

# Itinerari di Diritto Penale

*Collana diretta da*

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

ALEX INGRASSIA

## RISCHIO DI IMPRESA E 'RISCHIO' PENALE IL SINDACATO GIUDIZIALE SULLE SCELTE DI GESTIONE DELLA CRISI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

# Itinerari di Diritto Penale

*Collana diretta da*

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

---

*Dove va il diritto penale, quali sono i suoi itinerari attuali e le sue prevedibili prospettive di sviluppo? Iperτροφία e diritto penale minimo, affermazione simbolica di valori ed efficienza utilitaristica, garantismo individuale e funzionalizzazione politico-criminale nella lotta alle forme di criminalità sistemica, personalismo ed esigenze collettive, sono soltanto alcune delle grandi alternative che l'attuale diritto penale della transizione si trova, oggi più di ieri, a dover affrontare e bilanciare.*

*Senza contare il riproporsi delle tematiche fondamentali relative ai presupposti soggettivi della responsabilità penale, di cui appare necessario un ripensamento in una prospettiva integrata tra dogmatica e scienze empirico-sociali.*

*Gli itinerari della prassi divergono peraltro sempre più da quelli della dogmatica, prospettando un diritto penale "reale" che non è più neppure pallida eco del diritto penale iscritto nei principi e nella legge. Anche su questa frattura occorre interrogarsi, per analizzarne le cause e prospettarne i rimedi.*

*La collana intende raccogliere studi che, nella consapevolezza di questa necessaria ricerca di nuove identità del diritto penale, si propongano percorsi realistici di analisi, aperti anche ad approcci interdisciplinari. In questo unitario intendimento di fondo, la sezione Monografie accoglie quei contributi che guardano alla trama degli itinerari del diritto penale con un più largo giro d'orizzonte e dunque – forse – con una maggiore distanza prospettica verso il passato e verso il futuro, mentre la sezione Saggi accoglie lavori che si concentrano, con dimensioni necessariamente contenute, su momenti attuali o incroci particolari degli itinerari penalistici, per cogliere le loro più significative spezzature, curvature e angolazioni, nelle quali trova espressione il ricorrente trascorrere del "penale".*

ALEX INGRASSIA

# RISCHIO DI IMPRESA E 'RISCHIO' PENALE

IL SINDACATO GIUDIZIALE SULLE  
SCELTE DI GESTIONE DELLA CRISI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3386-0  
ISBN/EAN 978-88-921-8795-5 (ebook - pdf)

*I volumi pubblicati nella presente Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*Alla mia famiglia in crescita  
Il vento spegne la candela e alimenta il fuoco*



*Non credo si possano estinguere debiti di riconoscenza  
con le parole, specie se, come nel mio caso,  
la riconoscenza è profonda e le parole sono povere.*

*Nondimeno, desidero ringraziare innanzitutto  
il Prof. Carlo Enrico Paliero, il Maestro che ho avuto l'inestimabile  
fortuna di incontrare e che ha segnato i miei studi  
e le mie riflessioni, fuori e dentro questo libro.*

*Molto lo devo ai Prof. Roberto Bartoli, Carlo Sotis  
e Marco Scoletta, per il confronto (e, in un momento cruciale,  
per il conforto) scientifico.*

*Infine, un grazie ai miei primi lettori, Stefano Cavallini,  
Pier Francesco Poli e Viola Molteni.*



# INDICE

	<i>pag.</i>
INDICE DELLE ABBREVIAZIONI	XV
CAPITOLO I	
GLI SPAZI DI DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE NEL SINDACATO PENALE-FALLIMENTARE SULLE SCELTE IMPRENDITORIALI: INTRODUZIONE E OGGETTO DELLA RICERCA	
1. Il 'sindacato sistematico sulla conduzione economico-finanziaria' come 'garanzia' nell'evoluzione storica dei reati fallimentari	1
2. Le fattispecie che potrebbero consentire un sindacato sul merito delle scelte imprenditoriali: una prima lettura	5
3. Il diverso perimetro di responsabilità penale: l'imprenditore, l'amministratore e i soggetti loro equiparati	8
4. La responsabilità civile dell'amministratore e la <i>business judgment rule</i>	13
5. La possibilità di giudicare la 'decisione imprenditoriale' in sede penale: il dato di realtà oltre le affermazioni di principio	19
6. I termini del sindacato sulle decisioni imprenditoriali: l'operatore economico nel labirinto	23
7. La qualifica dell'autore e l'interesse di cui è portatore: il peculiare caso dell' <i>extraneus</i>	26
8. Interesse dell'impresa vs interesse dei creditori: il problema del bene giuridico tutelato	30
9. Lo 'stato di salute' dell'impresa: libertà di gestione <i>in bonis</i> vs rime obbligate in stato prossimo o attuale di insolvenza? Il ruolo del disvalore di contesto	36
10. La responsabilità dei funzionari di banca per la concessione e gestione del credito verso le imprese in crisi: il profilo più critico del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali	45

- |                                                                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 11. Il sindacato del giudice penale sulle decisioni imprenditoriali di concessione del credito: tre paradigmi storico-tipologici a confronto | 48 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

## CAPITOLO II

IL 'SINDACATO PUBBLICISTICO-FORMALE  
SULLE DECISIONI IMPRENDITORIALI'.  
LA CONCESSIONE DEL CREDITO NEL PRISMA  
DELL'ART. 97 COST.: FINE DI LUCRO VS  
BUON ANDAMENTO DELLA P.A.

- |                                                                                                                                                                                                                                             |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Dallo 'statuto penale degli operatori bancari' allo 'statuto penale della concessione del credito'                                                                                                                                       | 53 |
| 2. La genesi delle questioni relative allo 'statuto penale degli operatori bancari': il riconoscimento della qualifica di pubblici ufficiali ai funzionari delle banche pubbliche                                                           | 56 |
| 3. La via della "parificazione verso l'alto" e la negazione – senza distinzioni – della dimensione imprenditoriale-privatistica della concessione del credito: la sentenza Carfi                                                            | 60 |
| 4. Il fallimento dei tentativi di superare l'insegnamento del precedente Carfi: la latitanza del legislatore e i <i>non liquet</i> della Corte Costituzionale e della CGCE                                                                  | 65 |
| 5. Successione di leggi penali o di sentenze penali nel tempo? Il riconoscimento della dimensione imprenditoriale-privatistica dell'attività bancaria nelle decisioni Tuzet, Vita e Cresti delle Sezioni Unite                              | 69 |
| 6. Il cuore del <i>sindacato pubblicistico-formale</i> : la negazione del carattere imprenditoriale dell'attività di concessione del credito e la sua burocratizzazione attraverso l'identità tra fido irregolare e condotta di distrazione | 73 |
| 7. Il primigenio riconoscimento giurisprudenziale dell'alterità tra rischio imprenditoriale e condotta appropriativa: la necessità di una riperimetrazione del sindacato giudiziale                                                         | 78 |
| 8. Le prime avvisaglie di una storia che si ripeterà: conclusioni sul modello di 'sindacato pubblicistico-formale sulle decisioni imprenditoriali'                                                                                          | 83 |

## CAPITOLO III

IL 'SINDACATO PRIVATISTICO-SOSTANZIALE  
 SULLE DECISIONI IMPRENDITORIALI':  
 LA RICERCA – NON SOLO 'PSICOLOGIZZANTE' –  
 DELL'AGIRE LEGITTIMO D'IMPRESA  
 IN SITUAZIONI DI CRISI

1. La trasformazione del credito da chirografario ad ipotecario attraverso la concessione di nuova finanza: la sussumibilità nell'alveo dei reati fallimentari e il concorso del banchiere 88
2. La qualificazione della condotta come bancarotta preferenziale al bivio tra pagamento e simulazione di titoli di prelazione 92
  - 2.1. La riconduzione del parziale rientro della posizione debitoria al pagamento preferenziale: le criticità della tesi in punto di offensività e anti giuridicità 97
  - 2.2. La simulazione dei titoli di prelazione nell'esegesi giurisprudenziale: condotta fraudolenta, economicamente inefficiente o meramente elusiva? Gli spazi di sindacato sulla scelta imprenditoriale 106
  - 2.3. *Variazioni sul tema*: la diversità tra il soggetto che compie il pagamento e il mutuatario 115
3. Le intersezioni tra la concessione abusiva del credito e i reati fallimentari: alla ricerca dei confini dell'agire legittimo d'impresa per i funzionari di banca 120
  - 3.1. Concessione abusiva del credito e bancarotta per operazioni dolose: i ridotti spazi di *enforcement* penalistico 123
  - 3.2. La cooperazione del banchiere nella bancarotta semplice per aggravamento del dissesto della società debitrice (art. 217, comma I, n. 4, l. fall.): la distinzione delle 'decisioni imprenditoriali' e delle sfere di rischio penale 134
4. L'apertura di nuovi scenari: la stagione di riforme del diritto fallimentare e le implicazioni – *autopoietiche* – sul sistema penale 137
  - 4.1. Il ruolo della revocatoria fallimentare – *rectius* delle sue esenzioni – sui confini di tipicità, anti giuridicità e colpevolezza della bancarotta preferenziale: le ragioni di esclusione 142
  - 4.2. Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa e l'integrazione – non convincente – del consenso dell'avente diritto per escludere l'anti giuridicità 146

	pag.
4.3. Le soluzioni negoziali della crisi come norme integratrici la scriminante dell'esercizio del diritto: un punto di svolta decisivo, ma non definitivo	154
5. Il paradigma del <i>sindacato privatistico-sostanziale sulle scelte imprenditoriali</i> di 'primo' e 'secondo livello': sintesi e prospettive	158

#### CAPITOLO IV

#### LA 'ESCLUSIONE DEL SINDACATO SULLE DECISIONI IMPRENDITORIALI PROCEDIMENTALIZZATE': L'ART. 217 BIS L. FALL. E LA SEPARAZIONE TRA RISCHIO DI IMPRESA E RISCHIO PENALE

1. Genesi ed evoluzione dell'art. 217 bis l. fall.: il cordone ombelicale che lega la novella alle preoccupazioni del mondo bancario	162
2. La qualificazione penalistica: le diverse tesi prospettate in dottrina e l'opzione per la scriminante speciale	167
3. L'esclusione del sindacato giudiziale sulle decisioni imprenditoriali procedimentalizzate: il cuore dell'art. 217 bis l. fall.	171
4. Le questioni controverse in dottrina e le risposte offerte dalla lettura dell'art. 217 bis l. fall. come <i>scriminante speciale</i> : la clausola "in esecuzione", gli atti esenti da revocatoria ed estranei al perimetro della giustificazione e la selezione delle fattispecie incriminatrici "non applicabili"	179
5. Una soluzione criminogena che lascia vuoti di tutela? L'equilibrio di sistema e il contrappeso del delitto di falso del professionista nelle attestazioni e nelle relazioni	188
6. Il bilanciamento dei diritti pre-imposto dal legislatore e la sottrazione di materia al Giudice: spunti di riflessione a partire dalle decisioni della Corte Costituzionale sul caso c.d. Ilva	195
6.1. Il sequestro preventivo senza facoltà d'uso di parte dello stabilimento e dei prodotti realizzati in pendenza della cautela e la prima disciplina c.d. salva Ilva	197
6.2. La sentenza 85/2013 del Giudice delle leggi: i limiti di legittimità del bilanciamento tra ragioni dell'impresa e diritto alla salute	201
6.3. Il sequestro dell'Altoforno 2 a seguito della morte di un lavoratore e la seconda disciplina c.d. salva Ilva	206
6.4. Continuità di insegnamento e diversità di decisione: la dichiarazione di illegittimità costituzionale della seconda disciplina c.d. salva Ilva	208

	<i>pag.</i>
6.5. Il c.d. scudo Ilva: i dubbi di legittimità tra presunzione di diligenza e scriminante speciale	210
6.6. L'art. 217 <i>bis</i> l. fall. nel prisma dei 'criteri Ilva'	219
7. Le prime decisioni della Suprema Corte: significative conferme sulla ( <i>possibilità di piena</i> ) adesione giurisprudenziale al modello di 'esclusione del sindacato'	223
8. Un paradigma possibile: l'esclusione del sindacato giudiziale sulla gestione – tipizzata – dell'impresa in crisi	227

#### CONCLUSIONI

#### PUNTI FERMI E PROSPETTIVE NELLA RELAZIONE TRA *RISCHIO DI IMPRESA IN CRISI* E *RISCHIO PENALE*

1. La tela di Penelope: un destino perennemente <i>autopoietico</i> e <i>autodistruttivo</i> per il diritto penale dell'insolvenza?	231
2. Evoluzione e confini del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali	245
 BIBLIOGRAFIA	 255



## INDICE DELLE ABBREVIAZIONI

- A.G.E.*: Analisi giuridica dell'economia  
*Arch. pen.*: Archivio penale  
*Banca e Borsa*: Banca, borsa e titoli di credito  
*BDD*: Banca dati *DeJure*  
*B. e b.*: Banca e banchieri  
*BIS*: Banca Impresa Società  
*Cass. pen.*: Cassazione penale  
*Cont. imp.*: Contratto e impresa  
*Corr. giur.*: Il corriere giuridico  
*Corr. mer.*: Il corriere del merito  
*Crim.*: Criminalia  
*Cost.it.*: Costituzionalismi.it  
*Danno e resp.*: Danno e responsabilità  
*Dig. disc. pen.*: Digesto delle discipline penalistiche  
*Dir. fall. soc. comm.*: Il Diritto fallimentare e delle società commerciali  
*Dir. pen. cont.*: Diritto penale contemporaneo  
*Dir. pen. proc.*: Diritto penale e processo  
*Dir. prat. fall.*: Diritto e pratica del fallimento  
*Dir. prat. soc.*: Diritto e pratica delle società  
*Enc. dir.*: Enciclopedia del diritto  
*Fall.*: Il fallimento e le altre procedure concorsuali  
*Fed.*: Federalismi.it  
*Foro it.*: Il Foro italiano  
*Giur. comm.*: Giurisprudenza commerciale  
*Giur. pen.*: Giurisprudenzapenale.it  
*Giur. it.*: Giurisprudenza italiana  
*Giur. mer.*: Giurisprudenza di merito  
*Giur. pen.*: Giurisprudenza penale  
*Giust. pen.*: La giustizia penale  
*ISL*: ISL – Igiene e sicurezza sul lavoro  
*Ind. pen.*: L'indice penale  
*JLA*: Journal of legal analysis  
*Leg. pen.*: La legislazione penale

*Le Soc.*: Le Società

*Mich. L. Rev.*: Michigan Law Review

*NGCC*: La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata

*NLCC*: Le nuove leggi civili commentate

*Nuovo dir. soc.*: Il nuovo diritto delle società

*Pol. eco.*: Politica ed economia

*Quest. crim.*: La questione criminale

*Quest. giust.*: Questione giustizia

*Riv. del dir. comm.*: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni

*Riv. dir. civ.*: Rivista di diritto civile

*Riv. dir. int. priv. proc.*: Rivista di diritto internazionale privato e processuale

*Riv. dott. comm.*: Rivista dei dottori commercialisti

*Riv. it. dir. proc. pen.*: Rivista italiana di diritto e procedura penale

*Riv. soc.*: Rivista delle società

*Riv. soc. comm.*: Rivista delle società commerciali

*Riv. pen.*: Rivista penale

*Riv. trim. dir. pen. cont.*: Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale

*Riv. trim. dir. pen. eco.*: Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia

*SI*: Studium Iuris

*Tenn. L. Rev.*: Tennessee Law Review

# CAPITOLO I

## GLI SPAZI DI DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE NEL SINDACATO PENALE-FALLIMENTARE SULLE SCELTE IMPRENDITORIALI: INTRODUZIONE E OGGETTO DELLA RICERCA

SOMMARIO: 1. Il ‘sindacato sistematico sulla conduzione economico-finanziaria’ come ‘garanzia’ nell’evoluzione storica dei reati fallimentari. – 2. Le fattispecie che potrebbero consentire un sindacato sul merito delle scelte imprenditoriali: una prima lettura. 3.– Il diverso perimetro di responsabilità penale: l’imprenditore, l’amministratore e i soggetti loro equiparati. – 4. La responsabilità civile dell’amministratore e la *business judgment rule*. – 5. La possibilità di giudicare la ‘decisione imprenditoriale’ in sede penale: il dato di realtà oltre le affermazioni di principio. – 6. I termini del sindacato sulle decisioni imprenditoriali: l’operatore economico nel labirinto. – 7. La qualifica dell’autore e l’interesse di cui è portatore: il peculiare caso dell’*extraneus*. – 8. Interesse dell’impresa vs interesse dei creditori: il problema del bene giuridico tutelato. – 9. Lo ‘stato di salute’ dell’impresa: libertà di gestione *in bonis vs* rime obbligate in stato prossimo o attuale di insolvenza? Il ruolo del disvalore di contesto. – 10. La responsabilità dei funzionari di banca per la concessione e gestione del credito verso le imprese in crisi: il profilo più critico del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali. – 11. Il sindacato del giudice penale sulle decisioni imprenditoriali di concessione del credito: tre paradigmi storico-tipologici a confronto.

### 1. *Il ‘sindacato sistematico sulla conduzione economico-finanziaria’ come “garanzia” nell’evoluzione storica dei reati fallimentari*

«La repressione della bancarotta, nelle sue numerose varianti, si traduce in un sindacato sistematico della conduzione economico-finanziaria, che avrebbe effetti esiziali su di un’impresa funzionante»<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*,

sopraggiunto il fallimento, «l'imprenditore può essere chiamato a *redde rationem*»<sup>2</sup>.

Le parole di Cesare Pedrazzi illuminano sulla stretta interrelazione tra i processi criminali per ipotesi di bancarotta pre-fallimentare e il sindacato giudiziale sulla gestione imprenditoriale<sup>3</sup>.

La dichiarazione di fallimento (e gli atti ad essa equiparati<sup>4</sup>) costituiscono, al di là della loro funzione nell'economia dell'incriminazione<sup>5</sup>, altrettante possibili 'vie d'accesso' per la magistratura inquirente

---

Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 442 (a quest'ultima edizione ci si richiamerà in seguito).

<sup>2</sup> *Ivi*, p. 443.

<sup>3</sup> Sottolineano la dicotomia tra la piena libertà di gestione fino al fallimento e il successivo sindacato penale sulle scelte imprenditoriali anche A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 3; ancora, A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, p. 852, per cui «la valutazione *ex ante* dell'adeguatezza economica delle scelte imprenditoriali diviene tema cruciale del diritto penale fallimentare».

<sup>4</sup> Il riferimento è alle procedure equiparate al fallimento ai fini della legge penale e segnatamente: (i) il concordato preventivo *ex art.* 236 l. fall.; (ii) la liquidazione coatta amministrativa *ex art.* 237 l. fall.; (iii) l'amministrazione straordinaria *ex artt.* 95 e 96, d.lgs. 270/1999 (c.d. Prodi *bis*); (iv) l'amministrazione straordinaria speciale *ex art.* 8, d.l. 347/2003 e s.m.i.; (v) l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di accordo di moratoria *ex art.* 182 *bis* l. fall. In assenza di diverse specificazioni, quando nel presente capitolo si farà riferimento alla dichiarazione di fallimento, si intenderanno richiamate implicitamente anche le equivalenti declaratorie delle procedure sopra indicate, equiparate al predetto atto agli effetti penali. Sul diverso perimetro della clausola di applicabilità delle incriminazioni di bancarotta in mancanza di insolvenza contenuta all'art. 341, comma III, d.lgs. 14/2019 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), *infra*, cap. V, par. 1.

<sup>5</sup> L'esatta qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento è questione aperta in dottrina e in giurisprudenza.

Per ciò che qui interessa, in relazione alla bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare, la dottrina è divisa, riconoscendo alla declaratoria la funzione di: (a) condizione obiettiva di punibilità (tesi largamente maggioritaria, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, pp. 13 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 52; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019, pp. 149 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 95 ss.; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 439 ss.; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 20 ss.; volendo, L. TROYER-A. INGRASSIA, *La bancarotta distrattiva prefallimentare come reato di pericolo concreto: la Suprema Corte verso un'attesa sintesi*, in

e giudicante alle operazioni compiute prima dell'accertamento dello stato di insolvenza<sup>6</sup>; fino al *redde rationem*, l'imprenditore gode, invece, di quella che è stata definita addirittura una "immunità commerciale"<sup>7</sup> giacché, prima del divisato esito, ogni sindacato giudiziale avrebbe "effetti esiziali".

Da un punto di vista storico<sup>8</sup>, la possibilità di valutare l'operato

---

*Riv. dott. comm.*, 2017, pp. 595 ss.); (b) condizione di procedibilità (A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008. Monografie di parte speciale*, Milano, 2009, pp. 42 ss.; in senso adesivo P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998, pp. 15 ss.); (c) presupposto processuale (U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, IV ed., Milano, 1999, *passim*; ID., *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966, pp. 99 ss.); (d) evento implicito di fattispecie (pur con alcuni distinguo, G. COCCO, *Commento sub art. 216*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1181; D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'essere e il 'non essere' della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, p. 479; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p. 329); (e) elemento di esistenza del reato (M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 93).

In giurisprudenza si distinguono sostanzialmente tre orientamenti: (i) l'orientamento tradizionale e maggioritario che aderisce alla tesi di Punzo, per cui la sentenza dichiarativa di fallimento sarebbe elemento costitutivo del reato, non soggetto, però, ad imputazione oggettiva e soggettiva; (ii) un isolato precedente, che ha ricostruito la bancarotta fraudolenta patrimoniale quale reato d'evento (Cass. pen., Sez. V, 24.9.2012, n. 47502, ric. Corvetta); (iii) un orientamento minoritario più recente che attribuisce alla sentenza dichiarativa di fallimento la funzione di condizione obiettiva di punibilità. Per una puntuale analisi giurisprudenziale si vedano, tra gli altri, N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta prefallimentare: un'apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1162 ss.; M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2014, pp. 128 ss.

<sup>6</sup> O degli stati equiparati, come la crisi *ex art.* 160 l. fall.

<sup>7</sup> L'espressione è di U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., pp. 47 ss. Fa riferimento ad "una sorta di salva condotta", G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve*, cit., p. 1142.

<sup>8</sup> Per un fondamentale quadro dell'evoluzione storica della tipizzazione dei fatti di bancarotta si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 1 ss. Per una ricostruzione storica delle procedure concorsuali, da ultimo, F. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018.

dell'agente economico ha costituito un fondamentale passaggio – diremmo oggi – garantista: solo attraverso la verifica dell'attività e della gestione imprenditoriale fu possibile superare l'identità tra fallimento e bancarotta.

È opinione diffusa in dottrina<sup>9</sup>, infatti, che la disciplina penale del fallimento trovi la propria genesi in età comunale, quando la tutela del credito assunse una centralità assoluta, per garantire la fiorente attività commerciale. Ebbene, l'idea di fondo, che segnava la primigenia incriminazione, era la presunzione assoluta di frode, secondo la nota massima di Baldo degli Ubaldi per cui «*falliti dicuntur fraudatores. Non excusantur ob adversam fortunam, est decoctor ergo fraudator*»<sup>10</sup>.

A partire dalla seconda metà del XV secolo in numerosi statuti<sup>11</sup> si affacciò il superamento di un tale rigore sanzionatorio<sup>12</sup>: la rottura dell'identità tra fallimento e reato si cristallizzò con il pensiero di Benvenuto Stracca<sup>13</sup>, che distinse tra diverse categorie di commercianti a seconda che «*suo vitio conturbant fortunas et rationes*», oppure «*fortuna vitio decoquunt*», o, infine, «*suo partim fortuna vitio processerunt*»<sup>14</sup>. È all'opera dell'insigne giurista del cinquecento che si deve<sup>15</sup> la prima “tipizzazione” – ovviamente embrionale – di comportamenti che, se tenuti dal fallito, importavano una presunzione *iuris tantum* di frode<sup>16</sup>.

Ciò che emerge da questi brevissimi cenni storici è che intanto è possibile superare l'equazione *decoctor ergo fraudator*, in quanto si

<sup>9</sup> Si vedano, tra gli studi classici, S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia concorsuale*, II ed., Milano, 1930, p. 14; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 122 ss.; I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 3.

<sup>10</sup> B. DEGLI UBALDI, *Consilia*, Venezia, 1575, V, n. 382, 1.

<sup>11</sup> Per una partita analisi degli Statuti, si veda il fondamentale U. SANTARELLI, *Per la storia*, cit., pp. 147 ss.

<sup>12</sup> Puntuale rispetto a tale conclusione, L. CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 12.

<sup>13</sup> B. STRACCA, *Decisiones et tractatus varii de mercatura*, 1552, III, nn. 2, 24-33.

<sup>14</sup> Ricorda tale partizione I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 5.

<sup>15</sup> Per tale conclusione, L. CONTI, *Fallimento*, cit., p. 12; S. LONGHI, *Bancarotta*, cit., p. 17; I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., p. 5.

<sup>16</sup> Si veda da ultimo A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale, Volume IV*, cit., 5 ss.

sposti lo sguardo dal fatto della *decoctio* all'operato del *decoctor*<sup>17</sup> e si valutino, così, le condotte tenute dall'imprenditore.

Se, dunque, non può dubitarsi che una responsabilità penale collegata al fallimento non possa prescindere da uno scrutinio dell'attività dell'imprenditore o degli amministratori, esattamente al fine di evitare forme – più o meno occulte – di responsabilità oggettiva, i confini di tale sindacato sembrano tutt'altro che nitidi nel diritto vigente (o, più significativamente, in quello vivente).

Il punto nodale è presto detto: è possibile ed entro che limiti per il giudice penale sindacare il merito delle scelte imprenditoriali, compiute dall'imprenditore, dall'amministratore e dai soggetti a costoro equiparati dalla legge fallimentare?

## **2. Le fattispecie che potrebbero consentire un sindacato sul merito delle scelte imprenditoriali: una prima lettura**

Il primo passo dell'indagine non può che essere compiuto guardando alle diverse fattispecie contenute nella l. fall., che possono offrire indicazioni sugli spazi di valutazione, concessi al giudice penale, sulla conduzione imprenditoriale.

L'elemento selettore è la relazione tra rischio imprenditoriale e fattispecie tipizzate nella l. fall.: sulla base dell'attuale formulazione delle incriminazioni, il sindacato giudiziale sembrerebbe passare tramite il giudizio sul tipo di rischio assunto nella gestione dell'attività economica e sulla misura dello stesso<sup>18</sup>. In altre parole, il merito di un'operazione imprenditoriale, ove non si voglia pervenire ad un giudizio *ex post* appiattito sul suo risultato economico, può essere vagliato *ex ante* scrutinando il rischio di insuccesso (nell'*an* e nel *quantum*) che l'operazione presentava al momento della sua realizzazione.

In questa prospettiva, la *summa divisio*, individuata da Pedrazzi<sup>19</sup>,

---

<sup>17</sup> Secondo la felice sintesi di I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., p. 4.

<sup>18</sup> La medesima prospettiva pare proposta da D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, p. 609, nonché da A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., pp. 3 ss.

<sup>19</sup> C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 515. In termini non dissimili anche N. SELVAGGI, *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, p. 101, che ritiene sussistere una «fondamentale distinzione intercorren[te], secondo la logica della legge, tra atto apparentemente economico con contenuti ed effetti

è tra rischi assunti nell'attività d'impresa, tipici nei limiti segnati dalle ipotesi di bancarotta semplice, e rischi completamente estranei a tale attività, incriminati nella declinazione fraudolenta (patrimoniale e societaria) dei reati fallimentari.

Nell'alveo dei diversi tipi di bancarotta fraudolenta dovrebbero, dunque, essere ricondotti esclusivamente fatti, atti o operazioni privi di interesse imprenditoriale – paradigmatica la distrazione, che già etimologicamente richiama la sottrazione di beni alla propria funzione<sup>20</sup> – o posti in essere radicalmente contro l'interesse stesso dell'ente amministrato e dei creditori – si pensi alle operazioni dolose<sup>21</sup> o al cagionamento del dissesto realizzato attraverso un fatto di infedeltà patrimoniale.

Rispetto, dunque, alle diverse declinazioni della bancarotta fraudolenta non si dovrebbe affatto porre un problema di sindacato sul merito della scelta imprenditoriale: la completa assenza di interesse e di *rationale* economico esclude in radice l'esistenza stessa di un merito imprenditoriale da scrutinare. Solo in casi limite, la possibilità di offrire una giustificazione imprenditoriale ad un'operazione e il suo sindacato assumono rilievo, non già sul piano della fattispecie astratta, ma in punto di prova della fattispecie reale<sup>22</sup>.

---

sostanzialmente predatori (...) e operazione sostenuta da ragione e coerenza economica, in quanto prevedibilmente orientata a recare vantaggio al patrimonio sociale». In linea anche A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 43, per cui «il giudice non può *ex post* sostituirsi all'imprenditore nelle scelte operative», tanto che è punibile solo la gestione «univocamente ricadente ai danni dei creditori».

<sup>20</sup> Il rilievo etimologico è formulato da R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 76 e A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 169.

<sup>21</sup> Paradigmatico è il concetto stesso di operazioni dolose, formulato da P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 379, ovvero «qualsiasi atto o complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuto dalle persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l'intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società o dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori» (corsivi aggiunti).

<sup>22</sup> Si ricorre alla preziosa tripartizione di A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, pp. 39 ss., tra: (i) *fattispecie astratta*, ovvero la descrizione normativa dell'illecito; (ii) *fattispecie reale*, intesa come il fatto storico oggetto del giudizio; (iii) *fattispecie concreta*, che individua «o la fattispecie astratta pensata nel suo divenire storico o quella concreta, ridotta mediante astrazione, ad esempio o caso del tipo astratto»; si tratta di una rielaborazione degli studi di G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova,

Un esempio potrà giovare alla comprensione: l'alienazione sottocosto di un bene potrebbe rilevare quale condotta distrattiva, qualora dietro un'apparente cessione (operazione lecita) si nasconda una regalia (rischio illecito, perché sottrae risorse all'ente e ai creditori). Ove, però, l'imputato possa offrire un *rationale* economico della vendita a prezzo ridotto (es. necessità di svuotare il magazzino, di recuperare liquidità, ecc.), la cessione si collocherà al di fuori della bancarotta fraudolenta, rientrando nell'alveo dell'attività d'impresa. In questa ipotesi, il sindacato giudiziale del *rationale* economico non si appunta sull'operazione in sé (se rappresenti la miglior scelta imprenditoriale cedere il bene per acquisire liquidità), quanto sulla credibilità nella specifica vicenda di una ricostruzione alternativa alla regalia (è plausibile che quel determinato imprenditore abbia venduto a quel prezzo proprio quel bene, pur di recuperare liquidità): una questione, appunto, di prova<sup>23</sup>.

Rispetto ad un'operazione schiettamente imprenditoriale, non posta in essere per un interesse estraneo all'ente o contro l'interesse dello stesso, si pone in modo più stringente il problema del sindacato giudiziale delle scelte imprenditoriali<sup>24</sup>. La valutazione delle scelte produttive, della politica di mercato e dell'impostazione finanziaria dovrebbe essere consentita esclusivamente nei limiti delle diverse condotte descritte negli artt. 217 e 224 l. fall.<sup>25</sup>: il metro di giudizio è

---

1930, pp. 115 ss. e A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929, pp. 28 ss.

