessaria individuazione del carattere antigiuridico della condotta della banca erogatrice del credito nei confronti di un soggetto ritenuto insolvente. Esso ha sottolineato, come prima cosa, il carattere erroneo della considerazione generale per la quale la concessione del credito dovrebbe essere il risultato di una valutazione puramente discrezionale posta in essere da parte dell'ente creditizio; in modo particolare, l'Autore ha sostenuto tale affermazione "polemica" sulla base di alcune argomentazioni. Come prima cosa esso ha indicato che l'erogazione del credito è governata da specifici doveri di comportamento, disciplinati dalla legge bancaria (e, in questo caso, dal Testo unico) e dalle disposizioni provenienti dall'autorità di vigilanza (ossia la Banca d'Italia, secondo le indicazioni dell'articolo 53 del Testo unico[997]); tali doveri, e la disciplina che li accompagnava, erano predisposti allo scopo di assicurare che il credito venisse erogato principalmente (se non esclusivamente) a soggetti solvibili per evitare la predisposizione di operazioni di "pura perdita". In secondo luogo, la legge, ormai all'articolo 137 TUB, già puniva il mendacio bancario e il falso interno, intendendosi quest'ultimo alla stregua della condotta di "comportamento infedele" posto in essere dall'operatore bancario nella fase dell'istruzione di una pratica di fido. Inoltre, l'Autore ha preso in considerazione le disposizioni degli articoli 217 n. 4 e 218 Legge Fallimentare, intendendole come ulteriori prove della necessità di evitare i comportamenti di richiesta di un finanziamento in particolari condizioni di decozione.

Grazie a tali premesse, Anelli ha avuto la possibilità di individuare a riguardo le proprie conclusioni, in base alle quali era possibile indicare l'esistenza di un principio generale per il quale non sarebbe stato giuridicamente corretto per le imprese insolventi effettuare la richiesta

[997] Che stabilisce che: "La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: a) l'adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni; c) le partecipazioni detenibili; d) l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni. Le disposizioni emanate ai sensi del comma 1 possono prevedere che determinate operazioni siano sottoposte ad autorizzazione della Banca d'Italia. La Banca d'Italia può: a) convocare gli amministratori, i sindaci e i dirigenti delle banche per esaminare la situazione delle stesse; b) ordinare la convocazione degli organi collegiali delle banche, fissandone l'ordine del giorno, e proporre l'assunzione di determinate decisioni; c) procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali delle banche quando gli organi competenti non abbiano ottemperato a quanto previsto dalla lettera b); d) adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singole banche per le materie indicate nel comma 1. Le banche devono rispettare, per la concessione di credito in favore di soggetti a loro collegati o che in esse detengono una partecipazione rilevante al capitale, i limiti indicati dalla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR. Tali limiti sono determinati con esclusivo riferimento al patrimonio della banca e alla partecipazione in essa detenuta dal soggetto richiedente il credito. Il CICR disciplina i conflitti di interesse tra le banche e i loro azionisti rilevanti, relativi alle altre attività bancarie"

di credito qualora esse fossero assolutamente consapevoli delle proprie critiche condizioni economico-finanziarie; di contro, ed in modo diametrale, perciò, esso ha sottolineato anche la presenza di un dovere di astensione delle banche rispetto alla concessione del credito a soggetti in stato di forte difficoltà economica e finanziaria. In altri termini, l'Autore, attraverso le proprie affermazioni, ha voluto indicare non soltanto la presenza di un onere di correttezza relativo ai soggetti richiedenti il credito, ma anche di un dovere di valutazione prudenziale, ed, eventualmente, di astensione, riferito agli istituti di credito in generale.

