Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ñROMA TREò
FACOLTÀ DI GIURISPRDUENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA

«TULLIO ASCARELLI»

Sezione di diritto penale (XXII ciclo)

Tesi di dottorato

LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

Coordinatore
Chiar. mo. Prof. Mario Trapani

Tutor
Chiar. mo. Prof. Enrico Mezzetti

Dottoranda
Marta Agostini

Anno Accademico
2008-2009

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

INDICE

LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

Capitolo Primo

IL «GRUPPO DI SOCIETÀ»: INDAGINE PRELIMINARE SULLA DEFINIZIONE E SULLA SUA RILEVANZA AI FINI PENALISTICI

Sezione I
L'evoluzione del gruppo nella normativa civilistica

1. Il gruppo di società come nuova forma di organizzazione della grande impresa nell'epoca *post* industriale 5
2. «Controllo» e «collegamento» nella legislazione comune e speciale 12
   2.1 Dal controllo al gruppo: la «direzione unitaria» 17
3. La riforma del diritto societario ad opera del d.lgs. n. 6 del 2003: riconoscimento normativo e disciplina del gruppo 24

Sezione II
Il gruppo nell'esperienza penalistica

1. L'attitudine criminale del gruppo.....31
   1.1 Il gruppo come «strumento di frode» 32
   1.2 Il gruppo come «fattore oggettivo di giustificazione» di comportamenti altrimenti illeciti 37
2. L'importanza di una ricostruzione omogenea del fenomeno ai fini penalistici.....45

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Capitolo Secondo

«INTERESSE DI GRUPPO» E «VANTAGGI COMPENSATIVI»

1. Unità *versus* pluralità. Il ruolo dellôinteresse di gruppo tra visione «atomistica» e visione «molecolare» della funzione societaria. La soluzione del legislatore civile 52
2. «Il rovescio penalistico della medaglia»: la riforma dei reati societari e la clausola dei vantaggi compensativi prevista dallôart. 2634, terzo comma, c.c 58
3. La difficile «perimetrazione» dellôoperatività dei vantaggi compensativi in materia penale 67
4. I criteri della compensazione: il *quantum* ed il *quomodo* 72
4.1 *Segue*. I «vantaggi conseguiti» 75
4.2 *Segue*. I «vantaggi fondatamente prevedibili» 78
5. Assonanze e dissonanze tra disciplina civile e disciplina penale in materia di gruppi: un breve riepilogo 82

Capitolo Terzo

LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA PATRIMONIALE

Sezione I
Inquadramento del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare

1. Considerazioni introduttive: il rapporto tra gli artt. 216 e 223 l. fall 86
2. Indagine preliminare sullôoggetto giuridico del reato di bancarotta 90
2.1 La concezione «privatistico-sostanziale» della tutela: la bancarotta come «reato contro il patrimonio» secondo lôimpostazione di Delitala 91
2.2 *Segue*. La teoria «patrimonialistica» alla luce del codice civile e della legge fallimentare del 1942 95

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

-processuale» della tutela: la bancarotta come «reato contro lôamministrazione della giustizia» secondo lôimpostazione di Nuvolone 97

2.4 La bancarotta come «reato contro la pubblica economia», «lôordinato esercizio del commercio», e «la pubblica fede» 101

2.5 La tesi di Antolisei: la bancarotta come «reato plurioffensivo» 103

3. La funzione della dichiarazione di fallimento 105

3.1 *Segue*. Sullôart. 219 l. fall. e sulla rilevanza «sostanziale» della dichiarazione di fallimento 114

4. La struttura della bancarotta fraudolenta prefallimentare: reato di danno o di pericolo? 115

5. Lôelemento soggettivo: rinvio 122

Sezione II
La bancarotta fraudolenta per distrazione

1. Introduzione allôanalisi 127

2. La «distrazione» nel codice Rocco 128

2.1 «Distrazione» ed «appropriazione»: un difficile distinguo 131

3. La delimitazione della «distrazione» prefallimentare sul piano della tipicità del fatto: lôoffesa in concreto alla garanzia dei creditori 138

3.1 Crisi dôimpresa e condotte distrattive: il ruolo dellô«insolvenza» nella struttura del reato 142

4. La bancarotta come «fattispecie soggettivamente pregnante»: il momento «finalistico» della distrazione 145

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Capitolo Quarto

LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA «INFRAGRUPPO»

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Le «chiusure» giurisprudenziali in materia di bancarotta per distrazione «infragruppo» 148
2. La rilevanza del gruppo nel giudizio sulla tipicità del fatto 152
2.1 *Segue*. Sulla non necessarietà dellôeffettivo conseguimento del vantaggio ai fini dellôesclusione della natura distrattiva della condotta 156
3. Dinamiche infragruppo e tipicità soggettiva della bancarotta: unôulteriore conferma dellôatipicità della condotta dal punto di vista della sua direzione finalistica 158
4. Sulla estendibilità della clausola dei vantaggi compensativi prevista dallôart. 2634, terzo comma, c.c. ai reati fallimentari: un problema solo apparente 160
4.1. *Segue*. La Cassazione ad una «svolta»: la sentenza del 24.5.06 n. 36764 163
5. Verso la «codificazione» della teoria dei vantaggi compensativi in ambito fallimentare: dai lavori della Commissione Trevisanato al disegno di legge n. 1741 del 2008 165

BIBLIOGRAFIA

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Capitolo primo

IL GRUPPO DI SOCIETÀ»: INDAGINE PRELIMINARE SULLA DEFINIZIONE E SULLA SUA RILEVANZA AI FINI PENALISITICI

SOMMARIO: SEZIONE I. *Lôevoluzione del gruppo nella normativa civilistica*. 1. Il gruppo di società come nuova forma di organizzazione della grande impresa nellôepoca *post* industriale ï 2. «Controllo» e «collegamento» nella legislazione comune e speciale. ï 2.1 Dal controllo al gruppo: la «direzione unitaria» - 3. La riforma del diritto societario ad opera del d.lgs. n. 6 del 2003: riconoscimento normativo e disciplina del gruppo - SEZIONE II. *Il gruppo nellôesperienza penalistica.* 1. Lôattitudine criminale del gruppo ï 1.1 Il gruppo come «strumento di frode» - 1.2 Il guppo come «fattore oggettivo di giustificazione» di comportamenti altrimenti illeciti ï 2. Lôimportanza di una ricostruzione omogenea del fenomeno ai fini penalistici

Sezione I

Lôevoluzione normativa del gruppo nella disciplina civilistica

1. *Il gruppo di società come nuova forma di organizzazione della grande impresa nellôepoca post industriale.*

Tra i diversi e complessi ambiti di analisi che possono venire allôevidenza rispetto allo studio del fenomeno dei gruppi di impresa, o più specificatamente dei gruppi di società, sussiste, ad oggi, e primo fra tutti, un aperto ed acceso dibattito intorno alla problematica ricerca di una definizione e qualificazione giuridica di tale figura, che siano il più possibili unitarie ed uniformi.

Nonostante, infatti, i molteplici interventi normativi sul tema ï anche se tutti, o quasi, riconducibili alla disciplina di settore, almeno sino allôintervento di riforma del diritto societario ad opera del d.lgs. n. 6 del 2003[1] - manca nel nostro ordinamento una

[1] Per quanto concerne la normativa di diritto comune, rilevante ai fini della *disciplina* del gruppo di società e, si badi bene, non anche rispetto ad una *definizione* dello stesso, il legislatore è intervenuto due volte in modifica del codice civile del 1942: da un lato, con la legge 7 giugno 1974, n. 216 (che ha, tra le altre cose, ridisegnato la nozione di ñ*controllo*ò ai sensi dellôart. 2359 c.c.) e dallôaltro, con il più recente d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (che ha, invece, inserito nellôimpianto codicistico il nuovo capo IX, dedicato alla regolamentazione della attività di ñ*direzione e coordinamento di società*ò). La disciplina speciale, invece, presenta per sua natura carattere maggiormente frammentata e frammentaria, occupandosi del tema del gruppo, di una sua nozione e del suo funzionamento solo in relazione agli specifici problemi affrontati, ed in funzione degli scopi contingenti che si intendono di volta in volta conseguire con la singola legge complementare. Si pensi, in tal senso, alle leggi sullôamministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, lôuna del 3 aprile 1979, n. 95 (c.d. Legge Prodi), e lôaltra dellô8 luglio 1999, n. 270 (c.d. Legge Prodi *bis*); o alla disciplina sul bilancio consolidato, recepita in Italia col d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 in attuazione della IV e VII direttiva comunitaria sui conti annuali e

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

di ñgruppo di societàò, e tale ñrumorosa assenzaò sembrerebbe in apparenza mal conciliarsi con un dato empirico che, a partire dalla metà del secolo scorso, sino ad arrivare più compiutamente ai nostri giorni, emerge con sempre maggiore chiarezza nella pratica economica e societaria: lôespansione pressoché indiscussa del modello organizzativo del gruppo come strumento di iniziativa economica e, più nel dettaglio, di gestione dellôattività dôimpresa[2].

Tale obiettiva constatazione, ovvero la mancanza di una specifica definizione normativa del fenomeno da un lato, ed il suo radicamento nella prassi sempre più crescente dallôaltro, ha portato gli studiosi che si sono accostati alla materia a condividere il pensiero, ormai diffuso, secondo cui il gruppo di società ñnon è una realtà creata dal dirittoò, ma piuttosto ñda esso trovataò[3]. In particolare, la comparsa del

---

consolidati in materia societaria. O, ancora, alla regolamentazione del gruppo bancario contenuta nel testo unico in materia bancaria e creditizia (d.lgs. dellô1 settembre 1993, n. 385) cui fa riferimento anche il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 sullôintermediazione finanziaria.

[2] Si rinvia, a tal proposito, alle osservazioni di JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, p. 476, che riconduce la nascita del gruppo in Italia ai primi anni trenta, riferendosi in particolare alla creazione dellôEnte pubblico economico IRI; CONTI, *Responsabilità penali e degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 436, che, invece, sottolinea come il fenomeno abbia raggiunto un particolare sviluppo a cavallo tra gli anni ô60 e ô70; nonché, più di recente, BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 23 e ss., il quale richiama lôanalisi condotta dalle Camere di commercio nel Rapporto Italia 2006 dellô11 maggio 2006, in particolare allôOsservatorio sui gruppi di impresa, elaborato dal Centro Studi dellôUnioncamere, reperibile in rete allôindirizzo www.unioncamere.it, di cui si riporta parzialmente il testo: ñIn Italia operano 71 mila gruppi, cui fanno riferimento circa 170 mila imprese. Di essi, i 46mila costituiti da almeno due imprese con addetti rappresentano il 17% dellôoccupazione e il 22% del valore aggiunto italiano. I gruppi più efficienti sono quelli che mantengono la loro attività prevalentemente intorno al *core business* della casa madre sperimentando però anche integrazioni commerciali, logistiche, finanziarie. Meno efficaci, dal punto di vista economico, risultano i quasi 13mila gruppi monosettoriali. I gruppi di successo hanno come capogruppo, prevalentemente, delle medie imprese; ma è questa una modalità organizzativa che permette anche alle piccole imprese di ñcrescere in strategiaò, anche se non in termini occupazionali: è infatti da osservare che circa 2.500 piccole imprese a capo di un gruppo, se considerate insieme alle loro controllate, equivalgono ad altrettante imprese di media dimensione.ò. E ancora, per quanto concerne le medie imprese, si afferma che ñLe protagoniste principali del riposizionamento del nostro sistema produttivo sui mercati internazionali sono in gran parte le medie imprese. Il loro peculiare modello organizzativo è basato sulla capacità di collegamento con altre aziende, sia attraverso il controllo proprietario (come nel caso dei gruppi), sia attraverso formule variabili nel tempo quali gli accordi produttivi o commerciali. Questo modello consente loro di conseguire economie di scala ñdi sistemaò e, quindi, unôestrema flessibilità produttiva, adatta in modo particolare a gestire produzioni di qualità destinate a segmenti di mercato di fascia media o alta, piuttosto che prodotti di massaò.

[3] Lôespressione è di Galgano, Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro V ï Del Lavoro, a cura gi Galgano, Bologna, 2005, p. 4 il quale, oltre a richiamare la più recente normativa in tema di gruppi entrata in vigore col d.lgs. n. 6 del 2003, rinvia altresì alla legge azionaria tedesca del 1965 ï che per prima è intervenuta a prendere atto di un fenomeno già consolidato nella prassi ï al fine di correggerne taluni effetti distorisivi che lôautore rinviene, in particolare, nella potenzialità dannosa che le politiche di gruppo assumono rispetto agli azionisti esterni ed ai creditori delle singole aggregate. La considerazione secondo cui il fenomeno della concentrazione societaria appaia tanto nuovo ai primi tentativi di regolamentazione giuridica, quanto già radicato nella esperienza imprenditoriale ed economica, è condivisa dalla maggior parte degli autori che,

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ppresenterebbe, sul piano giuridico, una sostanziale evoluzione dellôistituto delle società per azioni, così come regolate dal nostro codice, e caratterizzate dalla divisione del capitale sociale in azioni, e dalla responsabilità limitata dei soci[4]. Mentre, però, quella delle società per azioni, intesa come centro nevralgico e funzionale dellôintero sistema societario, è una figura di creazione normativa, e pertanto regolata e disciplinata *a monte* in tutti i suoi elementi strutturali, la categoria del gruppo, da intendersi - quantomeno sul piano economico - come concetto autonomo ed ulteriore rispetto ai singoli enti che lo formano, è frutto della inventiva imprenditoriale che, a sua volta, ha preso forma e piede sulla base del principio dellôa*utonomia contrattuale* da un lato, e del *diritto di proprietà* dallôaltro[5], soprattutto in vista dei molteplici vantaggi che, sia dal punto di vista economico- aziendale, che da quello prettamente giuridico, tale modello organizzativo dell'impresa può apportare.

In particolare, il gruppo si configura come una pluralità di imprese, prevalentemente organizzate in forma societaria, alle quali corrisponde, come proprio oggetto sociale, un distinto settore di attività, o una diversa fase del processo produttivo,

---

sia sul versante del diritto commerciale che su quello extracivilistic, hanno avuto modo di analizzare la complessa figura delle aggregazioni societarie: v., tra gli altri, ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 103-104; COTTINO, *Diritto societario, (Vª ed. di Diritto Commerciale)*, vol. I, tomo II, Padova, 2006, p. 680 e ss.; ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc*., 1995, p. 1152; nella letteratura penalistica si veda CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec*., 1995, p. 436; FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc*., 1988, p. 471.

[4] Cfr. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di ñpartecipazione rilevanteò, ñcollegamentoò, ñcontrolloò e ñgruppoò*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec*., 1993, p. 122.

[5] Si esprime in questi termini GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 2 In particolare, lôautore parla di autonomia contrattuale con riferimento alla facoltà, riconosciuta dallôordinamento alla società, di acquistare azioni o partecipazioni in altra o altre società, ovvero di stipulare con queste accordi o veri e propri contratti che comportino il sorgere di un *controllo* o di un *collegamento* tra le stesse sulla base dellôesercizio di unôinfluenza dominante dellôuna sullôaltra o sulle altre (art. 2359 c.c.). Allo stesso tempo, il diritto di proprietà sulle azioni emesse dalle società controllate e sottoscritte o liberate dalla controllante attribuisce a questôultima una serie di poteri che acquisiscono una rilevanza notevole per quanto concerne la gestione e la conduzione degli affari sociali: si pensi, ad esempio, al diritto di voto nellôassemblea (della società controllata), attribuito in generale dallôart. 2351 c.c. al soggetto titolare di un diritto reale sulle azioni (nel nostro caso la società controllante) e, di conseguenza, al connesso potere di nomina e revoca degli amministratori che da esso deriva in base allôart. 2364, primo comma, n. 2) c.c. E si pensi, ancora, al potere che tale diritto reale sulle azioni può attribuire al titolare rispetto allôattività di indirizzo da lui *di fatto* esercitabile nei confronti degli amministratori (della controllata) che gestiscono lôimpresa in attuazione dellôoggetto sociale (art. 2380-*bis* c.c.). Più in generale ricollega lôadozione del modello del gruppo, qualificato dalla c.d. ñdirezione unitariaò (su cui v. *infra* § 4), alla norma ñprimariaò sulla libertà di iniziativa economica (art.. 41 Cost.) PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc*., 2003, p. 766, il quale ritiene compresa sotto la previsione di tale norma ñnon solo la libertà di scelta del settore produttivo in cui operare, ma anche quella relativa al tipo di organizzazione col quale esercitare lôattività dôimpresaò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

., e che operano tutte sotto la direzione unitaria di una società-madre, c.d. *holding*, la quale coordina unitariamente le varie componenti del gruppo mediante un unico e comune disegno economico.

Sulla base di tali peculiarità operative si parla, a proposito del gruppo, di un fenomeno caratterizzato dalla *unitarietà economica* della sua attività, contrapposta alla *molteplicità giuridica* delle sue componenti, che mantengono la loro personalità giuridica, e quindi la loro autonomia patrimoniale e gestionale rispetto all'operato complessivo che svolgono in attuazione dell'oggetto sociale, assieme ai rispettivi doveri, imposti loro dalla legge, rispetto alla tutela dei soci, dei dipendenti e dei creditori sociali[6].

Nella letteratura economica si suole qualificare il gruppo come un'insieme di unità produttive, ovvero di imprese giuridicamente autonome, operanti in modo coordinato per il raggiungimento di un fine comune, e controllate direttamente o indirettamente da un unico soggetto economico[7]. Siffatta *unitarietà*, realizzata mediante un processo di integrazione economica e finanziaria tra i vari operatori facenti parte del gruppo, ed accompagnata da una contestuale *molteplicità* degli stessi, che a sua volta permette un decentramento operativo e gestionale delle singole società che lo compongono, porterebbe, sempre secondo gli studiosi delle scienze economiche, al raggiungimento di una dimensione ottimale dell'impresa[8].

---

[6] SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr.e impr.*, 2003, p. 592. La doppia valenza del gruppo in termini di unità economica e molteplicità giuridica è confermata altresì dalla giurisprudenza lavoristica che ribadisce che ñil fenomeno del collegamento societario non comporta lôinsorgere di un autonomo soggetto di diritto o di un centro di imputazione di rapporti, diverso dalle società collegate, le quali conservano la rispettiva personalitàò (cfr. Cass. civ., 2.5.97, n. 3805, in *Giur. it*., 1998, p. 727; Cass. civ., 13.2.92, n. 1759, in *Dir. fall*., 1992, II, p. 685; Cass. civ., 29.11.96, n. 10688; Cass. civ., 12.3.96, n. 2008; 2.2.88 n., 957, in *Foro it*., 1988, I, c. 1898; Cass. civ., 8.2.89 n., 795, in *Giur. It*., 1989, I, 1, 1123); nonché da quella penalistica, secondo cui ñil gruppo di società non costituisce un unico soggetto giuridico o un autonomo soggetto di imputazione rispetto alle società che ne fanno parte, le quali conservano una distinta e autonoma soggettività giuridicaò (Cfr. Cass. pen., 23.5.97, n. 2787; Cass. pen., 8.4.99, n. 4424; Cass. pen., 11.11.99, n. 12897; Cass. pen., 1.2.200, n. 1070). Tali considerazioni verranno riprese più nel dettaglio nei prossimi paragrafi.

[7] Si veda sul punto BUTTÀ, *Una metodologia per l'approccio economico-aziendale allo studio dei gruppi di imprese*, in AA.VV., I *gruppi di società*. *Ricerche per uno studio critico*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 61

[8] In argomeno PETRICCIONE, voce *Gruppi di società*, in *Dig. Disc. Priv., Sez, Comm.*, VI, 1991, p. 430. Parla di ñ*massimo* sfruttamento con le *minori* risorse finanziarie possibiliò DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti intragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *Riv. dir. impr*., 1995, p. 246; per una dettagliata ed approfondita rassegna della letteratura economica sul tema cfr. JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società*, vol. II, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, p.1442 e ss., il quale propone di qualificare il gruppo come un tipo di *Corporate governance*, ovvero come ñsistema di gestione della società che risulta da un complesso di

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

del modello organizzativo del gruppo risponda, sia in campo nazionale che internazionale, ad esigenze di razionalizzazione e di maggior efficienza del sistema produttivo[9], a fronte, soprattutto, della evoluzione e dei cambiamenti che la nuova società post-industriale ha contribuito a determinare sul mercato e sulle sue regole.

Partendo dalla prima caratteristica dei gruppi, cioè quella della *unitarietà del disegno economico*, infatti, non può non constatarsi come tale forma di organizzazione dell'impresa sia idonea a soddisfare l'esigenza della *concentrazione*, ovvero della creazione di sinergie e di economie di scala che permettano, mediante il collegamento economico e funzionale delle singole società operanti sotto un'unica e comune strategia (portata avanti dalla capogruppo), di presentarsi sul mercato come un'aggregazione stabile ed organica[10].

Sul piano, invece, della *distinta soggettività giuridica* e quindi anche della autonomia patrimoniale delle varie componenti del gruppo, emerge, primo fra tutti, il vantaggio della c.d. *diversificazione dei rischi* connessi a ciascun settore o mercato in cui la singola aggregata si trova ad operare: rispetto, infatti, alla specifica attività economica svolta, la controllata risponde autonomamente, assumendo i propri debiti senza che questi possano influire sul bilancio delle altre società del gruppo, o della società-madre. In altre parole, ogni società del gruppo, compresa la *holding*, è terza rispetto alle altre nell'ambito delle obbligazioni da esse singolarmente assunte nella realizzazione del proprio oggetto sociale. Attraverso la separazione dei rischi connessi ai diversi settori o mercati dell'impresa, quindi, la controllante risponderà solo nei limiti del capitale direttamente o indirettamente investito nella controllata; in questo senso può

---

regole di natura diversaò poste al fine di ñdirimere i conflitti di interessi, assicurandone la composizione o garantendo il risarcimento degli interessi ingiustificatamente sacrificatiò nonché di ñrendere il più possibile efficienti le imprese esercitate dalle societàò. Secondo lôautore, infatti, intendere il gruppo come un tipo di *Corporate governance* ñconsente di perseguire entrambi gli obiettivi, mirando a contemperare la difesa degli interessi «deboli» dei soci di minoranza e dei creditori delle società sottoposte alla gestione della capogruppo, con *lôottimizzazione* del funzionamento dellôimpresa di gruppoò. Sui vantaggi in termini di flessibilità ed efficienza economica v. LA ROCCA, *Lôaspetto direzionale della grande impresa. La direzione del gruppo divisionale*, Milano, 1984, *passim*; Sui vantaggi di natura finanziaria PETRIX, *Aspetti della gestione finanziaria dei gruppi*, 1979, *passim*.

[9] Vedi ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, p. 104, nota n. 3.

[10] SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Vªed., Bologna, 2007, p. 415 e ss.; nonché DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi*, cit., p. 246.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

tata, come caratteristica peculiare delle società per azioni, trovi nel modello del gruppo di imprese la sua massima estensione[11].

Il decentramento organizzativo e gestionale legato all'autonomia giuridica e patrimoniale delle società del gruppo, peraltro, ha la sua valenza anche sul piano della articolazione e diffusione dell'attività economica sul territorio, permettendo alle singole società di operare in diversi settori di mercato, ma anche in diversi ordinamenti, e quindi di sottoporre l'iniziativa imprenditoriale alla regolamentazione o disciplina giuridica di volta in volta più conveniente: così, le grandi imprese, che assumono ormai dimensioni mondiali, adeguandosi al nuovo sistema di economia globale e globalizzata che ha sostituito il precedente sistema di commercio internazionale, possono scegliere di dislocare le proprie risorse operative su diversi territori ed in diversi paesi, sulla base di criteri di convenienza che possono andare dal più vantaggioso mercato del lavoro, al preferibile sistema fiscale, ecc. (è il fenomeno dei c.d. gruppi transnazionali o multinazionali)[12].

Ulteriore innovazione, poi, ad opera del ñnuovoò modello del gruppo rispetto al precedente sistema individualistico di gestione dellôimpresa, tutto incentrato sulla figura dellôimprenditore al quale sono gerarchicamente sottoposti i vari collaboratori, è quella della *autonomia decisionale* attribuita ai *menagers* posti alla guida delle singole controllate: le imprese che compongono il gruppo, infatti, rimanendo soggetti giuridicamente autonomi e distinti rispetto alla società-madre e alle altre società-sorelle, sono a loro volta gestite separatamente dai rispettivi amministratori, i quali mantengono i loro poteri e doveri giuridici rispetto alla società, ai soci, ad ai creditori; alla titolarità effettiva di tali doveri e poteri si connettono, poi, le corrispondenti responsabilità di tipo civile e penale.

Altro aspetto vantaggioso e non trascurabile riconducibile allôappartenenza al gruppo risulta senz'altro quello che attiene al sistema delle *garanzie*, nonché alle attività di assistenza tecnica: il legame economico che intercorre tra le singole componenti,

---

[11] Così GALGANO, *Direzione e coordinamento*, cit., p. 4-5.

[12] In questi termini, per tutti, GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, Trattato diretto da GALGANO, Torino, 2006, p. 5 il quale riporta una serie di dati statistici a conferma della propagazione del fenomeno del gruppo multinazionale rispetto ad alcune tra la maggiori imprese mondiali, pubblicati a loro volta su The economist del 22 novembre 1997, p. 108. In particolare la statistica rileva che, tra le altre, ñla Shell ha un patrimonio estero pari al 67,8% del totale, e una occupazione estera pari al 77,9%; la Volkswagen ha un patrimonio estero pari allô84,8%, ed una occupazione estera pari al 44%; la Nestlè ha un patrimonio estero pari allô86,9% ed una occupazione estera pari al 97%ò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

società aggregate di beneficiare di fideiussioni o di altri sistemi di garanzia personale o reale, quali, ed esempio, le c.d. lettere di *patronage*, prestate loro dalla *holding* per favorirne il ricorso al credito bancario a cui, operando *uti singulae*, non avrebbero potuto accedere[13]; nel secondo caso, invece, facoltizza lôaccentramento presso la *holding* di specifiche funzioni imprenditoriali, gestite a monte da distinte divisioni interne alla stessa, ma valevoli ed efficaci rispetto a tutte le componenti del gruppo: si pensi, ad esempio, alla creazione di unôapposita divisione, interna alla capogruppo, col compito di elaborare, per ogni aggregata, le tecniche di redazione dei bilanci, ovvero di operare quale centro specializzato di innovazione tecnologica, o di elaborazione informatica, o che gestisca il *marketing*, o il controllo di produzione, ecc[14]. Da non trascurarsi, poi, la possibilità di ñtravasi di risorseò da unôaffiliata allôaltra mediante, ad esempio, finanziamenti gratuiti finalizzati a sostenere comparti nevralgici; o canalizzazioni di utili, tramite operazioni di *transfer price*, verso società in perdita o residenti in paesi a più bassa fiscalità, onde ridurre il carico tributario complessivo[15].

I vantaggi sinora descritti rispetto allôorganizzazione dellôimpresa nella forma del gruppo di società possono essere perseguiti, in ossequio al principio della libera iniziativa economica in generale, e della autonomia contrattuale in particolare, non solo mediante lôutilizzo del modello classico di aggregazione societaria c.d. ñverticaleò, impostato, cioè, su uno schema piramidale fortemente accentrato sulla posizione di comando della *holding*, la quale dirige unitariamente lôattività delle singole ad essa

[13] Su sistema delle garanzie infragruppo o, più in generale, sui trasferimenti patrimoniali infragruppo si rinvia a MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, 1993, *passim*; ID., *Trasferimenti patrimoniali infragruppo: profili interni ed internazionali*, in *I gruppi di società*, cit., vol. III, p. 1587 e ss.; DI SABATO, *Rapporti intragruppo e rapporti creditizi di gruppo, ivi*, vol. II, p. 1151 e ss.

[14] GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 3ªed., tomo I, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dellôeconomia*, XIX, diretto da GALGANO, Padova, 2006, p. 298; per una critica alla tendenziale omologazione funzionale del gruppo ricostruita sulla base degli obiettivi gestionali che il gruppo stesso consentirebbe di perseguire, si veda MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società*, corporate governance. *Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, p. 81, il quale, dopo aver elencato una serie di vantaggi che sul piano economico-aziendale e giuridico la forma del gruppo apporterebbe allôimpresa, tra cui ñla ripartizione del rischio, lôespansione del dominio finanziario attraverso lôeffetto moltiplicatore della partecipazione iniziale (il c.d. effetto telescopio), il decentramento produttivo, lôautonomia gestionale, il coordinamento tra strategia formulata dalla *holding* e tattica attuata dalle società controllate, la razionalizzazione del rapporto tra politica finanziaria (di gruppo) e le politiche produttive (delle controllate)ò, asserisce, in tono critico, come ñrecenti indagini, prevalentemente economiche, hanno invece precisato che i gruppi di società si presentano in tipologia differenziata, sotto un profilo strutturale, dimensionale e funzionaleò.

[15] Le considerazioni sono di NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi dei diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e ñvantaggi compensativiò)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3796.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

[16]; nella moderna realtà economica, infatti, accanto alla figura del gruppo verticale così descritta, si possono riscontrare altresì diverse forme di aggregazione di tipo ñorizzontaleò, composte, cioè, da imprese che operano su basi paritarie, coordinandosi tra loro mediante la stipula di contratti ovvero mediante la adozione di specifiche clausole statutarie, senza che sussistano posizioni di supremazia da parte di una sulle altre (c.d. gruppo paritetico)[17].

Nel caso del gruppo verticale, poi, la struttura dello stesso può acquisire diverse forme e modalità a seconda che si presenti a raggiera o a catena: nel primo caso la *holding* controlla direttamente le singole affiliate che rimangono indipendenti lôuna dallôaltra (la società Alfa detiene un pacchetto azionario nella società Beta, uno nella società Gamma, uno nella società Delta, ecc.); nel secondo, invece, la capogruppo ha il controllo diretto solo su una società la quale a sua volta ne controlla unôaltra e via dicendo (Alfa controlla Beta che controlla Gamma che controlla Delta).

2. *«Controllo» e «collegamento» nella legislazione comune e speciale.*

A fronte dellôassenza, sul piano del diritto positivo, di una completa ed esauriente definizione del gruppo di società, gli interpreti si sono nel tempo districati nellôarduo compito di ricostruire la natura giuridica del fenomeno sulla base della disciplina generale fornita dal nostro codice con riferimento alle nozioni di ñcontrolloò e ñcollegamentoò, e della disciplina complementare che, di volta in volta, è intervenuta a

[16] La posizione di ñdominioò rivestita dalla capogruppo è collegata al fenomeno del ñcontrolloò, così come regolato dallôart. 2359 c.c. che, in particolare, si riferisce alla partecipazione azionaria della *holding* nella società figlia, tale da attribuire la disponibilità di un numero rilevante di diritti di voto nellôassemblea ordinaria di questôultima; o, ancora, alla sussistenza di particolari vincoli contrattuali che avvincono la seconda società alla prima. Nel primo caso si parla di ñ*controllo interno*ò, che può essere di *diritto* o di *fatto* a seconda che la controllante detenga un pacchetto azionario che le permetta di rappresentare la maggioranza dei voti in assemblea (controllo di diritto), ovvero un numero di diritti di voto comunque sufficienti ai fini dellôesercizio di unôinfluenza determinante o dominante (controllo di fatto). Nel secondo caso, invece, si parla di ñcontrollo esternoò o, appunto, ñcontrattualeò. In particolare, sul fenomeno del controllo contrattuale si rinvia al lavoro di ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., p. 105 e ss.

[17] Il gruppo paritetico ha trovato il suo riconoscimento normativo, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, negli artt. 2545-*septies* e 2497 *septies* c.c. Sullôargomento, prima della riforma, v. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, *passim.*

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

econda dei diversi settori in cui questo assumeva rilevanza[18].

In base alla disciplina codicistica la figura del ñ*controllo*ò societario ruota attorno al concetto di ñinfluenza dominanteò contenuto allôart. 2359 c.c.[19], cui il legislatore riconnette il potere, in capo ad una società, di indirizzare lôassemblea ordinaria di altra società (art. 2359, primo comma, nn. 1 e 2, c.c.), ovvero di intervenire sulle politiche di gestione della stessa mediante particolari vincoli contrattuali (art. 2359, primo comma, n. 3, c.c.)[20].

Nella prima ipotesi si parla di ñ*controllo interno*ò (o azionario), modulato su una scala di intensità decrescente che va dal controllo interno ñdi dirittoò, esercitabile a fronte della titolarità della maggioranza del capitale sociale della controllata, al controllo interno ñdi fattoò, che invece, presuppone il possesso di un pacchetto azionario che, ancorché non maggioritario, sia tale, però, da permettere, in concreto, una ñinfluenza dominanteò sullôassemblea ordinaria. Il n. 3 del primo comma dellôart. 2359 c.c., al contrario, regola lôipotesi del ñ*controllo esterno*ò (o contrattuale), non già fondato sulla partecipazione al capitale di altra società, ma piuttosto sulla esistenza di legami negoziali, che siano tali da determinare una sorta di dipendenza economica di una società rispetto allôaltra. Il controllo contrattuale presuppone, dunque, una effettiva subordinazione di tipo economico della controllata rispetto alla controllante, tale per cui la prima non potrebbe esistere o sopravvivere senza la seconda[21].

Da tenersi distinto rispetto a questa figura è il fenomeno del c.d. ñ*controllo congiunto*ò, che si verifica allorquando due o più società partecipino congiuntamente al capitale di un altro ente, e si accordino, ad esempio tramite un patto di sindacato, in modo tale da poter gestire la maggioranza dei voti in assemblea, conseguendo così un

---

[18] Vedi nota n. 1

[19] Introdotto dalla legge n. 216 del 1974 di riforma del diritto societario

[20] Tra le numerose opere sul tema si veda, nella letteratura commercialistica, ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., p. 104; BASSI, *Gruppi di imprese*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di BUONOCUORE, Torino, 2007, p. 600 e ss.; CAMPOBASSO, *Gruppi e gruppi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1995, I, p. 737; JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controllo e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 476 e ss.; LAMANDINI, *Il ñcontrolloò. Nozioni e ñtipoò nella legislazione economica*, Milano, 1995, p. 51 e ss.; MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 1 e ss.; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di COLOMBO-PORTALE, vol. II, tomo I, Torino, 1991, p. 590 e ss.; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge* antitrust, in Riv. soc., 1995, p. 457 e ss.

[21] Si pensi a quei contratti di somministrazione in esclusiva, o di subfornitura, o di licenza di brevetto o di *know-how*, o ancora di negozi di finanziamento stipulati a fronte della impossibilità della finanziata di ricorrere a fonti alternative di credito, cfr. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, cit., p. 584.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

e non avrebbero (è il caso delle c.d. *joint venture corporations*)[22].

Diverso, altresì, è lôistituto del c.d. ñ*controllo minoritario mediante patto di sindacato*ò, che viene ad evidenza ogniqualvolta una società stipuli accordi coi soci di altra società, controllando, così, da sola la maggioranza dei diritti di voto esercitabili in questôultima[23].

Lôart. 2359, secondo comma, c.c. regola, invece, il ñ*controllo indiretto*ò, ovvero quel controllo mediato che una società (A) può vantare su unôaltra (B), per mezzo della partecipazione al capitale della stessa da parte di una terza società (C), a sua volta controllata dalla prima. In questi casi la situazione di ñdominioò è, appunto, indiretta, proprio perché A può, di fatto, indirizzare lôattività di B senza possederne azioni o quote, ovvero ñcumulandoò le sue partecipazioni al capitale di B con quelle di C, a sua volta subordinata al poteri di indirizzo di A[24].

Lôintermediario tra A e B può anche essere una società fiduciaria o, più in generale, una persona interposta. Si parla, in siffatte ipotesi, di controllo ña catenaò. Lôart. 2359 secondo comma c.c. esclude, ai fini della rilevanza del controllo indiretto, il computo dei voti spettanti alla società-madre per conto terzi[25].

Accanto alla nozione di ñinfluenza dominanteò, presunta nel caso di controllo interno di diritto, e da verificare in concreto nel caso di controllo interno di fatto, lôart. 2359 c.c., al terzo comma, richiama espressamente il concetto di ñ*influenza notevole*ò. Questa si presume sussistente allorquando una società possa esercitare nellôassemblea ordinaria di unôaltra, almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società abbia azioni quotate in mercati regolamentati.

---

[22] Sulle problematiche connesse al controllo congiunto e agli accordi parasociali si veda MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, cit. p. 7 e ss., il quale, citando il caso Rizzoli-Corriere della Sera, si sofferma sulle diverse nozioni di controllo contenute nelle leggi speciali sullôeditoria (l. n. 416 del 1981, modificata dalla l. n. 67 del 1987), sullôemittenza radiotelevisiva (l. n. 223 del 1990), ed in materia *antitrust* (l. n. 287 del 1990), evidenziandone le diversità e le incoerenze, e descrivendo in termini critici lôapproccio ñpluralisticoò e ñfrastagliatoò del legislatore alla materia.; ID., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, Atti del convengo internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre, 1995, Milano, 1996, vol. II, p. 1559

[23] Sui c.d. sindacati azionari o sindacati di blocco in materia di controllo societario cfr. DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti intragruppo e rapporti creditizi di gruppo*, in *Riv. dir. impr.*, 1995, p. 245.

[24] Sulla possibilità di cumulare le azioni possedute dalla controllante e dalla controllata ñintermediaò per poter esercitare unôinfluenza dominante sulla controllata ñfinaleò v. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, p. 583

[25] Tale clausola è stata inserita dalla legge n. 127 del 1991 in materia di conti annuali e consolidati.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

due persone giuridiche assume il connotato del ñ*collegamento*ò[26] che rileva, ai sensi della disciplina codicistica, solo in senso ñdiscendenteò: dalla situazione di collegamento societario, infatti, derivano degli obblighi informativi che gravano soltanto sulla partecipante e che hanno ad oggetto le indicazioni in ordine alle partecipazioni ñdiretteò che questa possieda in altre società[27]. Tale limite può ricavarsi dalla lettera dellôart. 2424 c.c. che al primo comma, lett. a), sez. III, a proposito delle immobilizzazioni finanziarie da iscrivere allôattivo del bilancio, richiama espressamente le partecipazioni in imprese controllate, controllanti e *collegate*, mentre alla lettera d) richiede lôindicazione al passivo dei debiti verso imprese controllate o *collegate*.

Il richiamo dellôart. 2359, secondo comma, c.c. ai voti esercitabili in assemblea lascia dedurre, inoltre, che lôeventuale sussistenza di vincoli contrattuali tra due società non abbia alcun rilievo ai fini della configurabilità dellôinfluenza notevole; mentre, invece, il collegamento ben potrebbe connettersi alla stipula di sindacati di maggioranza o di minoranza che orientino in qualche modo le decisioni assembleari[28].

Alle figure del controllo e del collegamento previste dallôart. 2359 c.c., che in apparenza sembrano riflettere un fenomeno prettamente economico, il legislatore del ô42 riconnetteva in realtà una rilevanza giuridica ristretta alle sole ipotesi patologiche relative al fenomeno delle partecipazioni incrociate[29]. Su questa scia qualche novità di rilievo è stata introdotta con la riforma del diritto societario ad opera della legge n. 216 del 1974, che ha introdotto il concetto di ñinfluenza dominanteò quale indice utilizzato per individuare quelle situazioni rischiose rispetto ad operazioni di annacquamento del capitale sociale, o a manovre sui voti che influiscono sullôequilibrio dei poteri interni alle società, a loro volta collegate con la disciplina sulle partecipazioni reciproche e sugli incroci azionari (art. 2359-*bis* c.c.). A seguito della citata novella le figure del

---

[26] La figura del collegamento societario è stata riformulata dalla legge n. 127 del 1991, attuativa delle già citate direttive CEE sui conti annuali e consolidati. Prima di tale intervento la partecipazione rilevante riferibile alla nozione di ñcollegamentoò era connessa al superamento della soglia del 10% del capitale dellôente partecipato, ovvero del 5% quando questo fosse una società con titoli negoziati nei mercati ufficiali. Cfr. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale*, cit., p. 146.

[27] In questi termini PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, cit., p. 588; DôALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società (note esegetiche*), in AMATUCCI-CANDI-DôALESSANDRO-FANELLI, *La disciplina dei gruppi di società nella ñnovellaò del 1974*, Milano, 1978, p. 108

[28] Sul punto v. BASSI, *Gruppi di imprese*, cit., p. 604.

[29] COTTINO, *Diritto societario*, vol. II, tomo II, Padova, 2006, p. 680; CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in *I gruppi di società*, Atti del convengo internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre, 1995, Milano, 1996, vol. II, p. 788

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

assunto rilevanza, altresì, ai fini della tutela della trasparenza societaria: alla partecipazione ñqualificataò di una società su unôaltra, così, sono stati ricondotti particolari obblighi informativi relativi a dati da inserire nel bilancio di esercizio, nella relazione degli amministratori e negli allegati (art. 2424 c.c.)[30].

Tuttavia, mentre in base allôiniziale impostazione codicistica[31], i diversi fenomeni di concentrazione societaria si apprezzavano solo in relazione a tali materie o situazioni specifiche, con lôevoluzione della normativa complementare la nozione di controllo e collegamento è stata non solo allargata (o ristretta, a seconda dei casi), ma indirizzata alla soluzione o alla disciplina di fenomeni diversi ed ulteriori. Ciò, a ben vedere, a dimostrazione del fatto che il legislatore non sia rimasto indifferente rispetto allôevolversi del modello del ñraggruppamento societarioò, che non esaurisce il suo rilievo nelle mere problematiche relative alle operazioni sul capitale sociale o alla tutela della trasparenza societaria, ma si inserisce nella realtà come fenomeno nuovo, come strumento economico ultroneo rispetto al modello classico di gestione dellôimpresa costituito dalla società per azioni, acquisendo, così, autonoma ñpregnanzaò, come si vedrà, anche sul piano giuridico[32].

---

[30] Cfr. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie*, cit., p. 146; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, cit., p. 605; JAEGER, *Considerazioni parasistematiche*, cit., p. 477-478. La disciplina in materia di informazione contabile nellôambito delle aggregazioni societarie è stata poi ampliata e specificata dalla legge n. 127 del 1991 intervenuta, tra le altre cose, anche sugli artt. 2424 e ss. e sugli obblighi di pubblicità previsti a carico della controllante e delle controllate, volti ad evidenziare i reciproci rapporti di partecipazione. Un contributo fondamentale, in tal senso, è stato apportato dalla suddetta legge in riferimento alla normativa sul ñbilancio consolidato di gruppoò, che consente di conoscere la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica del gruppo considerato ñunitariamenteò, attraverso lôeliminazione delle operazioni intercorse tra le società del gruppo.

[31] Integrata, a sua volta, dalla legge n. 216 del 1974, intervenuta in riforma del diritto societario, la quale, mediante anche la istituzione della CONSOB, ha intensificato lôattenzione rispetto alle tematiche riconnesse alla trasparenza ed alla vigilanza delle società quotate in borsa.

[32] Il modello del gruppo come nuovo strumento di gestione dellôimpresa ha negli anni assunto un peso ed un rilievo tali da portare taluno a parlare di passaggio del diritto societario dallôepoca ñatomisticaò a quella ñmolecolareò: in particolare la metafora è di RODIÈRE, *La protection des minorités dans les groupes des sociétés: sur la proposition de loi n. 1055 du 9 avril 1970*, in *Rev. soc.*, 1070, p. 243.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

la «direzione unitaria».

Tra le definizioni extracodicistiche che ridisegnano il concetto di controllo in termini più ampi emerge, prima fra tutte, quella contenuta nella legge sullôamministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi del 1979 (3 aprile, n. 95, c.d. legge Prodi)[33]. Lôart. 3 del provvedimento in questione, infatti, sottopone alla procedura da esso introdotta quelle società che, anche se non presentino i requisiti richiesti dalla legge a tale fine, siano in qualche modo ñconnesseò con lôente in stato di insolvenza. In questo senso la norma richiama le società che, direttamente o indirettamente, controllano o sono controllate da quella sottoposta allôamministrazione straordinaria (art. 3, primo comma, lett. a) e b); quelle che ñ*in base alla composizione dei rispettivi organi amministrativi risultano sottoposte alla stessa direzione della società in amministrazione straordinaria*ò (art. 3, primo comma, lett. c); o, ancora, le società che ñ*hanno concesso crediti o garanzie alla società in amministrazione straordinaria e alle società di cui alle precedenti lettere, per un importo superiore, secondo le risultanze dellôultimo bilancio, ad un terzo del valore complessivo delle proprie attività*ò (art. 3, primo comma, lett. d).

La disposizione sembra chiara nel voler introdurre e tipizzare ulteriori forme di influenza dominante, ricostruite, stavolta, non già sul mero controllo azionario, ma sulla base di criteri ñsoggettiviò, collegabili alla presenza, nelle varie aggregate, di organi gestori composti in tutto o in parte dalle medesime persone fisiche (c.d. *interlocking directorate*), o comunque da soggetti che operano sinergicamente, attuando una politica dôindirizzo unitaria impartita dalla società-madre; accanto a questi, il provvedimento in questione affianca, altresì, dei requisiti di tipo ñoggettivoò, quali la sussistenza di rapporti creditori o debitori di particolare entità che determinino una situazione di soggezione (o supremazia, a seconda dellôangolo visuale che si adotta) tra le varie società[34].

---

[33] Sul tema vedi LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, p. 151 e ss.; MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 1 e ss.; NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000, p. 20 e ss.; SBISÀ, *Società ed imprese collegate nel d. l. 9 aprile 1991 n. 127*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 916; LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e ñtipoò nella legislazione economica*, Milano, 1995, p. 22; SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997, p. 15.
[34] Vedi, sul punto, LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 59 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

istrazione straordinaria del 1979 introduce, poi, nellôordinamento un ulteriore elemento che contribuisce ad integrare, senza esaurirla, la ricostruzione definitoria del ñcompositoò fenomeno dellô aggregazione societaria: in particolare, il legislatore contempla, ai fini del riconoscimento della responsabilità in solido degli amministratori della controllante per i danni subiti dalla società soggetta alla procedura, lôeffettivo esercizio da parte di costoro della ñ*direzione unitaria*ò[35], da intendersi come fenomeno *diverso* ed *ulteriore* rispetto a quello del collegamento disegnato, nelle sue diverse forme, dal primo comma della norma in esame[36]. Tale formula, del tutto originale ed innovativa, infatti, sembra costituire il primo strumento, messo a disposizione dal legislatore allôinterprete, per attribuire forma e sostanza ad un fenomeno ñeconomicoò ormai radicato nella prassi, ma ancora privo di copertura normativa: il gruppo di imprese[37]. La legge n. 95 del 1979, infatti, pur non utilizzando mai in modo esplicito questa espressione, lascia intravedere una particolare sensibilità da parte del legislatore rispetto alle dinamiche dei raggruppamenti societari, intesi, questi ultimi, come fenomeni concettualmente distinti dalle situazioni che vengono a crearsi tra diverse società per via della esistenza di un mero rapporto di controllo, così come regolato dallôart. 2359 c.c.[38].

---

[35] Per un approfondimento sul dibattito circa le problematiche sottese alla natura della responsabilità degli amministratori della controllante v. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 188 e ss.; BONELLI, *Imprese collegate (o di gruppo): la responsabilità di chi esercita la direzione unitaria*, in *Fall.*, 1984, p. 578 e ss.; PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 793 e ss.; JAEGER, ñ*Direzione unitaria*ò *di gruppo e responsabilità degli amministratori*, *ibidem*, 1985, p. 817 e ss.; BORGIOLI, ñ*Direzione unitaria*ò *e responsabilità nellôamministrazione straordinaria*, *ibidem*, 1982, p. 29 e ss.;.; SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 370 e ss.

[36] Così FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale*, cit., p. 132; sulla stessa scia PETRICCIONE, *Gruppi di società*, cit., p. 435. Ricostruisce, invece, la figura del controllo di cui alla lettera c) dellôart. 3 in termini di sostanziale omogeneità con la nozione di ñdirezione unitariaò SBISÀ, *Il gruppo di società nellôamministrazione delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 274.

[37] La figura del gruppo viene richiamata per la prima volta in un testo normativo con la legge n. 216 del 1974 che, nellôatto di istituzione della CONSOB, quale organo di vigilanza sulla trasparenza delle società quotate in borsa, attribuisce a questôultima il potere di prescrivere a società o a enti quotati la redazione di bilanci consolidati ñ*di gruppo*ò. Nonostante il riferimento esplicito alla formula del gruppo, il legislatore non azzarda, in tale contesto, alcuna definizione, né lo farà in seguito: neppure con la novella del 2003, infatti, intervenuta, da ultima, in modifica del diritto societario, si è pervenuti ad una nozione unitaria del modello del gruppo di imprese, o del gruppo di società. Il riconoscimento normativo della rilevanza del fenomeno emerge, però, in tutta la sua evidenza a fronte della introduzione, ad opera, appunto, del d.lgs. n. 6 del 2003, di un intero capo nel codice civile (capo IX del libro V) dedicato allôñ*attività di direzione e coordinamento di società*ò (artt. 2497 e ss. c.c.), su cui v. *infra* § 3.

[38] Sul controverso rapporto tra ñcontrolloò e ñgruppoò le posizioni degli autori che si sono accostati allo studio della materia appaiono piuttosto eterogenee: da un lato, si pongono coloro i quali identificano i due

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

confermata dai molteplici riferimenti, diretti o indiretti, che la successiva legislazione speciale effettua a proposito dei gruppi, mediante un allargamento ï o, talvolta, una specificazione - della nozione di ñcontrolloò rispetto a quella offerta dallôart. 2359 c.c., ovvero mediante il richiamo allôelemento *ulteriore* della ñdirezione unitariaò, da intendersi come *unità del disegno imprenditoriale* che ispira più soggetti formalmente distinti, o anche come accentramento, a livello della società controllante, di funzioni di alta amministrazione delle diverse unità aggregate, al fine di assicurare lôunità degli indirizzi gestionali[39].

A tal proposito si pensi alle leggi in tema di liquidazione coatta amministrativa di società fiduciarie e di revisione (l. n. 430 del 1986) e di enti di gestione fiduciaria (l. n. 148 del 1987), che distinguono il controllo ñsempliceò, conseguente da rapporti di partecipazione o di coordinamento gestionale o finanziario, dal controllo ñqualificatoò attuato mediante ñ*direzione unitaria*ò, a sua volta rilevante - come nel caso della legge Prodi - quale presupposto per la responsabilità solidale degli amministratori della società che ha esercitato tale direzione, per i danni cagionati alla società sottoposta alla procedura di liquidazione coatta amministrativa[40].

Un ulteriore riferimento alla nozione ñdifferenziataò di controllo viene, invece, espressamente effettuato dalla legge n. 287 del 1990 in tema di tutela del mercato e della concorrenza (c.d. legge *antitrust*)[41] che, nellôambito della normativa sul divieto di

---

fenomeni, o comunque ravvisano in essi un rapporto di gradualità necessaria (cfr. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del convegno di studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1981, ora pubblicato in FERRI, *Scritti giuridici*, vol. III, tomo II, Napoli, 1990, p. 1335 e ss., il quale ravvede nel ñcontrolloò e nel ñgruppoò due momenti diversi che appartengono allo stesso fenomeno: il primo, cioè la ñposizione di potere nellôambito delle singole organizzazioniò esprime il momento ñstrumentaleò, ed il secondo, cioè ñil rapporto che ne consegue tra le organizzazioni stesseò, il momento ñfinaleò; LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., p. 59 e ss.; GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dellôeconomia*, diretto da GALGANO, vol. VII, Padova, 1988, p. 199-200; JAEGER, *I ñgruppiò tra diritto interno e prospettive comunitarie, in Giur. comm.*, 1980, I, p. 923; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, p. 9 e ss.), e coloro che, invece, effettuano dei distinguo, affermando che vi possono essere situazioni di controllo che non danno luogo a rapporti di gruppo, mancando lôunità di direzione economica della capogruppo e, viceversa, vi possono essere gruppi che non derivano da relazioni di controllo (cfr., fra gli altri, PAVONE LA ROSA, *Controllo e gruppo nella fenomenologia dei collegamenti societari, in Dir. fall.*, 1985, p. 18, il quale sostiene che il gruppo di società in senso proprio si abbia solo quando lôinfluenza dominante sfoci in una ñdirezione unitariaò, intesa come creazione di una ñstruttura organizzativaò volta ad assicurare lôunità degli indirizzi gestionali delle diverse società; CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo*, cit., p. 789).

[39] Si esprime in questi termini, a proposito dei gruppi bancari, CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 800.

[40] PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, cit. p. 593 e ss.

[41] Su cui v., tra gli altri, NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina* antitrust, Milano, 1996, *passim*.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

e sullôabuso di posizione dominante, allôart. 7 estende il concetto, oltre a quanto riferito dallôart. 2359 c.c., anche ai casi in cui si sia ñ*in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa*ò[42]. Un elemento innovativo ed integrativo rispetto alla disciplina codicistica può rinvenirsi, peraltro, nel capoverso dellôart. 7 che riconosce la possibilità di acquisire il controllo anche alle persone fisiche, alle imprese, o ai gruppi di persone fisiche o di imprese, ed interrompe, così, la tradizionale impostazione tracciata dal legislatore del ó42 che focalizzava lôattenzione solo sulle relazioni tra singole società[43].

Di particolare rilievo, poi, rispetto alla delimitazione del concetto di ñinfluenza dominanteò, è senzôaltro il d.lgs. n. 127 del 1991, attuativo della quarta e della settima direttiva CEE, in materia di conti annuali e bilanci consolidati: il testo normativo in questione, infatti, oltre ad imporre lôobbligo per le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata che *controllino* altre imprese, di redigere il bilancio consolidato[44], ha invero contribuito a delineare i confini dellôarea di consolidamento integrando la nozione di controllo: in particolare, ai sensi della presente legge, sono da considerarsi controllate: a) le imprese su cui unôaltra ha il diritto, *in virtù di un contratto o di una clausola statutaria*, di esercitare unôinfluenza dominante; b) le imprese in cui unôaltra, *in base ad accordi con altri soci*, controlli da sola la maggioranza dei diritti di voto.

I provvedimenti legislativi sinora elencati, però, nonostante siano tesi ad ampliare ed a differenziare la nozione di controllo societario in base alla specifica finalità da essi perseguita (il problema della crisi dôimpresa nella legge n. 95 del 1979 e nelle successive leggi sulla liquidazione coatta amministrativa nn. 430 del 1986 e 148 del 1987; quello della tutela della concorrenza nella legge *antitrust* n. 287 del 1990; o, ancora, della difesa della trasparenza societaria e dellôinformazione contabile nella

[42] In particolare, la disposizione specifica che tale ñinfluenza determinanteò può ottenersi mediante: a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; b) diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.
[43] Cfr. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale*, cit., p. 138.
[44] Onere che, invece, in base alla disciplina codicistica, era previsto solo per le società quotate ed il cui compimento era imposto a discrezione della CONSOB, cfr. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale*, cit., p. 148

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

nte, come in precedenza già evidenziato, sembrino manifestare una importante presa di coscienza da parte del legislatore rispetto al fenomeno del gruppo di società, ciò nondimeno non contribuiscono in alcun modo a definirne il significato, né, di conseguenza, a ricostruirne una unitaria disciplina.

Una vera e propria svolta nellôambito dellôevoluzione normativa delle aggregazioni societarie in generale, e dei gruppi di società in particolare, si avrà solo con la normativa settoriale dei *gruppi bancari*, prevista dal testo unico in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385 del 1993)[46]. Oltre ad integrare ulteriormente la nozione di controllo rispetto a quella codicistica, il testo unico prende, infatti, espressamente posizione in ordine alla qualificazione del gruppo come categoria giuridica *direttamente rilevante*, sempre, però, ai fini dellôapplicazione della disciplina specifica in esso contenuta. Così, in ordine alla sussistenza del controllo questa viene collegata, allôart. 23, oltre che alla titolarità di un pacchetto azionario che permetta di indirizzare la volontà assembleare, anche alla presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare ñ*lôattività di direzione e coordinamento*ò. Mediante il richiamo espresso a tale particolare potere di indirizzo, il decreto sembra confermare il *trend* già avviato dalle precedenti leggi speciali che hanno preso in considerazione la tematica, adottando una nozione di controllo in senso ñsostanzialeò, non più legato al mero possesso di partecipazioni al capitale sociale, o riconnesso ad un calcolo quantitativo di tipo matematico, ma piuttosto riconducibile allôè*effettivo* esercizio di un potere qualitativamente differenziato, la cui fonte può rinvenirsi anche nella volontà negoziale (espressa nella forma del contratto o della clausola statutaria) dei soggetti coinvolti[47].

---

[45] Senza contare gli ulteriori interventi normativi che hanno in qualche modo influito o contribuito a delineare e a specificare la nozione codicistica di controllo tra cui la legge sullôeditoria (n. 416 del 1981, modificata dalla l. n. 137 del 1983), che introduce il concetto di ñposizione dominante sul mercato editorialeò ed afferma, altresì, che ñcostituisce controllo la sussistenza dei rapporti configurati nellôart. 2359 c.c. o in ogni caso di c*ollegamenti di carattere finanziario e organizzativo tali da consentire la comunicazione degli utili e delle perdite o lôesercizio dei poteri imprenditoriali propri di ciascun soggetto in funzione di uno scopo comune*ò (art. 1, comma 8). Cfr. PETRICCIONE, *Gruppi di società*, cit., p. 435

[46] In argomento CAMPOBASSO, *Le partecipazioni delle banche e dei gruppi societari*, in *Banca borsa*, 1995, I, p. 281 e ss.; COSTI, *Lôordinamento bancario*, 4ª ed., Bologna, 2007, *passim*; PENNINI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, *passim*; MINERVINI, *I poteri della capogruppo nei gruppi bancari plurifunzionali*, in *Banca borsa*, 1992, I, p. 461

[47] Lôart. 23 del testo unico bancario, peraltro, specifica ed elenca una serie di indici la cui sussistenza può rilevare ai fini della ricostruzione del concetto di influenza dominante: questa si ritiene, infatti, presunta in capo al soggetto che, sulla base di accordi, abbia il diritto di *nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza*; o che sia in possesso di partecipazioni idonee a *consentire*

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

a del gruppo è da rilevare come per la prima volta questa riceva una diretta ed autonoma considerazione normativa[48], ancorché appoggiata comunque (ma non solo) sulla esistenza di un rapporto di controllo tra le varie componenti. Lôelemento innovativo ed originale del testo unico, infatti, consiste nel fissare dei criteri mediante i quali individuare le società che compongono il *gruppo bancario* da un lato, e la società *capogruppo* dallôaltro, alla quale vengono riconosciuti espressamente specifici poteri di *direzione e coordinamento* rispetto alle attività esercitate dalle singole (artt. 60 e 61), che si risolvono in un potere di indirizzo unitario destinato ad incidere sulle decisioni imprenditoriali delle varie società componenti il gruppo bancario[49]. Tali figure assumono nel testo unico autonoma rilevanza sia ai fini del sistema di vigilanza informativa e regolamentare su base consolidata (artt. 65-69), sia in riferimento alla specifica disciplina del gruppo in crisi (artt. 98-105).

Sulla stessa scia, nel senso di un riconoscimento formale del potere sostanziale corrispondente alla direzione unitaria in seno alla capogruppo, si pone il d.lgs. n. 58 del 1998 in materia di intermediazione finanziaria, il cui art. 93, ai fini dellôapplicazione della normativa sui mercati finanziari, sulle offerte pubbliche di acquisto e sugli strumenti finanziari quotati, oltre al richiamo allôart. 2359 c.c. in definizione della nozione di controllo, fa esplicito riferimento al soggetto o al socio che esercitino unô influenza dominante sulla base di un contratto o di una clausola statutaria, ovvero sulla base di accordi, stipulati con altri soci; ed allôart. 12, secondo comma, attribuisce alla capogruppo (individuata sulla base della nozione ñallargataò di controlloò), nellôambito della sua *attività di direzione e coordinamento*, i poteri/doveri -omogenei a quelli esercitati dalla *holding* del gruppo bancario ï di ñ*emanare disposizioni alle singole componenti del gruppo* (é .) *per lôesecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca dôItalia*ò.

---

la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza. Ai fini della esistenza del controllo la norma richiama, inoltre, quei rapporti, anche tra soci, di natura finanziaria ed organizzativa, idonei a conseguire *la trasmissione degli utili e delle perdite, od il coordinamento della gestione per il perseguimento di uno scopo comune, o lôattribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli che derivano dalle azioni o quote possedute, o ancora lôattribuzione a terzi di poteri nella scelta degli amministratori e dirigenti*.

[48] Si esprime in questi termini CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 791-792

[49] Parla di potere ñeffettivoò connesso alla direzione unitaria, distinto dal potere ñpotenzialeò ricollegabile, invece, al mero controllo *ex* art. 2359 c.c. JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, cit., p. 483; nello stesso senso MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, cit., p. 1551.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

emerge in modo lampante come lôordinamento, nel suo insieme, attribuisca notevole rilevanza al fenomeno delle aggregazioni societarie, senza però azzardare alcuna tipizzazione di una fattispecie generale di controllo e di gruppo; al contrario, il legislatore ha scelto un approccio frammentario e differenziato alla materia, preferendo distinguere i tratti essenziali e la connessa disciplina dei gruppi sulla scorta delle singole finalità specifiche che di volta in volta, a seconda dei casi e delle esigenze contingenti, sono emerse dalla prassi.

Tale impostazione, come si vedrà più avanti, è rimasta non a caso immutata anche a seguito degli interventi più recenti avvenuti in ambito strettamente societario: oltre, infatti, alla seconda legge sullôamministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d. lgs. n. 270 del 1999, c.d. legge Prodi *bis*) - che, rimanendo in perfetta sintonia con il suo precedente del 1979, prende esplicitamente in considerazione, ai fini dellôestensione dellôapplicazione della procedura straordinaria, il collegamento tra imprese derivante dallôappartenenza delle stesse ad un gruppo, ovvero dalla soggezione delle stesse ad una ñdirezione comuneò (artt. 80 e ss.); e che ribadisce, altresì, la responsabilità solidale degli amministratori per ñabusoò di direzione unitaria (art. 90) ï ci si riferisce, in particolare, al d.lgs. n. 6 del 2003 che ha introdotto nellôimpianto codicistico un intero capo dedicato alla figura del gruppo di società (capo IX del libro V), confermando la legittimità del ricorso a tale struttura organizzativa nellôambito della gestione dellôimpresa senza, però, mai menzionarla espressamente, ma richiamando piuttosto la formula dellôa*ttività di direzione e coordinamento* quale fattore centrale e caratterizzante lôintero fenomeno (artt. 2497 e ss. c.c.)[50].