<sup>23</sup> Con ciò non si vuole affatto sottovalutare il legame tra diritto sostanziale e processo, ben evidenziato per tutti da S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, quanto piuttosto sottolineare la differenza dell'oggetto e della tipologia di sindacato giudiziale.

<sup>24</sup> Pur trattandosi di una nozione discussa in dottrina quella di scelta imprenditoriale (che qui verrà utilizzata indistintamente con il sintagma "decisione imprenditoriale"), può essere qui assunta nel suo contenuto minimo, tipizzato in negativo, e in questa misura condiviso tra gli studiosi, per cui «essa non può sussistere quando gli amministratori debbano adottare una decisione giuridicamente imposta (*rechlich gebundene Entscheidung*), puntualmente determinata, ossia quando si prospetta un'unica possibile scelta legittima; al contrario, essa è configurabile solo se agli amministratori sia riconosciuta la facoltà di scegliere discrezionalmente tra almeno due opzioni di fatto possibili e non illecite» (alla lettera, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 431).

<sup>25</sup> Sostanzialmente in questi termini C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 588. In termini sovrapponibili, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 64 per cui «ogni condotta eccessivamente rischiosa, ma non distrattiva, perché

il rischio tipizzato come illecito<sup>26</sup>, diversamente declinato nella bancarotta semplice patrimoniale tra condotte dell'imprenditore o degli amministratori (nonché dei soggetti loro equiparati).

È allora passando per gli autori degli illeciti che si può aggiungere un ulteriore tassello all'analisi, ponendo l'attenzione, per ciò che qui interessa, su coloro che assumono le decisioni imprenditoriali.

### 3. *Il diverso perimetro di responsabilità penale: l'imprenditore, l'amministratore e i soggetti loro equiparati*

Come anticipato, gli artt. 217 e 224 l. fall. segnano un diverso profilo di responsabilità in capo all'imprenditore (o ai soggetti equiparati, ovvero il suo institore *ex art. 227 l. fall.* e i soci di società in nome collettivo o in accomandita semplice *ex art. 222 l. fall.*) e all'amministratore (e, per ciò che qui interessa, al direttore generale): il fondamentale elemento discretivo è che rispetto al primo vi è una sostanziale identità tra patrimonio personale e patrimonio dell'impresa, a fronte della completa alterità tra patrimonio dell'ente e dell'amministratore.

Tale aspetto ha una prima significativa ricaduta: rispetto all'imprenditore il sindacato giudiziale attinge non solo le scelte gestionali, ma anche le spese che costui ha fatto per sé o per la propria famiglia, ove eccessive rispetto alla sua condizione economica (art. 217, n. 1, l. fall.)<sup>27</sup>. Un sindacato simile non è possibile in relazione all'ammini-

---

non univocamente in danno dei creditori, potrà semmai configurare, sussistendone i requisiti, una bancarotta semplice».

<sup>26</sup> Sul ruolo del rischio nelle fattispecie incriminatrici si veda per un puntuale quadro e per i fondamentali richiami C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

<sup>27</sup> Sulla fattispecie incriminatrice in parola, senza pretesa di completezza, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 96-97; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 332-333; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 259; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 1210-1211; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 231-236; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, Milano, 1988, pp. 91-92; P. MANGANO, *L'impresa*, cit., pp. 110-112; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pp. 184-186; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 604-609; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, pp. 2361-2362; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 90-91; AL. ROSSI, *Illeciti*

stratore, che, ove utilizzi denari dell'ente per spese personali o familiari, incorrerà nel più grave reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione<sup>28</sup>.

Un nucleo comune di rischi per l'imprenditore e l'amministratore è disegnato dai nn. 2, 3, e 4 dell'art. 217 l. fall. (richiamato all'art. 224, n. 1, l. fall.).

L'ordine delle condotte proietta un parallelismo tra le diverse fasi di vita dell'impresa o dell'ente e i rischi imprenditoriali che possono lecitamente essere assunti<sup>29</sup>.

Segnatamente, il rimprovero di «aver consumato una notevole parte del patrimonio [proprio o dell'ente] in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti»<sup>30</sup> rappresenta una condotta che ben potrebbe essere stata tenuta in un momento in cui la società fosse ancora *in bonis*.

Questa peculiarità fa dell'incriminazione in parola il limite massimo di estensione del sindacato giudiziale: «penalmente censurabile è solo un rischio ben qualificato, che si traduca in operazioni decisamente indifendibili»<sup>31</sup>, caratterizzate «da radicale assenza di fondamento economico»<sup>32</sup>, per la carenza *ex ante* di una «fondata prevedibilità di un esito positivo dell'operazione»<sup>33</sup>.

Il rischio illecito – e lo speculare sindacato giudiziale – sono segnati da un doppio vincolo-criterio valutativo: rispetto all'oggetto,

---

*penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretta da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 167-169.

<sup>28</sup> Tale conclusione è assolutamente incontrovertibile: basti il richiamo a G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 223-235. Gli autori della bancarotta impropria*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve*, cit., pp. 1243 e 1276; P. NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit., p. 220.

<sup>29</sup> In senso analogo, S. CANESTRARI, *'Rischio d'impresa' e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, p. 554.

<sup>30</sup> Sulla fattispecie in parola, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 97-99; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 333-334; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 260; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 236-240; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, cit., pp. 1211-1214; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 92-93; P. MANGANO, *L'impresa*, cit., pp. 112-116; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 187-191; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, cit., pp. 2363-2364; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 609-617; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 91-93; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 169-171.

<sup>31</sup> Alla lettera C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 609.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Così, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 85.

rappresentato dall'investimento di una notevole parte del patrimonio, e al suo utilizzo, in operazioni il cui buon esito dipende dalla pura sorte o che si manifestano gravemente imprudenti anche agli occhi del profano<sup>34</sup>. Da un punto di vista sistematico, come è stato puntualmente notato, emerge in controluce «una ragionevole regola di condotta: all'imprenditore non sono soltanto consentiti i rischi normalmente insiti nell'attività economica (con l'ineliminabile relatività della "norma"); è consentita anche l'assunzione di rischi esorbitanti, ma a patto che non venga messa a repentaglio una notevole parte del patrimonio (vale a dire l'integrità della garanzia)»<sup>35</sup>.

Un diverso disvalore di contesto segna, invece, le condotte di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 217 l. fall.: l'imprenditore o l'amministratore pongono in essere le operazioni in uno stato prossimo all'insolvenza dell'impresa.

Nel primo caso<sup>36</sup>, il legislatore tipizza un duplice disvalore, di condotta, giacché descrive le operazioni come gravemente imprudenti<sup>37</sup>, e di intenzione, perché impone che le stesse abbiano un definito orientamento finalistico, ovvero il posticipare il fallimento<sup>38</sup> (proprio da tale intenzione si evince l'ambientamento dell'azione in una situazione di insolvenza attuale o prossima<sup>39</sup>). È evidente che il

<sup>34</sup> Sul punto la dottrina è sostanzialmente unanime, tra gli altri: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XI ed. (agg. a cura di L. Conti), Milano, 2001, p. 106; F. ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p. 137; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 609.

<sup>35</sup> In questi termini, C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 615.

<sup>36</sup> In argomento, senza pretesa di completezza, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 99-100; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 334; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 262; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 1214-1216; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 240-243; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 93; P. MANGANO, *L'impresa*, cit., pp. 116-118; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 192-194; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 617-621; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 2365-2368; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 94-95; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 171-172.

<sup>37</sup> Sulla capacità selettiva del tipo del concetto di "operazioni di grave imprudenza", tra gli altri, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 105.

<sup>38</sup> Nota, infatti, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., p. 99: «è singolare la struttura del fatto tipico che utilizza una ben precisa finalità, quasi fosse un dolo specifico, innestata però su una condotta caratterizzata da "colpa grave"».

<sup>39</sup> Ambienta la condotta in parola in «una situazione patrimoniale già compromessa» E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 334.

fondamentale *target* empirico dell'incriminazione siano tutte le cc.dd. operazioni di salvataggio, che si caratterizzino – e qui si annida il sindacato sul merito imprenditoriale – come gravemente imprudenti<sup>40</sup>.

Nel n. 4 dell'art. 217 l. fall.<sup>41</sup> il disvalore d'intenzione è sostituito da un disvalore d'evento, l'aver aggravato il dissesto, mentre permane il disvalore di condotta, segnato dalla colpa grave<sup>42</sup>, che, unitamente al predetto evento, seleziona le condotte tipiche, che si affiancano all'unica descritta dal legislatore, ovvero l'astensione dal richiedere la dichiarazione di fallimento. Il sindacato giudiziale si appunta sulla "colpa grave", che deve caratterizzare singole operazioni che abbiano approfondito il dissesto già in essere<sup>43</sup>, e sulla scelta di non chiedere il proprio fallimento: la lettera della legge, rigorosamente interpretata, potrebbe comportare la facoltà per il giudice di valutare l'opzione stessa di proseguire l'attività, invece che 'portare i libri in Tribunale' per sé o per l'ente amministrato<sup>44</sup>.

Infine, ipotesi esclusiva della c.d. bancarotta semplice impro-

---

<sup>40</sup> Sul punto le esegesi in dottrina sono decisamente eterogenee e variano da posizioni che escludono ogni possibilità di scelta imprenditoriale, imponendo un automatismo tra insolvenza e richiesta del proprio fallimento, tanto che ogni operazione rischierebbe di essere *in re ipsa* definibile di grave imprudenza (per tutti, U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 347), ad opinioni più possibiliste, che riconoscono la facoltà all'operatore economico di adottare tentativi di salvataggio, criminalizzati solo in caso di imprudenza grave (tra gli altri, R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 263).

<sup>41</sup> Per un inquadramento dell'incriminazione, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 100-102; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 334-335; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 263-265; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, cit., pp. 1216-1220; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 244-246; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 93-95; P. MANGANO, *L'impresa*, cit., pp. 118-121; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 195-196; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 2365-2368; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 621-625; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 96-97; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 173-174.

<sup>42</sup> Per un'analisi di tale forma di imputazione soggettiva di responsabilità si vedano, anche per i necessari richiami alla giurisprudenza e alla dottrina, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, *passim*; ID., *La colpa 'penale'. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1723 ss., in particolare p. 1738.

<sup>43</sup> Per tutti, AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., p. 173.

<sup>44</sup> Sull'obbligo di autofallimento, anche per i riferimenti bibliografici, si veda G. BERTELOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017.

pria<sup>45</sup>, disciplinata dal n. 2 dell'art. 224 l. fall., è il cagionamento o l'aggravamento del dissesto della società, con condotte inosservanti degli obblighi imposti dalla legge agli amministratori o ai direttori generali. Si tratta a tutti gli effetti di un reato d'obbligo<sup>46</sup>, indifferentemente attivo o omissivo, in cui la condotta vincolata è selezionata dai doveri extrapenalici, che disciplinano l'attività dell'amministratore, e dalla sua concreta capacità di cagionare o aggravare il dissesto<sup>47</sup>. In questa ipotesi, come condivisibilmente sottolineato, «il sindacato del giudice penale sulla gestione d'impresa si dilata e si fa più rigoroso; supera, in forza della clausola generale del n. 2, la frammentarietà dell'art. 217, assurgendo a sindacato potenzialmente integrale (ma nei limiti dell'osservanza degli obblighi di legge)»<sup>48</sup>. Rispetto a tali ipotesi, intanto sarà sindacabile il merito imprenditoriale, in quanto una disposizione extrapenale consenta un tale scrutinio.

Per completare l'analisi, ben oltre il contenuto dell'ipotesi da ultimo considerata di bancarotta semplice impropria, e prima di analizzare la giurisprudenza penale, pare utile verificare se ed entro quali limiti siano sindacabili in sede civile le scelte imprenditoriali.

La necessità di una tale analisi è presto detta: porrebbe non poche criticità un sindacato giudiziale in sede criminale più esteso di quello proprio dell'azione di responsabilità civile, per ovvie ragioni di coerenza ordinamentale, ben oltre i fondamentali principi di sussidiarietà<sup>49</sup> e di frammentarietà<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> In ordine alla fattispecie in parola, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 132-137; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 351-352; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 281 ss.; G. COCCO, *Commento sub art. 224*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 1278-1280; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 288-291; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 96-99; A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 2441-2442; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 259-262; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 110-112; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 799-809; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 198-200.

<sup>46</sup> C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, pp. 52 ss., che ivi richiama ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963, pp. 352 ss.

<sup>47</sup> Per tutti F. ANTONIONI, *La bancarotta*, cit., pp. 250-251.

<sup>48</sup> Alla lettera, C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 799.

<sup>49</sup> *Ex pluribus*, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, *passim*, ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 39 ss.

<sup>50</sup> Sul principio di frammentarietà, per tutti, C.E. PALIERO, *Minima non curat*

#### 4. *La responsabilità civile dell'amministratore e la business judgment rule*

La responsabilità degli amministratori per le scelte imprenditoriali è profondamente segnata dalla cd. *business judgment rule* (BJR). Con tale formula si definisce il limite posto al sindacato giudiziale sulle scelte di gestione, compiute dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni<sup>51</sup>.

Si tratta di una regola di giudizio, formulata a partire dalla metà dell'ottocento nelle Corti statunitensi e ormai consolidata, di creazione pretoria, nata come una forma di *self restraint* dei decidenti nelle azioni di responsabilità verso gli amministratori<sup>52</sup>. In estrema sintesi e per ciò che qui interessa, la dottrina e la giurisprudenza d'oltreoceano distinguono due categorie di doveri degli amministratori: il *duty of loyalty*, ovvero l'obbligo di agire in buona fede e senza conflitto d'interessi, e il *duty of care*, ovvero l'obbligo di agire informato<sup>53</sup>. La BJR si risolve, guardando al fondamentale caso *Aronson vs Lewis*<sup>54</sup>,

---

praetor. *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 159 ss.

<sup>51</sup>In dottrina tale declinazione della formula è sostanzialmente condivisa. Senza pretesa di completezza, di fronte ad una letteratura ormai sterminata, si vedano tra gli altri, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, pp. 573 ss.; ID., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 675 ss.; D. CESIANO, *L'applicazione della 'business judgment rule' nella giurisprudenza italiana*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, pp. 103 ss.; G. MOLLO, *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, pp. 133 ss.; G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, I, 2014, pp. 304 ss.; D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, pp. 206 ss.; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, pp. 44 ss. A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2013, pp. 128 ss. Per ampi richiami comparatistici si vedano gli scritti contenuti in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori*, cit., *passim*, oltre che la dottrina puntualmente richiamata da A. TINA, *L'esonero*, cit., pp. 61 ss., nt. 127.

<sup>52</sup>Sulla genesi della BJR negli Stati Uniti si veda, anche per puntuali riferimenti bibliografici, per tutti, G.G. PERUZZO, *Business*, cit., pp. 19 ss.

<sup>53</sup>Per un quadro delle relazioni tra *duty of care/loyalty* e BJR si rinvia, *ex pluribus*, D. SEMEGHINI, *Il dibattito*, cit., pp. 209 ss.

<sup>54</sup>*Aronson v. Lewis*, Corte Suprema del Delaware, 1984, 473 A.2d 805, su cui, per tutti, nella dottrina italiana G.G. PERUZZO, *Business*, cit., pp. 26 ss.

deciso dalla Corte Suprema del Delaware, in una presunzione di correttezza della scelta imprenditoriale, compiuta dall'amministratore – che si assume fino a prova contraria – in buona fede, senza conflitto d'interessi e debitamente informato: tale presunzione preclude ogni valutazione sul merito dell'operazione contestata come fonte di responsabilità. Solo ove l'attore dimostri una violazione del *duty of loyalty* o la violazione del dovere di agire “*on informed basis*” è possibile per il giudice valutare – anche nel merito – l'intera operazione (*entire fairness*)<sup>55</sup>.

La previsione di una limitazione (*rectius* preclusione) del sindacato sulle scelte imprenditoriali nel contesto dei processi per responsabilità degli amministratori ha avuto una formalizzazione legislativa in Germania<sup>56</sup> e Spagna<sup>57</sup>, mentre in Italia ha trovato spazio, similmente a quanto avvenuto negli Stati Uniti, solo come forma di *self restraint* giurisprudenziale, attraverso un percorso più che cinquantennale segnato da fughe in avanti e ripensamenti.

In estrema sintesi, la prima formulazione del principio si deve ad una decisione della Cassazione del 1965<sup>58</sup>, che in termini estremamente rigorosi concludeva: «il giudice non può sindacare il merito degli atti e dei fatti compiuti dagli amministratori, o meglio non può giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o convenienza, poiché in tal modo egli sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato»<sup>59</sup>.

A fronte dell'affermazione solenne di un principio stringente rispetto al sindacato giudiziale, la sua applicazione era estremamente lassista, tanto da sollevare le critiche della dottrina coeva<sup>60</sup>: all'atto pratico il sindacato del merito delle scelte imprenditoriali si esplicava pienamente nel tessuto motivazionale.

Fino agli anni ottanta del secolo scorso, soprattutto nelle decisioni di merito, lo scrutinio sulle singole operazioni compiute dagli amministratori è risultato assai penetrante<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Sul punto, D. SEMEGHINI, *Il dibattito*, cit., p. 229.

<sup>56</sup> Su cui, G. MOLLO, *La business*, cit., p. 154.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Si tratta di Cass. civ., Sez. I, 12.11.1965, n. 2359, in *Giur. it.*, I, 1966, p. 401.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Per una ricostruzione sul punto si rinvia ad A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *A.G.E.*, p. 184.

<sup>61</sup> Per un approfondimento, anche per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a D. CESIANO, *L'applicazione*, cit., pp. 114-115.

A partire dagli anni novanta, invece, la giurisprudenza ha cominciato a porre limitazioni al proprio sindacato, attraverso il consolidamento di due fondamentali criteri di giudizio: (i) la possibilità di imputare il danno solo se prevedibile *ex ante* al momento dell'operazione; (ii) lo spostamento del *focus* della valutazione dalla diligenza dimostrata dalla fase decisionale (*i.e.* dal merito della scelta) alla fase cognitiva (*i.e.* all'assunzione delle dovute informazioni)<sup>62</sup>.

Con la riforma del 2003<sup>63</sup> delle disposizioni societarie e segnatamente degli obblighi degli amministratori<sup>64</sup>, si cristallizza in giurisprudenza – non solo come mera affermazione di principio – l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali: «all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico. Una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Donde consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e le circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità»<sup>65</sup>.

In questa prospettiva, è stato icasticamente osservato in dottrina che «gli amministratori sono responsabili se violano un dovere impo-

---

<sup>62</sup> Per tutti, D. CESIANO, *L'applicazione*, cit., pp. 116-117.

<sup>63</sup> Riforma avvenuta, come noto, con i d.lgs. 5 e 6/2003.

<sup>64</sup> Sulla responsabilità civile degli amministratori la bibliografia è sterminata: senza alcuna pretesa di completezza, tra le altre opere monografiche dedicate al tema, si segnalano al lettore, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003; C. MARCHETTI (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015; G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

<sup>65</sup> In questi termini Cass. civ., Sez. I, 30.1.2013, n. 3409, in *Leggi d'Italia*. In senso analogo, più di recente, Cass. civ., Sez. I, 7.10.2014 (dep. 2.2.2015), n. 1783, in *Le Soc.*, 2015, pp. 1317 ss., con nota di L. LOPEZ, *Discrezionalità degli amministratori di S.p.a., diligenza e dovere di agire in modo informato*.

sto dalla legge e tra questi non risulta quello di gestire senza commettere errori»<sup>66</sup>.

Paradigmaticamente, si ritiene diano luogo a responsabilità solo operazioni che «present[ino] un valore atteso negativo o, considerando anche l'incertezza delle possibili valutazioni, quando tra i diversi esiti alternativi non sussista un evento di valore positivo»<sup>67</sup>.

Non deve stupire, allora, che siano rari i casi in cui sia stata riconosciuta una responsabilità civile in capo agli amministratori e sempre a fronte di comportamenti al punto tale negligenti nella fase cognitiva da far ritenere probabile una più radicale violazione dell'obbligo di non agire in conflitto d'interessi<sup>68</sup>.

Spostando lo sguardo dal contenuto del principio alla sua *ratio*, la dottrina maggioritaria nordamericana<sup>69</sup> ha individuato la legittimazione della BJR in una prospettiva istituzionalista: i soggetti più adatti a compiere le scelte imprenditoriali sono il consiglio di amministrazione e i suoi delegati e attraverso la BJR si garantisce la sostanziale impermeabilità delle decisioni prese da costoro rispetto a fattori esterni, su tutti un sindacato giudiziale *ex post*, con i correlati rischi di *hindsight bias*<sup>70</sup>.

In parte diversa la prospettiva degli studiosi italiani, che hanno individuato una pluralità di ragioni, che possono qui solo compendiarsi, senza pretesa di completezza e per quanto è funzionale alla ricerca<sup>71</sup>, a fondamento della BJR.

<sup>66</sup> G. MOLLO, *La business*, cit., p. 147, che riprende le tesi formulate da F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., pp. 183 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, pp. 65 ss.

<sup>67</sup> Alla lettera A. TINA, *L'esonero*, cit., p. 76, cui si rinvia per i puntuali riferimenti alla dottrina.

<sup>68</sup> Sul punto D. GIANTI, *Responsabilità degli amministratori per mera violazione del dovere di diligenza*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 467.

<sup>69</sup> Si vedano le riflessioni di G.G. PERUZZO, *Business*, cit., p. 47, che richiama C. SUNSTEIN-A. VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, in *Mich. L. Rev.*, 2003, vol. 101, p. 885; W.O. HANEWICZ, *Primacy, Omniscare, and the Function of Corporate Law*, in *Tenn. L. Rev.*, 2004, vol. 71, p. 529.

<sup>70</sup> Per un approfondimento del concetto di *hindsight bias*, nella sterminata dottrina, si vedano tra gli altri, H.R. ARKES-C.A. SCHIPANI, *Medical malpractice vs the business judgment rule: Differences in hindsight bias*, in *Oregon Law Review*, 1994, pp. 587 ss.; K.A. KAMIN-J.J. RACHLINSKI, *Ex post ≠ ex ante: Determining liability in hindsight*, in *Law and Human Behavior*, vol. 19, n. 1, pp. 89 ss.; R.F. POHL, *Hindsight bias*, in R.F. POHL (ed.), *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, Hove, 2004, pp. 363 ss.

<sup>71</sup> Ovviamente non è questa la sede per assumere una posizione nel dibattito

(i) Alla base di tale limitazione può riconoscersi, in primo luogo, la necessità di scongiurare che il rischio imprenditoriale, per via dell'azione di responsabilità sociale, trasli dai soci all'amministratore, chiamato a rispondere delle operazioni che non abbiano riportato il ritorno economico atteso<sup>72</sup>.

(ii) Peraltro, secondo parte della dottrina<sup>73</sup>, la possibilità giudiziale di rivalutare *ex post* le scelte imprenditoriali disincentiverebbe l'innovazione e l'assunzione di rischi a favore di gestioni più conservative e secondo modelli consolidati.

(iii) Inoltre, è stato notato in un fondamentale scritto in materia<sup>74</sup> che «l'azione degli amministratori si svolge di fronte alla possibilità di diversi plausibili punti di equilibrio: che l'efficienza dell'impresa può perseguirsi, nel mondo reale in cui i mercati sono necessariamente imperfetti, in modi differenti, se si vuol dire realizzando diversi equilibri fra interessi interni ed esterni all'impresa»<sup>75</sup>.

Così il diverso bilanciamento tra interessi dei soci alla massimizzazione o alla stabilizzazione dei profitti<sup>76</sup> o persino alla chiusura dell'attività e dei creditori alla gestione conservativa del patrimonio (solo per citare alcune possibili variabili) non trova una soluzione ideale, ma più scelte possibili. È proprio la pluralità di punti di equilibrio plausibili che impone «la decisione imprenditoriale, che rappresenta, in effetti, sia la funzione essenziale e ineliminabile degli amministratori sia l'area cui propriamente si volge la *business judgment rule*»<sup>77</sup>.

Se così è, prosegue l'autorevole dottrina, ciò implica che un giudi-

---

sulla *ratio* e le funzioni della BJR, per cui si rimanda alle opere – tra le altre – di Peruzzo e di Semeghini già richiamate; ciò che qui ci si propone è di (provare a) porre in risalto le ragioni che possono offrire un contributo alla ricostruzione del sindacato in sede penale.

<sup>72</sup> Per tutti, G. MOLLO, *La business*, cit., p. 134.

<sup>73</sup> Si veda in, particolare, G.G. PERUZZO, *Business*, cit., p. 52, anche per gli ulteriori riferimenti alla dottrina italiana e nord-americana. Per una critica radicale a tale impostazione D. SEMEGHINI, *Il dibattito*, cit., pp. 215-216 per cui una giurisprudenza poco rigorosa in materia di azione di responsabilità sociale, unita al ricorso ad assicurazioni che coprono sotto ogni profilo la responsabilità degli amministratori, comporta un rischio di *moral hazard*.

<sup>74</sup> C. ANGELICI, *Interesse sociale*, cit.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 580.

<sup>76</sup> Sull'incidenza della propensione al rischio dei soci rispetto alla concretizzazione dell'interesse sociale si veda A. TINA, *L'esonero*, cit., pp. 50 ss. e bibliografia *ivi* richiamata.

<sup>77</sup> C. ANGELICI, *Interesse sociale*, cit., p. 583.

zio sull'operato degli amministratori interessi «non tanto l'esito della loro ricerca, quanto il processo secondo il quale si è svolta»<sup>78</sup>, esattamente ciò che garantisce la BJR, precludendo un sindacato che si spinga oltre la fase cognitiva dell'attività imprenditoriale.

(iv) Infine, riecheggiando in parte l'argomento istituzionalista, si è sostenuto che il giudice non possa assumere «l'inappropriato ruolo di "manager in surroga"»<sup>79</sup>, non avendone le competenze tecniche e trovandosi a giudicare a valle di un'operazione che ha avuto un esito negativo. Tale argomento, così formulato, appare senz'altro il meno convincente<sup>80</sup>, essendo tutt'altro che infrequente per il giudice trovarsi a sindacare il merito di materie complesse, in seguito ad azioni che siano esitate in un evento infausto e disvoluto: si pensi, paradigmaticamente, alla responsabilità medica<sup>81</sup>. Tuttavia, come è stato esattamente osservato, in campo imprenditoriale, «a differenza di quanto avviene per l'opera del medico, non è predefinibile un interesse tale da poter fare ritenere che la sua soddisfazione ovvero insoddisfazione rappresenti oggettivamente l'adempimento o l'inadempimento di un obbligo»<sup>82</sup>.

Non si pone, allora, un problema di imperizia del giudice – ché altrimenti non si comprenderebbe perché la stessa dovrebbe attingere solo la fase decisionale e non anche quella cognitiva<sup>83</sup> – quanto piuttosto di *incompetenza funzionale*, posta la necessità di non sovrapporre *ex post* la scelta discrezionale di un giudice a quella compiuta *ex ante* dall'imprenditore.

<sup>78</sup> Ivi, p. 580.

<sup>79</sup> L'espressione è di D. CESIANO, *L'applicazione*, cit., p. 112.

<sup>80</sup> Per una critica a tale argomentazione, tra gli altri, C. ANGELICI, *Interesse sociale*, cit., p. 583; G.G. PERUZZO, *Business*, cit., p. 65; D. SEMEGHINI, *Il dibattito*, cit., p. 214.

<sup>81</sup> Su cui pure, in effetti, non sono mancati i tentativi del legislatore di limitare il sindacato del giudice, attraverso esenzioni di responsabilità (si usa volutamente un termine ampio data la discussa collocazione sistematica degli interventi normativi) collegate al rispetto da parte del sanitario di linee-guida e buone pratiche, finalizzato ad arginare il fenomeno della medicina difensiva: si pensi, paradigmaticamente, alle cc.dd. leggi Balduzzi (art. 3, l. 189/2012) e Gelli-Bianco (art. 590 *sexies* c.p., introdotto dalla l. 24/2017). Per un quadro d'insieme, oltre che per approfondimenti bibliografici, si rinvia a M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e responsabilità delle cure*, Milano, 2017; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 7 giugno 2017.

<sup>82</sup> In questi termini, C. ANGELICI, *Interesse sociale*, cit., p. 583.

<sup>83</sup> Sviluppato l'argomento G.G. PERUZZO, *Business*, cit., p. 65.

In conclusione, stante l'impossibilità di individuare un unico bilanciamento tra gli interessi che gli amministratori o l'imprenditore compongono nella propria attività e la necessità di non comprimere la libertà d'impresa e la sua portata innovatrice, si è consolidata nella giurisprudenza civilistica l'applicazione della BJR, quale limite al sindacato giudiziale, che non può investire – in assenza di un conflitto di interessi – la fase decisionale, dunque, la 'scelta imprenditoriale', ma può riguardare esclusivamente il momento cognitivo.

### 5. *La possibilità di giudicare la 'decisione imprenditoriale' in sede penale: il dato di realtà oltre le affermazioni di principio*

Tornando al quesito inizialmente posto, ovvero se sia concesso un sindacato sulle scelte imprenditoriali, posto il margine di valutazione limitato alle sole fattispecie di bancarotta semplice patrimoniale<sup>84</sup>, la BJR dovrebbe costituire uno sbarramento insuperabile alla possibilità che il merito delle opzioni gestionali possa assumere rilevanza rispetto ai tipi penali.

A ben vedere, proprio la BJR potrebbe fornire importanti indicazioni rispetto ai confini delle ipotesi di cui all'art. 217 l. fall. e, segnatamente, dei concetti di "manifesta" o "grave imprudenza" e di "colpa grave": la colpevolezza dovrebbe radicarsi esclusivamente nella fase cognitiva, non potendo rimproverarsi il merito della scelta<sup>85</sup>.

Discorso simile può farsi per la condotta tipizzata al n. 2 dell'art. 224 l. fall.: il sindacato sulle decisioni imprenditoriali è precluso dall'assenza tra i doveri dell'amministratore dell'obbligo di «gestire senza commettere errori»<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> *Supra*, par. 3.

<sup>85</sup> Pur senza richiamare la BJR e con un percorso argomentativo costruito sulla necessità di garantire tipicità alla dimensione oggettiva della colpa, a soluzioni non dissimili perviene D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta*, cit., pp. 642 ss. Secondo l'A., l'art. 41 Cost. precluderebbe un sindacato di merito sulle decisioni imprenditoriali; tuttavia, si specifica che «questo potere di scelta va esercitato nell'osservanza di determinate "condizioni tecniche", la cui violazione può determinare una responsabilità colposa ai sensi dell'art. 217 l. fall.» (pp. 643-644); Il sindacato giudiziale dovrebbe svolgersi, nella prospettiva di Micheletti, sulla base di due parametri: (i) il rispetto degli strumenti di programmazione e controllo dell'attività imprenditoriale, previsti dalle scienze aziendalistiche (p. 644); (ii) la conformità dell'azione imprenditoriale alla programmazione stabilita, salvo una nuova programmazione (p. 645).