Infine, molto più recentemente è collocabile la breve disamina effettuata da parte di PORZIO[998], il quale si occupa di indicare il carattere fallace delle argomentazioni in base alle quali altri esponenti della dottrina cercavano di sostenere la tesi per la quale una banca o, più in generale, un istituto di credito, non deve occuparsi di concedere denaro o dilazioni ad un'impresa insolvente. In modo specifico, esso sostiene il carattere legittimo delle imputazioni previste agli articoli 218 Legge Fallimentare e 137 del Testo Unico, ma non vede la possibilità di utilizzarle come base per imputare la banca a seguito della concessione abusiva del credito; in modo particolare, esso, però, individua la possibilità di incriminare l'ente creditizio, o il singolo banchiere, relativamente ad una concessione del credito posta in essere non tenendo conto e non rispettando le disposizioni e le regole che disciplinano l'erogazione e la gestione del finanziamento; ecco che, quindi, in questo senso anche Porzio ammette la possibilità di determinare la presenza di doveri della banca, nelle differenti fasi dell'apertura di credito o della gestione del contratto, che se non rispettati possono portare alla determinazione di una responsabilità della stessa.

In conclusione, perciò, è possibile ammettere non soltanto la predisposizione, da parte dell'ordinamento, di doveri e limiti per i soggetti debitori, ma anche in merito agli erogatori del credito, in quanto soggetti spesso "collaboratori" del richiedente, in modo illegittimo o comunque penalmente rilevante, il credito, il mutuo o la dilazione di pagamento.

[998] PORZIO M., *L'apertura di credito,* cit., p. 4;

CONCLUSIONI

L'esame della fattispecie di ricorso abusivo al credito, sia nella sua configurazione "originaria" sia nella sua attuale "morfologia", ha consentito, all'interno della presente dissertazione, non soltanto di evidenziarne le caratteristiche peculiari e le specifiche modalità di applicazione, ma anche di sottolineare i punti e le questioni che rimangono ancora fonti di discussioni e problemi interpretativi.

Prima fra tutte, sicuramente, è la problematica relativa alla declaratoria di fallimento; nonostante gli orientamenti attuali della dottrina, insieme alla progressiva "sedimentazione" delle successive opinioni espresse dagli insigni giuristi del passato, siano diretti in una direzione univoca, ossia quella relativa alla necessità di ottenere la dichiarazione di fallimento allo scopo di sanzionare la condotta di ricorso abusivo al credito, si è potuto notare che la stessa Corte di Cassazione, talvolta, tende ad ammettere la soluzione contraria, non consentendo di "chiudere" definitivamente la questione o, perlomeno, di individuare la soluzione maggiormente congeniale anche all'applicazione delle sanzioni specifiche all'interno delle aule di giustizia.

Un problema altrettanto complesso è riferito alla possibilità di identificare una responsabilità civile relativa alla concessione abusiva del credito, soprattutto presso le banche e gli istituti di credito che si occupano di erogare le somme di denaro e di concedere fidi e finanziamenti; in questo caso, superate le forme più "arcaiche" di orientamento, che consentivano di indicare l'articolo 218 Legge Fallimentare come specifica fonte della responsabilità dell'erogatore delle somme di denaro, la responsabilità in questione, soprattutto successivamente rispetto all'importante pronuncia della Corte di Cassazione numero 343 del 1993, è stata più volte affermata come presente. Com'è ovvio, però, sia i giudici sia i differenti esponenti della dottrina, si sono occupati di assumere un atteggiamento prudente ed analitico con riferimento al tema in esame; si è potuto notare, infatti, l'ampio lavoro svolto dai giuristi allo scopo di giustificare l'attribuzione di tale responsabilità nei confronti degli enti creditizi, soprattutto con riferimento alla necessità di ritrovare in concreto tutti gli elementi costitutivi di una specifica responsabilità extracontrattuale. Anche all'interno dei testi più recenti, perciò, si evidenziano analisi approfondite dei comportamenti che devono essere tenuti dal soggetto attivo, anche se tale soggetto assume le vesti della banca o dell'istituto di credito.

Un punto fondamentale che si è potuto considerare ha riguardato anche la necessaria interdipendenza esistente tra le disposizioni fallimentari e quelle del Codice Civile che, a causa delle modifiche intervenute soprattutto relativamente alla figura dell'amministratore,

hanno comportato la necessità di ri-coordinare le disposizioni fallimentari con le indicazioni della legge civile. Questo si è potuto notare soprattutto in riferimento alla nuova, e più "stabile", considerazione che il legislatore ha costituito con riguardo alla materia dei soggetti di fatto.