Solo a seguito di tale intervento di riforma, peraltro, sono state colmate le lacune normative collegate alla fenomenologia delle aggregazioni societarie rispetto alle situazioni di *abuso* da parte della capogruppo la quale, mediante un utilizzo ñdistortoò del potere di indirizzo connesso alla sua posizione di ñdominioò, induca le società figlie al compimento di atti vantaggiosi per il gruppo complessivamente inteso, ma dannosi per i propri patrimoni. La connessa tutela degli azionisti ñesterniò al gruppo e dei creditori sociali delle singole componenti rispetto a tali abusi, infatti, prima del 2003 era

[50] La volontà di riconoscere nel nostro ordinamento la figura del gruppo attribuendole, in linea di principio, valore positivo è limpidamente espressa nella *Relazione* alla legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, in *Riv. soc.*, 2000, I, p. 67 e ss. che conferma come la Commissione abbia preso atto ñche il fenomeno del gruppo esiste, *con una sua valenza positiva* e con i rischi che inevitabilmente comportaò (p. 68).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

nerali sul conflitto di interessi dei soci e degli amministratori (artt. 2373 e 2391 c.c.); a quelle sullôazione di responsabilità contro gli amministratori (art. 2394 c.c.), o comunque sul risarcimento del danno del socio o del terzo (art. 2395 c.c.); nonché alla disciplina sulle azioni revocatorie infragruppo in caso di fallimento (artt. 67 l. fall.). Tali disposizioni, però, risultavano, talvolta, inadeguate se applicate nellôambito di un gruppo, proprio perché pensate, dal legislatore del ô42, come strumenti funzionali a fronteggiare problemi attinenti a situazioni di patologia connesse allôattività della società *singolarmente* considerata[51].

Ecco, allora, che anche nellôambito della disciplina comune (e non solo in quella specifica di settore), dedicata alla regolamentazione generale delle società di capitali, la figura del gruppo assume notevole rilevanza, in particolare in relazione alla sua funzione di delimitazione rispetto allôagire lecito degli amministratori della capogruppo da un lato, e delle aggregate dallôaltro. Tale attitudine, peraltro, trova conferma non solo in ambito societario, ma acquisisce rilievo, come a breve si dirà, anche sul versante strettamente penalistico.

3. La riforma del diritto societario ad opera del d.lgs. n. 6 del 2003: riconoscimento normativo e disciplina del gruppo.

Con il d. lgs. n. 6 del 2003, intervenuto in riforma dellôintero diritto societario, il legislatore ha finalmente preso posizione riguardo al fenomeno dei gruppi, decretando una disciplina generale che, da un lato, ha in parte risolto il controverso problema relativo al rapporto tra ñcontrolloò e ñgruppoò, contribuendo a delineare le caratteristiche del secondo e conferendogli ñautonomia sostanzialeò rispetto al primo; dallôaltro, ha introdotto un particolare regime di responsabilità delle *società* o degli *enti* che esercitano ñ*attività di direzione e coordinamento*ò di altre società, nei casi di gestione scorretta o abusiva delle stesse, dalla quale derivi un danno ai soci o ai

[51] Sulla natura strutturale delle situazioni di conflitto di interessi nei gruppo si veda DôALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, p. 1087; FERRO-LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 14 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

erale liceità alle condotte di eterodirezione e fissandone allo stesso tempo i limiti[52].

Per quanto concerne il primo versante problematico, la norma di riferimento è sicuramente lôart. 2497-*sexies* c.c., che introduce una presunzione *iuris tantum* circa la sussistenza dellôattività di direzione e coordinamento - corrispondente a quella di ñdirezione unitariaò richiamata nel testo unico bancario e nelle altre leggi speciali in precedenza analizzate - collegandola alla titolarità della società o dellôente dellôobbligo di tenere i bilanci consolidati, ovvero alla titolarità di un potere di controllo sulle aggregate. La norma, utilizzando lo strumento della presunzione, appare assumere un doppio significato: da un lato, conferma ï in negativo ï la volontà del legislatore di non dare una definizione univoca e generale di gruppo di società; dallôaltro, riconosce ï in positivo ï la eterogeneità logica e fattuale tra ñgruppoò e ñcontrolloò (azionario o contrattuale), rilevando che il secondo non esaurisce il primo, il quale si caratterizza per lôelemento *ulteriore* della direzione e del coordinamento da parte della *holding*, non necessariamente sussistente nei casi di cui allôart. 2359 c.c.[53]

A conferma di ciò si pone, peraltro, lôart. 2497-*septies* c.c., che estende lôapplicabilità della disciplina generale sulla direzione e coordinamento di società (artt. 2497 e ss. c.c.) anche ai casi in cui questa venga esercitata al di fuori delle ipotesi di controllo azionario, ma piuttosto in virtù di un contratto o di clausole statutarie (c.d. gruppo paritetico)[54].

---

[52] Gli artt. 2497 c.c. e ss. sembrano recepire in pieno i criteri direttivi dettati dalla legge delega del 3 ottobre 2001 n. 366, la quale allôart. 10 fissa i principi guida in materia di gruppi ed in particolare impone al legislatore delegato di: a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che lôattività di direzione e coordinamento contemperi adeguatamente lôinteresse del gruppo, della società controllata, e dei soci di minoranza di questôultima; b) prevedere che le decisioni conseguenti alla valutazione dellôinteresse di gruppo siano motivate; c) prevedere forme di pubblicità dellôappartenenza al gruppo; d) individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dellôingresso e dellôuscita dalla società del gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistano le condizioni per lôobbligo di offerta pubblica di acquisto.

[53] Sulla impossibilità di accavallare i due concetti si veda, per tutti, PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 773. V. anche COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche allôinterno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 1021-1022. Identificavano, invece, i due fenomeni ALESSI, *Il gruppo multinazionale. Il controllo unilaterale nel sistema societario italiano*, Firenze, 1985, p. 19-20; FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina del gruppo di imprese*, Milano, 1982, p. 71 e ss.

[54] La norma è stata introdotta successivamente alla riforma del 2003, con il c.d. decreto correttivo n. 37 del 6 febbraio 2004: con esso il legislatore ha voluto ribadire il contenuto di quei precedenti normativi rinvenibili nella già citata legislazione speciale, che estendono la rilevanza del controllo (ed ora del gruppo), anche ai casi in cui questo sia il frutto di una mera volontà negoziale. Sulle problematiche sottese al c.d. controllo ñpariteticoò o ñorizzontaleò, avvertite anche e soprattutto prima della riforma v., fra gli altri, SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

può, quindi, affermarsi che la direzione unitaria (*rectius* la attività di direzione e coordinamento) costituisce lôelemento qualificante il gruppo, intendendosi con tale espressione quel ñpotere-dovere che ha la capogruppo e, per essa, i suoi amministratori, di impartire e/o imporre le direttive, le regole e le istruzioni a cui devono attenersi tutte le società appartenenti al gruppoò[55].

Il riconoscimento normativo di tale potere non deve, però, portare lôinterprete a disconoscere il principio di autonomia che governa, *de iure condito*, il nostro sistema societario, tuttôora caratterizzato da una visione atomistica delle società per azioni. In questo senso, la riforma del 2003 non fa che confermare implicitamente quanto già sostenuto dalla prevalente dottrina commercialistica in relazione al ruolo che il fenomeno del gruppo ha svolto e svolge nellôambito della organizzazione dellôimpresa: la formula della aggregazione, finalizzata al più facile perseguimento di interessi ed obiettivi economici comuni, non spoglia, infatti, le singole affiliate della propria autonomia né, di conseguenza, è idonea a porre in secondo piano gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori, i quali rimangono titolari di posizioni giuridiche riconosciute e tutelate, anche a fronte del più ampio e generale ñinteresse di gruppoò.

Nonostante le modifiche apportate dal legislatore del 2003, quindi, per ciò che in questa sede interessa, ovvero ai fini di un giudizio circa il riconoscimento del principio di autonomia delle società per azioni, la norma di riferimento rimane sicuramente lôart. 2380-*bis* c.c., che afferma che la gestione dellôimpresa spetta *esclusivamente* agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per lôattuazione dellôoggetto sociale, rivestendo, pertanto, una posizione di *autonomia* rispetto allôassemblea che gli conferisce lôincarico, ed una connessa *personale responsabilità* verso la società, i soci ed i creditori, confermata non a caso dagli artt. 2392 e ss. c.c., e dagli artt. 2621 e ss. c.c., in materia penale.

Lôinserimento del capo IX sulla disciplina della direzione e coordinamento di società non ha affatto mutato tale prospettiva: lôesistenza di una influenza dominante da parte di una società su unôaltra, ovvero sui suoi organi gestori, non fa venir meno gli obblighi di fedeltà che questi devono mantenere nei confronti dellôente che dirigono, e dei soci che lo compongono. Tale affermazione risulta, peraltro, confermata dal fatto che, in caso di abuso di direzione unitaria come ricostruita dallôart. 2497, primo comma,

[55] Si esprime in questi termini BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 60

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

itori della singola aggregata possono agire contro la *holding* solo se non siano stati precedentemente soddisfatti dalla società soggetta allôattività di direzione e coordinamento (art. 2497, terzo comma, c.c.). Ciò significa che questi, in caso di pregiudizio alla redditività o al valore della partecipazione o alla integrità del patrimonio sociale, devono esperire in primo luogo lôazione diretta contro la società controllata che ha eseguito lôordine impartito dalla capogruppo per essi dannoso, e solo in via residuale possono agire contro questôultima.

Nello stesso senso si pone lôart. 2497-*ter* c.c. che, come già evidenziato in precedenza, impone un obbligo di motivazione in capo agli amministratori della controllata in ordine alle decisioni da essa adottate in esecuzione delle direttive impartite dalla capogruppo, lasciando intendere che questi rimangano, comunque, titolari di una propria autonomia anche nei confronti della *holding*; autonomia che si traduce nella possibilità di *rifiutare* di adempiere agli ordini impartiti, ovvero di scegliere liberamente, *sotto la propria responsabilità*, di eseguirli valutandone la opportunità e la non contrarietà al proprio oggetto sociale, ed indicando nella relazione sulla gestione le ragioni e gli interessi la cui valutazione ha inciso su tale decisione.

Da queste considerazioni di carattere sistematico emerge che la direzione unitaria non comporta affatto il sorgere, in seno alla capogruppo, di alcun potere di indirizzo cui corrisponda un *obbligo giuridico* della controllata di eseguire le direttive da essa impartite. Si tratta, piuttosto, di una *situazione di fatto* dalla quale può scaturire una responsabilità su chi emana lôordine (*holding*), ma mai un vincolo sul soggetto sul quale tale ordine grava (amministratore della società sottoposta alla direzione ed al coordinamento), il quale non è tenuto a conformarvisi[56]; un eventuale adeguamento assumerà i crismi della scelta propria, dalla quale potrà eventualmente scaturire una responsabilità personale[57].

Il secondo aspetto innovativo della riforma, invece, ricade sul regime di responsabilità derivante dalla *violazione dei principi di corretta gestione societaria e*

---

[56] Cfr. in questo senso la *Relazione* alla legge delega, cit., p. 68 in cui si afferma che ñLôattività di direzione e coordinamento, propria della capogruppo *è assunta come dato di fatto* senza riconoscere (a differenza di quanto avviene nel sistema bancario) alla capogruppo specifici poteri giuridiciò.

[57] GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dellôeconomia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2003, p. 174; sul versante penalistico, riconosce la responsabilità dellôorgano gestorio della controllata, negando che le direttive della capogruppo possano assumere efficacia scriminante allôattività esecutiva PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*, cit. p. 831.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

tà o dellôente che eserciti lôattività di direzione e coordinamento; con lôart. 2497 c.c., infatti, il legislatore prende espressa posizione, sulla scia dellôart. 90 della legge n. 127 del 1999 sullôamministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, in ordine alle situazioni di ñabuso di direzione unitariaò da parte della capogruppo, dal quale scaturisca un pregiudizio alla redditività ed al valore delle partecipazioni dei soci di minoranza (cioè coloro i quali rimangono ñesterniò rispetto al centro di potere incardinato nella *holding*), ovvero una lesione alla integrità del patrimonio della controllata che si ripercuote negativamente sui suoi creditori. Tale situazione di abuso viene ricostruita richiamando lôobbligo gravante sulla capogruppo di agire, nellôambito del suo potere gestorio accentrato, tenendo sempre in considerazione gli interessi delle singole società dipendenti e del gruppo nel suo complesso. Siffatto dovere si trasforma, *mutatis mutandis*, nel divieto di promuovere operazioni o attività nel solo interesse imprenditoriale proprio o di altri, allorquando questo si traduca nel compimento di atti pregiudizievoli per le singole e quindi per i soci esterni e per i creditori.

Posta, però, la circostanza per cui, nel contesto dei gruppi societari, il conflitto di interessi assume natura, per così dire, ñfisiologicaò, onde evitare una probabile contraddizione tra la volontà di riconoscere legittimità generale (e utilità economico-aziendale) di tale modello organizzativo dôimpresa, e la parimenti sentita esigenza di tutelare gli interessi dei soci di minoranza e dei terzi rispetto a possibili abusi di gestione, il legislatore ha scelto di imporre un particolare e severo regime di pubblicità, proprio per contemperare i due ñcontrappostiò interessi, riconoscendo piena operatività al gruppo nei limiti in cui i soci ed i terzi siano informati della sua esistenza, e siano messi in condizione di conoscere gli effetti che lôattività di direzione e coordinamento può arrecare sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria delle singole.

A tal fine lôart. 2497-*bis* c.c. impone alle società soggette alla direzione ed al coordinamento lôobbligo di indicare tale ñ*status*ò nei propri atti e nella corrispondenza, nonché di iscriversi presso unôapposita sezione del registro delle imprese in cui devono apparire, altresì, le società che esercitano tale attività. I dati essenziali dellôultimo bilancio della *holding* devono, inoltre, emergere dalla nota integrativa e dalla relazione degli amministratori sulla gestione (artt. 2427 e 2428 c.c.) che accompagnano il bilancio della controllata.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

essa scia, richiede, peraltro, che le decisioni assunte dalle società soggette alla direzione unitaria, quando da questa influenzate, siano analiticamente motivate indicando le ragioni e gli interessi che abbiano su di esse inciso o che le abbiano determinate[58].

La responsabilità della capogruppo, nelle persone dei suoi amministratori, non esaurisce, però, la sua estensione con mero riferimento alle violazioni di siffatti obblighi informativi o di pubblicità: lôinadempimento rispetto ai vincoli di trasparenza, infatti, può essere un segnale di *mala gestio*, ma non contribuisce, di per sé, a delimitare il significato dellôabuso di direzione unitaria. Questo si realizza, invero, in tutti quei casi in cui gli amministratori della *holding*, violando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, indirizzino le politiche del gruppo in modo tale da realizzare un interesse proprio o altrui a danno delle società controllate (o lôinteresse di una controllata a danno di unôaltra), in modo pregiudizievole rispetto al bene ñpartecipazione socialeò o al bene ñintegrità del patrimonioò, senza che alcun interesse delle singole (così sacrificate) sia soddisfatto nemmeno per effetto dellôappartenenza al gruppo.

Anche se la legge non utilizza espressamente tale formula, questa è ricostruibile *a contrario* mediante lôanalisi della parte finale dellôart. 2497 c.c. che recita: ñNon vi è responsabilità quando il danno *risulta mancante* alla luce del *risultato complessivo*

---

[58] Siffatti obblighi di pubblicità e trasparenza sono stati inseriti nel codice dal legislatore delegato in ottemperanza al dettato dellôart. 10 della legge delega per la riforma del diritto societario, n. 366 del 2001. Tale norma assume rilevanza fondamentale in materia di gruppi, dal momento che ne ordina il riconoscimento formale quale legittima modalità di gestione dellôattività di impresa, prendendo atto allo stesso tempo del pericolo che tale forma organizzativa può arrecare rispetto alla tutela degli interessi dei soci esterni e dei creditori. Per tali ragioni le camere hanno scelto di recepire il modello del gruppo subordinandone la legittimità al rispetto di criteri generali di trasparenza ed ad un adeguato contemperamento degli interessi coinvolti nellôattività di direzione e coordinamento. In particolare lôart. 10 cit. recita: ñ*la riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:* a) *prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime;* b) *prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo siano motivate;* c) *prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo;* d) *individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per lôobbligo di offerta pubblica di acquistoò.*

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

amento ovvero *integralmente eliminato* anche *a seguito di operazioni* a ciò diretteò.

Da tale disposizione emerge la scelta del legislatore di recepire, in forma speculare rispetto a quanto stabilito in materia penale dallôart. 2634, terzo comma, c.c., introdotto nellôordinamento penale ad opera del d.lgs. n. 61 del 2002, la c.d. teoria dei vantaggi compensativi, secondo la quale, ai fini del giudizio sulla sussistenza di una responsabilità per *mala gestio* della *holding*, si rende necessario valutare la legittimità delle sue decisioni sulla scorta non già del risultato (negativo) immediato che queste apportano rispetto al patrimonio della singola controllata, quanto piuttosto alla luce della *complessiva situazione economica del gruppo*, e della utilità che nel medio e lungo periodo esso può ricavare da tali scelte; utilità che si può indirettamente ripercuotere anche a favore della società apparentemente depauperata, proprio in virtù del suo collegamento al gruppo[59].

Ecco, allora, che sulla base di tale teoria, la cui analisi verrà ripresa più nel dettaglio nel capitolo seguente, il legislatore segna espressamente il confine tra lôarea dellôagire lecito della capogruppo, la quale, nellôambito della sua attività di direzione e coordinamento, sacrifichi, talvolta, gli interessi delle singole controllate in vista di un risultato positivo complessivo, di cui le stesse possono avvantaggiarsi in seguito; e lôarea dellôabuso di direzione unitaria, che, invece, viene allôevidenza ogniqualvolta la *holding*, nelle persone dei suoi amministratori, agisca egoisticamente per il conseguimento di scopi individualistici, al di fuori di una strategia operativa che tenga conto degli interessi del gruppo, delle singole controllate e dei rispettivi soci di minoranza e creditori[60]. La legittimità delle scelte gestorie che fanno capo alla

[59] Sul tema si veda ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 618; CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 331; CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1675; CIAMPOLI, *I ñvantaggi compensativiò nei gruppi di società*, in *Le soc.*, 2005, p. 164; ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dellôattuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 247; GUIZZI, *Eterodirezione dellôattività sociale e responsabilità per* mala gestio *nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, 439; MONTALENTI, *Conflitto dôinteressi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 e ss.; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina sui gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 765; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 591. Per una ricostruzione della teoria dei vantaggi compensativi in materia civile e penale v. *infra*, cap. II

[60] Come, invece, si preoccupava di dover evitare il già citato art. 10 della legge delega n. 366 del 2001 per la riforma del diritto societario, in base al quale il legislatore delegato avrebbe dovuto ñprevedere una

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ai fini di un giudizio di responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c., valutata in un'ottica di ampio respiro, tenendo conto della logica unitaria di indirizzo dell'attività del gruppo e dei suoi risultati *complessivi*. Se alla luce di siffatto giudizio *globale* risulterà che il danno subito dalla singola sia momentaneo o, comunque, rimanga neutralizzato per effetto di un'operazione di segno contrario a ciò mirata, o per effetto di concreti benefici derivanti dalla strategia complessiva della *holding*, allora non potrà attribuirsi a quest'ultima alcuna responsabilità.

Sezione II

Il gruppo nell'esperienza penalistica

1. *L'attitudine criminale del gruppo.*

Lo sfasamento tra realtà economica e forma giuridica che caratterizza il fenomeno del gruppo tale per cui, ad una unicità del disegno economico corrisponde una frammentarietà di soggetti giuridici autonomi, facenti, però, tutti capo ad un'unica società madre che ne coordina e ne indirizza l'attività per il raggiungimento di uno scopo comune, assume notevole rilevanza anche in campo penale. L'organizzazione dell'impresa mediante un gruppo societario, infatti, oltre a determinare, come si è visto in precedenza, una serie di conseguenze - per lo più positive e vantaggiose - in ambito economico, e ad influire sui rapporti giuridici interni tra le varie componenti, può incidere, altresì, sulla liceità penale di determinate operazioni realizzate dagli amministratori o, a seconda dei casi, da altri soggetti che rivestano particolari qualifiche e funzioni all'interno della *holding* o della singola società figlia. Può accadere, infatti, che siffatte condotte assumano rilevanza penale per il sol fatto di essere state realizzate nell'ambito di un gruppo, e rimangano, al contrario, indifferenti all'ordinamento qualora, invece, vengano poste in essere nel contesto dell'impresa che opera

---

disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e *tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime*".

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

rtenenza al gruppo potrebbe, altresì, incidere nel senso opposto di una restrizione della responsabilità del soggetto qualificato, il cui operato verrebbe giustificato o soggettivamente scusato o, comunque, non punito proprio in virtù della sussistenza dellôaggregazione societaria[62].

A fronte di tale attitudine ñestensivaò o ñrestrittivaò rispetto alla possibilità di applicare la sanzione penale, ed in ossequio ai principi fondamentali di tassatività, determinatezza e frammentarietà che caratterizzano il sistema punitivo nel nostro ordinamento, emerge con maggior evidenza lôimportanza di una ricostruzione, in termini il più possibile certi e definiti, della nozione di gruppo societario.

1.1. Il gruppo come «strumento di frode».

Nonostante lôassenza di una disciplina organica dei gruppi, che incida sul fenomeno regolandone *trasversalmente* i diversi profili di rilevanza (non solo, cioè, in ambito societario, ma anche fiscale, penale, fallimentare ecc.)[63], il legislatore non sembra essere rimasto indifferente rispetto alle potenzialità criminose collegate alla struttura del gruppo.

In particolare, proprio sulla base della appurata complessità della struttura con cui il gruppo opera nella realtà economica, ed alla connessa oggettiva difficoltà dellôosservatore esterno di ricostruire i legami e gli intrecci tra le diverse situazioni patrimoniali e gestionali delle singole componenti, si è parlato in dottrina della valenza

---

[61] Lo rilevano GIARDA E.M.-GIARDA M.G., *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 118-119.

[62] Sulla duplicità degli ambiti di rilevanza del gruppo in materia penale cfr. COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit. p. 1033; FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 479 e ss.; FOFFANI, *Gruppi di società e conflitto di interessi: profili penalistici*, in *I gruppi di società*, cit., vol. II, 1996, p. 1253; MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 368; PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. III, Milano, 2003, p. 821; BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dellôamministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 136

[63] Il già più volte richiamato intervento di riforma del 2003, infatti, ha inciso su determinati aspetti ricollegabili al fenomeno del gruppo (si pensi, ad esempio, alla disciplina della responsabilità diretta della *holding* per la violazione dei principi di corretta gestione societaria o imprenditoriale nellôambito della attività di direzione e coordinamento ai sensi del nuovo art. 2497 primo comma, c.c., su cui v. *supra*, cap. I, sez. I, § 3), che assumono rilevanza, però, almeno a prima analisi, solo nellôambito strettamente societario.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

mentoò delle vicende societarie che al suo interno si susseguono[64].

Il riconoscimento normativo di tale attitudine ñcriminaleò può facilmente riscontrarsi in quei testi legislativi che, in diverse forme e con diversa intensità (la tutela apprestata dallôordinamento, infatti, riveste in questi campi, talvolta, anche natura amministrativa), mirano a preservare lôinteresse alla *trasparenza* come entità rilevante in sé, ma anche come bene strumentale rispetto alla tutela di altri interessi protetti.

Si pensi, in questo senso, agli artt. 12 e 19, primo comma, lett. h), del d.lgs. n. 58 del 1998 (testo unico in materia di intermediazione finanziaria), che mirano a garantire il corretto espletamento delle attività di vigilanza da parte delle autorità competenti (Banca dôItalia o Consob), sullôattività di una SIM o di una società di gestione del risparmio che faccia parte di un gruppo ai sensi dello stesso testo unico (c.d. *vigilanza su base consolidata*). Tali disposizioni prevedono lôobbligo, gravante sulla capogruppo, di emanare, nellôambito dellôattività di direzione e coordinamento, disposizioni dirette alle singole componenti, per lôesecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca dôItalia, ed impongono altresì agli organi amministrativi delle società del gruppo di ñ*fornire ogni dato e informazione per lôemanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata*ò (art. 12, secondo comma). In particolare lôart. 19, al primo comma, lett. h), richiede espressamente che la struttura del gruppo *non sia tale da pregiudicare lôeffettivo esercizio della vigilanza sulla società ad essa sottoposta ai sensi della stessa legge.*

Le citate disposizioni, oltre a sancire un generale obbligo di collaborazione informativa tra i ñsoggetti abilitatiò alla gestione del credito e del risparmio, ed i rispettivi organi preposti al controllo, sembrano altresì far emergere una effettiva presa di coscienza da parte del legislatore del rischio che lôadozione del modello del gruppo può determinare - secondo il noto espediente delle ñscatole cinesiò - rispetto al corretto espletamento delle funzioni di vigilanza[65]. Rischio che assume particolare rilevanza, anche in ambito penalistico, allorquando la legge, oltre a prevedere delle specifiche sanzioni amministrative rispetto alle condotte di inosservanza degli obblighi informativi o collaborativi che gravano sulle componenti del gruppo e sulla *holding*, in ossequio al principio della *extrema ratio* utilizza, talvolta, anche lo strumento penale. È il caso, ad

[64] Lôespressione è di MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti*, cit., p. 380.
[65] MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti*, cit., p. 380.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

o in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385 del 1993) poste a tutela della trasparenza della composizione del capitale sociale, e della effettività del controllo degli organi di vigilanza, nellôambito dei c.d. *gruppi bancari*[66].

In particolare, lôart. 136, secondo comma, T.U.B. pone un vincolo rispetto a chi svolga funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, in riferimento alla possibilità di assumere obbligazioni o realizzare operazioni di finanziamento con altra società o banca del gruppo, subordinando la liceità di tali traslazioni alla favorevole deliberazione degli organi della società o banca contraente nonché allôassenso della capogruppo[67].

Lôidoneità lesiva del modello del gruppo rispetto alla trasparenza, allôequilibrio tra le situazioni patrimoniali delle singole aggregate, ed alla connessa corretta *informazione societaria* è stata riconosciuta dal legislatore anche attraverso la disciplina sul *bilancio consolidato*, introdotta nel nostro ordinamento, come già evidenziato, col d.lgs. n. 127 del 1991, in attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati[68].

---

[66] La composizione del gruppo bancario è espressamente descritta dal testo unico allô art. 60, in base al quale esso è composto alternativamente: ña) dalla banca italiana capogruppo e della società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate; b) dalla società finanziaria capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nellôinsieme delle società da essa controllate vi sia almeno una banca e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca dôItalia in conformità alle deliberazioni del CICR, quelle bancarie e finanziarieò. Lôart. 61, invece, si occupa di definire la nozione di ñcapogruppoò qualificandola come ñla banca italiana o la società finanziaria con sede legale in Italia, cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario, e che non sia, a sua volta, controllata da unôaltra banca o da unôaltra società finanziaria con sede legale in Italia, che possa essere considerata capogruppoò. Sulla disciplina del gruppo bancario si veda in generale FERRO-LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in BANCA DôITALIA, *Quad. ric. giur.*, 1993, n. 31, p. 17; COSTI, *La disciplina dei gruppo bancari*, in *Banca, impr. e soc.*, 1990, p. 341 e ss.; ID, *La vigilanza sui gruppi bancari*, in *Riv. dir. impr.*, 1990, p. 16 e ss.; PERNA, PISANTI, ZAMBONI GARAVELLI, *Gruppo bancario*, in AA.VV., *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, a cura di FERRO-LUZZI e CASTALDI, Milano, 1996, p. 1007 e ss.; sulla rilevanza del gruppo bancario in materia penale v. MILITELLO, *Gruppi bancari e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 39 e ss.; ID, *La tutela della concorrenza e del mercato, ibidem*, 1991, p. 651; FOFFANI, *Legislazione* antitrust *e disciplina delle partecipazioni al capitale degli enti creditizi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 885 e ss.; SCAROINA, Societas delinquere potest. *Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, p. 43 e ss.;

[67] Cfr. FOFFANI, *Lôinfedeltà patrimoniale nel diritto penale bancario*, in AA.VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, a cura di MEYER e STORTONI, Torino, 2002, p. 346 e ss.; CONTI, *Responsabilità penale degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 443.

[68] La nascita dei bilanci consolidati di gruppo viene in realtà ricondotta alla legge 7 giungo 1974, n. 216 recante ñdisposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionariò. Ad opera del medesimo provvedimento viene ricondotta altresì la creazione dellôorgano di vigilanza sulle società e sulla borsa (CONSOB). V. GIARDA E.M.-GIARDA M.G., *I gruppi di società*, cit., p. 125-126.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

o gravante sulle società controllanti di redigere il bilancio consolidato secondo i criteri tassativamente elencati dalla stessa legge, il decreto stabilisce altresì, allôart. 28 che ñdevono essere escluse dal consolidamento le imprese controllate, *la cui attività abbia caratteri tali che la loro inclusione renderebbe il bilancio consolidato inidoneo a realizzare i fini indicati al secondo comma dellôart. 29ò*, ovvero quelli di ñ*rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico del complesso delle impreseò*[69].

Emerge evidente, ancora una volta, come la *voluntas legis* sia indirizzata a prevenire tutte quelle situazioni, appunto, di ñoscuramentoò che possono venirsi a creare allôinterno delle realtà economiche aggregate e per mezzo delle aggregazioni stesse.

Sul piano penale la risposta dellôordinamento a tali situazioni di ñpatologiaò del gruppo societario è senzôaltro rinvenibile agli artt. 2621 e 2622 c.c.: sotto lôalveo della fattispecie di false comunicazioni sociali, infatti, anche prima della riforma del 2002, si tendeva pacificamente a ricondurre anche la eventuale falsificazione del bilancio consolidato[70]. Oggi, il d.lgs. n. 61 del 2002 ha eliminato ogni dubbio in tal senso mediante il richiamo espresso, agli artt. 2621 e 2622 c.c., alla rilevanza penale delle alterazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del ñ*gruppo al quale essa appartieneò*[71].

---

[69] Sul punto MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti*, cit., p. 380-381.

[70] In argomento si rinvia ad ALESSANDRI, *Appunti in tema di profili penalistici del bilancio consolidato di gruppo ai sensi del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 232 ; CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, *ivi*., 1995, p. 449 e ss.; FOFFANI, *Reati societari*, in AA.VV., *Diritto penale dellôimpresa*, Bologna, 2000, p. 234; MAZZACUVA, *Le false comunicazioni sociali*, in *Trattato di diritto penale dellôimpresa*, diretto da DI AMATO, Padova, 1992, vol. II, p. 72; MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, Torino, 1994, p. 258; PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale*), *in Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 357 .

[71] Accanto alle classiche operazioni di falsificazione dei bilanci societari la prassi ha evidenziato come il modello del gruppo societario costituisca terreno fertile rispetto alla realizzazione di ulteriori forme di illecito, mediante la costituzione di fondi neri o riserve occulte, rilevanti per lo più come strumenti di frode fiscale. Si pensi, in particolare, al modello della *triangolazione chiusa* o delle *costruzioni societarie*, che permette alla società controllante di muovere capitali, o comunque di trasferire somme e di riottenerne la disponibilità senza che del trasferimento appaia alcuna traccia nei documenti contabili (il soggetto A trasferisce valori al soggetto B, che li trasferisce al soggetto C, che a sua volta è collegato direttamente o indirettamente ad A); oppure di realizzare operazioni commerciali o finanziarie con lôunico scopo di creare fondi extracontabili (il soggetto A costituisce o acquista la partecipazione totalitaria o il controllo del soggetto B che fa lo stesso col soggetto C sino ad arrivare al soggetto X, collegato con A, con sede sociale in territorio fiscalmente protetto, il quale denuncia perdite fittizie e alloca il controvalore attivo delle stesse presso conti esteri nella disponibilità diretta o indiretta di A). Gli esempi sono tratti da IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3562-3563

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

insita nel modello del gruppo è, infine, evidente anche rispetto alle operazioni che influiscono sulla *integrità* o sulla *effettività* del capitale sociale, costituendo questo la più importante garanzia su cui i creditori della società possono fare affidamento, nonché lo strumento la cui modifica può influire sul rafforzamento o sulla eventuale ridistribuzione dei gruppi di comando allôinterno della compagine sociale.

La disciplina codicistica sul punto è assai rigorosa già nei confronti delle società che operano singolarmente (e che non fanno, pertanto, parte di un gruppo): mentre, infatti, per le società a responsabilità limitata lôacquisto delle azioni proprie o il compimento di altre operazioni sulle stesse sono vietati in senso assoluto e devono ritenersi radicalmente nulli (artt. 2474 c.c.), per le società per azioni la sottoscrizione reciproca di azioni da parte di due o più società è tendenzialmente permessa, ma sottoposta a condizioni piuttosto severe. Lôinteresse del legislatore è, ovviamente, quello di evitare il rischio di un annacquamento del capitale sociale mediante operazioni incrociate da parte degli amministratori, che si rilevino poi lesive per le aspettative dei creditori, ma anche per lôequilibrio dellôassetto di poteri allôinterno della struttura societaria[72].

Tale pericolo vale, a maggior ragione, nei gruppi di società, la cui organizzazione su base ñmolecolareò ben si presta ad essere sfruttata proprio per oscurare la reale composizione delle maggioranze assembleari ed il connesso esercizio dei poteri di controllo sullôattività dei dirigenti della controllante[73]. Non a caso lôart. 2359-*bis* c.c., vieta alla controllata di acquistare azioni o quote della controllante ñ*se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dallôultimo bilancio regolarmente approvato*ò e sempre che le suddette azioni siano state liberate[74].

---

[72] V., per tutti, FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XIIª ed., Torino, 2006, p. 285 e ss.

[73] MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti*, cit., p. 382; ID, *Gruppi di società e diritto penale nellôesperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 738-739 il quale, a proposito dellôanalisi dellôesperienza francese in materia, rileva come la normativa sulle partecipazioni incrociate abbia natura ñbivalenteò, essendo finalizzata sia ad evitare che i dirigenti della società controllante possano, tramite il gioco delle partecipazioni, affrancarsi da controlli da parte della propria assemblea, sia che venga intaccata la funzione di garanzia del patrimonio delle diverse società. Sulla responsabilità penale degli amministratori per illecite operazioni nellôacquisto di azioni proprie o della controllante si rinvia, più nel dettaglio, a FOFFANI, sub *Art. 2628 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 1850; nonché GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dellôeconomia*, Torino, 2004, p. 272; più di recente AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dellôimpresa*, Bologna, 2009, p. 157 e ss.

[74] La norma pone ulteriori limiti e vincoli per la legittimità di tale acquisto: in particolare si richiede lôautorizzazione dellôassemblea ai sensi dellôart. 2357, secondo comma, c.c.; si prevede, altresì, un

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

eguito della riforma del 2002 dei reati societari, la tutela della integrità ed effettività del capitale sociale e delle riserve obbligatorie è apprestata dagli artt. 2626 e ss.; in particolare, poi, il nuovo art. 2628 c.c., incriminando gli amministratori che, fuori dai casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali, cagionando una lesione allôintegrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge, estende la responsabilità penale anche allorquando tali titoli siano stati emessi *dalla società controllante* (art. 2628, secondo comma, c.c.), e ciò a riprova della sensibilità del legislatore (anche penale) rispetto allôattitudine criminosa del gruppo in relazione ad operazioni abusive che altrimenti potrebbero restare celate dietro il suo complesso assetto organizzativo.

1.2. Il gruppo come possibile «fattore oggettivo di giustificazione» di comportamenti altrimenti illeciti.

La rilevanza del gruppo rispetto al possibile intervento della sanzione penale non si esaurisce nella mera idoneità lesiva (come sinora descritta) rispetto alla trasparenza delle operazioni realizzate nellôambito societario, o alla corretta circolazione delle informazioni allôinterno ed allôesterno del gruppo stesso, o ancora allôequilibrio dei rapporti di potere tra gli amministratori della *holding* e quelli delle singole aggregate, che influiscono inevitabilmente sugli interessi dei soci di minoranza e dei creditori: la già citata ambivalenza delle concentrazioni societarie in materia penale, infatti, fa sì che queste possano essere utilizzate come possibili contesti o strumenti di frode, o possano al contrario valere come fattori di giustificazione di condotte apparentemente contrarie alla legge. Tale attitudine trova la sua conferma anche e soprattutto in materia di *conflitto di interessi* o, più in generale, di *gestione abusiva* da parte dellôamministratore di società, situazione rispetto alla quale, prima della riforma del diritto penale societario del 2002, venivano allôevidenza le fattispecie di cui allôart. 2631 c.c. (ora abrogato) e 646 c.p. sullôappropriazione indebita.

Un primo segnale in tal senso può riscontrarsi nella fisiologica articolazione dei legami di gruppo, tale per cui la controllante dispone del potere di nomina degli

---

vincolo di natura quantitativa al valore nominale delle quote o azioni che si intendono acquistare, che non deve superare la decima parte del capitale della controllante, tendendosi conto delle azioni o quote da questa possedute ovvero possedute dalle società che essa controlla.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

uali, a loro volta, sono portatori di un interesse, diretto o indiretto, necessariamente collegato a quello della *holding*. I singoli *managers* preposti alla gestione delle varie società facenti parte del gruppo che, come detto, sono entità giuridiche autonome rispetto alla capogruppo, ancorché da essa coordinate ed indirizzate per il raggiungimento di un fine economico comune, oltre ad essere chiamati per legge al compimento delle operazioni necessarie per lôattuazione dellôoggetto sociale (art. 2380-*bis* c.c.) sono, in virtù del collegamento societario, altresì portati ad adempiere alle direttive promanate dalla controllante, a loro volta espressive di un ñinteresse di gruppoò che sovente può trascendere lôinteresse specifico delle singole società partecipi[75]; e talvolta può accadere, come fisiologicamente spesso accade, che lo stesso amministratore della società figlia occupi contestualmente un posto nel consiglio di amministrazione della società madre o di altra società del gruppo, di fatto trovandosi nel contempo portatore degli interessi dellôuna e delle altre. Si pensi, in tal senso, al già richiamato fenomeno di *interlocking directorate*, in base al quale le medesime persone fisiche sono titolari di diverse cariche sociali allôinterno del gruppo[76]; o, più in generale, alla figura del ñdirigente di fattoò, ovvero il dirigente della controllante che, di fatto, amministra la controllata sotto la copertura di dirigenti di comodo (c.d. ñteste di legnoò)[77].

Da tali considerazioni emerge evidente lôattitudine della struttura del gruppo a favorire e, talvolta, a celare lôutilizzo *abusivo* dei poteri gestori da parte degli amministratori delle singole in danno ai soci di minoranza ed ai creditori delle stesse i quali, rimanendo estranei al blocco di controllo, si pongono necessariamente come terzi

---

[75] In questo senso ACCINNI, *La responsabilità penale degli amministratori nel gruppo di società*, in *Soc.*, 1992. p. 1634. Sulla possibilità, *de iure condito*, di riconoscere lôesistenza di un *interesse di gruppo* il cui perseguimento operi come ñcontraltareò rispetto al sacrificio degli interessi delle singole controllate, evitando così un giudizio di responsabilità (civile) verso gli amministratori delle stesse, si argomenterà più approfonditamente nei capitoli successivi. Ciò che ora preme maggiormente evidenziare è la rilevanza che, in materia penale, possano assumere le operazioni infragruppo realizzate dagli amministratori delle singole in ossequio agli ordini impartiti dalla *holding*, e che si presentino svantaggiose rispetto alla situazione patrimoniale delle prime.

[76] FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit. p. 143.

[77] Sullôutilizzo in chiave estensiva ai fini di un giudizio di responsabilità da parte della giurisprudenza penale dei particolari rapporti che intercorrono tra gli amministratori della *holding* e quelli delle singole aggregate, ovvero sulla spesso ñincontrollataò incriminazione dei primi, ai sensi degli artt. 40 cpv. e 110 c.p. in riferimento alle operazioni illecite realizzate dai secondi per il perseguimento dellôinteresse di gruppo, si vedano le considerazioni di IACOVIELLO, *Falso in bilancio nei gruppi di società: come il proceso penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3153

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

uppo o della *holding*, e dal suo conseguimento non traggono alcun beneficio diretto[78].

Si pensi, in tal senso, alle operazioni di fornitura di merci o servizi a prezzi eccessivamente favorevoli per il beneficiario (società del gruppo o capogruppo) e svantaggiose per la società del gruppo che le abbia prestate; o, ancora, ai finanziamenti infragruppo concessi senza interesse, o con tassi inferiori alla misura corrente; o alla prestazione di garanzie costituite dal patrimonio di una società del gruppo a vantaggio di altra società sorella o della capogruppo, senza adeguato corrispettivo; o ai trasferimenti di beni a titolo gratuito; o a spostamenti patrimoniali fittizi finalizzati a modificare le poste del bilancio in danno ai creditori della singola, o per ottenere finanziamenti dalle banche, ecc.

Prima della riforma del diritto penale societario ad opera del d.lgs. n. 61 del 2002, le ipotesi di abuso della posizione gestoria venivano ricondotte sotto lôalveo del vecchio art. 2631 c.c., che sanzionava con una pena pecuniaria lôamministratore il quale ñ*avendo in una determinata operazione per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società*ò, non si asteneva dal ñ*partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo relativa all'operazione stessa*ò; era prevista, inoltre, nel capoverso successivo, l'applicazione, oltre alla multa, della pena detentiva fino a tre anni nell'ipotesi in cui ñ*dalla deliberazione o dalla operazione fosse derivato pregiudizio alla società*ò. L'art. 2631 c.c. rappresentava la sola disposizione diretta a predisporre una tutela penale di carattere generale al dovere di fedeltà degli amministratori[79], ma la sua lettura ñformalisticaò[80], che riconduceva il disvalore del

[78] Sul problema del conflitto di interessi degli amministratori nei gruppi di società, tra gli altri, ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1010, BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 219; GRIECO, *Il conflitto di interessi in generale e nellôambito dei gruppi di società*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 164.

[79] Anche se, a fronte delle lacune di tutela che la struttura della norma in esame talvolta poteva lasciare, la giurisprudenza si rifaceva spesso allôutilizzo della fattispecie generale di appropriazione indebita di cui allôart. 646 c.p.

[80] Sulla lettura in senso ñformalisticoò o in senso ñsostanzialisticoò dellôabrogato art. 2631 c.c. la dottrina penalistica italiana si presentava divisa. Il dibattito nasceva dalle differenti espressioni che il codice civile, prima della riforma del 2002 sul versante penalistico, e del 2003 su quello commercialistico, utilizzava per regolare le conseguenze civili e penali della *partecipazione* dellôamministratore alla deliberazione consiliare relativa ad una operazione rispetto alla quale egli versasse in conflitto di interessi con la società. Mentre, infatti, lôart. 2391 c.c. poneva, rispetto allôamministratore in conflitto, un obbligo di astensione dalla partecipazione alla delibera, e subordinava lôannullamento della delibera stessa, presa in violazione di tale obbligo, e *grazie al voto dato dallôamministratore su cui tale obbligo gravava*, al pericolo che questa potesse arrecare un danno alla società, lôart. 2631 c.c., ricollegava la sanzione penale alla mera mancata astensione dalla ñ*partecipazione alla deliberazione*ò, senza specificare se fosse

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

us: alla mancata astensione) dellôamministratore in conflitto di interessi alla deliberazione consiliare o del comitato esecutivo, a prescindere dalla effettiva potenzialità dannosa della delibera stessa rispetto allôinteresse della società, si mostrava assolutamente inadeguata rispetto al giudizio di legittimità delle operazioni poste in essere nellôambito del gruppo societario, allôinterno del quale possono *fisiologicamente* convergere interessi diversi e contrapposti[81]. In altri termini, lôart. 2631 c.c. non teneva in considerazione lôaspetto peculiare tipico del fenomeno del gruppo di società tale per cui, in virtù del ñcontrolloò (di fatto o di diritto, interno o esterno), ovvero della esistenza di una ñdirezione unitariaò facenti capo alla *holding*, la posizione della *persona fisica* dellôamministratore in conflitto passi in realtà in secondo piano, a fronte di un conflitto ñistituzionaleò che si instaura fra *società* (appunto, tra la

---

necessario o meno che lôamministratore in conflitto avesse votato a favore o contro la emanazione della delibera, e prevedendo altresì una aggravante nellôipotesi in cui la sua adozione avesse arrecato un pregiudizio alla società. Secondo lôorientamento ñformalisticoò, il fatto che la norma penale (al contrario di quella civile) non facesse alcun accenno al contenuto del voto dellôamministratore in conflitto, né alla necessità di un pericolo effettivo allôinteresse sociale legato allôadozione della delibera, ma subordinasse la sanzione al solo fatto dellôamministratore di aver partecipato alla stessa, farebbe intendere che il legislatore abbia voluto reprimere una violazione meramente formale, ovvero la *mancata astensione*, a prescindere dal contenuto del voto espresso dallôamministratore (se, cioè, espresso in modo conforme o meno allôinteresse sociale). In questo senso si esprimevano BETTIOL, *Conflitto dôinteressi e deliberazione collegiale nellôambito delle società di capitali e cooperative (art. 2631 c.c.)*, in *Giur. merito*, 1971, p. 44 e ss.; CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433; STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939; ZUCCALÀ, *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 165 e ss.; FOFFANI, *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*, a cura di MAZZACUVA, Torino, 1990, p. 203.
In senso contrario, i sostenitori dellôorientamento sotanzialistico facevano perno sulla necessaria ñeffettivitàò della situazione di conflitto, ovvero sulla concretezza del contrasto tra lôinteresse dellôamministratore e quello della società, tale per cui la responsabilità penale sarebbe collegata non già alla mera dazione del voto, ma alla dazione di un voto che favorisse lôinteresse conflittuale con quello della società. In tal modo si amalgamerebbe in maniera uniforme la disciplina civile con quella penale, valorizzando, così, la funzione meramente sanzionatoria dellôart. 2631 c.c. rispetto allôart. 2391 c.c.. Così, ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, cit., p. 1044 e ss.; ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dellôamministratore di società per azioni*, Milano, 1967, p. 150 e ss.; PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*: *un difficile percorso*, in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. III, Milano, 2003, p. 830 e ss.

[81] Tra gli studiosi del diritto commerciale che sottolineano tale aspetto v. DôALESSANDRO, *Il diritto delle società da ñi battelli del Renoò alle ñnavi vichinglheò*, in *Foro. It.*, 1988, V, 48 e ss.; ID., *La nuova disciplina dei gruppi di società (note esegetiche)*, in AMATUCCI-CANDI-DôALESSANDRO-FANELLI, *La disciplina dei gruppi di società nella ñnovellaò del 1974*, Milano, 1978, p. 185, in cui lôautore evidenzia come la disciplina civilistica in materia di conflitto di interessi sia stata costruita su un modello di società che opera singolarmente e allôinterno della quale la situazioni di conflitto assume carattere ñcontingente ed accidentaleò. Al contrario, invece, in presenza di un fenomeno di aggregazione societaria, il conflitto non può che rilevare come situazione costante e permanente. Così anche GAMBINO, *I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX direttiva*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 5; MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 726 e ss.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

diverse società ñsorelleò). In tal senso, in virtù della fisionomia evidentemente ñindividualisticaò del vecchio art. 2631 c.c., finalizzata alla prevenzione ovvero alla repressione di condotte ñsporadicheò poste in essere dal singolo amministratore persona fisica, si è detto che la disciplina penale del conflitto di interessi peccasse ñper difettoò[82], soprattutto in relazione alla c.d. dimensione *patologica* del gruppo, la quale viene in considerazione allorquando il modello di aggregazione societaria sia utilizzato quale strumento di frode, per favorire o celare operazioni illecite, depauperative dei patrimoni dei singoli enti, e dannose per i soci di minoranza e per i creditori[83].

La normativa penale sul conflitto di interessi, applicata alla materia dei gruppi di società presentava, però, e questo è lôaspetto che in questa sede maggiormente interessa, caratteri di problematicità anche in base alla denunciata inadeguatezza dellôart. 2631 c.c. ñper eccessoò[84], stavolta rilevante nellôambito della *realtà fisiologica* del gruppo stesso[85]. In particolare, la vecchia normativa codicistica non teneva affatto in considerazione la inevitabile endemica compenetrazione tra gli interessi delle varie entità giuridiche coinvolte nel gruppo[86], connessa, a sua volta, alla sostanziale ñcomunanza di obiettiviò che le caratterizza.

---

[82] Le considerazioni sono di FOFFANI, *Reati societari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dellôimpresa*, IIª ed., Bologna, 1999, p. 371, il quale, riprendendo le espressioni di DôALESSANDRO, *Il diritto delle società*, cit., p. 50, afferma che nelle organizzazioni di gruppo il conflitto ñsi erge quasi a dato di struttura, ad elemento costitutivo, con il quale il gruppo è destinato in partenza a convivere stabilmenteò.ID., *Infedeltà patrimoniale e conflitto dôinteressi nella gestione dôimpresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, p. 123 e ss.,

[83] Sul punto, limpidamente, FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit. p. 133, il quale, in riferimento allôart. 2631 c.c. applicato al fenomeno del gruppo di società, sottolinea ñlôinsufficienza di fondo di una fattispecie destinata ad apparire ï nel suo volto formalistico di precetto di ñgalateo amministrativoò ï troppo palesemente calibrata su una *patologia* gestoria individuale misurata ed occasionale, e completamente incapace, viceversa, di riflettere i contorni della vera e propria ñ*teratologia*ò societariaò. Rileva come lôart. 2631 c.c. richieda un conflitto tra società ed amministratore, che sia effettivo e personale, e quindi sottolinea lôinadeguatezza della norma rispetto al fenomeno del gruppo, in cui il conflitto emerge tra la società ed un terzo, ovvero la capogruppo, CUSTODERO, *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi di gestione nel ñgruppo di societàò*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1128; sul tema si veda altresì ABBADESSA, *I gruppi di società*, cit., p. 122; ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1010; GRIECO, *Il conflitto di interessi in generale e nellôambito dei gruppi di società*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 141.

[84] Lôespressione è di DôALESSANDRO, *Il diritto delle società*, cit., p. 50, ripresa sostanzialmente da FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 136

[85] FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 136.

[86] Lo rileva PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*: *un difficile percorso*, cit., p. 828, secondo cui la terzietà dellôinteresse di cui lôamministratore è portatore ñcostituisce una nota essenziale dellôinteresse conflittuale, il cui punto di riferimento, sia esso rappresentato dalla persona dellôamministratore o da una diversa entità di cui il medesimo si faccia carico, deve situarsi allôesterno

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

propriamente illeciti, infatti, in cui la struttura ñmolecolareò dellôimpresa viene utilizzata a soli scopi fraudolenti, questa rileva naturalmente come modello organizzativo dellôattività economica finalizzato alla massimizzazione dei profitti, attraverso, appunto, lo strumento del controllo azionario, o contrattuale, e della connessa direzione unitaria. Di talché, lôesecuzione della direttiva della *holding* da parte dellôamministratore della singola società costituisce lôespressione di quella ñunicità di gestioneò che qualifica il gruppo, e che è funzionale al raggiungimento del fine economico comune. Lôamministratore è, in realtà, portatore di un interesse non già personale o di un terzo, bensì facente capo al gruppo stesso, e quindi direttamente o indirettamente ricollegabile anche alle singole componenti[87]. Ecco allora, che proprio rispetto a tale caratteristica, rinvenibile nella unicità della direzione economica, e quindi nella sostanziale ñcomunanza di obiettiviò e nella conseguente ñcomunione degli utili e dei profittiò, tipica della fenomenologia del gruppo societario, emergeva tutta la inadeguatezza della norma penale sul conflitto di interessi[88], la cui lettura rigorosa, che qualificava il delitto come una fattispecie di pericolo riconnessa alla mera violazione dellôobbligo formale di astensione (penalmente rilevante in sé), non permetteva alcun contemperamento tra gli interessi dei soci ñesterniò al gruppo (o dei creditori sociali), e quelli del gruppo stesso, ed, anzi, ostacolava lôazione economica dellôimpresa, paralizzando la operatività delle politiche di gruppo, sino addirittura a comprometterne lôesistenza[89].

---

della società amministrata. Per definizione non si dà conflitto se non con un interesse esterno, irriducibile allôinteresse socialeò

[87] Cfr. CUSTODERO, *Osservazioni sulla disciplina degli abusi di gestione*, cit. p. 1128; MIGNOLI, *Interesse di gruppo*, cit., p. 735; BIN, *Gruppi di società e diritto commerciale*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 512 e ss.

[88] Lo rilevava ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi*, cit., p. 1019; nonché MANGANO, *Lôinfedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1006 e ss.; v. anche CUSTODERO, *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi digestione*, cit., p. 1128

[89] Giungeva a queste conclusioni ZUCCALÀ, *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società*, cit., p. 163, il quale affermava che lôart. 2631 c.c. ñnon consente allôinterprete di prendere in considerazione gli eventuali benefici che la società figlia potrebbe in prospettiva conseguire, limitandosi essa a sanzionare la mancata astensione, di quel soggetto qualificato, dal partecipare alla deliberazioneò. Esaltava lôunitarietà dellôimpresa esercitata in forma di gruppo affermando la prevalenza dellôinteresse di questôultimo, come centro di convergenza degli interessi delle singole aggregate MANGANO, *Lôinfedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, cit., p. 1014. Sul punto si veda altresì NAPOLEONI, *I reati societari*, vol. II, *Infedeltà e abusi di potere*, Giuffrè, 1991, p. 56. Sul versante civilistico, fortemente critico MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 729. Qualche apertura in questo senso, cioè rispetto ad una interpretazione in chiave sostanziale della norma, che tenesse conto dei particolari rapporti che intercorrono tra i diversi enti sociali si era espressa anche una risalente giurisprudenza: Cass. pen., 25.2.1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939, con nota di STELLA.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

emerge, peraltro, anche nei casi in cui la scelta gestoria (presumibilmente) infedele dellôamministratore della controllata, esecutiva delle direttive impartite dalla *holding* nellôottica di una ñpolitica unitaria di gruppoò, provochi un effettivo depauperamento del patrimonio della società da lui gestita. In siffatte ipotesi, invero, la giurisprudenza è spesso ricorsa alla fattispecie di appropriazione indebita di cui allôart. 646 c.p., come figura generale tesa a punire lôesercizio di una signoria su un bene, da parte del possessore, che si pone in radicale antitesi con lôinteresse del proprietario[90]. In particolare, tale rinvio veniva utilizzato, prima della introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale di cui allôart. 2634 c.c., proprio per colmare quelle lacune determinate da una lettura eccessivamente formale del conflitto di interessi, soprattutto a fronte di condotte di utilizzo di fondi di una società controllata mediante la costituzione di riserve extrabilancio (c.d. fondi neri), impiegati poi nellôinteresse del gruppo o della *holding*[91].

Per sanzionare siffatte operazioni quali ipotesi di *mala gestio* si ricorreva ad una interpretazione piuttosto estesa del concetto di ñappropriazioneò, riconoscendone la sussistenza non già e non solo nei casi in cui si annetta al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui, ma anche quando se ne disponga, arbitrariamente, *uti dominus*, sotto qualsiasi forma, cagionando lôirreversibile perdita per il proprietario dellôuno o dellôaltra[92]; di talché, ben poteva rispondere ai sensi dellôart. 646 c.p. lôamministratore che, costituendo riserve di denaro extrabilancio, con gestione occulta, le distraesse in favore di terzi per scopi illeciti ed estranei allôoggetto sociale e alle finalità aziendali, così procurando a sé stesso o ad altri (in questo caso ai destinatari delle porzioni patrimoniali distratte mediante la costituzione di fondi neri) un profitto *ingiusto* 93.

---

[90] Sul tema si veda PEDRAZZI, *Sui limiti dellôñappropriazioneò*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1444; ID, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, p. 843; PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p. 228; PROTO, *Analisi del concetto di appropriazione e abuso del possesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 329 e ss. Più di recente

[91] Si tratta delle numerose sentenze emesse nellôambito delle tormentate vicende giurisprudenziali risalenti agli anni Ottanta e Novanta relative a fatti di corruzione o di pagamenti di tangenti realizzati mediante operazioni distrattive di risorse ricavate dalla costituzione di fondi neri: in particolare, Cass. pen., sez. II, 23.12.1989, Bernabei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 266 e ss., con nota di MILITELLO, relativa al processo sui fondi neri dellôI.R.I.; Cass. pen., sez. V, 9.7.1992, Boyer, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2108; Cass. pen., sez. II, 4 aprile 1997, Bussei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435 con nota di PEDRAZZI; Cass. pen., sez. V, 21.1.1998, Cusani, in *Foro. it.*, 1998, II, p. 517 e ss., che conclude il processo instaurato intorno allôaffare ENIMONT.

[92] In questi termini Cass. pen., 4 aprile 1997, Bussei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435; nonché Cass. pen., 9 luglio 1992, Boyer, cit., p. 1985

[93] Cass. pen., 4 aprile 1997, Bussei, cit. p. 1435.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ematiche sottese ai difficili rapporti tra i concetti di *infedeltà*, *distrazione* ed *appropriazione*[94] giova, in questa sede, sottolineare come anche in siffatti contesti la presenza di un collegamento societario può assumere un ruolo non trascurabile nella definizione della illiceità dei trasferimenti patrimoniali infragruppo realizzati a danno di unôaffiliata ed a vantaggio di altra società sorella o della capogruppo, o del gruppo inteso nel suo complesso. Attenta dottrina, nellôambito di una valutazione *unitaria* delle singole operazioni societarie, ha, infatti, evidenziato la rilevanza in *bonam partem* del gruppo, qualificando lôesistenza dello stesso come ñlimite interno della fattispecie di appropriazione indebitaò[95]: secondo tale impostazione verrebbe meno, cioè, ñla materia primaò del delitto in parola allorquando, a seguito di un giudizio effettuato in concreto, ñ*tenendo conto della realtà rappresentata dalla solidarietà del gruppo e dei benefici che dallôappartenenza al gruppo possono ricavare le società singole*ò, il bilanciamento tra costi e benefici per le stesse abbia esito positivo[96].

Al contrario, propongono una lettura maggiormente in linea col principio di autonomia giuridica delle singole società del gruppo - secondo cui non sarebbe mai ammessa una ñprevalenzaò dellôinteresse di gruppo su quello delle singole, e quindi sui diritti dei soci e dei creditori delle stesse - coloro i quali tengono in considerazione il fenomeno della aggregazione non già e non tanto al fine di stabilire la sussistenza o meno di una ñcondotta appropriativaò, quanto piuttosto allo scopo di definire se il profitto altrui, richiesto dallôart. 646 c.p., sia o meno ñingiustoò[97]. In particolare, si

---

[94] In riferimento ai quali si rinvia alle opere di PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p. 529 e ss.; ID, *Sui limiti dellôñappropriazioneò*, cit., p. 1444; MILITELLO, *Aspetti penalistici dellôabusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, in *Foro it.*, 1989, II, c. 427; ID, *Gli abusi del patrimonio di società controllate e le relazioni tra appropriazione indebita e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 280 e ss. Più di recente si vedano i lavori di FOFFANI, *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 361; MEZZETTI, *Lôinfedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 193; MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina dei gruppi di società*, Napoli, 2006, p. 41 e ss.; BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dellôamministratore di società e sanzioni penali*, Milano-Roma, 2006, pp. 76 e ss. e 181 e ss.

[95] Così PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penali*, in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, III, Milano, 2003, p. 744

[96] Ancora PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penali*, cit., p. 744, il quale utilizza, peraltro, come ñlimite esternoò il consenso della totalità dei soci della controllata-sacrificata allôoperazione dannosa, ai sensi dellôart. 50 c.p.

[97] Di questa opinione MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni tra appropriazione indebita e distrazione*, cit., p. 280; nonché MANGANO, *Lôinfedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1014.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ôinteresse sociale dellôente depauperato (che nella struttura dellôappropriazione indebita si configurerebbe come il proprietario della cosa mobile o del denaro) e lôinteresse del terzo per il raggiungimento del quale lôamministratore ha agito: solo nel caso in cui si provasse una ñtotale estraneitàò ed ñincompatibilitàò tra lôuno e lôaltro, solo cioè se si pervenisse alla ñintegrale altruità del profitto rispetto alla società proprietaria dei fondi utilizzatiò si potrebbe, allora, parlare correttamente di gestione abusiva, nella forma della appropriazione indebita[98]. In caso contrario a mancare per la configurabilità del fatto tipico sarebbe lôelemento soggettivo del dolo specifico.

2. *Lôimportanza di una ricostruzione omogenea del fenomeno ai fini penalistici.*

Sulla scorta di quanto in precedenza esplicitato in ordine alla ñcapacità criminaleò del modello del gruppo, sia come fattore di possibile ñoscuramentoò rispetto al compimento di operazioni fraudolente, sia come strumento ñagevolativoò in ordine alla proliferazione di condotte infedeli da parte degli amministratori, o ancora come ñscudoò relativamente ad attività distrattive realizzate nella fase di decozione dellôimpresa[99], emerge come - per le caratteristiche intrinseche che colorano il nostro sistema penalistico, incentrato sul principio di legalità ï sia necessario definire con la maggior determinatezza possibile, i confini che determinano la rilevanza giuridica (e non solo economica) del gruppo societario, al fine di fornire al giudice che dovrà applicare la eventuale sanzione tutti gli strumenti necessari per poter correttamente ricostruire il giudizio di responsabilità.