<sup>86</sup> G. MOLLO, *La business*, cit., p. 147, che sintetizza icasticamente la posizione di F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., pp. 183 ss.

Diversamente, prescindendo dall'innesto della BJR nelle fattispecie penali, si precluderebbe qualsiasi coerenza sistematica: una decisione imprenditoriale, rivelatasi *ex post* non vantaggiosa, non sarebbe sindacabile in sede di azione di responsabilità, ma potrebbe costituire il fondamento per l'applicazione di una pena criminale.

Ammettendo tale esito, la stessa BJR diverrebbe incapace di realizzare la propria funzione: di fronte alla minaccia di pena, la previsione di un *safe harbor* in sede civile non garantirebbe in nessun modo uno spazio di libertà imprenditoriale e la necessaria tutela per chi decida di assumere «iniziative “disusuali” [che] potrebbero valutarsi come frutto di imperizia o eccessivamente rischiose, erronee ed inopportune, oppure al contrario come coraggiose, lungimiranti o frutto di geniale intuizione»<sup>87</sup>.

Peraltro, per tale via, si lascerebbe un ambito di discrezionalità al giudice penale pressoché sconfinato, chiamato quale '*manager* in surroga' a compiere bilanciamenti tra interessi contrastanti, non solo dopo l'esito negativo di un'operazione, ma, ben più radicalmente, a seguito dell'insolvenza dell'ente o dell'imprenditore, quindi del fallimento *tout court* dell'attività.

Tuttavia, al di là delle premesse teoriche, la risposta al quesito formulato non è affatto univoca nella giurisprudenza penale, specie se lo sguardo si sposta dalle affermazioni di principio alle decisioni prese in concreto.

In effetti, non manca nell'insegnamento della Suprema Corte una presa di posizione piuttosto netta nel senso dell'insindacabilità della scelta imprenditoriale (diligentemente assunta): si tratta di una fondamentale decisione<sup>88</sup> con cui la Cassazione ha annullato una condanna per bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Nel caso *sub iudice*, il direttore generale di una società fallita era stato tratto a giudizio e ritenuto responsabile per una condotta dissipativa e, segnatamente, per aver acquistato la partecipazione totalitaria di un'altra società. In entrambi i gradi di merito si rimproverava all'imputato di aver compiuto il negozio: (i) sulla base «di una cattiva valutazione del mercato e del settore d'intervento della società acquisita»; (ii) sopravvalutando i benefici che l'inserimento dell'ente nel perimetro del gruppo acquirente poteva portare all'attività dello stesso; (iii) non considerando la rapida obsolescenza del *know how* ottenuto con l'operazione.

---

<sup>87</sup> In questi termini F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., p. 185.

<sup>88</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 16.1.2013, n. 18833, in *Leggi d'Italia*.

Il giudice di legittimità sottopone a puntuale censura il ragionamento alla base della condanna: «la motivazione così sviluppata sembra indirizzata a muovere aspre critiche all[’imputato] per le sue scelte imprenditoriali, sotto il profilo dell’adozione di una strategia dimostrativa di incapacità gestionale, piuttosto che a giustificare la condanna penale a titolo di bancarotta fraudolenta per dissipazione»<sup>89</sup>. D’altronde, prosegue la Corte, riecheggiando la *summa divisio* tracciata da Pedrazzi<sup>90</sup>, «la condotta dissipativa consiste nello sperpero del patrimonio aziendale per scopi del tutto estranei all’impresa»<sup>91</sup>.

Dunque, pur in presenza di incapacità gestionale, ove l’operazione abbia una finalità imprenditoriale, è preclusa una contestazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Al di là di tale affermazione di principio, assai più frequenti sono le decisioni in cui la Suprema Corte avalla sentenze di merito che fondano la responsabilità – relativa ad ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale o societaria, più che semplice – su un radicale sindacato della decisione imprenditoriale.

Il filone giurisprudenziale più significativo di tale orientamento può essere identificato con le pronunce di condanna dell’imprenditore che cede al giusto prezzo *asset* societari, in una prospettiva di monetizzazione del cespite per soddisfare i creditori.

Prescindendo dall’incerta qualificazione della condotta come distrattiva, dissipativa o quale operazione dolosa che cagiona (o aggrava) il fallimento<sup>92</sup>, l’insegnamento costante è nel senso che «la cessione di beni patrimoniali è *attività legittima* quando sia destinata alla *realizzazione delle finalità dell’impresa*. Valutazione che deve essere accertata in concreto, tenendo presente che il criterio discrezionale sulla legittimità della manovra va riferito all’interesse dell’impresa all’esitazione della porzione di ricchezza in vista, comunque, dell’*integrità del suo patrimonio* (garanzia dei creditori, *ex art. 2740 c.c.*) nel suo complesso»<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 515, *supra*, par. 2.

<sup>91</sup> Alla lettera, Cass. pen., Sez. V, 16.1.2013, n. 18833, cit.

<sup>92</sup> Per una sostanziale indifferenza – nella prospettiva giurisprudenziale, ovviamente non condivisibile dogmaticamente – nella sussunzione della condotta in parola nelle ipotesi di distrazione, dissipazione o operazione dolosa che cagiona (o aggrava) il fallimento, si veda per tutte, Cass. pen., Sez. V, 1.4.2015, n. 24024, in *Leggi d’Italia*.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

Tuttavia, prosegue la Corte, per escludere la tipicità del fatto, non è sufficiente l'acquisizione di una controprestazione sinallagmatica, se la cessione del bene comporta per l'ente «la perdita della capacità di perseguire utilmente l'oggetto sociale»<sup>94</sup>.

Tale passaggio motivo<sup>95</sup>, sostanzialmente ripreso testualmente da altre decisioni del Giudice di legittimità<sup>96</sup>, mostra plasticamente la pervicacia del sindacato giurisprudenziale: non è sufficiente che il singolo o il complesso di beni siano venduti al giusto prezzo, per cui l'operazione risulti neutrale per il patrimonio dell'impresa in una *dimensione statica*, ma è altresì necessario, in una *visione dinamica*, che l'oggetto della cessione non fosse essenziale al proseguimento dell'attività e il suo mantenimento non fosse più efficiente che la sua alienazione.

Il sindacato giudiziale così non solo si incardina sulla stessa 'decisione imprenditoriale', ma si ambienta addirittura nell'alveo delle ipotesi di bancarotta fraudolenta: si crea un'identità tra 'cattiva scelta imprenditoriale' e 'scelta non imprenditoriale'.

Tale identità pare costituire un sicuro motivo di scarsa applicazione della bancarotta semplice, avendo le ipotesi fraudolente attratto quelle condotte di 'cattiva gestione', eventualmente riconducibili agli artt. 217 e 224 l. fall.

In questa prospettiva, le poche decisioni della Suprema Corte in tema di bancarotta semplice mirano a districare i rapporti tra tale fattispecie e le previsioni fraudolente, utilizzando sempre quale criterio la finalizzazione dell'operazione agli interessi dell'impresa: tutta-

---

<sup>94</sup> *Ibidem* (corsivi aggiunti).

<sup>95</sup> Per maggiore puntualità si riporta l'intero snodo motivazionale di Cass. pen., Sez. V, 1.4.2015, n. 24024, qui d'interesse (e solo in parte ripreso nel corpo del testo): «la cessione di beni patrimoniali è *attività legittima* quando sia destinata alla *realizzazione delle finalità dell'impresa*. Valutazione che deve essere accertata in concreto, tenendo presente che il criterio discrezionale sulla legittimità della manovra va riferito all'interesse dell'impresa all'esitazione della porzione di ricchezza in vista, comunque, dell'*integrità del suo patrimonio* (garanzia dei creditori, ex art. 2740 c.c.) nel suo complesso. Pertanto non sussiste alcun illecito se con la cessione viene realizzata una finalità aziendale (per es. raccolta di liquidità in ragione di pendenze debitorie) e viene conservata, con l'acquisizione della controprestazione offerta dal cessionario, l'ammontare quantitativo del patrimonio sociale. Diversamente è a dirsi se, con la perdita della disponibilità del cespite, si *priva l'organismo* non soltanto di una porzione di ricchezza, ma anche *della capacità di perseguire utilmente l'oggetto sociale*».

<sup>96</sup> Sostanzialmente in termini identici, tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 10.1.2012, n. 10778, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 8.3.2016, n. 30343, in *Leggi d'Italia*.

via, svuotato il criterio dell'interesse dell'impresa della sua capacità dirimente, attraverso la parificazione delle 'cattive scelte imprenditoriali' alle 'scelte non imprenditoriali', esso diventa privo di selettività e la sussunzione del fatto nell'una (artt. 216-223 l. fall.) o nell'altra (artt. 217-224 l. fall.) incriminazione del tutto arbitraria.

Buona dimostrazione di tale assunto si ha considerando che una operazione identica – affitto di azienda, ricomprendente l'intera impresa, per un canone incongruo – sia stata qualificata dalla Cassazione in una decisione come condotta distrattiva<sup>97</sup> (216, comma I, l. fall.) in un'altra come gravemente imprudente<sup>98</sup> (art. 217, n. 2, l. fall.), sulla base del medesimo principio discreitivo.

## **6. I termini del sindacato sulle decisioni imprenditoriali: l'operatore economico nel labirinto**

Oltre all'*an*, ciò che merita di essere indagato è il *quomodo* del sindacato nell'individuazione della 'cattiva scelta imprenditoriale': guardando oltre l'apparente coerenza della giurisprudenza appena analizzata, relativa alla cessione di un cespite al giusto prezzo<sup>99</sup>, l'agente,

---

<sup>97</sup> Secondo Cass. pen., Sez. V, 9.10.2008, n. 44891, in *CED Rv.* 241830, «costituisce condotta idonea ad integrare un fatto distrattivo riconducibile all'area d'operatività dell'art. 216, comma primo, n. 1, legge fall., l'affitto dei beni aziendali per un canone incongruo (nella specie, peraltro, il complesso dei beni affittati esauriva il compendio aziendale dell'impresa, per cui n'era derivata l'impossibilità per l'impresa stessa di proseguire nella propria attività economica)».

<sup>98</sup> In questo senso, Cass. pen., Sez. V, 20.3.2003, n. 24231, in *CED Rv.* 225937 per cui «ai fini del reato di cui all'art. 217 comma primo n. 2 legge fallimentare, operazioni di grave imprudenza sono quelle caratterizzate da alto grado di rischio, prive di serie e ragionevoli prospettive di successo economico, le quali, avuto riguardo alla complessiva situazione dell'impresa, oramai votata al dissesto, hanno il solo scopo di ritardare il fallimento. (Nel caso di specie, la S.C. ha condiviso l'interpretazione del giudice di merito che aveva considerato gravemente imprudenti alcune operazioni negoziali poste in essere da una società in stato di dissesto, e precisamente la locazione dell'intera azienda in favore di altra società, che non offriva peraltro serie garanzie di solvibilità, e per un canone locativo di gran lunga inferiore rispetto al valore dei beni locati; un contratto estimatorio mediante il quale la merce di magazzino era immediatamente consegnata all'altra società, con facoltà per quest'ultima di acquistarla per sé, venderla a terzi o restituirla alla controparte; una cessione di contratti relativi a beni oggetto di locazione finanziaria detenuti dalla stessa società cedente)» (corsivi aggiunti).

<sup>99</sup> Si tratta, in particolare, di Cass. pen., Sez. V, 16.1.2013, n. 18833, cit.

che voglia *ex ante* conoscere il confine di liceità della sua attività, si ritrova perso in un labirinto<sup>100</sup>.

Si è visto che, secondo la Cassazione, sarebbe lecita: (i) l'operazione che sia «destinata alla realizzazione delle finalità dell'impresa» (*rectius*, dell'interesse sociale), (ii) comunque non in contrasto con la garanzia accordata ai creditori sul patrimonio del debitore *ex art.* 2740 c.c., (iii) e che non incida sulla «capacità di perseguire utilmente l'oggetto sociale».

Orbene, si tratta di indicazioni vacue e, all'atto pratico, persino contraddittorie.

Autorevole dottrina societaria<sup>101</sup> ha escluso – con argomenti condivisibili – che sia possibile identificare un unico interesse sociale, dovendo le scelte degli amministratori costituire sempre l'esito di un delicato bilanciamento tra interessi degli *shareholders* e degli *stakeholders*: a parità di condizioni devono considerarsi legittime (e insindacabili) una gamma di diverse decisioni.

In concreto, infatti, i vettori della scelta imprenditoriale si muovono in direzioni spesso antitetiche, con ciò portando ad ipotizzare più che un punto, uno spazio di equilibrio: «tra l'obiettivo della massimizzazione del valore dell'impresa e quello della salvaguardia dei creditori sussiste un rapporto di *trade-off*, dato che non esiste un punto di equilibrio in grado di soddisfare entrambi gli obiettivi (in considerazione del fatto che il valore potenzialmente creabile a favore dei soci è infinito, mentre il valore necessario a soddisfare i crediti è fisso)»<sup>102</sup>.

Per di più, il peso sulla bilancia del piatto dei soci e di quello dei creditori muta a seconda dello *stato di salute* dell'impresa; è stato osservato, infatti, che «in assenza di pericoli per la continuità aziendale, secondo l'impostazione dominante, l'interesse (o, meglio, gli interessi) dei soci è l'obiettivo dell'agire sociale, mentre quello dei creditori ne costituisce solo un limite; in una situazione di crisi dell'impresa, l'interesse dei creditori assume un ruolo primario e quello dei soci degrada a limite dell'azione della società»<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Il riferimento è alla metafora che dà il titolo all'opera di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>101</sup> Per tutti, anche per i necessari riferimenti alla dottrina, C. ANGELICI, *Interesse sociale*, cit., pp. 574-575.

<sup>102</sup> Alla lettera, G.G. PERUZZO, *Business*, cit., 145.

<sup>103</sup> In questi termini, R. SACCHI, *La responsabilità*, cit., p. 320.

Il quadro acquisisce tratti di ulteriore complessità ove si assuma la prospettiva dell'*extraneus*, controparte dell'impresa fallita nell'operazione imprenditoriale, che pacificamente può concorrere nel reato proprio con il soggetto qualificato<sup>104</sup> e che, al contempo, è destinatario privilegiato dei precetti contenuti nell'art. 232 l. fall.<sup>105</sup>

La particolare criticità che tale figura pone ai nostri fini è acuita ove l'estraneo sia, a sua volta, un imprenditore o un amministratore (o abbia un ruolo a questi equiparato): costui sarà, per definizione, portatore di un interesse di segno opposto a quello della controparte fallita, dovendo massimizzare il proprio profitto, pena una violazione del proprio dovere di diligenza.

Per dirla in breve, nella prospettiva del terzo: da un canto, tanto peggiori saranno per la fallita le condizioni contrattuali stabilite, tanto meglio avrà adempiuto al proprio compito di massimizzare i profitti; d'altro canto, però, un'operazione troppo sbilanciata a proprio favore rischia di sconfinare in quella condotta di 'cattiva gestione', attratta dalla giurisprudenza nel perimetro della bancarotta fraudolenta, affacciando un rischio d'imputazione non solo per l'imprenditore o l'amministratore della fallita, ma anche per l'*extraneus*, a titolo concorsuale (artt. 216 e 223 l. fall.) o monosoggettivo (232 l. fall.)<sup>106</sup>.

Provando a tracciare un primo compendio, preso atto, al di là delle affermazioni di principio, che la giurisprudenza penale tende a sindacare il merito delle decisioni imprenditoriali, diviene necessario individuare i criteri con cui procede al giudizio e sottoporli ad un vaglio critico.

In quest'ottica sono ipotizzabili tre fondamentali variabili, che possono concorrere a delineare la criteriologia dello scrutinio: (i) la qualifica dell'autore (imprenditore, amministratore, soggetti equiparati, *extraneus*); (ii) il riconoscimento di una prevalenza dell'interesse alla ricerca del profitto o alla tutela dei creditori; (iii) lo *stato di salute* dell'impresa al momento dell'azione.

---

<sup>104</sup> Sul concorso dell'*extraneus* nei reati fallimentari si vedano, in particolare, G. COCCO, *Il concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Studi economico-giuridici: in memoria di Lino Salis*, Torino, 2000, pp. 287 ss.; G. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 817 ss. Più in generale, sul concorso dell'estraneo nel reato proprio restano fondamentali, M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004 (in particolare pp. 347 ss.) e S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987 (segnatamente pp. 394 ss.).

<sup>105</sup> Su cui *infra*, in questo capitolo, par. 7.

<sup>106</sup> *Funditus, infra*, par. 7.

Ciò che si vuole analizzare è come la declinazione delle tre variabili, possibile per ogni operazione economica, rimandi un modello di incriminazione differente quanto (a) alla tipologia e alla profondità del sindacato giudiziale e specularmente (b) in relazione al rischio d'incriminazione per l'agente.

Per addivenire a tale risultato, un passaggio obbligato è quello di valutare partitamente – ci sia consentito – le 'variabili delle variabili', cioè il contenuto di ciascun elemento incidente sulla valutazione della decisione imprenditoriale.

### 7. La qualifica dell'autore e l'interesse di cui è portatore: il peculiare caso dell'*extraneus*

Prendendo l'abbrivio dall'autore del fatto e limitando l'analisi al perimetro qui d'interesse, possono distinguersi tre modelli di responsabilità e di rischio d'incriminazione per le scelte imprenditoriali propri delle disposizioni penali-fallimentari relativi a: (i) l'imprenditore e i soggetti equiparati; (ii) l'amministratore di società e i soggetti equiparati; (iii) l'*extraneus*.

I primi due paradigmi sono già stati oggetto di analisi<sup>107</sup>. Ciò che qui si può aggiungere è che l'espansione della morsa punitiva della bancarotta fraudolenta, unitamente al sostanziale disinteresse della giurisprudenza per la corretta sussunzione delle condotte di 'cattiva gestione' nelle fattispecie di bancarotta distrattiva, dissipativa piuttosto che per operazioni dolose, ha sostanzialmente azzerato – ai nostri fini – le differenze tra bancarotta propria e impropria, nonché tra bancarotta semplice e fraudolenta.

Più fecondo pare allora in questa sede porre l'attenzione sui profili di possibile responsabilità penale dell'*extraneus*, controparte dell'imprenditore o della società falliti, connessi al sindacato sulla scelta imprenditoriale da questi compiuta.

Guardando al tessuto normativo, il terzo che – al di fuori di condotte fraudolente o appropriative<sup>108</sup> – stipuli un negozio con l'impre-

---

<sup>107</sup> *Supra*, par. 3, ovviamente, negli stringenti limiti di utilità per il prosieguo del percorso espositivo.

<sup>108</sup> Si fa riferimento alle condotte tipizzate nell'art. 232, comma III, n. 2, di distrazione o ricettazione di beni dell'imprenditore o dell'ente fallito, non ovviamente all'acquisto di beni a prezzi notevolmente inferiori al valore di mercato, c.d. vendita speculativa, di cui si dirà a breve nel corpo del testo.

sa fallita, dovrebbe rispondere esclusivamente ove abbia acquistato beni ad un “prezzo notevolmente inferiore al valore corrente”, se a conoscenza dello stato di dissesto del cedente (art. 232, comma III, n. 2, e comma IV l. fall., c.d. vendita speculativa<sup>109</sup>).

Il legislatore ha introdotto, per tale via, un limite alla libertà imprenditoriale del soggetto terzo, che può (dall’angolo visuale del diritto penale) contrattare anche con persone od enti in stato di dissesto, sfruttando persino tale informazione, con la sola preclusione di concludere un accordo sinallagmatico eccessivamente sbilanciato a proprio favore.

Tuttavia, la disciplina onnivora e iper-effettiva del concorso di persone nel reato<sup>110</sup> unitamente all’identità tra ‘cattiva scelta imprenditoriale’ e ‘scelta non imprenditoriale’ hanno azzerato la portata pre-cettiva e selettiva della fattispecie di vendita speculativa<sup>111</sup>, a tutto

---

<sup>109</sup> Per un’analisi dell’incriminazione in parola si vedano, tra gli altri, E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 378 ss.; G. COCCO, *Commento sub art. 232*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1297; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 207-208; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, p. 301 ss.; A. ROSSI VANNINI, *Commento sub art. 232*, in A. ROSSI VANNINI-N. MAZZACUVA, *Disposizioni penali. Tomo III*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1997, pp. 1 ss.

<sup>110</sup> Per una critica radicale alla disciplina del concorso di persone, che revoca in dubbio persino il rispetto del principio di riserva di legge, si vedano, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, pp. 58 ss.; G. VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 34, ove afferma: «l’art. 110 del codice Rocco è a mio avviso la disposizione più anticostituzionale che esista nell’ordinamento penale italiano. Dal momento in cui è entrata in vigore la Costituzione tale disposizione contraddice in modo flagrante l’art. 25 comma secondo, che per costante dottrina e giurisprudenza vuole che la determinatezza del precetto sia elemento essenziale del principio di legalità. L’art. 110 viola il principio di determinatezza, ma anche il principio costituzionale di eguaglianza. Staccandosi da tutti i codici di tradizione latinogermanica, tradizione della quale il codice Zanardelli fu mirabile interprete (nonostante alcuni difetti secondari che nessuno intende negare), il codice Rocco annega ogni criterio di razionalità in un indistinto rapporto di causalità (con un solo irrilevante spiraglio, per giunta facoltativo, nel primo comma dell’art. 114), omettendo del tutto una descrizione e persino una menzione delle condotte punibili e parificando, contro eguaglianza e giustizia, tutte le ipotetiche e non descritte condotte integranti concorso nel reato. L’art. 110 non ha fatto che gettare semi di ingiustizia, di confusione e di incomprensione».

<sup>111</sup> Risultano allo scrivente sul *CED* della Cassazione solo quattro massime, anche piuttosto risalenti, incentrate sui tratti tipici della vendita speculativa, ovvero: Cass. pen., Sez. V, 15.12.1993, n. 2056 (dep. 19.2.1994), in *CED Rv.* 197269; Cass. pen., Sez. V, 22.10.1991, n. 863 (dep. 29.1.1992), in *CED Rv.* 189585; Cass.

vantaggio, ancora una volta, dell'attrazione anche delle condotte del terzo nell'alveo della bancarotta distrattiva, dissipativa o per operazioni dolose del soggetto qualificato, legato all'impresa fallita<sup>112</sup>.

In questa prospettiva, le decisioni che provano a porre il confine si risolvono quasi sempre nell'affermazione della possibilità di contestare il delitto di cui all'art. 232, comma III, n. 2, l. fall. solo ove non sussista un concorso – principalmente nella forma dell'accordo – tra l'imprenditore o l'amministratore dell'impresa assoggettata a procedura concorsuale e il terzo<sup>113</sup>.

Ebbene, se è possibile immaginare un'aggressione unilaterale al patrimonio della fallita da parte dell'*extraneus* nell'ipotesi della distrazione, paradigmaticamente qualora il terzo abbia il possesso dei beni, ciò pare impossibile rispetto alla vendita speculativa: per definizione, trattandosi di un contratto, è requisito fondamentale *ex art.* 1321 c.c. l'incontro della volontà delle parti sul sinallagma negoziale.

In quest'ottica è evidente che, conoscendo i termini contrattuali e volendo entrambe le parti la cessione del bene al prezzo pattuito, non è possibile escludere la rappresentazione e la volontà comune di contribuire causalmente alla 'cattiva scelta di gestione', che integra – nell'esegesi qui criticata – il concorso in una condotta distrattiva, dissipativa o in un'operazione dolosa<sup>114</sup>.

pen., Sez. V, 14.5.1976, n. 12229, in *CED Rv.* 134842; Cass. pen., Sez. V, 25.2.1976, n. 5740, in *CED Rv.* 134232.

<sup>112</sup> In senso adesivo, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., pp. 69 ss.

<sup>113</sup> In generale, sul ruolo dell'accordo per discernere tra concorso dell'*extraneus* nella bancarotta fraudolenta e autoria del delitto di ricettazione pre-fallimentare (anche oltre le ipotesi di vendita speculativa, si vedano, tra le decisioni più recenti: Cass. pen., Sez. V, 23.6.2016, n. 42572, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 18.11.2014, n. 13890 (dep. 1.4.2015) in *Leggi d'Italia*; si tratta tuttavia di un insegnamento con radici lontane, si veda, paradigmaticamente, Cass. pen., Sez. V, 6.4.1973, n. 5648, in *CED Rv.* 124710, per cui: «La ricettazione pre-fallimentare, anche se non è stabilito espressamente, come nel caso della ricettazione post-fallimentare, deve realizzarsi fuori dei casi di concorso nel delitto di bancarotta. Altrimenti, per effetto delle regole sul concorso di reati, l'imprenditore e l'estraneo dovrebbero entrambi rispondere di bancarotta fraudolenta e il delitto di ricettazione non avrebbe alcuna autonomia. Esso è dunque condizionato all'inesistenza di un accordo con l'imprenditore». In dottrina, pone l'accento sulla capacità discretiva dell'accordo, in particolare, G. COCCO, *Il concorso dell'estraneo*, cit., pp. 295 ss.

<sup>114</sup> Sul punto non convince la posizione di C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 651, per cui il terzo risponderebbe sempre di vendita speculativa, «a meno che, eccedendo dal suo ruolo contrattuale, non faccia opera di istigazione». Non si comprende, da un canto, perché tra le forme di concorso morale sarebbe rilevan-

Nella prospettiva del diritto vivente, sarebbe possibile<sup>115</sup> rompere il legame concorsuale e scindere la condotta dell'*extraneus* da quella dell'*intraneus*, solo ove quest'ultimo sia in grado di giustificare il *rationale* economico della vendita ad un prezzo notevolmente inferiore a quello corrente: si dovrebbe offrire la *probatio diabolica* che la vendita non rappresenti una scelta gestionale degna di emenda; per tale via, non sarebbe contestabile la bancarotta fraudolenta al soggetto qualificato e la responsabilità del terzo sarebbe ricondotta all'incriminazione di vendita speculativa.

Forse per la natura di dimostrazione quasi impossibile, rarissimi sono gli arresti di legittimità editi in cui sia stata esclusa la realizzazione plurisoggettiva dell'art. 216 l. fall. a favore della consumazione monosoggettiva del meno grave illecito di cui all'art. 232, comma III, n. 2, l. fall.<sup>116</sup>: in tali decisioni non è, per di più, chiarito per quali ragioni sia stata compiuta tale qualificazione dai giudici di merito, né la stessa è posta in qualsiasi termine in discussione in sede di legittimità.

Tuttavia, le decisioni in materia di vendita speculativa, per quanto numericamente poco significative, offrono uno spunto di sicuro interesse per il presente studio.

Segnatamente, la giurisprudenza<sup>117</sup> ha ritenuto che la nozione di "valore corrente" sia liberamente apprezzabile dal decidente, sulla base di tutte le circostanze di fatto del caso concreto (quindi, ben oltre e indipendentemente dal solo prezzo di mercato). Ulteriormente, nell'esercizio della propria discrezionalità, specifica la Corte<sup>118</sup>, il decidente non è affatto vincolato dall'art. 1448 c.c., avendo scelto il legislatore di non vincolare il giudice con criteri predeterminati<sup>119</sup>.

---

te soltanto l'istigazione e non l'accordo; dall'altro, non sembra individuabile *l'ubi consistam* di un "eccesso del ruolo contrattuale": l'instaurare una trattativa sul prezzo, portandolo al di sotto dell'iniziale richiesta del venditore è un eccesso contrattuale? Oppure è necessaria una condotta (violenza, dolo, ecc.) che renda nullo, annullabile o rescindibile il negozio?

<sup>115</sup> Si tratta di una mera ipotesi dello scrivente, formulata sulla base dell'insegnamento giurisprudenziale delineato.

<sup>116</sup> Oltre alle decisioni già richiamate alla nota 111, anche Cass. pen., Sez. V, 18.11.2014, n. 13890 (dep. 1.4.2015, in *Leggi d'Italia*, in cui la Suprema Corte ha annullato con rinvio la decisione che aveva riconosciuto la responsabilità per bancarotta patrimoniale distrattiva in capo all'*extraneus* acquirente del bene.

<sup>117</sup> Per tutte, Cass. pen., Sez. V, 22.10.1991, n. 863 (dep. 29.1.1992), cit.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> Tale conclusione ha trovato l'avallo di parte degli studiosi, per cui la vendita speculativa, rappresentando, secondo autorevole dottrina (P. NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit., 236) una forma di usura, non tollerebbe alcuna limitazione al

Ciò che qui merita di essere segnalato è che l'art. 1448 c.c. consente la rescissione del contratto per l'ipotesi in cui vi sia sproporzione tra le prestazioni sinallagmatiche, dipesa dallo sfruttamento da parte di un contraente dello stato bisogno dell'altro<sup>120</sup>.

Il capoverso della norma in parola, limita l'esercizio dell'azione rescissoria alle sole ipotesi in cui il vantaggio del *contraente forte* «ced[a] la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto».

Attualizzando il portato di tale previsione ai nostri fini, sulla base della disciplina privatistica, è possibile per un contraente liberarsi dalle obbligazioni di una vendita, che ha trovato il proprio *humus* in uno stato di bisogno di una parte e si caratterizzi per un sinallagma fortemente impari, solo ove il prezzo pattuito sia inferiore alla metà del valore del bene al momento dell'accordo.

Già da questi spunti appare che anche rispetto all'*extraneus* si delinei in sede penale un sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali penetrante nell'*an* e discutibile nel *quomodo*, *potenzialmente* più stringente persino di quello affidato al giudice civile (non diversamente da quanto avviene per gli amministratori in relazione alle tutele offerte dalla BJR in sede di azione di responsabilità).

A ben vedere, però, la disciplina del concorso di persone espone l'*extraneus* ad un rischio d'incriminazione assai più elevato ed incisivo sulle proprie decisioni imprenditoriali, giacché un eventuale rimprovero si innesta – paradossalmente – proprio su quelle operazioni in cui costui abbia realizzato un risultato eccelso per sé o per l'ente che ha il compito di gestire.

## 8. Interesse dell'impresa vs interesse dei creditori: il problema del bene giuridico tutelato

Affrontare la seconda variabile richiede di individuare come la giurisprudenza abbia sciolto l'enigma che si è visto segnare la decisione imprenditoriale: l'agente deve far prevalere l'interesse d'impresa o quello dei creditori?

---

sindacato del giudice penale sulla valutazione del prezzo, nemmeno quella prevista dall'art. 1448 c.c. (per tale conclusione, A. ROSSI VANNINI, *Commento sub art. 232*, cit., 42 ss.).

<sup>120</sup> In tema, G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962; G. MARINI, *Rescissione del contratto: diritto vigente*, Milano, 1988; B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, Milano, 2000.

Volendo tradurre (*rectius* traslare) le logiche del diritto societario nella materia criminale, non sembrerebbe azzardato tentare di tracciare un parallelismo tra l'interesse che l'imprenditore o l'amministratore devono privilegiare nelle proprie scelte (poi oggetto di verifica giudiziale) e il bene giuridico protetto dalle fattispecie incriminatrici.