Nell'analisi che è stato possibile effettuare, inoltre, sono stati individuati i problemi costituiti relativamente al reato di ricorso abusivo al credito non soltanto con riferimento al legislatore del 1942 (si pensi, come già indicato, alla mancata previsione all'interno dell'articolo 218 della necessaria declaratoria di fallimento) ma anche in relazione alle recenti modifiche apportate alle disposizioni della Legge Fallimentare; prova ne è la difficoltà di coordinamento che è stata provocata dalla introduzione di nuove figure di soggetti attivi all'interno dell'ipotesi "base" del reato; infatti, oggi le disposizioni dell'articolo 218 vedono una parziale ripetizione di quanto veniva stabilito già originariamente all'interno dell'articolo 225 della Legge. Proprio questo punto, allora, sarà probabilmente il fulcro non solo delle critiche e delle perplessità degli studiosi del diritto ma, forse, anche delle successive e necessarie modifiche legislative.

Per tutti questi motivi, la discussione relativa al ricorso abusivo al credito è destinata a rimanere aperta e ad interessare ulteriormente gli studiosi del diritto, oltre che, ovviamente, gli organi legislativi dello Stato che, si auspica, ritorneranno ad analizzare il contenuto delle disposizioni di una parte della Legge Fallimentare.

BIBLIOGRAFIA

LIBRI, RIVISTE ED ENCICLOPEDIE

- ABBADESSA P., *Il direttore generale,* in (diretto da) COLOMBO G.E., PORTALE G.B., *Trattato delle società per azioni,* vol. IV, Torino, UTET, 1991, p. 462;
- ABRIANI N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali – quaderni di giurisprudenza commerciale,* Vol. n. 182, Milano, Giuffré, 1998, pp. 13-38; 76-119; 161-182; 183-193; 235-258;
- ALESSANDRI A., *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie,* in *Riv. it. dir. e proc. Pen.,* 2002, pt. 3, p. 993;
- ANDRIOLI V. (diretto da), *Il fallimento: raccolta di giurisprudenza sul R.D. 16 marzo 1942, n. 267,* Napoli, Jovene, 1955, pp. 312-325;
- ANELLI F., *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito,* in *Dir. Banc. Merc. Fin.*, 1998, I, pp. 138-154;
- ANGELICI C. M, FERRI G.B. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale,* Torino, UTET, 2006, pp. 533-535; 607-609;
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale – leggi complementari: reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica,* II, Milano, Giuffré, 2003, pp. 31; 145-169; 174-184; 226-242;
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale – parte generale,* Vol I, Milano, Giuffré, 2003, pp. 517; 671;
- ANTONETTO L., in *Il nuovo diritto societario,* commentario diretto da COTTINO G. e BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., Bologna, Zanichelli, 2004, pp. 836-837;
- ARLENGHI M., in *La responsabilità contrattuale dell'Amministratore di fatto,*in *Riv. Dott. Comm.,* 2003, I, p. 142;
- ASQUINI A. , *Profili dell'impresa,* in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I, p. 11;
- AULETTA G., *Diritto commerciale. L'impresa e l'azienda,* Milano, Giuffré, 1954, p. 18;
- BALZANO M.T., *Gli amministratori di società per azioni nella nuova disciplina. Il punto sulla dottrina e sulla giurisprudenza,* in *Riv. Dir. Impr.,* 2005, pp. 421-422; 441;
- BANO F., *Lavoro e rapporti associativi,* in (a cura di) CENDON P., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale,* Torino, UTET, 2003, p. 192;