Il problema non assume rilievo solo nel settore del diritto penale societario, ma attiene, invero, ai più generali e complessi rapporti tra giustizia penale e giustizia civile: come è stato correttamente osservato, infatti, talvolta può accadere che ñlôinefficienza e la mancata risposta della giustizia civile finiscono inevitabilmente per risolversi in una dilatazione e in una supplenza impropria da parte della giustizia penaleò[100]. Del resto, però, è proprio nel settore che in questa sede interessa che emergono con maggior

[98] MILITELLO, *Aspetti penalistici dellôabusiva gestione*, cit., p. 438-439.
[99] Su cui più approfonditamente *infra*, Cap. III e IV.
[100] Le parole sono di FLICK, *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc*., 2000, p. 10, il quale,

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

cessiva sfasatura o ad una mancata armonizzazione tra i due rami dellôordinamento; e lôesperienza ha dimostrato come, anche e soprattutto in materia di gruppi di società, lôassenza, sino ad oggi, di una disciplina di carattere generale, ricollegata a sua volta ad una necessaria e prodromica delimitazione (*rectius* riconoscimento) della rilevanza *giuridica* del fenomeno sul piano civilistico, abbia portato ad un allargamento ï forse oltre confine ï del ruolo creativo della giurisprudenza penale[101] in ordine alla criminalizzazione dellôutilizzo ñpatologicoò del modello del gruppo, considerato, questôultimo, come una ñsemplice manifestazione della realtà fattuale ed economica della società singolaò e quindi, alternativamente, come ñfattore di frode fiscale; fattore di falso in bilancio; fattore di reato fallimentareò 102.

Tali considerazioni trovano la loro conferma soprattutto nellôambito del diritto penale fallimentare, in cui la posizione dei giudici di legittimità è pressoché unanime nel negare attitudine ñgiustificativaò al fatto dellôappartenenza al gruppo rispetto al compimento di determinate operazioni economiche infragruppo ritenute, comunque, illecite[103]. Muovendo, infatti, dal presupposto ï mai *espressamente* revocato in dubbio

[101] Lo rileva, da ultima, SCAROINA, Societas delinquere potest. *Il problema del gruppo di imprese*, cit. p. 57 e ss., la quale sottolinea come la giurisprudenza si sia spesso orientata verso interpretazioni tese a dilatare il più possibile lôambito di applicazione delle fattispecie incriminatrici che vengono allôevidenza in materia di gruppi ñsalvo, allôoccorrenza, rifugiarsi in posizioni formalistiche di fronte a meccanismi di limitazione della responsabilitàò.

[102] Le considerazioni sono nuovamente di FLICK, *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, cit., p. 11, il quale, commentando i lavori della Commissione Mirone in ordine allo schema di disegno di legge delega per la riforma organica del diritto societario (che poi verrà in parte ripreso nella più volte citata l. n. 366 del 2001), sottolinea la necessarietà e lôurgenza di un intervento normativo in materia societaria che sia tale da uniformare la disciplina penale con quella civilistica proprio in virtù della loro interdipendenza funzionale. Il pericolo che la carenza di regolamentazione giuridica di carattere pubblicistico e commercialistico - prima ancora che penalistico - può determinare rispetto al corretto funzionamento del principio di legalità e riserva di legge, da un lato, e di tassatività e sussidiarietà dallôaltro, finendo per accentuare indebitamente il ruolo del ñdiritto penale giurisprudenzialeò in *subiecta materia* è sottolineato dallo stesso autore in *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, cit., p. 472

[103] Qualche sporadica eccezione è da rinvenirsi in pronunce ormai risalenti nel tempo, tra cui Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 1959, Sansonetti e Torrefa, in *Riv. it. Dir, proc. pen.*, 1960, p. 939 con nota di STELLA, in cui, in materia di conflitto di interessi di cui allôart. 2631 c.c., si afferma che ñal fine di stabilire se sussista una genuina contrapposizione nellôatteggiamento psicologico di chi concorre a deliberare, bisogna tenere nel debito conto i particolari rapporti che intercorrano tra i diversi enti sociali. È di tutta evidenza, infatti, che quando le varie società siano collegate e interdipendenti, la sfavorevole attuazione di unôoperazione nellôambito di una fra esse può costituire la contropartita di un più cospicuo o più concreto risultato raggiunto nel seno di unôaltra; sicché, lôamministratore che faccia parte di due consigli può partecipare ad una delibera il cui contenuto eventualmente pregiudizievole non sia avvertito come tale, data la rilevanza che viene in realtà ad assumere nel quadro dei molteplici interessi in giocoò.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

onomia giuridica e patrimoniale delle società che compongono il gruppo, ovvero della irrilevanza dello stesso come ñulterioreò soggetto di diritto o come centro di imputazione di rapporti giuridici diverso dalle singole aggregate cui ricollegare un ñinteresse autonomoò, si è affermata la natura *distrattiva* di talune operazioni infragruppo, mediante le quali, in vista del fallimento ed in spregio ai creditori, si trasferivano somme di capitale da una società figlia in crisi a favore di altra società sorella o della stessa *holding*[105]. In particolare, la Corte ha in più occasioni ribadito come ñ*in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione il concetto di gruppo di società, ovvero di* holding*, ha solo valenza finanziaria e programmatica, ma lascia intatta la distinzione giuridico-patrimoniale tra le diverse società. Pertanto, la destinazione di risorse da una società allôaltra, sia pur collegata, integra perfettamente la violazione del vincolo patrimoniale nei confronti dello scopo strettamente sociale e configura la condotta del delitto sopra menzionato*ò[106]; sulla scorta di tali considerazioni ed a fronte del silenzio della legge, pertanto, la Corte negava rilevanza giuridica allô ñinteresse di gruppoò, considerandolo un interesse *di mero fatto*, non di per sé idoneo a giustificare condotte di distrazione in mancanza di una contropartita ñadeguataò ed ñimmediatamente percepibileò, e ciò in quanto ñ*il collegamento societario ha natura meramente economica e non scalfisce il principio di autonomia della singola persona giuridica*ò[107].

Di tenore diametralmente opposto si presentavano, però, talune sentenze in materia di falsità del bilancio consolidato, le quali riconoscevano lôunitarietà *normativa* del

---

[104] Il nuovo d.lgs. n. 6 del 2003, infatti, non prevede *expressis verbis* alcuna deroga alla concezione atomistica del diritto societario.

[105] La casistica ha rilevato come tali operazioni distrattive possano assumere la forma e la natura più svariate: dai finanziamenti a titolo gratuito, alla fornitura di beni o servizi a prezzi inadeguati, alla ripartizione iniqua di costi comuni o, comunque, in generale, a qualsiasi travaso di attività senza adeguato corrispettivo.

[106] In questi termini si esprime Cass. pen., sez. V, 14.12.1999, n. 1070, Tonduti, in *Cass. pen*., 2001, p. 661; sottolinea la idoneità di siffatte condotte a pregiudicare gli interessi dei creditori della singola erogante Cass. pen., Sez. V, 6.10.1999, n. 12897, Tassan Din e altri, in *Riv. pen*., 2000, p. 153; nonché Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2001, n. 13169, Cardinali, in *Riv. trim. dir. pen. ec*., 2001, p. 759; Cass. pen., Sez. V, 8 aprile 1999, n. 4424, *ivi*, 1999, p. 1203, secondo le quali lôesistenza del gruppo non influisce minimamente sullôautonomia patrimoniale delle aggregate e quindi sulla garanzia (rappresentata dal patrimonio sociale) della loro solvibilità, neppure allorquando questa venga intaccata o ridotta o annullata per il conseguimento dellôinteresse di gruppo.

[107] Cfr. Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 1985, n. 9421, Badeschi, in *Riv. pen*., 1986, p. 743; nonché, più di recente, Cass. pen., Sez. V, 1.7.2002, n. 29896, Arienti, *ivi*, 2003, p. 363. E ancora Cass. pen., Sez. V, 26.1.2001, n. 13169, Cardinali, cit, p. 759 in cui si sostiene che ñLa salvaguardia delle risorse sociali va attuata allôinterno del soggetto proprietario nellôinteresse dei creditori e dei terzi che hanno fatto affidamento sul patrimonio e sulla capacità operativa della singola società e non già del gruppoò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

stessi giudici in ambito fallimentare) allorquando questa fosse funzionale ad una condanna ai sensi dellôart. 2621 c.c., affermando che il bilancio consolidato, che rientra a pieno nel concetto di ñcomunicazione socialeò, è in realtà il bilancio di ñ*un ente unitario che è il gruppo e che si riassume nella società madre*ò; ovvero utilizzando in funzione estensiva le clausole di cui agli artt. 40, secondo comma e 110 c.p.[108]. In particolare la Cassazione ha, in talune ipotesi, individuato ñuna posizione di garanzia a carico degli amministratori della controllante nei confronti della gestione della controllataò[109], cadendo in qualche modo in contraddizione con quelle sue stesse pronunce che, invece, disconoscevano qualsiasi rilievo *giuridico* alla esistenza dei collegamenti societari: la posizione di garanzia dellôamministratore della *holding*, infatti, - ammesso che questa davvero sussista[110] ï dovrebbe trovare il suo fondamento nella titolarità di un potere *giuridico* di impedimento dellôevento vietato, nel nostro caso di un potere *giuridico* di vigilanza sullôoperato della controllante e, quindi, di gestione della stessa. La *legittimità* di tale potere, allora, se riconosciuta per fondare la responsabilità dellôorgano direttivo della controllante per omesso impedimento del reato

[108] Cfr. Trib. Torino, 9.4.1997, Romiti e Mattioli, in *Giur. it.*, 1998, II, p. 1961 con nota di CONTI; nonché in *Foro. it.*, 1998, II, p. 657 con nota di VISCONTI, a proposito del gruppo FIAT. Nellôambito dello stesso procedimento cfr. Cass. pen., sez. V, 19.10.2000, n. 191, Mattioli ed altri, in *Giur. it.*, 2001, p. 2343 con nota di RIVERDITI, in cui si afferma che ñIl bilancio consolidato è un documento contabile destinato a rappresentare la situazione patrimoniale e finanziaria di una realtà complessa come il gruppo di imprese, nel quale alla distinta individualità delle componenti fa riscontro il legame unitario che le unisce *quasi fossero espressione di unôunica impresa*. Con esso il legislatore ha inteso fornire a tutti gli interessati unôinformazione chiara, veritiera e corretta sulla situazione patrimoniale, reddituale e finanziaria della società controllante *quale effettiva titolare anche del patrimonio e del reddito unificati di tutte le società controllate*ò; riconosce, nellôambito della vicenda dei c.d. fondi neri della FIAT, la tendenza della Corte a valorizzare il fenomeno del gruppo *in malam partem*, MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dellôimpresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 918. In termini ancor più chiari Cass. pen., Sez. V, 9.7.1992, Boyer, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, con nota di TARDONE, secondo cui ñIl principio dellôautonomia delle società controllate nei confronti della controllante non vale ad impedire che il falso dei bilanci delle società controllate si riverberi sul falso della capofilaò. Per osservazioni critiche sul punto v. SCAROINA, Societas delinquere potest, cit. p. 58; nonché IACOVIELLO, *Falso in bilancio nei gruppi di società*, cit., p. 3151 e ss.

[109] Letteralmente Cass. pen. Sez. V, 10.1.2000, n. 191, Mattioli ed altri, cit., 2343 e ss.

[110] Sul punto si rinvia alle osservazioni di PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società*, cit., p. 832 il quale elude che un ñobbligo giuridico di impedire lôeventoò possa scaturire dalla mera esistenza di rapporti di controllo societario. Lôautorevole autore, infatti, muove dalla considerazione secondo cu il ñnostro ordinamento penale associa le posizioni di garanzia delle funzioni di gestione e controllo interne al singolo organismo societarioò non sussistendo alcun obbligo di vigilanza o intervento che incomba sul socio come tale. Resta ferma, ad ogni modo, lôeventuale responsabilità concorsuale in caso di istigazione al reato mediante delibere assembleari o istruzioni confidenziali. Peraltro unôeccezione a tale assunto di carattere generale viene ricollegata dallo stesso Pedrazzi alle situazioni specifiche e circoscritte in cui la *holding* effettui unôingerenza tale sulla gestione della controllata, in settori penalmente critici dellôattività della stessa, da far sorgere sulla prima un obbligo di protezione nei confronti degli interessi esposti ad offesa, configurando così delle posizioni di garanzia: posizioni che, appunto, si pongono come corollario dellôingerenza (p. 834-835).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

llata, tanto più dovrebbe essere ammessa per giustificare le ñingerenzeò della prima sullôassetto patrimoniale della seconda, allorquando queste siano funzionali al conseguimento dellôinteresse del gruppo, relegando, così, il principio della distinta personalità giuridica delle società del gruppo a mero assunto formalistico, con tutto ciò che ne potrebbe conseguire in materia penale[111].

Una maggiore apertura rispetto alla rilevanza del gruppo in unôottica di ñcompensazioneò tra sacrificio subito dalla controllata a seguito di condotte realizzate dagli amministratori che si presentassero come pericolose per lôintegrità del patrimonio sociale, e vantaggio da essa perseguibile nella prospettiva di appartenenza al gruppo si è, invero, manifestata in giurisprudenza in riferimento alla fattispecie di conflitto di interessi, ai sensi del vecchio art. 2631 c.c.. In tale contesto, infatti, la Corte è apparsa maggiormente propensa ad accogliere unô interpretazione sostanziale della norma che tenesse conto dei particolari rapporti che intercorrono tra i diversi enti sociali ai fini della esclusione della sussistenza del reato[112].

La discrasia tra le posizioni assunte dalla giurisprudenza penale su questi temi dimostra come una scelta normativa *chiaramente* indirizzata ad attribuire o a negare, o al più a definire i confini di una (possibile) rilevanza *giuridica* (e non solo economica) del gruppo, tale da ñsquarciare il veloò delle distinte personalità giuridiche delle sue componenti, con le connesse ripercussioni che questo comporterebbe anche in materia penale[113], possa effettivamente costituire lo strumento mediante il quale restituire razionalità e certezza al sistema.

A ben vedere, infatti, in virtù dei particolari rapporti funzionali che intercorrono - nel diritto penale complementare - tra la disciplina extrapenalistica ed il precetto penale che in essa trova il suo presupposto, e nonostante il riserbo che si intende mantenere rispetto alla scelta di attribuire al diritto penale, in siffatti contesti, un valore meramente sanzionatorio, non può, tuttavia, non riconoscersi una stretta e logica consequenzialità

---

[111] Sul punto si vedano le osservazioni critiche di MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dellôimpresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, cit., p. 918-919.

[112] Le considerazioni sono di SCAROINA, Societas delinquere potest,, cit., p. 62 la quale riporta lôesempio di alcune sentenze particolarmente sensibili nel riconoscere come le caratteristiche del gruppo di società siano tali da rendere necessario, ai fini del giudizio sulla sussistenza di un conflitto di interessi penalmente rilevante, di un bilanciamento dei molteplici interessi che vengono in gioco nellôambito delle scelte gestorie dellôente. In particolare il rinvio va a Cass. pen., Sez. III, 25.2.1959, Sansonetti e Torrefa, cit., p. 939.

[113] Si pensi, fra le altre, alle già citate ipotesi di bancarotta per distrazione ai sensi degli artt. 216 e 223 l. fall.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ulata a monte e la connessa delimitazione dellôarea di intervento penale a valle (in ossequio al principio di sussidiarietà)[114].

Invero, solo mediante una precisa e chiara presa di posizione da parte del legislatore commerciale in ordine alla qualificazione del gruppo societario ed alla sua connessa regolamentazione organica si può restituire al diritto penale il suo ruolo di *extrema ratio*, permettendo così al giudice di tornare ad operare legittimamente entro i confini delle sue competenze, ed a garantire la tutela di interessi rilevanti (quali quelli dei soci di minoranza o dei creditori) senza dover ricorrere a ñpericoloseò interpretazioni di tipo creativo che, invero, non gli competono e senza, dallôaltra parte, cadere nella rischiosa trappola dellôirragionevolezza[115].

Tuttavia, rilevata la impossibilità, peraltro riconosciuta espressamente dal legislatore delegato, di prevedere una regolamentazione (civilistica) unitaria ed esaustiva rispetto alle molteplici e diverse forme con cui il gruppo di società può venire ad operare nella realtà fenomenica, ovvero preso atto della impossibilità di definire una volta per tutte ciò che per sua natura non è riducibile ad unità[116], risulta fondamentale, ai fini di una corretta applicazione della norma penale in materia di gruppi, individuare i *principi* generali sottesi al funzionamento della concentrazione societaria, questi ultimi sì passibili di una categorizzazione omogenea. Sul punto, per le ragioni esposte in precedenza, sembra che il d.lgs. n. 6 del 2003, in relazione alla disciplina prettamente civilistica dellôattività di direzione e coordinamento di società, abbia ottemperato al suo scopo. Rimane, ora, necessario determinare se siffatti principi possono essere utilizzati e

---

[114] Sul punto si vedano le riflessioni di FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, cit., p. 472 il quale, descrivendo in termini critici il carattere tendenzialmente ñsanzionatorioò del diritto penale societario, che mal si concilia con i principi costituzionali di ñtassatività, precettività ed offensivitàò a fronte della ñdisimmeteria tra la componente penalista rigida e la componente civilistica elastica e dilatabile per analogiaò, riconosce, tuttavia, in riferimento al fenomeno del gruppo, come ñnei confronti di temi e di problemi come quello della concentrazione o dellôinformazione, le scelte di intervento di tipo penalistico non possono non essere strettamente consequenziali alle scelte di ordine civilistico formulate a monteò.

[115] Afferma come ñi concetti (normativi) propri del diritto societarioò servano ñad applicare in modo tassativo le disposizioni incriminaticiò MEZZETTI, *Lôñinfedeltà patrimoniale*, cit. p. 235. Sulla necessità di evitare sfasature tra la disciplina civile e penale in materia di gruppi v. anche FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 363.

[116] Cfr. *Relazione* al d.lgs. n. 6 del 2003 in cui si riconduce la scelta del legislatore delegato di non richiamare, allôart. 2497 c.c., una qualunque nozione di gruppo o di controllo, a due ragioni fondamentali: lôuna riscontrabile nel fatto che ñ*che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specificiò*, sicché trovarne una che valga per ogni diverso contesto o situazione in cui il gruppo viene ad operare appare quanto mai disfunzionale e non risolutivo; lôaltra, fondata sulla considerazione secondo cui ñ*qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata allôñincessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridicaò*.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

possono cioè essere utilizzati quegli stessi criteri di individuazione del gruppo recepiti, ormai, nellôordinamento civile mediante la disciplina della attività di direzione e coordinamento di società che incentrano la rilevanza del fenomeno intorno alla figura della effettiva *direzione unitaria*, e se può riconoscersi allô ñ*interesse di gruppo*ò un ruolo autonomo ai fini del giudizio di liceità penale di determinate operazioni, anche e soprattutto tenendo conto del disposto di cui allôart. 2643 terzo comma c.c., di cui si tratterà più avanti.

Si tratta, invero, di coordinare questôultima disposizione con la disciplina civilistica in materia di gruppi e verificare se sussista unôomogeneità tra le due norme che sia tale da permettere di attribuire alla ñteoria dei vantaggi compensativiò la natura di clausola generale, immanente nel sistema e valevole ed operativa, pertanto, in tutte le branche dellôordinamento.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Capitolo secondo

«INTERESSE DI GRUPPO» E «VANTAGGI COMPENSATIVI»

SOMMARIO: 1. Unità *versus* pluralità. Il ruolo dell'interesse di gruppo tra visione «atomistica» e visione «molecolare» della funzione societaria. La soluzione del legislatore civile ï 2. «Il rovescio penalistico della medaglia»: la riforma dei reati societari e la clausola dei vantaggi compensativi prevista dall'art. 2634, terzo comma, c.c ï 3. La difficile «perimetrazione» dell'operatività dei vantaggi compensativi in materia penale ï 4. I criteri della compensazione: il *quantum* ed il *quomodo* ï 4.1 *Segue*. I «vantaggi conseguiti» - 4.2 *Segue*. I «vantaggi fondatamente prevedibili» - 5. Assonanze e dissonanze tra disciplina civile e disciplina penale in materia di gruppi: un breve riepilogo

1. Unità versus pluralità: il ruolo dell'interesse di gruppo tra visione «atomistica» e visione «molecolare» della funzione societaria. La soluzione del legislatore civile.

Se, da un lato, il legislatore commerciale ha ñvolontariamenteò (e aggiungiamo noi ñinevitabilmenteò) omesso di prendere posizione espressa rispetto ad una *definizione* unitaria del fenomeno del gruppo a fronte della estrema varietà e variegatezza con cui questo si può presentare nella realtà economica, non può, invero, non riconoscersi, sulla scorta della breve analisi effettuata nel precedente capitolo, come siano stati realizzati notevoli passi in avanti, nell'ambito della legislazione civile speciale, per quanto riguarda la *disciplina* dei gruppi, sino a giungere, con la più volte citata riforma del 2003, ad una regolamentazione sostanzialmente organica del fenomeno.

Si è scelto, infatti, di attribuire rilevanza economica al gruppo inteso non già in termini meramente potenziali, come esistenza di un potere di controllo di una società su un'altra, ma in termini di effettività, come esistenza di una direzione unitaria di indirizzo e coordinamento; si è dato valore, altresì, alle diverse forme di estrinsecazione con cui il gruppo può operare, dettando una regolamentazione sia del gruppo inteso in senso verticale che in senso orizzontale; si è, infine, stabilita una disciplina omogenea in riferimento alle situazioni di abuso di direzione unitaria, sia per quanto concerne le operazioni realizzate durante la vita economica della società, sia per quelle poste in essere in fase di crisi dell'impresa[117].

[117] Il richiamo va, ovviamente, alla legge sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (d.lgs. n. 270 del 1999) ed, in particolare, all'art. 90 sulla responsabilità degli amministratori nei casi di direzione unitaria, sostanzialmente ripreso dalla nuova disciplina comune di cui all'art. 2497 c.c.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

vantaggi compensativi contenuta allôart. 2497 c.c., peraltro, il legislatore sembra aver finalmente dato una collocazione, un ruolo al c.d. ñinteresse di gruppoò, utilizzando lôesistenza effettiva della concentrazione societaria - intesa come complesso di soggetti distinti, portatori di interessi talvolta eterogenei, ma unificati dal punto di vista economico ï come criterio per valutare la dannosità o meno di determinate operazioni realizzate al suo interno, nellôottica, però, di un giudizio economico *complessivo*, che tenga conto dei legami tra le diverse componenti societarie, e dei vantaggi, anche mediati ed indiretti, che possano derivare dalla loro appartenenza al gruppo, senza peraltro soffermarsi sul mero danno risultante da un atto isolatamente considerato[118].

In questo modo sembrano superate e risolte quelle dispute dottrinarie dalle quali, prima della riforma, emergeva con tutta evidenza la sfasatura tra mondo giuridico e mondo economico, in materia di gruppi di società[119].

Da un lato, infatti, si sottolineava come - in base alla concezione «atomistica» del diritto societario recepita nel nostro ordinamento ï fosse impossibile considerare il gruppo come un *unicum* dal punto di vista giuridico[120]; dallôaltro, al contrario, si prendeva atto dellôendemico legame economico tra gli interessi delle società del gruppo - che a sua volta costituisce il motivo (*id est* il vantaggio) dellôaggregazione stessa ï riconoscendone sicuramente la natura di elemento differenziale rispetto alla realtà della società che opera come singola[121].

---

[118] Per una prima esposizione della teorica in esame si veda MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 710 e ss. Con diverse sfumature cfr. altresì BIN, *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, cit., p. 880 e ss.; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 224; FERRO-LUZZI, MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 452 e ss.; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 595 e ss. In posizione nettamente antagonista ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per unôanalisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 725; ID, *Il conflitto di interessi degli amministratori delle società per azioni*, Milano, 2000, p. 285 e ss.

[119] Qualifica il criterio dei vantaggi compensativi come il ñcapolinea del dibattito sulla legittimità delle politiche di gruppoò ROSSI, *Relazione introduttiva*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, pubbl. su *Giur. comm.*, 2002, I, p. 613 e ss.

[120] Per tutti, DôALESSANDRO, *Il diritto delle società*, cit., p. 48 e ss.

[121] In particolare, critico rispetto ad una concezione atomistica delle società del gruppo GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 19 e ss.; ID, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dellôeconomia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2006, p. 299 e ss., il quale ipotizza la possibilità che il gruppo possa essere visto come un *unicum* attraverso la c.d. ñteoria dellôoggetto mediatoò, secondo cui alla pluralità dei soggetti che compongono il gruppo corrisponde, invero, una scomposizione dellôattività imprenditoriale in diverse ñfasiò: da un lato, le funzioni operative, che attengono alla produzione e allo scambio di beni e servizi, esercitate *in via diretta e immediata* dalle singole controllate; dallôaltro, la funzione di direzione strategica e finanziaria, che nelle

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

fuori dei casi espressamente regolati dalla legge di settore, dinnanzi al delicato compito di decidere se riconoscere *tout court* tutela agli azionisti esterni ed ai creditori a fronte di operazioni infragruppo per essi dannose, negando in tal modo qualsiasi significato *giuridico* alla esistenza della concentrazione societaria[122], oppure se attribuire valore al gruppo inteso come soggetto portatore di un interesse da intendersi non già in termini di contrapposizione e terzietà rispetto allôinteresse sociale, ma piuttosto come un *quid* che al contrario si compenetra con esso, con conseguente allargamento delle basi di valutazione delle scelte gestionali[123].

---

imprese isolate si assomma alle funzioni operative, mentre nei gruppi se ne separa, rimanendo nella disponibilità della sola *holding*, la quale in questo modo esercita *in via indiretta e mediata* lôattività economica portata avanti dalle controllate. Secondo questa impostazione, rappresentando le società del gruppo e la *holding* stessa diversi reparti di una *medesima impresa*, gli atti realizzati dagli amministratori di questôultima, se rientranti nel suo oggetto sociale, non si porrebbero come estranei rispetto allôoggetto sociale delle aggregate; lôinteresse del gruppo, cioè, non costituirebbe un interesse extrasociale. Questo orientamento è stato, in parte, seguito da unôimportante sentenza intervenuta a conclusione di una nota vicenda giudiziaria iniziata negli anni Ottanta, in materia di assoggettabilità a fallimento della *holding* pura (Cass. civ., 26.2.1990, n. 1439, Caltagirone, in *Giur. comm.*, 1001, II, p. 360 con nota di RONDINONE). In particolare i giudici hanno fatto propria la tesi di Galgano convenendo che ñla nozione economica, che individua nel gruppo sostanzialmente unôunica impresa articolata su più soggetti, può trovare una corrispondente qualificazione giuridica sulla base indicata, individuando nel gruppo in quanto tale unôunica impresa articolata, alla quale peraltro non corrisponde un unico imprenditore ma, mediante lôincidenza dellôattività indiretta, una pluralità di imprenditori, quanti sono i soggetti del gruppo, e tra essi la capogruppoò. Ne consegue che ñlôimprenditorialità della *holding* non deriva dal fatto che essa svolga lôattività di partecipazione e di coordinamento tecnico finanziario, in sé e per sé considerata, ma deriva dalle specifiche attività di produzione e di scambio che formano oggetto delle società operanti ed il cui esercizio, in forma indiretta tramite la direzione ed il coordinamento ed a mezzo della partecipazione di controllo, è attuabile dalla capogruppo. La capogruppo, quindi, è imprenditore, per il fatto di esercitare attività imprenditoriale nella sua completezza, in una fase in via diretta, in altra fase in modo indiretto e mediatoò. *Contra*, ovvero per una qualificazione del gruppo in termini di ñmolteplicità di impreseò coordinate dalla capogruppo che rimane ente autonomo e diverso rispetto alle singole componenti, si veda, tra gli altri, MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *I gruppi di società*, cit., p. 719 e ss.

[122]In questo senso era orientata la prevalente giurisprudenza civile, tra cui Cass. civ., 13 febbraio 1992, n. 1759 in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 685 secondo la quale ñnon si possono ritenere legittime le attività che, nel perseguire gli interessi del gruppo, contrastino con quelli della società sino al punto di recarle pregiudizioò; nello stesso senso Cass. civ., 8 maggio 1981, n. 5123, in *Soc.*, 1991, p. 1351 in cui si afferma che lôinteresse di gruppo può e deve rappresentare lôobiettivo della *holding*, ma non può trovarsi in conflitto con quello delle controllate. Sulla centralità, in materia di gruppi, del problema relativo alla tutela degli azionisti e dei creditori che, facendo affidamento sulla situazione economica della singola affiliata, possono veder lese le proprie aspettative dalla ñpolitica di gruppoò v. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., p. 121; SPADA, *Lôamministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 223.

[123] Per primo MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit. p. 726 e ss., secondo cui ñla nozione di *pregiudizio* va valutata non separatamente, ma confrontata dialetticamente con i vantaggi dellôappartenenza ad una comunità allargataò. Tra coloro i quali, già prima della riforma del 2003, si mostravano maggiormente sensibili rispetto allôidea di tenere in considerazione i particolari rapporti intercorrenti tra i diversi enti sociali ai fini della valutazione della sussistenza di un conflitto di interessi, vi era chi, mantenendo una posizione piuttosto rigida e rigoristica, richiedeva una ñcompensazione effettivaò a vantaggio della società sacrificata, nel senso di un necessario pareggio (almeno) tra perdita e guadagno, conseguibile a seguito del pagamento di un indennizzo ad opera della capogruppo, anche a

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

e è stata nel senso di mediare tra lôesigenza di non precludere il perseguimento di politiche di gruppo e quella di evitare che si approfitti della posizione di controllo per sacrificare gli interessi dei soci esterni e dei creditori della controllata, mediante il recepimento implicito del criterio della ñcompensazioneò di cui allôart. 2497 c.c.. In particolare, giova ribadirlo, la nuova disciplina organica in materia di direzione e coordinamento delle società mantiene fermo lôassunto secondo cui lôobiettivo del perseguimento dellôinteresse di gruppo non può aprire le porte ad una politica ñspregiudicataò di depauperamento delle singole ñmonadiò che lo compongono, sicché rimane in piedi il limite dellôautonomia giuridica e patrimoniale dellôente, ancorché aggregato. Tuttavia, il legislatore si mostra sensibile rispetto ad un dato empirico non facilmente superabile: la collocazione nellôambito di un gruppo comporta necessariamente un cambiamento delle condizioni di esercizio dellôimpresa sociale e, con esse, dei parametri di verifica della convenienza delle singole decisioni[124]. Come rilevato in precedenza, infatti, la scelta di esercitare lôattività economica mediante il modello organizzativo del gruppo è funzionale al raggiungimento di una maggior efficienza del sistema produttivo, a sua volta strumentale alla massimizzazione del profitto[125]: i vantaggi che si possono conseguire per mezzo dellôaggregazione societaria, però, divengono effettivi solo allorquando gli amministratori della *holding* siano ñliberiò

mezzo di operazioni più o meno contestuali che riportassero ad equilibrio la situazione patrimoniale preesistente della società danneggiata. In questo senso, ovvero per una valutazione *ex post* del dato economico effettivo, si esprimevano DENOZZA, Rules vs Standards *nella disciplina dei gruppi: lôinefficienza delle compensazioni ñvirtualiò*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, p. 337; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 224 e ss.; SPADA, *Lôamministrazione delle società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, pag. 240 e ss. Di diverso avviso, invece, i sostenitori di una compensazione c.d. ñelasticaò, valutata in una prospettiva *ex ante*, cioè sulla scorta non già dei risultati positivi o negativi (per il gruppo e per la controllata sacrificata) effettivamente conseguiti a seguito dellôoperazione infragruppo, ma dei vantaggi semplicemente attesi in base ad una ragionevole analisi economica, estesa anche sul medio e lungo periodo. Secondo siffatta impostazione, pertanto, ai fini di un giudizio di legittimità della politica di gruppo, non è necessario il ñpareggioò aritmetico tra costi e benefici in ordine ad una specifica operazione, guardandosi piuttosto alla ragionevolezza del pronostico sulla base del quale ci si attendeva il conseguimento di un certo vantaggio, che poi si potesse a sua volta ripercuotere positivamente sulla società depauperata. In questo senso MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 731; FERRO-LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2001, p. 13 e ss.; PAVONE LA ROSA, *Il gruppo di imprese nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 20001, I, p. 486.

[124] Si esprime in questi termini NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e ñvantaggi compensativiò)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3789.

[125] Cfr. cap. I, § 1.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

elle singole società[126]. In altri termini, ciò che il legislatore del 2003 ha inteso riconoscere, mediante lôinserimento nel sistema della formula del ñvantaggio compensativoò, è lôassunto secondo cui la possibilità da parte della controllante di effettuare trasferimenti patrimoniali infragruppo non costituisce *di per sé* unôoperazione economicamente confliggente con lôinteresse sociale della controllata, né una lesione al ñdogmaò delle distinte personalità giuridiche; e lôeventuale depauperamento che da tali flussi finanziari derivi rispetto al patrimonio della singola non necessariamente assume, per essa, i caratteri del danno, posto che lo stesso fatto di appartenere ad un gruppo influisce sul criterio di giudizio. I legami tra le diverse componenti, infatti, fanno sì che ogni scelta strategica portata avanti dalla *holding* abbia delle ripercussioni positive o negative sulla situazione patrimoniale del gruppo e quindi anche delle singole, ma la qualificazione in ordine alla convenienza o meno di siffatte dinamiche gestorie rispetto alle varie ñmonadiò muta proprio in virtù della loro appartenenza al gruppo: sicché un trasferimento di ricchezza senza contropartite o garanzie da una società allôaltra, imposto dalla controllante, può assumere un significato assai diverso a seconda che venga effettuato allôinterno di un gruppo o meno.

È il punto di visuale che muta: non si tratta, invero, di stabilire la prevalenza o meno dellôinteresse di gruppo rispetto allôinteresse sociale delle singole componenti, o il carattere di estraneità del primo rispetto allôoggetto sociale delle seconde, ma di ricercare un punto di equilibrio tra i due, che muova dal significato economico di determinate scelte gestorie mediante, però, unôanalisi che tenga conto della realtà *complessiva* del gruppo[127]. Così il giudizio *globale* rispetto alla dannosità di una operazione finanziaria che coinvolga il capitale della singola aggregata, non sarà più collegato allôesame dellôatto dispositivo singolarmente considerato, ma dovrà essere arricchito dalla valutazione del contesto in cui questo sia stato realizzato: a tal fine, il

[126] Si vedano sul punto le considerazioni di BUSSON, *Operazioni infragruppo e bancarotta mediante distrazione*, in *Dir. pen. proc.* 2001, p. 766.

[127] Tali considerazioni si rinvengono nel pensiero di MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società*, corporate governance, Padova, 1999, p. 104 il quale, nellôutilizzare la teoria del vantaggio compensativo come criterio di calcolo per valutare la dannosità di una operazione infragruppo, rileva come non sia sufficiente, ai fini della compensazione, lôesistenza di un generico beneficio derivante (alla controllata sacrificata) dalla mera appartenenza al gruppo; ed esclude, altresì, la necessità di un riequilibrio aritmetico e rigido tra costi e benefici. Piuttosto lôautore riconduce il giudizio di ñnon extra-socialitàò del perseguimento dellôinteresse di gruppo ad un ñprocedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo reso, e perciò successivamente controllato (in sede giudiziale), in base agli elementi noti al momento in cui lôoperazione infragruppo viene decisaò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

enziale ñ*perché ciò che deve essere verificato non è già il risultato finale positivo o negativo, così come esso si è storicamente realizzato*ò 128, bensì il risultato *complessivo* dellôattività di direzione e coordinamento, che inevitabilmente si ripercuote, in prospettiva, sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della singola.

La parte finale dellôart. 2497 c.c. è stata inserita esattamente a questo scopo: per attenuare quella sfasatura tra mondo giuridico e mondo economico, tipica della realtà del gruppo di società, suggerendo allôinterprete, un criterio valutativo che *contemperi* lôinteresse dei soci di minoranza e dei creditori ï la cui necessità di tutela non è mai stata revocata in dubbio dal legislatore ï con lôinteresse del gruppo allo sfruttamento dei vantaggi che tale modello organizzativo arreca. Di talché, non sarà suscettibile di critiche, sul piano del rispetto dei principi di correttezza della gestione societaria ed imprenditoriale, quellôoperazione infragruppo depauperativa del patrimonio della singola che risulti, però, vantaggiosa per il gruppo alla luce del risultato *complessivo* dellôattività di direzione e coordinamento, *riverberandosi in maniera positiva anche sul bilancio della società inizialmente sacrificata*. A tale risultato non si perviene, invero, attraverso un giudizio di prevalenza o di soccombenza tra interessi contrapposti (quello del gruppo e quello della aggregata), quanto, piuttosto, mediante un criterio valutativo *tecnico* di carattere *economico-funzionale* che tenga conto dellôuno e dellôaltro, in una prospettiva di ampio respiro.

In base, allora, al dettato dellôart. 2497 ultima parte, c.c., dovrà ritenersi *legittima* quella politica di gruppo, cioè lôinsieme delle direttive emesse dalla *holding* nellôambito della sua attività di direzione e coordinamento, che imponga alle controllate di effettuare operazioni per esse ñdiseconomicheò, ma vantaggiose per altre società del gruppo o per il gruppo complessivamente inteso, sempre che il legame tra il gruppo stesso e lôente sacrificato determini per questôultimo, anche in un momento successivo, un ritorno di utilità[129]. A fronte di tale compensazione, ovvero a fronte di operazioni dirette alla integrazione del patrimonio depauperato della controllata, la legge *esclude la sussistenza di un danno* rilevante ai fini della responsabilità della *holding* di cui agli artt.

[128] MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi*, cit., p. 104
[129] Tale ricostruzione è stata ultimamente recepita, in più occasioni, anche dalla giurisprudenza civile: v. Cass. civ., sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707, in *Soc.*, 2005, p. 164; Cass. sez. I, 21.1.1999, n. 521, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1529; Cass. civ., sez. I, 5.12.1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2318.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

zio *quantitativo* da effettuarsi in una prospettiva *ex post*[130].

2. «Il rovescio penalistico della medaglia»: la riforma dei reati societari e la clausola dei vantaggi compensativi prevista dall'art. 2634, terzo comma, c.c.

Con la riforma ad opera del d.lgs. n. 61 del 2002, ed in particolare con l'introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale, il legislatore penale si è dimostrato sensibile rispetto alle problematiche legate al fenomeno del gruppo di società, prendendo atto della attitudine di queste ad influire, talvolta in modo assai pregante, sui meccanismi e sugli equilibri precari che in questa delicata materia si frappongono tra rischio (lecito) di impresa e responsabilità penale.

Con un'inaspettata anticipazione rispetto alla disciplina sostanziale offerta dal successivo d.lgs. n. 6 del 2003 - anticipazione peraltro criticata quasi all'unanimità dagli studiosi della materia[131] - la riforma dei reati societari introduce per la prima volta nel codice civile (precisamente all'art. 2634, terzo comma, c.c.) il termine "gruppo" senza, però, azzardarne alcuna definizione o descrizione: tale decisione è da ritenersi presumibilmente assunta in un'ottica di sussidiarietà e frammentarietà, avendo scelto il legislatore penale di lasciare alla *ferenda* disciplina commercialistica il più ampio spazio in ordine all'inquadramento giuridico del fenomeno[132].

---

[130] Sulla natura "rigida" o "elastica" della compensazione si rinvia alle considerazioni (*ante* riforma) degli autori citati alla nota n. 126; alla luce della formulazione letterale della norma pare si possa, ora, sostenere che il legislatore abbia optato per una tesi intermedia, che richieda sì un giudizio di tipo non meramente aritmetico rispetto alla valutazione del vantaggio, ma che imponga, altresì, di effettuare un'analisi che tenga conto dei fattori oggettivi ed effettuali risultanti dalla realizzazione della politica di gruppo.

[131] Tra gli altri, ABRIANI, *Riforma societaria e nuovo diritto penale commerciale*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2003, p. 231; ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p.12; PEDRAZZI, *Prefazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. XX; PULITANÒ, *Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato*, in *Guida al dir*., 2001, p. 9; FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc*., 2001, p. 1196; MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 235. Relativamente alle rispettive clausole che richiamano i vantaggi compensativi in materia civile e penale, parla di "paradigmi non coincidenti" che dovrebbero essere tra loro "armonizzati" anche MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda*, cit., p. 627-628.

[132] Inquadramento che di fatto è avvenuto col d.lgs. n. 6 del 2003, ma solo in riferimento ad i presupposti di esistenza del gruppo (ovvero alla sussistenza di una direzione unitaria), ed alla disciplina della pubblicità, della responsabilità della *holding*, e delle modalità di uscita del socio dalla società (artt. 2497 e ss. c.c.); nulla invece, né ad opera del legislatore penale né di quello civile in ordine alla *definizione* del gruppo.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

i si è detto[133] in ordine alle lacune di tutela lasciate dalla vecchia fattispecie di conflitto di interessi (art. 2631 c.c.) e da quella generale di appropriazione indebita (art. 646 c.p.) rispetto alle condotte infedeli degli amministratori lesive delle aspettative dei soci di minoranza e dei creditori[134], con lôart. 2634 c.c. il legislatore prende finalmente atto, anche sul piano penale, della nuova modalità di organizzazione dellôimpresa, quella dellôaggregazione societaria, riconoscendone la sostanziale legittimità[135], e ribadendo la necessità di distinguere, nellôambito delle realtà economiche complesse, le attività che solo allôapparenza risultino *contra ius*, da quelle che, invece, assumono i crismi dellôillecito penale.

Tale fondamentale distinguo, quale presupposto per lôutilizzo di un corretto criterio ermeneutico di ricostruzione dellôarea del penalmente rilevante nellôambito del gruppo, è riconducibile al terzo comma dellôart. 2634 c.c. La norma, infatti, dopo aver descritto le modalità di condotta dellôinfedeltà gestoria (tutta incentrata sulla sussistenza di un conflitto di interessi tra il soggetto attivo e la società) richiede che dallôatto di disposizione dellôamministratore (o di altro soggetto attivo indicato nella disposizione stessa) consegua un danno patrimoniale alla società; inoltre, dopo aver qualificato la fattispecie soggettiva con il richiamo al dolo intenzionale di danno ed al dolo specifico di ingiusto profitto o di altro vantaggio, considera il caso in cui il trasferimento patrimoniale venga realizzato dallôamministratore in favore di altra società collegata o facente parte del gruppo cui appartiene anche quella depauperata: in siffatte ipotesi il terzo comma dellôart. 2634 c.c. esclude lôingiustizia del profitto della società collegata o del gruppo allorquando questo sia ñ*compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dallôappartenenza al gruppo*ò.

In questôottica la norma sembra qualificare come lecita lôazione del gestore che, al fine di arricchire un ente diverso da quello da lui amministrato, determini nellôimmediato un impoverimento di questôultimo, sempre però che tale decisione si

[133] V. *supra*, Cap. I, Sez. II, § 1.2

[134] Sulla nuova struttura del delitto di infedeltà patrimoniale v. FOFFANI, *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 345 e ss.; MILITELLO, *Lôinfedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *I nuovi reati societari. Diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 471 e ss.; MACCARI, sub *art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penale ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, p. 149 e ss.; MEZZETTI, *Lôinfedeltà patrimoniale*, cit., p. 193 e ss.; MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., *passim.*

[135] Sulla scorta del dettato della legge delega n. 366 del 2001 e della *Relazione* di accompagno (in *Riv. soc.*, 2000, I, p. 67 e ss) che, come in più riprese evidenziato, ha attribuito al gruppo un valore tendenzialmente positivo.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ello stesso in una prospettiva di medio o lungo periodo.

Non ci sarebbe, in siffatte ipotesi, alcuna incompatibilità tra lôinteresse del gruppo o della società collegata e quello della singola depauperata, allorquando, proprio in virtù della sua appartenenza al gruppo questa abbia un ritorno di utilità che sia in grado di giustificare la scelta, ñapparentemente infedeleò, dellôamministratore.

Ad una prima esegesi della clausola appare già evidente come, al contrario della formula che verrà poi recepita in sede civile, la compensazione con funzione ñesimenteò (si utilizza consapevolmente tale locuzione in modo atecnico), debba avvenire tra il vantaggio ñconseguito o fondatamente prevedibileò ed il ñprofittoò di altra società o del gruppo nel suo complesso, per il raggiungimento del quale lôamministratore ha agito in danno della società da lui gestita[136]. Nel caso in cui tale operazione comparativa abbia per lôente impoverito un esito positivo verrebbe meno un requisito di fattispecie, cioè lôingiustizia del profitto quale oggetto materiale del dolo specifico, e lôoperazione riportabile al gestore ñapparentemente infedeleò non sarebbe, pertanto, più riconducibile sotto lôalveo dellôart. 2634 c.c., appunto per difetto di tipicità[137].

---

[136] Siffatta formula, con il suo collegamento allôingiusto profitto, è stata per la prima volta utilizzata nello schema di legge delega per lôemanazione di un nuovo codice penale, predisposto dalla ñCommissione Pagliaroò nel corso della X legislatura, in riferimento ad una fattispecie di infedeltà patrimoniale (art. 112, n.2), collocata nellôambito dei ñreati contro lôeconomia imprenditorialeò, consistente nel fatto di chi ñcon abuso di poteri e violazione di doveri inerenti alle funzioni esercitate nellôimpresa, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, cagioni allôimpresa un danno patrimonialeò, specificando poi che ñnon è ingiusto il profitto dellôimpresa collegata, ove questo sia compensato dai riflessi favorevoli per lôimpresa per il cui conto lôatto è compiutoò. Cfr. sul punto FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 288. La medesima disciplina è stata poi richiamata dalla successiva e più recente ñCommissione Mironeò, istituita per la redazione dello schema di legge delega per la riforma del diritto societario nel 2000 che, allôart. 10 n. 12 prevede unôipotesi delittuosa di infedeltà patrimoniale in cui, tra le altre cose, si specifica che ñnon si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se esso è compensato da un vantaggio anche ragionevolmente prevedibile, derivante dal collegamento o dallôappartenenza al gruppoò. La formula è stata sostanzialmente ripresa anche dalla legge delega n. 366 del 2001, allôart. 11 lett. a): nellôattuale art. 2634 c.c. il legislatore delegato aggiunge, però, un riferimento ai ñvantaggi conseguitiò e sostituisce il termine ñragionevolmenteò con lôespressione ñfondatamenteò.

[137] Ricollegano la non punibilità di tali operazioni ad un difetto di tipicità rilevante sul piano soggettivo della fattispecie, tra gli altri, GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (seconda parte)*, in *Studium Juris*, 2002, p. 837; MACCARI, sub *art. 2634 c.c.*, cit., p. 166; MEZZETTI *Lôinfedeltà patrimoniale*, cit., p. 235; ALDOVRANDI, *Art. 2634 c.c.*, in AAVV., *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2007, p. 144; ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AAVV., *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 188. In unôottica particolare MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 230 e ss., il quale specifica che il reato viene meno in presenza dellôeffettivo conseguimento di un profitto giusto. Tale connotazione di tipo *oggettivo* non influirebbe, secondo lôautore, sulla sussistenza del dolo specifico, quanto piuttosto sulla liceità dellôintera operazione infragruppo. La non ingiustizia del profitto, cioè, esprimerebbe un limite *oggettivo* al configurarsi della

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

questi termini è stata criticata da coloro i quali, invece, sostengono che la compensazione vada riferita piuttosto al *danno* subito dalla controllata[138]. Se è vero, cioè, che ñla ragion dôessere del gruppoò è quella di ñcreare sinergie virtuose, produttive di profitti *superiori* rispetto a quelli conseguibili dalle singole società isolatamente considerateò allora non si spiegherebbe perché dovrebbe andar premiato, mediante lôesenzione da pena, quel gruppo di imprese che si dimostri ñprogrammaticamente inefficienteò in quanto ñpur penalizzando lôinteresse sociale particolare di taluna sua componente non riveli lo scopo di perseguire ï né si riveli capace di produrre ï alcun profittoò[139]. Ciò che, invero, dovrebbe essere compensato, o quantomeno preso in considerazione per valutare i limiti della legittimità del perseguimento di un interesse extrasociale, sarebbe, piuttosto, il *pregiudizio* che deriva in capo alla controllata dallôatto di disposizione patrimoniale[140].

Tuttavia, al riguardo una prima obiezione può muoversi dalla circostanza che la norma non fa alcun riferimento, ai fini della esenzione da pena, al mancato perseguimento di un generico profitto, quanto piuttosto alla non ingiustizia dello stesso: sicché appare fuorviante parlare di ñpremioò per il gruppo ñche non riveli lo scopo di perseguire alcun profittoò posto che il trattamento ñfavorevoleò di cui al terzo comma dellôart. 2634 c.c. presuppone esattamente che lôazione dellôamministratore sia indirizzata verso il perseguimento di un profitto non ingiusto, ma pur sempre di un profitto.

---

condotta infedele (v. p. 238). *Contra*, MUCCIARELLI, *Il ruolo dei* ***ñ****vantaggi compensativi****ò*** *nellôeconomia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 631, il quale invece propende per la natura di ñscriminanteò della clausola dei vantaggi compensativi.

[138] V. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Una tavola rotonda*, cit., p. 618, il quale, a proposito della formulazione di cui allôart. 2634 terzo comma c.c., parla di ñevidente improprietà lessicaleò o, ancora, di ñinesattezze terminologicheò, asserendo che ñnon è ovviamente il *profitto* della società collegata o del gruppo a dover essere compensato dallôappartenenza alla comunità allargata (come invece pretenderebbe la lettera della legge, così prefigurando una *compensatio lucri cum lucro*); è piuttosto il *danno* patito dalla controllata a seguito dellôoperazione infragruppo ï e da cui la controllante (o altra società collegata) abbia tratto correlativamente vantaggio ï che dovrà trovare adeguata compensazione al fine di escludere la ingiustizia del danno stesso (e dunque la configurabilità della fattispecie incriminatrice di cui allôart. 2634 c.c.). Nello stesso senso CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione* ***ñ****virtuale****ò*** *alla compensazione* ***ñ****reale****ò****), alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 606; GIOVANARDI, *Sulla impossibilità di estendere i* ***ñ****vantaggi compensativi****ò*** *ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1369; FOFFANI, *Le infedeltà*, cit. p. 359 e ss.; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, cit., p. 3796, il quale afferma che ñdue valori di segno positivo non si compensanoò.

[139] FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 360

[140] Per una critica a siffatta ricostruzione si veda, da ultimo, MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 71 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

a dottrina che lo scopo della clausola in questione è quello di evitare, allôinterno delle dinamiche di gruppo, un accavallamento concettuale tra operazioni economiche o trasferimenti patrimoniali che determinino una situazione di *iniziale* perdita per taluna delle controllate, e fatti di infedeltà[141]. Il *discrimen* tra le due situazioni è dato dal diverso disvalore di condotta che, a sua volta, assume maggiore o minore pregnanza in base alla situazione di fatto in cui il soggetto si trova ad agire (ad esempio nel contesto di un gruppo di società), ed al particolare *animus* che sostiene la sua azione. Di qui lôimportanza, in termini di struttura della fattispecie, dellôelemento del dolo specifico, che costituisce la molla stessa dellôazione, qualificandola, ed espungendo, così, dallôarea di rilevanza penale tutti quegli atti che, nonostante rechino un pregiudizio al patrimonio sociale, non siano determinati dalla volontà di realizzare un interesse ñextrasocialeò.

Soffermandosi, infatti, sul mero contegno *oggettivo* dellôamministratore che, in esecuzione di una direttiva impartita dalla *holding* trasferisca, senza alcun corrispettivo, dei beni appartenenti alla società del gruppo da lui gestita a favore di altra società sorella, provocando così un danno patrimoniale alla prima, si potrebbe affermare con certezza il carattere pregiudizievole dellôoperazione (per la società amministrata), ma nulla ancora si potrebbe dire in ordine alla qualificazione della condotta in termini di ñinfedeltàò[142].

Questa dovrebbe ravvisarsi in presenza di una assoluta divergenza tra lôinteresse della società gestita e quello ad esso opposto e contrario che, invece, fa capo allôamministratore, e ne orienta le scelte. È esattamente questo interesse ñextrasocialeò a determinare lôesercizio deviato del potere gestorio, a spingere, cioè, il soggetto attivo a compiere atti depauperativi o, comunque, dannosi rispetto al patrimonio sociale e quindi ai soci ed ai creditori[143]. Nella struttura dellôinfedeltà patrimoniale il dolo specifico contribuisce ad individuare, seppur sul piano soggettivo, tale necessaria connotazione oggettiva della condotta[144]: la volontà di conseguire per sé o per altri in ingiusto profitto

[141] Le osservazioni sono elaborate da MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 901.
[142] Sostiene, invece, che il ñperno su cui ruota lôincriminazioneò ovvero lôelemento che caratterizza e differenzia il fatto tipico di cui allôart. 2634 c.c. sia non già la esistenza di un conflitto di interessi (che assume rilievo solo quale presupposto fattuale della condotta), ma ñ*lôatto di disposizione dannoso per lôinteresse socialeò* MEZZETTI, *Lôinfedeltà patrimoniale*, cit., p. 225
[143] Vedi ancora MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 891.
[144] A proposito del dolo specifico parla di elemento ñoggettivo espresso in termini soggettiviò RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, p., 368

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

sito specializzante e caratterizzante il concetto di infedeltà o di abuso del potere di gestione; si colloca, cioè, come elemento di collegamento tra lôesistenza di un interesse in conflitto ed il compimento dellôatto gestorio dannoso. La disposizione patrimoniale, ancorché pregiudizievole, non sarebbe infedele se non fosse casualmente determinata dalla esistenza di un interesse confliggente con quello sociale, ed il fine di ingiusto profitto non fa che contribuire a colorare la condotta in questi termini, quindi a delimitarla anche sul piano oggettivo[145]. Se si prescindesse dallôanimus dellôagente, in termini di dolo specifico, si dovrebbero punire tutte le operazioni pregiudizievoli per la controllata poste in essere dallôamministratore in conflitto senza, però, che tale conflitto abbia avuto alcun ruolo determinante nella deliberazione delle stesse; in tal modo si ricadrebbe, invero, nella ñtenaglia formalisticaò che caratterizzava la vecchia fattispecie di conflitto di interessi prevista dallôart. 2631 c.c., con tutte le difficoltà applicative che tale figura problematica poneva[146]. E si prescinderebbe, peraltro, da un dato di fatto fondamentale, collegato ad esigenze di necessaria ñframmentarietàò e ñoffensivitàò del diritto penale, ovvero di selezione e delimitazione del fatto tipico, e cioè che nellôambito della gestione delle attività economiche i pregiudizi patrimoniali sono *connaturati* al rischio di impresa[147] e sono spesso riconducibili ad errori di gestione, a previsioni sbagliate, a calcoli infondati, determinati vuoi da un eccessivo ottimismo o pessimismo di colui che li effettua, vuoi da improvvise fluttuazioni del mercato, vuoi da una semplice negligenza o incompetenza.

Ecco, allora, che la scelta del legislatore di integrare la descrizione oggettiva della condotta penalmente rilevante con una particolare qualificazione soggettiva che la

---

[145] Sul ruolo di delimitazione del fatto tipico del dolo specifico di ingiusto profitto v. MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 891; ID, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 238 e ss., il quale sottolinea come lôart. 2634, terzo comma, c.c. ñsi incarichi di escludere lôabuso del potere di gestione, configurando un ambito di oggettiva liceità delle scelte effettuateò (p. 277); DôAVIRRO, *Lôinfedeltà patrimoniale*, in DôAVIRRO-MAZZOTTA, *I reati di ñinfedeltàò nelle società commerciali*, Milano, 2004, p. 100; AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di ROSSI, Torino, 2005, p. 418.

[146] Sul problema del ñformalismoò del vecchio art. 2631 c.c. si rinvia alle opere degli autori citati alla nota n. 87, cui si aggiungano le osservazioni di ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 509; BRICOLA, *Lo statuto dellôimpresa: profili penali e costituzionali*, in AA.VV., *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985, p. 99; PORTALE-ROMANO, *ñRistrutturazione delle casse di risparmio e conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, p. 680 e ss.; ZUCCALÀ-STRANO LIGATO- ZUCCALÀ M.A., *I reati di infedeltà nelle società commerciali e nellôintermediazione finanziaria*, in *Trattato di diritto penale dellôeconomia*, a cura di CONTI, Padova, 2000, p. 303.

[147] Lo rileva BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 127

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

estione o, comunque, da generici atti che di per sé siano idonei ad arrecare pregiudizio alla società, e che contribuisca in tal modo ad accentuarne il disvalore in termini di ñinfedeltàò, risponde perfettamente a quelle esigenze di ñcanalizzazioneò dellôintervento penale, mantenendo così questôultimo il suo ruolo di *extrema ratio*[148].

Sulla scorta di tali premesse in ordine alla funzione del dolo specifico nella struttura della fattispecie di infedeltà patrimoniale, appare più agevole cogliere, invero, il senso della scelta del legislatore di qualificare lôazione promossa nellôinteresse del gruppo - che abbia una ricaduta positiva sulla società inizialmente depauperata - come elemento negativo dellôingiustizia del profitto. Come visto, il dolo specifico è lo strumento che, sul piano soggettivo, serve a qualificare la condotta di infedeltà; questa è, a sua volta, caratterizzata sul piano oggettivo dal contrasto tra lôinteresse sociale e quello extrasociale che, da ultimo, muove lôamministratore a disporre dei beni della società in suo danno. Il disvalore del fatto risiede quindi, sia sul versante psicologico che su quello materiale, in tale contrapposizione. Il terzo comma dellôart. 2634 c.c. azzera siffatto conflitto, intervenendo in ogni caso sulla fattispecie oggettiva mediante il riferimento alla non ingiustizia del profitto, e collegando questôultima alla esistenza di un sicuro o possibile vantaggio che dallôappartenenza al gruppo possa derivare alla società effettivamente danneggiata. Il vantaggio compensativo, che elimina il requisito della ingiustizia del profitto quale oggetto del dolo specifico, crea uno spazio *oggettivo* di liceità, concedendo gli strumenti per determinare a monte se sussista o meno, in ordine ad una certa operazione *pregiudizievole*, il conflitto tra lôinteresse sociale e interesse dellôamministratore (che può anche coincidere con quello del gruppo, ma restare in antinomia con quello della singola aggregata). Non interessa, quindi, ai fini dellôesonero dalla responsabilità penale, se venga o meno compensato il danno alla società amministrata; questo rimane, infatti, un elemento costitutivo di fattispecie in assenza del

[148] In senso contrario si esprime MILITELLO, *I reati di infedeltà*, cit., p. 702 il quale nega che il dolo specifico di ingiusto profitto nellôambito della infedeltà patrimoniale assuma un ruolo di effettiva delimitazione della fattispecie, posto che appare difficile non desumere la esistenza di una volontà di conseguire per sé o per altri un ingiusto vantaggio in capo a agisca consapevolmente in una situazione di conflitto di interessi e con lôintenzione di cagionare un danno alla società che amministra. Così anche FOFFANI, *Società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 1879; nonché MANNA, *Abuso dôufficio e conflitto dôinteressi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 158.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

e di infedeltà patrimoniale[149]. La sanzione sarà applicabile solo se quel danno sia la conseguenza di una scelta di gestione che prescinde totalmente dal perseguimento dellôinteresse sociale: quindi, è il motivo (profitto ingiusto o meno) che determina lôoperato dellôagente, a dover trovare una *giustificazione* o meglio una *compensazione* nel ritorno economico che dallôarricchimento del gruppo o di altra società collegata può derivare alle altre società figlie[150].

Leggendo in questi termini la disposizione ben si potrebbero superare quelle critiche di cui si accennava in precedenza, fondate sullôassunto secondo cui sarebbe stato più ragionevole per il legislatore richiedere, ai fini dellôesonero dalla responsabilità per infedeltà patrimoniale, una effettiva o potenziale compensazione tra il *danno* subito dalla controllata ed il vantaggio che dallôappartenenza della stessa al gruppo le sarebbe derivato[151].

Invero, è il requisito dellôi*ngiustizia* del profitto verso cui lôamministratore tende ad incidere sulla tipicità del fatto, differenziando le condotte semplicemente pregiudizievoli per il patrimonio sociale, da quelle pregiudizievoli ed ñinfedeliò. E tale substrato soggettivo dischiude la sua rilevanza anche e soprattutto quando si tratti di operazioni infragruppo. In altri termini, mediante il riferimento espresso alla non ñingiustizia del profittoò, anche il legislatore penale (invero per primo) ha riconosciuto come lôobiettivo del perseguimento dellôinteresse di gruppo, che talvolta influisce sulle scelte dallôamministratore anche a scapito della singola società da lui gestita, non costituisca sempre e necessariamente un abuso, o comunque una deviazione dalla corretta esecuzione della propria funzione nei confronti di questa; piuttosto lôart. 2634, terzo comma, c.c., sta a confermare come, in presenza di determinati requisiti, questo

[149] MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 893.
[150] Giunge a tali conclusioni MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 895, il quale ritiene necessario, per riconoscere unôautonomia alla fattispecie di infedeltà, che ñla società abbia effettivamente subito una perdita, della quale si debba a quel punto valutare lôeffettiva giustificazione sul piano dei criteri che lôhanno determinataò e aggiunge che ñlôeffettivo conseguimento del vantaggio è elemento indispensabile per escludere il danno, senza poter desumere *a contrario* dal danno medesimo, se accertato, lôinfedeltà della condotta, che invece postula il definitivo chiarimento dellôeffettivo abuso del potere gestorioò. In questôottica anche COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1028, nota n. 27.
[151] Come, invece, sostiene ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi*, cit., p. 618; nonché FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 359

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

co che permetta alla singola di maturare a sua volta dei profitti[152].

Il d.lgs. n. 61 del 2002, introducendo tale clausola, si mostra perfettamente in linea, peraltro, con le indicazioni contenute nella legge delega in materia di gruppi: da una lato, si riconosce la tendenziale ñpositivitàò del modello organizzativo dellôaggregazione societaria; dallôaltro, si disegnano i limiti di liceità (penale) dei trasferimenti patrimoniali infragruppo, ancorandoli al necessario *contemperamento* tra gli effetti positivi che questi producono sul gruppo inteso nel suo complesso (o sulla singola collegata destinataria del trasferimento), e gli esiti altrettanto positivi che siffatto arricchimento può determinare sulla società inizialmente depauperata[153].