Un esempio può aiutare la comprensione dell'ipotesi di lavoro. Il concetto di distrazione è etimologicamente una nozione relazionale, risolvendosi nel sottrarre qualcosa ad una funzione. Ebbene, il perimetro di tipicità dell'art. 216 l. fall. muta significativamente ove la funzione del bene sia quella produttiva, diretta alla massimizzazione del profitto, o quella di garanzia dei creditori; parallelamente, cambia l'interesse che l'agente deve privilegiare nelle sue scelte per ridurre il rischio di essere incriminato, ove si ponga una non perfetta coincidenza (o, più radicalmente un conflitto) tra interessi interni ed esterni all'ente<sup>121</sup>.

È orientamento consolidato della Suprema Corte<sup>122</sup> e insegnamento maggioritario in dottrina<sup>123</sup>, risalente già agli scritti di Delitala<sup>124</sup> addirittura precedenti all'attuale l. fall., che il bene giuridico tu-

---

<sup>121</sup> Sul bilanciamento degli interessi in conflitto come matrice di disciplina fondamentale del diritto concorsuale e, conseguentemente, del diritto penale fallimentare, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., p. 19.

<sup>122</sup> Tra le decisioni più recenti in materia di bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare (propria e impropria) possono ricordarsi: Cass. pen., Sez. V, 21.6.2017, n. 48102, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 24.3.2017, n. 17819, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 28.2.2017, n. 14846, in *Leggi d'Italia*. Tale conclusione si rinviene anche in Corte cost., ord., 18.5.1989, n. 268.

<sup>123</sup> Pur con sfumature diverse, aderiscono a tale impostazione, tra gli altri e senza pretesa di completezza, E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 305 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 49 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 92 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., pp. 188 ss.; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 423 ss.; ID., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, cit., pp. 971 ss.; A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., pp. 13 ss.; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, p. 333; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, pp. 374-375.

<sup>124</sup> Si vedano G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, I, 1926, pp. 437 ss.; ID., *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935; ID., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Riv. pen.*, 1935, pp. 279 ss.; i predetti scritti sono stati ripubblicati in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti. Diritto penale, vol. II*, Milano, 1976, cui si farà riferimento per le successive citazioni.

telato dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale sia l'interesse privatistico-patrimoniale dei creditori alla garanzia su tutti i beni esecutabili del debitore (imprenditore o società). Una garanzia da intendersi in senso dinamico, come conservazione di valore, non già statico, in quanto riferita a singoli beni <sup>125</sup>.

Tra le impostazioni minoritarie <sup>126</sup> d'interesse per l'indagine vi è la posizione di quegli autori <sup>127</sup> che, pur con sfumature in parte diverse, hanno individuato nell'impresa e nel suo buon andamento il bene giuridico protetto dalle fattispecie di bancarotta. Segnatamente, guardando alla più recente formulazione della tesi, è stato sostenuto che «la bancarotta presidia la gestione economica dell'impresa mentre il fallimento ne garantisce la permanenza in vita solo in caso di vitalità economica. Proprio perché le norme sulla bancarotta presidiano dall'interno l'obbligo di gestione fornita di significato economico dell'impresa (l'obbligo di profitto) esse possono essere considerate norme di principio sullo "statuto" dell'impresa e, per molti versi, sovraordinate alla disciplina del fallimento, che è un istituto che, nel suo nucleo essenziale e caratterizzante, sancisce la necessità di cessazione dell'impresa che sia diventata un'"istituzione" che, invece di produrre, distrugge ricchezza» <sup>128</sup>.

In questa prospettiva «le fattispecie di bancarotta concorrono infatti "dall'interno", insieme all'istituto del fallimento che vi concorre "dall'esterno", alla tutela dell'istituzione impresa, alla tutela cioè, della credibilità – del vero e proprio credito – e della corretta destinazione economica dell'impresa stessa e, con essa, della propria centrale funzione sociale. L'impresa risponde ad un interesse oggettivo che è quello del proprio stesso funzionamento e durata nel tempo e che

<sup>125</sup> Per tutti, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., p. 974, che riprende la tesi di G. DELITALA, *L'oggetto*, cit., p. 836.

<sup>126</sup> Non appare utile riprendere tutte le tesi formulate in dottrina sul punto, essendo state già oggetto di approfondita analisi in altri scritti, cui il lettore interessato potrà guardare, tra cui, solo per citarne alcuni, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., pp. 976 ss.; A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., pp. 5 ss., e più di recente, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., pp. 142 ss.

<sup>127</sup> La prima formulazione di tale impostazione risale ad A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 17 (il riferimento è alla ripubblicazione); in senso adesivo, P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998; pur con dei distinguo rispetto agli Autori precedenti e con una serrata critica al concetto stesso di bene giuridico, U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia (Roma), 2015, *passim*, in particolare, pp. 115-122 e 369. Alla posizione di Pioletti aderisce N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 14 ss.

<sup>128</sup> U. PIOLETTI, *Lineamenti*, cit., p. 122.

consiste nel produrre ricchezza o, in altri termini, profitto»<sup>129</sup>.

Dunque, secondo tale ricostruzione dogmatica, le fattispecie di bancarotta dovrebbero costituire, da un canto, la bussola per le decisioni imprenditoriali degli operatori economici e, dall'altro, fungere da meccanismo di selezione naturale delle imprese e degli imprenditori più efficienti, attraverso l'incriminazione di tutte le condotte che volontariamente o solo oggettivamente non si siano rivelate idonee a produrre ricchezza<sup>130</sup>.

Non è un caso, allora che, in questa prospettiva, si affermi che non debba essere posto alcun limite al sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali<sup>131</sup>.

Orbene, ci pare che la tesi appena esposta non sia affatto condivisibile.

In ordine all'individuazione del bene giuridico, restano insuperate le critiche a tale impostazione formulate da Pedrazzi<sup>132</sup> e, ancora prima, da Delitala<sup>133</sup>: parafrasando quest'ultimo «non si deve confondere il motivo della tutela con l'interesse tutelato, l'oggetto immediato del reato con quello mediato», giacché non vi è dubbio che, tutelando il credito, si tuteli indirettamente il buon andamento dell'impresa, sia di quella debitrice che di quella creditrice.

Tuttavia, da tale affermazione non può concludersi che l'impresa sia bene giuridico delle condotte di bancarotta: se, infatti, per usare l'espressione di Delitala, l'interesse immediato fosse l'incriminazione dell'imprenditore infedele o incapace, non si comprenderebbe perché attendere la dichiarazione di fallimento o pretendere, addirittura, un nesso causale tra l'operazione economica e il dissesto, esaurendosi l'intero disvalore del fatto in quello di condotta.

Non si intende poi come dalle fattispecie di bancarotta potrebbe trarsi il *vademecum* del "buon imprenditore" né come un penetrante sindacato *ex post* sulle decisioni imprenditoriali potrebbe agevolare l'efficienza degli operatori economici: gli studi di *law and econo-*

---

<sup>129</sup> *Ivi*, p. 369.

<sup>130</sup> In particolare, sostiene U. PIOLETTI, *Lineamenti*, cit., p. 399: «nella condotta di bancarotta patrimoniale – sia essa dolosa o colposa – non si esprime l'interesse dell'impresa, ma un "interesse" diverso e non compatibile con quello dell'impresa oppure, come nelle condotte di bancarotta semplice, semplicemente un contrasto oggettivo con l'interesse dell'impresa»

<sup>131</sup> U. PIOLETTI, *Lineamenti*, cit., pp. 433-434.

<sup>132</sup> C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 426 ss.

<sup>133</sup> G. DELITALA, *L'oggetto*, cit., p. 839.

*mics* <sup>134</sup> affermano esattamente l'opposto <sup>135</sup>.

Tuttavia, la tesi ha una sua capacità esplicativa per l'analisi giurisprudenziale. Infatti, ancora una volta, se si guarda oltre l'affermazione di principio per cui il bene giuridico sia esclusivamente la garanzia dei creditori, nelle pieghe delle decisioni assume capacità estensiva del tipo <sup>136</sup> anche la tutela dell'impresa.

Si riportino alla mente le sentenze in materia di cessione di beni al giusto prezzo: più che alla tutela dei creditori, che non subiscono nessun danno rispetto al volere del patrimonio su cui soddisfarsi, la Cassazione sembra guardare agli interessi dell'impresa stessa, al raggiungimento dello scopo sociale.

In effetti, a fronte dell'identità del valore economico della garanzia prima e dopo la cessione, ciò che la Suprema Corte ritiene debba essere punito è l'effetto dell'atto, che incide a tal punto sull'impresa da precluderne «la capacità di perseguire utilmente l'oggetto sociale».

La prospettiva, tuttavia, deve essere ribaltata, con significative ricadute sui confini di tipicità.

(i) In primo luogo, non essendo l'impresa il bene giuridico tutelato, l'esclusiva offesa a tale interesse, perpetrata mediante una delle condotte descritte nelle fattispecie incriminatrici, deve rimanere atipica.

Per così dire a monte, l'interprete deve leggere le singole condotte come modalità di aggressione alla garanzia dei creditori, non già al buon andamento dell'impresa e alla sua capacità di produrre profitti. Ne consegue, tornando all'esempio più volte ricordato, l'impossibilità di sussumere negli artt. 216 e 223 l. fall. le cessioni di beni al giusto prezzo, non incidendo la vendita sul valore del patrimonio su cui i terzi possono soddisfarsi.

Dunque, in prima approssimazione, rischio d'incriminazione e ri-

<sup>134</sup> Si vedano le valutazioni di H. SPAMANN, *Monetary Liability for Breach of the Duty of Care*, in *JLA*, 2016, vol. 8, n. 2, pp. 337 ss., richiamato anche da G.G. PERUZZO, *Business*, cit., p. 12.

<sup>135</sup> Nella dottrina penalistica, da ultimo, sui *bias* cognitivi connessi ai reati fallimentari A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 30 ss.

<sup>136</sup> In aperto contrasto con quella che dovrebbe essere la funzione critica del bene giuridico su cui per tutti G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 535 ss. e V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. 245 ss. Per una ricostruzione delle ragioni che hanno segnato il passaggio del bene giuridico «da argine a volano della criminalizzazione», C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Crim.*, 2012, pp. 107 ss.

schio d'impresa sembrerebbero grandezze direttamente proporzionali, tanto che, per ridurre il primo, l'operatore economico dovrebbe privilegiare sempre gli interessi dei creditori.

(ii) Tuttavia, non ogni condotta, astrattamente riconducibile ad uno dei tipi della bancarotta fraudolenta o semplice patrimoniale, che riduca il valore della garanzia per i creditori, può dirsi penalmente rilevante.

Per definizione lo svolgimento di attività d'impresa impone di investire e rischiare risorse economiche<sup>137</sup> e la stessa concessione di un credito, in qualsiasi forma avvenga, ha in sé una ineliminabile misura di alea rispetto all'adempimento.

Come osservato da Pedrazzi, la libertà d'impresa, garantita dall'art. 41 Cost., impone «libertà di movimento nel senso non soltanto dell'incessante trasformazione di un patrimonio investito in un'attività d'impresa, ma anche dell'assunzione del rischio inerente ad ogni attività commerciale, senza del quale l'impresa diventa una *sine cura* socialmente parassitaria»<sup>138</sup>. Così, la garanzia dei creditori, per non assumere i tratti di un "feticcio paralizzante"<sup>139</sup>, deve essere letta come «un concetto di relazione, che rimanda alla entità garantita, rappresentata dall'insieme delle obbligazioni cui l'imprenditore deve far fronte»<sup>140</sup>: ne deriva che il rischio d'impresa non comporta rischi d'incriminazione fintantoché il patrimonio dell'imprenditore o dell'ente sia sufficientemente capiente da coprire le obbligazioni assunte, man mano che vadano in scadenza<sup>141</sup>.

Diviene perciò centrale affrontare la terza variabile, ovvero lo *stato di salute* dell'impresa al momento dell'operazione economica, vagliando criticamente gli insegnamenti giurisprudenziali sul punto.

---

<sup>137</sup> Fondamentale per sintesi il rilievo di A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., p. 31: «l'odierno sistema capitalistico non esige per niente che l'imprenditore sia avverso al rischio, anzi il rischio, connaturato all'impresa fin dall'esperienza della Compagnia delle Indie, non può non essere corso, fa parte dell'intima natura dell'impresa» (corsivi dell'Autore richiamato).

<sup>138</sup> Così C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., p. 989.

<sup>139</sup> Testualmente, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 435.

<sup>140</sup> Alla lettera, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., p. 991. Nella stessa prospettiva, M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 59; A. LANZI, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 494.

<sup>141</sup> In termini ampiamente sovrapponibili, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., p. 991.

### 9. Lo 'stato di salute' dell'impresa: libertà di gestione in bonis vs rime obbligate in stato prossimo o attuale di insolvenza? Il ruolo del disvalore di contesto

Una pluralità di considerazioni fin qui svolte offrono prime indicazioni sull'importanza dell'ultima variabile oggetto di analisi.

Si è visto<sup>142</sup>, infatti, come la dottrina societaria affermi pressoché unanimemente che nei momenti di crisi dell'impresa divenga fondamentale per gli amministratori porre in essere strategie che mettano al centro l'interesse dei creditori. Le ragioni di tale conclusione meritano una breve analisi.

Da un punto di vista di *law & economics* nei frangenti in cui il capitale sociale è pressoché perso, gli effettivi proprietari e investitori dell'impresa divengono i creditori<sup>143</sup>. D'altro canto, sempre in tale prospettiva, le fasi in cui sia in discussione la stessa continuità aziendale costituiscono il miglior brodo di coltura per operazioni estremamente rischiose, se non temerarie e scriteriate: perso il capitale sociale, il socio fa impresa con denari altrui, potendo scommettere senza rischi, giacché guadagnerebbe dal buon esito di un'operazione, senza poter perdere più nulla in caso di esito infausto<sup>144</sup> (c.d. *perverse incentive*<sup>145</sup>).

Da tale presa d'atto di natura schiettamente economica, la dottrina societaria configura un c.d. *triggering point*<sup>146</sup>, la cui esatta collocazione è tutt'altro che pacifica<sup>147</sup>, ma che può essere individuato nel momento di tensione per la garanzia patrimoniale, oltre il quale il principale dovere per gli amministratori diviene quello di procedere ad una gestione conservativa dell'ente.

<sup>142</sup> *Supra*, par. 4.

<sup>143</sup> Si veda, per tutti, R. SACCHI, *La responsabilità*, cit., p. 311, per cui «i creditori diventano progressivamente i proprietari in senso economico dell'impresa quanto più essa aumenta il proprio indebitamento e quanto più si assottiglia l'*equity* dei proprietari in senso giuridico».

<sup>144</sup> Ovviamente il riferimento è esclusivamente al profilo economico dell'operazione e prescinde da eventuali richieste risarcitorie avanzate in sede civile o penale.

<sup>145</sup> Per un'analisi di tale nozione e per gli ulteriori riferimenti dottrinali, si veda F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 1028.

<sup>146</sup> Sul concetto di *triggering point*, in particolare, G.G. PERUZZO, *Business*, cit., p. 144, nonché F. BRIZZI, *Responsabilità*, cit., pp. 1096 ss.

<sup>147</sup> In merito si veda l'analisi e i riferimenti bibliografici in F. BRIZZI, *Responsabilità*, cit., pp. 1096 ss.

Anche a fronte di tali premesse, lo ‘stato di salute’ dell’impresa assume un peso significativo nell’economia delle fattispecie incriminatrici<sup>148</sup>.

Il punto è già stato in parte affrontato in relazione alla bancarotta semplice, inizialmente identificata come *luogo elettivo* – ma *non effettivo* – del sindacato penalistico sulle scelte imprenditoriali; nondimeno, considerato il diritto vivente e la riscontrata identità giurisprudenziale tra ‘cattiva scelta imprenditoriale’ e ‘scelta non imprenditoriale’, lo sguardo deve essere allargato alla declinazione fraudolenta patrimoniale (artt. 216, comma I, n. 1, e 223, comma I, l. fall.) e societaria (art. 223, comma II, nn. 1 e 2, l. fall.) del reato.

Prendendo l’abbrivio dalla bancarotta societaria può notarsi come la situazione di crisi possa costituire – ma non necessariamente costituisca – il contesto in cui si realizzano entrambe le ipotesi declinate nel capoverso dell’art. 223 l. fall.

Quanto al cagionamento del dissesto mediante reato societario<sup>149</sup>, sia che si assuma, sulla scorta della dottrina maggioritaria<sup>150</sup> e in linea con la giurisprudenza<sup>151</sup>, la sostanziale identità nella disciplina penale dei concetti di insolvenza e dissesto, sia che si consideri il dissesto quale approfondimento della lesione della garanzia per i creditori rispetto all’insolvenza<sup>152</sup>, in entrambe le esegesi la condotta può

---

<sup>148</sup> Sull’importanza del disvalore di contesto nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale si veda da ultimo, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., in particolare pp. 297 ss.

<sup>149</sup> In ordine alla fattispecie in parola, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 121-125; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 346-347; G. COCCO, *Commento sub art. 223*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 1267-1272; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 225-237; A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 2424-2433; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 759-772; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 68-70; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 185 ss.

<sup>150</sup> Per tutti A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 29; A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., p. 311; A. D’AVIRRO-E. DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007, pp. 186 ss.; *contra*, invece, AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 197 ss.

<sup>151</sup> La giurisprudenza della Suprema Corte usa indifferentemente i concetti di fallimento e dissesto quale evento cagionato «con dolo o per effetto di operazioni dolose»: tra le altre, da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 6.12.2017, n. 633 (dep. 10.1.2018, in *Leggi d’Italia*; Cass. pen., Sez. V, 11.4.2017, n. 30212, in *Leggi d’Italia*.

<sup>152</sup> In questa prospettiva, il dissesto rappresenta un *quid pluris* rispetto all’insolvenza, sostanzandosi in uno squilibrio patrimoniale irreversibile, in cui il pas-

sia ambientarsi – (i.e. “concorso a cagionare”) oltre il c.d. *triggering point*, sia condurre essa stessa da una situazione economicamente florida al dissesto (i.e. “abbia cagionato”).

Discorso non dissimile può essere compiuto per il cagionamento doloso o per effetto di operazioni dolose del fallimento<sup>153</sup>: anche ove la condotta non si realizzi in una situazione di tensione per la garanzia dei creditori, la descrizione del tipo impone che conduca alla dichiarazione di fallimento (*rectius*, all’insolvenza che conduce alla predetta declaratoria).

In ordine alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, invece, nessun elemento della disposizione incriminatrice sembrerebbe collegare eziologicamente le condotte tipiche all’insolvenza, né richiedere che queste siano tenute in una situazione di tensione della garanzia patrimoniale dei creditori<sup>154</sup>.

Almeno a prima lettura, vi sarebbero, dunque, delle ipotesi delittuose integrabili anche in un momento in cui l’impresa goda di buona salute economica: (i) la bancarotta societaria, ove le condotte del capoverso dell’art. 223 l. fall. costituiscano l’innesco che porta all’insolvenza, (ii) la bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui all’art. 216, comma I, n. 1, l. fall., e, infine, (iii) la bancarotta semplice realizzata, per ciò che qui interessa, consumando una parte notevole del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti.

Rispetto a tali ipotesi si impone un distinguo.

(i) In effetti, la caratterizzazione delle fattispecie di bancarotta fraudolenta societaria quale reato d’evento lega indissolubilmente il dissesto o l’insolvenza alla condotta realizzata, creando così un ponte che difficilmente<sup>155</sup> non troverà il proprio primo pilastro in una si-

sivo è maggiore dell’attivo (ciò che non sarebbe necessario ai fini dell’insolvenza): per tale prospettazione si veda N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 68 ss., e P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le Soc.*, 2019, p. 448.

<sup>153</sup> Sul tema si vedano A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 125-131; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 237-247; G. COCCO, *Commento sub art. 223*, cit., pp. 1272-1276; A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 2434-2436; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 775-791; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 71-79; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 194 ss.

<sup>154</sup> Per una declinazione delle diverse posizioni espresse in dottrina e in giurisprudenza si veda *infra* nel presente paragrafo e alla nota 165.

<sup>155</sup> Si possono certo eccezionare le ipotesi di enti destinati *ab origine* al fallimento: si pensi paradigmaticamente alle cc.dd. società cartiere utilizzate nelle frodi carosello (su cui A. MEREU, *La repressione penale delle frodi IVA: indagine ricostruttiva e prospettive di riforma*, Assago, 2011. Non sfugge si tratti di esempi fre-

tuazione, se non già di insolvenza, quantomeno di crisi, tale da imporre agli amministratori una gestione orientata a tutelare la garanzia dei creditori, più che alla massimizzazione del profitto.

(ii) Diversamente, l'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale non presenta – apparentemente – alcun legame tra la condotta, il contesto in cui viene tenuta e la successiva insolvenza, che conduce alla dichiarazione di fallimento. Così, secondo l'orientamento assolutamente maggioritario e tradizionale della giurisprudenza<sup>156</sup>, «una volta intervenuto il fallimento, in qualunque tempo siano stati commessi, anche in epoca remota ed anche se l'impresa si presentava ancora *“in bonis”*, i fatti di bancarotta assumono carattere di illecito penale a prescindere da collegamenti eziologici e psicologici tra essi e il fallimento stesso»<sup>157</sup>.

Per tale via, nella prospettiva giurisprudenziale, qualsiasi scelta imprenditoriale sarebbe sindacabile, senza alcuna considerazione per la situazione in cui l'imprenditore o l'ente si trovassero al momento della condotta e con la facoltà per il giudice di un *regressus ad infinitum*, non mitigato nemmeno dal decorso della prescrizione<sup>158</sup>.

Più di recente, la Suprema Corte, dopo un precedente isolato<sup>159</sup> in

---

quenti nella pratica, degni della massima attenzione, tuttavia essi esulano dal tema della ricerca, che si incentra sulle scelte schiettamente imprenditoriali e sul legame tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione.

<sup>156</sup> Solo per citare alcune delle decisioni più recenti, Cass. pen., Sez. V, 7.2.2017, n. 33256, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 4.11.2016, n. 6904 (dep. 14.2.2017), in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 22.3.2016, n. 14045, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 2.3.2016, n. 12793, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 14.1.2016, n. 18985, in *Leggi d'Italia*.

<sup>157</sup> In questi esatti termini, Cass. pen., Sez. V, 16.3.2005, n. 17384, in *Leggi d'Italia*.

<sup>158</sup> Infatti, in giurisprudenza la diversa qualificazione della dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità piuttosto che come elemento costitutivo del tipo (su cui la precedente nt. 5) non incide sul momento consumativo del delitto, che si verifica comunque con la pronuncia di tale sentenza, dunque, anche a distanza di molti anni dal fatto; per di più la cornice editale dracomaniana comporta un lungo termine di prescrizione: il risultato è che non è infrequente nella prassi che il giudizio penale (specie in grado d'appello o di cassazione) si svolga anche a due decenni di distanza dalla realizzazione dell'operazione imprenditoriale contestata.

<sup>159</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 24.9.2012, n. 47502, Corvetta, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*.

cui ha sostenuto, con argomentazioni già ampiamente criticate<sup>160</sup>, la necessità di un nesso causale tra condotta e insolvenza anche in relazione alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, pare aver compiuto delle aperture alla condivisibile esegesi proposta da Pedrazzi.

Si è osservato in dottrina<sup>161</sup>, infatti, che ritenere tipiche le condotte “in qualsiasi tempo tenute”, importerebbe la collocazione della fattispecie in parola tra i reati di pericolo astratto, risultato interpretativo che mal si concilierebbe con l'elevata cornice edittale.

Per di più, concetti come “distrazione” o “dissipazione” hanno una pregnanza semantica tale da imporre un'effettiva incidenza sul bene giuridico<sup>162</sup>.

Di poi, la stessa tutela prevista dal diritto civile a favore dei creditori con l'azione revocatoria e surrogatoria è azionabile solo ove i beni del debitore aggredibili non siano più sufficienti ad assicurare la soddisfazione coattiva del credito<sup>163</sup>: così, se «alla tutela penale spetta indubbiamente un ambito autonomo e non subalterno, (...) un'esi-

<sup>160</sup> Per un commento critico a tale decisione si vedano F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2013; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 443 ss.; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 107 ss.; G.G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1429 ss. Per commenti parzialmente adesivi si vedano, invece, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 67 ss.; G. FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2012, pp. 892 ss.; A. LANZI, *La Cassazione 'razionalizza' la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2014, pp. 117 ss.

<sup>161</sup> Si vedano, per tutti, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., p. 991; A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 28; C.O. ARTALE, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, 2019, Assago, pp. 2145 ss.

<sup>162</sup> Afferma puntualmente C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 433, «termini come “distrazione” o “dissipazione” sono impregnati da una connotazione negativa che solo una tangibile incidenza sul bene tutelato può riempire di contenuto: intese come modelli astratti di condotta, la distrazione o la dissipazione si sottrarrebbero ad una soddisfacente determinazione». Sulla pregnanza semantica in generale del concetto di distrazione, R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 76 e A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., p. 169.

<sup>163</sup> Sostanzialmente in questi termini C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 435, che richiama R. NICOLÒ, *Surrogatoria-Revocatoria*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 2900-2969, p. 4. Più di recente, per un confronto tra disciplina penale e giustiziabilità civile del credito, soprattutto in prospettiva concorsuale, si veda P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, Pavia, 2017, pp. 27 ss.

genza di proporzione le vieta di debordare dai confini tracciati dai più blandi rimedi civilistici (a maggior ragione quando si traduca in comminatorie draconiane)»<sup>164</sup>.

Più correttamente, la bancarotta fraudolenta patrimoniale deve essere intesa quale reato di pericolo concreto<sup>165</sup>: la condotta deve intervenire in un momento in cui la garanzia sia già insufficiente o, se il patrimonio è capiente, deve essa stessa comportare uno sbilanciamento tale tra attivo e passivo da porre<sup>166</sup> in pericolo la capienza della garanzia per i creditori<sup>167</sup>.

Così intesa, la fattispecie presenta un duplice evento<sup>168</sup>: (a) l'uscita del cespite dal patrimonio del debitore; (b) la riduzione (o l'ulteriore riduzione) della capienza della garanzia, divenuta insufficiente a soddisfare le pretese creditorie.

Si tratta di un'offesa che si ferma allo stato del pericolo concreto, potendo la garanzia essere ripristinata con una contro-azione compensativa<sup>169</sup> dell'agente<sup>170</sup> o anche per fattori da lui indipendenti pri-

---

<sup>164</sup> Alla lettera, C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 436.

<sup>165</sup> Come ampiamente noto, è discussa in dottrina la qualificazione della bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui agli artt. 216, comma I, n. 1, e 223, comma I, l. fall., quale reato di pericolo concreto o di evento di danno. In estrema sintesi, solo per abbozzare i diversi macro-paradigmi, senza alcuna pretesa di completezza e con ampia approssimazione, possono distinguersi le seguenti prospettive esegetiche sul delitto in parola quale: (a) *reato di pericolo concreto*, secondo la tesi maggioritaria tra gli studiosi, risalente agli studi di Pedrazzi e sinteticamente ricostruita nel corpo del presente paragrafo; (b) *reato di pericolo concreto ad imputazione obiettiva*, per cui la fattispecie è integrata solo ove sussista un nesso di rischio tra la condotta e l'insolvenza (tesi sostenuta da, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, pp. 35 ss. e ripresa, tra gli altri, da A. NISCO, *Recenti evoluzioni*, cit., pp. 863 ss.); (c) *reato d'evento di danno per la garanzia dei creditori*, (prospettiva cui possono iscriversi, pur con posizioni non pienamente sovrapponibili, G. COCCO, *Commento sub art. 216*, cit., p. 1181; D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., p. 479; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza*, cit., p. 329). Non può essere questa la sede per dipanare una questione di tale complessità, né per vagliare criticamente tutte le prospettazioni; tuttavia e, in ogni caso, il rispetto del principio di necessaria offensività e di proporzionalità tra disvalore del fatto tipizzato nell'incriminazione e risposta sanzionatoria minacciata dal legislatore, richiede, almeno, la lettura della fattispecie in parola in termini di pericolo concreto.

<sup>166</sup> O, quanto meno, da far apparire in pericolo la capienza del patrimonio, nel caso delle condotte simulatorie descritte nella fattispecie.

<sup>167</sup> Sulla misura della garanzia si vedano gli autori richiamati alla nt. 140.

<sup>168</sup> Tale prospettazione si deve a C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 503 ss.

<sup>169</sup> Per contro-azione compensativa si intende una condotta che determina «una riduzione *ex post* della caratura lesiva del reato», secondo la felice definizio-

ma della dichiarazione di fallimento, escludendo così la tipicità del fatto; con la sentenza di fallimento, invece, l'offesa si cristallizza.

In linea con tale impostazione interpretativa, alcune decisioni recenti hanno proposto un insegnamento più attento al principio di offensività di quello tradizionale, per cui «il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare è un reato di pericolo concreto, in cui l'atto di depauperamento deve risultare idoneo ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione alla massa dei creditori e deve permanere tale fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare»<sup>171</sup>.

Da tale premessa deriva che «rimane esente da pena il soggetto che impoverisca una società di risorse enormi, quando questa può comunque continuare a disporre di ben più rilevanti, idonee a fornire garanzia per le possibili pretese creditorie: perché in quel caso, a differenza dell'ipotesi dell'imprenditore che si renda responsabile di una distrazione modesta (ma a fronte di un patrimonio suscettibile di risentirne significativamente), il pericolo di un pregiudizio per i creditori non avrà assunto la concretezza richiesta dal dato normativo»<sup>172</sup>.

(iii) Medesime considerazioni possono farsi per la bancarotta

ne di C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2004, p. 1661. Il concetto di contro-azione si ritrova già in F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 449.

<sup>170</sup> È l'ipotesi della c.d. bancarotta riparata, su cui in dottrina, anche per i necessari riferimenti bibliografici, per tutti P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella cd. 'bancarotta riparata'*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015; O. ZAMPANO, *Bancarotta 'riparata' e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2006, pp. 745 ss.; in giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. pen., Sez. V, 20.10.2015 n. 4790 (dep. 5.2.2016), in *Ced. Rv.* 266025; Cass. pen., Sez. V, 7.7.2015, n. 50289, in *Ced. Rv.* 265903; Cass. pen., Sez. V, 4.11.2015, n. 52077, in *Ced. Rv.* 261347.

<sup>171</sup> In questi termini la massima ufficiale del CED n. 269562, relativa a Cass. pen., Sez. V, 24.3.2017, n. 17819, pubblicata in *Le Soc.*, 2017, pp. 1030 ss., con nota di C. SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*. In realtà, la decisione offre una ricostruzione e un'applicazione molto meno nitida del principio riportato in massima: in questa prospettiva sia concesso il richiamo a L. TROYER-A. INGRASSIA, *La bancarotta distrattiva pre-fallimentare come reato di pericolo concreto: la Suprema Corte verso un'attesa sintesi?*, cit., pp. 595 ss.