- BARTALINI G., *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni,* Torino, UTET, 2000, pp. 1-8; 294-312; 343;
- BATTAGLINI E., *Dritto penale-parte generale,* Padova, CEDAM, 1949, p. 291;
- BAUDINO A., FRASCINELLI R., *Gli amministratori delle società per azioni e a responsabilità limitata,* Milano, Giuffré, 1994, pp. 3-13; 17-23; 29-52; 55-72; 103-125; 127-130; 181-187; 232;
- BELLEZZA E., *Il nuovo regime di responsabilità introdotto dalla riforma delle società,* in *Dir. Prat. Soc.,* 2003, p. 34;
- BENEDETTO F., *Osservazioni in tema di erogazione abusiva del credito,* in *Giur. Comm.*, 2004, III, p. 335-337;
- BETTIOL G., *Diritto penale,* Padova, CEDAM, 1976, pp. 213-216;
- BIANCHI G., *Gli amministratori di società di capitali,* Padova, CEDAM, 1998, pp. 7-10; 49-72; 685-723;
- BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A.. dopo la riforma delle società,* Milano, Giuffré, 2004, pp. 9-17; 43-49; 76-79; 227-231;
- BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni,* Milano, Giuffré, 1985, pp. 50; 93;
- BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di Spa,* in MENCHINI S. (a cura di), *Riforma del diritto societario e riflessi sulle procedure concorsuali,* Torino, Giappichelli, 2005, pp. 15-45; 76 ss.;
- BONFATTI S., FALCONE G. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare,* in, *Quaderni di giurisprudenza commerciale,* Vol. 282, Milano, Giuffré, pp. 189-210;
- BONSIGNORI A., PEDRAZZI C., SGUBBI F., in GALGANO F. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca: legge fallimentare,* Bologna, Zanichelli, 1995, pp. 180-189; 192-225; 242 ; 343-347;
- BORGIOLI A., *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito?,* in *Giur. Comm.*, 1981, II, pp. 287-305; [citato anche come BORGIOLI A., *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito?,* in (a cura di) MACCARONE S., NIGRO A., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca,* Milano, Giuffré, 1981, pp. 788 ss.;]
- BUONOCORE V., *Fallimento e impresa,* Napoli, Morano, 1969, pp. 193-198;

- CAMELI V., *Il reato di ricorso abusivo al credito richiede come estremo necessario la dichiarazione di fallimento e può essere commesso dal fallito anche durante la procedura concorsuale,* in *Giust. Pen.*, 1957, II, cc. 321-331;
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale,* Torino, UTET, Vol. II, 1998, p. 323;
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale,* Vol. II, Torino, UTET, 2002, pp. 323; 376;
- CAMPOBASSO G.F., in *La riforma delle società di capitali e delle cooperative,* Torino, UTET, 2003, pp.111-121;
- CANINO A., *Sulla valutazione del danno ai fini dell'art. 219 Legge Fallimentare,* in *Giust. Pen.*, 1958, II, cc. 187-189;
- CANTAGALLI R., *Brevi note in tema di ricorso abusivo al credito,* in *Giur. It.,* 1962, II, cc. 211-219;
- CARACCIOLI I., , *Il falso interno,* in MARINI G (a cura di) *Diritto penale e attività bancaria*., Padova, CEDAM 1994, p. 53;
- CASANOVA M., *Le imprese commerciali,* Torino, UTET, 1955, pp. 99; 120-124;
- CASTIELLO D'ANTONIO A., Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito, in Dir. Fall., 1995, 251 ss.;
- CAVANNA E., PALOSCHI S., *Diritto penale fallimentare,* Experta, Forlì, 2007, pp. 151-197;
- CERQUA L.D., *Mendacio e falso bancario,* in *Giur. Merito,* 1995, vol. 6, pp. 1088 ss.;
- CHIARAVIGLIO L., *Le responsabilità penali nelle aziende,* Milano, Giuffré, 1983, pp. 497-499;
- COCCO G., *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1989, pp.529-543;
- COCCO G., *La bancarotta preferenziale,* Napoli, Jovene, 1987, pp. 197-198; 321; 340; 351; 362-364;
- CONTI L., *Diritto penale commerciale,* Vol. II "I reati fallimentari", Torino, UTET, 1980, pp.365-380;
- CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa,* in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* Vol. XXV, Padova, CEDAM, 2001, pp. 571-588 (con contributi di IMPERATO L.);
- CONTI L., *Reati in materia di fallimento,* Torino, UTET, 1960, pp. 360-361;