Si potrebbe riformulare allora la clausola di esonero dalla responsabilità in questi termini: non è ingiusto il profitto verso il quale lôagente tende quando realizza lôatto dispositivo, ovvero non è infedele la sua condotta, nei casi in cui lôamministratore (o la *holding* che gli impartisce lôordine), al momento dellôazione, tenga in considerazione gli effetti economici *positivi* (profitto) che da siffatto trasferimento patrimoniale si possono riverberare sulla situazione complessiva del gruppo, ed i *vantaggi* che da tale arricchimento complessivo possono ricadere sulle varie aggregate, e quindi anche sulla singola inzialmente danneggiata. Laddove siffatti vantaggi (conseguiti o fondatamente prevedibili) siano tali da **giustificare** (*id est* da rendere legittima) la scelta dellôamministratore di perseguire lôinteresse (non più extrasociale) del gruppo a discapito (temporaneo) della controllata, allora non sarà più possibile qualificare la sua condotta come ñinfedeleò. Lôarricchimento del gruppo, quale presupposto psicologico dellôazione, non sarà ingiusto perché perseguito nellôottica di avvantaggiare anche le singole componenti inizialmente impoverite. Venendo meno il dolo specifico di fattispecie ci si troverà, contestualmente, dinnanzi ad un contemperamento del disvalore oggettivo di condotta, disvalore attorno a cui ruota, invero, lôintera fattispecie penale e che la distingue, in ossequio al principio di frammentarietà, dagli atti di disposizione

[152] In questi termini MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 889. Per un approfondimento sul ruolo del dolo specifico nella fattispecie di infedeltà patrimoniale si rinvia nuovamente a MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 234 e ss. nonché p. 290 e ss.

[153] Sembra, così, ragionevolmente rispettato lô*input* dato dal legislatore delegante allôart. 10, primo comma, lett. a) della legge delega n. 366 del 2001, in cui si richiede espressamente che la disciplina del gruppo sia dettata in modo da ñ*contemperare adeguatamente*ò lôinteresse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

danno alla società, ma non siano connotati dal requisito della infedeltà.

3. *La difficile «perimetrazione» dell'operatività dei vantaggi compensativi in materia penale.*

La scelta del legislatore penale di fare riferimento, nell'ambito della compensazione, non già al *danno* subito dalla singola ed al vantaggio che questa avrebbe tratto in futuro dalla sua appartenenza al gruppo, quanto piuttosto a quest'ultimo ed al *profitto* che si intendeva perseguire per il gruppo o per altra società collegata, porta logicamente a ritenere che la clausola dei vantaggi compensativi, quanto meno in riferimento alla illiceità *penale* di determinati fatti, operi sul piano dell'elemento *psicologico* determinando, pertanto, una restrizione dell'ambito di operatività della fattispecie delittuosa. Non rileva, cioè, ai fini della applicazione della sanzione, che il danno subito dalla controllata venga eliminato dall'incremento di ricchezza del gruppo; tale ripristino di equilibrio può anche non avvenire e ciò nondimeno l'amministratore può andare esente da pena. Il disvalore del fatto è, infatti, correlato non già alla mancata compensazione *effettiva* del *pregiudizio* (come si è visto accade, invece, sul piano civile: art. 2497 c.c.), bensì al difetto di *giustificazione*, in termini di *possibile* ritorno di utilità, in riferimento a scelte gestorie che hanno portato ad un impoverimento del patrimonio sociale. In altri termini, se il depauperamento immediato sia stato cagionato in funzione di un arricchimento futuro, e quindi se trovi una spiegazione di natura economico-aziendale che non sia completamente avulsa dalle ordinarie regole di gestione dell'attività d'impresa, a svuotarsi sarebbe il nucleo *soggettivo* di fattispecie. Non residuerebbero, così, ragioni per rimproverare una condotta che, ancorché (fisiologicamente) rischiosa (e nel nostro caso effettivamente dannosa), sia tesa verso un risultato economico (effettivo o potenziale) che, comunque, porti il segno positivo.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

to penale su questo punto è evidente. Sulla opportunità di una siffatta impostazione si commenterà, però, nei prossimi paragrafi.

Ciò su cui in queste pagine, invece, preme soffermarsi è lôanalisi dei confini dellôoperatività della clausola di esonero, non potendo, peraltro, esimersi da una constatazione tendenzialmente condivisa da chi si è avvicinato allo studio di tale materia: lôintroduzione nellôordinamento penale della clausola di cui allôart. 2634, terzo comma, c.c., infatti, era tanto auspicabile quanto maggiormente desiderabile sarebbe stata una sua più chiara delimitazione[154].

Il rimprovero in ordine alle ñlacune di determinatezzaò mosso dagli studiosi alla disposizione in esame ruota attorno a diversi aspetti problematici, tutti in qualche modo collegati al mancato coordinamento, in materia di gruppi, tra la riforma penale dei reati societari del 2002 e la successiva novella sul diritto societario, varata nel 2003 ed entrata in vigore a partire dal gennaio 2004[155].

Tale stato di ñconfusione legislativaò ha determinato, in primo luogo, delle discrasie già sul piano delle scelte terminologiche e delle definizioni. In particolare, lôart. 2634, terzo comma, c.c., quando richiama la ñnon ingiustizia del profittoò si riferisce genericamente allôarricchimento del ñgruppoò o della ñsocietà collegataò. La decisione di non prendere posizione in ordine alla descrizione di tali elementi normativi è facilmente spiegata: appare evidente, infatti, la volontà del legislatore penale di rimettersi, per quanto attiene alle scelte definitorie di categoria, alla disciplina sostanziale di prossima emanazione, mantenendosi coerente, in questo senso, con i principi di frammentarietà e sussidiarietà, ed assumendo (condivisibilmente) una posizione il meno possibile invasiva.

Tuttavia, se questo è stato lo spirito che ha animato il decreto del 2002 non si spiega, allora, perché la norma in esame faccia espresso richiamo, oltre che al gruppo, anche al ñcollegamentoò, come fosse un *quid* eterogeneo (ed in effetti come abbiamo visto nel precedente capitolo lo è) rispetto al primo, senza menzionare affatto lôistituto del ñcontrolloò. Delle due lôuna: o gruppo e controllo sono, allôocchio del legislatore

[154] Sulla sospetta violazione del principio di determinatezza e tassatività riguardo alla formulazione letterale dellôart. 2634, terzo comma, c.c., si veda ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 183; FOFFANI, *Società*, cit., p. 188; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 633; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, cit., p. 3797

[155] Parla di ñimpropria funzione anticipatriceò della regolamentazione del fenomeno dei gruppi in materia penale contenuta nel terzo comma dellôart. 2634 c.c. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 181.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

mente sovrapponibili, per cui non serve richiamarli espressamente entrambi, oppure ci si trova di fronte ad una irragionevole lacuna, tale per cui la clausola di cui al terzo comma dellôart. 2634 c.c. si applicherebbe, oltre che nei casi di attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* sulle varie società figlie, anche alle ipotesi in cui tra società sussista una ñinfluenza notevoleò (ai sensi dellôart. 2359, terzo comma, c.c.), ma non unô ñinfluenza dominanteò (nelle sue diverse forme regolate dallôart. 2359 primo e secondo comma, c.c.).

Optando per la prima soluzione, peraltro, ci si dovrebbe, invero, interrogare sulla possibilità di ritenere penalmente lecite solo le operazioni realizzate dallôamministratore in *esecuzione* di una ñpolitica di gruppoò (da intendersi questôultima come lôinsieme delle direttive impartite dalla *holding* nellôambito della sua *direzione unitaria*), ovvero se la clausola di esonero possa esplicare il suo effetto anche rispetto a quegli atti depauperativi posti in essere nellôambito di una realtà societaria caratterizzata dalla mera esistenza di legami di controllo tra le varie componenti (da quello azionario a quello contrattuale: art. 2359 c.c.), a prescindere dalla sussistenza o meno di un effettivo coordinamento economico-gestionale tra le stesse.

Sul punto la norma tace: non è dato intendere, infatti, basandosi su una esegesi prettamente letterale del testo se, ai fini della esclusione della responsabilità, si debba propendere per unôinterpretazione più restrittiva, per cui lôatto dispositivo dannoso realizzato dallôamministratore debba essere collegato eziologicamente, quanto meno dal punto di vista psichico, ad una ñimposizione dallôaltoò; oppure se sia sufficiente che questo sia stato deciso anche al di fuori di una politica unitaria di gruppo, pur sempre, però, nellôambito di una società legata ad unôaltra mediante vincoli contrattuali, o in virtù di una partecipazione azionaria. In questôultimo caso, ovviamente, lôambito di rilevanza della clausola di cui allôart. 2634, terzo comma, c.c. si allargherebbe: il vantaggio compensativo, cioè, opererebbe anche rispetto alle decisioni assunte al di fuori dei casi di sottoposizione dellôente, o meglio dei suoi organi, alla direzione unitaria della capogruppo[156].

Da tali brevi osservazioni sembra emergere un dato rilevante, e cioè che la nuova disciplina penale in materia di gruppi appare, nonostante gli sforzi, mal conciliarsi con le reali dinamiche di potere allôinterno degli stessi: la legge, infatti, non

[156] Da intendersi questa come un *aliud* rispetto al mero controllo.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

te, a quello che in materia civile viene qualificato come ñ*abuso di direzione unitaria*ò[157]. Mentre a tale situazione fattuale (tipica e connaturata alla realtà patologica del gruppo) viene ricondotta, sul piano civile, unôautonoma responsabilità della *holding*, ciò non sembra avvenire anche in sede penale. Siffatta carenza ha portato taluno a parlare del risultato raggiunto dal legislatore penale, a proposito dei gruppi di società, come di un ñmodello *acefalo*, in grado di recuperare la responsabilità del *vero centro decisionale* (gli organi della *holding*) solo attraverso la partecipazione nel reato a titolo di concorso *ex* art. 110 c.p.ò[158].

Il secondo aspetto problematico correlato alla mancata determinatezza e tassatività nella descrizione della fattispecie attiene alla individuazione del soggetto sul quale debba ricadere il vantaggio. La clausola del terzo comma dellôart. 2634 c.c., infatti, effettua un generico richiamo ai ñ*vantaggi derivanti dal collegamento o dallôappartenenza al gruppo*ò, senza compiere ulteriori precisazioni neppure in ordine alla ñprovenienzaò del beneficio, se questo, cioè, debba o meno essere frutto di una specifica operazione *collegata* a quella dannosa.

Mentre, a rigor di logica, non sembra revocabile in dubbio che il *profitto* debba essere interno al gruppo, potendo anche corrispondere a quello di una singola società ad esso aggregata (diversa ovviamente dalla danneggiata), non con la stessa certezza può determinarsi, sulla base del dato positivo, il destinatario effettivo o potenziale del *vantaggio*; non è chiaro, cioè, nel silenzio della legge, se sia sufficiente dimostrare che questo ricada sul gruppo considerato nel suo insieme, oppure se sia necessario un accertamento dalla ulteriore *concreta* ripercussione positiva del vantaggio anche sulla società danneggiata in virtù della sua appartenenza al gruppo.

Propendere per lôuna o per lôaltra tesi comporta, nuovamente, un allargamento ovvero una restrizione dellô ñelasticoò del vantaggio compensativo. Nel secondo caso, infatti, i passaggi logici dellôaccertamento in ordine al conseguimento o alla conseguibilità del vantaggio dovrebbero essere due: il giudice dovrebbe verificare *in primis* che lôazione dellôamministratore sia determinata dalla finalità di perseguire lôinteresse di gruppo; ed in secondo luogo, che il raggiungimento di siffatto profitto (per il gruppo o per una singola collegata) si ripercuota (vantaggio conseguito), o si possa

[157] V. art. 90 della legge sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (n. 270 del 1990); o il più recente art. 2497 c.c.
[158] ACQUAROLI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 184.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

e prevedibile) *in concreto* anche sul bilancio della società depauperata, in base al suo legame economico col gruppo complessivamente arricchito.

Mentre la maggior parte della dottrina propende per questa seconda opzione[159], escludendo quindi lôoperatività dellôart. 2634 terzo comma c.c. ai casi in cui il profitto non si sia tramutato (o non si possa tramutare) in vantaggio anche e soprattutto per la singola danneggiata, la giurisprudenza sembra, invece, orientata nel senso opposto[160].

A seguito, però, dellôentrata in vigore del d.lgs. n. 6 del 2003, e della previsione espressa di cui allôart. 2497 c.c., non sembra potersi ragionevolmente negare che, a livello di sistema, esista un limite allôautonomia gestionale degli amministratori di società, anche se facenti parte di un gruppo, e questo limite è dato dallôoggetto sociale (art. 2380-*bis*, c.c.), vale a dire dallôobbligo, gravante su chi gestisce la società, di realizzare gli interessi della stessa. Una condotta depauperativa che sia completamente avulsa da tale obiettivo ultimo, e che quindi sia indirizzata a conseguire *solo* lôinteresse del gruppo senza che questo porti (o possa ragionevolmente portare) alcun beneficio allôente singolo è una condotta che, già sul piano logico-sistematico, non può considerarsi penalmente lecita, pena una irragionevole rottura, una incoerente discrasia, con lôimpianto civilistico.

Questo, infatti, per sua natura dovrebbe, soprattutto nellôambito della complessa realtà dei soggetti economici, costituire il punto di partenza intorno al quale si vengono poi a costruire e modulare le fattispecie incriminatici; la condivisibile aspirazione al raggiungimento della completa autonomia del diritto penale rispetto alle altre branche

---

[159] Per esigenze di coerenza logico-sistematica con lôart. 2497 c.c., nonché per motivi di equità e ragionevolezza, ritengono che il vantaggio si debba (o si possa) ripercuotere positivamente sulla danneggiata ABRIANI, *Gruppi di società*, cit., p. 619; ACQUAROLI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 183; CODAZZI, *Vantaggi compensativi*, cit., p. 606; DA RIVA GRECHI, *Bancarotta fraudolenta, infedeltà patrimoniale e rilevanza dei gruppi di società*, in *Giust. pen*., 2004, p. 580; FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 361; MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 262-263; MILITELLO, *Aspetti penalistici dellôabusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, in *Foro it*., 1989, II, p. 421 e ss.; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 631; SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società: le previsioni sanzionatorie fra vecchia e nuova disciplina delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 265. *Contra*: VENAFRO, *Art. 2634 ï Infedeltà patrimoniale*, in *Leg. Pen*., 2003, p. 517, il quale, invece, attribuisce il vantaggio al gruppo nel suo insieme e non già alla singola danneggiata.

[160] In particolare si veda Cass. pen., sez. V, 27 maggio 2003, n. 23241, Tavecchia, in *Giust. pen*., 2004, con nota di RIVA DA GRECHI, in cui si afferma, a proposito della possibilità o meno di estendere la clausola dei vantaggi compensativi anche in materia fallimentare, che ñsolo ai fini del reato societario di cui allôart. 2634 c.c. il legislatore impone la valutazione degli interessi antagonisti delle società per escludere lôingiustizia del profitto dellôagente ove il danno della società sacrificata sia compensato dai vantaggi conseguiti o fondatamente previsti *a beneficio del gruppo stesso*ò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ortare a soprassedere del tutto sul ruolo, comunque fondamentale, che il sistema del diritto societario assume in tali ambiti.

Sembrerebbe più opportuno, pertanto, interpretare lôart. 2634, terzo comma, c.c. in modo tale che la compensazione possa dirsi avvenuta, e quindi la condotta possa ritenersi penalmente lecita, quando lôoperazione infragruppo, dannosa per la singola, sia stata realizzata al fine di ottenere un profitto per il gruppo (o per altra collegata) dal quale, però, *in concreto* consegua o sia conseguibile un vantaggio diretto o indiretto anche per la società inizialmente impoverita[161].

4. I criteri della compensazione: il quantum *ed il* quomodo.

Un ulteriore problema interpretativo, sicuramente di non scarso rilievo rispetto alla corretta delimitazione dellôambito di applicabilità della clausola di esonero, è quello che attiene al *quantum* del vantaggio compensativo. Occorre domandarsi, infatti, sempre a fronte del silenzio della legge, quale debba essere, ai fini della operatività dellôart. 2634, terzo comma, la proporzione tra il profitto del gruppo (o della collegata) ed il ritorno di utilità effettivo o potenziale per la singola danneggiata: se sia necessaria una sostanziale equivalenza tra i due valori, nel senso che il *surplus* di ricchezza conseguito dal gruppo debba riverberarsi *in pari misura* anche sul bilancio della controllata; o se, invece, sia sufficiente che questa incrementi il suo patrimonio in modo ñsignificativoò, seppure in una percentuale inferiore rispetto a quella del guadagno complessivo del gruppo.

Se le premesse da cui siamo partiti nelle precedenti pagine sono corrette, vale a dire se lôesonero dalla responsabilità è connesso alla dimostrazione dellôassenza di un totale ed assoluto asservimento dellôamministratore e del suo operato a vantaggio *esclusivo* di soggetti terzi, allora può, di conseguenza, ragionevolmente affermarsi che non occorra, sul piano materiale, ai fini della non punibilità, che la singola società sia

[161] Prima della introduzione della infedeltà patrimoniale si ricorreva, in siffatte ipotesi, alla figura della appropriazione indebita ai sensi dellôart. 646 c.p., ma già allora vi era chi escludeva il dolo specifico di ingiusto profitto nei casi in cui dallôutilizzo di fondi della controllata a vantaggio della controllante derivasse un beneficio al gruppo nel suo complesso, e quindi, indirettamente, anche alla controllata. In siffatte ipotesi, si diceva, veniva meno lôelemento necessario della altruità del profitto, ovvero della estraneità, rispetto allôinteresse del proprietario, del fine di profitto che sorreggeva la condotta incriminata. Non era, quindi ingiusto, il profitto che in qualche modo ricadesse anche in favore del proprietario del bene sottratto. Cfr. MILITELLO, *Aspetti penalistici dellôabusiva gestione*, cit., p. 436

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

perdita: la legge, infatti, soprattutto per quanto concerne le dinamiche infragruppo, non mira a sanzionare lôimpoverimento in sé considerato, che rientra a pieno nel rischio fisiologico (e lecito) dellôattività dôimpresa, ma solo quellôimpoverimento che derivi da una politica gestoria interamente incentrata sul perseguimento di un interesse extrasociale: in altri termini, un impoverimento *ingiustificato*[162]. Lôinterprete è, allora, chiamato ad individuare quali siano i requisiti che permettano di fondare la giustificazione dellôatto depauperativo.

A tal proposito, va da sé che non siano idonee a compensare il profitto del gruppo o di altre società del gruppo quelle contropartite meramente irrisorie, prive di consistenza economica, o comunque del tutto sproporzionate rispetto allôiniziale sacrificio[163]. Allo stesso modo, *mutatis mutandis*, sarebbe inutile ed incoerente rispetto alla *ratio* della fattispecie, pretendere un riequilibrio effettivo su base aritmetica[164], posto che, come più volte ribadito, ciò che preme al legislatore non è di evitare che con lôoperazione infragruppo si provochi un generico danno patrimoniale alla singola componente; né espressamente è richiesta la eliminazione di siffatto danno mediante la compensazione (come, invece, accade in sede civile: art. 2497 c.c.). Lôart. 2634, terzo comma, c.c., piuttosto, sembra esser stato redatto con lôobiettivo di riconoscere un più ampio spazio di libertà operativa ai soggetti qualificati che svolgono la loro funzione allôinterno di un gruppo societario, tollerando anche il compimento di atti dispositivi inizialmente dannosi, purché siano *soggettivamente* orientati ad un ritorno, anche indiretto, di utilità per la società sacrificata[165]. La contropartita, allora, a prescindere dai dati numerici o dalla effettiva proporzionalità o assoluta equivalenza, sarà idonea a giustificare lôiniziale danno ogniqualvolta denoti la mancanza dellôintenzionale

---

[162] Parla della ñproporzioneò come requisito implicito della compensazione MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 268

[163] Così MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 905; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 633

[164] Cfr. BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Fisco*, 2004, p. 6630; MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 905; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 633; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, cit., p. 3798; Più di recente BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 141. Sul punto si vedano anche le considerazioni di Pedrazzi, in tema di bancarotta per distrazione, il quale nega la configurabilità di tale fattispecie nei casi in cui le operazioni infragruppo incriminate siano compiute nella prospettiva di una ñadeguata compensazioneò, affermando peraltro che ñnon è detto che la contropartita debba essere di per sé monetizzabile, né che debba intercorrere un rapporto di diretta corrispettività tra sacrificio e compensazioneò (PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 299)

[165] Emerge in questo caso la natura ñmistaò del dolo specifico, da intendersi come elemento che contribuisce a descrivere sul piano psicologico la connotazione infedele della condotta, cioè di un elemento materiale.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

della società collegata o del gruppo[166], trattandosi, invero, di valutare la non extrasocialità di una decisione assunta nel quadro della politica di gruppo e non anche di determinare quantitativamente un indennizzo.

Una conferma in tal senso è, invero, apprestata dallo stesso legislatore quando espressamente descrive il *quomodo* del vantaggio compensativo: questo assume rilevanza ñgiustificanteò quando sia ñconseguitoò o ñfondatamente prevedibileò[167].

La liceità delle operazioni infragruppo, quindi, è alternativamente rimessa, da un lato, ad un ñdato storicoò ricostruibile sulla scorta di un raffronto *oggettivo* tra perdite e guadagni, da effettuarsi *ex post*; lôesenzione da pena trova, in questa ipotesi, la sua ragion dôessere in un criterio prettamente ñquantitativoò.

Dallôaltro lato, invece, la legge richiama un canone ñelasticoò, di natura *soggettiva*, che opera mediante una valutazione prognostica, e che esplica la sua efficacia ñscusanteò a prescindere dallôeffettiva concretizzazione della previsione. Il giudizio, quindi, in ordine alla compensazione non avviene ña consuntivoò, sulla base di dati positivi e certi, empiricamente verificabili, ma è condotto secondo una prospettiva *ex ante*, avendo riguardo al risultato che nel medio e lungo periodo ci si poteva attendere in base agli elementi noti nel momento in cui lôoperazione infragruppo è stata realizzata[168].

Come si tenterà di illustrare nelle pagine che seguono il richiamo al vantaggio conseguito e a quello fondatamente prevedibile schiude le porte ad una interpretazione dellôart. 2634, terzo comma, c.c., come fosse esso stesso una ñnorma interpretativaò: una disposizione, cioè, che fornisce allôinterprete un criterio di analisi, uno strumento di calcolo in ordine al bilanciamento costi-benefici delle operazioni infragruppo, che non può effettuarsi limitandosi a considerare lôoperazione isolata, ma deve tenere conto della

---

[166] V. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 141; nonché MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 905.

[167] Questôultima locuzione pone termine ad una serie di rimodellamenti e ritocchi *in subiecta materia* che vanno dallôiniziale proposta del progetto Mirone che menzionava il ñvantaggio anche ragionevolmente prevedibileò, a quella della legge delega n. 366 del 2001 che invece richiamava i ñvantaggi fondatamente attesiò.

[168] Su questo punto il legislatore penale sembra aver recepito in pieno il criterio della compensazione ñelasticaò proposto da MONTALENTI in sede civile, ma non accolto dallôart. 2497 c.c. Lôautore, infatti, fondava il giudizio in ordine alla extrasocialità o meno dellôinteresse di gruppo perseguito dallôamministratore in danno alla controllata da lui stesso gestita, sulla ñrazionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dellôoperazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativoò (MONTALENTI, *Conflitto dôinteressi nei gruppi di società*, cit., p. 731).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ti tra società e guardare, così, sia ai benefici già conseguiti sia a quelli che verranno conseguiti, riguardo ai quali non può che pretendersi un giudizio di ragionevole o fondata prevedibilità[169].

4.1. Segue. *I «vantaggi conseguiti».*

In riferimento alla prima locuzione, quella che richiama i vantaggi ñconseguitiò, è da chiedersi se sia necessario individuare un momento specifico e significativo a partire dal quale debba realizzarsi il beneficio e, in caso di risposta affermativa, quale sia tale momento. Anche al riguardo la lettera della legge non viene in aiuto.

Interpretando il dato testuale come se si riferisse ad un vantaggio conseguito grazie ad operazioni *precedenti* a quella incriminata, si dovrebbe, in primo luogo, escludere la necessità di un nesso eziologico e psichico tra la successiva condotta pregiudizievole ed il ritorno di utilità per la società danneggiata. Non servirebbe cioè, per lôapplicazione del terzo comma dellôart. 2634 c.c., che la reintegrazione del patrimonio inizialmente sottratto sia casualmente connessa allôoperazione incriminata, o meglio che questôultima sia stata realizzata anche in ragione di un futuro arricchimento della singola controllata. Basterebbe, invero, dimostrare che lôamministratore sappia che in virtù dellôappartenenza al gruppo la sua società abbia *già* tratto beneficio per ritenerlo a quel punto non penalmente responsabile a fronte di un successivo trasferimento infragruppo dannoso per la sua società, ma ñanticipatamenteò compensato sulla base del mero collegamento societario (si pensi alle utilità già conseguite derivanti dallôusufruire della tesoreria unica alla quale fanno capo i rapporti con le banche; della centralizzazione degli acquisti di beni e servizi; della centralizzazione di servizi comuni a tutte le entità del gruppo, quali il *marketing*, o la contabilità; dello sfruttamento gratuito o a prezzi di favore di *know how* in possesso di altre società del gruppo, ecc.)[170].

---

[169] In questi termini COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1036, nota n. 65.

[170] Sembrano propendere per questa soluzione MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 633 il quale afferma che ñlôimpiego del participio passato (vantaggi conseguiti, *n.d.a.*) rimanda a tutte le possibili utilità che la società ócarificataô abbia (*già*) conseguito in ragione dellôappartenenza o del collegamento al gruppoò; nonché COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1036, nota n. 65. *Contra* MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 904, che invece per ñvantaggi conseguitiò intende quelli maturati nellôintervallo tra il verificarsi del danno e la celebrazione del processo.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ui i vantaggi conseguiti si riferiscono ad operazioni *precedenti* a quella dannosa, a maggior ragione sarebbero, poi, da ritenersi valide le considerazioni svolte nel precedente paragrafo, in ordine allôentità della compensazione stessa, in base alle quali non servirebbe un pareggio aritmetico costi-benefici; il calcolo, piuttosto, andrebbe effettuato sulla scorta di criteri più elastici, a prescindere da un effettivo ripristino matematico dello *status quo ante*. Se, infatti, si interpretasse la norma come se richiedesse una *perfetta identità* tra vantaggio precedentemente conseguito e danno successivamente subito, neppure si potrebbe parlare correttamente di danno patrimoniale, posto che la sua effettiva (ed anticipata) compensazione sul piano quantitativo influirebbe sulla stessa esistenza di tale elemento, che invece costituisce lôevento del reato la cui mancanza comporta un difetto di tipicità del fatto[171].

Sul versante diametralmente opposto, ovvero nel caso in cui si interpretasse la locuzione ñvantaggi conseguitiò come se si riferisse a benefici ottenuti in un momento cronologico *successivo* al compimento dellôoperazione dannosa, riemergerebbe il problema in ordine alla ñcausaò del vantaggio stesso: se, cioè, sia sufficiente che il ritorno di utilità sia genericamente derivato dallôorganizzazione dellôimpresa in forma di gruppo, oppure se sia necessario, ai fini dellôesonero dalla responsabilità, che questo promani direttamente o indirettamente dallo stesso atto pregiudizievole[172], o da una o più specifiche contro-operazioni a tal fine ordinate[173].

Optare per la prima o per seconda soluzione incide significativamente sullôiter di accertamento delle modalità di conseguimento del vantaggio, e quindi sui confini di operatività della clausola in esame: se, cioè, possa assumere funzione ñgiustificanteò qualsiasi tipo di generico vantaggio *già* conseguito *prima* del compimento

---

[171] Ancora MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 632 secondo cui se si interpretasse la legge come se chiedesse una compensazione effettiva ed aritmetica tra danno e vantaggio, ñ il vantaggio precedentemente conseguito fronteggerebbe il danno derivante dallôatto di disposizione dei beni sociali nel momento stesso del suo realizzarsi e, per ciò solo, impedirebbe il consolidarsi del danno, che è elemento costitutivo della fattispecieò. In questo senso anche MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 903-904.

[172] Come sembra lasciare intendere MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 904 che afferma che il sistema andrebbe ricostruito nel senso che ñprecluda la condanna (é) quando lôatto abbia avuto ricadute favorevoli allôimpresa, che emergano con certezza nel processoò. *Contra* COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1036, nota n. 65, il quale afferma essere ñerrato e, comunque, *contra legem*, pretendere che il calcolo costi-benefici riguardi la specifica operazione perché ciò cancella il significato positivo e lecito del gruppoò.

[173] Cfr. NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, cit., p. 3798 il quale, in ordine a tale ultima ipotesi, riporta lôesempio della società figlia che vende alla società madre dei semilavorati per somma inferiore al *fair price*, perché questa poi le fornisce il relativo *know how*.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

la mera appartenenza al gruppo[174], oppure se possa ritenersi ñvantaggio compensativoò ai sensi dellôart. 2634 terzo comma c.c. solo quel beneficio ottenuto *successivamente* alla realizzazione dellôatto depauperativo. In questôultimo caso unôulteriore restrizione della clausola di esonero opererebbe nellôipotesi in cui si interpretasse la norma nel senso che il vantaggio debba essere eziologicamente connesso ad una specifica operazione di reintegrazione del patrimonio sociale depauperato.

A nostro avviso il problema non attiene tanto al ñprimaò o al ñdopoò del conseguimento del vantaggio rispetto allôatto dispositivo dannoso, quanto piuttosto alla necessità di un *collegamento funzionale* tra il *pregiudizio* subito dalla controllata, il *beneficio* di natura compensativa da questa conseguito, e la *politica di gruppo*.

In questo senso, e come già si è avuto modo di ribadire in precedenza, lo scopo dellôart. 2634, terzo comma, c.c. sembra quello di tipizzare, a livello penale, un nuovo criterio di analisi del governo dellôattività dôimpresa: si suggerisce, cioè, allôinterprete un ulteriore angolo visuale da cui osservare le dinamiche gestorie infragruppo, tenendo conto in tal modo non già e non solo del microcosmo relativo alla situazione patrimoniale delle singole società, ma allargando la prospettiva al contesto globale in cui certe operazioni vengono realizzate. Quindi, ai fini del giudizio in ordine alla liceità dellôatto dispositivo infragruppo, si dovrà prendere cognizione sia del danno cagionato, sia del contesto in cui questo si è materializzato, sia della funzione che tale atto ha assunto nellôambito della politica economica generale del gruppo nel medio e nel lungo periodo; valutando, altresì, i benefici preesistenti, contestuali o successivi di cui la singola ha goduto, gode o godrà grazie al collegamento societario. Al termine di siffatto calcolo prospettico lôinterprete potrebbe trovarsi dinnanzi ad una serie di dati e di valori economici anche di gran lunga difformi rispetto a quelli che emergerebbero da unôanalisi improntata sulla mera situazione patrimoniale della società isolatamente considerata.

---

[174] Optano per questa interpretazione COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche allôinterno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen.. ec.*, 2003, p. 1036, nota n. 65, in cui si afferma che ñoccorre effettuare il calcolo costi-benefici in capo alla singola società, che però per essere correttamente effettuato non può non tenere conto sia dei benefici da essa conseguiti in virtù della collocazione nel gruppo, *prima dellôeffettuazione dellôoperazione considerata di per sé dannosa*, sia dei benefici che in capo alla stessa società ricadranno in futuroò; MUCCIARELLI, *Ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 633-634; più di recente BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 142. In passato PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 299.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

nare che, in presenza di unôaggregazione societaria, non potrà parlarsi di profitto ingiusto, ovvero di condotta abusiva ed infedele dellôamministratore ai sensi dellôart. 2634 c.c., quando il suo atto dispositivo, da cui derivi un danno patrimoniale per lôente, sia giustificabile non già in virtù della mera appartenenza di questo al gruppo, ma in quanto *funzionalmente* riconducibile in termini di razionalità e coerenza alla globale politica del gruppo, che a sua volta deve essere improntata a criteri di corretta gestione imprenditoriale[175]. Il pregiudizio deve, cioè, rientrare nella soglia del rischio lecito dôimpresa, soglia che muta qualitativamente al variare del contesto economico ed organizzativo in cui si viene ad operare (società *uti singola*/società nel-del gruppo).

4.2. Segue. *«I vantaggi fondatamente prevedibili».*

A conferma del fatto che, in materia penale, il bilanciamento tra beneficio e profitto non debba necessariamente esprimersi in termini di rigida proporzionalità quantitativa, interviene il richiamo ai vantaggi ñfondatamente prevedibiliò, cioè non ancora conseguiti, o addirittura non conseguiti affatto.

La formula fornisce un ulteriore avallo alla correttezza logica, da molti invero negata[176], della scelta del legislatore penale di collegare il vantaggio al *profitto* del gruppo o di altra società collegata e non già al *danno* di quella inizialmente depauperata.

La compensazione, infatti, deve essere calcolata sulla base della *proporzione* tra lôarricchimento del gruppo conseguito in virtù dellôoperazione dannosa posta in essere dallôamministratore della controllata, ed il vantaggio ottenuto od ottenibile da questôultima per il fatto di appartenere al gruppo, in modo tale da poter escludere che il soggetto qualificato abbia agito nellôesclusivo interesse extrasociale di terzi.

Non già, quindi, equilibrio tra lôiniziale perdita e la futura utilità, ma congruità tra guadagno del gruppo e ritorno economico per la singola, alla luce di unôanalisi

[175] In questo senso si veda ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 191.
[176] Tra gli altri, ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 189 e ss.; BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 139; FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 360; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 630 e ss.; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, cit., p. 3796. *Contra* MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 903 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

le singole operazioni, ma che sia correlata al più ampio contesto della generale operatività del gruppo.

In questi termini il profitto non sarà ingiusto quando - sulla base di calcoli certi e sicuri effettuati *ex post* (vantaggi conseguiti), o in virtù di prognosi calibrate, però, su parametri di oggettiva ragionevolezza in una prospettiva *ex ante* (vantaggi fondatamente prevedibili) ï questo risulterà *proporzionato* col beneficio ottenuto dalla controllata o, per essa, solo preventivato[177].

Lôart. 2634, terzo comma, allora, non fa che fornire allôinterprete un criterio di calcolo: la congruità richiesta per far sì che venga meno il requisito dellôingiustizia del profitto (cioè la extrasocialità dellôinteresse per cui lôamministratore ha agito) deve essere ricostruita mediante unôanalisi di natura globale, che tenga conto dei risultati economico-aziendali diversamente ricollocati (o ricollocabili) e ridistribuiti (o ridistribuibili) tra le varie entità del gruppo, anche nel medio e nel lungo periodo.

Così facendo, il giudizio in ordine alla irrilevanza penale di determinati trasferimenti patrimoniali infragruppo muoverà non solo dallôaccertamento di un *effettivo ristoro* in seno alla società inizialmente impoverita, ma potrà dipendere, altresì, dalla *ragionevolezza* della previsione di un ritorno di utilità che di fatto non si realizzi, per cause successive ed indipendenti dal volere o dallôagire dei protagonisti dellôoperazione stessa. Ecco chiarito, allora, come il vantaggio compensativo non sia funzionale, nella struttura dellôart. 2634 terzo comma, c.c., a riportare ad equilibrio una situazione patrimoniale precedentemente contaminata: siffatto riequilibrio, alla luce del richiamo al vantaggio non conseguito ma fondatamente prevedibile, potrebbe anche mancare, e ciò non sarebbe comunque sufficiente a qualificare la condotta in termini di illecito abuso. Ma vôè di più: il riferimento normativo ad un criterio di natura soggettiva, ancorché qualificato dallôavverbio ñ*fondatamente*ò sembra nuovamente confermare come non sia determinante, ai fini dellôesenzione dalla condanna, che sulla bilancia della compensazione poggino valori di egual specie, o di egual misura. E ciò anche per ragioni di carattere logico: il contenuto previsionale di un vantaggio collocato nel futuro, infatti, non può che escludere la correttezza del calcolo in termini di esatto corrispettivo[178].

---

[177] Richiama il requisito della proporzione MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 268 e ss.
[178] In questi termini BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 261

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ioni lôestensione dellôoperatività della clausola di esonero risulta innegabile. Come, del resto, appare evidente il rischio di incompatibilità di una formulazione tutta incentrata su fattori di tipo prognostico, di natura psicologica e quindi variabile, con le esigenze di tassatività e determinatezza tipiche dellôordinamento penale[179]. A tale pericolo è possibile, dôaltro canto, porre rimedio riconoscendo il giusto spazio al significato dellôavverbio ñ*fondatamente*ò, che qualifica e caratterizza lôatteggiamento psichico dellôagente in ordine alla previsione del vantaggio futuro[180].

Questo, infatti, non deve essere semplicemente ñprevedibileò: il contegno psicologico va ancorato, piuttosto, a parametri di tipo oggettivo, nel senso che lôaspettativa circa il ritorno di utilità deve essere *ragionevolmente* fondata[181], non potendo lôamministratore giustificarsi allegando una mera speranza di guadagno futuro, o adducendo personali previsioni ottimistiche di vantaggio per la società. In tal senso, il rischio di vie di fuga dalla responsabilità penale sarebbe eccessivamente elevato.

A favore di una interpretazione che tenga conto, tra le altre cose, anche del dato obiettivo in ordine alla prevedibilità del vantaggio milita, inoltre, lôesigenza di evitare che in sede di accertamento sia lasciato un eccessivo spazio alla discrezionalità dellôinterprete, senza dimenticare che allôattività dôimpresa è connaturato un carattere intrinsecamente rischioso a fronte della molteplicità di fattori, spesso aleatori ed incontrollabili, che possono influire negativamente o positivamente sullôandamento

---

[179] Si vedano sul punto le remore espresse da ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale*, cit., p. 187; MACCARI, *Commento allôart. 2634 c.c.*, cit., p. 164-165; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 633;

[180] Lo rileva anche MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 277 e ss.

[181] Sul punto v. MEZZETTI, *Lôinfedeltà patrimoniale*, cit., p. 237, secondo il quale ñoccorre recuperare la locuzione ad unôaccezione óoggettivaô di aspettative di vantaggi mediamente e ragionevolmente auspicabili in base a valutazioni economico-finanziarie standard secondo parametri dettati dal mercato, considerando anche aspettative di redditività di medio e/o lungo periodo, specialmente se collocate in una ólogicaô economica di gruppo, e tenuto conto dei margini di rischio insiti in alcune operazioni che risentono in misura maggiore delle reazioni del mercatoò. Nonché MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò*, cit., p. 634 che, ai fini del giudizio di razionalità della previsione, richiama i canoni oggettivi riconducibili alle regole aziendali, economiche e finanziarie. Di diversa opinione MASUCCI, *Vantaggi del gruppo*, cit., p. 906 che, invece, richiama la *fondatezza* della previsione quale *limite negativo*, nel senso che dovrebbe ritenersi lecita la condotta dellôamministratore, e quindi fondata la sua previsione, ñove manchino circostanze oggettive che attestino oltre ogni dubbio lôassenza di fondamento di una prognosi di successo dellôoperazione economicaò. Lôautore muove dalla considerazione secondo cui, a fronte dellôesigenza di riconoscere allôimprenditore il necessario spazio affinché egli possa compiere le sue valutazioni tecniche, non sarebbe ammissibile unôingerenza da parte del giudice in ordine a tali scelte gestorie quando questa si trasformi in una ñindiscriminata penalizzazione del rischioò. Più nel dettaglio MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 277 e ss., ed in particolare p. 284 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

dere dalle scelte dei tecnici che operano al suo interno[182].

La giurisprudenza, dal suo canto, muovendo da tali presupposti, e cioè sottolineando correttamente lôesigenza di evitare di fondare il giudizio profitto/vantaggi su parametri *meramente* soggettivi, ha assunto una posizione piuttosto rigida e rigorosa: peccando forse per eccesso, infatti, i giudici di legittimità hanno precisato che i ñvantaggi fondatamente prevedibiliò devono essere basati non già su una mera probabilità o speranza in ordine al ritorno di utilità, ma piuttosto su elementi *sicuri*, riconducibili ad una ñ*quasi certezza*ò[183].

Nonostante la condivisibilità dellôassunto da cui muove la Corte di Cassazione, cioè lôesigenza di restituire tassatività e determinatezza ad un formula legislativa sicuramente poco chiara e di difficile interpretazione, appare tuttavia piuttosto discutibile il punto dôapprodo cui pervengono i giudici: richiedere la ñquasi certezzaò rispetto al conseguimento di un vantaggio futuro, infatti, significa sostanzialmente disconoscere la natura fisiologicamente rischiosa dellôattività dellôimpresa che, lungi dallôessere governata da regole di carattere scientifico, costituisce piuttosto lôestrinsecazione di operazioni di cui è impossibile garantire *a monte*, con assoluta certezza, il buon fine[184].

Per evitare, dunque, unôinterpretatio *abrogans* della formula prognostica del ñvantaggio fondatamente prevedibileò il giudice dovrà, invero, valutare caso per caso, sulla base della situazione specifica in cui lôoperatore economico si è trovato ad agire, e tenendo conto degli elementi da lui conosciuti o conoscibili in quel momento storico se, secondo le massime dôesperienza desunte dallôosservazione dei mercati, le regole giuridiche ed aziendali applicabili al caso concreto, i principi economico-finanziari e statistici, nonché gli *standard* di avvedutezza imprenditoriale fosse *ragionevolmente*

---

[182] Cfr. MACCARI, *Commento allôart. 2634 c.c.*, cit., p. 165; FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 360, nota n. 42.
[183] V. Cass. pen., sez. V, 23.6.2003, n. 38110, Sama, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 656 con nota di MASUCCI; in *Giur. comm.*, 2004, p. II, p. 599 con nota di CODAZZI; v. altresì Cass. pen., sez. V, 18.11.2004, n. 10688, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3781 con nota di NAPOLEONI; in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 con nota di LEMME.
[184] Sul carattere fisiologicamente rischioso dellôattività dôimpresa v. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 202 il quale afferma che ñil rischio è elemento essenziale della vicenda economica e non si può impedire allôimprenditore di affrontarlo senza condannare lôimpresa a morte sicuraò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

à danneggiata un vantaggio futuro[185]. Il criterio corretto, allora, risulta non già quello della ñ*quasi certezza*ò del beneficio, ma quello della ñ*ragionevolezza*ò della sua previsione nellôambito di una più generale politica economica di gruppo[186], ragionevolezza che prescinde dal dato quantitativo (probabilità del 20, del 50 o del 90% che lôoperazione economica infragruppo abbia esito positivo per la controllata), fondandosi, piuttosto, sulla qualità della prognosi effettuata, cioè sulla sua logicità e credibilità razionale rispetto al dato empirico ed economico esistente al momento dellôazione.

5. *Assonanze e dissonanze tra disciplina civile e disciplina penale in materia di gruppi: un breve riepilogo.*

Al termine di questa sommaria illustrazione in ordine alle innovazioni legislative intervenute sul piano penale e civile in materia di gruppi appare finalmente possibile trarre delle brevi conclusioni per quanto concerne la disciplina del fenomeno vista, stavolta, nella sua globalità.

Pochi appaiono, invero, i dati certi; numerose, al contrario, le disomogeneità tra i due rami dellôordinamento.

Una constatazione risulta, però, incontrovertibile: in ossequio ai dettami della legge delega n. 366 del 2001, dalla quale hanno poi preso vita rispettivamente il d.lgs. n. 6 del 2003 in riforma del diritto societario, ed il d.lgs. n. 61 del 2002 in riforma dei reati societari, è stata finalmente riconosciuta generale validità al modello organizzativo del gruppo di imprese.

Tale presa di posizione da parte del legislatore non ha, tuttavia, scalfito, a nostro parere, il principio atomistico che continua ad ispirare la disciplina delle persone

---

[185] In questo ordine di idee MEZZETTI, *Lôinfedeltà patrimoniale*, cit., p. 237; BELLACOSA, *Gli obblighi di fedeltà*, cit., p. 144.

[186] Cfr. sul punto COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1042, il quale a sua volta riporta un passo di LA ROCCA, *Lôinteresse di gruppo nella recente giurisprudenza: ñcause suffisanteò e ñcause raisonnableò dei rapporti intragruppo*, in *Foro it*., 2000, I, 2950 in cui si afferma che ñpretendere la prova dellôinteresse mediato e indiretto della società controllata nellôoperazione infragruppo si traduce nellôindagine da parte del giudice sulla *ratio* di un determinato atto imprenditoriale, ossia se e come quellôatto si inserisca in una determinata politica gestionale della controllata o del gruppo; se tale politica, nel momento in cui viene posta in essere o successivamente, sia idonea a dar luogo ad un qualche�onoô economico a favore di una componente del gruppo, nonché se tale generico ó ritornoô sia o meno idoneo ad integrare un ó interesse mediato ed indirettoô sufficiente a giustificare lôatto imprenditoriale *de quo*ò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ente deve tendere, mediante il contratto sociale in fase costitutiva, ed attraverso il successivo operato degli amministratori in fase esecutiva, è quello del conseguimento dellôoggetto sociale così come descritto nellôatto costitutivo. Qualsiasi deviazione da tale scopo, da cui risulti una *illegittima* lesione al valore della partecipazione sociale o allôintegrità del patrimonio, comporta la responsabilità diretta degli amministratori nei confronti della società, dei soci e dei creditori (artt. 2380-bis, 2392, 2394 e più in generale 2395 c.c.; sul piano penale il richiamo va senzôaltro allôart. 2634 c.c.). Di talché, alla luce dellôattuale impianto normativo, anche a seguito delle riforme del 2002 e del 2003, e del riconoscimento della legittimità generale delle aggregazioni societarie, non può ritenersi ammissibile alcuna ingerenza di tipo giuridico ed economico che sia *pregiudizievole* rispetto al patrimonio sociale dellôente, ancorché derivante da una politica di gruppo[187].

Tuttavia, con la disciplina in tema di attività di direzione e coordinamento di nuovo conio (artt. 2497 e ss. c.c.) e con lôintroduzione della clausola di esonero dalla responsabilità per infedeltà patrimoniale in materia di gruppi (art. 2634, terzo comma, c.c.), il legislatore ha in qualche modo ñsmorzatoò la valenza assoluta di siffatta impostazione, o meglio ha riconosciuto un più ampio margine di liceità delle operazioni infragruppo, specificando quali siano i criteri per definirne i confini.

Nel primo caso, infatti, la responsabilità della *holding* (o di chi abbia preso parte al fatto lesivo, come ad esempio lôamministratore della controllata) che, violando le regole di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nellôambito della sua attività di direzione e coordinamento, abbia cagionato un danno ai soci o ai creditori delle società controllate, viene meno allorquando ñ*il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dellôattività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò diretteò*.

Sembra riconoscersi, in tal senso, una posizione di ñdominioò della capogruppo, la quale può *legittimamente* condurre una politica economico-aziendale che le permetta, per ottimizzare i profitti, di sfruttare il modello organizzativo ñmolecolareò utilizzando, ad esempio, porzioni di ricchezza facenti capo ad altri soggetti giuridici (cioè alle

[187] Lo rileva anche COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1044 il quale, muovendo dalla concezione atomistica delle società per azioni, afferma che lôappartenenza di una società ad un gruppo non autorizza lôesercizio di una qualunque attività estranea allôoggetto sociale solo perché a favore del gruppo, in quanto vi deve essere sempre un nesso tra attività ed oggetto sociale, la cui esistenza va valutata in concreto.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

nei limiti, però, della necessaria *compensazione* o *reintegrazione*, a consuntivo, dellôavvenuto depauperamento.

In altri termini, fermo restando il generale divieto di ñabuso di direzione unitariaò, la legge fornisce un nuovo strumento per individuarne la ricorrenza; uno strumento che tenga conto della diversa realtà del gruppo, dalla quale ormai, alla luce del dato empirico emerso negli ultimi anni, non si può più prescindere. Per verificare se sussista o meno un danno rilevante ai sensi dellôart. 2497 c.c., ovvero per determinare se gli amministratori delle controllate, in esecuzione delle direttive della *holding*, agiscano in maniera contraria o difforme rispetto allôinteresse sociale che sono chiamati a perseguire, lôinterprete dovrà guardare non già alla singola operazione depauperativa isolatamente considerata, ma sarà tenuto ad estendere la sua analisi al più ampio contesto del gruppo ed alla sua politica economica globale[188]. Così facendo lôoggetto dellôaccertamento si amplia ed il giudizio si posticipa nel tempo: la valutazione della dannosità dellôoperazione, infatti, avviene non solo sulla base dellôanalisi del bilancio della singola controllata, ma tenendo altresì in considerazione le operazioni infragruppo precedenti, contestuali o successive che abbiano pareggiato il conto o comunque riequilibrato lôiniziale perdita. Il dato testuale non lascia, peraltro, dubbi di sorta in ordine al carattere meramente «quantitativo» del calcolo, che andrà effettuato in una prospettiva *ex post*.

Spostandosi sul fronte penale il quadro normativo muta notevolmente: come già ribadito, il d. lgs. n. 61 del 2002 muove dai medesimi presupposti che hanno ispirato il legislatore civile. Tuttavia, il carattere necessariamente frammentario e sussidiario della normativa penalistica porta il legislatore ad utilizzare delle tecniche descrittive del fatto tipico inevitabilmente diverse rispetto a quelle che contraddistinguono le previsioni civilistiche. Così, la scelta di collegare la responsabilità penale al carattere ingiusto del profitto piuttosto che alla sussistenza di un danno lascia intendere come lôambito di intervento punitivo sia (volutamente) più ristretto: non si guarda solo al disvalore di evento, in termini di effettiva lesione al patrimonio, ma anche al particolare *modus*

[188] La strada verso unôanalisi di tipo complessivo che verta sul dato concreto, cioè sul lôeffetto pratico economico dellôatto dispositivo, o del trasferimento patrimoniale infragruppo, era già stata percorsa nella giurisprudenza civile *ante* riforma: in particolare si veda Cass. civ., sez. I, 15.12.1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2317, con nota di MONTALENTI; nonché Cass. civ., 14.9.1976, n. 3150, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 771 e ss. Sui criteri per determinare la pertinenza di una determinata operazione con lôoggetto sociale si veda, per tutti, ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 736.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

e connotato dai crismi dellôinfedeltà. Questa, a sua volta, viene ricostruita tenendo a mente le finalità che hanno spinto lôamministratore a realizzare determinati atti dispositivi, cioè il dolo specifico di ingiusto profitto o di altro vantaggio per sé o per altri: mentre lôart. 2497 c.c. - nellôambito della gestione accentrata dellôattività dôimpresa - collega la responsabilità civile al *pregiudizio* arrecato alla redditività ed al valore delle partecipazioni sociali (tutela dei soci), o alla *lesione* dellôintegrità del patrimonio della società (tutela dei creditori sociali), lôart. 2634 c.c. non punisce qualsiasi operazione che abbia cagionato un danno patrimoniale allôente, ma solo quella che sia stata realizzata dallôamministratore nellôesclusivo interesse proprio o di terzi, mediante una condotta di abuso.

A conferma della coerenza rispetto al principio di *extrema ratio* interviene poi la stessa clausola di esonero prevista dallôart. 2634 terzo comma, c.c. il cui ambito di operatività si presenta più esteso di quello di cui allôart. 2497 c.c.: la disposizione, infatti, ritiene rilevante la compensazione del profitto e non già del danno, anche quando questa sia solo ñfondatamente prevedibileò, come nei casi in cui dallôarricchimento del gruppo possa ragionevolmente discendere un vantaggio anche alla società inizialmente impoverita. Il calcolo assume, allora, natura «qualitativa» ed il giudizio assolutorio potrà promanare anche a seguito di una mera valutazione prognostica, senza che lôeffettivo conseguimento del vantaggio, ovvero il concreto azzeramento del danno, possa minimamente incidere sulla legittimità dellôoperazione contestata.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Capitolo terzo

LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA PATRIMONIALE

SOMMARIO: SEZIONE I. *Inquadramento del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare* ï 1. Considerazioni introduttive: il rapporto tra gli artt. 216 e 223 l. fall ï 2. Indagine preliminare sullôoggetto giuridico del reato di bancarotta ï 2.1 La concezione «privatistico-sostanziale» della tutela: la bancarotta come «reato contro il patrimonio» secondo lôimpostazione di Delitala ï 2.2 *Segue*. La teoria «patrimonialistica» alla luce del codice civile e della legge fallimentare del 1942 - 2.3 La concezione «pubblicistico-processuale» della tutela: la bancarotta come «reato contro lôamministrazione della giustizia» secondo lôimpostazione di Nuvolone ï 2.4 La bancarotta come «reato contro la pubblica economia», «lôordinato esercizio del commercio», e «la pubblica fede» - 2.5 La tesi di Antolisei: la bancarotta come «reato plurioffensivo» - 3 La funzione della dichiarazione di fallimento ï 3.1 *Segue*. Sullôart. 219 l. fall. e sulla rilevanza «sostanziale» della dichiarazione di fallimento ï 4 La struttura della bancarotta fraudolenta prefallimentare: reato di danno o di pericolo? ï 5 Lôelemento soggettivo: rinvio. SEZIONE II: La bancarotta fraudolenta per distrazione ï 1. Introduzione allôanalisi ï 2. La «distrazione» nel codice Rocco ï 2.1 «Distrazione» ed «appropriazione»: un difficile distinguo ï 3. La delimitazione della «distrazione» prefallimentare sul piano della tipicità del fatto: lôoffesa in concreto alla garanzia dei creditori ï 3.1 Crisi dôimpresa e condotte distrattive: il ruolo dellô«insolvenza» nella struttura del reato ï 4. La bancarotta come «fattispecie soggettivamente pregnante»: il momento «finalistico» della distrazione

Sezione I

Inquadramento del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare

1. Considerazioni introduttive: il rapporto tra gli artt. 216 e 223 l. fall.

Come noto, il delitto di bancarotta, sia essa fraudolenta o semplice, si caratterizza per essere un reato proprio: esso può, infatti, essere commesso solo da soggetti qualificati che si trovino in particolare rapporto con il bene protetto, o che rivestano una specifica funzione allôinterno dellôimpresa.

Si suole distinguere in dottrina tra bancarotta *propria* e *impropria* a seconda che i fatti incriminati dalla normativa fallimentare siano commessi dallôimprenditore commerciale fallito[189], o da persone diverse che si trovino ad operare, con distinte

[189] Per approfondimenti sulla nozione di imprenditore commerciale ricostruita ai sensi degli artt. 2082 2195 c.c., rilevante ai fini della configurazione del delitto di bancarotta v., *ex pluribus*, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dellôurbanistica*, Giuffrè, 2008, p. 91 e ss.; BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 2003; PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 846 e ss.; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000. Sulla recente modifica della legge fallimentare (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) intervenuta, tra le altre cose, anche in ordine alla nozione di piccolo imprenditore ed ai requisiti di fallibilità previsti dallôart. 1 l. fall. cfr. AA.VV, *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di ABROSINI, Milano, 2006, *passim*; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2007; FORTUNATO, *Art. 1*, in

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

società, a sua volta dichiarata fallita[190]. Nel primo caso, la disciplina individuabile è da rinvenirsi negli artt. 216 e 217 della legge fallimentare; nel secondo, negli artt. 223, 224 e 227.

Lôelemento differenziale tra i due tipi di delitti, tuttavia, non risiede solo nella qualifica particolare dellôagente: mentre, infatti, la bancarotta propria si caratterizza per il fatto che lôoggetto materiale del reato è costituito dagli stessi beni dellôimprenditore fallito[191], quella impropria, o societaria è, al contrario, realizzabile dagli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società dichiarate fallite che abbiano commesso fatti di bancarotta sui beni dellôente stesso.

In questa ultima ipotesi è evidente lo sdoppiamento tra titolarità ed esercizio dellôattività commerciale, posto che a incorrere nella procedura concorsuale è un ente collettivo, e non già la persona fisica dellôimprenditore; è, altresì, chiaro, poi, come

---

Il nuovo diritto fallimentare, diretto da JORIO, I, Bologna, 2006, p. 37 e ss. Per quanto concerne gli effetti che tale modifica ha apportato direttamente o mediatamente sulla estensione degli artt. 216 e 217 l. fall. si veda GIUNTA-SCARCELLA, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO-SANDULLI, II, Torino, 2006, p. 1213 e ss.; MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006, p. 898 e ss.; SCHIAVANO, *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec*., 2006, p. 964 e ss. In giurisprudenza si veda lôimportante intervento delle Sezioni Unite del 28 febbraio 2008, n. 16601, in *Cass. pen*., 2009, con nota di AMBROSETTI, in tema di bancarotta e retroattività dei nuovi requisiti di fallibilità dellôimprenditore.

[190] Per una panoramica generale si rinvia a ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 30 e ss; BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, cit., p. 341 e ss.; CARLETTI, *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di BRICOLA e ZAGREBELSKY, Torino, 1990, p. 33; CASAROLI, sub *Art. 216 legge fall*., in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 2000, p. 661; CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Torino, 1991; DE SIMONE, *La bancarotta fraudolenta*, in AA.VV., *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di CARLETTI, Utet, 1990, p. 21; GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006; MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Giuffrè, 2003, p. 47; MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta impropria, in I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 609; MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 449; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 419 e ss. e 703 e ss.; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 50

[191] Sulla individuazione dei beni oggetto di bancarotta basti in questa sede ricordare che questi devono esplicare una funzione di garanzia nei confronti delle ragioni creditorie; devono coincidere, cioè, coincidono con i beni suscettibili di esecuzione forzata. Rimangono, pertanto, esclusi dallôoggetto materiale della bancarotta fraudolenta patrimoniale quei rapporti giuridici che, per natura o per espressa previsione legislativa, non sono soggetti ad esecuzione forzata in forma generica (si pensi in tal senso ai beni indicati dallôart. 46 l. fall.). Sullôargomento v. *amplius* ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 110 e ss.; COCCO, *Art. 216 l. fall*., in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Cedam, 2003, p. 887 e ss.; COLETTA, *Lôoggetto materiale del reato di bancarotta patrimoniale*, in *Cass. Pen*., 2005, p. 1437 e ss.; CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 66 e ss; NAPOLEONI, *Notule rapsodiche sulla bancarotta fraudolenta per manomissione di beni provenienti da reato*, in *Cass. Pen*., 1988, p. 151; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 79 e ss.; PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. IV, Giuffrè, 2003, p. 850 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

no i beni dellôautore, bensì quelli dellôente su cui lôautore esercita poteri di gestione o controllo.

Tuttavia, sembra potersi escludere che siffatte differenze di tipo ñnaturalisticoò incidano sulla omogeneità strutturale e sostanziale delle due incriminazioni, nonché sulla entità della pena, quanto meno in riferimento alla fattispecie delittuosa prevista dallôart. 223, primo comma, l. fall.: per quanto concerne la descrizione del precetto, infatti, il legislatore in questa ipotesi si limita a rinviare ai fatti preveduti dallôart. 216, senza aggiungere elementi ulteriori (salvo lôindicazione dei diversi soggetti attivi) che possano condurre ad un ragionevole mutamento di prospettiva in ordine alla struttura dellôincriminazione o allôoggetto giuridico di tutela. Lôapplicazione della sanzione, in questo senso, continua ad essere subordinata allôapertura delle procedura concorsuale ed alla realizzazione di fatti che abbiano leso o posto in pericolo gli interessi dei creditori dellôimprenditore commerciale individuale da un lato, o sociale dallôaltro[192].

Peraltro, il fatto che le due formulazione legislative presentino delle diversità strutturali sul piano della tipicità del reato (diversi soggetti attivi e distinti oggetti materiali) non significa che il significato offensivo, la funzione dellôincriminazione sul piano dei valori e del bene giuridico sia difforme nelle due ipotesi: si tratta sempre, infatti, di fattispecie poste a tutela del patrimonio dei creditori. Le condotte ed il loro pregnante significato non possono allora che essere ricostruiti unitariamente.

Diverso discorso può muoversi, al contrario, per quanto concerne le ipotesi criminose descritte al secondo comma dellôart. 223 l. fall.: in questo caso, infatti, la legge ricostruisce il disvalore del fatto sulla base di un necessario nesso eziologico tra situazioni descritte e regolate da altre norme incriminatici, che danno vita esse stesse a reati propri (cioè i fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 c.c.)[193], ed il dissesto della società (art. 223, secondo comma, n. 1); ovvero

---

[192] Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 188. Effettua, invece, dei particolari distinguo PEDRAZZI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 707 e ss.

[193] La clausola è stata così modificata ad opera del d.lgs. n. 61 del 2002 che oltre ad aver inserito il requisito nel nesso causale tra reato societario e dissesto ha, altresì, modificato ed integrato la lista dei reati presupposto. Sul punto si vedano i commenti di ANGELINI, *Il reato di bancarotta fraudolenta impropria innovato dalla nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 349; CÒ, *Continuità normativa e bancarotta fraudolenta*, in *Fallimento*, 2003, p. 420; GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella ñnuovaò bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto temporale*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 90; PERINI, *Il ñcagionamento del dissestoò: la nuova ñbancarotta da reato societarioò al banco di prova*

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

indicati al primo comma, cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento dell'ente (art. 223, secondo comma, n. 2).

Nonostante l'identità della pena, che rimane immutata sia per la bancarotta fraudolenta dell'imprenditore individuale, sia per quella da reato societario o, comunque, realizzata mediante operazioni dolose, non può non riconoscersi la presenza, in queste due ultime ipotesi, di una serie di elementi che, già sul piano strutturale, rendono i due delitti sostanzialmente eterogenei rispetto alle ipotesi classiche di bancarotta patrimoniale, documentale o preferenziale[194].

Nonostante la indiscussa rilevanza che le figure delittuose descritte all'art. 223, secondo comma, l.fall. assumono nel sistema penal-fallimentare, rilevanza peraltro confermata dalla prassi e dal copioso numero di processi per bancarotta societaria che vengono quotidianamente discussi nelle aule giudiziarie italiane, l'obiettivo del presente lavoro è limitato all'analisi delle fattispecie previste dall'art. 223, primo comma, l. fall., che a sua volta rinvia ai fatti descritti dall'art. 216 l. fall., ed in particolare alla controversa figura della *distrazione* quale condotta tipica della bancarotta fraudolenta, sia essa propria o impropria.

Siffatta preliminare indagine risulta, peraltro, prodromica alla connessa problematica relativa al riconoscimento (o all'esclusione) della responsabilità penale in capo agli amministratori di società che facciano parte di un gruppo, allorquando a seguito del compimento da parte di costoro di fatti astrattamente riconducibili a quelli descritti all'art. 216 l. fall., ed in particolare alle operazioni c.d. distrattive, la società da essi gestita venga dichiarata fallita.