<sup>172</sup> Alla lettera, Cass. pen., Sez. V, 12.1.2016, n. 26806, in *Leggi d'Italia*; in termini sostanzialmente identici, Cass. pen., Sez. V, 14.3.2016, n. 32138 in *Leggi d'Italia*; da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 7.2.2017, n. 33256, in *Leggi d'Italia*.

semplice, realizzata mediante consumazione di una parte notevole del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti: per connotare in termini di necessaria offensività l'incriminazione e ricondurla – quantomeno – al paradigma del reato di pericolo concreto, la condotta contestata, ove non si ambienta in una situazione di insufficienza della garanzia, ad essa deve condurre<sup>173</sup>.

Tornando nella prospettiva della nostra ricerca, risulta evidente che è il momento di tensione della garanzia per i creditori a rappresentare la cornice più frequente – per ragioni economiche e normative – dei fatti di bancarotta societaria e patrimoniale.

Se si guarda all'oggetto delle scelte – genuinamente – imprenditoriali in tale contesto, nell'*id quod plerumque accidit*, la scena è occupata dalle decisioni sulla *possibilità* e sul *tipo* di *strategia di salvataggio* da intraprendere: un tema diventato centrale nell'elaborazione della dottrina societaria e fallimentare, posta la chiara scelta legislativa, a partire dalle riforme che si sono susseguite dal 2005<sup>174</sup>, di lasciare l'esito liquidatorio come *extrema ratio*, favorendo soluzioni negoziali tra debitore e creditori che consentano la salvaguardia e la prosecuzione dell'attività produttiva.

Dunque, compendiando l'analisi sin qui svolta, il momento in cui la decisione imprenditoriale presenta maggiori rischi di rilevanza penale è senz'altro quello in cui la garanzia dei creditori si è assottigliata a tal punto da non essere sufficiente a soddisfare le obbligazioni in scadenza; in queste ipotesi, il sindacato giudiziale in sede penale potrebbe appuntarsi – in situazioni fisiologiche di gestione dell'impresa – sulla scelta del *se* e del *tipo* di procedura negoziale o concorsuale a cui avrebbe dovuto accedere l'agente per risolvere la crisi che ha investito il soggetto poi fallito.

In giurisprudenza, cominciano ad intravedersi i primi riflessi di una più attenta considerazione del disvalore di contesto, da cui si fa derivare un diverso spazio di sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali. In un recente arresto, in particolare, la Suprema Corte<sup>175</sup> ha distinto la profondità del proprio sindacato e i criteri con cui si esercita a seconda che la società fallita fosse "*in bonis*" o in

---

<sup>173</sup> Si tratta di un necessario correttivo esegetico per scongiurare un sindacato giudiziale potenzialmente aperto al *regressus ad infinitum*.

<sup>174</sup> Sulle riforme delle procedure concorsuali succedutesi a partire dal 2005 si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, a cap. III, par. 4.

<sup>175</sup> Il riferimento è a Cass. pen., Sez. V, 1.4.2015, n. 24024, in *Ced Rv.* 263943.

“situazione pre-fallimentare” al momento dell’operazione economica contestata.

Segnatamente, se le operazioni economiche sono state poste in essere in un momento in cui l’imprenditore o l’ente falliti erano *in bonis*, secondo il Giudice di legittimità, «la potenzialità offensiva (per il ceto creditorio) di quelle iniziative deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, da condurre – con giudizio *ex ante* – con criteri rigorosi e sulla base di elementi oggettivi (che tengano conto del livello dell’indebitamento, della consistenza patrimoniale dell’impresa e della sua capacità, anche prospettica, di produrre reddito) – poiché trattasi di giudizio che interferisce con i principi dell’autonomia privata, della libertà gestionale e della libera disponibilità dei beni da parte dell’imprenditore»<sup>176</sup>.

Diversamente, il giudizio sull’offensività della condotta, realizzata nel contesto «dell’impresa in stato pre-fallimentare (...), deve necessariamente tenere conto della situazione precaria dell’impresa e della sua potenziale dissolvenza. Ne consegue – nello scenario da ultimo delineato – che anche iniziative altrimenti legittime possono assumere, per il modo in cui sono attuate, il carattere della illiceità, per i riflessi che hanno sugli interessi del ceto creditorio»<sup>177</sup>.

Dunque, il sindacato sulle scelte imprenditoriali, tenute in stato di tensione per la garanzia dei creditori, si fa, anche nella prospettiva giurisprudenziale, necessariamente più stringente.

La decisione in parola aggiunge poi un prezioso tassello all’analisi: dopo aver richiamato il piano di risanamento attestato (art. 67, comma III, lett. d), l. fall.), il concordato preventivo (art. 160 l. fall.) e gli accordi di ristrutturazione del debito (art. 182 *bis* l. fall.) sembra affermare che tali istituti costituiscano altrettante strade obbligate per la legittimità dei tentativi di salvataggio; segnatamente, si legge nella sentenza, «da tali previsioni – certamente influenti sul giudizio di competenza del giudice penale, per il carattere unitario dell’ordinamento giuridico – si trae la conferma che l’imprenditore in stato di crisi non ha più l’ampia libertà riconosciutagli dallo statuto dell’impresa, ma, oltre a dover agire con prudenza aggiuntiva, deve, allorché pone in essere tentativi di risoluzione della crisi d’impresa, tenere conto del particolare contesto in cui si sviluppa la sua attività e delle “opportunità” a lui offerte – *ut supra* – dall’ordinamento (opportunità che rappresentano altrettanti indici della direzione in cui

---

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

– secondo il legislatore – è auspicabile si muova)»<sup>178</sup>.

Si affaccia così la prospettiva che le scelte per l'imprenditore o l'ente in crisi siano sostanzialmente *a rime obbligate*: l'opzione per una delle procedure di gestione della crisi è *necessaria* per ridurre i rischi d'incriminazione; al contempo, però, non appare, leggendo in controtuce la decisione, che l'accesso a tali istituti sia sufficiente ad escludere il sindacato del giudice sulla rilevanza penale delle condotte di salvataggio.

Se così è, si ripropone il rischio di un sindacato *ex post* del giudice penale sulla scelta di accedere ad una procedura negoziata di emergenza dalla crisi piuttosto che ad una liquidatoria, quindi di aver continuato a privilegiare il rischio imprenditoriale rispetto alla tutela dei creditori.

Un tale sindacato, per di più se condotto attraverso l'identità tra 'cattiva scelta imprenditoriale' e 'scelta non imprenditoriale', avrebbe l'effetto di favorire decisioni economiche iper-conservative, dirette ad azzerare il rischio d'incriminazione: l'intervento del giudice penale incentiverebbe la fuga verso il fallimento, in contrasto con gli interventi del legislatore, diretti ad indurre gli operatori economici (sia il debitore che il creditore) a privilegiare proprio soluzioni alternative alla scomparsa dell'impresa<sup>179</sup>.

### **10. La responsabilità dei funzionari di banca per la concessione e gestione del credito verso le imprese in crisi: il profilo più critico del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali**

Se il percorso svolto fin qui è corretto, possono tracciarsi dei punti fermi rispetto al diritto vivente, prendendo come punto di partenza – seppur chiaramente non condiviso dallo scrivente e su cui si ritornerà – l'identità giurisprudenziale tra 'cattiva scelta imprenditoriale' e 'scelta non imprenditoriale'.

(i) Vi è un legame di proporzionalità diretta tra profondità del sindacato giudiziale, rischio d'impresa e rischio d'incriminazione. Nel momento in cui il giudice penale ha la facoltà di sindacare *ex post* le scelte imprenditoriali, le condotte che presentano un maggior rischio d'impresa avranno un proporzionale rischio di rilevanza pe-

---

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> *Funditus*, *infra*, cap. III, par. 4.

nale: per tale via si incoraggiano scelte massimamente conservative, a danno dell'innovazione che decisioni coraggiose possono portare.

(ii) L'operatore economico assoggettato ad un maggior rischio di incriminazione è *l'extraneus*, controparte contrattuale del fallito, stante la disciplina iper-effettiva del concorso di persone e l'azzeramento degli spazi selettivi della fattispecie di vendita speculativa e, in generale, per la stessa struttura del giudizio sulle scelte imprenditoriali: tanto meglio il terzo avrà realizzato l'interesse proprio o dell'ente che rappresenta, tanto peggiore sarà la scelta imprenditoriale della società o dell'imprenditore falliti e, conseguentemente, alto il rischio d'incriminazione.

(iii) L'estensione dell'oggetto di tutela delle fattispecie incriminatrici all'impresa (*i.e.* al suo buon andamento) e la rinuncia al disvalore di contesto ampliano il *tipo* delle fattispecie di bancarotta, specie di quella fraudolenta patrimoniale, e aprono la strada ad una sconfinata discrezionalità sulle scelte imprenditoriali, indipendentemente da una situazione di tensione per la garanzia, sfociata nell'insolvenza che ha condotto al fallimento: in questa prospettiva, in ogni momento di conduzione dell'attività economica dovrebbero essere privilegiate decisioni conservative e a basso rischio d'insuccesso, trasformando all'atto pratico l'impresa in una «*sine cura* socialmente parassitaria»<sup>180</sup>.

(iv) Seguendo, invece, l'orientamento giurisprudenziale che riconosce la funzione centrale del disvalore di contesto, assume correttamente la bancarotta fraudolenta come reato di pericolo concreto e individua la garanzia – come valore – verso i creditori quale bene giuridico, il rischio d'incriminazione si annida principalmente nei momenti di tensione della garanzia stessa, quando l'ente o l'imprenditore sono insolventi o prossimi a tale stato. Si tratta di situazioni in cui la tutela degli interessi dei terzi diventa più stringente e una gestione conservativa presenta dei vantaggi anche in termini di efficienza economica.

(v) Tuttavia, in tali frangenti possono collidere l'interesse ad una cristallizzazione delle attività in prospettiva liquidatoria del patrimonio e la possibilità di un salvataggio, che consenta una maggior soddisfazione per i creditori e la sopravvivenza dell'impresa, con la eventualità, però, di una ulteriore riduzione della garanzia. Tale bilanciamento ha trovato solo di recente uno spazio di analisi giurisprudenziale.

---

<sup>180</sup> Secondo la felice espressione di C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., p. 989.

ziale: il rischio di incriminazione è elevato ove il tentativo di riportare *in bonis* l'ente sia compiuto al di fuori delle scadenze procedurali proprie delle soluzioni negoziali della crisi disciplinate nella legge fallimentare, e potrebbe, comunque, non essere completamente schermato ove il debitore acceda ad uno di tali istituti.

Poste queste premesse, il soggetto più esposto al rischio d'incriminazione in relazione alla possibilità di sindacato delle scelte imprenditoriali è *l'extraneus*, controparte dell'imprenditore o dell'ente in situazione di crisi, che intervenga nei tentativi di salvataggio del soggetto economico, poi fallito, e che sia imputato quale concorrente dell'*intraneus*.

Se si conviene su tale *identikit*, allora non può dubitarsi della proficuità di un'indagine sul sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali che guardi ai funzionari delle banche e alla concessione e gestione del credito come punto di osservazione assolutamente privilegiato.

Gli istituti di credito hanno spesso una posizione ancipite: sono creditori che, tuttavia, possono avere uno specifico interesse ad una gestione imprenditoriale rischiosa del proprio debitore, che gli stessi finanziano o, persino, determinano a tenere<sup>181</sup>.

Il caso paradigmatico è noto alla giurisprudenza: la banca concede nuova finanza al debitore in crisi, previa estinzione di un precedente prestito non garantito e apertura di un mutuo ipotecario, al fine di sostenere un piano di salvataggio. Ebbene, come si vedrà nel prosieguo, tale operazione ha trovato, dopo una sussunzione addirittura nell'alveo dei reati contro la pubblica amministrazione, sostanzialmente pressoché ogni collocazione nello spettro dei reati fallimentari: sono state elevate imputazioni per concorso nella bancarotta semplice, societaria per operazioni dolose, fraudolenta patrimoniale e, ovviamente, preferenziale.

Proprio quest'ultima ipotesi delittuosa, unitamente alla fattispecie

---

<sup>181</sup> Per comprendere la posizione della banca come creditore *sui generis*, appare proficua la chiave di lettura in termini di *agency problem* compiuta da T. TOMASI, *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017, p. 14, «in condizioni di crisi il creditore si ritrova in un certo qual modo “prigioniero” del debitore-imprenditore, al quale fornisce il capitale di rischio, senza aver alcun controllo sulle decisioni. Emerge qui la figura del c.d. “socio senza diritti”, nel più ampio contesto di una “esternalizzazione del costo del dissesto”»; tuttavia, ogni tentativo di rilancio passa per il finanziamento bancario, con il che mutano i ruoli: il finanziatore rischia di divenire *co-agent*, con la società che diventa *principal* in balia delle decisioni della banca (p. 24).

di ricorso abusivo al credito, di cui le banche sono le vittime privilegiate, mostra plasticamente il doppio vincolo che segna la posizione del banchiere: evitare eventi dannosi per l'istituto, preservandone le risorse (*i.e.* recuperando i crediti) e non concorrere in condotte tipiche (ed economicamente dannose) per l'impresa finanziata. Estremizzando il ragionamento, rientrare dei crediti, specie se in sofferenza o in incaglio, garantisce la sopravvivenza e la generazione di utili per la banca, potendo, però, al contempo, cagionare o aggravare il dissesto dell'ente finanziato o, quantomeno, condurre ad un trattamento preferenziale per l'istituto.

Se poi la via per rientrare del proprio credito si risolve nel finanziare la prosecuzione stessa dell'attività del debitore, la situazione assume particolare delicatezza, proprio in ordine al possibile sindacato del giudice penale sulla scelta imprenditoriale: a ben vedere, infatti, non è più una *decisione di primo livello*, ovvero del debitore sulla propria attività, ma una *decisione di secondo livello*, cioè della banca sull'attività economica del debitore.

Così, nella prospettiva di *secondo livello* della banca, inevitabilmente gli interessi in gioco crescono esponenzialmente, in un vero e proprio groviglio inestricabile: (a) interesse dell'istituto a recuperare il proprio credito; (b) interesse dei creditori degli istituti di credito a che il proprio debitore recuperi il credito; (c) interesse dell'impresa debitrice a proseguire l'attività; (d) interesse dei creditori dell'impresa debitrice ad essere soddisfatti, a seconda della propria propensione al rischio, (d-i) privilegiando la cristallizzazione della garanzia e una soddisfazione limitata, piuttosto che (d-ii) la prosecuzione dell'attività nella prospettiva di un maggior rischio e di una eventuale maggiore soddisfazione.

### ***11. Il sindacato del giudice penale sulle decisioni imprenditoriali di concessione del credito: tre paradigmi storico-tipologici a confronto***

Se si condividono le premesse fin qui sviluppate, si può concludere che affidare un sindacato sulle scelte imprenditoriali al giudice penale, specie ove si fondi sull'identità tra 'cattiva scelta imprenditoriale' e 'scelta non imprenditoriale' (*i.e.* bancarotta fraudolenta patrimoniale o societaria), implica inevitabilmente una riduzione degli spazi di libertà d'impresa, che non può prescindere dal rischio e dall'errore, e una fuga in avanti verso soluzioni liquidatorie del soggetto econo-

mico in crisi; se il sindacato si appunta, per di più, su una scelta imprenditoriale di secondo livello, l'effetto di compressione della libertà e di sbilanciamento verso la dissoluzione delle imprese in crisi è acuito, rendendo troppo oneroso in termini di rischio d'incriminazione per gli istituti di credito sostenere finanziariamente operazioni di salvataggio.

Ancor più significativo nella nostra prospettiva è che tale opzione interpretativa entra in evidente tensione con il cuore della riserva di legge, "appaltando" al giudice penale, unitamente alla politica economica, le scelte di incriminazione, in una *logica del caso concreto*<sup>182</sup> per cui risulta per il destinatario del precetto inconoscibile<sup>183</sup> *ex ante* il confine di liceità della propria attività imprenditoriale.

Di tali criticità emergenti nella giurisprudenza sembra essersi fatto sempre più carico nel tempo il legislatore. Infatti, guardando proprio al diritto vivente in materia di responsabilità penale del funzionario di banca per la concessione del credito alle imprese in crisi, pare potersi individuare un percorso *evolutivo*, che ha condotto – *rectius* dovrebbe condurre – ad una significativa riduzione del sindacato del giudice penale.

In particolare, le scelte normative di riconoscimento sempre crescente della natura imprenditoriale dell'attività bancaria, in virtù della tipologia dei rischi che essa comporta, nonché la necessità di salvaguardare il tessuto produttivo, tanto da lasciare le procedure liquidatorie come *extrema ratio*, hanno imposto la legittimazione dell'assunzione di un maggior rischio d'impresa, anche in situazioni di crisi, con una compressione parallela del sindacato *ex post* del giudice penale.

La peculiarità di tale evoluzione è che si è verificata non in virtù di un cambiamento delle fattispecie incriminatrici, bensì attraverso la modifica delle norme extrapenali e, principalmente, attraverso la funzione di soluzione delle antinomie propria delle scriminanti: l'esito

---

<sup>182</sup> Il richiamo è a F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli, 1991, p. 38, che evoca il rischio del «richiamo dell'«episodio»», ovvero la tendenza, tipica della giurisprudenza, «di piegare lo strumento penale alle esigenze direttamente manifestate dai fatti storici, con un'attenzione tutta sbilanciata sulle conseguenze concrete e contingenti dell'applicazione legislativa».

<sup>183</sup> Sulla nozione di riconoscibilità del precetto, G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto e modelli 'innovativi' di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2018, pp. 55 ss.

ultimo è l'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall., che, si proverà a dimostrare, è causa di giustificazione che preclude un sindacato al giudice penale sulle operazioni di salvataggio non riuscite, ma compiute secondo le cadenze delle soluzioni della crisi tipizzate dalla l. fall. e richiamate dal predetto art. 217 *bis*.

Per illustrare – dimostrare l'ipotesi ricostruttiva qui patrocinata, si sono individuati tre paradigmi *storico-tipologici*, che caratterizzano il percorso di cambiamento del diritto vivente in materia, proceduto a strappi e contrassegnato da una tensione costante tra legislatore e giurisprudenza.

Nel secondo capitolo verrà descritto il primo modello, definito di 'sindacato pubblicistico-formale sulle decisioni imprenditoriali', che ha contraddistinto la giurisprudenza a partire dagli anni sessanta del secolo scorso fino a oltre la metà degli anni ottanta.

Il tratto caratterizzante di questo primo paradigma è il radicale disconoscimento della natura imprenditoriale-privatistica dell'attività di concessione del credito a vantaggio di una sua qualificazione pubblicistica.

In questa prospettiva, non solo era possibile per il giudice sindacare le scelte imprenditoriali della banca, ma, addirittura, lo statuto penale di riferimento era quello dei reati contro la pubblica amministrazione e il metro di giudizio parametrato ai canoni dell'art. 97 Cost.

Attraverso l'identità giurisprudenziale tra irregolarità nella concessione del credito e condotta di distrazione tipica dei delitti di peculato o malversazione, le regole formali di concessione del credito rappresentavano il criterio discretivo tra decisioni economiche lecite e penalmente rilevanti, ponendo in secondo piano la dimensione imprenditoriale dell'attività, a favore di una *diversa* valutazione in termini di "buon andamento e imparzialità" della stessa.

Il punto di rottura e la conseguente svolta si sono avuti con il D.P.R. 350/1985, che ha riconosciuto – quantomeno nell'esegesi della Cassazione – la dimensione imprenditoriale dell'attività di raccolta del risparmio e concessione del credito e che ha condotto ad un tormentato *revirement* giurisprudenziale.

Nel capitolo successivo sarà analizzato un secondo modello, definito di 'sindacato privatistico-sostanziale sulle decisioni imprenditoriali'. Una volta riconosciuta la dimensione imprenditoriale-privatistica dell'attività degli istituti di credito, la verifica delle ragioni eco-

nomiche che hanno sorretto la scelta della banca di continuare a finanziare l'imprenditore o l'ente poi falliti è divenuta in giurisprudenza il nuovo selettore tra lecito ed illecito, tra attività d'impresa e concorso nelle fattispecie fallimentari.

In questo paradigma il giudice penale valuta come "*manager in surroga*" la correttezza economico-imprenditoriale delle decisioni di primo e secondo livello (rispettivamente del debitore e della banca) sulla gestione della crisi e sulla scelta di prosecuzione dell'attività: l'aspetto più critico si annida nella già evidenziata identità tra 'cattive scelte imprenditoriali' e 'scelte non imprenditoriali'.

Sotto altro profilo, la valutazione giudiziale di meritevolezza del credito, effettuata *ex post*, crea inevitabili incertezze *ex ante* sui confini di liceità delle operazioni di salvataggio, con l'effetto di disincentivare la partecipazione dei creditori (e in specie delle banche) per l'eccessivo rischio penale che tali operazioni comportano.

La situazione di incertezza descritta ha condotto il legislatore, seguendo le indicazioni della dottrina e le richieste delle associazioni di categoria, a cercare di garantire la liceità delle attività di salvataggio, dapprima operando sulla disciplina della revocatoria e procedimentalizzando le soluzioni della crisi; lo strappo definitivo, tuttavia, che segna il passaggio dal secondo al terzo modello è avvenuto con l'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall.

Il quarto capitolo sarà allora dedicato al paradigma, definito di 'esclusione del sindacato sulle decisioni imprenditoriali procedimentalizzate', intimamente connesso alla "esenzione" di responsabilità introdotta con l'art. 217 *bis* l. fall.; in prima approssimazione, al verificarsi di alcune condizioni, tipizzate nelle disposizioni fallimentari, non sono contestabili all'imprenditore, all'amministratore e ai soggetti equiparati – oltre che ovviamente ai loro concorrenti – la bancarotta semplice e preferenziale.

Si proverà a convincere il lettore che l'art. 217 *bis* l. fall. sia (i) una norma scriminante, (ii) che limita fortemente il sindacato giudiziale del giudice penale sulle scelte imprenditoriali, (iii) senza introdurre spazi di inaccettabile impunità.

Tale disposizione incarna il tentativo legislativo di garantire una netta separazione tra rischio d'impresa e d'incriminazione in relazione alle soluzioni negoziali della crisi, declinate nella l. fall., escludendo il sindacato giudiziale sulle stesse.

Infine, si tratteranno le conclusioni, con uno sguardo alle future novità che saranno introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, provando ad offrire un contributo ad un tema che appare tutto da esplorare: il sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali e il suo legame con il rischio penale degli operatori economici.

**CAPITOLO II**

**IL ‘SINDACATO PUBBLICISTICO-FORMALE  
SULLE DECISIONI IMPRENDITORIALI’.**

**LA CONCESSIONE DEL CREDITO NEL PRISMA  
DELL’ART. 97 COST.: FINE DI LUCRO  
VS BUON ANDAMENTO DELLA P.A.**

SOMMARIO: 1. Dallo ‘statuto penale degli operatori bancari’ allo ‘statuto penale della concessione del credito’. – 2. La genesi delle questioni relative allo ‘statuto penale degli operatori bancari’: il riconoscimento della qualifica di pubblici ufficiali ai funzionari delle banche pubbliche. – 3. La via della ‘parificazione verso l’alto’ e la negazione – senza distinzioni – della dimensione imprenditoriale-privatistica della concessione del credito: la sentenza Carfi. – 4. Il fallimento dei tentativi di superare l’insegnamento del precedente Carfi: la latitanza del legislatore e i *non liquet* della Corte Costituzionale e della CGCE. – 5. Successione di leggi penali o di sentenze penali nel tempo? Il riconoscimento della dimensione imprenditoriale-privatistica dell’attività bancaria nelle decisioni Tuzet, Vita e Cresti delle Sezioni Unite. – 6. Il cuore del *sindacato pubblicistico-formale*: la negazione del carattere imprenditoriale dell’attività di concessione del credito e la sua burocratizzazione attraverso l’identità tra fido irregolare e condotta di distrazione. – 7. Il primigenio riconoscimento giurisprudenziale dell’alterità tra rischio imprenditoriale e condotta appropriativa: la necessità di una ripermetrazione del sindacato giudiziale. – 8. Le prime avvisaglie di una storia che si ripeterà: conclusioni sul modello di ‘sindacato pubblicistico-formale sulle decisioni imprenditoriali’.

**1. Dallo ‘statuto penale degli operatori bancari’ allo ‘statuto penale della concessione del credito’**

Luigi Einaudi, in uno scritto del 1913 che già nel titolo<sup>1</sup> evocava i rischi derivanti dal disconoscimento della libertà di impresa (*i.e.* del

---

<sup>1</sup> L. EINAUDI, *La burocratizzazione del credito e le proposte di vincolo pei depositi a risparmio*, in *Riv. soc. comm.*, 3, 1913, pp. 241 ss.

rischio d'impresa) nella concessione del credito, affermò icasticamente che «qualsiasi sostituzione del giudizio della burocrazia legiferante al giudizio dei dirigenti responsabili non può che essere dannosa. Sostituire la norma rigida, la uniformità aritmetica alla norma elastica, alla flessuosità indispensabile in questo genere di affari è un errore grave»<sup>2</sup>; vi è da chiedersi quale sarebbe stato il giudizio di Einaudi di fronte ad una "burocrazia giudicante"<sup>3</sup> e all'applicazione della disciplina penale della pubblica amministrazione all'attività di raccolta e gestione del risparmio, che ha segnato il diritto vivente dall'alba degli anni sessanta per quasi tre decenni.

Nell'arco dei trent'anni qui d'interesse<sup>4</sup>, con maggiore pervasività ed estensione negli anni ottanta, la giurisprudenza penale ha sussunto le condotte di "illegittima"<sup>5</sup> concessione di credito ordinario<sup>6</sup> nell'alveo delle fattispecie contro la pubblica amministrazione, aprendo così la strada non solo ad un sindacato giudiziale sulle scelte im-

<sup>2</sup> *Ivi*, p. 241, la citazione è ripresa in G.M. FLICK, *Il diritto penale giurisprudenziale: 'rischio di impresa' e 'rischio penale' nell'attività bancaria*, in *B. e b.*, 3, 1982, p. 227.

<sup>3</sup> Come si vedrà ampiamente oltre, il "diritto penale bancario", per usare un'espressione di sintesi, è stato segnato nel periodo qui d'interesse, da un pregnante intervento di supplenza giurisprudenziale, diretto a sopperire alle inerzie del legislatore di fronte ad un sistema normativo ritenuto, anche dalla dottrina, incapace di garantire la necessaria tutela penalistica dell'attività di concessione del credito e gestione del risparmio. Fondamentale sul punto M. ROMANO, *Introduzione allo studio del diritto penale bancario*, in M. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980, p. 42: «la verità è che ci troviamo una volta di più in presenza di un diritto penale giurisprudenziale, che mi pare superi tuttavia in questo campo i limiti di inevitabilità dell'intervento quantunque in misura diversissima pur sempre in qualche modo "creativo" del giudice. Anche se talvolta molto lodevole negli intenti e comunque conseguenza dell'inerzia penosa e colpevole del legislatore, questo tipo di intervento suscita in materia penale – proprio per la delicatezza e gravità degli interessi in gioco – particolari perplessità».

<sup>4</sup> Icasticamente la questione esegetica sottesa allo "statuto penale degli operatori bancari" è stata definita da Foffani «una delle più lunghe e controverse vicende interpretative riguardanti la storia del diritto penale dell'economia in Italia» (L. FOFFANI, *Crisi finanziaria e intervento penale*, in M.O. MANTOVANI-F. CURIS. TORDINI CAGLI-M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 548).

<sup>5</sup> Il termine "illegittima" è qui utilizzato in senso ampio e assolutamente atecnico: verrà declinato puntualmente nel successivo par. 7.

<sup>6</sup> Nel presente capitolo oggetto di trattazione sarà il c.d. credito ordinario, cioè quello non collegato a finalità specifiche, salvo diversa indicazione nel corpo del testo.

prenditoriali, ma, ciò che forse è ancora più significativo ai nostri fini, ad un vaglio delle stesse secondo le logiche dell'art. 97 Cost.

Gli effetti di tale *sindacato pubblicistico-formale*, cioè di un giudizio fondato su parametri diversi da quelli propri delle scelte imprenditoriali-privatistiche, sono stati a tratti dipinti a tinte fosche dalla dottrina, non solo penalistica, coeva: «riconurre la tutela penale del credito nell'alveo della tutela penale della pubblica amministrazione, vuol dire riconoscere come prevalenti nel settore quelle connotazioni di imparzialità che devono essere tipiche della pubblica amministrazione, e che rappresentano attualmente (...) un coefficiente essenziale della sua tutela penale. Orbene, da ciò ad affermare il "diritto di credito" e la burocratizzazione di quest'ultimo e dei relativi procedimenti, il passo è breve»<sup>7</sup>; ancora, sotto il profilo della politica creditizia e del costo del denaro, si è sostenuto che un'esegesi giurisprudenziale eccessivamente rigorosa imponga condotte ipercautelative, cosicché «il rischio d'impresa ha per il banchiere margini assai ristretti: il timore di superarli, e di incorrere in responsabilità penale, lo induce a lesinare il credito o, all'opposto, ad esagerare nella pretesa di garanzie»<sup>8</sup>.

La giurisprudenza è pervenuta a tale forma di *sindacato* attraverso due fondamentali snodi<sup>9</sup>: (i) il riconoscimento di uno "statuto penale" pubblicistico degli operatori bancari<sup>10</sup> e della loro attività; (ii) la riconduzione al «peculato per distrazione anche [del]l'impiego della cosa compiuto in piena adesione allo scopo istituzionale dell'ente, ma in violazione di prescrizioni dettate per il funzionamento interno dell'ente»<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> G.M. FLICK, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 230. Estremizza ulteriormente il ragionamento, A. FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, p. 501, per cui, aderendo allo statuto pubblicistico, «si dovrebbe ad esempio stimare punibile a titolo di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) la mancata concessione di un credito da parte di un funzionario che non sia giustificabile commercialmente; assurdo che, se possibile, diviene ancor più marcato quando a simili conseguenze dovrebbe arrivarsi nei confronti dell'operatore di banca privato».

<sup>8</sup> Alla lettera, F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Cont. imp.*, I, 1987, p. 4.

<sup>9</sup> Per tale bipartizione si veda G.M. FLICK, *Istituti di credito di diritto pubblico e aziende di credito private di fronte al diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1980, p. 443.

<sup>10</sup> Si riprende qui la felice espressione di sintesi di C.E. PALIERO, *Lo 'statuto penale' degli operatori bancari fra disciplina comunitaria e politica penale giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1359.

<sup>11</sup> Alla lettera, S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione e rischio d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 852-853.

Tali cruciali momenti esegetici meritano di essere analizzati separatamente e con approcci metodologici in parte differenti: il concetto di distrazione può essere illustrato in prospettiva sostanzialmente sincronica, essendo convissute in giurisprudenza e in dottrina – nel periodo di nostro interesse e fino alla riforma dei reati contro la p.a. del 1990<sup>12</sup> – interpretazioni differenti, con la sola fondamentale cesura del passaggio prasseologico dallo statuto pubblicistico a quello privatistico di responsabilità penale dei funzionari; l'evoluzione della giurisprudenza in punto di 'statuto penale' degli operatori di banca, impone, invece, per una miglior comprensione, una considerazione diacronica e preliminare.