- CONTI O., *Ricorso abusivo al credito* (voce), in AZZARITI G., BATTAGLINI E., SANTORO PASSARELLI F. (diretta da), *Enciclopedia forense,* Vol. VI, Milano, Edizioni Francesco Vallardi, 1961, pp. 489-493;
- COTTINO G., *Diritto commerciale,* I, Padova, CEDAM, 1994, pp. 450 ss.;
- COTTINO G., in *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche,* Padova, CEDAM, vol. II, tomo II, 1987, p. 450;
- CRISCUOLO LIMIDO M., PAJARDI P., *La dichiarazione di fallimento – raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, vol. 33, Milano, Giuffré, 1994, pp. 100-141;
- CUZZERI E., *Codice del commercio,* BOLAFFIO L., VIVANTE C. (commento diretto da), Torino UTET, 1911, pp. 659-711;
- DALMOTTO E., *art. 19 d.lgs. n. 5 del 2003,* in COTTINO G., . (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, p. 2887;
- DAWAN D., PERINI A., *La bancarotta fraudolenta*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 416-421;
- DE CRESCIENZO U. , *Le azioni di responsabilità,* Milano, Giuffré, 2003, p. 39;
- DE MARSICO A., *Diritto penale*, Napoli, Jovene, 1937, p. 1989;
- DE SEMO G. , *Sul reato di ricorso abusivo al credito*, in *Giust. Pen.,* 1951, II, cc. 84-89;
- DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa,* Milano, Giuffré, 2003, pp.218-227;
- DI AMATO A., *Ricorso abusivo al credito,* in *Giur. Comm.*, 1984, I, p. 456;
- DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, Giuffré, 2003, p. 295;
- DI SABATO F., in *Manuale delle società,* Torino, UTET, 1992, p. 467-510;
- DIDONE A., *Il processo societario di cognizione,* Milano, Giuffré, 2005, p. 158;
- DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale – parte generale,* Milano, Giuffré, 2004, pp. 99; 272-273;
- FABIANI M., *Il rapporto fra la nuova amministrazione straordinaria e le procedure concorsuali minori,* in *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre procedure concorsuali (atti del convegno del S.I.S.C.O.),* nella collana *Quaderni di giurisprudenza commerciale,* Milano, Giuffré, 2001, pp. 18-27;
- FERRARA F., CORSI F., *Gli imprenditori e le società,* Milano, Giuffré, 2006, p. 533;
- FERRENTINO C., FERRUCCI A., *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici,* Vol. I, Milano, Giuffré, 2005;

- FERRI JR. G., in *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di S.p.A.,* in (a cura di) SCOGNAMIGLIO G., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società,* Milano, Giuffré, 2003, pp. 39-46;
- FERRO V., *Responsabilità dell'amministratore di fatto,* in *Fall.*, 1996, p. 909 ss. ;
- FRANCHI A., *La responsabilità delle banche per concessione "abusiva" del credito,* in *Dir. comm. internaz.*, 2003, pp. 2-3;
- FRANCHINA G., *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito,* in *Dir. Fall,*, 1988, I, pp. 656-666;
- GALGANO F., *Civile e penale nella responsabilità del banchiere,* in *Contr. Impr.*, 1987, pp. 1-22;
- GALGANO F., *Diritto Commerciale – L'imprenditore, le società,* Bologna, Zanichelli, 2003, pp. 21-26; 78; 159; 173; 318; 327; 403;
- GALGANO F., in *Il nuovo diritto societario,* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* (diretto da) GALGANO F., vol. 29, Padova, CEDAM, 2003, p. 244
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale –parte speciale (I delitti contro la famiglia, la persona, il patrimonio, le contravvenzioni, i reati tributari, societari, fallimentari, ambientali, in materia di intermediazione e interposizione di manodopera, stupefacenti, beni culturali e paesaggistici, interruzione della gravidanza,* Vol. II, Milano, Giuffré, 2005, pp. 563-587;
- GHINI A., *Deleghe del consiglio di amministrazione a singoli componenti,* in *Le società,* 2005, I, pp.711-714;
- GIULIANI U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali,* Milano, Giuffré, 1974, pp. 307-325; 363-371;
- GIULIANI-BALLESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali,* Milano, Giuffré, 1999, pp. 421-427;
- GRASSO G., *Truffa in danno della banca, ricorso abusivo al credito, obblighi di denuncia o di rapporto,* ROMANO M. (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari,* Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 85-122;
- GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale,* Padova, CEDAM, 2004, pp. 256-260;
- INZITARI B., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito,* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 277-287;