A tal fine risulta necessario preventivamente affrontare le questioni inerenti alla particolare figura delittuosa descritta all'art. 216 l. fall., alla sua struttura oggettiva e soggettiva, alla ricerca del bene giuridico che con essa si intende tutelare, al ruolo che la dichiarazione di fallimento svolge nella sistematica del reato. Una volta, poi, individuati i tratti salienti che permettono di qualificare una certa condotta come *distrattiva* ai sensi della legge fallimentare, si passerà, nel capitolo successivo, all'analisi specifica della c.d. bancarotta societaria per distrazione «infragruppo», nel tentativo di evidenziare le

---

della causalità, in *Riv. Trim., dir. Pen. Ec.*, 2004, p. 729; SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 263.

[194] Sul punto si rinvia alle considerazioni di PEDRAZZI, *I reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 428.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

si delittuosa pone, a fronte soprattutto delle lacune legislative che, nonostante gli sforzi del legislatore delegato del 2002 e del 2003, sembrano ad oggi permanere in relazione ai complessi fenomeni ñinfrasocietariò.

2. *Indagine preliminare sullôoggetto giuridico del reato di bancarotta*

Quello intorno alla individuazione del bene giuridico nel delitto di bancarotta è un dibattito che affonda le sue radici già nellôepoca di vigenza del codice di commercio del 1882[195]; con lôentrata in vigore dellôattuale legge fallimentare, attraverso il Regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267, i dubbi in ordine alla qualificazione dellôoggetto di tutela non si sono affatto dissipati. La dottrina tradizionale, infatti, è rimasta per anni divisa su posizioni del tutto eterogenee, senza che il progredire degli studi *in subiecta materia* abbia apportato al problema soluzioni di sorta, quanto meno in ordine alla possibile riconduzione ad unità dellôinteresse protetto dalla normativa penal-fallimentare.

Tra i diversi scritti sul tema, vigente ancora il codice di commercio del 1882, fondamentali sono gli studi di Giacomo Delitala[196]; mentre a Pietro Nuvolone è dovuta una delle prime monografie sui reati fallimentari a seguito dellôentrata in vigore della legge fallimentare del 1942[197]: il pensiero dei due Maestri, tendenzialmente basato su una visione dellôinteresse tutelato di tipo privatistico-sostanziale per quanto concerne il primo[198], e pubblicistico-processuale per il secondo[199], verrà in seguito portato avanti,

---

[195] Tra gli altri, BONELLI, *Del fallimento*, vol. III, Milano, 1923, p. 316; BOLAFFIO, *La bancarotta della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 636; CANDIAN, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, p. 204; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. VII, Lucca, p. 63 e ss.; DE GENNARO, *Teoria della bancarotta*, Napoli, 1929; DELITALA, *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, ora in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, p. 703 e ss.; LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Milano, 1930, p. 91 e ss.; ROCCO, *Il fallimento, teoria generale e indagine storica*, Torino, 1917, p. 213 e ss.

[196] DELITALA, *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, cit.,; ID., *Lôoggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Riv. pen.*, 1935, ora in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano, 1976, p. 835 e ss.; ID., *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935.

[197] NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.

[198] Individuano la bancarotta come reato contro il patrimonio dei creditori altresì CONTI, *Gli elementi costitutivi del reato di bancarotta fraudolenta*, in *Riv. it.*, 1952, p. 468; LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Milano, 1930, p. 91; LORDI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Napoli, 1946, p. 284; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, p. 486; NAPOLITANO, *Chiusura di fallimento per mancanza di massa passiva e reato di bancarotta*, in *Annali*, 1938, p. 368 e ss.; VASSALLI, *La tutela penale del credito nel progetto vaticano di codice di procedura civile*, in *Riv. it.*, 1938, p. 162.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

rrettivi, dagli autori che nel corso degli anni si sono occupati della materia.

Ed è a partire da questa prodromica distinzione di carattere generale che si intende affrontare in questa sede lôanalisi dellôoggetto giuridico del delitto di bancarotta, sottolineando le critiche che via via sono state avanzate, ed i conseguenti correttivi di volta in volta proposti sul tema dalla dottrina penalistica, nellôambito delle diverse impostazioni sinora apprestate.

2.1. La concezione «privatistico-sostanziale» della tutela: la bancarotta come «reato contro il patrimonio» secondo lôimpostazione di Delitala.

Secondo il Delitala le ipotesi criminose regolate dai vecchi artt. 856 e ss. del codice di commercio, altro non costituiscono se non la reazione penale avverso le condotte del debitore che ledano il *diritto* dei creditori alla *garanzia patrimoniale*, diritto la cui difesa viene allôevidenza su un triplice fronte: contro gli atti di illecita disposizione dei propri beni da parte del debitore; contro la violazione dellôobbligo di *ostensibilità* degli stessi; nonché avverso gli atti che favoriscano taluno dei creditori in danno alla massa[200]. La sanzione in tal senso sarebbe posta dallôordinamento a carico dellôimprenditore a tutela del diritto di credito, il cui esercizio risulterebbe efficacemente garantito nella sostanza, oltre che nella forma, solo mediante un sistema che permetta di mantenere integra e conoscibile la situazione patrimoniale del debitore, ovvero che gli imponga ñlôobbligo di cooperare, positivamente, al buon esito dellôazione dei creditoriò[201]. Lôincriminazione dei fatti di bancarotta, allora, sarebbe funzionale alla conservazione (obbligata) dei suoi beni in unôottica di soddisfacimento dei creditori attraverso il divieto, coperto da pena, di ñdistrarreò, ñoccultareò o

[199] Seguito più di recente anche da ANTONIONI, *Bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p. 23 e ss.; nonché LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, p. 68 e ss. Su posizioni analoghe anche CARNELUTTI, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. dir. proc*., 1957, cit., p. 4.
[200] DELITALA, *Lôoggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., p. 836
[201] DELITALA, *Lôoggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., p. 837

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

rode ai medesimi, condotta questa che il Delitala riconduce ad un sostanziale ñinadempimento doloso del contrattoò[202].

A fondamento di tale impostazione, secondo cui il patrimonio del debitore sarebbe ñpenalmenteò vincolato, nel senso che graverebbe un vero e proprio obbligo giuridico sul titolare di non disporre dei suoi beni se non nei limiti in cui ciò non pregiudichi il diritto del creditore ad ottenere la prestazione dovuta, lôautore sostiene la illiceità di tali condotte di sottrazione già sul piano civilistico: in particolare, muovendo dalla constatazione che siffatte disposizioni costituiscono in tutto e per tutto atti di esercizio del diritto di proprietà, sembrerebbe antitetica ed incoerente la scelta del legislatore di porre a fondamento della responsabilità penale lôestrinsecazione di una facoltà pienamente riconosciuta al titolare dal diritto privato. Per risolvere lôapparente disarmonia il Delitala, richiamando alcuni istituti della teoria delle obbligazioni, si sofferma sui due momenti del *debito* e della *responsabilità* affermando, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina classica[203], che questi, lungi dal presentarsi nella realtà ontologica in forma ñdiacronicaò (nel senso che il secondo sia susseguente al primo), siano piuttosto logicamente e cronologicamente coevi[204]. In particolare dal rapporto di debito, e contemporaneamente ad esso, sorgerebbe un diritto di garanzia che attribuisce ai creditori la facoltà di far vendere i beni del debitore per soddisfare sul prezzo così ricavato la ragioni di credito[205]: la garanzia patrimoniale sarebbe, in tal senso, preesistente al rapporto esecutivo che ñla realizza, ma non la creaò[206]. Ecco allora che il diritto del creditore a vedere conservata lôintegrità dei beni del debitore, ovvero il diritto

[202] DELITALA, *Lôoggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., p. 837. Interessante in questo senso il richiamo che lôautore effettua allôart. 388 c.p. che sanziona gli atti simulati o fraudolenti sui propri o sugli altrui beni realizzati per sottrarsi allôadempimento degli obblighi civili nascenti *da una sentenza di condanna*, o dei quali *è in corso lôaccertamento dinnanzi allôAutorità giudiziaria*, qualora non si ottemperi allôingiunzione di eseguire la sentenza. Il Maestro individua nella norma in esame unôipotesi di tutela del diritto di credito nei confronti del debitore non commerciante e critica, ritenendola arbitraria, la scelta del legislatore di anteporre al reato il necessario presupposto di una sentenza di condanna o comunque di un procedimento giudiziario in corso ñquasi che lôobbligo (di conservazione dellôintegrità del patrimonio, n.d.r.) non preesista alla sentenza o che la sentenza venga in qualche modo a trasformarlo o a rinforzarloò.

[203] In base alla quale il momento del *debito* e quello della *responsabilità* si presenterebbero come due rapporti giuridici distinti ed autonomi: mentre al primo corrisponderebbe un diritto del creditore di pretendere la prestazione, al secondo farebbe riscontro un vero e proprio diritto di pegno, o un diritto reale di garanzia *sui generis* sul patrimonio del debitore.

[204] Crf. ROCCO ALF., *Il fallimento*, cit., p. 39; nonché OSTI, *La separazione dei patrimoni ed il fallimento* post mortem, Bologna, 1919, p. 66; PACCHIONI, *Sul concetto di obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 209

[205] Rocco qualifica tale situazione giuridica soggettiva in termini di vero e proprio *diritto di pegno:* ROCCO, *Il fallimento*, cit., p. 39

[206] DELITALA, *Contributo alla determinazione*, cit., p. 707

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

o a limitare la libera disposizione di questo da parte del titolare, prende vita non già al momento dell'inadempimento, cioè quando diviene attuale la *responsabilità* dell'obbligato e la connessa possibilità di agire, per l'interessato, in via esecutiva; quanto piuttosto al sorgere stesso dell'obbligazione, quando cioè viene assunto il *debito*[208]. E tale risultato teorico si concilierebbe perfettamente con la qualificazione dell'azione pauliana (*id est*: l'azione revocatoria) come un'azione *ex delicto*, posto che la diminuzione patrimoniale cagionata dal debitore viola il *diritto* del creditore, diritto al quale corrisponde il correlativo *dovere* della controparte di disporre delle cose e dei diritti compresi nel suo patrimonio *solo in modo che non restino pregiudicate le ragioni dei creditori*.

Sulla scorta di tali considerazioni si giunge ad affermare che l'atto in frode ai creditori costituisca un illecito anche dal punto di vista del diritto privato e ciò anche quando il debitore versi in stato di equilibrio economico o di ñsolvenzaò: il diritto di proprietà cui corrisponde la libertà di disposizione dei propri beni incontra il limite della garanzia dei creditori già nel momento in cui si assume l'obbligazione. L'eccedere tale limite significa violare un dovere giuridico ed è su queste basi che si giustifica l'intervento della sanzione penale. Così, mentre dalla disciplina civilistica può dedursi uno stato di ñsoggezioneò attuale del patrimonio del debitore che trova il suo corrispettivo - sia nell'*an* che nel *quantum* - nel diritto di credito, al contrario è nella

[207] La cui esistenza è confermata, secondo l'autore, da una serie di norme di diritto privato ñche concedono al creditore, oltre che di realizzare le sue ragioni per equivalente, di procedere al sequestro conservativo sui beni del debitore, ed all'esercizio delle azioni surrogatoria e revocatoriaò, DELITALA, *Contributo alla determinazione*, cit., p. 708.

[208] In questi termini sembra concludere DELITALA, *Contributo alla determinazione*, cit., p. 710-711 allorquando riconduce il sorgere di un vero e proprio diritto soggettivo sul patrimonio del debitore a favore dei creditori ñfin da quando è stata contratta l'obbligazioneò. È allora che ñci sembra debba aversi per cominciata la fase di formazione di tale dirittoò, a fronte del quale si configura il dovere giuridico incombente sul debitore di non disporre delle sue sostanze in modo che restino pregiudicate le ragioni dei creditori. Per una impostazione diametralmente opposta si vedano le eloquenti osservazioni di CARNELUTTI, *Appunti*, cit., p. 2 il quale distingue il diritto alla garanzia dal diritto di credito attribuendo al primo un carattere pubblicistico e processuale, ed al secondo, al contrario, un valore sostanziale e privatistico. Sostiene, infatti, il Maestro che il diritto di garanzia si sostanzi in realtà in una *azione* che diviene esperibile a fronte della *responsabilità* del debitore: ñalla natura processuale del diritto del creditore corrisponde la natura del dovere del debitore in ordine alla garanzia: la *azione* del primo ha il suo corrispettivo nella *responsabilità* del secondoò. L'autore conclude in maniera del tutto difforme rispetto all'assunto del Delitala in quanto per Carnelutti l'atto del bancarottiere *non è violazione di un obbligo ma sottrazione da una responsabilità*. Il bene ñdirettamenteò protetto nell'ambito dei reati di bancarotta si sostanzia, pertanto, nel buon esperimento del processo esecutivo inteso come strumento per proteggere il diritto del creditore (cioè il bene solo ñmediatamenteò preso in considerazione dalla norma incriminatrice).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

le condotte tipiche la cui sanzionabilità funge da tutela *preventiva* del credito stesso[209].

Lôautore giunge a tali conclusioni muovendo anche dalla insufficienza dei rimedi civilistici di carattere ricostituivo, preventivo, o risarcitorio posti a tutela dei creditori rispetto agli atti commessi dal debitore in loro pregiudizio[210].

Le medesime considerazioni valgono per i fatti che oggi rientrerebbero sotto lôalveo della bancarotta documentale (vecchi artt. 856, 857 e 860 cod. comm. ed attuale art. 216, primo comma, n. 2, l. fall.): il credito, inteso come uno degli strumenti cui *di regola* ricorre lôimprenditore per far prosperare la sua attività, può trovare unôefficace tutela e garanzia anche e soprattutto grazie allôesatta osservanza degli obblighi di registrazione contabile che la legge impone al fine di preservare la trasparenza nei rapporti commerciali, e rendere conoscibili ai terzi i movimenti patrimoniali effettuati durante la vita dellôimpresa. La natura di siffatto obbligo non diverge affatto da quella del vincolo precedentemente analizzato e gravante sul commerciante in ordine alla conservazione ed integrità dei suoi beni: la fonte di tali doveri, infatti, rimane in entrambi i casi il diritto dei creditori, la cui tutela trova pienezza anche mediante la repressione di condotte tese a ledere od intaccare lôinteresse degli stessi alla *ostensibilità* del patrimonio del fallito[211].

Il terzo ed ultimo fronte su cui si dipana la difesa del credito mediante lôincriminazione per bancarotta - secondo la visione ñpatrimonialisticaò del Delitala - è quello incentrato sullôesigenza di impedire il favoreggiamento di taluno dei creditori in danno alla massa. Lôassicurazione della *par condicio creditorum*, infatti, costituisce un ñmodo di essere della tutelaò funzionale e prodromico al soddisfacimento completo del credito. Né, però, sarebbe corretto, sottolinea lôautore, riconoscendo la natura pubblica dellôinteresse alla *par condicio*, cioè allôordinato svolgimento del credito commerciale, confondere tale interesse dello Stato con lôoggetto specifico della tutela, che è e rimane

[209] In questi termini si esprime, a proposito del pensiero di Delitala, PEDRAZZI, *Lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. II, Milano, 1984, ora in PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. IV, cit., p. 975

[210] In particolare si richiama lôazione pauliana (che equivale allôattuale azione revocatoria prevista dallôart. 2901 c.c.) e lôannessa difficoltà della prova in ordine alla necessaria mala fede del terzo che acquista il bene a titolo oneroso; nonché lôazione di simulazione esercitatile previa surrogatoria; o ancora la revocazione dellôatto fraudolento che può essere esperita solo qualora il terzo partecipi alla frode. Senza poi contare lôinesistenza di un rimedio utilizzabile a fronte di condotte di occultamento materiale dei beni da parte del debitore. V. anche DELITALA, *Contributo alla determinazione*, cit., p. 712

[211] Ancora DELITALA, *Lôoggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., p. 838; ID., *Contributo alla determinazione*, cit., p. 714.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

trattamento, infatti, costituisce un modo di essere della tutela e non già il suo oggetto[212], come del resto il corretto prosperare del commercio, rispetto al quale è funzionale la tutela del credito, rappresenta il motivo della sanzione e non anche lôinteresse protetto, cioè lôoggetto immediato del reato[213].

Attraverso tali argomentazioni lôautore conclude che i fatti di bancarotta si sostanziano in *reati contro il patrimonio*[214]: ed alla critica secondo la quale non sarebbe pensabile unôoffesa che abbia ad oggetto i *propri* beni[215] egli, muovendo dallôaffermazione per cui sono da tenersi distinti i diritti reali da quelli generalmente patrimoniali così come non possono confondersi i piani dellôoggetto materiale e dellôoggetto giuridico del reato, risponde che lôatto dispositivo illecito sui propri beni, lungi dallôoffendere un diritto *reale* dei creditori (posto che i beni, appunto, sono di proprietà del debitore), ben potrebbe al contrario ledere, rendendone impossibile il soddisfacimento, il loro diritto di credito, anchôesso di natura patrimoniale[216].

2.2. Segue. *La teoria «patrimonialistica» alla luce del codice civile e della legge fallimentare del 1942.*

Con lôentrata in vigore del codice civile del 1942 e con la nuova riformulazione delle ipotesi delittuose di bancarotta ad opera della legge fallimentare introdotta nellôordinamento con il già citato Regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267, la teoria che ravvisa gli art. 216 e ss. l. fall. come reati contro il patrimonio trova conferma nellôart. 2740 c.c.

---

[212] DELITALA, *Lôoggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., p. 839.
[213] DELITALA, *Lôoggetto della tutela*, cit., p. 841 il quale afferma che ñcerto tutelando il credito si fa cosa vantaggiosa per il commercio e conseguentemente per lôeconomia della nazione, ma ciò non toglie che lôoggetto immediato della tutela sia propriamente costituito dal diritto soggettivo dei creditoriò
[214] Su questa scia anche LONGHI, *Bancarotta ed altri reati*, cit., *passim* il quale, però, a differenza di Delitala, qualifica lôinsolvenza come evento del reato; nonché PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, *passim*, che, invece, collega la rilevanza giuridico penale della bancarotta solo se questa sia commessa in costanza di stato di insolvenza. Lôinsolvenza rappresenterebbe, quindi, il momento a partire dal quale sorge il diritto dei creditori ad avere la disponibilità di tutto il patrimonio del fallito, ed alla *par condicio* in sede di ripartizione. Vedi inoltre CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1955, *passim* il quale sostiene che i delitti in esame siano preordinati principalmente alla tutela dellôinteresse patrimoniale dei creditori alla integrità della garanzia di cui allôart. 2740 c.c., cioè alla conservazione dei beni del debitore: interesse che si presenta come un *quid* eterogeneo rispetto al *diritto* di cui parla Delitala.
[215] In particolare DE GENNARO, *Teoria della bancarotta*, cit.
[216] DELITALA, *Lôoggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., p. 840

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

trinali precedentemente descritti, infatti, si rafforza lôidea che lôincriminazione per bancarotta costituisca il mezzo per rendere concreta ed effettiva la tutela del credito commerciale realizzata mediante la difesa della *integrità dei mezzi di garanzia* che lo accompagnano, talvolta insufficiente se affidata ai soli rimedi civilistici[217]: in particolare, le condotte del debitore tese a disperdere i suoi beni, ad impedirne la rintracciabilità, a rendere difficoltosa la conoscenza del loro effettivo valore, o entità, o natura, sarebbero lesive di una molteplicità di *interessi* di natura patrimoniale facenti capo ai portatori delle ragioni di credito, e tutti tesi al soddisfacimento pronto, effettivo e nella maggior misura possibile della propria aspettativa, nonché allôottenimento di una tutela in modo conforme alla legge di fronte al concorso di crediti altrui..

A fronte della eventuale inidoneità degli strumenti risarcitori, preventivi o ricostitutivi messi a disposizione dal diritto civile - quali ad esempio le azioni revocatoria, surrogatoria o il sequestro conservativo, ecc. (non a caso qualificati dalla legge civile come ñmezzi di *conservazione* della garanzia patrimonialeò (artt. 2900 e ss. c.c.) ï si ritiene, allora, opportuno ricorrere alla sanzione penale - quale strumento di *extrema ratio* - che rafforzi, con la sua funzione di prevenzione generale e speciale (oltre che retributiva), lôefficacia degli altri mezzi di difesa del credito, e ciò soprattutto per quanto concerne i rapporti commerciali che su di esso si fondano e grazie ad esso si intensificano. In questo senso nulla impedisce di affermare che il diritto penale sia preposto alla tutela degli *interessi* giuridicamente rilevanti, oltre che dei diritti[218].

Secondo siffatta impostazione la difesa dellôè*interesse* (e, si badi bene non più del diritto[219]) alla conservazione della garanzia e la difesa stessa del credito, che trovano la loro fonte nellôart. 2740 c.c., altro non sarebbero che strumenti di tutela del *patrimonio*,

---

[217] Così CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Torino, 1967, p. 79 e ss. Individua lôoggettività giuridica della bancarotta fraudolenta nellôoffesa allôinteresse dei creditori anche PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 423 e ss.

[218] Così CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 91 e ss.; nonché GIULIANI, *La concezione patrimoniale della bancarotta*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dellôUniversità di Genova*, 1972, p. 59 e ss.; PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 101 e ss.;

[219] Sul punto il Conti ha voluto soffermarsi espressamente in risposta alla censura mossagli da Carnelutti (in CARNELUTTI, *Appunti*, cit., p. 1 e ss.) in ordine al richiamo improprio, secondo questôultimo, al *diritto* di garanzia dei creditori effettuato nella prima opera del Conti sul tema (CONTI, *Reati fallimentari*, Torino, 1955, p. 63). Spiega, infatti, lôautore che non è un caso che nel suo scritto del 1955 egli abbia sempre fatto riferimento allô *interesse* dei creditori allôintegrità della garanzia, e non già al *diritto* di garanzia, come invece avevano scelto di fare Antonioni (ANTONIONI, *Bancarotta semplice*, cit. p. 7) o lo stesso Delitala. (cfr. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 83, nt. 22)

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ibilità, sono entità da computarsi tra le attività patrimoniali del titolare, sicché il loro affievolirsi o annullarsi comporta una diminuzione del patrimonio stesso[220]. A conferma del fatto che lôessenza del reato sia costituita dalla lesione dellôinteresse allôintegrità della garanzia del credito si richiama, peraltro, lôart. 240 l. fall. che permette la costituzione di parte civile dei creditori allorquando manchi quella del curatore fallimentare, il quale a sua volta si costituisce nel loro interesse[221].

Ciò non rende, però, meno pregnante lôosservazione secondo la quale la bancarotta e gli altri reati concorsuali tutelino, in via *mediata* ed *indiretta*, anche altri beni o interessi rilevanti, quali lôeconomia pubblica o lôamministrazione della giustizia: la correttezza di tale assunto non giunge, tuttavia, a distogliere lôattenzione dallôoggetto *specifico* di tutela che, secondo i sostenitori della condivisibile teoria in esame, continua ad avere i connotati della patrimonialità[222].

2.3 La concezione «pubblicistico-processuale» della tutela: la bancarotta come «reato contro lôamministrazione della giustizia» secondo lôimpostazione di Nuvolone.

Per fondare lôassunto secondo cui i reati fallimentari, ed in specie la bancarotta, siano fattispecie utilizzate dal legislatore per garantire la corretta esecuzione delle procedure concorsuali, e quindi presuppongano la lesione di un interesse pubblico al buon funzionamento dellôamministrazione della giustizia, Nuvolone muove da una critica in ordine alle premesse che hanno portato il Delitala, e gli autori che hanno seguito la sua impostazione, a configurare le incriminazioni *de quibus* come delitti

---

[220] V. ancora CONTI, *Diritto penale commerciale* , cit., p. 89. Giungono alla medesima conclusione se pur con argomentazioni diverse AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1953, 1185; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, p. 581; GIULIANI, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 1974, p. 166; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006; PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 28; SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 30.

[221] CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 90

[222] Giunge a tali conclusioni anche PEDRAZZI, *Lesività della bancarotta*, cit., p. 983 il quale, in riferimento alla ricostruzione in chiave processuale dellôoggettività giuridica della bancarotta (su cui v. *infra* al seguente paragrafo) sostiene la *strumentalità* delle procedure concorsuali e del loro corretto esperimento rispetto ad un ñrisultato squisitamente sostanziale, individuabile nel massimo soddisfacimento dei creditoriò (p. 984). Sul carattere predominante della tutela del credito più di recente PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dellôimpresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 138

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

re contro il diritto di credito e la garanzia del suo soddisfacimento.

In particolare lôillustre autore si sofferma sulla natura e sul significato dellôart. 2740 c.c. negando che da questa disposizione possa dedursi il riconoscimento in positivo di un diritto del creditore a veder *conservati* i beni del debitore, la lesione del quale porti automaticamente ad attribuire il carattere di illiceità rispetto a qualsiasi atto dispositivo da parte del titolare[223]. Sia in riferimento alle obbligazioni di dare, che a quelle di fare o di non fare, infatti, il contenuto del vincolo gravante sul debitore consiste nel pagare una somma, o consegnare una *res*, o prestare unôattività nelle forme e nei termini pattuiti, ovvero ñnon far nulla che possa impedirgli di adempiere a tale suo obbligoò, nonché ñfar tutto ciò che può rendergli possibile lôadempimentoò[224].

Nellôambito di siffatto vincolo non sembra esserci spazio per il divieto di disporre del proprio patrimonio che rimane, pertanto, per il titolare, giuridicamente libero e pienamente disponibile. Lôart. 2740 c.c. starebbe, invero, ad indicare la possibilità da parte dei creditori di aggredire i beni del debitore *solo a seguito di un suo inadempimento*, solo cioè quando egli non versi la somma pattuita, o non consegni la cosa oggetto dellôobbligazione, o non presti lôattività dovuta. In altri termini, il diritto allôadempimento di cui gode il creditore diviene attuale nel momento in cui sorge lôobbligazione; a partire da tale termine grava sul debitore lôobbligo di perfezionare la prestazione, residuando sulla controparte la mera facoltà di utilizzare gli strumenti cautelari preposti dallôordinamento contro il ñpericoloò di inadempimento (quali, ad esempio, il sequestro conservativo, lôa*ctio pauliana*, la surrogatoria). Ma sino al momento dellôeventuale inadempimento il creditore non vanta alcun diritto di garanzia sul patrimonio dellôobbligato posto che su costui non è configurabile alcun dovere di conservazione o vincolo di non disposizione dei propri beni, se non quello di adempiere alla prestazione pattuita. Lôart. 2740 c.c., dunque, lungi dal costituire la fonte di un diritto di garanzia *preesistente* allôinadempimento, attribuisce piuttosto un diritto sui beni del debitore *diversi* da quello oggetto dellôobbligazione; diritto che ñsorge solamente in conseguenza dellôinadempimento, o come mezzo di esecuzione coattiva dellôobbligazione, o come mezzo per ottenere il risarcimento del dannoò[225].

---

[223] Cfr. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 20.
[224] NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 20.
[225] Ancora NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 22

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

premessa di carattere generale Nuvolone trasferisce i termini del problema in ambito fallimentare spiegando, così, la ragione per cui la legge fallimentare considera illeciti taluni atti di dissipazione o di imprudente amministrazione del patrimonio dellôimprenditore solo in quanto si sia verificato il fallimento[226]. Prima della dichiarazione giudiziale di fallimento, non sussiste rispetto ai creditori alcun diritto di garanzia sui beni dellôimprenditore, sicché egli, a fronte della pienezza delle facoltà inerenti al diritto di proprietà, e salvo i limiti di cui a breve si dirà, potrà liberamente disporre del suo patrimonio senza che lôattività dôimpresa rimanga paralizzata. Lôordinamento lascia, comunque, agli aventi diritto la possibilità, come prima accennato, di usufruire di specifiche azioni di carattere *cautelare*; ma nessun diritto di garanzia dei creditori cui corrisponda un dovere di non disposizione del debitore sembra potersi configurare prima dellôinadempimento.

Ciò posto il Nuvolone compie un passo ulteriore, affermando che lôinadempimento, ovvero la lesione del diritto di credito, costituisca illecito solo dal punto di vista dellôordinamento civile; la legge penale, al contrario, attribuisce rilevanza agli atti di disposizione patrimoniale realizzati in danno ai creditori solo in quanto commessi *prima* o *durante* la procedura fallimentare: ciò, a ben vedere, perché in siffatte ipotesi il diritto di credito non viene tutelato da un punto di vista individuale, ma da un punto di vista collettivo, cioè da quello ñdellôinteresse pubblicistico al *massimo soddisfacimento* di tutti i creditori secondo i criteri della *par condicio*ò[227].

Col richiamo al presupposto della procedura concorsuale, infatti, sembra che il legislatore abbia ponderato gli interessi dei creditori non già considerati come singoli, ma come ñ*massa*ò dando, pertanto, alla tutela un carattere pubblicistico: posto, cioè, che la procedura concorsuale incarna lo strumento attraverso il quale possono trovare soddisfazione i creditori intesi come massa, e posto altresì che lôimprenditore che dissipi, distragga, distrugga, occulti i suoi beni prima o dopo la dichiarazione di fallimento non fa che sottrarli a siffatta procedura, allora si deve dedurre che lôinteresse ñimmediatamenteò leso dalle fattispecie di bancarotta sia quello pubblicistico-processuale al corretto funzionamento della procedura fallimentare. Le norme

[226] In particolare lo studioso nega la natura di azione *ex delicto* alla *pauliana* posto che questa ñnon tende a punire o a riparare un illecito, ma a cautelare il creditore dal pericolo di un inadempimentoò: lôillecito, infatti, non consiste nel fatto di disporre dei propri beni, ma nel fatto di non adempiere o, comunque, di rendere impossibile lôadempimento (V. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 22-23)
[227] NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 24

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

di, predisposte a garantire, attraverso la minaccia della sanzione penale, il raggiungimento degli scopi delle procedure concorsuali, e cioè la massima soddisfazione delle ragioni creditorie compatibile con lôinteresse pubblicistico del concorso paritario. Pertanto i reati in esame sono da qualificarsi come reati contro lôamministrazione della giustizia[228].

Mentre, però, siffatta impostazione non sembra affatto porre problemi in ordine alla connotazione delittuosa dei fatti di bancarotta postfallimentare, non altrettanto chiara appare la situazione relativa allôimprenditore che ñdisperdaò porzioni del suo patrimonio prima che i singoli creditori possano essere catalogati come massa, prima cioè dellôapertura della procedura concorsuale. Il Nuvolone sul punto conviene sul fatto che sia impossibile retroagire indefinitamente nel corso della vita dellôimpresa e sanzionare, così, qualunque atto dispositivo che si possa tramutare, in un momento successivo, in un danno o un pericolo per la massa dei creditori (peraltro non ancora costituita al momento del compimento dellôoperazione economica). Lôautore per risolvere lôinconveniente e per definire i limiti di rilevanza penale del fatto richiama, allora, la c.d. ñzona di rischio penaleò; ciò al fine di garantire un equilibrio tra lôesigenza di lasciar libero lôimprenditore di disporre del proprio patrimonio per portare avanti la sua attività commerciale senza restrizioni gravi o oneri assoluti, e quella di impedire, nellôinteresse al corretto svolgimento della procedura concorsuale quale mezzo di soddisfacimento delle aspettative dei creditori, che il debitore compia atti che rendano impossibile o difficile lôintegrale adempimento di tutte le obbligazioni (anche quelle di natura coattiva, nella forma dellôesecuzione forzata). In particolare, tale zona di rischio, a partire dalla quale le condotte dellôimprenditore assumerebbero rilevanza penale, viene ricondotta allo *stato di insolvenza* dellôimprenditore, da intendersi come quel momento in cui lôimpresa *è organicamente incapace di far fronte con i normali mezzi alle proprie obbligazioni*[229]. La *ratio* di tale richiamo risiede nellôesigenza di tenere distinte le situazioni in cui i fatti astrattamente riconducibili alla bancarotta siano stati realizzati da unôimpresa *in bonis*, ovvero da unôimpresa già economicamente malata: solo in questa seconda ipotesi, infatti, lôinteresse processuale oggetto di tutela della

[228] NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 25-27; ID, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 478. Concludono in questo senso, seppur con diversi distinguo, altresì ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, cit., *passim*; CARNELUTTI, *Appunti*, cit., p. 1 e ss.; LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, p. 225; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, p. 10 e ss.
[229] Sullo stato di insolvenza v. , per tutti, SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1957, p. 44

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ebbe attuale, posto che questo potrebbe essere leso ñsolo quando vi sia il presupposto della procedura fallimentare, e cioè lo stato di insolvenzaò[230]. È a partire da tale momento che sorge in capo al debitore lôobbligo di destinare i suoi beni al soddisfacimento dei creditori secondo i criteri della *par condicio*, proprio come se fosse già aperta la procedura concorsuale. Prima di allora non esiste alcuna garanzia rappresentata dai suoi beni, quindi nessun vincolo sulla libera disponibilità degli stessi.

Allôobiezione mossa a tale ricostruzione, in base alla quale delimitare la zona di rischio penale al già attuale stato di insolvenza espungerebbe dallôalveo della fattispecie incriminatrice tutti quei casi in cui la condotta dellôimprenditore sia stata causativa dellôinsolvenza stessa[231], lôautore risponde che quando il legislatore ha voluto punire gli atti causativi dellôinsolvenza lo ha fatto espressamente (art. 223, secondo comma, l.fall.), per cui ñse la causazione dellôinsolvenza non costituisce materia di illecito (ai sensi degli artt. 216 e 217 l. fall., n.d.r.) per volontà del legislatore, è inutile obiettare che in realtà dovrebbe costituire reatoò[232].

2.4 La bancarotta come «reato contro la pubblica economia», «lôordinato esercizio del commercio», e «la pubblica fede».

Tra i cultori del diritto commerciale è prevalsa, sin dallôepoca della vigenza del codice di commercio del 1882, lôidea secondo la quale i diritti dei creditori siano pienamente tutelati dalle norme civili in tema di fallimento, e la disciplina penalistica sarebbe, invece, preposta a salvaguardare interessi di carattere più generale, di natura sociale e collettiva: precisamente quelli al corretto andamento delle relazioni economiche[233], o dellôeconomia creditizia[234]. Non è mancato poi chi ha ricondotto

---

[230] NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 30

[231] La critica era stata avanzata da Antolisei, ora in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 44; ANTONIONI, *Bancarotta semplice*, cit., p. 21 e ss. e successivamente ripresa anche da COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 99; CONTI, *Reati fallimentari*, cit., 1991, p. 88; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1967, p. 26; PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 841; SCALERA, *Teoria*, cit., p. 22

[232] NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 31

[233] Così BOLAFFIO, *La bancarotta della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 636.

[234] CANDIAN, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 218; DôAVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, p. 20 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

arotta alla fede pubblica o al credito commerciale, ravvisando quindi nella tutela un forte connotato di tipo pubblicistico[235].

Siffatta impostazione è stata seguita anche da una parte della letteratura penalistica[236] la quale, muovendo dal rigore della risposta sanzionatoria prevista per queste fattispecie, e richiamando una lunga tradizione per la quale nel nostro ordinamento la bancarotta è identificata come reato proprio dellôimprenditore commerciale[237], conclude che il bene giuridico richiamato comunemente in tutte le incriminazioni fallimentari sia il credito inteso in senso lato, concepito, cioè, come strumento per il buon funzionamento della pubblica economia. In questo senso lôimpresa costituirebbe un centro di riferimento di interessi rilevanti rispetto al quale si intersecano le aspettative non solo del titolare, ma anche dei soci (nel caso lôimpresa fosse costituita sotto forma di società), dei dipendenti, dei creditori, dei terzi, dellôazionariato di risparmio, ecc. E non a caso lôart. 41 Cost., che difende e garantisce la libertà di iniziativa economica privata, intesa come libertà di disporre delle risorse economiche e di organizzare lôattività produttiva attraverso la loro combinazione ed utilizzazione, in vista della produzione di nuova ricchezza e di una prospettiva di profitto, incontra delle limitazioni. Limitazioni a loro volta fondate su esigenze di interesse pubblico parimenti rilevanti, che trovano la loro estrinsecazione nellôutilità sociale[238]. Così, il dissesto dellôimprenditore e la conseguente dichiarazione di fallimento, da intendersi come momenti patologici della vita dellôimpresa, potendo comportare una reazione a catena che si prolungherebbe sino ad interessare lôeconomia locale, o nei casi più gravi, quella nazionale, costituiscono un esempio di contrasto tra utilità sociale ed interesse privato alla libera iniziativa economica[239]. Di qui sorgerebbe,

---

[235] NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1940, p. 63; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., p. 485; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, p. 250; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974, p. 2636.

[236] Tra gli altri BERENINI, *Delitti contro lôeconomia pubblica, lôindustria e il commercio*, Milano, 1937, p. 17 e ss.; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, Lucca, 1874, p. 63; DE GENNARO, *La bancarotta*, cit., p. 38; GRISPIGNI, *La bancarotta e la nuova legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 136; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 32 e ss.; e più di recente MANGANO, *Il diritto penale fallimentare nel sistema giuridico italiano*, Milano, 1989, p. 48 e ss.

[237] Su tale assunto insiste particolarmente PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 25

[238] Sul punto si rinvia alle osservazioni di BRICOLA, *Lo statuto dellôimpresa: profili penali e costituzionali*, in *Giur. comm.*, 1985, p. 712 e ss. V. anche PATALANO, *Ipotesi per uno statuto penale dellôimpresa*, in *Legislazione economica*, settembre 1979-agosto 1980, Milano, 1982, p. 505

[239] In questi termini COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 106 il quale concorda con chi sovrappone la tutela penale del creditore a quella della pubblica economia superando, così, quella polemica che divide i sostenitori della natura privatistica dellôinteresse leso e quelli che ne sostengono la

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

el caso punire quelle condotte che portino lôimpresa ad uno stato di crisi, ovvero che ne aggravino la natura, ripercuotendosi tali fatti su un insieme di situazioni giuridiche soggettive intrinsecamente connesse tra loro, la cui lesione ben può riverberarsi, a sua volta, sullôequilibrio economico generale dei rapporti commerciali, e quindi sulla pubblica economia. Ciò spiegherebbe il perché la legge scelga di arrestare, sanzionandole, non già le attività dellôimpresa economicamente positiva, ma soltanto quelle riconducibili allôimprenditore dichiarato fallito, che non assume più alcun ruolo né funzione nellôambito dellôeconomia nazionale[240].

A tale offesa di rilevanza generale, ovvero alla precarietà delle relazioni economiche i cui effetti possono incidere sul complessivo funzionamento dellôeconomia pubblica, si perviene anche mediante la lesione della «pubblica fede», da intendersi, questa, come quella fiducia usuale che lo stesso ordinamento dei rapporti commerciali e lôattuazione pratica di esso determinano tra i singoli, e su cui si reggono, o si dovrebbero reggere, tutte le relazioni tra gli operatori economici[241]. Secondo questôultima impostazione, dunque, la fiducia reciproca sarebbe il presupposto per lôordinato e corretto esercizio dellôattività commerciale, integrando la sua lesione lôaspetto sostanziale del delitto di bancarotta.

2.5. La tesi di Antolisei: la bancarotta come «reato plurioffensivo»

Lôillustre Maestro, a seguito di unôanalisi critica e dettagliata delle opinioni emerse in dottrina in ordine alla dibattuta natura della tutela in materia di bancarotta, prende atto della veridicità parziale di tutte le tesi proposte dalla letteratura penalistica sin dai tempi in cui vigeva il codice di commercio del 1882: in particolare, Antolisei non disconosce il carattere della patrimonialità dellôoggetto giuridico delle fattispecie in esame, così come sostenuto in via generale dal Delitala; né rinnega la ricostruzione della tutela in chiave processualistica come voleva il Nuvolone. Senza contare, poi, la conferma della rilevanza indiscussa che emerge dallôanalisi della struttura del reato in

natura pubblicistica: v., sul punto, COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 854.

[240] In questi termini PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 25

[241] Individua la bancarotta come unôipotesi criminosa che si sostanzia nella lesione della pubblica fede CARRARA, *Programma*, cit., p. 63 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

mento delle relazioni commerciali, o meglio, in una parola, alla protezione dellôeconomia pubblica come interesse superiore e collettivo.

Tuttavia, non sono mancate delle puntualizzazioni in riferimento a ciascuna elaborazione esaminata; puntualizzazioni che hanno portato il Maestro a concludere per la natura plurioffensiva dei delitti in rassegna.

In particolare, lôautore concorda con la concezione che ravvisa lôoggetto giuridico della bancarotta nel processo esecutivo concorsuale e che muove dal presupposto secondo cui le norme incriminatici pongono un vincolo processuale sui beni del debitore individuando i creditori come ñmassaò, avallando la correttezza di tale assunto, però, solo in riferimento alle ipotesi fattuali successive alla dichiarazione di fallimento: ciò in considerazione del fatto che risulta arbitrario utilizzare lo stato di insolvenza come indice rilevatore della c.d. zona di rischio penale a partire dalla quale possa attribuirsi rilevanza penale alle condotte tese alla diminuzione fittizia o effettiva delle masse patrimoniali da parte dellôimprenditore. In questôordine di idee, infatti, si sarebbe portati ad escludere dallôorbita delle norme incriminatici tutti quei fatti che abbiano cagionato lôinsolvenza stessa[242]. Seppur concordando, quindi, sulla rilevanza dellôinteresse processuale al corretto svolgimento della procedura concorsuale nella bancarotta postfallimentare, Antolisei non manca di ribadire come il processo non sia mai fine a sé stesso, ma costituisca, invero, uno strumento per lôattuazione di interessi sostanziali, primo tra i quali quello patrimoniale dei creditori.

Al contrario, però, di quanto sostenuto dai fautori della concezione privatistico-sostanziale della tutela apportata dalle fattispecie di bancarotta[243], gli interessi dei creditori che la legge penale mira a preservare non si limitano alla conservazione della garanzia sui beni del debitore, o alla conoscenza in ordine alla reale consistenza del patrimonio e del movimento degli affari dello stesso, o al trattamento paritetico in caso

---

[242] Cfr. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 44. Rileva lôautore che ñanche a prescindere dallôipotesi prevista nel secondo comma dellôart. 217 (irregolare tenuta delle scritture contabili), per la quale la legge in modo espresso fissa il periodo entro il quale lôillecito penale può verificarsi (nei tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento o dallôinizio dellôimpresa, se questa ha avuto una minore durata), non sarebbero punibili i fatti di bancarotta che hanno cagionato lôinsolvenza e che perciò necessariamente la precedono, come, ad es., la distrazione di beni in un fallimento preordinato, le operazioni di grave imprudenza e gli sperperi che hanno determinato il dissesto, ecc. (é); ma ciò è evidentemente in aperto contrasto con la lettera della legge e soprattutto con gli scopi che questa perseguèò. Critici sul punto altresì CONTI, *Manuale di diritto penale commerciale*, cit., p. 86-87; ANTONIONI, *Bancarotta semplice*, cit., p. 21; COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 99; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 26; PEDRAZZI, *I reati fallimentari*, cit., p. 841; SCALERA, *Teoria*, cit., p. 22.

[243] V., per tutti, DELITALA, *Lôoggetto della tutela*, cit., p. 836

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ıfatti, rispecchia una visione angusta ed unilaterale del fenomeno dellôinsolvenza, trascurando di considerare le gravi ripercussioni che questo determina nellôeconomia generale, tra cui il turbamento che, a causa della interdipendenza delle aziende, lôinsolvenza produce nella vita economica del paese, ed il connesso pregiudizio che ne deriva alla normalità degli scambi ed alla fiducia nellôesercizio del commercio[244].

Alle considerazioni del Delitala secondo cui lôeconomia pubblica rappresenterebbe un interesse ñmediatoò, e sarebbe scorretto confondere il motivo della tutela con lôoggetto specifico della stessa, Antolisei risponde che lôinteresse alla pubblica economia, lungi dal qualificarsi come pubblico e generale, si presente, invero, come interesse specifico e concreto, la cui cittadinanza è stata riconosciuta in pieno dal nostro sistema penalistico che ha dedicato a tale categoria una lunga ed importante serie di incriminazioni, contenute nel Titolo VIII del Libro II del codice penale.

3. *La funzione della dichiarazione di fallimento.*

Ai fini del perfezionamento del reato di bancarotta fraudolenta ai sensi dellôart. 216, la legge fallimentare richiede che siano stati realizzati determinati e specifici fatti; che il soggetto attivo sia un imprenditore; e che sia intervenuta, prima o dopo la realizzazione della condotta, una sentenza dichiarativa di fallimento[245].

Si è dibattuto a lungo sul ruolo e sulla natura giuridica che tale provvedimento giurisdizionale assume nella struttura del reato. In particolare, mentre la giurisprudenza di legittimità tende ad orientarsi in senso piuttosto omogeneo, non lo stesso può dirsi per il mondo della dottrina che, già sotto la vigenza del codice di commercio del 1882 si presentava spaccata.

Il pensiero degli studiosi *in subiecta materia* può essere suddiviso in tre tronconi principali: da un lato, chi sostiene che la dichiarazione di fallimento operi come un

---

[244] Così ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 46 riprendendo le osservazioni mosse dai sostenitori della natura pubblicistico-sostanziale della tutela (v. nota n. 239 e 244)

[245] Lôart. 16 l. fall., rubricato ñSentenza dichiarativa di fallimentoò, è stato di recente oggetto di modifiche ad opera del d. lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e del d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169. Per una breve rassegna sul punto si veda ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 60 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

come se fosse lôoggetto stesso della sanzione[246]; dallôaltro chi, invece, vi ravvede le caratteristiche della condizione obiettiva di punibilità[247]; ed, infine, chi non esita a ricostruirla come condizione di procedibilità[248].

Per affrontare tale problematica è bene preventivamente effettuare un fondamentale distinguo in ordine alle diverse ipotesi di bancarotta previste dalla legge fallimentare: già dalla lettura dellôart. 216 l. fall., infatti, emerge chiaramente come il fallimento possa assumere rilevanza, nella struttura del reato, a seconda che venga dichiarato prima o dopo la commissione dei fatti incriminati. Come noto, in questi casi si parla di bancarotta postfallimentare o prefallimentare, ed il distinguo non è di poco conto rispetto alla ricostruzione della natura giuridica del provvedimento giurisdizionale.

Nel caso di bancarotta postfallimentare è pacifico che la dichiarazione di fallimento operi come presupposto del reato[249]. In questôordine di idee, peraltro, dovrebbe logicamente concludersi per la necessaria copertura psicologica di tale elemento ai fini della punibilità: lo *status* di fallito, infatti, rientrerebbe a pieno tra gli elementi del fatto tipico che, ai sensi degli artt. 42 e 43 c.p. debbono riflettersi nella sfera conoscitiva e volitiva dellôagente[250].

---

[246] Tra i primi, seppur con diverse argomentazioni, BONELLI, *Del fallimento*, vol. III, p. 316, il quale identifica il fallimento come elemento intrinseco del fatto delittuoso che ne rappresenta il nucleo essenziale; ROCCO ALF., *Il fallimento*, cit., p. 117 e ss. secondo cui, invece, la bancarotta si regge su una duplice presunzione: lôuna in ordine alla colpevolezza, lôaltra in ordine al nesso di causalità. Così anche la semplice commissione di un solo fatto descritto dalla norma incriminatrice farebbe presumere una condotta negligente o fraudolenta da cui trae origine (di nuovo presuntivamente) il fallimento; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, vol. II, p. 1301.

[247] Questa sembra la tesi maggioritaria: tra gli altri, ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, p. 156; ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 52 e ss.; ANTONIONI, *Bancarotta semplice*, cit., p. 33; CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 118 e ss.; DELITALA, *Studi*, cit., p. 861; GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 569 e ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 792 e ss.; PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 439 e ss.; PROVINCIALI, *Trattato*, vol. IV, cit., p. 2615; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 1987, p. 404.

[248] DE GENNARO, *Teoria della bancarotta*, cit., p. 39 e ss.; GIULIANI, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966, p. 99 e ss.; più di recente GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit.

[249] ANTOLISEI, *Leggi complementari*, Milano, 2008, p. 51; COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 34 e ss.; CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 128; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 548 e ss. il quale precisa che la funzione di presupposto della bancarotta postfallimentare inerisce alla sentenza non come mero fatto storico, ma come fonte di effetti giuridici, in quanto essa priva il fallito dellôamministrazione e della disponibilità dei suoi beni, e lo grava di una serie di obblighi nei confronti degli organi preposti alla procedura.

[250] COCCO, *Nota introduttiva*, cit., p. 867 e ss.; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 329; PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 555. *Contra* ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 51; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 69, secondo cui il presupposto del fatto attinente alla qualifica

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

na[251], e 224, n. 2 l. fall., invece, assieme con la clausola prevista dal n. 4 dellôart. 217 l. fall., richiamano il dissesto (quale presupposto sostanziale per la dichiarazione formale di fallimento), o il suo aggravamento, come conseguenza *necessaria* della condotta del soggetto attivo: tale scelta legislativa ha portato la totalità degli interpreti a qualificare tale elemento come lôevento del reato[252]. Anche in questo caso, dunque, facendo parte del fatto tipico, il dissesto (o il suo aggravamento) ovvero la dichiarazione di fallimento che ad esso consegue, rientrano a pieno sotto la copertura psicologica richiesta rispettivamente dalla legge nella forma del dolo o della colpa.

Il discorso muta radicalmente nel caso della bancarotta fraudolenta propria prefallimentare, sia essa patrimoniale, documentale o preferenziale.

La giurisprudenza, come in precedenza accennato, appare piuttosto ferma nel qualificare lôapertura della procedura concorsuale in termini di *elemento costitutivo* del reato, diverso, però, dallôevento. In particolare, i giudici riconoscono come la norma non richieda alcun legame causale tra i fatti di bancarotta e lo stato di dissesto formalizzato mediante la sentenza di fallimento, sicché la lesione allôinteresse tutelato,

---

soggettiva dellôagente sarebbe estraneo allôoggetto del dolo. Cfr. nello stesso senso Cass., Sez. V 18/10/2007, n. 44884, in *Riv. pen*., 2008, p. 841

[251] Riformato dal d.lgs. n. 61 del 2002, in particolare in riferimento al n. 1, mediante la rivisitazione di taluni reati societari presupposto, nonché lôintroduzione di un ulteriore elemento di fattispecie costituito dal necessario nesso causale tra il reato societario ed il dissesto.

[252] Prima della riforma del 2002 nessun dubbio poteva sollevarsi in ordine al ruolo di evento del reato attribuito al fallimento cagionato con dolo e per effetto di operazioni dolose (art. 223, secondo comma, n. 2); Sul punto vedi, per tutti, CONTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 110. Diversamente, invece, per quanto concerneva la dizione del n. 1, in base alla quale, non richiedendo la legge alcun collegamento eziologico tra il reato societario presupposto ed il dissesto, si attribuiva alla procedura concorsuale la natura di ñcondizione di maggior punibilitàò (Così ANTOLISEI, Manuale *di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, a cura di CONTI, Milano, 2001, p. 132; CADOPPI, *Il fallimento*, 1981, p. 795. Sul punto si rinvia altresì alle considerazioni di NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 349; PUNZO, *La bancarotta*, cit., p. 60, nota n. 50), equiparabile ad una circostanza aggravante (CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 125). In sostanza la dichiarazione di fallimento comportava automaticamente, al pari di una circostanza aggravante, un aumento di pena rispetto a quella prevista per il reato societario, anche a prescindere da un legame causale o psicologico della prima col secondo; la condotta, peraltro, poteva essere stata realizzata in un contesto cronologicamente assai remoto rispetto allôavvio della procedura concorsuale, magari anche in una situazione in cui lôimpresa si trovasse *in bonis*. Con la riforma dellôart. 59 c.p. in tema di imputazione soggettiva delle circostanze del reato, ad opera della Legge 7 febbraio del 1990, n. 19, il problema sembrava risolversi dal punto di vista del rispetto del principio di colpevolezza ai sensi dellôart. 27, primo comma, Cost., così come ricostruito dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 364 e 1085 del 1988, in quanto il nuovo art. 59 c.p. richiedeva e richiede tuttora, per lôimputazione dellôaggravante, che questa sia *conosciuta* ovvero *ignorata per colpa* o *ritenuta inesistente per errore determinato da colpa*. È in questo contesto problematico che interviene il legislatore col già citato d.lgs. n. 61 del 2002 con lôinserimento espresso del nesso eziologico tra reato societario e dissesto, facendo assurgere questôultimo ad evento del reato (autonomo) di bancarotta impropria ed, in quanto tale, necessariamente ricoperto da dolo.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

no, da intendersi come evento del reato, lungi dal coincidere con la dichiarazione di fallimento, è piuttosto da essa accertata: il provvedimento giurisdizionale, dunque, funge, all'interno della fattispecie, da strumento di rilevazione dello stato di insolvenza e assurge ad indice di rilevanza penale di determinati fatti e comportamenti che, in sua assenza, rimarrebbero leciti e neutri, in quanto esempi di libera manifestazione del diritto di gestire l'impresa nel modo che all'imprenditore sembra più conveniente per il perseguimento dei propri interessi[253].

Muovendo da tale premessa le conseguenze pratiche sono molteplici: la dichiarazione di fallimento, contribuendo alla consumazione del reato in quanto elemento costitutivo dello stesso, seppur non necessariamente collegata sul piano causale e psicologico all'agente ed alla sua condotta per i motivi e nei termini sopra brevemente illustrati[254], contribuirebbe a determinare, invero, il *tempus* ed il *locus commissi delicti*[255]: così, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione e della individuazione della competenza territoriale per il procedimento di bancarotta, l'interprete dovrebbe guardare al momento in cui è intervenuto il provvedimento giurisdizionale[256].

La rilevanza dell'assunto è evidente anche per quanto concerne gli effetti dei provvedimenti di clemenza o, più in generale, per l'eventuale applicabilità al bancarottiere di cause estintive del reato o della pena. Identificando il momento consumativo della bancarotta con quello della dichiarazione di fallimento, infatti,

---

[253] In questi termini Cass. pen., Sez. I, 3.4.1973, in *Giust. pen.*, 1974, II, p. 22; sulla inutilità dell'accertamento del nesso casuale e psichico tra il fatto di bancarotta e la dichiarazione giudiziale di fallimento si veda, più di recente, Cass., Sez. V, 15.7.2008, n. 39546; Cass., Sez. V, 14.2.2007, n. 390; Cass., Sez. V, 19.12.2006, n. 3622, in *Fall.*, 2007, p. 216; Cass., Sez. I, ord., 6.11.2006, n. 1825, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1070; Cass., Sez. V, 27.9.2006, n. 36088, *ivi*, 2007, p. 944; Cass., Sez. V, 4.7.2006, n. 1359

[254] La giurisprudenza si presenta per lo più unanime nel ritenere sufficiente, ai fini dell'integrazione del reato dal punto di vista dell'elemento psichico, il mero dolo generico consistente nella coscienza e volontà di compiere i fatti indicati nella norma, e nella consapevolezza che questi cagionino o possano cagionare un danno ai creditori: cfr. Cass., Sez. V, 04/07/2006, n. 1359; Cass., Sez. V, 18/10/2005, n. 6769, in *Riv. pen.*, 2007, p. 335; Cass., Sez. V, 19/11/2004, n. 2680; Cass., Sez. V, 13/04/2004, n. 36069 ; Cass., Sez. V, 18/10/2002, n. 4710.

[255] Cfr. Cass., Sez. V, 18/09/2007, n. 39307, in *Fall.*, 2008, 4, 466 ; Cass., Sez. V, 12/10/2004, n. 46182, in *Riv. pen.*, 2006, p. 594; Cass., Sez. I, 29.10.2004, n. 46023, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 1270; Cass., Sez. V, 03/04/2003, n. 25276, in *Guida al dir.*, 2003, p. 90; Cass., Sez. V, 03/02/2003, n. 12239; Cass., Sez. V, 19/10/1999, n. 1935, in *Cass. pen.*, 2001, 3532; Cass., Sez. I, 07/07/1992, in *Mass. cass. pen.*, 1992, p. 120

[256] Sul punto si vedano, in dottrina, le considerazioni di GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato*, cit., p. 568 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

vedimenti di amnistia o di indulto tutti quei fatti realizzati prima della data di emissione del decreto, ma rispetto ai quali non si sia dato ancora inizio alla procedura concorsuale[257].

In termini diametralmente opposti rispetto alla posizione dei giudici di legittimità si pongono talune sentenze di merito, nonché la parte maggioritaria della dottrina.

Risulta, infatti, pacifico, in base agli studi più recenti sul tema, che il fallimento non costituisca lôevento del reato di bancarotta : ciò in virtù, innanzitutto, di unôesegesi fedele alla lettera della legge che, come già ribadito, e salvo i casi in cui non sia espressamente previsto, non richiede affatto un nesso eziologico tra i fatti di bancarotta ed il dissesto, o la sua dichiarazione giudiziale[258]. Piuttosto la descrizione contenuta nelle fattispecie *de quibus* sembrerebbe perfettamente conciliabile con la struttura tipica del reato condizionato di cui allôart. 44 c.p.[259].

Tuttavia, a fronte della peculiarità delle condizioni obiettive di punibilità che, secondo la migliore dottrina, rappresentano degli elementi *esterni* al *fatto* tipico - e quindi non necessariamente collegati alla condotta da legami causali o psichici - che incidono, però, sulla sussistenza della *fattispecie* di reato ï intesa questôultima come lôinsieme di elementi oggettivi e soggettivi che determinano la *punibilità*[260] - taluni autori hanno riconosciuto nella dichiarazione di fallimento rispetto al delitto di bancarotta, una forma *speciale* di condizione di punibilità: in particolare lôemanazione del provvedimento giudiziale in questione rivestirebbe un ruolo determinante ai fini dellôemersione dellôoffesa.

---

[257] Cass. pen., 09/12/1982, in Cass. pen., 1984, p. 692; Cass. pen., 12/10/1984, in *Riv. pen.*, 1985, p. 925; Cass. pen. Sez. V, 14/03/1984, *ivi*, 1985, p. 216.

[258] ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 56; CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 111 e ss.; GROSSO, *Osservazioni*, cit., p. 565 e ss.; PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 834 e ss.; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 23. *Contra* COCCO, *Nota introduttiva*, cit., p. 866 il quale afferma che ñlôassenza della necessità di un legame causale tra le procedure concorsuali e le condotte di bancarotta (é) non è elemento sufficiente per escludere la natura di elemento costitutivo (o se si preferisce significativo) delle prime. (é .) Lôapertura di una procedura concorsuale ben può essere ritenuto un elemento che arricchisce la descrizione della condotta ed il messaggio legislativo contenuto nei reati fallimentari, alla luce anche dei principi costituzionali, può essere individuato nel precetto di non tenere condotte scorrette (o particolarmente scorrette) nella previsione dellôavvio delle procedure concorsualiò.

[259] V. autori citati alla nota n. 244.

[260] Cfr. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 9; MORO, *La subiettivizzazione della norma penale*, Bari, 1942, p. 206; NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 213 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

le condotte di bancarotta nullôaltro che attività dispositive sui propri beni e, come tali, espressione del legittimo esercizio di un diritto, queste acquisterebbero il crisma della illiceità solamente con lôapertura della procedura concorsuale; la sentenza di fallimento altro non sarebbe se non la cristallizzazione formale dello stato di insolvenza, sicché solo con essa gi atti descritti dagli artt. 216 e 217 l. fall. assumerebbero rilievo e carattere di reato, posto che lôoffesa ai creditori diverrebbe effettiva e valutabile solo a partire da quel momento[261].

Alla medesima conclusione pervengono coloro i quali espressamente ricostruiscono il provvedimento giurisdizionale come condizione di punibilità ñ*intrinseca*ò che, attualizzerebbe lôinteresse leso[262].

Seguendo questôordine di idee si dovrebbe concludere che, perfezionandosi lôoffesa con la dichiarazione di fallimento, questôultima, lungi dal districare i suoi effetti *ab extrinseco*, contribuirebbe essa stessa alla consumazione del reato, con tutto ciò che ne deriva in ordine alla decorrenza della prescrizione, alla determinazione della competenza territoriale, allôapplicazione dei provvedimenti di clemenza. E sempre su questa scia si dovrebbe ammettere la necessità di una copertura psicologica, quantomeno nella forma della prevedibilità, rispetto al futuro (ed incerto) avvio della procedura concorsuale: a seguito degli interventi della Corte Costituzionale nel 1988 (sent. nn. 364 e 1085) che hanno reinterpretato lôart. 27, primo comma, Cost., infatti, ñ*è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano oggettivamente collegati allôagente, ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati*ò. A rigore, dunque, qualificare la dichiarazione di fallimento come requisito che contribuisce ad attualizzare e rendere effettiva lôoffesa significa attribuirle il ruolo di elemento che ñ*concorre a contrassegnare il disvalore della fattispecie*ò; elemento che, secondo la Consulta, deve essere ñ*oggettivamente collegato allôagente*ò ed ñ*allo stesso rimproverabile*ò.

---

[261] ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 53; nello stesso senso DELITALA, *Contributo*, cit., p. 457;

[262] In questo senso in particolare si esprime BRICOLA, voce *Punibilità*, cit., p. 592; nonché NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 15; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit. *Contra* CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 123. Sulla distinzione tra condizioni obiettive di punibilità intrinseche ed estrinseche v. ANTONINI, *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it.*, 1984, p. 1278; BRICOLA, voce *Punibilità*, cit., p. 594; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2009, p. 792 e ss.; NEPPI MODONA, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. Giur.*, vol. VII, 1988; RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971, p. 225 e ss.; VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, in *Raccolta di scritti minori*, Milano, 2953, p. 53.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ra, quale sia la differenza tra codesto fattore (condizione di punibilità speciale o intrinseca) ed una qualsiasi altra componente essenziale o costitutiva del reato[263].