## 2. *La genesi delle questioni relative allo 'statuto penale degli operatori bancari': il riconoscimento della qualifica di pubblici ufficiali ai funzionari delle banche pubbliche*

A partire dagli anni cinquanta del secolo scorso la giurisprudenza<sup>13</sup> riconobbe in capo ai dipendenti delle banche pubbliche la qualità di pubblici ufficiali, senza con ciò destare – in prima battuta – l'attenzione degli stessi istituti di credito (*rectius* delle associazioni di categoria). Si trattò di condanne emesse nei confronti di soggetti non in posizione apicale e per fatti che non importavano un sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali<sup>14</sup>: l'ipotesi più frequente fu

---

<sup>12</sup> Si vedano tra gli altri, senza pretesa di completezza, per un'analisi della l. 86/90 di riforma dei delitti contro la p.a., C.F. GROSSO, *I nuovi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: indebolimento o rafforzamento della tutela penale?*, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 1298 ss.; T. PADOVANI, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 1990, pp. 540 ss.; F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 815 ss.; M. SINISCALCO, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali. Profili critici*, in *Leg. pen.*, 1990, pp. 263 ss.; L. STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: profili generali e spunti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1990, pp. 707 ss.

<sup>13</sup> Per una puntuale analisi della giurisprudenza a partire dagli anni cinquanta si vedano G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio (a proposito dei dirigenti e dei dipendenti delle banche di diritto pubblico che esercitano il credito ordinario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 4; L. CONTI, *Operatori di banca e responsabilità per delitti contro la pubblica amministrazione*, in M. ROMANO (a cura di), *La responsabilità*, cit., pp. 173 ss.

<sup>14</sup> Spiega l'indifferenza del mondo bancario di fronte alla giurisprudenza degli anni cinquanta F. BRICOLA, *La responsabilità penale degli operatori bancari tra de-*

quella dei dipendenti che si appropriavano del denaro dei correntisti.

Ben altro interesse colsero le decisioni che a partire dagli anni sessanta e con una prima acuzie negli anni settanta<sup>15</sup> colpirono i soggetti apicali per le decisioni imprenditoriali di concessione di credito, che portarono l'attenzione della dottrina e delle associazioni di categoria sul rigoroso orientamento giurisprudenziale inerente allo 'statuto penale dei funzionari di banca'.

Il percorso logico adottato dalla Suprema Corte, per ricondurre gli operatori degli istituti pubblici nel perimetro definito dall'allora vigente art. 357 c.p.<sup>16</sup>, può essere compendiato con un sillogismo<sup>17</sup>: tutti gli enti pubblici svolgono per definizione una pubblica funzione (*premessa maggiore*); gli istituti di credito di diritto pubblico sono enti pubblici (*premessa minore*); i funzionari di banca che concorrono a formare o manifestano all'esterno la volontà dell'ente sono pubblici ufficiali (*conclusione*).

Proprio sulla premessa maggiore si appuntarono le critiche della dottrina pressoché unanime<sup>18</sup>. In generale, infatti, si sostenne – sem-

---

*cisione delle Sezioni Unite e progetti di riforma*, in R. COMINI-M. VALIGNANI (a cura di), *La responsabilità degli operatori bancari. Atti del Convegno: Castrocaro Terme*, Bologna, 1982, p. 40, in questi termini: «da un lato, queste incriminazioni non determinavano ancora un'ingerenza vera e propria dell'autorità giudiziaria nelle "scelte bancarie" così come avverrà con le incriminazioni successive di operatori a livello dirigenziale per peculato per distrazione; dall'altro, il livello modesto degli operatori incriminati non giustificava reazioni di categoria».

<sup>15</sup> Per una puntuale analisi della giurisprudenza si veda L. CONTI, *Operatori di banca*, cit., pp. 174 ss.

<sup>16</sup> L'originaria definizione di pubblico ufficiale contenuta nell'art. 357 c.p. prevedeva il riconoscimento di tale qualifica agli effetti penali a: «1) gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria; 2) ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria». L'art. 357 c.p. è stato in seguito modificato dall'art. 7, l. 86/1990 e ulteriormente novellato dall'art. 4, l. 181/1992.

<sup>17</sup> La felice sintesi si deve a G. GRASSO, *Truffa in danno della banca, ricorso abusivo al credito, obblighi di denuncia o di rapporto*, in M. ROMANO (a cura di), *La responsabilità*, cit., p. 107.

<sup>18</sup> Contrari al riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale ai funzionari degli istituti di credito pubblici, senza pretesa di completezza, tra gli altri (in ordine cronologico) P. NUVOLONE, *Gli istituti di credito pubblico e il concetto di pubblico ufficiale*, in *Banca e Borsa*, 1950, II, p. 52; M. GALLO, *Pubblico ufficiale ed Ente pubblico a proposito degli istituti di credito di diritto pubblico*, in *Banca e Borsa*, I, 1951, p. 217; M. PORZIO, *I dipendenti degli Istituti di credito di diritto pubblico ed il concetto di pubblico ufficiale*, in *Arch. pen.*, I, 1964, p. 118; G. GUARINO,

plificando ai fini della presente ricerca – che non fosse affatto sufficiente un mero legame soggettivo tra l'agente e un ente pubblico, ma che l'art. 358 richiedesse un *quid pluris*, ovvero l'esercizio di una pubblica funzione; tale esercizio si riteneva sussistesse solo ove l'attività fosse stata disciplinata da norme di diritto pubblico, che ponessero la p.a. in una posizione di supremazia rispetto al cittadino, consentendo ai pubblici poteri di incidere sulla sfera giuridica del privato con atti unilaterali<sup>19</sup>.

Peraltro, la stessa legge bancaria del 1938 (l. 141/1938 di conversione del r.d.l. 375/1936, in seguito l. banc.), all'epoca vigente, offriva una serie di argomenti letterali per escludere la qualifica pubblicistica in capo ai funzionari: (i) l'art. 10, comma II, l. banc., che attribuiva la qualifica di pubblici ufficiali ai funzionari della Banca d'Italia, sarebbe stata una norma superflua se tutti i dipendenti delle banche pubbliche – per ciò solo – avessero assunto tale qualità<sup>20</sup>; (ii) l'art. 92 l. banc. richiamava, senza distinzione tra appartenenti a banche private o pubbliche, gli illeciti previsti dalla l. 660/1931, a dimostrazione di uno statuto unitario e privatistico della responsabilità penale<sup>21</sup>; (iii) l'art. 97 l. banc. prevedeva la facoltà di presentare denunce da parte della Banca d'Italia e delle singole imprese bancarie, una norma che, da un canto, non distingueva tra istituti pubblici e privati e che, dall'altro, non avrebbe avuto alcun significato in presenza di un vero e proprio obbligo di denuncia quale quello che interessava i pubblici ufficiali<sup>22</sup>.

Sotto altro profilo – su cui ebbero molto ad insistere le associazioni di categoria<sup>23</sup> – tale impostazione giurisprudenziale creava una

*Pubblico ufficiale*, cit., pp. 3 ss.; A. CRESPI, *Il diritto penale giurisprudenziale: l'attività bancaria come servizio pubblico*, in *B. e b.*, II, 1982, p. 125. Adesivo, invece, all'orientamento giurisprudenziale, A. SANTORO, *Fido bancario concesso irregolarmente e delitto di peculato*, in *Banca e Borsa*, 1962, II, pp. 324 ss.; ID., *Funzioni pubbliche e pubblici ufficiali del Banco di Napoli*, in *Banca e Borsa*, II, 1963, pp. 1 ss.

<sup>19</sup> Sostanzialmente in questi termini G. GRASSO, *Truffa*, cit., pp. 112-113 e, pur con sfumature diverse, gli autori citati alla nt. 18.

<sup>20</sup> Per tale argomento, G. GRASSO, *Truffa*, cit., p. 115; M. ROMANO, *La 'parificazione' tra operatori bancari pubblici e privati secondo le Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 781.

<sup>21</sup> Si vedano G. GRASSO, *Truffa*, cit., p. 115; M. ROMANO, *La 'parificazione'*, cit., pp. 781-782.

<sup>22</sup> Tale rilievo è formulato da G. GRASSO, *Truffa*, cit., p. 115; M. ROMANO, *La 'parificazione'*, cit., p. 782; G.M. FLICK, *Istituti di diritto pubblico*, cit., pp. 461-462.

<sup>23</sup> Sottolinea tale aspetto F. BRICOLA, *La responsabilità*, cit., p. 40.

disparità di trattamento tra funzionari delle banche private e di quelle pubbliche<sup>24</sup>, con evidenti ripercussioni sulla stessa concorrenza e sul mercato<sup>25</sup>.

Un esempio paradigmatico della disparità<sup>26</sup> fu considerato dalla stessa giurisprudenza il caso, tutt'altro che di scuola, sottoposto al vaglio della Corte d'appello di Bologna<sup>27</sup>, del dipendente di una banca pubblica che ebbe a concedere un finanziamento vincolato, sapendo che l'imprenditore avrebbe utilizzato i fondi ricevuti non per la finalità per cui gli furono concessi, ma per ripianare i debiti precedentemente assunti con l'istituto di credito erogate.

Il decidente identificò perfettamente il *punctum dolens*: «esemplare appare proprio la fattispecie in esame caratterizzata dall'addebito rivolto [all'imputato] di una responsabilità penale per peculato in relazione ad un comportamento che, se posto in essere in una banca privata (non essendo in dubbio che [l'imputato] agì nel mero ed esclusivo interesse della Banca Nazionale del Lavoro da cui dipendeva) sarebbe stato irrilevante sotto il profilo penale e forse encomiabile sotto il profilo professionale»<sup>28</sup>.

La questione del difforme statuto penalistico dei funzionari di banca fu di tale importanza pratica da investire in pochi anni la Suprema Corte nel suo massimo consesso, in sede sia penale<sup>29</sup> che civile<sup>30</sup>, la Corte Costituzionale<sup>31</sup>, il Consiglio di Stato<sup>32</sup>, la Corte di Giustizia<sup>33</sup>,

---

<sup>24</sup> Per un approfondimento sulle disparità sanzionatorie createsi a seguito del riconoscimento di una qualifica pubblicistica in capo ai funzionari delle banche private si rinvia, per tutti, alla felice sintesi di G.M. FLICK, *Istituti di credito di diritto pubblico*, cit., p. 444.

<sup>25</sup> Condivisibilmente G.M. FLICK, *Istituti di credito di diritto pubblico*, cit., p. 449, «una differenza di trattamento in tutto o in parte ingiustificata – al di là del suo peculiare significato di disuguaglianza – si risolve sia in un ulteriore coefficiente di disincentivazione per il soggetto assoggettato ad un controllo penale più gravoso, sia conseguentemente in un coefficiente di alterazione [delle] caratteristiche di concorrenzialità del settore».

<sup>26</sup> La disparità era già stata evidenziata nello scritto del 1951 di M. GALLO, *Pubblico Ufficiale*, cit., p. 223.

<sup>27</sup> App. Bologna, 30.1.1980, in *Giur. mer.*, 1981, pp. 726 ss., con nota di F. MAIMERI, *La disparità di trattamento dei dipendenti bancari sotto il profilo penale tra Corte Costituzionale e legislatore*.

<sup>28</sup> App. Bologna, 30.1.1980, cit., p. 734.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. Un., 10.10.1981, Carfi, in *Banca e Borsa*, 1981, II, pp. 385 ss.

<sup>30</sup> Cass. civ., Sez. Un., 20.11.1981 n. 1282 (dep. 2.3.1982), in *Foro it.*, 1982, I, p. 1596 ss.

<sup>31</sup> Corte cost. 1.7.1983, n. 205, in *BDD*; Corte cost. 7.2.1984, n. 16, in *BDD*;

oltre che impegnare il Parlamento su una pluralità di disegni di legge<sup>34</sup>.

### 3. La via della 'parificazione verso l'alto' e la negazione – senza distinzioni – della dimensione imprenditoriale-privatistica della concessione del credito: la sentenza Carfi

Con la decisione Carfi della Sezioni Unite<sup>35</sup> la questione dello 'statuto penale del funzionario bancario' ebbe una svolta del tutto inattesa<sup>36</sup>. Infatti, mentre la dottrina pressoché unanime richiedeva un passo indietro della giurisprudenza, attraverso il riconoscimento della dimensione imprenditoriale-privatistica dell'attività di concessione del credito<sup>37</sup>, il Giudice di legittimità, aderendo ad un isolato e minoritario orientamento<sup>38</sup>, riconobbe in capo ai dipendenti delle banche private la qualifica di incaricato di pubblico servizio.

Per tale via si pervenne ad una 'parificazione verso l'alto'<sup>39</sup>: invece di applicare a tutti i funzionari di banca la disciplina penale dell'im-

Corte cost. 7.2.1984, n. 17, in *BDD*; Corte cost. 16.7.1987, n. 277, in *BDD*; Corte cost. 17.3.1988, n. 309, in *BDD*.

<sup>32</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 14.6.1988, n. 741, in *Foro it.*, 1988, III, p. 5538.

<sup>33</sup> CGCE, Sez. II, 7.4.1987, Bullo e Bonivento, C-166/85, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, pp. 883 ss.

<sup>34</sup> Per un'analisi dei disegni di legge si rinvia al successivo par. 4.

<sup>35</sup> Cass. pen., Sez. Un., 10.10.1981, Carfi, cit.

<sup>36</sup> Rileva, infatti, E. MUSCO, *Quale statuto penale per gli operatori bancari?*, in *Banca e Borsa*, 1982, I, pp. 905 ss., che almeno quattro fattori facevano presagire un *revirement* di significato contrario a quello della decisione Carfi, ovvero: (i) una diversa sensibilità giudiziaria verso la questione e le ragioni degli istituti di credito, emersa dalle diverse questioni di costituzionalità sollevate; (ii) un rinnovato interesse della dottrina, critica nei confronti delle derivate forme di "diritto penale giurisprudenziale"; (iii) la dir. 77/780/CEE; (iv) la presentazione di diversi disegni di legge, diretti ad escludere lo statuto pubblicistico.

<sup>37</sup> Si vedano gli autori già richiamati alla nota 18.

<sup>38</sup> Tra le poche decisioni in tal senso possono ricordarsi: Cass. pen., 12.12.1960, in *Foro it.*, 1961, II, p. 164; App. Lecce, 15.11.1968, in *Giur. mer.*, 1969, II, p. 481 con nota critica di O. CEDRANGOLO, *Sull'impossibilità di qualificare incaricati di pubblico servizio i dipendenti di un istituto bancario*; Cass. pen., Sez. VI, 9.10.1974, in *Cass. pen.*, 1976, p. 720; Cass. pen., Sez. VI, 25.11.1980, in *Banca e Borsa*, 1981, II, p. 1.

<sup>39</sup> L'espressione si deve a G.M. FLICK, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 231.

presa, come propugnato dalla dottrina<sup>40</sup>, la soluzione giurisprudenziale fu di allargare ulteriormente l'*enforcement* dei delitti contro la p.a., facendo ricorso alla nozione di cui all'art. 358 c.p. (allora vigente<sup>41</sup>).

L'abbrivio del percorso motivazionale compiuto dalle Sezioni Unite fu segnato dall'adesione all'ampio concetto di "pubblico servizio in senso oggettivo"<sup>42</sup>, di matrice amministrativistica<sup>43</sup>, che riconduce a tale nozione «ogni attività (...) dalla legge ordinata alla realizzazione di un pubblico interesse in concomitanza o meno con l'interesse privato del soggetto»<sup>44</sup>.

Il passaggio seguente, implicato dalla premessa, fu quello di individuare nella l. banc. indici sintomatici di un orientamento pubblicistico dell'attività. Le Sezioni Unite identificarono una pluralità di *markers*, così compendiabili<sup>45</sup>: (i) l'art. 1 l. banc. definiva la raccolta del risparmio e la gestione del credito come "funzioni di interesse pubblico"; (ii) l'intera attività delle banche era segnata in ogni sua fase, dalla genesi (con atto di concessione) alla sua conclusione (con procedure *ad hoc* come la liquidazione coatta amministrativa in caso di crisi o insolvenza), passando per la stessa gestione (controlli ispettivi e regolamentazione della dimensione dell'istituto di credito), dall'intervento di organi governativi (quali il Ministero dell'economia e la Banca d'Italia); (iii) la presenza di enti pubblici bancari dimostrava l'opportunità di un intervento pubblicistico sull'attività di concessione e gestione del credito.

La conclusione fu che «ogni attività bancaria volta alla raccolta

---

<sup>40</sup> Si vedano i richiami compiuti nel paragrafo precedente.

<sup>41</sup> L'art. 358 c.p., prima delle modifiche intervenute con la l. 86/1990, disponeva: «gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio; ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio».

<sup>42</sup> Nozione sintetizzata perfettamente da M. ROMANO, *La 'parificazione'*, cit., p. 775, per cui per "servizio pubblico improprio" deve intendersi quello che «ha ad oggetto prestazioni non imputabili direttamente o indirettamente allo Stato o a un ente pubblico, ma rivolte al pubblico e qualificate da un particolare interesse pubblico in base ad indici desumibili dal contenuto di esse e dalla disciplina giuridica della loro espressione».

<sup>43</sup> Per tale orientamento, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; G. VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968.

<sup>44</sup> In questi termini Cass. pen., Sez. Un., 10.10.1981, Carfi, cit.

<sup>45</sup> Per una sintesi più ampia si vedano, per tutti, A. CRESPI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 128; M. ROMANO, *La 'parificazione'*, cit., pp. 768-769.

del risparmio e all'esercizio del credito è contrassegnata da un interesse pubblico immanente in virtù del quale essa è inserita in un'organizzazione unitaria del relativo settore economico, costituita, regolata, diretta e controllata da pubblici poteri anche per la realizzazione di pubbliche finalità»<sup>46</sup>.

Il corollario di tale esito interpretativo fu l'attribuzione della qualità di incaricati di pubblico servizio ai funzionari delle banche private.

La decisione delle Sezioni Unite raccolse critiche unanimi in dottrina, che si appuntarono (a) sul concetto generale di pubblico servizio adottato, (b) sulla capacità dimostrativa degli indici sintomatici e, infine, (c) sugli *effetti* della sentenza sulle responsabilità penali dei funzionari di banca.

(a) Quanto al primo profilo, si sostenne, per una pluralità di ragioni di ordine storico e sistematico<sup>47</sup>, che ai fini penalistici il pubblico servizio sia solo quello la cui titolarità originaria fosse della pubblica amministrazione. L'insegnamento tradizionale in dottrina<sup>48</sup> era, infatti, nel senso di un'*interpretazione oggettivista* della nozione di cui all'art. 358 (oltre che dell'art. 357 c.p.), per cui «una attività acquista la caratteristica del servizio pubblico non in quanto diretta da pubblici poteri, ma solo in quanto si connetta strumentalmente con una pubblica funzione. Ciò non si verifica per l'attività creditizia, la quale assume la forma giuridica propria degli istituti di diritto privato sia nella organizzazione interna, sia nei rapporti con i terzi e si risolve interamente nella relativa disciplina privatistica»<sup>49</sup>.

(b) Puntuali critiche furono formulate in dottrina anche in relazione ai cc.dd. indici sintomatici.

(i) Il concetto di "funzione di interesse pubblico", quale qualità ex art. 1 l. banc. della raccolta del risparmio e della gestione del credito, non è sovrapponibile alla nozione "servizio pubblico", salvo procede-

---

<sup>46</sup> Alla lettera, Cass. pen., Sez. Un., 10.10.1981, Carfi, cit.

<sup>47</sup> Fondamentali le critiche di M. ROMANO, *La 'parificazione'*, cit., pp. 772 ss. Sotto il profilo storico Romano rileva come «la figura dell'incaricato di un pubblico servizio veniva nel codice Rocco a "ratificare" una tendenza dell'epoca ad estendere la rilevanza penale delle qualifiche dei funzionari dello Stato e degli enti pubblici: con la nuova figura soggettiva si qualificavano in modo affine attività diverse dalle funzioni, ma anch'esse da riferire a loro volta allo Stato o ad un ente pubblico». Tali rilievi sono stati ripresi dalla dottrina successiva, tra gli altri e per tutti, F. BRICOLA, *La responsabilità*, cit., p. 47; A. CRESPI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 132.

<sup>48</sup> Si vedano gli autori già richiamati alla nota 18.

<sup>49</sup> Alla lettera, G. GUARINO, *Pubblico ufficiale*, cit., p. 38.

re con «operazioni di tipo sostanzialmente legislativo»<sup>50</sup>, che conducono, per fini argomentativi, alla sostituzione del secondo termine con il primo. D'altronde, anche prescindendo da tale aspetto, fu sottolineato come la tesi provasse troppo: «se dovessero essere considerate servizi pubblici tutte le attività che soddisfano un interesse pubblico preminente, dovremmo considerare pubblici ufficiali, o quanto meno incaricati di pubblico servizio, tutti gli industriali e i commercianti di generi alimentari essenziali o di sostanze medicinali»<sup>51</sup>.

(ii) Inoltre, si sostenne che l'accesso all'attività fosse autorizzatorio e non concessorio, non essendo *ab origine* l'attività esclusiva della p.a., ad ulteriore dimostrazione della sua dimensione privatistico-imprenditoriale<sup>52</sup>; la stessa presenza di controlli sulla gestione del credito non sembrò decisiva, giacché si considerò che «non vi è ormai settore di attività delle imprese private che non sia disciplinato anche da regole di diritto pubblico, per la rilevanza pubblica del settore o delle attività, per l'esistenza di controlli pubblici penetranti, per l'assoggettamento ad adempimenti imposti dalla legislazione amministrativa e per l'obbligatoria osservanza di limiti e di oneri anche in relazione a tutta una numerosa serie di provvidenze e agevolazioni»<sup>53</sup>; si sostenne, infine, che le procedure tipiche dell'insolvenza degli istituti di credito non offrivano alcuna indicazione sulla tipologia di attività e sulla qualificazione come pubblicistica della concessione del credito<sup>54</sup>.

(iii) Infine, in esito alla sintesi delle critiche mosse agli indici sintomatici individuati dalla sentenza Carfi, fu sottolineato come «la presenza di enti pubblici nel settore del credito è solo espressione del pluralismo bancario»<sup>55</sup>: dunque, un elemento del tutto anodino, incapace di sorreggere la conclusione della Suprema Corte.

Del resto, i limiti dell'impostazione adottata dalle Sezioni Unite penali trovarono la propria cartina di tornasole nella decisione Muc-

---

<sup>50</sup> L'espressione si deve ad E. MUSCO, *Quale statuto*, cit., p. 916, per cui «deve ammettersi che si proceda ad operazioni di tipo sostanzialmente legislativo quando si sostituisce il termine "funzione" con quello giuridicamente più appropriato di "servizio", al fine di sfrondare la formula dell'art. 1 della l. banc. della sua enfasì descrittiva».

<sup>51</sup> Alla lettera, P. NUVOLONE, *Banche private e pubblico servizio*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 727.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> L'argomento è espresso da F. PIGA, *Pubblico e privato nelle attività bancarie*, in *B. e b.*, 1982, 4, p. 448.

<sup>54</sup> Si veda E. MUSCO, *Quale statuto*, cit., p. 918.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

cioli<sup>56</sup>, di pochi mesi successiva, sempre del massimo consenso della Suprema Corte, ma in sede civile, che riconobbe la natura privatistica e imprenditoriale dell'attività bancaria anche degli enti pubblici, escludendo la giurisdizione della Corte dei Conti.

(c) Quanto agli effetti pratici della decisione, se garantiva senz'altro un maggior *enforcement* penalistico, allargando i confini di punibilità dei delitti contro la p.a. anche ai funzionari delle banche private, non conduceva tuttavia ad una effettiva identità di trattamento. Infatti, la medesima condotta di concessione di credito "illegittima" integrava due distinte fattispecie – il peculato e la malversazione – a seconda della natura pubblica o privata della banca in cui si consumava l'illecito. Disparità di trattamento permanevano anche in relazione alla disciplina delle falsità documentali, che *ex art.* 493 c.p. interessavano gli incaricati di pubblico servizio solo se «impiegati dello Stato o di altro ente pubblico», qualità che mancava per definizione ai funzionari delle banche private<sup>57</sup>.

Un ultimo dato merita di essere considerato a chiosa dell'analisi delle reazioni degli studiosi alla sentenza Carfi: fu sostanzialmente unanime<sup>58</sup> il riconoscimento alla decisione di una portata di sostan-

<sup>56</sup> Cass. civ., Sez. Un., 20.11.1981, n. 1282 (dep. 2.3.1982), in *Foro it.*, 1982, I, p. 1596 ss. Per un commento in chiave penalistica della decisione si veda P. NUVOLONE, *Limite della giurisdizione della Corte dei Conti e attività bancaria*, in *Ind. pen.*, 1982, pp. 236 ss.

<sup>57</sup> L'argomento si deve a G.M. FLICK, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 233, ripreso da F. BRICOLA, *La responsabilità*, cit., p. 48, e S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione*, cit., p. 850.

<sup>58</sup> Si vedano, con toni a tratti estremamente critici e polemici, A. CRESPI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 126; I. MAZZA, *Sindacato del giudice penale sulle operazioni bancarie di finanziamento, peculato per distrazione e coscienza dell'antidoverosità della condotta*, in *Giur. mer.*, 1983, p. 184; A. FIORELLA, *Problemi*, cit., p. 494; E. MUSCO, *Quale statuto*, cit., p. 922; M. ROMANO, *La 'parificazione'*, cit., p. 784; P. VENEZIANI, *Le qualifiche soggettive degli operatori bancari secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 537. Per una legittimazione di tale atteggiamento giurisprudenziale, nella prospettiva della tutela dei risparmiatori (viziata dal "richiamo al caso concreto"), si veda C.R. CALDERONE, *Statuto penale dell'attività bancaria nella sentenza delle Sezioni Unite: problemi ancora aperti*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, p. 634, per cui «la sentenza della Sezione Unite 10 ottobre 1981 (Carfi) ha giudicato nell'ottica di proteggere il risparmio e assicurare una tutela quasi identica ai risparmiatori, rivendicando il precipuo ruolo della magistrature che deve soprattutto ergersi a tutela dei diritti del cittadino (certamente non poteva ignorarsi lo scempio che s'era fatto col risparmio dei cittadini nelle banche private gestite da Calvi e Sindona!)» (corsivi aggiunti). Inutile sottolineare l'inammissibilità della posizione espressa da Calderone, patentemente in contrasto con i fondamentali corollari garantistici della riserva

ziale creazione normativa, in aperto contrasto con il principio di riserva di legge, finalizzata ad offrire una risposta penale a condotte pericolose per l'ordinamento bancario, in un contesto di "arretratezza" della disciplina coeva e di inerzia del legislatore.

Ugualmente stigmatizzato fu l'effetto pratico della decisione, quello che qui si è definito 'sindacato pubblicistico-formale' sulle scelte di concessione del credito: «le Sezioni Unite della Cassazione hanno innescato un pericoloso controllo a posteriori sulla valutazione del rischio d'impresa nell'erogazione del credito (...). Il giudice finisce per operare le valutazioni proprie degli amministratori, per sostituirsi ad essi e decidere nella sua irresponsabile onniscienza la convenienza degli affari delle banche»<sup>59</sup>.

Se è pur vero che tale rischio già si era materializzato per i funzionari delle banche pubbliche, la sua diffusione a tutti gli istituti di credito interrogò con più vigore la dottrina, che cominciò così ad avere una percezione più nitida del problema.

#### 4. *Il fallimento dei tentativi di superare l'insegnamento del precedente Carfi: la latitanza del legislatore e i non liquet della Corte Costituzionale e della CGCE*

Per ricondurre alla disciplina imprenditoriale-privatistica l'attività di concessione del credito furono battute sostanzialmente tre strade, nessuna delle quali portò all'esito sperato.

(i) La prima, invocata dalla dottrina<sup>60</sup> già prima della decisione

---

di legge: come sinteticamente osservato da E. MUSCO, *Quale statuto*, cit., p. 924, proprio in relazione al tema qui d'interesse, anche nel diritto penale il fine non giustifica i mezzi.

<sup>59</sup> In questi termini E. MUSCO, *Quale statuto*, cit., p. 922. Un'opinione sovrapponibile è espressa da G.M. FLICK, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 228, per cui l'insegnamento delle Sezioni Unite si risolve in «un'interpretazione idonea a consentire, da parte del giudice penale, un vero e proprio controllo a posteriori sul merito, sul contenuto e sull'opportunità delle scelte imprenditoriali bancarie in materia di credito e (in ultima analisi) sulla professionalità dell'operatore bancario in questo ambito». Critica anche G. RAYMONDI, *Attività bancaria e diritto penale, con particolare riferimento al delitto di peculato*, in *Giur. mer.*, II, 1986, p. 1197, per cui «il giudice può controllare che il potere attribuito dalla norma sia stato esplicato nei limiti e per lo scopo per cui la norma lo ha attribuito, ma mai può pronunciarsi sull'opportunità dell'operazione creditizia».

<sup>60</sup> La necessità è rilevata sostanzialmente da tutti gli autori critici rispetto alla

Carfi<sup>61</sup>, fu quella di un intervento legislativo, se non di ampia portata e di grande ispirazione, che riguardasse cioè una riscrittura delle fattispecie penali-bancarie<sup>62</sup> o, addirittura, l'introduzione di una normativa penale unitaria per l'impresa pubblica, quantomeno una novella che chiarisse *ex professo* lo statuto penale dei funzionari degli istituti di credito. Diversi progetti di legge furono presentati in Parlamento, ma nessuno vide la luce<sup>63</sup>.

(ii) Le altre due vie per disconoscere ogni dimensione pubblicistica all'attività di concessione del credito furono di natura pretoria: i giudici di merito, dissenzienti rispetto all'impostazione della Suprema Corte, cercarono una sponda nella Corte Costituzionale e nella (allora) Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE).

Il Giudice delle leggi fu chiamato a pronunciarsi sullo statuto penale dei funzionari di banca in ben cinque diverse occasioni tra il 1983 e il 1988, affrontando il merito della questione in due distinte decisioni<sup>64</sup>.

Per ciò che qui interessa, il primo arresto e più significativo è la decisione 205/1983 della Corte Costituzionale, proprio perché oggetto di giudizio furono l'art. 1 l. banc., le definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio e la fattispecie di peculato.

qualificazione pubblicistica dell'attività di concessione del credito. Per tutti, E. MUSCO, *Quale statuto*, cit., pp. 924-925.

<sup>61</sup> Si veda ad esempio l'analisi di G.M. FLICK, *Istituti di diritto pubblico*, cit., pp. 466 ss.

<sup>62</sup> Fondamentale sul punto C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è 'comune' la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 707 ss., che segnalò la necessità dell'introduzione di una figura di "infedeltà patrimoniale" sul modello dell'*Untrue* tedesco occidentale (§ 266 StGB) o dell'*abus de confiance* francese (art. 408 c.p.) per incriminare le ipotesi di "fidi irregolari".