- INZITARI B., *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito,* in *Dir. Banc. Merc. Fin.,* 1993, pp. 399 ss.;
- LA MONICA M., *Diritto penale commerciale,* Milano, IPSOA, 1988, p. 213;
- LA MONICA M., *I reati fallimentari,* Milano, Giuffré, 1972, pp. 20-29; 109-115; 131-134; 135-144; 168-180; 193-195; 507-532; 580; 602;
- LANZI A., *La tutela penale del credito,* Padova, CEDAM, 1979, pp. 111-135; 140-167; 209-215; 243-247;
- LO CASCIO G., *Diritto fallimentare,* Milano, IPSOA, 1996, pp. 1089-1090;
- LO CASCIO G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali,* Milano, IPSOA, 1998, pp. 538-547;
- LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale,* Torino, Giappichelli, 2003, pp. 185-186;
- MACARINI CARMIGNANI R., in *Atti della Commissione delle Assemblee legislative per il progetto del codice di commercio del 1925,* p. 131;
- MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società,* Vol. I, Padova, CEDAM, 2005, p. 652; 694-695;
- MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare (e alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi,* Padova, CEDAM, 2000, pp. 406-408; 450-472; 487-491;
- MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento, corso di lezioni,* Milano, Giuffré, 2003, pp. 32; 144-150; 152-153; 173-181;
- MANTOVANI F., *Diritto penale – parte generale,* Padova, CEDAM, 2001, pp. 123-124;
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale,* (a cura di) PISAPIA G.D., aggiornato da NUVOLONE P., PISAPIA G.D. Torino, UTET, 1961, I, pp. 604 ss.;
- MARENGHI F., *Amministratore di fatto,* in *Studium iuris,* 2004, II, vol. 1, p. 1136;
- MARI A., *"Testa di legno in bilico fra colpa e dolo",* in *Diritto e Giustizia,* 2005, n. 41, p. 51 (Nota a: Tribunale Modena, 19/07/2005, n. 35);
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale,* Torino, Giappichelli, 1993, pp. 712-719;
- MASSARI E., *Le dottrine generali del diritto penale,* Spoleto, 1928, p. 67;
- MERENDA I., *Esercizio dei poteri tipici e amministrazione di fatto nel nuovo diritto penale societario",* in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.,* 2004, II, p. 933;
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale,* Milano, Giuffré, 1957, I, p. 325;
- MIRTO P., *Il diritto penale delle società,* Milano, Giuffré, 1954, p. 140;

- MONATERI P.G., *La responsabilità civile,* in (diretto da) SACCO R., *Trattato di diritto civile,* 1998, Torino, UTET, pp. 789-791;
- MONTALENTI P., in (a cura di) COTTINO G., (con la collaborazione di) ABRIANI N., *Il nuovo diritto societario : commento al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5; D. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, Bologna, Zanichelli, 2004, pp. 664-689; 836-837;
- NAZZICONE L., PROVIDENTI S., *Società per azioni. Amministrazioni e controlli* , Milano, Giuffré, 2003, p.30;
- NIGRO A., *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito,* in *Giur. Comm.*, 1978, I, pp. 219-255; [citato anche come relativo al testo di (a cura di) PORTALE G.B., *Le operazioni bancarie.,* vol. I, Milano, Giuffré, 1978, pp.242; 301-328; 336-343;];
- NIGRO A., *Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito e di legittimazione del curatore fallimentare",* in *Dir. Banc. Merc. Fin.,* 2002, pp. 294 ss.;
- NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali* , Milano, Giuffré, 1955, pp. 12-14; 42; 450-451; 461; 488;
- NUVOLONE P., voce *Fallimento (reati in materia di),* in *Enc. Dir,* Vol. XVI, Milano, Giuffré, 1973, p. 479;
- NUZZO M., *Concessione abusiva del credito e responsabilità extracontrattuale della banca,* in *Resp. Civ. prev.*, 2003, III, p. 839;
- PAGLIARO A., *Nuovo processo penale e pluralità di fatti di bancarotta,* in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1991, I, pp. 480-483;
- PAGLIARO A., *Pluralità dei fatti di bancarotta e unità di reato,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1976, pp. 705-712;
- PAGLIARO A., *Problemi generali del diritto penale dell'impresa,* Padova, CEDAM, 1983, p. 154 ss.
- PAJARDI P., COLESANTI V. (a cura di), *Codice del fallimento,* Milano, Giuffré, 2004, pp. 1341-1348;
- PALAZZO F., PALIERO C.E. (con la collaborazione di) GARGANI A., *Commentario breve alle leggi penali complementari,* Padova, CEDAM, 2003; pp. 955-1029;