Non trovando, peraltro, alcuna utilità sostanziale ed esegetica in ordine al distinguo tra condizione di punibilità intrinseca ed estrinseca a seconda che questa contribuisca o meno a determinare lôoffesa, e posto il silenzio dellôart. 44 c.p. sul punto, appare preferibile, attenersi al tenore letterale di siffatta disposizione, nonché a quello dellôart. 216 l. fall.: la dichiarazione di fallimento è, allôinterno della struttura della fattispecie, un requisito del tutto autonomo ed indipendente rispetto alla condotta dellôagente, provenendo dallôautorità giudiziaria al di fuori di un qualsiasi tipo di controllo, anche soggettivo, del reo. Essa rientra a pieno tra quelle situazioni future ed incerte dalle quali il legislatore fa dipendere non già lôesistenza del reato, quanto piuttosto la possibilità di applicare una pena, dal momento che la norma incriminatrice prescinde da un nesso eziologico tra il comportamento del soggetto attivo e lôatto formale che accerta lôinsolvenza fallimentare e appare, dunque, voler ricollegare lôoffesa non già al fatto del dissesto giudizialmente dichiarato, né al fatto che la condotta sia stata realizzata in occasione del fallimento. Il precetto di cui agli artt. 216 e 217 l. fall., infatti, non sembra imporre allôimprenditore commerciale il dovere o lôobbligo di non fallire, bensì di non compiere atti dolosi o colposi che, se accertati nel caso di instaurazione di una procedura concorsuale, possono determinare lôapplicazione di una sanzione penale in quanto lesivi dellôinteresse patrimoniale dei creditori[264]. Non è quindi il fallimento che con la legge penale si vuole evitare, ma la realizzazione di specifici atti di per sé pericolosi ed offensivi rispetto al bene protetto che, per ragioni di opportunità o di politica criminale, si intendono punire solo a condizione che si apra una procedura concorsuale[265].

A conferma di tale assunto si può richiamare lo stesso art. 44 c.p. che collega la ñpunibilità del *reato*ò (e non già del *fatto*) al verificarsi della condizione, lasciando

[263] Si vedano sul punto le critiche mosse da PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 836-838.
[264] Particolarmente critico sullôargomento CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 112-113.
[265] Sulla impostazione secondo cui la condizione obiettiva di punibilità supponga, *de iure condito*, un reato già perfetto del quale non è elemento costitutivo sicché essa non integra il reato, ma rende semplicemente applicabile la pena ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, cit., p. 156; AZZALI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., p. 161; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, p. 252; MAGGIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Bologna, 1951, p. 210; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 794-796.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

perfezionato; o lôart. 158 c.p. che, a proposito dellôindividuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione, fissa come regola generale quella per cui si debba tener conto, per i reati consumati, del giorno della consumazione, salvo poi prevedere unôeccezione, al secondo comma, proprio per i reati condizionati, rispetto ai quali la prescrizione inizierebbe a decorrere dal giorno in cui si è verificata la condizione ñda cui la legge fa dipendere la *punibilità*ò. Allo stesso modo utile sembra il rimando allôart. 238 l. fall., a proposito dellôesercizio dellôazione penale per i reati in materia di fallimento: anche qui la norma pone la regola generale in base alla quale il pubblico ministero può richiedere il rinvio a giudizio per i fatti previsti dagli artt. 216, 217, 223 e 224 l. fall. solo a seguito della comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento di cui allôart. 17 della stessa legge. Al secondo comma, però, si specifica che lôazione penale può essere esercitata anche *prima*, nei casi in cui la dichiarazione di fallimento sia richiesta dallo stesso P.M. (art. 7 l. fall.), e nelle ipotesi in cui concorrono gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta.

Sia in riferimento allôart. 158, secondo comma, c.p. che è norma generale, sia per quanto concerne il disposto di cui allôart. 238, secondo comma, l. fall. che è sicuramente norma speciale, il legislatore ha voluto espressamente fissare una deroga ai principi generali confermando, in entrambi i casi, che la condizione obiettiva di punibilità assume, nella struttura del reato, un ruolo *eterogeneo* rispetto agli altri elementi costitutivi del fatto e, di conseguenza, riceve una disciplina diversa: sia la norma sulla prescrizione che quella sul possibile avvio delle indagini e connesso esercizio dellôazione penale fondano la loro *ratio* nel fatto che in entrambi i casi si sia di fronte ad un reato (condizionato, ma già) perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi, e quindi anche già offensivo. In una parola: consumato[266].

Così, tornando al delitto di bancarotta, ed applicando le su esposte considerazioni di carattere generale alle fattispecie in esame, ben può affermarsi, sulla convinzione che la dichiarazione di fallimento sia una condizione obiettiva di punibilità, che lôoffesa, nella forma della lesione o della messa in pericolo dellôinteresse dei creditori allôintegrità delle loro ragioni, si perfezioni allorquando il debitore compie gli atti antidoverosi sui beni stessi. Il fallimento, allora, non determinerà lôoffesa, ma

[266] Sul tema CONTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 433; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 443.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

rà punibile[267]. Il bancarottiere sarà punito per aver, con i fatti descritti dallôart. 216 l. fall., pregiudicato la garanzia, ma solo in quanto sopravvenga il fallimento[268] e sempre che al momento del fallimento lôoffesa sia ancora attuale[269].

Le conseguenze sul piano della ricostruzione dellôelemento soggettivo, del *tempus* e del *locus commissi delicti*, nonché della operatività di eventuali cause di estinzione del reato e della pena sono chiare: essendo il provvedimento che apre la procedura concorsuale un elemento *estraneo* al fatto, e quindi allôoffesa, non sembra debba richiedersi in riferimento ad esso, ai fini della punibilità, alcuna copertura psicologica né nella forma del dolo né in quella della colpa. Parimenti irrilevante, secondo questa impostazione, appare la dichiarazione di fallimento per la consumazione del reato, salvo determinare, in via eccezionale, il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione, giusto il capoverso dellôart. 158 c.p.

Lôart. 8 c.p.p., invece, sembra lapalissiano nellôindividuare la competenza territoriale del giudice penale nel luogo in cui il reato si è consumato: nel nostro caso, dunque, sarebbe competente il giudice del luogo in cui sono stati realizzati i fatti di bancarotta.

Gli eventuali provvedimenti di amnistia ed indulto, in base agli artt. 79 ultimo comma, Cost., 151, terzo comma, e 174, terzo comma, c.p., esplicheranno i loro effetti rispetto ai fatti di bancarotta commessi (e consumati) *prima* della loro emanazione, anche se non sia ancora intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento (che li rende semplicemente punibili).

---

[267] Così CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 120-121; nonché PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, ora anche in PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., p. 1013-1014
[268] PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 439.
[269] Sul punto, più nel dettaglio, v. *infra* § 4.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

l. fall. e sulla rilevanza «sostanziale» della dichiarazione di fallimento.

Un ulteriore spunto di riflessione in ordine, stavolta, alla funzione *sostanziale* della dichiarazione di fallimento nella struttura del reato è dato dallôart. 219 l. fall., che al secondo comma impone un aumento di pena se ñil colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicatiò; la disposizione si riferisce ai fatti di cui agli artt. 216, 217 e 218 l. fall.

Il legislatore sembra, con questa clausola, voler ribadire come il compimento di più fatti di bancarotta, anche realizzati in momenti o in contesti diversi, non dà luogo a distinti reati, a fronte della *unicità del fallimento* che ad essi segue (bancarotta prefallimentare) o di cui costituisce il presupposto (bancarotta postfallimentare): lôaccertamento giudiziale del dissesto, cioè, segna il momento a partire dal quale può emergere lô(eventuale) offesa allôinteresse dei creditori ed ingloba in sé, unificandole, tutte le disposizioni patrimoniali, effettive o fittizie, che lôimprenditore ha posto in essere in spregio agli obblighi di conservazione che su di lui gravano. Un fallimento: un reato, ancorché realizzato con diverse violazioni. Ad una pluralità di fallimenti, invece, non può che riconnettersi una molteplicità di reati, seppur omogenei. Lôart. 219, secondo comma, n.1, l. fall., dunque, riconosce alla dichiarazione di fallimento una *funzione unificante* nei confronti di più fatti prefallimentari o postfallimentari, la cui realizzazione precedente, contestuale o successiva a *quel* fallimento opera come mera aggravante[270].

Il primo ed il terzo comma dellôart. 219 l. fall., invece, che prevedono rispettivamente un aggravio o una riduzione di pena nel caso in cui i fatti di cui agli artt. 216, 217 e 218 l. fall. abbiano cagionato un danno di rilevante gravità o di speciale tenuità, non fanno che confermare come il momento del fallimento funga, allôinterno della fattispecie, da fattore temporale meramente indicativo della concretizzazione o meno del pericolo (*rectius*: dellôoffesa) per la garanzia patrimoniale dei creditori, provocato dalle condotte di bancarotta. È solo in tale contesto, infatti, che può valutarsi

[270] Sullôart. 219 l. fall. e sulla c.d. ñunitarietàò del delitto di bancarotta cfr., tra gli altri, ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 247 e ss. ; MANGANO, *Unità e pluralità di reati nei fatti di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, p. 357 e ss.; PAGLIARO, *Pluralità dei fatti di bancarotta e unità del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 705; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 446.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

danno che, però, non va confuso con quello insito nellôinsolvenza e che, tuttavia, può misurarsi solo al momento della dichiarazione di fallimento[271].

Sul ruolo del pericolo e del danno ai creditori come *modus essendi* dellôoffesa nel delitto di bancarotta si rinvia alle pagine che seguono.

4. *La struttura della bancarotta fraudolenta prefallimentare: reato di danno o di pericolo?*

Aderendo alla tesi patrimonialistica, che individua nella bancarotta un reato contro lôinteresse dei creditori alla conservazione dellôintegrità della massa di beni dellôimprenditore, in vista di una paritaria soddisfazione delle proprie aspettative di credito, e ricostruendo il delitto in questione come ipotesi di reato condizionato ai sensi dellôart. 44 c.p., sembra ora opportuno analizzare lôaspetto «modale» della tutela: verificare, cioè, se il legislatore abbia voluto, nella scarsa intelligibilità della norma, anticipare lôintervento penale alla mera messa in pericolo del bene protetto, oppure se sia necessario per il giudice, ai fini di una condanna per bancarotta, accertare la sussistenza di un danno effettivo per i creditori[272]. In entrambi i casi risulta, peraltro, necessario soffermarsi sul momento cronologico in cui la ricostruzione dellôoffesa, nella forma del pericolo o del danno, debba essere effettuata ai fini della punibilità del reato.

Dalle pagine precedenti si possono, a tal fine, trarre dei punti fermi: la dichiarazione di fallimento (*id est*: lo stato di dissesto che con essa formalmente si accerta) non costituisce evento del reato, non assurge necessariamente a sviluppo eziologico della condotta, né si presenta come elemento essenziale ai fini della ricostruzione dellôoffesa (perché quando il legislatore ha inteso punire il fallimento o, comunque, la sua causazione o il suo aggravamento lo ha fatto espressamente: art. 223, secondo comma; art.224, n. 2; art. 217, n. 4, l.fall.); il terminale dôoffesa rispetto al quale è costruita lôincriminazione ha natura *immediatamente* patrimoniale, salvo il riconoscimento di una tutela mediata e indiretta di diversi beni giuridici di ampio

---

[271] PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit.,p. 446-447.

[272] Per una completa ed esaustiva ricostruzione della problematica non possono non richiamarsi le splendide pagine di PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 432 e ss.; ID, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 985 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

le pubblica e, nella bancarotta postfallimentare, lôamministrazione della giustizia.

Sulla scorta di queste premesse sembra potersi già avanzare una prima considerazione: lôidoneità lesiva dei fatti di bancarotta prefallimentare prescinde dalla verificazione della condizione obiettiva di punibilità la quale, si ripete, non sembra giocare alcun ruolo di partecipazione allôintegrazione dellôoffesa tipica.

Inoltre, lôart. 216 l. fall. nulla lascia intendere in ordine alla necessità della verificazione di un danno effettivo per i creditori né, come ripetuto più volte, di un nesso causale che colleghi i fatti di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione dei beni, o di sottrazione, distruzione, falsificazione dei libri o delle scritture contabili, o di esecuzione di pagamenti preferenziali o simulazione di titoli di prelazione, con un evento naturalistico di effettiva diminuzione patrimoniale che coincida col dissesto[273].

Tuttavia, la scelta terminologica effettuata dal regio decreto del ó42 per descrivere le condotte vietate nella bancarotta fraudolenta sembra svelare un intento ben preciso: termini come ñdistrazioneò, ñdistruzioneò, ñoccultamentoò di beni, o ñsottrazioneò, ñfalsifcazioneò di libri contabili ecc., denotano di per sé, già sul piano oggettivo, unôaccezione ñnegativaò. Lungi dal presentarsi come attività ñneutreò sembrano celare, invero, una connotazione ontologicamente riprovevole riconducibile,

[273] La peculiarità della formulazione della norma ha portato taluno a differenziare le ipotesi di bancarotta per poi precisare, caso per caso se, ai fini della consumazione del delitto, sia necessario o meno un effettivo danno: in tal senso DELITALA, *Lôoggetto della tutela*, cit., p. 842 e ss., afferma che ñnon costituendo il fallimento lôevento consumativo del reato, ma una semplice condizione di applicabilità della sanzione, non si può argomentare dalla necessità del fallimento per concludere che la bancarotta rappresenti *in ogni caso* un reato di danno. Peggio però quando si afferma che, non costituendo lôoggetto della tutela un diritto reale, lôevento non può essere costituito che da una situazione di pericolo, quasi che lôimpossibilità di realizzare esecutivamente i propri crediti non costituisca pur essa una situazione di dannoò. Così lôillustre autore distingue gli atti di illecita disposizione sui propri beni dai quali scaturisce un danno per i creditori, a prescindere dal fatto che lôeffetto lesivo possa essere, in alcune ipotesi, successivamente eliminato, da quelli che, invece, siano indirizzati alla simulazione di passività inesistenti ed in genere dai reati sui libri. Questi, infatti, costituirebbero ñreati di tentativoò in quanto lôoffesa riguarderebbe, in siffatte ipotesi, lôinteresse alla ostensibilità del patrimonio del debitore e se ad essa consegue di regola anche un danno effettivo, ciò non toglie che questo possa anche mancare. La bancarotta semplice, invece, rappresenterebbe in quasi tutte le sue forme un reato di pericolo, salvo i casi di bancarotta preferenziale, che il codice di commercio annoverava tra le ipotesi di bancarotta semplice, in cui, sempre secondo il Maestro, ñci troviamo indubbiamente di fronte ad una situazione di danno, poiché lôavvenuto pagamento diminuisce a scapito della massa la comune garanziaò. Sembra orientato a negare una univocità di struttura nel delitti di bancarotta anche NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 39, il quale distingue tra reati di danno e di pericolo a seconda che la condotta sia indirizzata alla *sottrazione di attivo alle procedure concorsuali*, o alla creazione delle condizioni per cui *si rende possibile tale sottrazione*. Tra i primi lôautore inserisce i reati a contenuto *patrimoniale*; tra i secondi quelli a contenuto *documentale*.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

giudizio di disvalore già effettuato *ab origine* dal legislatore[274].

Se poi si tiene conto del bene giuridico alla cui tutela è preposta la norma, appare chiaro come siffatte condotte siano intrinsecamente confacenti ad intaccarne lôintegrità o, quantomeno, a creare situazioni di rischio rispetto alle posizioni di coloro i quali vantano diritti o interessi sul bene stesso.

In tal senso gioca un ruolo fondamentale anche la pena prevista dallôart. 216 l. fall. che impone la reclusione dai tre ai dieci anni per i fatti di bancarotta patrimoniale e documentale commessi prima o dopo il fallimento; e da uno a cinque per i pagamenti preferenziali o per la simulazione di titoli di prelazione. Una risposta punitiva così severa, infatti, a fronte di attività presumibilmente riconducibili al legittimo esercizio del diritto di proprietà sembrerebbe cozzare da un lato, col principio di proporzionalità della pena, dallôaltro, su un piano più propriamente sostanziale, con lo stesso principio di offensività. Senza considerare poi che, anche in questa materia, il diritto penale viene richiamato come *extrema ratio*, allorquando, cioè, gli stessi strumenti civilistici, già predisposti a tutela del credito e della conservazione della garanzia patrimoniale del debitore (artt. 2740 e 2900 e ss. c.c.) non siano sufficienti ad assicurare la protezione delle aspettative creditorie a fronte di condotte *oggettivamente pericolose* e *concretamente idonee* ad impedirne la realizzazione.

Senza andare ad indagare sul disvalore soggettivo dei fatti di bancarotta, che sicuramente contribuisce a delinearne la dimensione illecita - secondo una lettura dellôazione in chiave finalistica di cui si dirà più approfonditamente nelle prossime pagine - preme ora, piuttosto, sottolineare come lôidoneità offensiva delle condotte descritte allôart. 216 l. fall. sia evidente già sul piano materiale, anche a prescindere da un richiamo positivo al danno, nella sua dimensione effettiva e fattuale, ed anche a prescindere dal fallimento. Indipendentemente, infatti, da un futuro collasso dellôimpresa o da un legame eziologico tra questo e la distrazione dei propri beni, o la distruzione dei libri ecc., la potenzialità offensiva di simili azioni rispetto al bene tutelato permane, anzi, ne costituisce una caratteristica immanente, posto che lôobbligo

[274] In questi termini anche PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 434.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

nio in spregio ai creditori vincola il commerciante anche quando la sua impresa sia *in bonis*[275].

Basterebbero queste brevi considerazioni per qualificare il reato in esame come fattispecie costruita sul mero pericolo a fronte della connotazione intrinsecamente lesiva delle condotte rispetto allôinteresse tutelato e del silenzio della legge in ordine alla necessità di un effettivo danno[276].

A conferma di ciò si richiama, talvolta, lôart. 219 l. fall. che considera il danno una mera aggravante, un semplice elemento accidentale non indispensabile perché si perfezioni il delitto[277].

Ebbene, posta in questi termini la questione, rimane, invero da specificare un ulteriore passaggio, con particolare riferimento al ruolo della dichiarazione di fallimento che, come sopra accennato, non solo svolge una funzione determinante ai fini della punibilità del fatto (in qualità di condizione obiettiva necessaria per lôapplicazione della pena); ma assume, altresì, una connotazione di tipo sostanziale, allorché funga da ñcollanteò rispetto a *diversi* e *molteplici* fatti di bancarotta unificati, ai fini della disciplina, dallôunico provvedimento giurisdizionale che formalizza il dissesto, e che, in questo modo, li riunisce.

Se ci si accontentasse di tali ñdefinizioniò ancora non si arriverebbe ad una esaustiva e completa ricostruzione della fattispecie: invero, limitandosi a qualificare i fatti di bancarotta come reati di pericolo, e ad attribuire alla dichiarazione di fallimento il ruolo di mera condizione di punibilità (estrinseca) si giungerebbe a considerare punibili anche quei fatti che, al tempo in cui furono commessi presentavano sì un

---

[275] Il passaggio è perfettamente chiarito da PEDRAZZI, *Reati del fallito*, cit., p. 437 che alla nota n. 35 afferma che ñresta così soddisfatta lôesigenza di una qualificazione antigiuridica coeva alla condotta e non riflesso del fallimento successivamente sopravvenutoò.

[276] Sul punto la Cassazione appare granitica: cfr. da ultime, SS.UU., 26.2.2009, n. 24468 intervenuta sullôart. 236 l. fall. in materia di amministrazione controllata; Cass., Sez. V, 26.1.2006, n. 7212, in *Riv. trim. dir. pen. ec*., 2006, p. 745 con nota di ZAMPANO; Cass., Sez. V, 5.6.2003, n. 36629, in *Riv. pen*., 2004, p. 1264; Cass., Sez. V, 6.10.1999, n. 12897, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 479, secondo le quali il delitto di bancarotta è reato di pericolo, potendosi realizzare anche senza un effettivo danno e pregiudizio ai creditori, bensì con la esposizione al rischio del possibile danno. In tal senso si veda in dottrina BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, cit., p. 42; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 342. Qualifica i reati prefallimentari patrimoniali come reati di danno COCCO, *Art. 216 l. fall*., in *Commentario*, cit., p. 898 e ss.; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 76. Sulla stessa scia DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, cit., p. 47 e ss., il quale scinde la bancarotta fraudolenta in due gruppi: da un lato le ipotesi di ñdistrazione o occultamento ï materiale o giuridico ï delle proprie sostanze in frode ai creditori, dallôaltro le falsità (distruzione o falsificazione dei libri di commercio, esposizione di passività inesistenti, etc.)ò. Nellôun caso il reato si presenterebbe tipicamente come un reato di danno; nellôaltro come un reato di pericolo.

[277] PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 446-447.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

offendere lôinteresse dei creditori, disvalore che, tuttavia, potrebbe non essersi protratto sino al momento della dichiarazione di fallimento. In altri termini, in base ad una lettura che sia rispettosa del principio di necessaria offensività del reato e che non comporti unôapplicazione arbitraria ed irragionevole della legge penale, soprattutto in quelle materie in cui il rischio dôimpresa gioca un ruolo fondamentale nellôequilibrio sottile tra attività lecita ed illecita, occorrerebbe tener conto delle situazioni in cui, nonostante la realizzazione di fatti obiettivamente pericolosi per lôintegrità della garanzia patrimoniale offerta dallôimprenditore coi suoi beni, risulti nondimeno possibile il soddisfacimento dellôinteresse creditorio a fronte, ad esempio, di una condotta del debitore, successiva ai fatti di bancarotta ma precedente alla dichiarazione di fallimento, che abbia ripristinato il *quantum* sottratto, reintegrando in tal modo il patrimonio fittiziamente o effettivamente depauperato ed azzerando, così, il pericolo precedentemente innestato (c.d. «bancarotta riparata»)[278].

[278] Sul punto la dottrina si presenta divisa, ma risulta interessante osservare come taluni autori, partendo da premesse del tutto eterogenee pervengano a soluzioni identiche e, viceversa, muovendo da presupposti pressoché assimilabili, raggiungano delle conclusioni opposte: in particolare, coloro i quali, pur muovendo dalla diversità dellôoggetto giuridico tutelato, considerano espressamente o implicitamente la dichiarazione di fallimento come condizione di punibilità *intrinseca* (ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 53; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 15 e ss.), sostengono logicamente che il reato si consumi al momento della dichiarazione di fallimento e che, di conseguenza, la bancarotta riparata non sia punibile, proprio perché sarebbe venuta meno la necessaria offensività del fatto al momento in cui, invece, dovrebbe riscontrarsi lôintera consumazione dellôoffesa. Al contrario, gli autori che qualificano il provvedimento giudiziale che accerta lôinsolvenza come condizione di punibilità *estrinseca*, e quindi del tutto estranea alla dimensione lesiva del fatto, nonostante divergano sulla individuazione del bene giuridico tutelato, sostengono nondimeno che la bancarotta si consumi al momento della realizzazione dei fatti descritti dalla norma, e cioè prima del fallimento. Di talché una eventuale reintegrazione patrimoniale prima della dichiarazione di fallimento a nulla servirebbe per evitare la pena (CONTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 118 e ss.; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 53 e ss.; LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., p. 320; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 87 e ss.). La giurisprudenza, dal suo canto, e salvo sporadiche eccezioni, appare piuttosto coerente nellôaffermare allôunanimità la natura di reato di pericolo della bancarotta fraudolenta propria (v. nt. n. 278, ma la lista degli interventi della Cassazione sul punto si protrae a tempi assai più lontani), senza attribuire alcun valore alla *restituito in integrum* del patrimonio aziendale in un momento successivo ai fatti distrattivi (cfr.: Cass. Sez. V, 16.2.1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 939; Cass., Sez. V, 17.3.1987, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 937; Cass. Sez. V, 15.6.1984, in *Cass. pen.*, 1984, p. 595; Cass., Sez. V, 20.1.1970, in *Giur. it.*, 1972, II, p. 28). Non mancano, tuttavia, degli interventi che, nonostante si inseriscano nella scia di quelle sentenze che ritengono sufficiente che la condotta sia semplicemente rischiosa per lôinteresse tutelato, potendosi perfezionare il delitto di bancarotta anche senza un effettivo e definitivo pregiudizio ai creditori, nondimeno affermano che la verificazione del pericolo vada ravvisata *al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento* e non già a quello dellôatto antidoveroso, con la conseguenza che quando la condotta abbia annullato ogni valenza pregiudizievole per il diritto dei creditori *prima* della soglia cronologica costituita dallôapertura della procedura concorsuale, attraverso la restituzione del patrimonio nella sua integrità, verrebbe meno la stessa oggettività giuridica della fattispecie, risultando così del tutto indifferente la pregressa condotta di gestione (così si esprime Cass., Sez. V, 26.1.2006, n. 7212, cit.; in senso analogo Cass., Sez. V, 21.9.2007, n. 39043, in *Fall.*, 2008, p.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

re che lôassenza di un danno effettivo determini la non punibilità del fatto, posto che, come già accennato, la bancarotta si configura nellôordinamento come reato di mero pericolo. Né che perdano di rilevanza *tout court* tutte quelle situazioni di rischio, innescate dallôimprenditore con la sua condotta distrattiva o falsificatoria, concretamente idonee, nel momento in cui furono commesse, ad intaccare la garanzia patrimoniale posta a tutela dei creditori.

Invero, si intende semplicemente rileggere il ruolo della dichiarazione di fallimento in chiave ñfunzionaleò rispetto al principio di offensività, non rilegando il provvedimento giurisdizionale a mero requisito della punibilità, la cui semplice emanazione aprirebbe automaticamente ed indiscriminatamente le porte alla sanzione penale; ma riconoscendogli, piuttosto, lôulteriore finalità di operare come criterio di selezione, utilizzabile dal giudice penale, per distinguere tra fatti di bancarotta pregressi *tuttora* meritevoli di pena, la cui carica lesiva - nella forma del pericolo - si sia, cioè, protratta nel tempo; e fatti la cui potenzialità pregiudizievole sia stata, invece, disinnescata da sopravvenienze collegate o meno alla condotta volontaria dellôimprenditore, e che la dichiarazione di fallimento non può in alcun modo rivitalizzare[279]. È solo col fallimento che lôevento naturalistico dello squilibrio tra attività e passività, cioè il pericolo per lôintegrità della garanzia creditoria eventualmente provocato dal compimento, anche in tempi lontani, di operazioni distrattive, o di dissipazione o distruzione ecc., può cristallizzarsi e concretizzarsi nella forma del danno, divenendo, così, irreversibile. Ma non è detto che ciò accada sempre: agli effetti della punibilità vengono in considerazione i soli fatti di bancarotta che al tempo della

466; Cass., Sez. V, 19.12.2006, n. 3622, *ivi*, 2007, p. 840). Questôultima ricostruzione sembra prender le sue mosse dalle osservazioni di PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 448-449 il quale, a proposito dei limiti di efficacia della condizione di punibilità, sostiene che questa ñoperi nei soli confronti dei fatti tipici *tuttora* significativi nellôeconomia dellôoffesa, mentre lascia immuni da sanzione quelli la cui potenzialità lesiva si sia *esaurita* prima della crisi terminale. La punibilità cioè presuppone che i parametri di tipicità dei fatti di bancarotta (é .) siano riscontrabili come *attuali*, indici di un pericolo *ancora in essere* per lôinteresse protettoò. Risulta invece pacifico che non rilevano le eventuali restituzioni o recuperi dei beni alla procedura *dopo* il fallimento.

[279] Cfr. PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 450-451. Richiama la dichiarazione di fallimento quale momento in cui si attualizza che diviene effettiva e rilevante ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 59; nonché DELITALA, *Contributo*, cit., p. 457. *Contra* PAGLIARO, *Delitto di bancarotta*, cit., p. 149, nota n. 24, il quale sostiene che una perdita patrimoniale protrae i suoi effetti allôinfinito posto che se non ci fosse stata la sottrazione di beni, seppur remota, il patrimonio offrirebbe, ad oggi, maggior capienza. Diversamente si esprime altresì CONTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 135 e ss.; ID, *Il momento consumativo nei reati di bancarotta*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 59 e ss., il quale collega il momento consumativo del reato a quello in cui lôagente pone in essere i singoli fatti incriminati.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ino lôoriginaria attitudine lesiva[280]. Al di fuori di questi casi sarebbe lo stesso evento-pericolo a perdere consistenza ed attualità, e lôaccertamento giudiziale del dissesto (che può, lo si ripete, anche prescindere dai fatti di bancarotta), segnerebbe il limite cronologico oltre il quale deve protrarsi lôoffesa avviata dalla condotta vietata posta in essere dallôimprenditore, seppure nella forma del pericolo, affinché questa possa considerarsi attuale ed apprezzabile, tale da giustificare una sanzione così severa. Ciò, tuttavia, non deve portare a concludere che la dichiarazione di fallimento sia condizione *intrinseca* della punibilità, posto che, come ribadito anche in precedenza, la sua funzione è solo quella di ñrilevareò la permanenza dellôoffesa e non già di integrarla[281].

In conclusione si può affermare che la bancarotta fraudolenta patrimoniale costituisca un reato di pericolo; che alle condotte descritte deve accompagnarsi un evento intermedio di tipo naturalistico consistente nel depauperamento reale o fittizio del patrimonio; che a tale diminuzione debba corrispondere un effettivo squilibrio tra attività e passività che a sua volta determini una riduzione della garanzia dei creditori al di sotto del livello di guardia sufficiente ad assicurarne il soddisfacimento; che la specifica situazione di pericolo così innestata si protragga sino alla dichiarazione di fallimento. In tal senso fuoriescono dallôorbita del delitto le scelte imprenditoriali di per sé obiettivamente rischiose (anche per i creditori) che siano, però, ragionevolmente riconducibili ad una politica dôimpresa razionale, legittimamente rivolta al profitto.

[280] Sostiene autorevolmente PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 506 che ña circoscrivere lôarea della punibilità interviene il filtro della condizione obiettiva, dalla cui efficacia restano esenti, sebbene in sé tipiche, le condotte la cui pericolosità concreta possa ritenersi riassorbita prima della crisi terminaleò.
[281] Per una lettura in chiave di necessaria offensività della bancarotta qualificata come reato di pericolo concreto, autorevolmente, PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 432 e ss., 439 e ss., 445 e ss.).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Tra i diversi problemi interpretativi che hanno determinato delle spaccature in dottrina ed in giurisprudenza in relazione alla ricostruzione dellôelemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta prefallimentare, emerge senzôaltro quello relativo al ruolo del dolo specifico: mentre, infatti, lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, o di favorirne alcuno a danno degli altri, è espressamente previsto per talune ipotesi di bancarotta documentale e per quella preferenziale, non lo stesso può dirsi per la bancarotta patrimoniale. In questôultimo caso, infatti, ad una analisi letterale della norma, può notarsi come il legislatore abbia scelto di richiedere *espressamente* il fine specifico di recare pregiudizio ai creditori solo in riferimento ai fatti di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti. Ci si è chiesti, allora, se le condotte di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione sui propri beni, compiute prima del fallimento, debbano essere accompagnate, oltre che dalla coscienza e volontà del fatto, da un ulteriore e più specifico *animus nocendi* e *lucri faciendi*.

La risoluzione del problema nellôuna o nellôaltra direzione comporta delle conseguenze anche in tema di bancarotta semplice: lôaffermazione, piuttosto condivisa in dottrina, secondo cui rispetto a tutti i fatti descritti dallôart. 216, primo comma, n. 1, l. fall. sia, comunque, richiesto necessariamente, anche se in forma implicita, un dolo di frode, comporta la conseguente riconduzione sotto lôalveo dellôart. 217 l. fall. delle condotte, anche dolose, di diminuzione effettiva o fittizia del patrimonio che non siano accompagnate da tale specifica finalità[282]. Ciò sul presupposto per cui la bancarotta semplice costituisca fattispecie «residuale» che si aggiunge a quella fraudolenta per

[282] V. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 172 in cui si riprende il pensiero dellôautore, secondo cui la bancarotta fraudolenta richiede, in tutti i casi che la costituiscono, un dolo specifico, e precisamente lôintenzione di sottrarre propri beni alla esecuzione concorsuale. Sicché nella bancarotta semplice, per logica necessità, debbono rientrare anzitutto i casi in cui il soggetto diminuisca consapevolmente - e quindi, secondo lôautore dolosamente ï il proprio patrimonio senza quella intenzione. Nello stesso senso NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 71-72 il quale sostiene che i fatti previsti allôart. 216, primo comma, nn. 1 e 2 l. fall., siano posti in posizione di *alternatività* e che non possano pertanto differire profondamente tra loro: di conseguenza deve sussistere unôanalogia *oggettiva* e *soggettiva* tra le ipotesi in cui è espressamente richiesto il dolo specifico e quelle per cui non è previsto (lôautore richiama in tal senso i fatti di bancarotta patrimoniale e documentale). La non menzione esplicita del dolo specifico in ordine alle condotte di distrazione, dissipazione, distruzione, dissimulazione, occultamento di beni e a quelle di tenuta dei libri contabili in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari sarebbe presto spiegata, secondo il Nuvolone, dalla considerazione secondo cui in questi due casi gli atti di bancarotta recherebbero *di per sé* nella loro oggettività una *univocità soggettiva* che, in quanto tale, non abbisogna di essere specificata sul piano psicologico.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

venza colpevole; nonché per il fatto che la legge abbia scelto di distinguere i due delitti non già in base al diverso elemento psicologico (dolo per lôuna e colpa per lôaltra), quanto piuttosto mediante lôutilizzo di una terminologia che inquadri lôaspetto della *fraudolenza* come requisito differenziale[283].

Proprio al particolare *nomen juris* indicato alla rubrica dellôart. 216 l. fall., infatti, alcuni autori hanno ricondotto la specificità dellôelemento soggettivo della bancarotta fraudolenta, caratterizzato dallôintento di frode in danno dei creditori e dalla finalità di un profitto personale del fallito; scopo, questo, del tutto assente nella corrispettiva fattispecie «semplice»[284].

A diverse conclusioni, invece, si potrebbe pervenire qualora si scelga di muovere dal dato obiettivo caratterizzante il fatto tipico, ricostruendo così lôelemento soggettivo del reato, e differenziando i fatti di bancarotta fraudolenta da quelli di bancarotta semplice, in base ai principi generali in tema di dolo di cui agli artt. 42 e 43 c.p.

In particolare, considerato il tenore letterale delle norme, e ricostruito il delitto in esame come fattispecie di mero pericolo, in cui lôevento naturalistico della depauperazione patrimoniale effettiva o fittizia si accompagna ad una concreta idoneità lesiva rispetto alla garanzia dei creditori, lôindagine sullôoggetto del dolo non potrebbe

---

[283] Ancora ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 172. Particolarmente incisivo sul punto NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 74-75 che afferma che la bancarotta semplice si differenzia da quella fraudolenta perché, anche in base alle caratteristiche oggettive della condotta, appare evidente lôassenza di ogni intenzionalità nei confronti del danno dei creditori. È la contrapposizione tra *dolo di frode* e *dolo semplice* che costituirebbe, secondo lôautore, lôelemento fondamentale di discriminazione, sul piano soggettivo, tra le due fattispecie.

[284] Oltre agli autori indicati alla nota precedente si vedano anche BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nella bancarotta fraudolenta*, in *Giut. pen.*, 1954, II, p. 113; CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 1967, p. 173-174; CASAROLI, *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991, p. 304; LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., p. 216 e ss. Prima dellôentrata in vigore della legge fallimentare del 1942 si esprimeva in questi termini anche DELITALA, *Studi*, cit., p. 49 e ss., che qualificava la bancarotta fraudolenta (sia mediante distrazione o occultamento sia mediante falsificazione o distruzione dei libri) come un delitto di frode, in cui oltre alla volontà diretta al conseguimento di un proprio o altrui vantaggio a danno dei creditori, assumeva un ruolo rilevante altresì lôintenzione di defraudare gli stessi (*animus fraudandi*), che lôautore segnalava come *quid pluris* rispetto al mero *animus nocendi*. *Contra* PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 59-60, il quale sostiene la manifesta impossibilità di risolvere il problema della distinzione tra bancarotta fraudolenta e semplice facendo appello al concetto di dolo specifico, dal momento che questo ñrichiede sempre una espressa previsione legislativaò che nel caso difetterebbe in ordine a determinate condotte descritte allôart. 216 l. fall.; inoltre, sostiene lôautore, siffatta impostazione non riuscirebbe a far rientrare nello schema della bancarotta fraudolenta le ipotesi di comportamento omissivo. Invero, il distinguo va sì condotto sulla base dellôelemento psicologico (secondo una ricostruzione della fattispecie che guardi non già esclusivamente al *Tatbestand* quanto piuttosto alla «tipicità soggettiva») qualificato, però, non come dolo specifico, ma come ñvolontà di sottrarre i beni alla funzione di garanzia dei creditoriò nella forma dellôintenzione o del consenso. Sarebbe la finalità dellôazione, secondo Pagliaro che richiama e riprende la teoria finalistica di Welzel, a qualificare e delimitare la rilevanza penale di taluni fatti riconducibili o meno alla bancarotta fraudolenta (p. 63-64). Sul punto v. *infra*, Sezione II, § 4.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

cidenza di questo con lôoffesa-evento agli interessi dei creditori, nella sua forma del pericolo. Il rischio di un pregiudizio allôintegrità della garanzia, innescato dalle condotte descritte allôart. 216, primo comma, l.fall., costituirebbe, dunque, lôevento del reato; e la copertura psicologica richiesta in base ai principi generali sullôimputazione soggettiva, sarebbe ravvisabile, secondo questa impostazione, nel *dolo generico di pericolo* sulla base dellôequazione: ña evento di pericolo, dolo di pericoloò[285].

In questôordine di idee non occorrerebbe che il danno dei creditori sia perseguito come scopo dellôazione, come finalità ultima; basterebbe, invero, che lôirrealizzabilità delle ragioni creditorie sia prevista e voluta come conseguenza della propria condotta, anche come risultato solo probabile di questa[286]. Il dolo di bancarotta fraudolenta, allora, potrà atteggiarsi anche nella sua forma più attenuata di dolo eventuale allorquando lôimprenditore agisca nella consapevolezza della possibilità di un danno per i creditori e ciò nondimeno ne accetti il rischio[287].

Il pregio di siffatta ricostruzione è riconducibile ad una maggiore coerenza con la struttura stessa del dolo specifico che, come noto, suppone che il soggetto agisca per un fine che sta al di là e al di fuori del fatto tipico[288]. Se la bancarotta fraudolenta patrimoniale (escluse le ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti) fosse reato a dolo specifico (nondimeno *implicito*), infatti, il conseguimento

---

[285] Cfr. per tutti PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 508 e ss. il quale imposta il discorso sul dolo non già in termini di scopo, ma di rappresentazione e volontà, da ricostruirsi sulla base delle articolazioni della fattispecie oggettiva. Afferma, infatti, lôillustre autore che ñla chiave dellôelemento psicologico sta proprio nellôinterpretazione delle voci verbali usate dalla legge, senza che occorra postulare un dolo specifico anche dove questôultima non lo richiedeò (p. 509). Segue questa impostazione anche una parte consistente della giurisprudenza: tra le più recenti cfr. Cass., sez. V, 13/05/2009, n. 38529; Cass. pen., 16/10/2008, n. 43216; Cass., Sez. II, 15/10/2008, n. 43171 ; Cass., Sez. V, 04/07/2006, n. 1359 ; Cass. Sez. V, 19/11/2004, n. 2680 ; Cass. Sez. V, 07/05/2004, n. 27522 ; Cass., Sez. V, 23/01/2004, n. 11917.

[286] In questo senso anche CONTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 172; GIULIANI BALESTRINO, *Bancarotta*, cit., p. 196; MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, cit., p. 46; PAGLIARO, *Delitto di bancarotta*, cit., p. 82; PROSDOCIMI, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 89

[287] In questôottica CONTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 173. In giurisprudenza siffatta impostazione è stata fatta propria dai giudici nella famosissima vicenda del crack del Banco Ambrosiano, cfr. Cass., sez. V, 22.4.1998, n. 8327, in Cass. pen., 1999, p. 652

[288] Sul punto si vedano le osservazioni di PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, p. 524 e ss.; nonché, più nel dettaglio, VASSALLI, *Su alcuni problemi del delitto di frode tributaria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 403 il quale sostiene che per questa particolare qualità del dolo specifico è necessario che esso sia *espressamente* previsto dalla norma.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

zarsi del pregiudizio alla massa dei creditori, come obiettivi che lôagente si prefigura di raggiungere ponendo in essere la condotta tipica, risulterebbero dati neutrali, rispetto ai quali la legge rimarrebbe indifferente sul piano della realizzazione oggettiva. In altri termini, non occorrerebbe la loro verificazione empirica per ritenere consumato il delitto. Al contrario, come si è tentato di dimostrare nelle pagine precedenti, la lesione ai creditori, ancorché nella forma più lieve del pericolo, si presenta come elemento costitutivo di fattispecie, rappresentando, invero, il fulcro stesso dellôincriminazione[289]. Tuttavia, mentre siffatta attitudine lesiva ben può riconnettersi in astratto, già sul piano oggettivo, alle condotte di distrazione, dissimulazione, dissipazione, distruzione ed occultamento di beni, non può, invero, riscontrarsi la stessa incisività nelle attività di esposizione e riconoscimento di passività inesistenti. Queste, infatti, rispetto alle sottrazioni patrimoniali presentano unô incidenza meno immediata sullôintegrità della garanzia, avvertibile solo in sede di riparto fallimentare[290]. Né può ragionevolmente affermarsi che la falsificazione della situazione del passivo possa, sul piano obiettivo e psicologico, trovare il suo sbocco finalistico *solamente* nella probabile lesione ai creditori, mancando in tali casi, già sul piano ontologico astratto, il requisito della direzione non equivoca dellôazione rispetto a questo specifico scopo[291]. Ecco perché, secondo i sostenitori della ricostruzione in esame, il legislatore ha voluto specificare che la responsabilità per bancarotta fraudolenta può essere dichiarata in riferimento a siffatte ipotesi solo quando la prospettiva del danno ai creditori abbia giocato, comunque, un ruolo di rilievo nella formazione del processo volitivo del reo. Se non come motivo fondante, quantomeno come motivo aggiunto[292]. Di qui, lôespresso richiamo al dolo specifico[293] al fine di restringere la tipicità del fatto e la connessa sanzione, attribuendo alla fattispecie di cui allôart. 216, primo comma, n. 1, ultima parte l. fall. quella omogeneità strutturale e contenutistica che caratterizza tutti i fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la volontà di distogliere masse patrimoniali dalla loro funzione di garanzia.

---

[289] V. *supra*, § 4.
[290] Così PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 516
[291] Ben è stato rilevato, infatti, che lôattività di esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti può essere obiettivamente e soggettivamente indirizzata, ad esempio, ad alterare il riparto degli utili tra i soci, o a creare delle riserve occulte. Cfr. CONTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 124 e ss.
[292] Sul punto, anche se giungono a diverse conclusioni, si vedano le osservazioni di ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., 131; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 516-517.
[293] Che taluno inquadra, invece, come dolo generico intenzionale, o diretto: CONTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 173

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

evidenziare un ulteriore aspetto problematico che caratterizza il dolo della bancarotta fraudolenta ed il ruolo di ñdelimitazioneò che esso gioca nelle diverse fattispecie di cui allôart. 216, primo comma, n. 1 l. fall., soprattutto in riferimento alle condotte distrattive. Ci si è domandati, infatti, se sia sufficiente, ai fini della sussistenza dellôelemento psicologico del reato, la consapevolezza e la volontà di sottrarre le proprie attività alla generica garanzia dei creditori di cui allôart. 2740 c.c., o se sia piuttosto e più specificamente necessario che lôagente si rappresenti che con la sua condotta stia in qualche modo eludendo la corretta esecuzione concorsuale, considerata nel suo aspetto formale e pubblicistico. In questa seconda ipotesi, non solo dovrebbe ammettersi che lôintralcio alla procedura fallimentare sia elemento costitutivo del reato, che contribuisca in qualche modo a delinearne lôoffesa; ma si sarebbe altresì portati a concludere, già sul piano oggettivo, per la penale rilevanza solo di quelle condotte realizzate in prossimità dellôinsolvenza. Solo quelle operazioni dispositive, cioè, poste in essere in previsione di una attuale o immediatamente futura decozione dellôimpresa, che porti ad una sicura o probabile dichiarazione di fallimento. In questi casi la consapevolezza dellôinsolvenza (certa o probabile) assurgerebbe a condizione necessaria (anche se non sufficiente) del dolo di distrazione o di dissipazione, dissimulazione, distruzione o occultamento. Lôoggetto del dolo, in tal senso, risulterebbe allargato, mentre ridotta apparirebbe, sul piano materiale, la rilevanza penale delle condotte depauperative, rimanendo fuori dallôorbita dellôart. 216 l. fall. tutte quelle disposizioni patrimoniali presumibilmente pericolose per la garanzia dei creditori, ma realizzate quando lôimpresa si trovava a tutti gli effetti *in bonis*.

Per unôanalisi più dettagliata della questione si rinvia ai paragrafi che seguono, relativi alla ricostruzione del concetto di distrazione prefallimentare.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Sezione II

La bancarotta fraudolenta per distrazione

1. Introduzione all'analisi.

La scelta di limitare l'analisi, col presente studio, alla fattispecie specifica di bancarotta fraudolenta prefallimentare *per distrazione* muove da una duplice considerazione: da un lato, vi è il dato «semantico», che caratterizza le condotte distrattive quali ipotesi «sussidiarie» con cui il legislatore intende coprire tutte quelle attività di diminuzione (fittizia) del proprio patrimonio che non rientrino nelle nozioni di dissipazione, dissimulazione, distruzione o occultamento, o ancora di esposizione di passività inesistenti. La distrazione, come concetto di «chiusura», si caratterizza, infatti, per la naturale indeterminatezza dei suoi confini «significanti» già sul piano ontologico, e probabilmente è proprio per via del carattere «aperto» di tale nozione che il legislatore ha scelto di utilizzarla come fattispecie, appunto, «residuale», con tutte le conseguenze che, sul piano esegetico, tale decisione comporta.

Dall'altro lato, invece, vi è il dato «statistico», logicamente riconnesso al primo: a causa del carattere sfuggente e poliedrico del concetto di distrazione, evidente oltre che sul piano effettuale anche e soprattutto su quello giuridico[294], numerosissimi sono stati gli interventi della Cassazione, nella sua funzione nomofilattica, tesi a definire ed a perimetrare una volta per tutte la rilevanza penale delle condotte distrattive, in ossequio al principio di tassatività, che vincola il giudice a pronunciarsi contro l'imputato solo quando la condotta da lui posta in essere sia effettivamente conforme a quella in astratto punita dalla legge. La maggior parte delle pronunce di legittimità in materia di bancarotta fraudolenta patrimoniale, infatti, scaturiscono proprio dal conflitto che spesso viene a crearsi nei tribunali di merito in ordine alla incerta definizione dei caratteri della distrazione nel fallimento.

È a partire da queste considerazioni, allora, che si intende affrontare l'analisi della figura forse più problematica dell'intera legislazione penale fallimentare, nel tentativo di evidenziare le caratteristiche della bancarotta fraudolenta per distrazione sia sul piano

[294] Si pensi alla copiosa letteratura in tema di *peculato per distrazione* (art. 314 c.p.), fattispecie ora abrogata (dall'art. 1, l. 26 aprile 1990, n. 86), ma che ha impegnato studiosi e giudici in una lunga e difficile attività di decodificazione. Sul punto v. *infra* § 2.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

soggettiva. A tal fine si ritiene, peraltro, opportuna una preliminare indagine in ordine al concetto stesso di *distrazione* giuridicamente rilevante, per poi, nel prossimo capitolo, affrontare le criticità che questa presenta nellôambito della bancarotta fraudolenta societaria infragruppo.

2. *La distrazione nel codice Rocco.*

La condotta di distrazione è richiamata, oltre che dalla legge fallimentare, anche da alcune fattispecie codicistiche di parte speciale. In particolare, nel libro dedicato ai delitti contro la personalità dello Stato, lôart. 255 c.p. sulla *Soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato*, sanziona chiunque ñcarpisce, sottrae o *distrae*ò; nonché, nella sezione sui delitti contro la inviolabilità dei segreti, allôart. 616 c.p. sulla *Violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza*, si punisce chiunque ñsottrae o *distrae*ò.

Tuttavia, la norma che ha suscitato maggiore interesse e curiosità tra gli studiosi e gli interpreti è senzôaltro il vecchio art. 314 c.p. in tema di peculato, che oltre ad incriminare il pubblico ufficiale - o lôincaricato di pubblico servizio - che si appropriasse del denaro o di altra cosa mobile, colpiva altresì il fatto della *distrazione* dei medesimi a profitto proprio o di altri[295]. Siffatta dizione poneva dei problemi interpretativi non già e non tanto allôinterno della stessa fattispecie di peculato (posto che le due condotte assumevano il medesimo disvalore a fronte della identica conseguenza sanzionatoria), quanto piuttosto in riferimento ai rapporti strutturali tra questa ed il delitto di appropriazione indebita, ai sensi dellôart. 646 c.p.[296]. Così la

[295] La norma (assieme con la successiva incriminazione della malversazione a danno dei privati di cui allôart. 315 c.p., ora abrogato) è stata modificata dalla legge l. 26 aprile 1990, n. 86, che ha soppresso lôipotesi distrattiva tra le condotte riconducibili al peculato. Il delitto può, quindi, oggi realizzarsi solo mediante appropriazione. Dai lavori preparatori alla legge 86, peraltro, sembra emergere la volontà del legislatore di continuare, comunque, a punire i comportamenti distrattivi prima sanzionati a titolo di peculato o di malversazione, riportandoli però sotto lôorbita del diverso reato di abuso dôufficio. Sul punto cfr. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. Pen.*, 1993, p. 699 e ss., in particolare p. 702-703, nota 23.

[296] Sul tema dei rapporti tra appropriazione e distrazione nel peculato e sui criteri distintivi tra questa fattispecie e quella di appropriazione indebita la letteratura si presenta assai vasta. Tra i molti, MAUGERI, *Peculato per appropriazione*, cit, p. 708 e ss.; MEZZETTI, *Lôappropriazione indebita nellôabuso di fido bancario*, in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 194 e ss.; MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 283 e ss.; PAGLIARO, *Studi sul peculato*, Palermo, 1964, *passim*; ID., voce *Appropriazione indebita*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 225 e ss.; PEDRAZZI, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

oro i quali sostenevano che vi fosse un rapporto di genere a specie tra le due condotte criminose[297], e chi invece riconosceva alle stesse una piena autonomia strutturale e contenutistica[298].

Prima di soffermarsi su tale problematica, sicuramente prodromica e funzionale ad una più esaustiva trattazione della distrazione prefallimentare, sembra tuttavia opportuna una breve ricognizione in ordine al significato che il termine ñdistraeò assume nel codice Rocco: se, cioè, questo possa essere riportato ad unità, come fosse un concetto omogeneo ed univoco rispetto a tutte le diverse fattispecie che lo richiamano, o se, al contrario, sia necessario ricostruirne il senso caso per caso, assumendo la distrazione un carattere mutevole a seconda della sua specifica collocazione sistematica[299].

Innanzi tutto qualche considerazione di carattere formale: mentre allôart. 616 c.p. alla condotta (residuale) di distrazione di corrispondenza si accompagna espressamente un dolo specifico consistente nel «fine di prenderne o di farne da altri prendere cognizione», ciò non accade allôart. 255 c.p. allorché il legislatore sanziona chi semplicemente distragga atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato. Lo stesso parallelismo può proporsi rispetto al (vecchio) peculato per distrazione, commesso «a profitto proprio o di altri» e la condotta distrattiva prefallimentare, penalmente rilevante (almeno allôapparenza) a prescindere dallôindagine sulla specifica finalità dellôagente.

Ad una prima analisi, strettamente letterale, dunque, sembrerebbe che il concetto di distrazione, classicamente ricondotto alla destinazione della cosa ad un uso o finalità diversi rispetto a quella (giuridicamente) dovuta[300], non sia da solo idoneo a

---

833 e ss.; PROSDOCIMI, *Esercizio del credito e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 997 e ss.; SEVERINO, Il *criterio distintivo tra distrazione ed appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 710; VINCIGUERRA, *Distrazione e peculato*, in *Studi in onore di Biagio Pietrocelli*, vol. III, Milano, 1972, 1633 e ss.

[297] Per tutti PAGLIARO, *Studi sul peculato*, cit., p. 3 e ss., il quale ravvisa lôappropriazione come forma specifica di distrazione; più di recente MAUGERI, *Peculato per appropriazione*, cit., p. 707. V. anche PETROCELLI, *Lôappropriazione indebita*, Napoli, 1933, p. 398 che, al contrario, sostiene che nel peculato lôelemento della distrazione esprimerebbe una forma specifica di appropriazione. Così anche MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate*, cit., p. 293.

[298] VINCIGUERRA, *Distrazione e peculato*, cit., p. 1639-1640. Sulla ricostruzione, prima della riforma del 1990, dellôappropriazione di cui allôart. 314 c.p. in modo autonomo da quella contenuta nellôart. 646 c.p. v. PROSDOCIMI, *Esercizio del credito*, cit., p. 997 e ss.

[299] Cfr. sul punto MARINUCCI, voce *Distrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 310 e ss.

[300] V. CARINELLI, *Appunti sul concetto di distrazione nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 538 e ss.; FLICK, *Il delitto di peculato. Presupposti e struttura*, Milano, 1971, p. 346 e ss.; PALAZZO, *Il concetto di distrazione nel delitto di peculato*, Milano, 1972, p. 40 e ss.; VINCIGUERRA, *Sul concetto di distrazione nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 982 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

a volta per tutte, la direzione della condotta, posto che in taluni casi il legislatore ha sentito la necessità di puntualizzare che questa debba essere sorretta da un dolo particolarmente qualificato che ne delimiti la penale rilevanza[301]. Nellôart. 616 c.p., ad esempio, ciò che rileva non è tanto ed in che modo la corrispondenza sia stata distratta, ma il fine che lôagente ha perseguito nel momento in cui ha agito: fine che si riverbera anche sul dato oggettivo determinandone una particolare coloritura e, quindi, circoscrivendolo.

Al contrario, nulla di tutto questo avviene per lôipotesi regolata dallôart. 255 c.p. che si limita a sanzionare chi «distrae, anche temporaneamente, atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato od altro interesse politico, interno o internazionale, dello Stato». Nessun richiamo al dolo specifico; nessun contributo espresso che chiarisca, precisandolo, il significato - di per sé assai generico proprio perché sussidiario - della distrazione. Verrebbe allora da pensare, a fronte di tale silenzio, che la norma punisca *qualsiasi* deviazione dallo scopo proprio della cosa, diversa dalla falsificazione, distruzione, soppressione o sottrazione. Ma, come autorevolmente osservato[302], il richiamo al concetto formale di distrazione così designato sembra provare troppo e peccare per difetto in riferimento alla necessaria tassatività e determinatezza della fattispecie, sia nella fase di creazione della norma, sia nella fase della sua applicazione. Una interpretazione costituzionalmente orientata, allora, imporrebbe di leggere lôincriminazione in chiave teleologica, coniugando la condotta e la sua pregnanza con lo scopo stesso della norma, mediante il richiamo al bene giuridico da questa tutelato[303]. In questo senso la cornice della distrazione penalmente rilevante si risolverebbe nel cono dôombra dellôinteresse protetto - nel caso di specie la sicurezza dello Stato - di modo che non tutte le deviazioni dalla funzione del documento saranno sussumibili sotto lôart. 255 c.p., ma solo quelle presumibilmente pericolose per la sicurezza del paese. Procedendo con questo metodo, che costituisce un criterio ermeneutico di valenza generale, si perviene logicamente ad un conclusione obbligata: in assenza di una

[301] In questi termini, in riferimento alla fattispecie di cui allôart. 616 c.p., MARINUCCI, voce *Distrazione*, cit., p. 311

[302] V. MARINUCCI, voce *Distrazione*, cit., p. 311 il quale afferma che ñun tratto comune alle varie condotte di distrazione indubbiamente esiste, nel senso che tutte esprimono deviazione da uno scopo prefissato. È però una nota così generica, che si stempera nella fisionomia di ogni singola fattispecieò.

[303] In generale, per la funzione del bene giuridico nel diritto penale, si veda da ultimo CATENACCI, voce *Bene giuridico*, in *Diz. dir. pub.*, a cura di CASSESE, Milano, 2006; nonché FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. dir*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 793 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

zione da parte del legislatore la tipicità del fatto distrattivo varia col variare del bene protetto, o comunque con lo scopo dellôincriminazione. Scopo che si ricostruisce alla stregua di tutti gli elementi di fattispecie e la cui mutevolezza e varietà inevitabilmente conducono, sotto questo profilo, al carattere poliedrico e multiforme della distrazione ed alla sua non riconducibilità ad unità.

2.1 «Distrazione» ed «appropriazione»: un difficile distinguo.

Come noto, prima della riforma del 1990 sui delitti contro la Pubblica amministrazione la *distrazione* del denaro o della cosa mobile appartenente alla p.a., ad opera del pubblico ufficiale - o dellôincaricato di pubblico servizio - che ne era in possesso per ragioni del suo ufficio, veniva riportata al delitto di peculato (appunto, per distrazione); a seguito dellôespunsione di siffatta condotta dallôalveo dellôart. 314 c.p. ci si è domandati se non si fosse riespansa la nozione di *appropriazione* contenuta nellôart. 646 c.p., coprendo questôultima anche le operazioni distrattive a profitto proprio o altrui, realizzate mediante *lôuso arbitrario* del bene ovvero la deviazione dal suo scopo, anche e soprattutto in riferimento ai fatti compiuti da soggetti privi della qualifica soggettiva richiesta dal peculato[304].

La problematica muove dalla convinzione, già radicata, invero, anche prima della riforma del 1990, secondo la quale la distrazione costituisca unôipotesi speciale di appropriazione: un modo particolare, cioè, attraverso il quale si può disporre della cosa *uti dominus*[305]. Tale assunto fonda le sue premesse sulla negazione della necessità

[304] Cfr. BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc*., 2001, p. 1137 e ss. che porta ad esempio le problematiche figure della concessione di fidi irregolari e della creazione di fondi neri utilizzati al di fuori del quadro dellôattività imprenditoriale.

[305] Tra gli altri, proprio in riferimento allôabuso di fido bancario ed alla gestione di fondi extrabilancio MILITELLO, *Aspetti penalistici dellôabusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, in *Foro it*., 1989, p. 434; ID., *Gli abusi nel patrimonio si società controllate*, cit., p. 275; nonché PROSDOCIMI, *Esercizio del credito*, cit., p. 1002. In giurisprudenza, per tutte, Cass. Sez. II, 4.4.1997, Bussei, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, p. 1435 e ss. secondo cui ñsussiste il delitto di appropriazione indebita nel fatto dell'amministratore di società che, costituendo riserve di denaro extrabilancio, con gestione occulta, le *distragga* in favore di terzi per scopi illeciti ed estranei all'oggetto sociale ed alle finalità aziendali, così procurando ad essi un ingiusto profitto: la condotta di appropriazione, che caratterizza il delitto di cui all'art. 646 c.p., consiste infatti non solo nell'annettere al proprio patrimonio il denaro o la cosa mobile altrui, bensì anche nel disporne arbitrariamente, *uti dominus*, sotto qualsiasi forma, in modo tale che ne derivi per il proprietario la perdita irreversibileò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

definitiva privazione a danno del proprietario del contenuto tipico del suo diritto - come «momento negativo» *tipico* della condotta di appropriazione[306]. Detto altrimenti, lôassoluta estromissione del *dominus* rispetto alla disponibilità del bene non costituirebbe il primo elemento strutturale dellôappropriazione, ma solo ñun risultato necessario ed eliminabile dellôesercizio da parte del soggetto agente di facoltà tipicamente inerenti al proprietario e la cui natura assoluta non tollera il convergere sullo stesso bene di analoghi poteri di fatto da parte di chicchessia, fossôanche il vero titolare del diritto realeò[307]. Se allora non è necessario, per aversi appropriazione, che si realizzi definitivamente lôespropriazione, ben può riconoscersi lôesistenza di condotte di distrazione non del tutto dissimili dalla prima: conseguite, cioè, mediante la destinazione del bene ad un fine incompatibile con quello originario, attraverso forme corrispondenti *allôesercizio delle facoltà del proprietario*, con contestuale pregiudizio apprezzabile della relazione funzionale tra questi ed il bene stesso[308]. In questo senso lôappropriazione rappresenterebbe lôimprescindibile presupposto logico e cronologico della distrazione; o meglio, la seconda comprenderebbe la prima[309].

Su una diversa scia si pongono le interpretazioni secondo le quali lôelemento differenziale tra distrazione ed appropriazione risiederebbe non già nel momento dellôespropriazione del bene, quanto piuttosto in quello successivo della sua *nuova*

Contra PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, cit., p. 6-7; in giurisprudenza separa integralmente le condotte di distrazione da quelle di appropriazione Cass. Sez. Un., 23.5.1987, Tuzet, in *Foro it.*, 1987, II, c. 481 riconducendo la gestione abusiva del patrimonio sociale da parte degli amministratori ad una tipica ipotesi di distrazione affatto sussumibile sotto lôalveo dellôart. 646 c.p. Nello stesso senso anche Cass. 23.6.1989, Bernabei, cit. Sul punto di vedano le considerazioni di MEZZETTI, *Lôappropriazione indebita nellôabuso di fido bancario*, cit., p. 196.

[306] Sui due momenti caratteristici dellôappropriazione, lôuno negativo per cui il titolare dei poteri ne viene di fatto privato (ñ*espropriazione*ò), ed uno positivo, consistente nellôassunzione di fatto dei poteri stessi (ñ*impropriazione*ò) si veda PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, cit., p. 225 e ss.; ID., *Studi sul peculato*, cit.; PEDRAZZI, voce *Appropriazione indebita*, cit., p. 833 e ss.

[307] Così MILITELLO, *Aspetti penalistici*, cit., p. 434.

[308] Ancora MILITELLO, *Aspetti penalistici*, cit., p. 434 che sostanzialmente ricostruisce il nucleo centrale della condotta di appropriazione nellôesercizio delle ñtipiche facoltà inerenti il diritto di proprietà senza averne la titolarità e sempre che ciò comporti per il proprietario un pregiudizio funzionale socialmente apprezzabileò, a prescindere dalla necessaria e definitiva espropriazione del bene come momento ñnegativoò essenziale. In questo modo lôautore giustifica la riconducibilità sotto lôalveo dellôart. 646 c.p. delle ipotesi *distrattive* di disposizione di fondi sociali extrabilancio ad opera degli amministratori per operazioni economiche estranee allôinteresse della società proprietaria.