<sup>63</sup> Per un approfondimento si vedano C. PEDRAZZI, *Commento alla proposta di legge MINERVINI e Spaventa (cinque proposte di modifica della disciplina penale dell'impresa bancaria)*, in *Giur. comm.*, 1980, pp. 853 ss., ora in C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, cit., pp. 302-303; F. BRICOLA, *La responsabilità*, cit., p. 49; A. MANNA, *Incongruenze nell'adeguamento della giurisprudenza di merito ai dettami della Corte di Cassazione in tema di banche*, in *Giur. mer.*, 1983, pp. 1002 ss. Più in generale, oltre i profili penalistici, G. MINERVINI, *La legge bancaria verso il tramonto?*, in *Pol. eco.*, 1984, 9, p. 61.

<sup>64</sup> Segnatamente si tratta delle decisioni Corte cost. 1.7.1983, n. 205, in *BDD*; Corte cost. 7.2.1984, n. 16, in *BDD*; Corte cost. 7.2.1984, n. 17, in *BDD*; Corte cost. 16.7.1987, n. 277, in *BDD*; Corte cost. 17.3.1988, n. 309, in *BDD*; per ragioni di coerenza espositiva, mentre le prime quattro decisioni saranno oggetto di analisi nel presente paragrafo, all'ultima si farà riferimento nel paragrafo successivo.

La peculiarità della decisione è che l'incidente di costituzionalità fu sollevato per violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* in relazione al diverso statuto dei funzionari di banca, caratterizzante la giurisprudenza precedente alle Sezioni Unite Carfi, mentre la Corte si trovò a pronunciarsi dopo l'affermazione della "parificazione verso l'alto": tra le richieste dei rimettenti e il giudizio incidentale il diritto vivente era cambiato in modo radicale, così come i profili di disparità di trattamento.

Tale dato, di cui pur vi è traccia nella sentenza 205/1983<sup>65</sup>, tuttavia passò in secondo piano di fronte alla criticità di fondo che presentavano le ordinanze di rimessione: sostanzialmente si chiedeva alla Corte di disegnare un sistema unitario di risposta agli illeciti bancari, sostituendo la propria discrezionale ricostruzione normativa a quella del legislatore inerte. L'impercorribilità della strada indicata dai giudici rimettenti condusse ad una decisione di inammissibilità delle questioni, accompagnata da un appello al legislatore per offrire una disciplina coerente della materia<sup>66</sup>.

Tale esito era stato già ampiamente preconizzato dalla dottrina<sup>67</sup>: un sindacato del Giudice delle leggi sarebbe stato possibile «soltanto se fosse esistita una norma direttamente ed espressamente attributiva della qualità di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio ai funzionari o dipendenti di banche pubbliche. Quella infatti sarebbe stata la norma sospettabile di incostituzionalità»<sup>68</sup>; al contrario, in

---

<sup>65</sup> Afferma la Corte: «Dinanzi a simile strumentazione penalistica ed al conseguente divario fra chi opera nelle banche pubbliche e chi opera in quelle private (divario già di per sé problematico, a seguito della nota giurisprudenza penale sulla natura di incaricati di pubblico servizio degli amministratori e funzionari degli enti bancari privati, contrasta tuttavia per taluni aspetti dagli orientamenti della giurisprudenza civile) vi è da dire che la parificazione del trattamento sanzionatorio (che viene chiesto dalle ordinanze di rimessione) non potrebbe però che competere al legislatore, al quale spetta valutare tutti i diversi profili della materia».

<sup>66</sup> In particolare si legge nella decisione, Corte cost. 1.7.1983, n. 205: «Spetta quindi alla discrezionalità del legislatore stabilire in quali termini il diritto penale dell'impresa bancaria debba inquadrarsi o risolversi in un più ampio diritto penale dell'impresa; e, soprattutto, determinare quali fattispecie criminose debbono considerarsi più idonee ai fini della prevenzione e della punizione di comportamenti fraudolenti. È peraltro auspicabile che la materia sia presa in esame il più rapidamente possibile, nel quadro della normativa costituzionale e comunitaria».

<sup>67</sup> Per tutti F. VASSALLI, *Banche pubbliche e banche private davanti alla Corte Costituzionale*, in *Temi Romana*, 1980, pp. 161 ss.; F. BRICOLA, *La responsabilità*, cit., p. 41.

<sup>68</sup> In questi esatti termini, F. VASSALLI, *Banche pubbliche*, cit., p. 163.

assenza di una puntuale disposizione, la via di una ristrutturazione discrezionale del sistema era preclusa alla Corte Costituzionale.

Le successive questioni, sollevate per le medesime ragioni, esitarono in altrettante ordinanze di inammissibilità, sia per mancata motivazione della rilevanza della questione nel caso *sub iudice*<sup>69</sup>, sia perché ripetitive<sup>70</sup> di questioni già risolte con la decisione 205/1983.

(iii) Infine, la Corte d'appello penale di Venezia cercò di scardinare il diritto vivente attraverso un rinvio pregiudiziale, chiedendo al Giudice di Lussemburgo di valutare la compatibilità di una qualificazione pubblicistica dell'attività di concessione del credito con la dir. 77/780/CEE, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi ed il suo esercizio.

Anche la decisione della Corte di Giustizia<sup>71</sup> non comportò un mutamento dello *status quo ante*, risolvendosi in un sostanziale *non liquet*. Per ciò che qui interessa, la CGCE si limitò ad osservare che la direttiva invocata dal giudice nazionale nulla imponeva sulla qualificazione dei funzionari bancari. Più precisamente, richiamando le parole della sentenza, «la qualificazione di pubblici ufficiali o di persone incaricate di un pubblico servizio, conferita ai dipendenti degli enti creditizi al solo fine dell'applicazione del diritto penale, non costituisce né una discriminazione basata sulla nazionalità o sulla sede sociale dell'ente, né una restrizione al libero accesso all'esercizio dell'attività creditizia. Infatti, il diritto di libero accesso all'attività creditizia e di libero esercizio di tale attività è garantito solo nelle stesse condizioni poste dalla normativa del paese di stabilimento per i suoi propri cittadini ed enti creditizi»<sup>72</sup>.

Dunque, l'unica possibilità di un mutamento dello statuto penale dei funzionari bancari sembrò dover passare da un *revirement* delle Sezioni Unite.

---

<sup>69</sup> Si vedano Corte cost. 7.2.1984, n. 17, in *BDD* e Corte cost. 16.7.1987, n. 277, in *BDD*.

<sup>70</sup> Si tratta di Corte cost. 7.2.1984, n. 16 in *BDD*.

<sup>71</sup> La decisione è CGCE, Sez. II, 7.4.1987, Bullo e Bonivento, C-166/85, cit. Per un commento si vedano G. GIACALONE, *È indifferente per il diritto comunitario lo statuto penale degli operatori bancari*, in *Foro it.*, 1987, 9, pp. 345 ss.; I. TELCHINI, *In tema di attività creditizia e norme comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, pp. 265 ss.

<sup>72</sup> Alla lettera CGCE, Sez. II, 7.4.1987, Bullo e Bonivento, C-166/85, cit., p. 884.

## 5. Successione di leggi penali o di sentenze penali nel tempo? Il riconoscimento della dimensione imprenditoriale-privatistica dell'attività bancaria nelle decisioni Tuzet, Vita e Cresti delle Sezioni Unite

In effetti, proprio attraverso tre distinte prese di posizione delle Sezioni Unite<sup>73</sup> si pervenne al riconoscimento della dimensione privatistico-imprenditoriale dell'attività di concessione del credito.

In estrema sintesi e per ciò che qui interessa, è con la sentenza Tuzet<sup>74</sup> che la Cassazione mutò radicalmente il proprio orientamento, escludendo la qualifica pubblicistica in capo ai funzionari di banca, sulla scia di alcune decisioni di merito<sup>75</sup>, che avevano trovato nuovi spunti argomentativi dal recepimento con il D.P.R. 350/1985 della Dir. 77/780/CEE.

Proprio sulla novella la Suprema Corte fondò il proprio *revirement*, mettendo a confronto i cc.dd. indici sintomatici, individuati dalla sentenza Carfi, con il *novum* legislativo.

In breve, il primo argomento attiene al concetto di "funzioni di interesse pubblico", contenuto nell'art. 1 l. banc., che fu eliso dalla novella, a favore della qualificazione di "impresa" dell'attività di concessione del credito. Secondo la Cassazione «è ragionevole ritenere che la sostituzione dell'espressione "funzioni di interesse pubblico" col termine "impresa" sottenda una volontà di scelta del legislatore favorevole ad una disciplina privatistica. Codesto significato si rafforza alla luce dei lavori preparatori, dai quali risulta che fu respinto un emendamento soppressivo della locuzione "carattere di impresa", sostenuto dai proponenti con l'argomento che affermare il "carattere di impresa" equivaleva a stabilire "una qualifica privatistica per l'attività bancaria", che avrebbe potuto pregiudicare e condizionare ulteriori scelte per soluzioni penali connesse con l'esercizio del credito»<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Ovvero, Cass. pen., Sez. Un., 23.5.1987, n. 8342, Tuzet ed altro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 695 ss., con nota di C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite*, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 1, Cresti, in *Ced. Rv.* 181791; Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 9863, in *Giust. pen.*, 1989, II, pp. 513 ss., con nota di O. LUPACCHINI, *Vecchio e nuovo nel trattamento sanzionatorio degli operatori bancari*.

<sup>74</sup> Cass. pen., Sez. Un., 23.5.1987, n. 8342, Tuzet ed altro, cit.

<sup>75</sup> Si tratta di Pret. Torino, 25.10.1985, in *Foro it.*, 1986, II, pp. 442 ss.; App. Bologna, 27.5.1986, Tuzet e altro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 1359 ss., con nota di C.E. PALIERO, *Lo 'statuto penale'*, cit.

<sup>76</sup> Alla lettera Cass. pen., Sez. Un., 23.5.1987, n. 8342, Tuzet ed altro, cit., pp. 699-700.

Un ulteriore fondamentale argomento è il passaggio con il D.P.R. 350/1985 da un sistema oligopolistico ad uno concorrenziale, dalla necessità di una concessione per l'ingresso nel mercato del credito ad una mera autorizzazione, rilasciata dalla Banca d'Italia, senza spazi di discrezionalità, al ricorrere delle condizioni soggettive ed oggettive, normativamente predeterminate, e riferibili esclusivamente alla funzionalità imprenditoriale del costituendo ente.

In questa prospettiva anche il sistema dei controlli – oltre a non differenziarsi da altri settori indubbiamente privatistici come le assicurazioni – ha «la funzione di assicurare presidi patrimoniali, liquidità globale, efficienza imprenditoriale»<sup>77</sup>, senza poter incidere sulle scelte gestionali dell'ente.

Infine, secondo la Cassazione, del tutto anodino, rispetto alla definizione dello statuto dei funzionari, è l'intervento di organi pubblici in situazioni di crisi dell'impresa bancaria, come nel caso della liquidazione coatta amministrativa, risultando la procedura applicabile ad enti pacificamente privati come le società fiduciarie<sup>78</sup> o le grandi imprese in crisi<sup>79</sup>.

In conclusione, chiosò la Corte, «il definito modulo privatistico nella gestione dell'intermediazione creditizia e gli strumenti negoziali di diritto privato con i quali sono regolati i rapporti con i fruitori dei servizi, collocano con assoluta certezza l'ordinaria attività bancaria, indipendentemente dalla natura dell'ente che la esercita, nella sfera del "privato"»<sup>80</sup>.

La decisione non mancò di sollevare critiche in dottrina e non risolse il contrasto giurisprudenziale.

Sotto un profilo di metodo alcuni autori<sup>81</sup> sottolinearono la pericolosità del modello argomentativo adottato nella sentenza Tuzet, che oltre a contrapporre, come fossero fonti paritarie, un precedente giurisprudenziale e una novella legislativa<sup>82</sup>, si concentrava, per ad-

---

<sup>77</sup> Ivi, p. 702.

<sup>78</sup> La Cassazione richiama sul punto l'art. 1, d.l. 233/1986.

<sup>79</sup> Stante il disposto, evocato dalla Suprema Corte, dell'art. 1, l. 95/1979.

<sup>80</sup> In questi termini, Cass. pen., Sez. Un., 23.5.1987, n. 8342, Tuzet ed altro, cit., p. 702.

<sup>81</sup> Critiche sul piano metodologico sono state formulate, tra gli altri, da A. FIORELLA, *Problemi*, cit., p. 495; L. FOFFANI, *Le 'mobili frontiere' fra pubblico e privato nello statuto penale degli operatori bancari*, in *BIS*, 1978, p. 182; P. VENEZIANI, *Le qualifiche*, cit., p. 521.

<sup>82</sup> Estremamente duro il giudizio sul punto formulato da P. VENEZIANI, *Le qua-*

divenire alla propria conclusione, sul superamento di ciascuno dei cc.dd. indici sintomatici, in una prospettiva inevitabilmente parcellizzata.

La preoccupazione – non infondata, come si vedrà – fu che tali indici si prestassero a letture sempre controvertibili, orientate dal pregiudizio ideologico che avesse mosso l'interprete<sup>83</sup>, e in ogni caso fossero sempre collegati a doppio filo alle possibili modifiche legislative, che avrebbero potuto portare a continui *revirement*, precludendo ogni certezza e prevedibilità alla disciplina penalistica<sup>84</sup>.

Specularmente, la controvertibilità degli argomenti partitamente considerati portò addirittura a concludere che «nel 1981 la Cassazione “crea” la qualifica di incaricato di un pubblico servizio in capo all'operatore bancario; nel 1987 la elimina, postulando una “successione di norme penali giurisprudenziali nel tempo”, a voler parafrasare la rubrica dell'art. 2 c.p.»<sup>85</sup>.

Peraltro, autorevole dottrina<sup>86</sup>, in punto di merito, non mancò di prospettare una lettura in senso pubblicistico degli indici individuati nella sentenza Tuzet, dimostrando la assoluta confutabilità dei singoli elementi sintomatici. Più radicalmente poi, sottolineò le gravi lacune di tutela cui conduceva il *revirement*, che difficilmente sarebbero state colmate da un legislatore perennemente assente<sup>87</sup>.

---

*lifiche*, cit., p. 521, per cui la sentenza Carfi avrebbe esercitato una «influenza, addirittura, anomala, nella misura in cui parrebbe indurre a postulare una sorta di rapporto diretto tra il precedente giurisprudenziale, e quindi una tesi interpretativa pur autorevole, ed una legge in senso materiale, tale – paradossalmente – da incidere sul primo». In generale, sul peso del “precedente” nel diritto penale si veda il fondamentale scritto di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

<sup>83</sup> Muove questa critica, in particolare, P. VENEZIANI, *Le qualifiche*, cit., pp. 536-537.

<sup>84</sup> Si vedano sul punto L. FOFFANI, *Le 'mobili frontiere'*, cit., pp. 183 ss. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Nota a Cass. S.U. 23 maggio 1987, Tuzet*, in *Banca e Borsa*, 1987, pp. 545 ss.

<sup>85</sup> In questi termini P. VENEZIANI, *Le qualifiche*, cit., p. 537.

<sup>86</sup> Si tratta di G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 435 ss. Si vedano, inoltre, S. DEL CORSO, *Lo statuto penale dell'attività bancaria al vaglio delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 1988, pp. 43 ss.; C.R. CALDERONE, *Ribellione alla sentenza delle Sezioni Unite o esigenze di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, pp. 659 ss.

<sup>87</sup> In particolare sostiene G. MARINUCCI, *Gestione*, cit., p. 437, «il nuovo orientamento da un lato apre un preoccupante vuoto di tutela penale, facendo leva su argomenti non proprio irresistibili, e dall'altro si chiude con un invito all'inter-

La decisione delle Sezioni Unite trovò l'adesione della Corte Costituzionale<sup>88</sup>, che ne avallò l'impianto motivazionale, e una conferma esterna nella giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>89</sup>, che sostenne la natura privatistico-imprenditoriale dell'attività di concessione del credito già sulla base della precedente formulazione della l. banc.<sup>90</sup>

Al contempo, tuttavia, proprio in seno alla Corte stessa, si sollevarono voci dissenzienti<sup>91</sup>, che offrivano una diversa lettura degli indici sintomatici, considerata possibile da un punto di vista esegetico e, soprattutto, necessitata in chiave politico-criminale.

Tale situazione di incertezza portò ad una nuova presa di posizione delle Sezioni Unite già nel 1989<sup>92</sup>, confermativa, quanto allo statuto dei funzionari di banca<sup>93</sup>, della natura privatistico-imprenditoriale già individuata nel precedente Tuzet. L'intervento si rivelò di fatto risolutivo<sup>94</sup> ove si consideri che, nonostante i tentativi della giurispru-

---

vento del legislatore, che rischia di suonare rituale e poco credibile, non foss'altro perché il mondo delle imprese bancarie non si è distinto fra i gruppi di pressione smaniosi di favorire in Parlamento il cammino della sempre auspicata riforma del diritto penale dell'impresa bancaria». In termini estremi, C.R. CALDERONE, *Statuto*, cit., p. 645, per cui «la sentenza delle Sezioni Unite lascia delle sacche di impunità che appaiono inaccettabili».

<sup>88</sup> Si tratta di Corte cost. 17.3.1988, n. 309, in *Cass. pen.*, 1988, pp. 966 ss. Per una breve analisi della sentenza, specie per la sua relazione con la decisione Tuzet, si veda per tutti G.M. FLICK, *Il pubblico servizio e l'impresa banca: variazioni sul tema e problemi nuovi o irrisolti*, in *Riv. soc.*, 1988, pp. 310 ss.

<sup>89</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 14.6.1988, n. 741, in *Foro it.*, 1988, III, p. 5538.

<sup>90</sup> In particolare si legge in sentenza che la natura imprenditoriale privatistica dell'attività bancaria «costituiva già un dato acquisito per l'ordinamento italiano, in base alla disciplina dettata dal codice civile, nonché all'interpretazione funzionale e sistematica dell'art. 1 l. bancaria. Scopo primario della disciplina dell'ordinamento creditizio del 1936 non era infatti di ricondurre il settore nella sfera dell'amministrazione pubblica, essendovi invece la sola esigenza di assicurare l'effettività dei controlli pubblici sulle attività creditizie».

<sup>91</sup> La decisione fondamentale, in contrasto con il precedente Tuzet, che pose le basi per il nuovo pronunciamento della Suprema Corte nel suo massimo consenso, è Cass. pen., Sez. V, 24.3.1988, n. 5469, Ferranti, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, pp. 655 ss.

<sup>92</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 9863, Vita, in *Giust. pen.*, 1989, pp. 513 ss., con nota di O. LUPACCHINI, *Vecchio e nuovo nel trattamento sanzionatorio degli operatori bancari*. Per un'analisi approfondita della decisione si veda G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, in *Riv. soc.*, 1989, pp. 273 ss. Si veda, anche, Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 1, Cresti, cit.

<sup>93</sup> Diverso l'insegnamento della sentenza Vita rispetto al precedente Tuzet quanto alla sussumibilità del "fido irregolare" nella fattispecie di cui all'art. 646 c.p., come si vedrà nel successivo paragrafo.

<sup>94</sup> Probabilmente ha giovato alla tenuta della decisione la riforma del 1990 dei

denza di merito di attribuire una qualifica pubblicistica agli operatori bancari si siano protratti almeno fino al duemila<sup>95</sup>, non risultano decisioni del giudice di legittimità, che abbiano riportato le condotte di irregolare concessione del credito nell'alveo dei delitti contro la p.a.

## 6. *Il cuore del sindacato pubblicistico-formale: la negazione del carattere imprenditoriale dell'attività di concessione del credito e la sua burocratizzazione attraverso l'identità tra fido irregolare e condotta di distrazione*

L'altro snodo fondamentale per addivenire ad un 'sindacato pubblicistico-formale sulle scelte imprenditoriali' dei funzionari di banca in punto di concessione di credito fu senz'altro l'esegesi della condotta distrattiva.

Si è visto che fin dagli anni sessanta, una volta riconosciuta la qualifica pubblicistica, prima di pubblico ufficiale, poi di incaricato di pubblico servizio, in capo ai funzionari di banca, la gestione del credito fu di fatto sottoposta al vaglio penalistico delle fattispecie di peculato e malversazione<sup>96</sup>; in altre parole, si pose la questione della riconducibilità delle ipotesi di irregolarità nella concessione del denaro ai correntisti alle fattispecie di cui agli artt. 314 e 315 c.p. e in particolare alla condotta di distrazione.

Come già sottolineato<sup>97</sup>, il concetto di distrazione ha natura relazionale<sup>98</sup>, tanto che è possibile declinare la condotta solo in quanto si

---

delitti contro la p.a., che ha interessato le stesse definizioni contenute negli artt. 357 e 358 c.p. Sul punto si veda l'analisi di P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Le nuove definizioni delle figure di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357 e 358 c.p.*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, pp. 338 ss.

<sup>95</sup> Paradigmatica Cass. pen., Sez. VI, 9.12.1999, n. 708 (dep. 19.1.2000), in *Ced. Rv.* 215322, in cui la Suprema Corte ha annullato la condanna emessa dalla Corte di appello di Torino per il reato di cui all'art. 328 c.p. nei confronti del direttore di una banca, accusato di aver avvisato un cliente dell'istituto delle indagini in corso sul suo conto: la Cassazione esclude nuovamente lo statuto pubblicistico dei funzionari di banca, affermato, invece, dal giudice del gravame.

<sup>96</sup> Per un quadro delle diverse ipotesi di contratti o di operazioni bancarie susseguite dalla giurisprudenza nell'alveo dei delitti contro la p.a. si veda I. CARACCIO-LLI, *Operazioni bancarie e peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1339.

<sup>97</sup> *Supra*, cap. I, par. 8, in relazione alla bancarotta fraudolenta patrimoniale.

<sup>98</sup> Come rilevato da G. MARINUCCI, *Distrazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII,

individuino i vettori della deviazione: «sono i termini, per così dire, *a quo* e *ad quem* della condotta di distrazione che delincono la sostanza di questo comportamento»<sup>99</sup>. Così, nel caso del peculato, la deviazione acquisiva rilevanza quale «alterazione della destinazione giuridica, generica o specifica, che la cosa assume nella sua relazione di appartenenza con la pubblica amministrazione»<sup>100</sup>.

In tale prospettiva furono propuginate in dottrina e giurisprudenza tre possibili declinazioni del concetto di distrazione<sup>101</sup>: (i) una nozione "liberale" «ritiene configurabile il peculato per distrazione solo allorché la cosa mobile o la somma di denaro venga utilizzata in contrasto con qualunque finalità di carattere pubblicistico, ad esclusivo uso privato»<sup>102</sup>; (ii) una posizione intermedia, adottata dalla dottrina maggioritaria<sup>103</sup>, «ammette l'esistenza del peculato ogni volta in cui la cosa sia destinata al soddisfacimento di uno scopo estraneo all'ente cui essa appartiene»<sup>104</sup>; infine, una tesi più severa, patrocinata da un unico autore<sup>105</sup>, considera invece «peculato per distrazione anche l'impiego della cosa compiuto in piena adesione allo scopo istituzionale dell'ente, ma in violazione di prescrizioni dettate per il funzionamento interno dell'ente»<sup>106</sup>.

L'assunzione della posizione più rigorosa da parte della giurispru-

Milano, 1964, p. 310, in merito alla nozione di distrazione, «quanto al significato del vocabolo, un tratto comune delle varie condotte di distrazione indubbiamente esiste, nel senso che tutte esprimono deviazione da uno scopo. È però una nota così generica, che si stempera nella fisionomia di ogni singola fattispecie».

<sup>99</sup> In questi termini V. SCORDAMAGLIA, *Il peculato per distrazione*, Napoli, 1966, p. 59, richiamato anche da D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, Varese, 2007, p. 131.

<sup>100</sup> Alla lettera L. CARINELLI, *Appunti sul concetto di distrazione nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 539.

<sup>101</sup> Si sceglie qui di seguire la tripartizione sviluppata da S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione*, cit., pp. 852 ss., essendo del tutto incompatibile con l'economia di questa ricerca l'analisi puntuale delle diverse posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul punto: a tal fine si rinvia agli scritti classici in materia, V. SCORDAMAGLIA, *Il peculato*, cit., pp. 15 ss.; G.M. FLICK, *Il delitto di peculato. Presupposti e struttura*, Milano, 1971, pp. 346 ss.; F. PALAZZO, *Il concetto di 'distrazione' nel delitto di peculato*, Milano, 1972, *passim*; per un'analisi più recente si veda D. GUIDI, *Il delitto*, cit., pp. 130 ss.

<sup>102</sup> S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione*, cit., p. 852.

<sup>103</sup> Risalente a M. GALLO, *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1966, pp. 400 ss.

<sup>104</sup> S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione*, cit., p. 852.

<sup>105</sup> A. JANNUZZI, *Abuso del fido bancario*, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 1139 ss.

<sup>106</sup> S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione*, cit., pp. 852-853.

denza di legittimità<sup>107</sup> condusse ad una sostanziale identità tra la presenza di irregolarità, anche solo formali nella concessione del fido, e i delitti di peculato e malversazione, tra violazioni disciplinari o meramente amministrative ed illeciti penali.

Proprio tale esegesi offre la migliore esplicazione del concetto di 'sindacato pubblicistico-formale': adottando tale paradigma nella valutazione penalistica della concessione del credito, le regole formali costituiscono il fondamentale indicatore di liceità o illiceità della condotta, ponendo in secondo piano la dimensione imprenditoriale dell'attività, a favore di una *diversa* valutazione in termini di "buon andamento e imparzialità" della stessa.

Addirittura, non mancò chi ritenne fisiologica una situazione di conflitto di doveri tra la realizzazione dell'interesse imprenditoriale della banca e il rispetto delle disposizioni incriminatrici: «mentre sul piano interno ciò che rileva è il raggiungimento di un utile, sul piano penale la prospettiva è radicalmente diversa, trattandosi non già di perseguire un risultato lucrativo, bensì di evitare una sovversione del fine»<sup>108</sup>; così, al funzionario dell'istituto di credito si sarebbe richiesto, per evitare il rischio di incriminazione, non di massimizzare il profitto, compiendo delicate scelte imprenditoriali, ma di garantire una sorta di imparzialità burocratica nella concessione del credito.

Per superare tale rigorosa conclusione, la dottrina<sup>109</sup> tentò di offrire una esegesi *patrimonialistica* delle fattispecie di peculato e malversazione, richiedendo per la loro consumazione il verificarsi di un danno economico: in relazione al fido bancario: intanto sarebbe stato possibile contestare l'illecito, in quanto il debitore non avesse adempiuto alla propria obbligazione restitutoria<sup>110</sup>.

La tesi, pur autorevolmente sostenuta, si espone a condivisibili critiche: al di là della mancanza di riferimenti letterali nella fattispecie per sostenere che essa richieda un danno<sup>111</sup>, per ciò che qui interessa,

<sup>107</sup> Tale orientamento è risultato costante a partire da Cass. pen., Sez. III, 16.10.1961, Comellini, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, pp. 533 ss., con nota critica di A. PAGLIARO, *Peculato e abuso del fido bancario*; in *Banca e Borsa*, 1962, II, p. 324, con nota di A. SANTORO, *Fido bancario concesso irregolarmente e delitto di peculato*.

<sup>108</sup> Alla lettera, P. MANNINI, *Limiti penali all'attività discrezionale di concessione del fido bancario*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 634.

<sup>109</sup> Per una compiuta esposizione dell'impostazione S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione*, cit., pp. 864 ss.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> Come sostenuto da F. PALAZZO, *Regole disciplinanti il fido bancario e distrazione punibile*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 795.

assai significativo apparve il rischio di un inaccettabile spostamento del giudizio da una prospettiva *ex ante* ad una *ex post*<sup>112</sup>. Una tale impostazione conduce a risultati radicalmente non condivisibili: da un lato importa la «esclusione della punibilità per il solo fatto che un fattore eccezionale abbia impedito ad un'operazione spericolata di produrre tutte le conseguenze»<sup>113</sup>, dall'altro fa conseguire «la illiceità penale di un'operazione ampiamente valutativa e aleatoria da un accertamento effettuato con il "senno del poi"»<sup>114</sup>.

Altra autorevole dottrina<sup>115</sup> declinò, invece, le diverse regole che segnavano l'attività di concessione del credito, dividendole in categorie e passandole al setaccio della distrazione; in altre parole, con lo studio di Palazzo l'attenzione si pose sulla tipologia di disposizioni, definite "norme di destinazione", la cui violazione avrebbe condotto alla diversione tipizzata negli artt. 314 e 315 c.p.

(i) Si affermò che nessun rilievo penalistico potesse comportare la violazione delle "norme meramente procedurali", che disciplinavano esclusivamente le forme dell'attività del funzionario, non già il merito dell'attività stessa (si pensi alle eventuali divisioni di competenza territoriale o alla redazione di determinati moduli): ove l'agente avesse trasgredito tali regole, avrebbe potuto eventualmente esporsi a responsabilità disciplinare, ma non avrebbe certamente utilizzato il denaro della banca per una finalità diversa da quella che gli era propria<sup>116</sup>.

(ii) Ad una seconda categoria furono ricondotte le "direttive politiche", ovvero le indicazioni di politica imprenditoriale che pervenivano ai funzionari dai vertici dell'istituto: anche in questo caso, si sostenne che il mancato rispetto di tali indicazioni non potesse certo comportare una distrazione del denaro<sup>117</sup>.

(iii) Si riconobbe, invece, lo *status* di "norme di destinazione" alle finalità istituzionali, contenute solitamente negli statuti delle banche, che imponevano un determinato uso a tutto o a parte del denaro di-

<sup>112</sup> Per tale condivisibile critica, si vedano tra gli altri, F. PALAZZO, *Regole*, cit., p. 795 e F. CASTIELLO, *L'attività bancaria nelle sentenze 28 febbraio 1989 nn. 1 e 4 delle Sezioni Unite della Cassazione penale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1989, pp. 794-795.

<sup>113</sup> In questi termini, F. PALAZZO, *Regole*, cit., p. 795

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> Il riferimento è al fondamentale scritto di F. PALAZZO, *Regole*, cit., pp. 794 ss.

<sup>116</sup> *Ivi*, pp. 797-798.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

sponibile: così, la concessione di un finanziamento di medio termine per sviluppare un complesso edilizio avrebbe costituito una distrazione, se rilasciata da un Istituto per il credito sportivo<sup>118</sup>.

(iv) La categoria dalle implicazioni più significative è senza dubbio quella che fu definita delle "norme tecniche", comprensiva delle regole positivizzate ed elastiche riconducibili alle *leges artis* bancaria. Sul punto la ricostruzione di Palazzo è illuminante: la distanza tra la condotta perita e quella in concreto tenuta può indiziare l'esistenza di una distrazione occultata dietro un'apparente concessione di credito, ma non può da sola fondarla<sup>119</sup>. In sintesi: «senza dubbio quando a seguito dell'inosservanza di taluna delle norme tecniche, si verifica un'inesatta valutazione della capacità di credito dell'affidato ovvero si perviene ad un'inadeguata formulazione delle condizioni contrattuali, si determina altresì un'elevazione del rischio globale di quella determinata operazione»<sup>120</sup>; tuttavia, «il comportamento penalmente rilevante non può risultare integrato solo perché vi è stato un esercizio scorretto del potere discrezionale, ancorché accompagnato da un innalzamento del rischio»<sup>121</sup>.