- PALIERO C. E., *Le sezioni unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, pp. 695-709;
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale,* vol I, Torino, UTET, 1950, p. 283;
- PASQUINI F., *Il rapporto di amministrazione nella riforma del diritto societario e del lavoro,* in *Dir. Rel. Industr.*, numero 3/XV, 2005, pp. 728-729;
- PATERNITI C., *Diritto penale dell'economia,* Torino, Giappichelli, 1995, pp. 167-169;
- PATRICELLI D., *A proposito di amministratore di fatto,* in *Giust. Civ.*, 1984, I, p. 3105 ss.;
- PERINI A., *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparimio,* in *Giur. It.*, 2006, p. 879;
- PERUGINI G. M., *Il patrimonio attivo nel fallimento in base alle nuove leggi di riforma,* in *Teoria e pratica del diritto,* Milano, Giuffré, 2006, pp. 307-313;
- PRATIS C. M., *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione "abusiva" di credito?,* in *Giur. Comm.*, 1978, pp. 841-845.;
- PROVINCIALI R., RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 338-341;
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare,* Vol II, Milano, Giuffré, 1951 p. 217;
- PROVINCIALI R., *Ricorso abusivo al credito,* in *Dir. Fall.*, 1952, I, pp. 175-206;
- PROVINCIALI R., *Stato di insolvenza,* in *Studi in onore di Cicu,* 1951, II, pp. 134 ss;
- PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare,* Vol. IV, Milano, Giuffré, 1974, pp. 2678-2718;
- PUNZO M., *Il delitto di bancarotta*, Torino, UTET, 1953, pp. 89; 244; 250 ss.;
- PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato di ricorso abusivo al credito,* in *Giust, pen,* 1954, II, cc. 218-223;
- RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (trattato diretto da), *Le procedure concorsuali,* in *Il fallimento,* Torino, UTET, 1997 pp. 112-118;
- RAGUSA MAGGIORE G., *La concessione abusiva del credito e la dichiarazione di fallimento,* in *Dir. Fall.*, 2002, II, pp. 510 ss.;
- RANIERI S., *Manuale di diritto penale,* Vol I, Padova, CEDAM, 1956, p. 167;

- ROBLES M., *Abusivo finanziamento bancario e poteri di intervento del curatore fallimentare,* in R*iv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, II, pp. 949-981;
- ROMANO M., *La "parificazione" tra operatori bancari pubblici e privati secondo le Sezioni unite della Corte di Cassazione,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen,* 1982, pp. 765-787;
- ROSSI A. (a cura di), *Reati societari,* Torino, UTET, 2005, pp.23-31; 66-70; 83-87; 95-102;
- ROSSI A., *I nuovi illeciti commerciali e la crisi dell'impresa: la causazione del dissesto,* in FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA e ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO, FACOLTA' DI ECONOMIA E MANAGEMENT, ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DI IVREA, PINEROLO E TORINO (a cura di), *La riforma del diritto societario,* Vol. II, Torino, 2002, pp. 55-63;
- ROVELLI R., *La dissimulazione del dissesto nel reato di ricorso abusivo al credito,* in *Dir. Fall.,* 1952, II, pp. 77-78;
- SABATINI G., Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato, in Giust. Pen., 1958, II, p. 513;
- SANDRELLI G. G., *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta: il ruolo del curatore nel processo penale*, Milano, Giuffré, 1990, pp. 1-22;
- SANDULLI M., In (a cura di) SANDULLI M., SANTORO V., *La riforma delle società – Società per azioni, società in accomandita per azioni*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 2003 p. 400; 471-476; 514-515;
- SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società,* Torino, UTET, 2003, pp. 17-19; 405;
- SANTORO V, *Linee sistematiche dei reati previsti dalla legge bancaria,* in *Banca, borsa tit. cred.*, 1970, I, p. 487;
- STELLA F., *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere,* in *Fall.*, 1985, III, pp. 303-306;