[309] Qualificano lôappropriazione come momento ñ*intermedio*ò della distrazione, strumentale fra la destinazione originaria del bene a un determinato scopo e quella finale ed indebita ad altro scopo DE MARSICO, *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 569; ANGELOTTI, *Le appropriazioni indebite*, Milano, 1933, p. 46.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

dal patrimonio del titolare seguita da una *diretta* ed *immediata* immissione dello stesso nel patrimonio dellôagente configurerebbe allora unôipotesi appropriativa; al contrario, il semplice uso arbitrario della cosa destinato ad un indiretto e mediato arricchimento personale, o ad un profitto altrui caratterizzerebbe la condotta distrattiva[310].

Un passo ulteriore viene compiuto poi da chi, invece, collega la differenza tra appropriazione e distrazione nel diverso destinatario del vantaggio: dato per assunto, cioè, che indirizzare la cosa ad una finalità diversa da quella originaria (distrarre) costituisca un comportamento *uti dominus* (appropriarsi), si perviene alla conclusione per cui il compimento dellôatto a proprio favore costituirebbe appropriazione, mentre si avrebbe distrazione allorché la disposizione ricada a profitto di un terzo[311].

A risultati eterogenei, ma attraverso schemi logici non del tutto difformi da quello sinora esposto pervengono, invece, coloro i quali, riconoscendo sempre lôesistenza di un rapporto di genere a specie tra distrazione ed appropriazione, concludono, tuttavia, osservando come la seconda sia, invero, una forma di realizzazione particolare della prima, intesa questa come condotta più ampia e generica[312]. Se «appropriazione» significa ñvolgere in propria utilità la cosaò (attraverso la *interversio possessionis*), ovvero sottrarre la cosa al fine cui essa era destinata secondo le regole del diritto di proprietà, per orientarla ad un fine diverso ed incompatibile con quello; e se è vero che col termine «distrazione» si indica in via generale quella condotta che rivolge la cosa ad un fine diverso da quello cui essa era destinata; allora lôappropriazione rientrerebbe in tale ultimo concetto ñcon la sola particolarità che il fine cui la cosa era destinata è costituito dal conseguimento del *complesso di utilità* ricavabili in astratto grazie alla titolarità del dominio sulla cosa, mentre il fine diverso, cui la cosa è arbitrariamente

---

[310] In questi termini, prima della riforma del delitto di peculato, SEVERINO, *Il criterio distintivo fra distrazione ed appropriazione nel peculato*, cit., p. 711-712.

[311] Sul punto si rinvia alla considerazioni di PROSDOCIMI, *Esercizio del credito*, cit., p. 998 il quale per questa via giunge a concludere per la non omogeneità del concetto di appropriazione rispettivamente contenuto negli artt. 314 e 646 c.p., affermando che in questôultima fattispecie la nozione risulta più ampia in quanto nel quadro dellôappropriazione indebita rileva sia lôappropriazione a profitto proprio che di altri. V. anche PALAZZO, *Ai confini tra peculato e abuso dôufficio*, in *La riforma del delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di STILE, Napoli, 1987, p. 233 e ss. *Contra* MAUGERI, *Peculato per appropriazione*, cit., p. 710 la quale sostiene che ñai fini della qualificazione della condotta come appropriazione (é) non è importante accertare il carattere proprio o altrui del profitto perseguito, ma occorre verificare che la cosa sia resa indisponibile per la p.a., o comunque per il suo legittimo proprietario, e venga messa a disposizione e a profitto di un soggetto ad essa estraneo, che sia poi lôautore del reato o un altro non muta il significato e la *lesività* della condottaò.

[312] Per tutti PAGLIARO, *Studi sul peculato*, cit., p. 5 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ondere anchôesso a *una delle possibili utilità* che sarebbero ricavabili dallôesercizio dei poteri inerenti alla proprietàò[313].

Su un fronte diametralmente opposto, ossia sulla autonomia concettuale delle due condotte in esame, si muovono quegli autori i quali, condivisibilmente, focalizzano lôattenzione sullo scopo dellôazione, qualificato come connotato *oggettivo* del fatto[314]. Distinguo che si riflette, altresì, sullôelemento psichico del reato: mentre chi si appropria agisce rappresentandosi *lôinversione del possesso a proprio favore*, tale consapevolezza rimane del tutto estranea alla psiche del distrattore, il quale si rappresenta semplicemente *la deviazione della cosa posseduta* rispetto allo scopo cui è destinata.

Così, pur non potendo negarsi la veridicità dellôassunto secondo cui anche in caso di appropriazione si sarebbe in presenza di una generica deviazione della cosa dal suo fine, va tuttavia tenuto distinto il caso in cui questa sia diretta alla immissione *definitiva* del bene nel proprio patrimonio con contestuale rappresentazione del soggetto di invertirne il possesso *a proprio favore*; solo in questo caso, infatti, si sarebbe in presenza di una condotta *stricto sensu* appropriativa[315]. Detto altrimenti, la distrazione si perfezionerebbe con *lôuso arbitrario* della cosa, eventualmente anche a proprio (o ad altrui indiretto) vantaggio, ma senza alcuna incorporazione *definitiva* del bene nel proprio patrimonio[316]; senza, cioè, che questo (uso) comporti necessariamente

---

[313] Così PAGLIARO, *Studi sul peculato*, cit., il quale peraltro, criticando chi sostiene lôinverso, e cioè chi riduce la distrazione a forma specifica di appropriazione, afferma che ñil distrarre indica qualsiasi deviazione da una finalità ad unôaltraò mentre ñlôappropriarsi indica solo la deviazione della cosa dalla destinazione alla utilità del titolare del diritto di dominio verso una destinazione corrispondente al contenuto dellôesercizio del diritto di proprietà da parte dellôagenteò.

[314] Per tutti VINCIGUERRA, *Distrazione e peculato*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Giuffrè, 1972, p. 1645-1646.

[315] VINCIGUERRA, *Distrazione e peculato*, cit., p. 1646, il quale riporta come esempio il noto caso Nasi, Ministro della Pubblica Istruzione durante il governo Zanardelli, processato e condannato per peculato per distrazione dinnanzi al Senato costituito in Alta Corte di Giustizia, per aver sottratto fondi all'amministrazione statale. Lôautore concorda con la decisione della commissione sostenendo che nella condotta del Nasi non era ravvisabile il dolo dellôappropriazione. Sul tema si esprime autorevolmente anche PEDRAZZI, voce *Appropriazione indebita*, cit., p. 842 e ss., il quale ha ulteriormente chiarito che nellôappropriazione ñlôagente non si procura il diritto di proprietà, cosa giuridicamente impossibile, ma si conduce da proprietario nei confronti della cosaò. Il concetto di *interversione del possesso* trova secondo lôautore il suo perno nellôanimus domini, cioè in un ñfatto interiore, un mutato atteggiamento psichicoò che diviene penalmente rilevante quando viene manifestato allôesterno ed entra a far parte del mondo esteriore.

[316] Così anche GALLO, *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1966, I, p. 399; MEZZETTI, *Lôappropriazione indebita*, cit., p. 199-200; nonché PETROCELLI, *Lôappropriazione indebita*, Napoli, 1933, p. 400. Nel senso della immediatezza ed irreversibilità della fuoriuscita del bene dal patrimonio del proprietario e della contestuale diretta e definitiva immissione dello stesso nel patrimonio dellôagente quali elementi caratterizzanti la condotta appropriativa si rinvia alle considerazioni di FLICK, *Dal pubblico servizio allôimpresa banca: ritorno al futuro*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 315 e 317.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

i tipici del proprietario sulla cosa[317]. Nuovamente lôelemento differenziale viene ricondotto non già e non solo al momento espropriativo o sottrattivo del bene, quanto piuttosto a quello successivo della sua nuova destinazione: è lo scopo che muove lôagente a segnare il *discrimen* tra le due condotte. Scopo che, si badi bene, costituisce un connotato *oggettivo* dellôazione, la sua obiettiva direzione finalistica. Non a caso, infatti, il legislatore del ó30, nel redigere lôart. 314 c.p. ha sentito lôesigenza di specificare per la distrazione - e non anche per lôappropriazione - la particolare destinazione della condotta: ña profitto proprio o di altriò. Tale locuzione apre il varco a due ordini di considerazioni: da un lato, non può sfuggire come la scelta lessicale effettuata in riferimento al delitto di peculato diverga, già sul piano letterale, dalle modalità con cui il legislatore generalmente tipicizza le fattispecie a dolo specifico, utilizzando formule del tipo ñal fine diò, ñcon lo scopo diò, ñper procurare, ottenere, conseguireò, ecc. Tale spunto potrebbe già bastare per instillare il dubbio in ordine alla affermata[318] natura di oggetto del dolo specifico dellôelemento del profitto proprio o altrui, per ricondurre tale finalità, invece, a requisito *obiettivo* del fatto, come specificazione della direzione della condotta, un modo di essere della stessa che ne caratterizzi il contenuto offensivo[319].

In secondo luogo, lôaver posizionato lôespressione ña profitto proprio o di altriò accanto alla (sola) condotta di distrazione induce a ritenere che tale specificazione della direzione dellôatto criminoso sia finalizzata proprio a distinguere questo dallôappropriazione che invece, di per sé, è condotta tipicamente indirizzata a vantaggio *proprio*, mediante la *immissione diretta* del bene nel proprio patrimonio. Più semplicemente: col peculato si intendeva punire, prima della riforma, sia il pubblico ufficiale che *sottraesse definitivamente per sé* la cosa o il denaro della pubblica amministrazione, imprimendo su di essa in maniera *diretta* il suo dominio (appropriazione); sia il pubblico ufficiale che facesse un *uso arbitrario* della cosa, distogliendola dal suo scopo istituzionale (appunto, distrazione); uso che avrebbe portato direttamente un vantaggio ad altri, e/o *indirettamente* a sé.

---

[317] Cfr. MAUGERI, *Peculato per appropriazione*, cit., p. 712.

[318] Il profitto veniva considerato oggetto del dolo specifico nel delitto di peculato già da MANZINI, *Trattato*, cit., p. 157; LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato del Florian*, Milano, 1935, p. 204.

[319] Sulla considerazione del profitto in termini oggettivi, come espressione valutativa della nuova destinazione v. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione e rischio dôimpresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 858; nonché FLICK, *Il delitto di peculato*, cit., p. 352; MARINUCCI, voce *Distrazione*, cit., p. 311.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

deviato si presenta come un *minus* rispetto allôappropriazione proprio perché il mero *utilizzo* non passa necessariamente attraverso la radicale ñespropriazioneò quale *definitiva* sottrazione della cosa al suo legittimo proprietario; né implica sempre una ñimpropriazioneò, intesa come immissione *diretta* del bene nel proprio patrimonio, ovvero lôesercizio assoluto sullo stesso dei poteri tipici del proprietario. Quando la deviazione dallôuso costituisca in concreto il risultato di siffatte specifiche modalità di condotta va da sé come il confine tra le due ipotesi criminose si faccia sicuramente più labile, se non addirittura intangibile. Saremmo di fronte ad unôipotesi appropriativa. Ma il fatto che, in concreto, ci si possa talvolta trovare dinnanzi a casi specifici in cui effettivamente si realizzi tale sovrapposizione non può, comunque, bastare per affermare che appropriazione e distrazione siano concetti *sempre* coincidenti, o strutturalmente sovrapponibili secondo lo schema disposto dallôart. 15 c.p.

Il discorso può valere anche in riferimento alla condotta di appropriazione descritta allôart. 646 c.p. sotto lôorbita della quale, seguendo siffatto ragionamento, non potrebbero rientrare le attività di arbitraria destinazione della cosa o del denaro, ad esempio appartenente ad un istituto di credito, ad opera dellôoperatore bancario che conceda un fido o unôapertura di credito per una somma superiore a quella fissata dallôistituto stesso, tale da coincidere effettivamente col profitto privato del cliente, in modo da realizzare unôerogazione oggettivamente e soggettivamente ña fondo perdutoò. In questa ipotesi lôuso arbitrario del denaro altrui (della banca), nonostante sostanzialmente coincida con una effettiva espropriazione, così come precedentemente ricostruita, appare tuttavia lontano dal configurare una immissione diretta e definitiva del bene nella propria sfera patrimoniale (momento impropriativo)[320]. Vero è che da

[320] Per una critica alla ricostruzione che porta a sussumere tali condotte ñirregolariò sotto lôalveo dellôart. 646 c.p. (soprattutto a seguito della famosa sentenza delle Sezioni Unite penali Tuzet, 1987, che disconosce in capo allôoperatore bancario la qualifica di pubblico ufficiale, blindando così lôoperatività dellôart. 314 c.p. ï ante riforma ï rispetto alle eventuali condotte distrattive realizzate mediante di abuso di fido bancario), estendendo oltre la sua portata il concetto di ñappropriazioneò v. MEZZETTI, *Lôappropriazione indebita*, cit., p. 200; nonché PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale*, cit., p. 578 e ss. Si è parlato in tal senso di ñsovrapposizioneò del concetto di appropriazione al diverso concetto di distrazione, realizzata attraverso una degenerazione del sistema rappresentata dal fenomeno della c.d. ñsupplenza giudizialeò (così MEZZETTI, *Lôappropriazione indebita*, cit., p. 201-202 il quale però sottolinea come lôabuso di fido bancario possa in effetti integrare gli estremi del reato di appropriazione indebita ñallorquando ricorrano gli estremi di una concessione di fido da parte dellôoperatore bancario «a fondo sicuramente perduto», con il fido che viene trasformato in una *regaliaò*; ciò a fronte della considerazione secondo cui in questa ipotesi la condotta presenterebbe tutti i connotati tipici

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ratto conseguire un profitto o un vantaggio, ma tale ritorno (economico o non) non risulta la conseguenza *immediata* e *diretta* della condotta, come invece avviene (e deve avvenire) perché si possa configurare unôappropriazione penalmente rilevante.

Un altro esempio da cui risulta evidente la differenza sostanziale e strutturale tra le due condotte in esame può essere ricondotto al caso del primario ospedaliero il quale utilizzi dei fondi messi a disposizione dallôamministrazione al suo reparto per lôacquisto di macchinari o strumenti funzionali alle operazioni di trasfusione del sangue; nellôipotesi in cui il dirigente investa tale denaro (distogliendolo quindi dalla sua funzione e dal suo scopo iniziale) per comprare, invece, *diverse* attrezzature al fine di rendere più efficiente e competitivo il proprio reparto, in modo da ottenere così il direttore stesso maggior fama e prestigio, non potrebbero muoversi dubbi in ordine al carattere tipicamente distrattivo di tale condotta: in particolare qui saremmo di fronte ad una distrazione ña profitto (indiretto) proprioò. Lôapplicazione dellôart. 646 c.p. al caso in esame rappresenterebbe un allargamento delle maglie del concetto di appropriazione quantomeno improprio, posto che il denaro pubblico, lungi dallôessere stato defintivamente estromesso dal dominio del proprietario ed immesso nel patrimonio personale dellôagente (espropriazione-impropriazione), è stato semplicemente ñutilizzatoò per un fine diverso da quello suo proprio, a vantaggio (peraltro non eslcusivo) dellôagente stesso.

Partendo, allora, dallo scopo che sostiene la condotta, qualificandola già sul piano oggettivo, si può sostenere che le operazioni distrattive richiamano il concetto del ñ*moto a luogo*ò: lôatto, cioè, è indirizzato a spostare ed indirizzare il bene da un ñluogoò ad un altro; la condotta è dinamica. Nel caso dellôappropriazione, invece, lôazione del possessore che agisce *uti dominus* è piuttosto riconducibile allôidea dello ñ*stato in luogo*ò, essendo diretta ad ñimmettereò definitivamente il bene, che già si possiede, nella propria personale ed esclusiva sfera di dominio. Lôappropriazione ricalca, dunque, una dimensione statica. Da tenersi, questôultima, distinta dalla ñsottrazioneò (condotta che caratterizza, ad esempio, il diverso delitto di furto), la quale ben potrebbe essere ridisegnata come unôazione di ñ*moto da luogo*ò, implicando uno sforzo dinamico

---

dellôappropriazione, quali la ñ*irrecuperabilità*ò del denaro o del bene da parte del proprietario, e la sua ñ*irreversibilità*ò).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

del rapporto che lega il detentore col bene ed al contestuale ñimpossessamentoò della cosa finalizzato ad un proprio o altrui profitto.

3. *La delimitazione della «distrazione» prefallimentare sul piano della tipicità del fatto: lôoffesa in concreto alla garanzia dei creditori.*

Anche nellôart. 216 l. fall., come nelle altre ipotesi criminose di matrice codicistica in cui è espressamente richiamata, la distrazione assolve il ruolo di condotta «residuale e sussidiaria»: questa, infatti, sarebbe idonea a ricoprire tutte le attività di utilizzo del patrimonio dellôimpresa a scopi diversi da quelli a cui questo è destinato, che non rientrino nelle più specifiche nozioni di distruzione, dissipazione, occultamento o dissimulazione[321].

Essa si caratterizza, peraltro, in quanto implica lôidea di un *vantaggio* del soggetto attivo: ove mancasse tale requisito ci si troverebbe al di fuori della distrazione, ma eventualmente nella dissipazione o nella distruzione[322].

Tuttavia, non manca chi, in via più generale ed astratta, riferisce la condotta in esame ad una forma di estromissione del bene dal patrimonio dellôimprenditore senza che a questo venga conferito un corrispettivo, in guisa da intaccarne lôintegrità in danno ai creditori[323].

In entrambi i casi si tratterebbe, comunque, di una fuoriuscita[324] del bene dal patrimonio del titolare, senza che sia essenziale unôalienazione, essendo sufficiente, ad esempio, lôassoggettamento di questo allôaltrui diritto reale di godimento, o la sua costituzione in garanzia, purché lôatto comprometta la destinazione della *res* al soddisfacimento dei creditori[325]. Così, costituirebbe distrazione penalmente rilevante ai sensi della legge fallimentare la vendita di un bene a titolo oneroso, se fatta con la volontà e consapevolezza di sottrarre il bene ed il ricavato della vendita alla garanzia dei

---

[321] Sulla eccessiva dilatazione del concetto di distrazione nel delitto di bancarotta si esprime in senso critico LA MONICA, *La tipicità della condotta nel delitto di bancarotta*, in *Giust. pen.*, 1984, p. 334.
[322] In questi termini COCCO, Sub *art 216 l. fall.*, cit., p. 892; nonché GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 331.
[323] Così, tra gli altri, CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 156; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 481; PROVINCIALI, *Trattato*, IV, cit., p. 2644; PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 136.
[324] «Fittizia» direbbe ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 106 e ss.
[325] In tal senso PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit. p. 487 il quale sostiene che lôestromissione effettiva e definitiva dal patrimonio non è né essenziale né risolutiva, dovendosi piuttosto la vicenda negoziale valutare nel suo complesso.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

er scopi estranei allôimpresa e con criteri economici incongrui; la vendita sotto costo della merce, quando presenti carattere sistematico e qualificante lôattività dôimpresa; la concessione di fideiussioni con le quali lôimprenditore realizzi, senza alcun utile per lôazienda, un effettivo depauperamento della stessa in danno ai creditori; lôerogazione di finanziamenti concessi senza adeguate garanzie[326]. Ci si troverebbe, invece, al di fuori dellôarea di influenza dellôart. 216, primo comma, n. 1 l. fall., quando in luogo del bene alienato subentri un corrispettivo adeguato, o comunque quando il rapporto sinallagmatico sia integrale, effettivo e non fittizio: in tal senso mancherebbe la tipicità della distrazione nel caso in cui unôoperazione diminuisca il patrimonio dellôimprenditore ma nello stesso tempo faccia rientrare nel complesso dei beni un vantaggio equivalente alla spesa: la stessa vendita sotto costo ï che altrimenti sarebbe una pura perdita ï può, ad esempio, accrescere lôavviamento e permettere di inserirsi in un mercato nuovo[327].

La valutazione in ordine al carattere distrattivo dellôatto dispositivo deve, quindi, effettuarsi *in concreto*, a nulla rilevando lôeventuale alienazione del bene quando lôoperazione, *valutata nel suo complesso*, risponda ad un interesse patrimonialmente calcolabile dellôimprenditore, sì che il sacrificio patrimoniale risulti adeguatamente compensato[328]. Esulano, pertanto, dalla nozione i mutamenti di destinazione che non incidono sulla funzione di garanzia del patrimonio del debitore: come tentato di evidenziare nei precedenti paragrafi, infatti, tesi a ricostruire lôoggetto giuridico del reato e la struttura dello stesso, lôimprenditore individuale è libero di distogliere i suoi beni dagli impieghi produttivi per farne oggetto di mero godimento purché questi restino a disposizione dei creditori[329]. La funzione di garanzia costituisce lo sfondo sul quale si deve parametrare lôoffensività del fatto; il termine di paragone per valutare la lesività delle disposizioni patrimoniali dellôimprenditore, per loro natura discrezionali. Così, non tutti i movimenti di ricchezza ï per fini apparentemente extra-aziendali - saranno per ciò solo riconducibili allôart. 216 l. fall., ma solo quelli che, attraverso unôanalisi *complessiva* dellôintera operazione economica, risultino concretamente pericolosi per gli interessi dei creditori, in quanto incidano sul *quantum* della garanzia,

[326] Gli esempi sono tratti da CARRELLI, *I reati di bancarotta*, Milano, 1993, p. 89-90.
[327] Cfr. COCCO, Sub *art. 216 l. fall.*, cit., p. 893 e la giurisprudenza ivi citata.
[328] Autorevolmente PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit. p. 487.
[329] Ancora PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 486; nonché NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., p. 208.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

. Ciò può avvenire, ad esempio, quando la stessa apprensione materiale del bene distratto venga resa impossibile o particolarmente difficoltosa.

Lo stesso discorso può valere, poi, in relazione agli atti a titolo gratuito: salvo quanto previsto dallôart. 64 l. fall. - che espressamente deroga al regime dellôinefficacia per i regali dôuso e per gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante ï le donazioni, non assumono di per sé il connotato distrattivo, non costituiscono cioè una illecita deviazione del bene dal proprio scopo, a meno che non compromettano o non siano idonee a compromettere la conservazione della garanzia.

Ecco allora che la nozione di distrazione prefallimentare già può trovare una delimitazione sul piano obiettivo del fatto, mediante una lettura della condotta improntata sulla necessaria offensività del reato: ricostruito lôoggetto giuridico dellôincriminazione nel diritto dei creditori a vedere conservata la propria garanzia sui beni del debitore, lôazione criminosa non può che essere ritagliata, in chiave teleologica, sulla effettiva e concreta lesione (nella forma del pericolo) di siffatta integrità: di talché solo in presenza di uno squilibrio di valori sul piano economico che sia indiscutibile e privo di giustificazione e che influisca in concreto ed in modo determinante sulla consistenza della garanzia potrà profilarsi una distrazione. Di distrazione non potrà parlarsi, invece, fin tanto che lôattivo a disposizione dei creditori non risulti ingiustificabilmente diminuito, e il calcolo andrà effettuato in base ai valori di mercato alla data dellôoperazione, tenendo conto della condizione *complessiva* dellôimpresa e delle previsioni allora ragionevolmente formulabili[331].

---

[330] Non si ha distrazione se in luogo del bene alienato subentri un corrispettivo adeguato e se, comunque, lôatto di disposizione risponde ad un interesse matrimonialmente valutabile dellôimprenditore, così che il sacrificio patrimoniale risulti adeguatamente compensato. In questo senso vedi anche COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1030; CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 156.

[331] Sul punto, limpidamente, PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 490 il quale sostiene che ñLôepisodio distrattivo va visto nella sua globalità. Il pagamento di un debito, isolatamente considerato, si prospetta patrimonialmente neutrale, avendo come contropartita lôestinzione di una passività (é); ma in concreto si colora a seconda della propria causale: assume portata distrattiva, per esempio, il pagamento originato da un contratto economicamente squilibrato, oppure una fideiussione rilasciata a titolo di favore (é): mentre lôadempimento di unôobbligazione naturale va inquadrato alla luce dellôart. 64, che lo assimila ad un atto di liberalità. Lôetichetta della distrazione, che denota lôabuso di un potere di disposizione, non si addice invece a esborsi dovuti *ex lege*: si pensi alle somme versate a titolo di sanzione civile o amministrativaò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

re che la diminuzione patrimoniale provocata dalla disposizione illecita dellôimprenditore sia tale da riverberarsi sullôintegrità della garanzia e quindi da porre in pericolo il bene protetto? Posto, cioè, che deve sussistere sicuramente un nesso causale tra lôatto dispositivo ed il decremento dellôattivo, può questa riduzione (reale o apparente che sia) di per sé considerarsi offensiva? In altri termini: a decremento patrimoniale corrisponde *sempre* lesione alle aspettative creditorie?

Per dare una risposta esaustiva al quesito non possono che richiamarsi le considerazioni già svolte nel presente paragrafo: la concreta offensività delle manipolazioni patrimoniali è legata ad un secondo evento naturalistico (oltre a quello del semplice decremento ñaritmeticoò), riconducibile ad un *effettivo squilibrio tra attività e passività*, calcolato però non già in modo settoriale, attenendosi cioè allôanalisi della sorte dei singoli cespiti, ma misurabile *sul complesso del patrimonio*[332]. Siffatto dato di squilibrio economico segna in un certo senso il *discrimen*, sul piano obiettivo, tra legittimo esercizio del potere di disposizione sui propri beni, e condotta distrattiva penalmente rilevante: fino a quando, cioè, residui un tranquillo margine di attivo nel bilancio dellôazienda non potrà contestarsi allôimprenditore il diritto di disporre a piacimento delle proprie sostanze, anche mediante operazioni antieconomiche.

Posto allora che la pericolosità dellôatto va calcolata sulla base della situazione economica esistente al momento del suo compimento, va da sé come la soglia che determina la illiceità della disposizione (in quanto pericolosa per il bene protetto) sia una soglia mobile, cha varia al mutare delle condizioni economiche dellôimpresa, o più in generale, della situazione patrimoniale del titolare. Questa, dunque, va vista prospetticamente, nella sua continua dinamica. Così, fino a quando, attualmente ed in prospettiva, il rapporto tra attività e passività si presenterà equilibrato la garanzia dei creditori si dovrà ritenere sufficientemente salvaguardata.

[332] In questi termini PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 503.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

strattive: il ruolo dellô«insolvenza» nella struttura del reato.

Uno dei problemi più annosi in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione è sicuramente quello concernente la esatta individuazione del momento *cronologico* in cui la destinazione del bene dellôimprenditore ad un fine diverso da quello suo proprio (quello cioè del soddisfacimento del diritto dei creditori) assume rilevanza penale ai sensi dellôart. 216 l. fall. La norma, infatti, sul punto non offre alcuna indicazione di tipo testuale; né appare semplice la ricostruzione della *voluntas legis* mediante gli ordinari strumenti ermeneutici che il nostro sistema mette a disposizione dellôinterprete.

Il problema non è di poco conto, posto che, come già ribadito, uno studio della distrazione che prescinda da una effettiva analisi delle concrete caratteristiche della stessa, rischierebbe di condurre ad una sovrapposizione tra fatti di bancarotta prefallimentare, e atti che, in qualunque tempo commessi, costituiscono di regola espressione lecita dellôesercizio dellôimpresa. Col conseguente pericolo di sanzionare condotte di per sé lecite, solo perché successivamente ad esse venga dichiarato il fallimento dellôimprenditore. Appare evidente, quindi, come non risulti possibile né giustificabile estendere retroattivamente, senza limiti di tempo, la sanzione penale a qualsiasi fatto che integri la (mera) ñmaterialitàò del reato; e come, di conseguenza, sia necessario individuare con precisione i limiti cronologici funzionali a circoscrivere la c.d. «zona penale di rischio».

Conviene, a tal fine, nuovamente prendere le mosse dallôinteresse protetto dalla fattispecie incriminatrice per poter meglio delimitare le condotte tipiche cui il legislatore ha scelto di attribuire attitudine lesiva.

Se, infatti, si partisse dallôidea che la bancarotta si presenta come reato posto a tutela del corretto svolgimento delle procedure concorsuali già in atto (nella bancarotta postfallimentare), o di imminente instaurazione (nella bancarotta prefallimentare)[333], la ricostruzione della zona penale di rischio, cui collegare il momento effettuale della distrazione, verrebbe a coincidere necessariamente col presupposto stesso del fallimento, ovvero con lôinsolvenza. In questo senso lôart. 216, primo comma, n. 1 l.

[333] Questa è la linea tracciata autorevolmente da NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 24 e ss., e seguita sostanzialmente da LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., p. 225 e ss.; nonché da SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 10 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ioni patrimoniali di natura distrattiva realizzate in prossimità della decozione dellôimpresa, o in coincidenza della stessa[334]. Inoltre, seguendo tale impostazione, sarebbe altresì necessario per il perfezionamento della fattispecie anche dal punto di vista della colpevolezza, che lo *status* di insolvenza - intesa come *incapacità di adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni* ï sia conosciuto o conoscibile dal debitore nel momento in cui compie lôatto, e che la dichiarazione di fallimento - quale accertamento formale di detto *status* ï si prospetti nella sua mente come un accadimento certo e prossimo. In sostanza, anche il fallimento dovrebbe rientrare nel fuoco dellôelemento soggettivo, posto che la distrazione così ricostruita sarebbe tale solo se realizzata in occasione (o, addirittura, in vista) del futuro fallimento, al fine di sottrarre i propri beni alla procedura concorsuale.

Siffatta ricostruzione non sembra potersi accogliere e ciò per due ordini di ragioni: uno, di carattere formale; lôaltro, invece, di natura sostanziale.

Innanzi tutto la norma non offre alcun appiglio che permetta di considerare lôinsolvenza come elemento di fattispecie: nonostante questa costituisca il necessario presupposto della sentenza di fallimento, è bene ricordare che lôart. 216 l. fall. non punisce il fallimento in sé, né *a fortiori* il suo ñantefattoò sostanziale. Così, la sovrapposizione tra zona penale di rischio (a partire dalla quale la condotta di utilizzo arbitrario del bene assume i crismi della distrazione) ed insolvenza ï non corroborata da alcun riferimento testuale ï appare ancora insufficiente per assurgere a regola generale.

Non può certo negarsi che nella prassi possano presentarsi casi di distrazioni riconducibili allôart. 216 l. fall. che siano state poste in essere quando lôimpresa si trovasse già in crisi, ma accontentarsi di tale dato empirico per fondare lôassunto generale secondo cui si ha distrazione ai sensi dellôart. 216 l. fall. *solo* quando la condotta di deviazione del bene dal suo scopo (procedura concorsuale) sia realizzata dallôimprenditore *già* insolvente, sembra operazione azzardata o, quantomeno, eccessivamente riduttiva. E ciò sul presupposto per cui - e questa è la considerazione di carattere sostanziale - il bene giuridico protetto nelle fattispecie di bancarotta (anche) prefallimentare ha natura patrimoniale (non già meramente processuale), e consiste nellôinteresse dei creditori alla conservazione della garanzia. Interesse che sorge e si attualizza nel momento stesso in cui nasce lôobbligazione e non già con lo stato di

[334] Vedi ancora NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 18 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

on la costituzione formale della *massa* dei creditori, che si realizza allôapertura della procedura concorsuale[336]. Il vincolo di conservazione della garanzia, come già sottolineato ai precedenti paragrafi, grava di regola sul debitore a partire da un momento non necessariamente coincidente con lôinsolvenza: sicché, in astratto, la deviazione del bene dalla sua funzione può ritenersi distrattiva a prescindere dalla capacità di adempimento del titolare. Ciò a cui si deve far riferimento, invero, per colorare lôatto dispositivo dei crismi dellôillecito penale è, come in precedenza accennato, la sua attitudine lesiva nei confronti dellôinteresse tutelato[337]; analisi da effettuarsi in concreto, considerando sì la situazione economica complessiva dellôimpresa - e quindi la eventuale sussistenza (pregressa o attuale) di uno squilibrio tra attività e passività (che però ancora non assurge ad insolvenza) - ma anche la specifica incidenza che quellôatto può avere sullo stato patrimoniale dellôimprenditore, al fine di verificare se questo, a seguito e per mezzo del trasferimento di ricchezza effettuato, venga reso inadeguato, o fatto apparire inadeguato, alla sua funzione di garanzia[338].

Su questa scia ben può affermarsi che unôinsufficienza della garanzia (intesa come offesa al bene giuridico) si può avvertire anche *prima* che sia sorto lo stato di insolvenza[339]; che è possibile, cioè, porre in essere condotte pericolose per gli interessi dei creditori anche a prescindere dalla obiettiva e incapacità dellôimprenditore di adempiere alle proprie obbligazioni. La zona penale di rischio risulta, in questo senso, allargata[340].

---

[335] Sul punto si rinvia agli approfondimenti svolti nella sezione I del presente capitolo, § 2.1.
[336] Cfr. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 25.
[337] Pedrazzi parla correttamente di ñidoneitàò effettuando un parallelo con la tematica del falso grossolano, v. PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 502.
[338] In questôordine di idee PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., p. 503.
[339] Sul punto fortemente critico rispetto alla tesi di Nuvolone ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 44 e ss., il quale sottolinea come, sovrapponendo la zona penale di rischio con lôinsolvenza, rimarrebbero fuori dallôoperatività del delitto di bancarotta le condotte che abbiano causato lôinsolvenza stessa. In senso critico anche ANTONIONI, *Bancarotta semplice*, cit., p. 21 e ss.; COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 99; CONTI, *Reati fallimentari*, cit., 1991, p. 88; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 26; PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 841; SCALERA, *Teoria*, cit., p. 22.
[340] Sulla delimitazione della zona penale di rischio si è espresso, più di recente, anche PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dellôimpresa*, cit., p. 132-133.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

specie soggettivamente pregnante»: il momento «finalistico» della distrazione.

Affermare di essere in presenza di una operazione distrattiva allorquando lôimprenditore, anche *in bonis*, utilizzi i suoi beni in modo da porre in pericolo lôintegrità della garanzia per i creditori che da essi è costituita, alla luce di unôanalisi della situazione economica dellôimpresa *complessiva* e non già legata alla singola operazione[341] (e sempre che successivamente si realizzi il fallimento come richiesto dallôart. 216 l. fall.), per quanto convincente sul piano della *tipicità oggettiva* del fatto, non sembra da sola sufficiente a soddisfare le esigenze di necessaria delimitazione della condotta illecita.

Come più volte ribadito, infatti, alla esigenza stringente di una tutela del credito, di cui gli artt. 216 e ss. l. fall. sicuramente costituiscono strumento, è sempre connaturata e connessa la parimenti rilevante necessità di tutelare lôimpresa o, per meglio dire, la libertà di iniziativa economica *lato sensu* intesa[342].

Più chiaramente: lôazione economica dellôimprenditore è per sua natura rischiosa; la scelta in ordine alla effettuazione di operazioni particolarmente spregiudicate, potenzialmente pericolose per lôintegrità del patrimonio quale fonte di garanzia per i creditori può, talvolta, risultare necessitata o, comunque, sorretta dalla volontà o dallôauspicio (anche eventualmente colpevole, si pensi ai casi di bancarotta semplice) di ñmigliorareò la situazione generale dellôimpresa. Al di fuori dei movimenti di denaro consistenti in operazioni di pura sorte o, comunque, riconducibili ad una gestione *gravemente* o *manifestamente* imprudente dellôimpresa, la cui sussumibilità sotto la fattispecie di bancarotta semplice di cui allôart. 217 l. fall. risulti ñlampanteò, infatti, sono riscontrabili nella prassi delle «zone grigie» in cui, nonostante la pericolosità concreta ed effettiva di talune scelte gestorie, la condotta sembra (o debba?) ciò

[341] È questa, seppur inadeguatamente riassunta, la tesi di Pedrazzi il quale parla di ñmomento effettualeò della distrazione leggendo lôart. 216 l. fall. in chiave di offesa, nella forma del pericolo concreto. Cfr PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 501 e ss.

[342] Cfr. PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dellôimpresa*, cit., p. 131 e ss. il quale sostiene che nellôambito fallimentare la tutela del credito appare assolutamente predominante ed assorbente, mentre la tutela dellôimpresa e le ragioni dellôimpresa acquistano rilevanza solo in modo mediato (p. 138).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

sfera di operatività dellôart. 216, primo comma, n. 1 l. fall.[343].

Il *discrimen* in questi casi non sarebbe più rinvenibile sul piano oggettivo dellôoffesa (sicuramente sussistente e pur tuttavia non dirimente), ma su quello soggettivo della volontà.

Per poter incriminare lôimprenditore per bancarotta fraudolenta, oltre alla necessaria influenza negativa che le sue scelte aziendali devono aver determinato sul *quantum* del patrimonio posto a tutela dei creditori ai sensi dellôart. 2740 c.c., risulta di fondamentale rilievo la *direzione finalistica* della condotta stessa[344]. Lôart. 216 l. fall., infatti, non sembra miri *tout court* ad impedire ed eventualmente a punire qualsiasi impoverimento dellôimprenditore che si configuri di fatto come pericoloso o dannoso per i creditori, ma solo quel depauperamento lesivo della garanzia patrimoniale che sia finalisticamente orientato a tale risultato[345].

Siffatta direzione finalistica - quale elemento psicologico ñoggettivizzatoò nellôazione - seppur non espressamente richiamata dalla norma, sembrerebbe caratterizzare, invero, tutte le condotte descritte che, non a caso, vengono sanzionate con una pena omogenea e si pongono tra loro in rapporto di alternatività[346].

---

[343] Lôinsufficienza del mero riferimento alla *tipicità oggettiva* come elemento di discrimine tra bancarotta fraudolenta e semplice ovvero tra bancarotta e fatto lecito è acutamente evidenziata da PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 56, il quale rileva come la stessa dottrina dominante riconosca che ñal medesimo fatto materiale, commesso con coscienza e volontà può, di volta in volta, corrispondere bancarotta fraudolenta o un altro delitto, o addirittura, un fatto non costituente reato. Ad esempio, il fatto materiale del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale può in molti casi essere identico a quello della bancarotta semplice per spese eccessive o per operazioni imprudenti al fine di ritardare il fallimentoò.

[344] Sulla teoria dellôazione finalistica nella letteratura italiana si vedano, tra le altre, le opere di GALLO, *La teoria dellôazione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967, *passim*; LATAGLIATA, *La situazione attuale della dottrina finalistica dellôazione*, in *Riv. pen. ec.*, 1991; SANTAMARIA, *Prosepttive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, *passim*. In Germania, per tutti, WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 58 Bd, 1939, trad. it., *Studio sul sistema di diritto penale*, p. 135 e ss; ID., *La posizione dogmatica della teoria finalistica dellôazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 1 e ss.

[345] In questo senso risulterebbe più corretta anche la distinzione tra fatti di bancarotta fraudolenta e semplice allorché si riconosca, come la maggior parte della dottrina già sostiene, che il mero riferimento al dolo per la prima ipotesi ed alla colpa per la seconda, risulti del tutto insufficiente a fronte della riconosciuta sussistenza di ipotesi di bancarotta semplice dolosa. V. ancora PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 56.

[346] Sui rapporti strutturali tra le diverse condotte vedi lôanalisi approfondita di COCCO, Sub *art. 216 l. fall.*, cit., p. 883 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

entrerebbe, allora, in quella categoria di reati che Bricola qualificava come «fattispecie soggettivamente pregnanti»[347] e che ñappaiono semplicemente come il frutto di una particolare tecnica legislativa la quale, anziché puntualizzare la volontà con riferimento ad un evento che sta al di fuori del fatto costitutivo del reato attraverso lôespressione ócal fine dié ô oppure ócallo scopo dié ô(tipiche del dolo specifico), usa delle espressioni particolarmente qualificate e pregnanti di quel tale elemento finalisticoò[348]. In tal modo, sosteneva il Maestro, non sarebbe necessario ricercare alcun particolare impulso o tendenza, ma sarebbe sufficiente la prova del *dolo generico* rispetto a quel dato comportamento pregnante, dolo inteso come ñcoscienza e volontà del fatto nel suo particolare contenuto offensivo che rechi implicita una più ampia volizione (per lo meno nella forma eventuale) caratterizzata da un elemento contenutistico che (é .) costituisce, per così dire, il profilo indiretto implicitamente racchiuso nel contenuto offensivo della fattispecieò[349].

La direzione finalistica dellôazione verso la lesione della garanzia patrimoniale in spregio ai creditori, in sostanza, pur rimanendo elemento formalmente esterno alla fattispecie tipica (o, coma la chiamerebbe Bricola, alla fattispecie ñ*apparente*ò), quanto meno per quanto concerne la distrazione, rientrerebbe ciò nondimeno in quella ñ*effettiva*ò[350].

La distrazione, allora, sarebbe tale e caratterizzerebbe, perciò, i fatti di deviazione del bene al suo scopo riconducibili alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, solo quando denoti sul piano obiettivo la volontà finalistica dellôagente verso la sottrazione dei beni alla funzione di garanzia dei creditori complessivamente considerati. Non sussisterebbe, invece, quando, nonostante il compimento di un fatto materiale riconducibile, nella sua oggettività, a tale sottrazione, il volere risulti qualitativamente diverso[351]. È lôincidenza di questa o di quella concreta finalità sul significato dellôazione

[347] Ci si riferisce al fondamentale lavoro di BRICOLA, Dolus in re ipsa, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Milano, 2000, p. 159 e ss.
[348] BRICOLA, Dolus in re ipsa, cit., p. 162.
[349] BRICOLA, Dolus in re ipsa, cit., p. 159.
[350] In questo senso lôautore, infatti, afferma che ñsi possono considerare come *fattispecie soggettive pregnanti* quelle che ipotizzano una condotta che, qualificata da elementi pregnanti o specificamene condizionata da riferimenti temporali o modali, appare univoca oggettivamente e soggettivamente, ovvero orientata, da un punto di vista oggettivo e soggettivo, verso un evento la cui realizzazione non è prevista nella fattispecie legale apparenteò. Così BRICOLA, Dolus in re ipsa, cit., p. 163.
[351] Per una ricostruzione della bancarotta fraudolenta in chiave di *tipicità soggettiva*, e quindi per il rifiuto delle teorie tradizionali che invece delineano il reato sulla base del mero aspetto oggettivo, eventualmente coperto da dolo o colpa, v., per tutti, PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 62 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

nfini della distrazione penalmente rilevante, non bastando, invero, la mera conformità del fatto materiale al tipo astrattamente descritto. Detto più semplicemente: il contenuto della volontà colpevole contribuisce ï in questi casi - alla precisazione dei caratteri del fatto tipico.

Capitolo quarto

LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA INFRAGRUPPO. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Le «chiusure» giurisprudenziali in materia di bancarotta per distrazione «infragruppo» - 2. La rilevanza del gruppo nel giudizio sulla tipicità del fatto ï 2.1 *Segue*. Sulla non necessarietà dellôeffettivo conseguimento del vantaggio ai fini dellôesclusione della natura distrattiva della condotta ï 3. Dinamiche infragruppo e tipicità soggettiva della bancarotta: unôulteriore conferma dellôatipicità della condotta dal punto di vista della sua direzione finalistica ï 4. Sulla estendibilità della clausola dei vantaggi compensativi prevista dallôart. 2634, terzo comma, c.c. ai reati fallimentari: un problema solo apparente ï 4.1 *Segue*. La Cassazione ad una «svolta»: la sentenza del 24.5.06 n. 36764 ï 5. Verso la «codificazione» della teoria dei vantaggi compensativi in ambito fallimentare: dai lavori della Commissione Trevisanato al disegno di legge n. 1741 del 2008

1. *Le «chiusure» giurisprudenziali in materia di bancarotta per distrazione «infragruppo».*

Sulla base dellôanalisi sinora svolta si può agevolmente affermare che, in ambito fallimentare, col termine «distrarre» si richiama un contesto indeterminato e di scopo: non si sanziona il mero distacco del bene dallôazienda, bensì la destinazione ingiustificabile dello stesso, parametrata sugli interessi dei creditori dellôimpresa, con un ambito di applicazione ritagliato sul caso concreto, e con accezione prettamente economica. In questo senso il dolo può dirsi meramente generico, contenendo in sé la consapevolezza dello speciale disvalore economico dellôatto dispositivo e delle sue inaccettabili finalità[352].

Così, possono costituire casi di distrazione penalmente rilevante le ipotesi di concessioni a terzi di prestiti o finanziamenti ï attività di per sé lecite ï allorquando il tasso di interesse risulti incongruo o non venga apprestata una garanzia adeguata, di modo che lôoperazione presenti uno squilibrio tra il sacrificio temporaneo del mutuante

[352] V. *supra*, Cap. III, Sez. II, § 3 e 4.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

da far desumere, in concreto, ed alla luce del dato economico complessivo, il carattere lesivo dellôatto rispetto allôobbligo di conservazione dellôintegrità patrimoniale[353].

Il criterio per stabilire lôoffensività del fatto risiede, in siffatte ipotesi, nella valutazione dello *squilibrio* tra prestazioni, in cui giocano un ruolo decisivo da un lato, la *razionalità economica* della scelta, calcolata alla stregua della situazione (dellôattivo e del passivo) aziendale *globale* al momento del compimento dellôatto; dallôaltro, lôobiettivo specificatamente perseguito con il finanziamento stesso: se questo sia, cioè, unicamente finalizzato alla speculazione in pregiudizio ai creditori o se sia, piuttosto, soggettivamente ed oggettivamente indirizzato a scopi di vantaggio per lôazienda, del tutto leciti[354].

Parimenti distrattiva può qualificarsi la condotta di rilascio di garanzie o fideiussioni a favore di terzi senza alcun corrispettivo, che esponga il garante a rischi abnormi per lôintegrità della garanzia patrimoniale[355]; o la stipula di un contratto di locazione effettuata con lôintento di sottrarre lôazienda allôesecuzione fallimentare (qualora questa sia imminente), o comunque allo scopo di trasferire la disponibilità di tutti o dei principali beni aziendali ad altro soggetto[356]. Anche le erogazioni per motivi di corruzione a favore di partiti politici o di singoli esponenti politici, non ricollegabili ad un beneficio per lôimpresa ottenuto con mezzi consentiti dallôordinamento, ma anzi penalmente perseguibili, che cagionino un ingiustificato depauperamento per i creditori, ai quali è sottratta la possibilità eventualmente di rivalersi su una parte dei beni dellôimpresa e di identificare una contropartita su cui rivalersi corrispondente allôerogazione illecita, possono costituire fatti di distrazione[357]. In questo caso emerge lampante la deviazione del bene dal suo scopo giuridicamente imposto.

Nel conteso del gruppo societario, come ricostruito nei precedenti capitoli, il discorso si complica.

---

[353] Cass., Sez. V, 29.11.1990, Bordoni, in *Cass. pen.*, 1991, p. 828.
[354] Nel qual caso potrebbe residuare lo spazio per lôapplicazione del più mite delitto di bancarotta semplice, sempre che ne sussistano tutti i presupposti. Cfr. COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1031. O si potrebbe addirittura restare al di fuori del penalmente rilevante.
[355] Cass., Sez. V, 27.4.2000, Ragogna, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1622
[356] Cass., Sez. V, 10.3.1998, Nuti, in *Guida al dir.*, 1998, n. 16, p. 138
[357] V. Cass. Sez. V, 11.11.1999, Tassan Din, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 476.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

sottolineato già in precedenza[358], che le società che compongono il gruppo costituiscono, ciò nondimeno, entità giuridicamente autonome, con uno specifico oggetto sociale, e con un patrimonio *indipendente* posto a garanzia dei *propri* creditori. Grava, pertanto, sugli amministratori della singola aggregata (o sugli altri soggetti cui lôart. 223 l. fall. collega in astratto la qualifica determinante ai fini della dichiarazione della responsabilità penale per bancarotta impropria), lôobbligo di agire nellôinteresse dellôente gestito, nei limiti del rispetto delle aspettative creditorie. Così, fatte salve le operazioni distrattive riconducibili allo schema classico di cui allôart. 223, primo comma, l. fall. (che fa espresso rinvio alle condotte descritte dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta propria), emergono delle difficoltà di carattere interpretativo allorquando lôoperazione depauperativa realizzata dallôamministratore della società controllata (e poi fallita), connotata - almeno in apparenza - dai caratteri della distrazione, sia stata effettuata a vantaggio di unôaltra società del medesimo gruppo. Più precisamente, rigirando i termini della questione, vi è da domandarsi se il trasferimento di beni da una società ad unôaltra del gruppo o, più in generale, lo scambio infragruppo di prestazioni di rilevanza patrimoniale senza adeguato corrispettivo, sia riconducibile allo schema della bancarotta per distrazione allorquando lôente impoverito successivamente fallisca. E se sì, in che limiti.

La giurisprudenza, salvo qualche sporadico episodio[359], è tutta orientata per la tesi affermativa: in particolare, muovendo dal presupposto che il fenomeno dellôaggregazione societaria abbia natura meramente economica e non scalfisca il principio dellôautonoma personalità giuridica di ciascuna società, si afferma - quasi fosse una clausola di stile - che ñgli atti di distrazione patrimoniale privi di seria contropartita eseguiti dagli amministratori a favore di una società dello stesso gruppo realizzano il delitto di bancarotta per distrazioneò[360].

---

[358] V. in particolare Cap. II, § 1 e 2.

[359] Ci si riferisce alla già citata Cass. pen., 25.2.1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939, con nota di STELLA, in materia di conflitto di interessi; nonché alla più recente Cass. , Sez.V, 24.5. 2006, *ivi.*, 2007, p. 421, con nota di BENUSSI, che in un *obiter dictum* sembra ammettere la estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi prevista dallôart. 2634, terzo comma, c.c. anche in ambito fallimentare. Sul punto più nel dettaglio v. *infra*.

[360] Tra le più recenti: Cass., Sez. V, 04/12/2007, n. 4410, in *Fallimento*, 2008, p. 466; Cass., Sez. V, 08/11/2007, n. 7326, *ivi*, 2008, p. 845 ; Cass., Sez. V, 1.2.2000, Tonduti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 661; Cass., Sez. V, 6.10.1999, Tassan Din, cit., p. 478; Cass., Sez. V, 8.1.1996, Cozzi, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2234; Cass., 17.3.1995, Degli Antoni, *ivi*, 1997, p. 218; Cass., 17.3.1995, Degli Antoni, *ivi*, 1997, p. 218.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ato dalla Corte neppure a seguito delle riforme del 2002 e del 2003 in materia di diritto societario e connessa responsabilità penale: alla domanda se si possa addurre una carenza di tipicità qualora lôatto dispositivo in danno della società controllata, con corrispondente profitto per la società collegata o per il gruppo, sia avvenuto in presenza di vantaggi compensativi per la stessa danneggiata (poi fallita), i giudici hanno sinora risposto in senso negativo. Da un lato, adducendo che la ñdiversità degli interessi tutelati dalla legge penale fallimentare e dalla nuova disciplina dei reati societari, introdotta dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, impedisce che alla materia fallimentare possa applicarsi la norma prevista dallôart. 2634, terzo comma, c.c., secondo cui non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dallôappartenenza allo stesso gruppo societarioò[361]; dallôaltro, sostenendo che ñla bancarotta per distrazione prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario, unitamente apprezzato: una volta intervenuto il fallimento viene in evidenza la tutela dei creditori, poiché il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dellôautonomia soggettiva di ciascuna società facente parte del gruppoò[362]. Inoltre, ad avviso dei giudici, ñil termine óprofittoô usato allôinizio del comma considerato, non ha nessuna portata generale (é), ma è ancorato alle disposizioni che precedono il comma 3, perché si tratta di niente altro che di una delimitazione del concetto di profitto ingiusto ai sensi e per gli effetti dellôart. 2634 c.c.ò, mentre per il ñdelitto di bancarotta fraudolenta per distrazione (é) è richiesto il dolo generico, che consiste nella coscienza e volontà di mettere a rischio le garanzie patrimoniali poste a tutela dei creditori della società con le operazioni compiuteò[363].

Come emerge dai citati passi, le «chiusure» giurisprudenziali sul tema appaiono omogenee ed uniformi sia per quanto concerne gli arresti precedenti alle riforme che hanno introdotto nel codice civile gli artt. 2497 e ss. e 2634 c.c., sia in riferimento alle

---

[361] Così Cass., Sez. V, 5.6.2003, Longo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359 con nota di GIOVANARDI; nonché Cass., Sez. V, 24.4.2003, Tavecchia, cit.

[362] Cass., Sez. V, 24.4.2003, Tavecchia, cit.

[363] In questi termini Cass., Sez. V, 5.6.2003, Longo, cit. Siffatto orientamento di ñchiusuraò è seguito in dottrina da GIOVANARDI, *Sullôimpossibilità di estendere i ñvantaggi compensativiò ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1366 e ss.; BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, cit., p. 141; SCHIAVANO, *Riflessioni sullôinfedeltà patrimoniale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen.ec.*, 2004, p. 834; BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Il fisco*, 2004, p. 6630; RONCO-AMBROSETTI-MEZZETTI, *Diritto penale dellôimpresa*, Bologna, 2009, p. 179

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

terventi legislativi del 2002 e del 2003, infatti, la Corte argomentava sostanzialmente sulla valenza meramente economica del gruppo e sul principio di autonomia delle società che lo compongono, per cui le obbligazioni della singola non assumono carattere ñsubordinatoò rispetto al presunto interesse ñsuperioreò del gruppo, peraltro mai riconosciuto dalla giurisprudenza penale.

Dopo la novella, che a nostro avviso non ha fornito sufficienti spunti per sostenere il contrario[364], la Corte ha preso atto della rilevanza del fenomeno dellôaggregazione societaria riconosciuta dallôart. 2634 c.c. in materia di infedeltà patrimoniale, ma ha comunque negato, per le ragioni sopra accennate, la possibilità di estendere il principio in esso contenuto ai casi di bancarotta.

2. La rilevanza del gruppo nel giudizio sulla tipicità del fatto.

Come si è tentato di evidenziare nel precedente capitolo, la qualificazione della condotta dellôimprenditore o dellôamministratore di società in termini di «distrazione» rilevante ai sensi degli artt. 216, primo comma, n. 1 e 223, primo comma l. fall. dipende dallôattitudine lesiva dellôatto dispositivo rispetto allôinteresse dei creditori. Il giudizio di pericolosità dellôazione, a sua volta, deve essere ricostruito sulla base della situazione patrimoniale esistente al momento della sua realizzazione, e sulla contestuale analisi costi-benefici che la stessa può determinare in una visione prospettica e globale.

La distrazione è così esclusa quando, nonostante il bene sia stato apparentemente deviato dal suo scopo, nondimeno lôoperazione economica, valutata nel suo complesso ed in senso dinamico, possa determinare, o abbia determinato, un ritorno di utilità tale da mettere al riparo lôinteresse tutelato da possibili pregiudizi. In tal senso la condotta sarebbe atipica per carenza di offensività[365].

Non sembra che siffatto schema logico, ricostruito in riferimento alle condotte distrattive realizzate dallôimprenditore o dallôamministrazione di società che operi sul mercato *uti singula* possa considerarsi inadeguato se riportato alle dinamiche del gruppo. Al contrario, posto che lôoggettività giuridica, ovverosia la garanzia del credito, nei casi di bancarotta (propria e impropria) per distrazione ed in quelli di bancarotta «infragruppo» rimane pur sempre la medesima, e preso atto che lôazione tipica

[364] V. *supra*, Cap. II, § 1 e 2.
[365] PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 502 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

che può presentarsi nella realtà con diverse forme e modalità, non si vede perché il giudizio sulla rilevanza penale del fatto, a livello di fattispecie oggettiva necessariamente offensiva, debba effettuarsi sulla base di parametri diversi nei due casi: in altri termini, la dimensione illecita della distrazione effettuata allôinterno di un gruppo societario non diverge, nella forma e nella sostanza, da quella realizzata nel contesto della semplice impresa o della società che opera autonomamente: in entrambi i casi si distoglie un bene dalla sua finalità giuridicamente imposta, innescando così un pericolo per il soddisfacimento dei rispettivi creditori.

Tale affermazione trova, peraltro, conferma proprio nella irrilevanza giuridica del gruppo: gli artt. 2497 e ss. c.c., nonostante abbiano introdotto delle importantissime novità in materia di collegamento e controllo tra società, non sembrano aver riconosciuto autonomia giuridica al fenomeno del gruppo inteso nel suo insieme, come soggetto diverso ed ulteriore rispetto ai singoli enti che lo compongono. Tuttôaltro: i patrimoni delle singole monadi rimangono, *de iure condito*, indipendenti ed autonomi; gli amministratori delle aggregate sono destinatari di precisi obblighi nei confronti della società che gestiscono, dei soci che la compongono e dei creditori che con essa vengono in contatto; la sottoposizione alla direzione unitaria della *holding* non fa venir meno la responsabilità del *management* della singola per lôeventuale violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Così, lôavere il singolo amministratore agito nellôinteresse del gruppo ma in danno alla sua società (ai suoi soci, o ai suoi creditori), non lo esime da un eventuale giudizio di responsabilità, posto che la *holding* o le altre società sorelle operano nei suoi confronti come soggetti *terzi*, ancorché le varie componenti siano tutte legate sul piano economico o finanziario.

Ne deriva, come logica conseguenza, che lôatto apparentemente distrattivo - in quanto astrattamente riconducibile al tipo - realizzato dal gestore delle società figlia a vantaggio di una società sorella, o della società madre, o del gruppo nel suo insieme (scopo diverso da quello dovuto), ma allo stesso tempo lesivo dellôintegrità patrimoniale dellôente depauperato - perché sproporzionato, o effettuato senza un corrispettivo adeguato, o perché realizzato a titolo interamente gratuito ï e quindi pregiudizievole per i suoi creditori, ben può assumere rilevanza penale allorquando, successivamente, la società depauperata fallisca. La fattispecie di bancarotta in questo caso si perfezionerebbe anche dal punto di vista della necessaria offensività del fatto.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

posizione patrimoniale infragruppo, inizialmente dannosa per lôente erogante (e quindi per i suoi creditori) e finalizzata allôarricchimento di una diversa persona giuridica collegata (quindi apparentemente conforme al tipo descritto dallôart. 223, primo comma, l. fall.), determini o sia idonea a determinare, o sia comunque finalizzata ad un ritorno economico indiretto per lôemittente?

Su questo fronte lôinterdipendenza economica delle entità che formano il gruppo assume un ruolo fondamentale: se, come tentato di evidenziare nelle precedenti pagine, lôanalisi in ordine alla concreta offensività della condotta distrattiva non può prescindere da una valutazione complessiva della situazione economico-aziendale precedente e susseguente allôatto stesso, il discorso vale *a fortiori* allôinterno della fenomenologia dei gruppi, in cui lo spostamento di ricchezza o lôimpegno finanziario a carico di una società non può essere preso in esame in modo isolato o svincolato dal complesso delle relazioni economiche intercorrenti tra le varie compagini del raggruppamento[366]. Questo va, piuttosto, ricostruito ed analizzato travalicando la visuale del singolo episodio e, soprattutto, andando oltre lôimpatto immediato e diretto che la disposizione patrimoniale può avere sulla singola società erogante. Ai fini della qualificazione della condotta in termini di distrazione è, dunque, corretto tener conto delle ricadute di vario segno derivanti dallôinserimento nel gruppo: il depauperamento episodico sfuggirà alla categoria della distrazione in quanto trovi adeguata contropartita in utilità patrimonialemente tangibili assicurate dallôappartenenza al gruppo, oppure in quanto risulti bilanciato da apposite compensazioni, in modo da salvaguardare lôinteresse tutelato dalla norma incriminatrice[367].

Così, allôeventualità dello sfruttamento dellôuna società a vantaggio dellôaltra, della compressione delle potenzialità di sviluppo dellôuna per non pregiudicare la precaria situazione dellôaltra, del travaso di utili dallôuna allôaltra mediante la fissazione di prezzi o di tassi di interesse lontani da quelli di mercato, ecc., con il pregiudizio dei soci e dei creditori della singola società asservita, si contrappone la possibilità di un potenziamento finanziario, della razionalizzazione produttiva, del coordinamento

[366] Sul punto si vedano le osservazioni sempre attuali di PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*, cit., p. 826-827 il quale, a proposito della realtà del gruppo societario, afferma che ñlôepisodio singonolo viene a innestarsi in una continuità e polivalenza di rapporti che rende fuorviante una considerazione isolataò

[367] Cfr. COCCO, I confini tra condotte lecite, cit., p. 1028 e ss. ed in particolare 1033; MANGANO, Il gruppo di imprese ovvero dal conflitto di interessi alla bancarotta patrimoniale, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2000, p. 105; ID, Lôinfedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di società, ivi., 1989, p. 1016.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

i comuni, della collocazione dei prodotti. Detto più chiaramente: la scelta di uniformarsi a globali programmi di gruppo formulati dagli organi gestori della *holding* ed eseguiti di fatto dagli amministratori della controllata non comporta necessariamente la subordinazione di questa ad interessi ad essa totalmente esterni, con contestuale ed automatico sacrificio del diritto dei propri creditori, essendo talvolta gli obiettivi di gruppo perfettamente compatibili con gli interessi delle singole controllate, le quali non di rado dalla loro appartenenza al gruppo traggono benefici indiretti o vedono potenziate le loro possibilità operative[368].

Ma tanto non basta.

Il ritorno di utilità che la singola può potenzialmente conseguire a fronte della sua appartenenza al gruppo deve corrispondere ad un vantaggio ñqualificatoò: tralasciando per ora lôapsetto ñquantitativisticoò del beneficio economico[369], è bene soffermarsi sulla ñqualitàò dello stesso, sulla sua attitudine a mantenere preservata lôintegrità patrimoniale dellôente scarificato nella sua funzione di garanzia. Così, non tutti gli arricchimenti conseguiti dal gruppo nel suo insieme e di riflesso spalmati o spalmabili genericamente sulle singole assurgeranno ad elementi idonei ad escludere dela tipicità della distrazione, ma solo quelli che risultino economicamente tangibili, tali da ricompensare gli immediati effetti negativi dellôoperazione (benché, come si dirà, non rigidamente proporzionali al pregiudizio) e caratterizzati dalla precisa (eventualmente indiretta) destinazione alla ñsorellaò episodicamente pregiudicata e successivamente fallita[370]. Non basterà a tal fine la sussistenza di generici benefici discendenti dal mero legame di gruppo, tanto meno quando si volesse desumerli per implicito dal vantaggio ottenuto direttamente da unôaltra società affiliata; né richiedendosi, allo stesso scopo, unôidentità di piani economici di scambio[371].