- TEDESCHI G.U. (a cura di), AIMI A. (con la collaborazione di), *Le procedure concorsuali*, Pt. II - *Le procedure concorsuali minori, disciplina penale, profili fiscali: artt. 160-264 l.f. D.L. 30 gennaio 1979, n. 26*, Torino, UTET, 1996, pp. 400-409; 621-629;
- TENCATI A., *Imprenditore insolvente e ricorso al credito: brevi note in tema di articolo 218 legge fallimentare,* in *Riv. Pen.,* 1987, pp. 711-714;
- TRAVERSI A., *Responsabilità penali d'impresa,* Padova, CEDAM, 1983, 154 ss.;
- VALERI G., *Manuale di diritto commerciale,* Firenze, Il castellaccio, 1945, Vol. I, 1945, p. 18;
- VASSALLI G., *L'art. 95 della legge bancaria. Un precetto primario ed un'incriminazione sussidiaria,* in *Banca Borsa,* 1959, I, p. 314-322;
- VENEZIANI P. , *L'estensione delle qualifiche soggettive,* in Aa. Vv., *I nuovi reati societari,* Padova, CEDAM, 2003, p. 195;
- VISCUSI A., *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità,* in *Banca, Borsa, t.c.,* 2004, pp. 648-675.;
- VISCUSI A., *Responsabilità della banca nella concessione del credito,* Milano, Giuffré, 2004, pp. 6-18;

SITI INTERNET E DOCUMENTI MULTIMEDIALI

- CAPOLINO O., *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito,* in (a cura della) Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, studi in materia bancaria e finanziaria,* num. 47, dicembre 1997, pp. 53-58;
- CERQUA L.D., *Il ricorso abusivo al credito – i soggetti imputabili,* in *www.consrag.it/summa/2006/luglio/56_59.pdf* , summa 227-228, Luglio-Agosto 2006, pp. 56-59;
- *Circolare del Consiglio Superiore della Magistratura, da* http://www.csm.it/circolari/051109_6.pdf;
- DE SENSI V., *Il concetto di insolvenza,* in *www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/crisi/desensi_concetto.pdf* , (archivio giuridico del sito della LUISS), pp. 2-4;
- GIULIANO M., *Il concordato fallimentare cambia pelle la priorità è risanare (in fretta) l'azienda,* in *Il commercialista telematico,* da http://www.commercialistatelematico.com/cgi/stampa_pdf.html?doc=1552, pp1-15;
- *I contratti bancari e l'organizzazione dell'impresa,* da www.giappichelli.it/stralcio/3484662.pdf, pp. 246-257;
- INZITARI B., L'abusiva concessione del credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in *www.appinter.csm.it*, 2007, pp. 15-16;
- *La nuova legge fallimentare,* in http://www.ilcaso.it/fallimenti/fronte-fall-64-83bis.htm;
- *Legge 28 dicembre 2005, n. 262,* da http://www.camera.it/parlam/leggi/05262l.htm (sito della Camera dei Deputati);
- MAGALETTI N., *Le revocatorie fallimentari nella prassi giurisprudenziale,* da http://avvocatura.ifrance.com/archivi/civile/1998_in2_7.htm?l&weborama=-l, pp. 1-11;
- MANDRACCHIA D., in *Responsabilità degli amministratori verso la società (ex art. 2392 c.c.),* da *www.overlex.com*, 11/12/2006, pp. 1-3;
- PORZIO M., *L'apertura di credito,* in www.adusbef.veneto.it, 2007 pp. 3-4;
- Relazione del seminario del 3 novembre 2006 del CSM da: http://appinter.csm.it/incontri/relaz/13908.pdf ;

- STEFANELLI S., *La responsabilità della banca nell'insolvenza dell'impresa: revoca ingiustificata dell'affidamento e concessione abusiva del credito*, in *Magistra, banca e finanza*, da http://www.magistra.it, 5 luglio 2004, pp. 1-32;
- ZAVATARELLI F., *Un primo commento riassuntivo sul ddl a tutela del risparmio recentemente approvato in via definitiva*, da http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPAG=167, p. 167;