Sulla base di queste premesse può, allora, affermarsi che unôoperazione che, inserita nel contesto dei rapporti infragruppo, racchiuda in sé, secondo una prognosi postuma, un bilanciamento tra vantaggi e svantaggi, ponendosi essenzialmente quale ñcostoò da

---

[368] La riflessione può rinvenirsi in COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1034; nonché nei fondamentali passaggi della famosa sentenza Caltagirone, Cass. civ., 26.2.1990, n. 1439, cit.
[369] Sul quale si rinvia al Cap. II, § 4.
[370] Cfr. *supra*, Cap. II, § 3 e 4.
[371] In tal senso anche SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di ditrazione e operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 l.fall. nelle operazioni intercompany*, in *Fall.*, 2000, p. 56-57. Si mostrano particolarmente sensibili sul tema Cass., Sez. V, 17/12/2008, n. 1137, in *Fall.*, 2009, p. 1352; Cass., Sez. V, 25/09/2008, n. 41293, *ivi*, 2009, p. 740.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

o) beneficio dalla ñcongregazioneò, non manifesta alcuna nota distrattiva o, se si vuole, ñdi sviamentoò rispetto alla garanzia dei creditori; tanto meno, si intuisce, quando a riprova della strategia economica il vantaggio venga effettivamente conseguito. Detto altrimenti: a mancare sarebbe la stessa condotta distrattiva tipica[372].

2.1 Segue. *Sulla non necessarietà dellôeffettivo conseguimento del vantaggio ai fini dellôesclusione della natura distrattiva della condotta.*

Rimane, a questo punto, da determinare quale sia il parametro alla stregua del quale valutare lôidoneità dellôoperazione inizialmente depauperativa ad assurgere o meno a condotta distrattiva. Anche in questo caso, come nelle ipotesi, affatto dissimili, di bancarotta fraudolenta per distrazione dellôimprenditore, giova ricorrere al criterio della *razionalità economica*. Ad escludere la ricorrenza della bancarotta impropria per distrazione infragruppo allora, si perverrà non solo estendendo lôorizzonte temporale del giudizio offensivistico fino a ricomprendervi il vantaggio successivamente verificatosi[373], ma in verità - sul piano logico e in chiave assorbente ï già ponendosi nel momento in cui lôatto dispositivo è compiuto, inferendo lôinesistenza dellôoffesa di pericolo per lôinteresse patrimoniale dei creditori dalla razionalità economica dellôoperazione effettuata[374]. Verifica, questôultima, da condursi alla stregua di un parametro modello, sulla base di una prognosi postuma a sua volta ispirata ad un criterio di ragionevolezza oggettiva che tenga conto della situazione aziendale concreta[375].

A fronte di una vendita sotto costo di beni aziendali da una società allôaltra del medesimo gruppo sarà sulla carta ipotizzabile, in astratto, una distrazione, data

[372] Così, per tutti, COCCO, *I confini tra condotte lecite*, p. 1033 e ss.; BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009; MANGANO, *Lôinfedeltà patrimoniale*, cit., p. 1009; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, cit., p. 3809 ss.; PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società*, cit., p. 826 e ss.
[373] A tale conclusione conduce quella lettura delle fattispecie di bancarotta in chiave offensivistica che richiede, per lôintegrazione del reato, la ñla persistenza degli effettiò concretamente pericolosi della condotta fino alla sentenza dichiarativa del fallimento, qualificata come condizione obiettiva di punibilità estrinseca. ñLa condizione obiettiva di punibilità non vale (invece) a richiamare in vita episodi la cui potenzialità offensiva sia ormai estintaò (PEDRAZZI, *I reati commessi dal fallito*, cit., 432 e ss. e 501 e ss.).
[374] Sul punto vedi da ultimo TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, in *La riforma dei reati fallimentari: un percorso tormentato*, Atti del Convegno di Teramo del 16 ottobre 2009, in corso di pubblicazione.
[375] Trattasi del criterio già proposto in sede civilistica da MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 710 e ss.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

di contropartite, e sempre che successivamente si dichiari il fallimento dellôente erogante. Ma lôinterprete non potrà limitarsi a prendere atto di tale attitudine della condotta genericamente intesa, dovendo invero domandarsi la ragione sottostante allôoperazione medesima e le conseguenze postive e negative, attuali o prossime, che questa può arrecare al patrimonio sociale, tenendo sempre a mente il contesto ñallargatoò nel quale lôamministratore ha adottato la sua scelta. Quando risulti che la disposizione patrimoniale sia stata promossa nella previsione logica e coerente di un ritorno indiretto di utilità, sulla base di criteri econicamente ragionevoli e giustificati, tenuto conto della situazione sussistente al momento della condotta (quindi in una prospettiva *ex ante*), lôeventuale sopravvenienza dello stato di insolvenza, o di dissesto, al quale faccia seguito la dichiarazione di fallimento non basterà ad attribuire a quella vendita sottocosto il carattere di distrazione penalmente rilevante[376]. Ciò in quanto la ponderatezza obiettiva dellôatto, o meglio la previsione fondata di un possibile introito a seguito e per mezzo dello stesso, risulta logicamente incompatibile con il pericolo concreto che deve, invece, caratterizzare *ab origine* la condotta perché questa possa costituire reato.

In breve: lôi*nidoneità lesiva* della condotta rispetto allôinteresse dei creditori della singola aggregata deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta rispetto ad una politica generale ed economica di gruppo di medio e lungo termine da cui ragionevolmente possa derivare un vantaggio alla singola società anche su piani economici differenti, in tempi diversi, e secondo un parametro non rigidamente proporzionale né necessariamente quantitativo. Il vantaggio compensativo dovrà essere ricavato mediante un giudizio *ex ante* di ragionevolezza, giudizio volto ad accertare la ragionevole probabilità di un ristoro anche futuro, anche su un diverso piano economico ed anche non rigidamente proporzionale al pregiudizio subito[377].

In questôordine di idee si può, allora, concludere che non sia necessario, ai fini della esclusione della tipicità del fatto, che il ritorno economico ragionevolmente pronosticato sia successivamente conseguito; invero, ad incidere sulla concreta idoneità offensiva dellôatto, azzerandola, basterebbero la logicità e suffragabilità, in termini economico-aziendali, della decisione dellôamministratore rispetto al possibile

[376] Cfr. COCCO, *Fallimento*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO e PALIERO, Padova, 2008, p. 1006; NAPOLEONI, *Geometrie parallele*, cit., p. 3810.
[377] Così COCCO, *I confini tra condotte lecite*, cit., p. 1037.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

stosi, ossia dellôindiretto e mediato arricchimento della sua società.

3. Dinamiche infragruppo e tipicità soggettiva della bancarotta: unôulteriore conferma dellôatipicità della condotta dal punto di vista della sua direzione finalistica.

Anche a voler prescindere da una lettura attenta allôeffettiva lesività del fatto o meglio, anche a non ammettere che la ragionevolezza dellôatto dispositivo incida sullôelemento oggettivo del reato, ovvero sullôoffensività dello stesso, la natura distrattiva del trasferimento patrimoniale infragruppo può naturalmente escludersi allorquando emerga che la finalità che muove lôagente non sia, invero, indirizzata a pregiudicare i creditori sociali. Rigirando i termini del discorso: la constatazione per cui il trasferimento infragruppo sia determinato dalla *volontà* di conseguire un vantaggio *ragionevolmente prevedibile* per lôente disponente, incide negativamente sul momento soggettivo della tipicità, cioè quello della calcolata e deliberata direzione dellôatto al pregiudizio ai creditori.

Se ci si accorda sulle premesse, ossia sulla rilevanza dellôelemento volontaristico che qualifica lôazione indirizzando la stessa anche sul piano obiettivo[378], allora, ai fini dellôesclusione della tipicità della distrazione nelle operazioni patrimoniali e finanziarie infragruppo, assume rilievo dirimente anche lôanalisi dellôanimus dellôagente. Si pensi al seguente schema:

D = S (OP)

V Ÿ non OP

V^2 Ÿ non S

Quindi <u>V o V^2 Ÿ non D</u>

[378] Ci si riferisce alla ricostruzione della bancarotta fraudolenta per ditrazione come ñfattispecie soggettivamente pregnanteò (cfr. BRICOLA, Dolus in re ipsa, cit., p. 163); ovvero al ruolo ñtipizzanteò che in siffatta ipotesi assume lôelemento soggettivo (cfr. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 56 e ss.). V. *supra*, Cap. III, § 4.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

te rilevante;

S = direzione *Soggettiva* della condotta verso lo scopo illecito;

OP = idoneità *Oggettiva* della condotta rispetto alla lesione del bene, ovvero *Pericolo concreto* per il bene tutelato

V = Vantaggio *conseguito*;

V^2 = Vantaggio *ragionevolmente prevedibile*.

La condotta distrattiva D assumerebbe rilevanza penale solo se gli elementi ñOPò ed ñSò portassero il segno positivo, solo cioè in presenza di unôazione obiettivamente idonea e volontaristicamente diretta alla lesione del bene tutelato.

Il conseguimento effettivo di un vantaggio economico o patrimoniale (V) a seguito di un atto dispositivo infragruppo apparentemente dannoso per lôerogante incide, dunque, sullôelemento OP nel senso di azzerare lôidoneità lesiva della condotta (V Ÿ non O) e quindi sullôoffesa (P).

Allo stesso modo, nellôipotesi in cui lôazione sia effettivamente idonea a porre in pericolo il bene giuridico protetto perché, per ragioni varie, il vantaggio non viene conseguito (se OP portasse, cioè, il segno positivo mancando V), oppure perché si sceglie di non dare rilevanza al mero vantaggio ragionevolmente prevedibile (V^2) nel giudizio sulla obiettiva attitudine lesiva dellôatto (OP), rimarrebbe, nondimeno, da indagare sullôaltro elemento costitutivo della condotta D, cioè la sua direzione finalistica (S). Questa sarà da escludersi ogni qual volta lôagente abbia posto in essere lôatto dispositivo (anche obiettivamente idoneo e pericoloso) in vista ed in ragione di un futuro ritorno di utilità ad esso collegato anche in via indiretta, sempre che tale analisi prospettica risulti economicamente ragionevole (V^2). Questa particolare finalità inciderebbe negativamente sul presupposto soggettivo della condotta (S), e quindi sulla sua tipicità (V^2 Ÿ non S, *rectius*: V^2 Ÿ non D).

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

sola dei vantaggi compensativi prevista dallôart. 2634, terzo comma, c.c. ai reati fallimentari: un problema solo apparente.

Alla luce dellôanalisi sinora svolta, tesa ad evidenziare la necessarietà di una lettura della bancarotta fraudolenta per distrazione in chiave «offensivistica», e che tenga conto altresì del fondamentale ruolo dellôelemento volontaristico nella ricostruzione della tipicità del fatto, la *querelle* sorta tra la dottrina e la giurisprudenza a seguito dellôintroduzione degli artt. 2497 e ss. e soprattutto dellôart. 2634, terzo comma, c.c., sulla estensibilità o meno della teoria del vantaggio compensativo ai reati fallimentari sembra, invero, celare un falso problema.

Doveroso sul punto un chiarimento: lo schema del vantaggio compensativo, così come descritto dalle norme del codice civile sia in materia societaria che penale, prima ancora che un principio giuridico formalizzato in una o più norme, costituisce innanzi tutto un meccanismo di conteggio economico, unôoperazione di stima, un criterio di calcolo costi-benefici utilizzabile *regolarmente* dallôimprenditore, o dallôamministratore, o da chiunque sia preposto a compiere le scelte di indirizzo allôinterno dellôimpresa o della società, per valutare lôopportunità di determinate decisioni gestionali.

La valutazione prognostica in ordine alla economicità o meno della vendita di un bene, o dellôerogazione di un finanziamento, o della concessione di una fideiussione, effettuati a favore di una società collegata o della *holding*, in assenza di un adeguato corrispettivo, è considerazione che il buon operatore economico, nellôambito della libera e lecita attività dôimpresa, quotidianamente effettua in virtù della discrezionalità di cui gode nella gestione dellôazienda e, soprattutto, a fronte del fatto stesso dellôappartenenza al gruppo.

La circostanza per cui il legislatore abbia voluto codificare un principio già valevole di fatto sul piano economico-aziendale quale criterio generale e condiviso di valutazione della ñeffettivaò dannosità di certe operazioni infragruppo, se da un lato conferma la razionalità e la opportunità del criterio stesso, dallôaltro nulla aggiunge e nulla toglie, sul piano strutturale, rispetto al giudizio di tipicità delle condotte eventualmente distrattive: giudizio che si pone quale ineludibile antecedente logico. In altri termini, lôaccoglimento della ricostruzione in chiave ñoffensivisticaò della

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

a, integrata dalla necessaria analisi sulla tipicità soggettiva del reato, rende in qualche modo inutile e superfluo il richiamo allôart. 2634, terzo comma, c.c. accolto nel suo significato «formalistico».

In questôordine di idee la disputa in materia costituisce, invero, un problema solo apparente.

Ma anche a non voler accogliere siffatte argomentazioni di carattere sostanziale, non sembrano affatto persuasive le ricostruzioni, soprattutto di matrice giurisprudenziale che, negando qualsiasi rilievo al fenomeno del gruppo societario in materia fallimentare, considerano il principio formalizzato allôart. 2634, terzo comma, c.c. strettamente connesso ed operativo solo in riferimento allôinfedeltà patrimoniale.

La Cassazione, come già ribadito[379], pone lôaccento, in particolare, sullôeterogeneità strutturale e teleologica delle due fattispecie incriminatrici: lôart. 2634 c.c. sarebbe posto a tutela dei soci rispetto ad atti dispositivi di amministratori infedeli produttivi di danno, sicché ñla limitazione del concetto di ingiusto profitto quando vi sia compensazione del danno appare plausibileò; lôart. 223, primo comma, l.fall. proteggerebbe i creditori rispetto a condotte che espongono le loro ragioni a semplice pericolo[380].

Ebbene, salvo dubitare della correttezza logica, ancor prima che giuridica, di una così netta distinzione tra tutela del patrimonio sociale e tutela del credito (posto che, come più volte sottolineato, lôuno costituisce la base reale del soddisfacimento dellôaltro), non convince il richiamo alla logica distintiva tra fattispecie di pericolo e di danno in chiave di limitazione del meccanismo di compensazione alle seconde: se la compensazione vale per il danno non si vede come non possa valere per il pericolo, essendo innegabile che il più comprende il meno[381].

Inoltre, sempre volendo soprassedere sulla lettura proposta (che riconduce il giudizio di tipicità del fatto ad unôanalisi della condotta in chiave offensivistica e finalistica prescindendo, quindi, dalla necessità di esportare il principio contenuto allôart. 2634, terzo comma, c.c., utilizzabile al più come criterio *ad abundantiam*), sono diversi i profili di incongruenza di tipo logico-sistematico conseguenti allôaffermazione

[379] V. *supra*, in questo capitolo, § 1.
[380] Per tutte, Cass., 5-6-2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359, con nota adesiva di GIOVANARDI.
[381] Così MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 363-364, il quale evidenzia anche lôimproprietà del riferimento della pronuncia al fenomeno di compensazione del danno.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

esimenteò sul terreno della bancarotta fraudolenta impropria per distrazione.

Un medesimo fatto, infatti, potrebbe risultare lecito nellôambito della vita societaria e illecito a seguito della declaratoria di fallimento, a prescindere da qualsiasi possibilità di controllo da parte del soggetto sulla verificazione di tale evento[382]; lo stesso atto dispositivo produttivo di danno potrebbe risultare lecito in sede civile, in quanto coperto dalla logica compensativa ai sensi dellô art. 2497 c.c. ed illecito in sede penale, di modo che alla contraddittorietà di fondo di un tale scenario si aggiungerebbe il rovesciamento del principio di *extrema ratio*[383]; inoltre, lôeffetto *lato sensu* esimente della clausola in esame dovrebbe valere per un atto dispositivo in conflitto dôinteressi determinante un danno per il patrimonio sociale e non per un atto dispositivo determinante solo un pericolo per lôinteresse patrimoniale dei creditori[384].

Va sottolineato, peraltro, che la valutazione ontologicamente unitaria dellôatto dispositivo (infedele e distrattivo), da un lato, non è ostacolata dalla diversità di oggettività giuridiche specificamente tutelate dalle due fattispecie penali, posto che la protezione del patrimonio dei creditori è inscindibile da quella del patrimonio della società; dallôaltro, è sorretta dallôosservazione per cui è difficile immaginare un atto dispositivo infedele ai sensi dellôart. 2634 c.c. che non sia al contempo distrattivo[385].

Invero, nonostante lôatteggiamento di chiusura della giurisprudenza[386], e le posizioni rigoristiche di una parte della dottrina[387], non sembrano sussistere motivi ostativi per ammettere la portata generale del principio codificato allôart. 2634, terzo comma, c.c. e del suo «*alter ego* civilistico» formalizzato allôart. 2497 c.c.

La codificazione della tecnica del vantaggio compensativo, utilizzata come criterio di calcolo (anche se non rigorosamente aritmetico) per qualificare una certa

---

[382] MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 363.
[383] AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di ROSSI, *I grandi temi*, Torino, 2005, p. 426.
[384] TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive*, cit., p. 5 e 6.
[385] TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive*, cit., p. 6
[386] Vedi, da ultima, Cass. pen. Sez. V Sent., 15.7.2008, n. 39546, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1011 secondo cui il trasferimento di risorse infragruppo integra gli estremi della bancarotta fraudolenta in quanto ñl'operazione di passaggio di beni tra società collegate, specialmente se in favore di un'impresa già in difficoltà economiche, deve essere qualificata come vera e propria distrazione ex art. 216 l.fall.ò.
[387] Tra gli altri, GIOVANARDI, Sullôimpossibilità di estendere i vantaggi compensativi, cit., p. 1366 e ss.; BRICCHETTI-TARGETTI, Bancarotta e reati societari, cit., p. 141; SCHIAVANO, Riflessioni sullôinfedeltà patrimoniale societaria, cit., p. 834; BERSANI, *Operazioni infragruppo*, cit., p. 6630; MEZZETTI, *Lôinfedeltà patrimoniale*, cit., p. 193; RONCO-AMBROSETTI-MEZZETTI, *Diritto penale dellôimpresa*, cit., p. 179.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

osa o meno rispetto alla società che la subisce, costituisce, in termini generali, la prova della presa dôatto da parte del legislatore (civile e penale) del fenomeno del gruppo societario, del suo riconoscimento normativo, e del conseguente (e dovuto) adeguamento del criterio di giudizio di illiceità di certe condotte, alla realtà economica dellôaggregazione stessa.

Sarebbe sicuramente tacciabile di incoerenza e di illogicità una politica legislativa che da un lato, riconosca la legittimità del nuovo *modus essendi* delle grandi imprese (appunto quello fondato sul controllo o sul collegamento societario) e, dallôaltro, tagli le ali alle stesse impedendogli di sfruttare al meglio e fino in fondo il loro connesso e tipico *modus operandi*. Delle due lôuna: o si attribuisce legittimazione al gruppo dôimprese rispetto a tutte le modalità con cui queste possono liberamente agire sul mercato, lasciando, quindi, che i singoli enti e la *holding* sfruttino tutti i vantaggi, anche e soprattutto di carattere economico-aziendale, che tale modello operativo gli offre (e ciò anche e soprattutto durante la crisi dellôimpresa); oppure si nega *tout court* la valenza del fenomeno del raggruppamento, sia in materia prettamente societaria (fase fisiologica dellôimpresa) che fallimentare (fase patologica dellôimpresa).

*4.1.*Segue. *La Cassazione ad una «svolta»: la sentenza del 24.5.06 n. 36764.*

Non può a questo punto non darsi rilievo, sul tema che ci occupa, ad un importante arresto della Cassazione chiamata di recente a pronunciarsi sulla ammissibilità del giudizio fondato sulla logica compensativa in materia fallimentare.

La quinta sezione, con la sentenza n. 3674 del 2006[388] ha, infatti, riconosciuto in astratto la possibile operatività del meccanismo tipicizzato dallôart. 2634, terzo comma, c.c. allo schema della bancarotta fraudolenta infragruppo per distrazione.

[388] Pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006 con nota di BENUSSI ed in parte confermata dalla più recente Cass., Sez. V, 25.9.2008, n. 41293, in *Fall*., 2009, p. 740 in cui si afferma che ñnon è sufficiente, al fine di escludere la riconducibilità di un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo ai fatti di distrazione o dissipazione incriminabili, la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della fallita risultino non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta, in guisa tale da non renderla capace d'incidere sulle ragioni dei creditori della società fallitaò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

sentenze dôavviso contrario ï a parte le richiamate, e spesso collegate, argomentazioni concernenti lôinapplicabilità del terzo comma dellôart. 2634 c.c. - può essere identificato con lôaffermata incompatibilità tra la tesi dei vantaggi compensativi e il principio dellôautonomia patrimoniale delle società[389].

Eô stato già chiarito, del resto, che lôassunto giurisprudenziale risulta in concreto conferente solo nellôipotesi in cui si intenda attribuire rilievo, quali destinatari del vantaggio compensativo, a società del gruppo diverse da quella pregiudicata (ad esempio, la controllante); o comunque, quale vantaggio pur destinato a questôultima, a benefici non tangibili sotto il profilo patrimoniale o, in ogni caso, irrisori. In altri termini: se vi è accordo sullôindividuazione del destinatario della contropartita (*id est*, anche in via indiretta, la società pregiudicata) e sulla natura di essa (*id est*: economicamente valutabile e, comunque, di una consistenza nelle previsioni ñsatisfattoriaò, quantunque non determinante un aritmetico pareggio), il principio dellôautonomia patrimoniale non può costituire un elemento di incompatibilità[390].

I tratti essenziali del ragionamento possono cogliersi nella citata sentenza-ñsvoltaò del 2006 in cui si stabilisce, dapprima, che i benefici di ritorno ñconnessi ad un vantaggio complessivo del gruppoò debbano essere idonei ña compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dellôoperazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace dôincidere (perlomeno nella ragionevole previsione dellôagente) sulle ragioni dei creditori della societàò[391]; e, successivamente, dopo aver invocato il rispetto del principio dellôautonomia patrimoniale, che ñil pregiudizio arrecato alla singola società non può (é) ritenersi ócompensatoô nellôambito di una vicenda concorsuale da un vantaggio di altra società del gruppo, neppure se si tratta della controllante, giacché può riconoscersi valore compensativo solo al vantaggio che refluisca sulla società cui afferisce lôatto dispositivoò e che ñnon può (é) sostenersi (é) che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile lôesistenza dei suddetti benefici compensativiò.

---

[389] V., tra quelle più recenti, Cass. , Sez.V, 27.5.2003, n.2324, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 750, con nota di Lemme; Cass., Sez. V, 22.10.2008, n. 39546, in *Il Fall.*, 2009, con nota di Sandrelli; Cass., Sez.V, 5-6-2003, in *Cass. pen.*, 2005, 1359, con nota adesiva di Giovanardi; Cass., sez V, 9-3-1999, n.4424, in *Cass. pen.*, 3445; Cass., Sez.V, 29-01-1008, in *Giur. comm.*, 2008, 764, con nota di Codazzi.
[390] Così TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive*, cit., p. 6.
[391] Lôassunto è ribadito nella più recente Cass., Sez.V, 25-9-08, n. 41293, cit.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

orte, pur non negando le diversità strutturali tra infedeltà patrimoniale e bancarotta fraudolenta per distrazione, riconosce che la clausola di esonero di cui allôart. 2634, terzo comma, c.c. ñ*conferisce valenza ónormativaô a principi già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività della condotta tanto gravemente sanzionata dalle norme fallimentari*ò.

Eô questo il passaggio che, a nostro avviso, attribuisce alla sentenza un valore ñdirompenteò: per la prima volta i giudici sembrano prendere atto di come, in ipotesi come quella presa in disamina, ciò che manca sia la stessa distrazione, *indipendentemente* dallôapplicazione della clausola prevista dallôart. 2634, terzo comma, c.c., additata quale espressione normativa di principi *immanenti al sistema*.

5. *Verso la «codificazione» della teoria dei vantaggi compensativi in ambito fallimentare: dai lavori della Commissione Trevisanato al Disegno di legge n. 1741 del 2008.*

Nel particolare contesto che col presente lavoro si è cercato di descrivere, nonostante il tentativo di dare una chiave di lettura della bancarotta fraudolenta nei gruppi di società che tenga conto del reale significato dellôoperazione distrattiva nel suo contenuto offensivistico e finalistico, rimane, comunque, auspicabile lôintroduzione di una norma che attribuisca espressamente rilievo, anche in materia fallimentare, al meccanismo ñesimenteò previsto dallôart. 2634, terzo comma, c.c. Ciò al fine di estirpare una volta per tutte quelle incertezze e quei dubbi, soprattutto in capo a chi è chiamato ad applicare il diritto quotidianamente, in ordine al reale significato che sul piano economico e giuridico ha ormai (innegabilmente) assunto il fenomeno del gruppo societario.

Alcuni, sfruttando lôopportunità offerta dalla riforma del diritto penale fallimentare, hanno avanzato la richiesta di una specifica disposizione riferita ai reati fallimentari[392], che detti una disciplina che consenta di valorizzare il peculiare quadro di riferimento in cui opera la società, anche in un contesto in cui, stante lôintervenuto dissesto della

[392] Ci si riferisce, ad esempio, alla proposta di BELLI, *Bancarotta fraudolenta*, cit., p. 298.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

corretto esercizio della direzione e coordinamento non può che essere compiuta *ex ante* e con estrema prudenza[393].

Invero, nella difficoltà di individuare soluzioni concretamente praticabili in relazione a reati che investono interessi di natura parapubblicistica ed indisponibile, in considerazione della loro incidenza sullôesistenza dellôente, sarebbero comunque auspicabili interventi tesi a formalizzare unôadeguata tutela dei creditori sociali, senza peraltro trascurare la peculiare situazione della società in dissesto che si inserisca in un gruppo societario.

Sicuramente importante, ma non certo dirimente, almeno dal punto di vista del penalista, la disciplina dettata in materia civilistica dagli artt. 2497 e ss. c.c., in base alla quale i soci ed i creditori danneggiati dallôabuso di direzione unitaria possono agire direttamente nei confronti della *holding*: il diritto al risarcimento a questi riconosciuto, infatti, si limita alla ñlesione cagionata allôintegrità del patrimonio della societàò dallôesercizio dellôattività di direzione e coordinamento e postula ï in luogo della semplice allegazione del titolo creditorio ï lôardua prova del rapporto causale tra lôingerenza gestionale della *holding* ed il danno riscontrato che si assume abbia concorso a cagionare il dissesto.

Di qui la conferma circa lôesigenza di ricercare nella normativa del diritto fallimentare (penale e sostanziale) la traccia di una disciplina del gruppo nelle fasi di patologia, ovvero di individuare possibili forme di composizione dei contrastanti interessi delle società che ne fanno parte.

La delicatezza del problema, la particolare sensibilità della materia e soprattutto lôesigenza di rinnovamento del settore fallimentare rispetto allôevoluzione di cui il mondo imprenditoriale nel corso degli anni si è reso protagonista, sono confermati dal moltiplicarsi delle iniziative legislative orientate in tal senso: negli ultimi anni, infatti, sono stati presentati diversi progetti di riforma della disciplina[394].

---

[393] Si vedano sul punto le considerazioni di SCAROINA, Societas delinquere potest, cit., p. 73-74.

[394] In particolare ci si riferisce alla proposta di legge di iniziativa dei deputati Fassino ed altri, n. 970 del 21.6.2001, recante ñDelega al Governo per la riforma delle procedure della crisi di impresaò; allôistituzione, con decreto 28.11.2001, della Commissione presieduta dallôAvv. S. Trevisanato con il compito di ñelaborare principi direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo allôemanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessiò; alla proposta di legge n. 2342 del 14.2.2002, recante ñModifiche alle disposizioni penali in materia fallimentareò di iniziativa dei deputati Cola ed altri; al disegno di legge n. 1243 approvato dal Consiglio dei Ministri del 1.3.2002, avente ad oggetto ñmodifiche urgenti al Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267, recante disciplina di fallimentoò; nonché, ancora, alle soluzioni proposte dalla Commissione

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

are è oggi parzialmente regolata dal D.L. n. 35 del 14.3.2005, convertito dalla legge n. 80 del 14.5.2005, recante, tra lôaltro, la delega al Governo per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali[395]; delega recepita dal successivo d.lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006, ulteriormente modificato ed integrato dal d.lgs. n. 169 del 12 settembre 2007. Il riassetto della materia penale è stato, invece, rinviato a darta da destinarsi[396].

Tuttavia, per veder confermata a livello normativo (anche se nella sua forma embrionale di progetto di legge) la natura di *principio generale* della teoria dei vantaggi compensativi, e per vederla, quindi, applicata anche in ambito fallimentare, si dovrà attendere il 2008, anno in cui viene presentato alla Camera, precisamente il 2 ottobre, il disegno di legge Delega al Governo ñper il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendaliò, testo tuttora in corso di esame alle Commissioni riunite Giustizia e Attività produttive, in sede referente[397].

Come si accennava pocôanzi, prima di tale progetto di iniziativa governativa, i lavori erano stati affidati alla Commissione Trevisanato[398], il cui articolato normativo, a dispetto delle previsioni per il tema che qui ci occupa, nulla aggiungeva né risolveva in ordine al problema della crisi aziendale nellôambito delle aggregazioni societarie.

In particolare, lôart. 15, espressamente dedicato alla disciplina della *crisi ed insolvenza nei gruppi*, richiamava *in toto*, sia per lôindivuduazione delle imprese del gruppo, sia per la disciplina della responsabilità degli amministratori della controllante per abuso di direzione unitaria, le previsioni della legge sullôamministrazione

---

presieduta dal Dott. C. Nordico, istituita il 23.11.2001, ed incaricata della riforma del codice penale, ed in particolare dal sottogruppo coordinato dal Prof. A. Fiorella. E da ultimo, al disengo di legge n. 1741 presentato il 2.10.2008 dal Ministro dello Sviluppo Economico Scajola, recante ñDelega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendaliò.

[395] In particolare lôart. 1, quinto e sesto comma, della legge delega (n. 80 del 2005), dettavano i principi e le direttive cui il legislatore delegato avrebbe dovuto ispirarsi nella redazione della riforma organica delle procedure concorsuali. In tale contesto non vi era alcun riferimento alle norme penali contenute nella legge fallimentare.

[396] La disciplina penale del fallimento elaborata dalla Commissione Trevisanato era stata recepita nel disegno di legge n. 5827 approvato al Senato il 4.5.2005 ed è stata successivamente stralciata nel documento finale a seguito dellôaccesa discussione registratasi alla Camera in merito ai limiti edittali delle sanzioni in essa previste.

[397] Il testo e lo stato dei lavori sono reperibili in www.senato.it

[398] Insediatasi il 20.1.2001, ha concluso i lavori nel giugno 2004, presentando due testi alternativi di progetto di legge-delega per la revisione della materia, accompagnati da due distinte relazioni e da una Relazione generale.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

crisi (d.lgs. n. 270 del 1999)[399]. Sul piano penale, invece, lôart. 16, nel delineare in termini di sostanziale continuità con la normativa vigente i nuovi reati fallimentari, non compieva alcun esplicito riferimento al fenomeno del gruppo, né manifestava alcuna attenzione per meccanismi di esonero dalla responsabilità sulla falsariga di quelli descritti dallôart. 2634, terzo comma, c.c., limitandosi, nella disciplina della bancarotta fraudolenta propria e impropria, a recepire una definizione di tipo ñfunzionaleò anzichè formale dei soggetti attivi del reato[400].

Solo col citato disegno di legge n. 1741 del 2008 il legislatore sembra finalmente prendere atto della problematica già evidenziata a più riprese dalla dottrina più accorta ed emersa in tutta la sua evidenza e criticità nelle aule giudiziarie.

---

[399] Art. 15 (*Crisi e insolvenza nei gruppi*): ñLa disciplina dellôinsolvenza nei gruppi di imprese è volta a garantire il coordinamento dei procedimenti e a tendere allôuniformità del trattamento dei creditori nellôambito del gruppo. A tal fine è regolata dai seguenti criteri direttivi: a) individuare il gruppo di imprese e le imprese appartenenti al gruppo secondo le disposizioni previste dallôart.80 lett. b) del decreto legislativo 8 luglio 1999, n.270, applicabile anche a soggetti non societari; b) prevedere, in caso di dichiarazione dellôinsolvenza o di accesso alla procedura di composizione concordata della crisi anche del soggetto che esercita la direzione e il coordinamento, la competenza del tribunale del capoluogo di provincia ove ha sede il predetto soggetto e la preposizione alle procedure degli stessi organi gestori e di controllo, nonché la possibile integrazione del consiglio dei creditori, salva lôautonomia delle singole masse attive e passive; c) stabilire regole di coordinamento fra le singole procedure in caso di dichiarazione dellôinsolvenza o di accesso alla procedura di composizione concordata della crisi di due o più imprese appartenenti al gruppo; d)disciplinare, anche in deroga al codice civile, la responsabilità del soggetto cui fa capo lôattività di direzione e coordinamento, nonché dei suoi amministratori ed organi di controllo, per abuso di direzione unitaria e per abuso della personalità giuridica delle società appartenenti al gruppo in conformità alle discipline previste nellôart.90 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n.270 e nellôart. 2497 del codice civileò.

[400] Lôart. 16 così recita: (*Disposizioni penali*). ñLa disciplina degli illeciti penali nelle materie di cui alla presente legge si ispira ai seguenti criteri direttivi: 1. prevedere i seguenti delitti: a) *bancarotta fraudolenta patrimoniale dellôimprenditore individuale*, consistente in condotte contemporanee allo stato di insolvenza o al concreto pericolo del medesimo, se segue il relativo provvedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale, ovvero successive a detto provvedimento, di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione del patrimonio che, a norma delle leggi civili, è destinato al soddisfacimento dei creditori; ovvero in condotte di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti finalizzate ad arrecare pregiudizio ai creditori; ovvero in condotte di causazione intenzionale del dissesto, se segue il relativo provvedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale; (é) 5. prevedere il delitto di *bancarotta fraudolenta impropria e di società, enti, imprenditori collettivi*: consistente nei fatti di cui al comma 1 commessi dallôinstitore, nonché da chi svolge funzioni di gestione, direzione, controllo o liquidazione di società o imprenditori collettivi o enti dichiarati insolventi ovvero in condotte di abuso dei relativi poteri o di violazione dei relativi doveri le quali ne hanno cagionato il dissesto ovvero nei fatti di cui agli articoli 2621, 2622, 2623, 2624, 2638 del codice civile, contemporanei allôinsolvenza o al concreto persistente pericolo dellôinsolvenza, se segue il relativo provvedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale; 6. prevedere il delitto di *bancarotta semplice impropria e di società, enti, imprenditori collettivi*: consistente nei fatti di cui al comma 2 commessi dallôinstitore, nonché da chi svolge funzioni di gestione, direzione, controllo o di liquidazione di società o imprenditori collettivi o enti dichiarati insolventi ovvero in condotte che ne hanno cagionato o aggravato il dissesto con colpa per inosservanza di specifici obblighi imposti dalla legge, se segue il relativo provvedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale; (é .)ò.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

l delitto di *bancarotta fraudolenta patrimoniale propria* (art. 4, lett. *a)*, n. 1), viene descritta una volta per tutte ed in termini chiari e precisi la condotta dellôimprenditore individuale che ñ*contemporaneamente* allo stato di insolvenza, o *al concreto pericolo* del medesimo, distrae, occulta, dissimula, distrugge o dissipa il patrimonio che, *a norma delle leggi civili, è destinato al soddisfacimento dei creditori*, ovvero espone o riconosce passività inesistenti finalizzate ad arrecare pregiudizio ai creditori; (é) o *cagiona intenzionalmente il dissesto*ò[401].

Viene, altresì, integrata la descrizione della *bancarotta fraudolenta impropria* (art. 4, lett. *d)*, nn. 1 e 2) ravvisandola ñnei fatti di cui alla lett. a)ò commessi da diversi soggetti qualificati, che svolgano anche di fatto le proprie funzioni; ed in ñulteriori condotte commesse mediante *abuso dei poteri o violazione dei doveri* relativi alla carica rivestia da parte dei soggetti di cui al n. 1)ò, ovvero mediante il compimento di altri reati societari che abbiano cagionato, aggravato od occultato il dissesto della società[402].

Alla lettera *p)* dellôart. 4 del disengo di legge, e questo è sicuramente il passaggio più importante del testo, quantomeno ai fini del presente lavoro, si chiede di ñ*prevedere che agli effetti della legge penale, non è ingiusto il vantaggio dellôimpresa collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dallôappartenenza al gruppo*ò.

[401] Chiara in questo senso la volontà del legislatore di recepire, da un lato, la tesi patrimonialistica del bene giuridico, ravvisando nellôinteresse dei creditori il reale terminale dôoffesa del delitto di bancarotta; e dallôaltro, la volontà di delimitare la zona penale di rischio alla sopravvenienza prossima dello stato di insolvenza.

[402] Lôallargamento dei soggetti qualificati ed richiamo alle condotte di abuso viene sostanzialmente ripreso dalla proposta della Commissione Trevisanato che, a proposito della bancarotta fraudolenta impropria menzionava, quali soggetti attivi del reato, ñlôinstitore, nonché (é) chi svolge funzioni di gestione, direzione, controllo o liquidazione di società o imprenditori collettivi o enti dichiarati insolventiò; e puniva, altresì, le condotte di ñabuso dei relativi poteri o di violazione dei relativi doveriò da cui derivasse il fallimento della società.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

IOGRAFIA

AA.VV., *Lôamministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, a cura di COSTA, Torino, 2008

AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma ñorganicaò al decreto ñcorrettivoò*, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2008

AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di BUONOCORE, Torino, 2007

ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AAVV., *I gruppi di società*, a cura di PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982

ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 618

ABRIANI, *Riforma societaria e nuovo diritto penale commerciale*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2003, p. 231

ACCINNI, *La responsabilità penale degli amministratori nel gruppo di società*, in *Le Società*, 1992, p. 162

ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1016.

ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AAVV., *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, 165

ALDOVRANDI, *Commento allôart. 2634 c.c.*, in AAVV., *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2007, 179

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ioni generali sulla riforma*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs. 11 aprile 2002 n. 61*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 13

ALESSANDRI, *Attività dôimpresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 563

ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1002

ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 33

ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi dôimpresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 111

ALESSANDRI, *voce Impresa (Responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, p. 193

ALESSI, *Lôamministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000

ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938

AMBROSINI, *Il fallimento*, Padova, 2009

AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008

ANGELINI, *Il reato di bancarotta fraudolenta impropria innovato dalla nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 349

ANGELOTTI, *Le appropriazioni indebite*, Milano, 1933

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dellôurbanistica*, Milano, 2008

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ndizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it.*, 1984, p. 1278

ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962

ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1954

ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952

BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1137

BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di BUONOCORE, Torino, 2003

BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo nella bancarotta fraudolenta*, in *Giust. pen.*, 1954, p. 113

BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dellôamministratore di società e sanzioni penali*, Milano-Roma, 2006, p. 95

BELLI, *Bancarotta fraudolenta ed operazione infragruppo: prime riflessioni alla luce dei DD. Lgs. N. 61 del 2002 e n. 6 del 2003*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, Atti del seminario, Macerata, 21.3.2003, a cura di PIERGALLINI, Milano, 2004, p. 206

BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009

BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 424 e ss.

BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o ñesegeticoò?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, 2006

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare, in *Fisco*, 2004, p. 6630

BETTIOL, *Conflitto dâinteressi e deliberazione collegiale nellâambito delle società di capitali e cooperative (art. 2631 c.c.)*, in *Giur. merito*, 1971, p. 44

BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986

BIN, *Gruppi di società e diritto commerciale*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 507 e ss.

BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 219

BONELLI, *Del fallimento*, vol. III, a cura di ANDRIOLI, Milano, 1938-1939, p. 365

BONELLI, *Disciplina dei flussi informativi infragruppo nelle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 681

BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004

BONELLI, *Imprese collegate (o di gruppo): la responsabilità di chi esercita la direzione unitaria*, in *Fallimento*, 1984, p. 578

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 135, Milano, 1992

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in I*l nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2008, p. 245 ss.

BONELLI, *La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate*, in *Dir. comm. internaz.*, 1987, p. 347

BRICCHETTI, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 16, p. 83

BRICCHETTI, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, in *La riforma del diritto societario*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 2004, n. 139, p. 945

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

i societari modifica la fisionomia della bancarotta societaria, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, n. 2, p. 49

BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, *Disposizioni penali (artt. 216-241)*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO, Bologna, 2006, p. 2734

BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 2003

BRICOLA, Dolus in re ipsa, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Milano, 2000

BRICOLA, *Lo statuto dellâmpresa: profili penali e costituzionali*, in *Giur. comm.*, 1985, p. 709 e ss.

BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, 1967

BRICOLA, Voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1977, p. 7 e ss.

BUSSON, *Operazioni infragruppo e bancarotta mediante distrazione*, in *Dir. pen. proc.* 2001, p. 770

CADOPPI, *Art. 4*, in AA.VV., *I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2002, p. 256

CADOPPI, *La natura giuridica dellâpotesi di cui allâart. 223, cpv., n. 1 legge fallimentare*, in *Fall.*, 1981, p. 824

CADOPPI, *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2007, 372

CALAMANTI, *La responsabilità degli amministratori di società controllante per falsità ñindirettaò del bilancio consolidato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 553

CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in AAVV., *I gruppi di società*, vol. I, Atti del convegno

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, p. 808

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale II. Diritto delle società*, Torino, 2006

CAMPOBASSO, *Gruppi e gruppi bancari: unôanalisi comparata*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995

CANESTRARI, *Rischio dõimpresa e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003

CARABBA, *I reati fallimentari*, Firenze, 1957

CARACCIOLI, *Gruppi di società e valenza ñstrategicaò dellôart. 2634, comma 3, del codice civile*, in *Impresa*, 2003, p. 883

CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1229

CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 331

CARINELLI, *Appunti sul concetto di distrazione nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 539

CARLETTI, *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di BRICOLA e ZAGREBELSKY, Torino, 1990, p.

CARLETTI, *Politica dõimpresa, sicurezza del lavoro e responsabilità penale: lõipotesi del gruppo di società*, in *Riv. giur. lav.*, 1985, p. 131

CARNELUTTI, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 1

CARRERI, *I reati di bancarotta*, Milano, 1993, p. 92

CARRERI, in MANGANO, *La bancarotta societaria*, Padova, 2001, p. 17

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

e di una vecchia questione sulla controversa struttura del reato di bancarotta, in *Cass. pen.*, 1991, p. 828 e ss.

CASAROLI, *Il dolo delle bancarotte fraudolente fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, II, Milano, 1991, p. 307

CASAROLI, *Qualche riflessione sullôoggetto materiale del delitto di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 405

CASAROLI, sub *Art. 216 legge fall.*, in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 2000, p. 661

CASAROLI, *Sub art. 223 l.f., in Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da MAFFEI ALBERTI, Padova, 1991, p. 701

CATENACCI, voce *Bene giuridico*, in *Diz. Dir. pub.*, a cura di CASSESE, Milano, 2006

CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1675

CIAMPOLI, *I ñvantaggi compensativiò nei gruppi di società*, in *Le soc.*, 2005, p. 164

CÒ, *Continuità normativa e bancarotta fraudolenta*, in *Fallimento*, 2003, p. 420

COCCO, *Art. 216 l. fall.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 883

COCCO, *Art. 217 l. fall.*, in *Commentario breve alla leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2003, p. 934.

COCCO, *Art. 223 l. fall.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2007, p. 1141

COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche allôinterno dei gruppo di società*, in *Riv. trim, dir. pen. ec.*, 2003, p. 1021

COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

iò, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, diretto da CASSESE, Milano, 2006, p. 4854

CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione ñvirtualeò alla compensazione ñrealeò), alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 613

COLETTA, *Lôoggetto materiale del reato di bancarotta patrimoniale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1437

COLOMBO-OLIVIERI, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, VII, tomo I, Torino, 1994, p. 577

CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Torino, 1991

CONTI, *Gruppi di società: recenti indirizzi civilistici eé .rovescio penalistico della medaglia*, in *Contr. imp.*, 1996

CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1955

CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 433

CONTI, voce ñ*Fallimento* (reati in materia di)ò, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 7

CORSI, *Lôinsolvenza nel gruppo*, in *I gruppi di società*, vol. II, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, pag. 1057

CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2008

COSTA-PAPPALARDO, *Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese*, in *Lôamministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di COSTA, Torino, 2008, 667

COSTI, *I gruppi bancari nellôordinamento italiano*, in *Dir. fall.*, 1991, p. 589

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ancari, in *Banca, impresa e società*, 1990

COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, p. 381 e 677

COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società*, vol. II, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, pag. 1073

CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1152

CRESPI, *Rassegna di giurisprudenza sulle disposizioni penali in materia di società e consorzi*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 312

CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003, p. 225

CUSTODERO, *Osservazioni sulla disciplina penale degli abusi di gestione nel ñgruppo di societàò*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1119

DôALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto dôinteressi nei gruppi di società*, in *I gruppi di società*, vol. II, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, pag. 1085

DôALESSANDRO, *Il diritto delle società dai ñbattelli del Renoò alle ñnavi Vichingheò*, in *Foro. it.*, 1988, V, 48

DôALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società (note esegetiche)*, in AMATUCCI-CANDI-DôALESSANDRO-FANELLI, *La disciplina dei gruppi di società nella ñnovellaò del 1974*, Milano, 1978, p. 114

DôAVIRRO E DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007, p. 161

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

à ed il vantaggio compensativo, in DôAVIRRO-MAZZOTTA, *I reati di ñinfedeltàò nelle società commerciali*, Milano, 2004, p. 113

DA RIVA GRECHI, *Bancarotta fraudolenta, infedeltà patrimoniale e rilevanza dei gruppi di società*, in *Giust. pen.*, 2004, p. 580

DE BIASI, *Sullôattività di direzione e coordinamento di società*, in *Le soc.*, 2003, p. 946

DE CRESCIENZO, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, in *La riforma del diritto societario*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 2004, n. 139, p. 1005

DE GENNARO, *Bancarotta: reati in materia di fallimento*, Torino, 1937

DE MARSICO, *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 569

DE MARSICO, *Sul peculato per distrazione con particolare riguardo al peculato bancario*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, vol. II, Milano, 1972

DE SIMONE, *La bancarotta fraudolenta*, in AA.VV., *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di CARLETTI, Torino, 1990, p. 21

DEL CORSO, *Commento allôart. 4 d.lgs. 11.4.2002, n. 61*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 582

DEL CORSO, *La bancarotta societaria dopo la riforma: il ñnuovoò che avanza con lo sguardo al passato*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di CERRI-PISA, 2003, p. 21

DELITALA, *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, 1926, ora in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, p. 720

DELITALA, *Lôoggetto della tutela nel reato di bancarotta*, Milano, 1935

DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

nella disciplina dei gruppi: lôinefficienza delle compensazioni ñvirtualiò, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 327

DESTITO, *Diritto penale fallimentare*, in *La disciplina penale dellôeconomia. Società, fallimento, finanza*, a cura di SANTORIELLO, Torino, 2008, p. 273

DESTITO, *La bancarotta impropria di cui allôart. 223 l. fall.*, in *La disciplina penale dellôeconomia*, a cura di SANTORIELLO, vol. I, Torino, 2008, p. 392

DI SABATO, *Concentrazione e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1988

DI SABATO, *Rapporti intragruppo e rapporti creditizi di gruppo*, in *I gruppi di società*, vol. II, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, pag. 1153

DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti infragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *Riv. dir. imp.*, 1995, p. 243

DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996

ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2000, p. 156 ss.

ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dellôattuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 247

FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le soc.*, 2003, p. 1197

FERNANDEZ TERUELO, *Le false comunicazioni dellôambito dei gruppo di impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 1

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

di gruppo, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, Atti del convegno di Bellagio, 19-20 giugno 1981, Milano, 1982; ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, vol. III, tomo 2, p. 1338

FERRI, *Diritto commerciale*, Torino, 2006

FERRI, voce ñ*Partecipazioni reciprocheò*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 26

FERRO-LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, p. 450

FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. dir*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 793 e ss.

FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol XXXIX, Milano, 1988, p. 1288

FLICK, *Crisi dellâmpresa e crisi del diritto penale dellâmpresa*, in *Dir. fall.*, 1988, p. 476

FLICK, *Gli amministratori nei gruppi di società*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 260 e ss.

FLICK, *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 1

FLICK, *Gruppo e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 479

FLICK, *Il delitto di peculato. Presupposti e struttura*, Milano, 1971

FLICK, R*esponsabilità penale dellâmprenditore indagato per tangenti nellâottica dei reati societari e fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1455

FOFFANI, *Gruppi di società e conflitto dâinteressi: profili penalistici*, , in *I gruppi di società*, vol. II, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, pag. 1249

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

e conflitto dâinteressi nella gestione dâimpresa, Milano, 1997

FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di ñpartecipazione rilevanteò, ñcollegamentoò, ñcontrolloò, e ñgruppoò*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 121

FOFFANI, *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di BRICOLA e ZAGREBELSKY, Torino, 1990, II, 212

FOFFANI, *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Ipsoa, 2002, p. 363

FOFFANI, *Reati societari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dellâimpresa*, IIª ed., Bologna, 1999, p. 214

FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1195.

FOFFANI, *Società*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, Padova, 2007, p. 2531

FONDAROLI, *I reati dei soggetti che amministrano o controllano lâimpresa societaria, in Diritto penale commerciale*, vol. I, *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di CARLETTI, Torino, 1990, p. 223

FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva nel delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, p. 688

FORNASARI, *La bancarotta semplice*, in AA.VV., *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di CARLETTI, Torino, 1990, p. 90

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 2005

GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

tario, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2003, p. 186

GALGANO, *Il punto della giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 897

GALGANO, *Le partecipazioni azionarie e i gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2006, p. 267

GALLO, *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1966, I, p. 399

GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967

GALLO, *Sul possesso nel delitto di peculato*, in *Arch. pen.*, 1952

GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto temporale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 90

GIARDA E.M.-GIARDA F.M., *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 117

GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i "vantaggi compensativi" ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1369

GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006

GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 568

GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per* mala gestio *nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 439

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento, in AAVV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di SCOGNAMIGLIO, Milano, 2003

GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 253

IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 3151 e ss.

IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3563

JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, p. 476

JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società*, vol. II, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre, 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, pag. 1425

LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999

LA MONICA, *La tipicità della condotta nel delitto di bancarotta*, in *Giust. pen.*, 1984, p. 33

LA MONICA, *Profili penali del gruppo d'imprese*, in *Il Fall.*, 1995, 543 ss.

LA ROCCA, *L'interesse nel gruppo nella recente giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2938

LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e ñtipoò nella legislazione economica*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1995

LANZI, *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, in *Fisco*, 2002, p. 17103

LANZI, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Dir. e pratica Soc.*, 2002, p. 20

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

etaria, in *Il Fall.*, 2002, p. 812

LATAGLIATA, *La situazione attuale della dottrina finalistica dellâazione*, in *Riv. pen. ec.*, 1991

LEMME, *Il governo del gruppo*, Padova, 1997

LEMME, *La giurisprudenza di legittimità apre al concetto di gruppo di imprese*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747

LEONE, *Gruppi di società*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, XVI, App., Tornino, 1999, p. 499

LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato del Florian*, Milano, 1935, p. 204

LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981

LUPOI, *Gruppo bancario e unità dâimpresa*, Milano, 2003

MACCARI, *Commento allâart. 2643 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, 265

MAGGIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Bologna, 1951

MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 2003

MANGANO, *Il gruppo di imprese ovvero dal conflitto di interessi alla bancarotta patrimoniale, in Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 105

MANGANO, *Lâimpresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998

MANGANO, *Lâinfedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1016

MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta impropria, in I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 609

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

che sulla riforma delle procedure concorsuali, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 891

MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 707

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1986

MARCHETTI, *Nota sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 1

MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del convengo internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre, 1995, Milano, 1996, vol. II, p. 1557.

MARINUCCI, voce *Distrazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, p. 310

MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006

MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 909

MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 708 e ss

MAZZACUVA, *Profili penali dei gruppi di società*, in *Le società*, 1987, p. 908

MEZZASALMA, *L'elemento psicologico nel delitto di bancarotta semplice*, Milano, 1970

MEZZETTI, *L'appropriazione indebita nell'abuso di fido bancario*, in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 194 e ss.

MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 193

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

4 d. lg. 11 aprile 2002, n. 61, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, p. 266

MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr.e impr.*, 1986, p. 726

MILITELLO, *Aspetti penalistici dellâabusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale*, in *Foro. It.*, 1989

MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 367

MILITELLO, *Gli abusi del patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 280

MILITELLO, *Gruppi bancari e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 39

MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nellâesperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 737

MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 698

MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 917

MILITELLO, *Lâinfedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 490

MINERVINI, *Banca universale e gruppo plurifunzionale*, in *Dir. fall.*, 1991, 601

MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, 1993

MIOLA, *Trasferimenti patrimoniali intragruppo: profili interni e transnazionali*, in *I gruppi di società*, vol. III, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ALZARINI, CARCANO, MUCCIARELLI, Milano, 1996, pag. 1587

MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *I gruppi di società*, (Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-18 novembre 1995), a cura di BALZARINI-CERCANO-MUCCIARELLI, Milano, 1996, p. 1627

MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi e vantaggi compensativi*, in MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società*, corporate governance, Padova, 1999, p. 91

MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interesse nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 238

MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 624

MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in AA.VV., *La riforma delle società ï Profili di una nuova disciplina*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2003, p. 16

MONTALENTI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: lôevoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2318

MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1550

MUCCIARELLI, *Il ruolo dei ñvantaggi compensativiò nellôeconomia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 630

MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 449

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

Milano, 2004

NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e ñvantaggi compensativiò)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3795

NAPOLEONI, *I reati societari. Infedeltà e abusi di potere*, vol. II, Milano, 1992, p. 57

NAPOLEONI, *Notule rapsodiche sulla bancarotta fraudolenta per manomissione di beni provenienti da reato*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 151

NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it.*, 1971, p. 184

NEPPI MODONA, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giu*r., vol. VII, Roma, 1988

NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000

NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 373

NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 481

NUVOLONE, voce ñ*Fallimento* (reati in materia di)ò, in *Enc. dir.* XVI, Milano, 1967, p. 477

PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957

PAGLIARO, *Peculato ed abuso di fido bancario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 532 e ss

PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 519

PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dellãmpresa*, in *Ind. pen.*, 1985, p. 26

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

rma dei reati fallimentari, in *Dir. pen. econ.*, 1989, p. 853

PAGLIARO, *Studi sul peculato*, Palermo, 1964

PAGLIARO, *Sul concetto di distrazione nellôart. 314 c.p.*, in *Circ. giur.*, 1962, p. 10 e ss.

PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 225 e ss.

PAJARDI, *I reati fallimentari*, Milano, 1994

PALAZZO, *Commento agli artt. 314-316 c.p.*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di PADOVANI, Torino, 1966, p. 20 e ss.

PALAZZO, *Il concetto di distrazione nel delitto di peculato*, Milano, 1972 PANZANI, *Forme tipiche dôinsolvenza e responsabilità penale del gruppo societario*, in *Fall.*, 1995, p. 565 ss.

PAVAN, *Art. 223, II co., n. 1, l.f.: la pietra nello stagno*, in *Ind. pen.*, 2005, 11088

PAVONE LA ROSA, *Controllo e gruppo nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. fall.*, 1985, p. 10

PAVONE LA ROSA, *Divagazioni in tema di ñcontrolloò e ñgruppoò nelle aggregazioni societarie*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 508

PAVONE LA ROSA, *Il gruppo di imprese nellôamministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 481

PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da ñcontrolloò nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, 401

PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 797

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ontrollate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, vol. II, tomo 2, Torino, 1991, p. 581

PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina sui gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765

PAVONE LA ROSA, *Proposte di disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2000, 581

PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*: *un difficile percorso*, in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. III, Milano, 2003, p. 815

PEDRAZZI, *Gli abusi degli amministratori sul patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1953, p. 529

PEDRAZZI, *Gruppo dôimprese e responsabilità penale*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo dôimpresa*, Milano, 1982, pubblicato anche in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. III, Milano, 2003, p. 741

PEDRAZZI, *In memoria del ñfalso in bilancioò*, in *Riv. soc*, 2002, p. 1373

PEDRAZZI, *Nuova configurazione della bancarotta societaria fraudolenta*, *Appendice di Aggiornamento*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dellôimpresa, Parte generale e reati fallimentari*, ed. ridotta, Bologna, 2003, p. 213

PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dôimpresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 130

PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna, 1995, pubblicato anche in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dellôeconomia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 419

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000

PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984; anche in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 971

PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265

PEDRAZZI, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 833 e ss.

PERASSI, *Gruppi societari e bancari. Brevi riflessioni sui progetti di riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 263

PERDONÒ, *La teoria dei vantaggi compensativi alla conquista del territorio dei reati fallimentari, in Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 373

PERINI - DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001

PERINI, *Il "cagionamento del dissesto": la nuova "bancarotta da reato societario" al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim., dir. pen. ec.*, 2004, p. 729

PETRICCIONE, *Gruppi di società, in Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, p. 429

PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933

PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 674

POTETTI, *La bancarotta fraudolenta per distrazione: quali limiti alle scelte dell'imprenditore?*, in *Cass. pen.* 1999, p. 3567

PROSDOCIMI, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

to e responsabilità penali, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 984 e ss.

PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione e rischio dâimpresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 858

PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dellâimpresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 138

PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. II, Milano, 1955

PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974

PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953

PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957

PUNZO, *Responsabilità di terzi per sottrazione, distrazione, ricettazione e dissimulazione dei beni del fallito*, Milano, 1954

PUTINATI, *La nuova bancarotta ñsocietariaò di cui allâart. 223 comma 2, n. 1 legge fallimentare. Problemi di imputazione oggettiva e soggettiva*, in *Dir. prat. soc.*, n. 11, 2002, p. 17

RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971

ROCCHI, *Riflessioni di diritto intertemporale in tema di infedeltà patrimoniale allâinterno delle singole società e nelle* holding, in *Cass. pen.*, 2005, p. 466

ROCCO ALF., *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1917

ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dellâamministratore di società per azioni*, Milano, 1967

RONCO-AMBROSETTI-MEZZETTI, *Diritto penale dellâimpresa*, Bologna, 2009

RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

*conflitto di interessi tra nostalgie ñatomistiche*ò *e prospettive ñmolecolari*ò, in *Corr. giur.*, 1999, p.

ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003

ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, vol. I, Milano, 1996, p. 17

ROSSI S., *Relazione introduttiva, Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 613 e ss.

ROVELLI, *Conflitto di interessi nel gruppo di società*, in *Le società*, 1989, p. 449

ROVELLI, *Disciplina penale dellãmpresa*, Milano, 1953

ROVELLI, *Reati fallimentari*, Milano, 1952

SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 674

SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose* ex *art. 223 cpv. n. 2 legge fallimentare nelle operazioni ñintercompany*ò, in *Fallimento*, 2000, p. 50

SANDRELLI, *Fallimento e vantaggi compensativi. Due termini difficilmente compatibili*, in *Il fallimento*, 2009, p. 320

SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1296

SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001

SANTAMARIA, *Prosepttive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955

SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000

SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ogruppo e vantaggi compensativi, in *Contr. impr.*, 2003, p. 591

SCAROINA, Societas delinquere potest. *Il problema del gruppo di imprese*, Milano-Roma, 2006

SCHIANO DI PEPE, *Gruppo di imprese e conflitto di interessi: una storia infinita*, in *Corr. Giur.*, 1991, 1118

SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, Milano, 1990

SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di società: aggiornamenti e verifiche*, in *Contr. impr.*, 1995, 672 e ss.

SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 263

SCHIAVANO, *Riflessioni sullâinfedeltà patrimoniale e societaria (art. 2634 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 815

SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996

SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2007, p. 415

SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2002, p. 577

SCOGNAMIGLIO, *La politica di gruppo e lâinteresse delle società controllate*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 487

SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 365

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma, in AAVV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma della società*, a cura di SCOGNAMIGLIO, Milano, 2003, p. 187

SCOGNAMILGIO, *Amministrazione e controllo sull'amministrazione nelle società appartenenti ad un gruppo*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 485

SCOGNAMILGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996

SCOPINARO, *Le fattispecie di infedeltà di cui all'art. 2634 c.c.*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, a cura di SCHIANO DI PEPE, Milano, 2003, p. 310

SEVERINO DI BENEDETTO, *Il criterio distintivo tra distrazione ed appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 710

SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 429 ss.

SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 222

SPADA, *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 240

STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 493

TAGLIARINI, *I reati fallimentari*, in *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, a cura di INSOLERA-ACQUAROLI, Ancona, 1997, p. 68

TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997

TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 61

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

lle condotte distrattive infragruppo, in *La riforma dei reati fallimentari: un percorso tormentato*, Atti del Convegno di Teramo del 16 ottobre 2009, in corso di pubblicazione.

VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, in *Raccolta di scritti minori*, Milano, 2953

VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, Siena, 1929

VELLA, *Le società* holding, Milano, 1993

VENAFRO, *Commento allôart. 2634 c.c.*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 517

VINCIGUERRA, *Distrazione e peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1046, anche in *Studi in onore di Biagio Pietrocelli*, vol. III, Milano, 1972, p. 1633 e ss.

WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali , concorsuali, fiscali e penali*, vol. II, Torino, 2005, p. 36

WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 58 Bd, 1939, trad. it., *Studio sul sistema di diritto penale*, p. 135 e ss

WELZEL, *La posizione dogmatica della teoria finalistica dellôazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 1 e ss.

ZAMPANO, *Bancarotta ñriparatò e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 745

ZAMPERETTI, *Il conflitto di interessi degli amministratori*, in I*l nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2008, p. 230 ss.

ZUCCALÀ, *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 163

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features