Per tale via si recise (*rectius*, si provò a recidere) il pericoloso cordone ombelicale tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione: il confine tra concessione di credito irregolare e peculato non deve tracciarsi «sul grado del rischio – più o meno elevato – che l'operazione accolla alla banca, bensì sul crinale oltre il quale la concessione diventa un'operazione a fondo perduto, essendovi al momento del fatto la *certezza obiettiva* – accertabile ovviamente nei limiti dell'umana conoscibilità – che il denaro non potrà più essere recuperato dalla banca attraverso i normali strumenti giuridici di soddisfazione creditoria, che vengono peraltro tenuti in conto dalla banca in tutte le operazioni di concessione di fido»<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> *Ivi*, pp. 796 e 798.

<sup>119</sup> *Ivi*, pp. 797-800.

<sup>120</sup> *Ivi*, p. 799.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> *Ibidem*. La medesima conclusione era già stata in parte affacciata, seppur nella prospettiva della carenza dell'elemento soggettivo, invece che della tipicità, da A. PAGLIARO, *Peculato e abuso*, cit., p. 537, per cui «si configura il delitto di peculato tutte le volte che sotto la maschera del credito si abbia la effettiva devoluzione del denaro a fini di profitto personale proprio o altrui, attraverso la creazione di un'artificiosa situazione amministrativa e contabile. Se, invece, i crediti concessi oltre il fido erano caratterizzati dall'intento più o meno ragionevole del

Ad esiti non difformi era pervenuta la dottrina<sup>123</sup> che distinse tra fido irregolare, penalmente atipico, e fido abusivo, integrante, invece, la condotta di distrazione: il primo si ha quando «la concessione è data senza il rispetto di norme o regolamenti di carattere procedurale o *lato sensu* formale, oppure nei casi di mancanza di legittimazione ad emettere l'erogazione, o attribuzioni esorbitanti dai poteri o dalle competenze del dipendente bancario, in tutta quella serie di atti o fatti che comunemente rientrano, secondo la terminologia amministrativa, nella figura sintomatica dell'eccesso di potere»<sup>124</sup>; il secondo si risolve in una destinazione radicalmente contraria del denaro agli scopi istituzionali dell'ente<sup>125</sup>.

Tale impostazione dottrinale, che fino alla decisione Tuzet aveva trovato adesione solo in qualche sporadico, seppur pregevole, arresto<sup>126</sup>, portò i suoi frutti migliori con il passaggio giurisprudenziale dallo statuto pubblicistico a quello privatistico della responsabilità dei funzionari di banca.

### 7. *Il primigenio riconoscimento giurisprudenziale dell'alterità tra rischio imprenditoriale e condotta appropriativa: la necessità di una ripermetrazione del sindacato giudiziale*

Con il passaggio dallo statuto pubblicistico a quello privatistico della responsabilità dei funzionari di banca, in giurisprudenza l'attenzione si spostò, con significativi tratti di novità, sull'esatta definizione dei confini della condotta di appropriazione. In effetti, venuta meno la qualifica che consentiva l'*enforcement* del peculato, *sub specie* di condotta distrattiva, sorse il problema della eventuale sussumi-

---

funzionario di banca di fare, in definitiva, esclusivamente l'interesse di quest'ultima, il peculato non si può configurare, perché nell'aspetto soggettivo della condotta fa difetto il significato di distrazione».

<sup>123</sup> Il riferimento è a E. MEZZETTI, *L'appropriazione indebita nell'abuso di fido bancario*, in *Giust. pen.*, 1990, II, cc. 199 e 203, che richiama E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *Tecniche di tutela e di riorganizzazione legislativo-sistematica dei delitti contro il patrimonio e l'economia*, Roma, 1987, pp. 796 ss.

<sup>124</sup> In questi termini, E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *Tecniche di tutela*, cit., pp. 796 ss.

<sup>125</sup> E. MEZZETTI, *L'appropriazione*, cit., cc. 199 ss.

<sup>126</sup> Si tratta di Trib. Roma, Uff. Istr., 16.7.1984, Alessandrini e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 846 ss., con nota di S. PROSDOCIMI, *Peculato per distrazione*, cit.

bilità delle condotte di irregolare concessione di credito nella nozione di appropriazione.

Si registrarono nella prassi almeno tre distinti orientamenti.

(a) Il filone giurisprudenziale meno rigoroso fu inaugurato dalla decisione Tuzet<sup>127</sup>, che escluse *tout court* la riconducibilità delle irregolari concessioni di credito alla fattispecie di cui all'art. 646 c.p. Le Sezioni Unite si limitarono ad osservare che, poiché la distrazione e l'appropriazione sono condotte distinte, solo la seconda tipizzata nell'art. 646 c.p., e dato che la concessione irregolare di credito è riconducibile alla distrazione, venuto meno lo statuto pubblicistico, il fatto risulta atipico.

Come esattamente osservato in dottrina<sup>128</sup>, la chiusura della Suprema Corte si fondava su una ragione politico-criminale molto chiara: impedire un sindacato *ex post* del giudice penale sulle scelte imprenditoriali, riconosciute, a seguito del *revirement* giurisprudenziale, come genuinamente privatistiche e non valutabili alla stregua dei canoni dell'art. 97 Cost.

(b) Agli antipodi di tale impostazione si collocarono le successive Sezioni Unite Vita<sup>129</sup> e Cresti<sup>130</sup>, che riconobbero sostanzialmente la sussistenza, quanto meno sul piano oggettivo e salva ogni verifica in punto di dolo, di un'identità tra irregolarità nella concessione del fido e appropriazione indebita. Segnatamente, sostenne la Corte, «se l'appropriazione si concreta anche col dare alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni che ne giustificano il possesso, ne consegue che, allorquando il dipendente dell'istituto di credito, nel

---

<sup>127</sup> Cass. pen., Sez. Un., 23.5.1987, n. 8342, Tuzet ed altro, cit.

<sup>128</sup> O. LUPACCHINI, *Vecchio e nuovo*, cit., cc. 532-533, sottolinea esattamente come l'esclusione categorica del ricorso all'appropriazione indebita per sanzionare penalmente condotte di concessione del credito fosse per le Sezioni Unite Tuzet un corollario della scelta dello statuto privatistico-imprenditoriale e mirasse ad escludere il sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali; segnatamente, secondo l'A., «se si considera come per "distrazione" si intenda la deviazione dai fini specifici prestabiliti al denaro dell'ente creditizio e che, fra i tanti possibili profili di "distrazione", uno è rappresentato dal carattere di eccessivo rischio di un'operazione di finanziamento, non potrà sfuggire come l'aver escluso la sussumibilità nello schema dell'appropriazione indebita dei fatti di concessione abusiva del fido – qualificabili alla stregua del paradigma della distrazione – si risolvesse nella negazione dell'ammissibilità di ogni controllo *a posteriori* sul merito, sul contenuto, sull'opportunità delle scelte imprenditoriali bancarie in materia di credito»

<sup>129</sup> Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 9863, Vita, cit.

<sup>130</sup> Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 1, Cresti, cit.

concedere il fido al cliente, travalichi i limiti fissati dalle norme o dalle direttive che regolano gli affidamenti, egli pone in essere una condotta che rientra nella previsione dell'art. 646 c.p.»<sup>131</sup>.

Quale correttivo di tale esegesi ampia del concetto di appropriazione – che si esponeva alla condivisibile critica di sovrapporre *in toto* tale condotta con quella di distrazione<sup>132</sup> – le Sezioni Unite richiesero la collusione tra debitore e funzionario di banca ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo e dello scopo di ingiusto profitto. La presenza di una collusione, tuttavia, non pare avesse una qualche capacità selettiva, ove si consideri che è impensabile all'atto pratico che il funzionario agisca indipendentemente da una richiesta dell'affidato e da un accordo con lo stesso<sup>133</sup>.

Attraverso tale impostazione esegetica le Sezioni Unite, cui aderì la giurisprudenza maggioritaria delle sezioni semplici<sup>134</sup>, mirarono a consentire una piena continuità di incriminazione delle condotte di fido irregolare, oltre che abusivo, anche prescindendo dal ricorso alla fattispecie di peculato, mantenendo così una logica di sostanziale burocratizzazione del credito.

(c) Tra i due orientamenti si collocò in posizione mediana un fondamentale arresto del Tribunale di Roma<sup>135</sup>, ripreso da alcune decisioni di legittimità<sup>136</sup>: secondo tale impostazione, che fa propria la

<sup>131</sup> Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 9863, Vita, cit., c. 534.

<sup>132</sup> Tra gli altri, F. CASTIELLO, *L'attività bancaria*, cit., pp. 792-793; M. GUERRA, *Nuovi aspetti problematici della responsabilità penale degli operatori bancari*, in *Cass. pen.*, 1989, pp. 343-344; O. LUPACCHINI, *Vecchio e nuovo*, cit., cc. 534-535; E. MEZZETTI, *L'appropriazione*, cit., p. 196.

<sup>133</sup> Sottolinea tale aspetto R. ZANNOTTI, *Banche e diritto penale: la terza pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2156.

<sup>134</sup> Si vedano tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 13.11.1989, Cigalini, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1991, pp. 65 ss.; Cass. pen., Sez. I, 26.3.1991, n. 235, Rocco, in *Riv. pen.*, 1992, pp. 160 ss.; Cass. pen., Sez. II, 19.11.1991 (dep. 16.3.1992), Griffa, in *Cass. pen.*, 1993, p. 972, s.m.; ancora di recente Cass. pen., Sez. II, 13.6.2007, n. 26501, in *CED Rv.* 237492.

<sup>135</sup> Trib. Roma, 24.5.1988, in *Banca e Borsa*, 1988, pp. 410 ss.

<sup>136</sup> Cass. pen., Sez. VI, 3.11.1987 (dep. 27.2.1988), Gasparri, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, pp. 920 ss. per cui «è ravvisabile il delitto di appropriazione indebita, nell'ipotesi in cui vi è una inequivoca serie di episodi di appropriazione di somme di denaro avvenuta attraverso la collusione tra funzionari dell'istituto bancario ed il terzo con operazioni estranee a quelle tipicamente rientranti nelle "aperture di credito" disciplinate dall'art. 1842 ss. c.c. e rispetto alle quali l'esistenza originaria di un "fido" costituisce una mera occasione ed alibi per l'atipicità delle condotte e delle stesse operazioni attuate» (921).

tesi di Palazzo, sarebbe possibile la contestazione dell'art. 646 c.p. al funzionario di banca, ma solo ove la concessione del fido rappresenti l'alibi<sup>137</sup> formale di una regalia.

Primo passaggio del percorso argomentativo di tale giurisprudenza fu la collocazione – in modo più o meno nitido – del confine tra appropriazione e distrazione<sup>138</sup> nel momento espropriativo<sup>139</sup>, valorizzando la funzione di tutela e il bene giuridico dell'art. 646 c.p.

Si rilevò<sup>140</sup>, anche richiamando le relazioni che accompagnarono la genesi del codice penale<sup>141</sup>, che la fattispecie di appropriazione indebita tutela l'integrità patrimoniale del titolare del diritto di proprietà, non già il vincolo fiduciario tra lo stesso e il possessore: ciò implica che, intanto vi è condotta appropriativa, in quanto si sciogla in modo definitivo il legame tra la *res* e il suo proprietario<sup>142</sup>.

Conseguentemente, «mentre l'espropriazione della distrazione si caratterizza per la rottura del solo vincolo di destinazione imposto alla cosa, l'espropriazione della appropriazione si ha quando non solo risulta alterato il vincolo strumentale, ma sussiste anche la defini-

---

<sup>137</sup> La metafora dell'alibi si deve a Cass. pen., Sez. VI, 3.11.1987 (dep. 27.2.1988), Gasparri, cit. p. 921.

<sup>138</sup> Non è possibile nemmeno abbozzare in questa sede le diverse opinioni espresse in dottrina e in giurisprudenza sul confine tra distrazione ed appropriazione; si rinvia, tra gli altri, a R. BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazioni e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 1137 ss.; D. GUIDI, *Il delitto*, cit., pp. 127 ss.; A.M. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. pen.*, 1993, pp. 700 ss. Per una prima tematizzazione della questione, P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Il criterio distintivo fra distrazione e appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen.*, 1976, pp. 711 ss.

<sup>139</sup> Come noto, si è soliti distinguere due momenti nelle condotte sia di appropriazione che di distrazione, ovvero, secondo la felice sintesi di R. BARTOLI, *La distinzione*, cit., p. 1141, «un momento negativo, di indebita alterazione della originaria destinazione del bene (momento c.d. espropriativo), e un momento positivo, di strumentalizzazione del bene a vantaggio del soggetto agente o di un terzo (momento c.d. impropriativo)».

<sup>140</sup> O. LUPACCHINI, *Vecchio e nuovo*, cit., c. 534.

<sup>141</sup> Si vedano la *Relazione ministeriale sul Progetto preliminare del Codice Penale*, in *Lavori preparatori*, vol. IV, I, pp. 553 ss.; *Relazione del Guardasigilli sul Progetto definitivo del Codice penale*, in *Lavori Preparatori*, vol. V, II, p. 470.

<sup>142</sup> Tale impostazione è stata proposta da E. PROTO, *Analisi del concetto di appropriazione e abuso del possesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 332, ha trovato l'avallo, tra gli altri, di G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, cit., p. 315; A.M. MAUGERI, *Peculato*, cit., p. 721; R. BARTOLI, *La distinzione*, cit., p. 1143.

tiva rottura della relazione tra il proprietario e la cosa»<sup>143</sup>.

Attualizzando tale impostazione in relazione alla concessione del credito, il Tribunale di Roma<sup>144</sup> individuò tre fondamentali requisiti, che dovevano sussistere affinché fosse integrato dal funzionario di banca il delitto di appropriazione indebita, ovvero: (i) «l'accordo con il beneficiario»; (ii) «lo scopo di realizzare un profitto a vantaggio di quest'ultimo»; (iii) «la consapevolezza della non restituzione del denaro affidato».

(i) Sulla capacità selettiva dell'accordo con il beneficiario si è detto; basti qui aggiungere che per tale via la giurisprudenza finiva per trasformare surrettiziamente la fattispecie in un reato a concorso necessario, stravolgendone i tratti di tipicità<sup>145</sup>.

(ii) Ugualmente poco significativo è lo scopo di realizzare un profitto a vantaggio del debitore, intanto perché, in quanto elemento di fattispecie, deve necessariamente essere provato, ben oltre l'ipotesi specifica del funzionario di banca<sup>146</sup>; sotto altro profilo, si tratta di un elemento che ben potrebbe essere considerato *in re ipsa*, ove si riconosca che il profitto per il debitore si rinvenga nel fatto stesso di accedere al credito senza averne i requisiti<sup>147</sup>.

(iii) Decisiva è, invece, la consapevolezza della non restituzione, che incide già sulla tipicità del fatto. Sul punto il Tribunale richiama alla lettera le conclusioni di Palazzo<sup>148</sup>, per cui il rischio illecito non ha alcuna connessione con il rischio d'impresa e la sua profondità, ma attiene, invece, all'assunzione di un rischio non imprenditoriale; in altre parole e più semplicemente, intanto vi sarà un'appropriazio-

<sup>143</sup> Testualmente, R. BARTOLI, *La distinzione*, cit., p. 1141.

<sup>144</sup> Trib. Roma, 24.5.1988, cit.

<sup>145</sup> L'argomento si deve ad A.M. CASTELLANA, *Riflessioni a margine degli orientamenti giurisprudenziali in punto di rilevanza penale dei fidi abusivi*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1991, p. 84.

<sup>146</sup> Per tale argomento, R. BARTOLI, *La distinzione*, cit., p. 1144.

<sup>147</sup> Considerazioni analoghe, svolte in relazione al c.d. peculato bancario, sono sviluppate da S. PROSDOCIMI, *Esercizio del credito e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 989, per cui «posto che in ogni attività di scambio – ed in primo luogo nell'attività di erogazione del credito – si intrecciano, si devono intrecciare vantaggi reciproci dei contraenti, il profitto altrui rilevante nel quadro del peculato non può certo essere quello "fisiologicamente" connesso all'operazione, ma soltanto il profitto altrui cui non faccia da contrappeso un profitto dell'ente; dunque, il vantaggio esclusivamente altrui».

<sup>148</sup> Il Tribunale di Roma richiama sostanzialmente alla lettera lo scritto di F. PALAZZO, *Regole*, cit.

ne indebita, in quanto la concessione del credito mascheri una regalia, una disposizione a favore del debitore a fondo perduto e non già una decisione imprenditoriale, per quanto eventualmente erronea o persino sciagurata<sup>149</sup>.

Si affacciò così in giurisprudenza il tentativo di distinguere e rendere indipendenti il rischio d'impresa dal rischio d'incriminazione: finché si è di fronte ad una decisione comunque imprenditoriale, quale quella di concedere il credito, non è possibile contestare una condotta appropriativa, indipendentemente dal rischio in concreto assunto e dalla distanza dal comportamento che avrebbe tenuto un ipotetico "funzionario di banca modello"<sup>150</sup>.

## 8. *Le prime avvisaglie di una storia che si ripeterà: conclusioni sul modello di 'sindacato pubblicistico-formale sulle decisioni imprenditoriali'*

Tirando le fila sul modello di 'sindacato pubblicistico-formale sulle scelte imprenditoriali', sembrano potersi tracciare alcune costanti, già in parte emerse nell'analisi generale compiuta nel primo capitolo.

(i) Un primo dato d'interesse è la *tendenza creatrice della giurisprudenza penale*, fondata in termini espliciti sulla necessità di non lascia-

---

<sup>149</sup> Tale impostazione, abbozzata da A. PAGLIARO, *Peculato e abuso*, cit., p. 537, e sviluppata puntualmente da F. PALAZZO, *Regole*, cit., pp. 797 ss., ha trovato ampia adesione in dottrina: tra gli altri, F. CASTIELLO, *L'attività bancaria*, cit., pp. 794-795; F. CIAMPI, *Concessione di fido bancario e appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1678. M. GUERRA, *Nuovi aspetti*, cit., p. 344; R. ZANNOTTI, *Banche e diritto*, cit., p. 2157.

<sup>150</sup> Agli antipodi, dunque, dal modello proposto da S. PROSDOCIMI, *Esercizio del credito*, cit., 993-994, per cui ogni condotta irrispettosa della buona pratica bancaria comporta di per sé un rischio illecito: «sotto il profilo penale, il rischio d'impresa – in quanto rischio di carattere economico-patrimoniale – si pone non tanto come limite scriminante, ma come limite alla colpevolezza, individuando la soglia al di là della quale manca la violazione di regole cautelari (...). Non ha, dunque, ragion d'essere il timore di una penalizzazione indiscriminata dell'assunzione di rischio, pur in presenza di esito infruttuoso dell'operazione di finanziamento. Vi è un rischio lecito e un rischio che tale non è, o sotto il profilo quantitativo o sotto un profilo più squisitamente qualitativo (ad esempio, perché si tratta di un rischio accettato senza lo svolgimento di tutte le indagini istruttorie che avrebbero dovuto essere compiute); ogni qual volta, quindi, vi sia stata una deviazione dai criteri di una retta gestione di tipo imprenditoriale». Sulla questione della collocazione del rischio imprenditoriale nella sistematica del reato si tornerà nei successivi capitoli.

re “zone franche” dalla pena di fronte ad un legislatore inerte.

Ciò che colpisce è che l'esigenza di responsabilità non sia stata avvertita dalla stessa Suprema Corte nel massimo consesso in sede civile<sup>151</sup> o dal Consiglio di Stato<sup>152</sup>, che, riconoscendo lo statuto privatistico dell'attività bancaria, hanno di fatto compiuto una scelta di *self restraint* in ordine al proprio sindacato sulle scelte imprenditoriali degli istituti di credito, precludendo in materia il giudizio per il danno erariale.

Sembrirebbe affacciarsi una sorta di principio di 'sussidiarietà penale giurisprudenziale': la supplenza del giudice penale è necessaria di fronte all'inerzia degli altri rami dell'ordinamento, tanto nella dimensione di *law in the books*, quanto in quella di *law in action*.

(ii) L'effetto pratico di tale impostazione è di una maggiore pervasività del diritto criminale rispetto agli altri strumenti sanzionatori o risarcitori, non tanto in termini di afflittività dell'intervento – il che è per definizione – quanto piuttosto in punto di estensione del controllo – il che, invece, per definizione non dovrebbe essere.

In altre parole, il sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali è parso più diffuso e profondo di quello realizzatosi in sede civile o amministrativa, come dimostrato anche solo dal diverso statuto applicato ai funzionari di banca. All'atto pratico, come si è visto in precedenza in relazione alla responsabilità degli amministratori e all'interrelazione con la BJR<sup>153</sup>, l'insieme delle condotte attinte dal diritto penale è più ampio di quello oggetto dell'interesse degli altri rami dell'ordinamento, con un evidente capovolgimento del tradizionale principio di *extrama ratio*.

(iii) Inoltre, merita di essere sottolineato come, nonostante la centralità assoluta del tema dello statuto dei funzionari di banca nel trentennio oggetto di analisi per le sue implicazioni sul mercato, sulla concorrenza, sul finanziamento alle imprese e, non ultimo, sulla prevedibilità per i cittadini e gli operatori economici delle conseguenze penali delle proprie azioni, l'intera evoluzione della materia è stata lasciata alle decisioni giurisprudenziali.

In particolare, è toccato alle Sezioni Unite farsi carico prima di un vuoto normativo<sup>154</sup>, poi della disparità di trattamento creatasi tra

---

<sup>151</sup> Cass. civ., Sez. Un., 20.11.1981, n. 1282 (dep. 2.3.1982), cit.

<sup>152</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 14.6.1988, n. 741, cit.

<sup>153</sup> *Supra*, cap. I, par. 4 ss.

<sup>154</sup> *Supra*, cap. II, par. 2.

funzionari di banche pubbliche e private<sup>155</sup>, infine del diverso sentimento politico-criminale maturato intorno al tema<sup>156</sup>, cambiando completamente prospettive interpretative, attraverso la valorizzazione di pochi e controvertibili dati, offertigli da un legislatore sostanzialmente immobile.

Così, non deve stupire come la dottrina coeva abbia parlato in relazione alla responsabilità penale per concessione del credito di una stagione di "diritto penale giurisprudenziale"<sup>157</sup>, segnata da una «successione di sentenze penali nel tempo»<sup>158</sup>.

A voler recuperare la prospettiva istituzionalista<sup>159</sup>, il giudice penale ha assunto non solo la funzione di "*manager* in surroga", ma, più radicalmente, *anche* quella di "legislatore penale in surroga".

(iv) Infine, una volta riconosciuta la caratterizzazione come imprenditoriale dell'attività bancaria si è irrimediabilmente posta la necessità di declinare *l'an* e il *quomodo* del sindacato giudiziale sulle decisioni di concessione del credito: abbandonato il ricorso a criteri *para-burocratici* e in assenza di indicazioni legislative, restava nuovamente affidata alla giurisprudenza la costruzione di un diverso modello di relazioni tra rischio d'impresa e di incriminazione.

---

<sup>155</sup> *Supra*, cap. II, par. 3.

<sup>156</sup> *Supra*, cap. II, par. 5.

<sup>157</sup> Definizione di sintesi coniata da M. ROMANO, *Introduzione*, cit., p. 42, e ampiamente ripresa in dottrina.

<sup>158</sup> Secondo la felice espressione di P. VENEZIANI, *Le qualifiche*, cit., p. 537.

<sup>159</sup> *Supra*, cap. I, par. 4.



## CAPITOLO III

### **IL ‘SINDACATO PRIVATISTICO-SOSTANZIALE SULLE DECISIONI IMPRENDITORIALI’: LA RICERCA – NON SOLO “PSICOLOGIZZANTE” – DELL’AGIRE LEGITTIMO D’IMPRESA IN SITUAZIONI DI CRISI**

SOMMARIO: 1. La trasformazione del credito da chirografario ad ipotecario attraverso la concessione di nuova finanza: la sussumibilità nell’alveo dei reati fallimentari e il concorso del banchiere. – 2. La qualificazione della condotta come bancarotta preferenziale al bivio tra pagamento e simulazione di titoli di prelazione. – 2.1. La riconduzione del parziale rientro della posizione debitoria al pagamento preferenziale: le criticità della tesi in punto di offensività e antiggiuridicità. – 2.2. La simulazione dei titoli di prelazione nell’esegesi giurisprudenziale: condotta fraudolenta, economicamente inefficiente o meramente elusiva? Gli spazi di sindacato sulla scelta imprenditoriale. – 2.3. – *Variazioni sul tema*: la diversità tra il soggetto che compie il pagamento e il mutuatario. – 3. Le intersezioni tra la concessione abusiva del credito e i reati fallimentari: alla ricerca dei confini dell’agire legittimo d’impresa per i funzionari di banca. – 3.1. Concessione abusiva del credito e bancarotta per operazioni dolose: i ridotti spazi di *enforcement* penalistico. – 3.2. La cooperazione del banchiere nella bancarotta semplice per aggravamento del dissesto della società debitrice (art. 217, comma I, n. 4, l. fall.): la distinzione delle ‘decisioni imprenditoriali’ e delle sfere di rischio penale. – 4. L’apertura di nuovi scenari: la stagione di riforme del diritto fallimentare e le implicazioni – *autopoietiche* – sul sistema penale. – 4.1. Il ruolo della revocatoria fallimentare – *rectius* delle sue esenzioni – sui confini di tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza della bancarotta preferenziale: le ragioni di esclusione. – 4.2. Le soluzioni negoziali della crisi d’impresa e l’integrazione – non convincente – del consenso dell’avente diritto per escludere l’antigiuridicità. – 4.3. Le soluzioni negoziali della crisi come norme integratrici la scriminante dell’esercizio del diritto: un punto di svolta decisivo, ma non definitivo. – 5. Il paradigma del sindacato privatistico-sostanziale sulle scelte imprenditoriali di ‘primo’ e ‘secondo livello’: sintesi e prospettive.

## 1. *La trasformazione del credito da chirografario ad ipotecario attraverso la concessione di nuova finanza: la sussumibilità nell'alveo dei reati fallimentari e il concorso del banchiere*

La più attenta dottrina<sup>1</sup>, con il superamento dello statuto pubblicistico dei funzionari di banca, preconizzò che le questioni inerenti alle diverse forme di 'irregolare' concessione del credito sarebbero state attratte nell'orbita dei reati fallimentari<sup>2</sup>.

Si badi: non si trattò di una novità assoluta, riscontrandosi precedenti condanne dei creditori per concorso nella bancarotta dell'imprenditore, risalenti almeno agli anni cinquanta del secolo scorso<sup>3</sup>, tuttavia, il coinvolgimento dei finanziatori per eccellenza e l'attenzione della dottrina per lo specifico fenomeno, precedente persino alla sua puntuale concretizzazione giurisprudenziale<sup>4</sup>, dimostrano senz'altro una netta cesura nei modelli imputativi a partire dalla fine degli anni ottanta (ovvero dopo le decisioni delle Sezioni Unite Vita e Cresti).

<sup>1</sup> Tra gli altri, F. BRICOLA, *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 115; G.M. FLICK, *Il pubblico servizio e l'impresa banca: miti e realtà del diritto penale giurisprudenziale*, in *Riv. soc.*, 1987, pp. 1362-1363; S. PROSDOCIMI, *Esercizio*, cit., pp. 1004 ss.

<sup>2</sup> Per un quadro delle decisioni giurisprudenziali in cui l'erogazione del credito è stata ricondotta all'appropriazione indebita (art. 646 c.p.), al mendacio bancario (art. 137, comma I bis, l. banc.) e al falso interno (art. 137, comma II, l. banc.) a seguito delle sezioni unite Vita e Cresti, si rinvia a M. SESTIERI, *La rilevanza penale dell'erogazione di credito illegittima: ritorno al futuro*, in *Ind. pen.*, 2018, pp. 54 ss. Tali casi non sono approfonditi nella presente ricerca perché non interessano i rapporti tra rischio di impresa e rischio penale, ove si consideri che si tratta di fattispecie concrete in cui, indipendentemente dal fatto che il funzionario di banca sia autore dell'illecito penale (falso interno) oppure concorrente o meno con il soggetto finanziato (mendacio bancario e appropriazione indebita), l'istituto di credito è danneggiato dal reato (si veda, per tutti, in relazione alle fattispecie contenute nella l. banc. E.M. AMBROSETTI, *I reati bancari*, in E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit. pp. 434-435).

<sup>3</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. III, 24.11.1956, Lauri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, pp. 253 ss., con nota di P. NUVOLONE, *In tema di concorso nella bancarotta preferenziale*.

<sup>4</sup> Tra gli studi che hanno anticipato l'evoluzione giurisprudenziale G. MARI NUCCI, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in M. ROMANO, *La responsabilità*, cit., pp. 56 ss., nonché F. STELLA, *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere*, in *Fall.*, 1985, pp. 305 ss.; G. COCCO, *Il concorso dell'estraneo*, cit. Sulla specifica ipotesi della trasformazione qualitativa del credito della banca, a seguito dell'erogazione di nuova finanza e rientro del precedente prestito, G. FLORA, *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, p. 87.

Tale evoluzione nella contestazione delle condotte illecite ai funzionari di banca ha importato una diversa individuazione degli elementi fattuali oggetto di vaglio prasseologico: dalla contestazione di condotte sostanzialmente "stilizzate", quali la concessione del fido in violazione delle regole disciplinanti l'attività, si è passati ad operazioni economiche decisamente più complesse.

L'idealtipo e la più frequente forma di concessione del credito sottoposta all'attenzione della giurisprudenza penale può essere così sintetizzata: il debitore, in forte tensione finanziaria, se non già insolvente, richiede nuova liquidità all'istituto di credito, presso cui ha già una significativa esposizione non garantita da alcun diritto reale o privilegio; la banca consente a rifinanziare l'imprenditore, procrastinando i tempi di restituzione del denaro preso a prestito, a due fondamentali condizioni, ovvero la concessione di garanzie (tipicamente ipotecarie) sul nuovo mutuo e il rientro – totale o parziale – della precedente esposizione.

Il risultato pratico dell'operazione è presto detto: il debitore ottiene un termine di adempimento più lungo e riceve nuove risorse, con cui proverà ad uscire dalla crisi; la banca trasforma un credito da chirografario a garantito e *scommette* sulla vitalità dell'impresa finanziata, dunque, sulla possibilità di rientrare completamente delle somme prestate, lucrando anche gli interessi.

Ebbene, ciò che pare interessante segnalare sin da ora è che tale operazione – magari con qualche variante e qualche elemento di specificità, che non si mancherà di puntualizzare – è stata ricondotta dalla giurisprudenza in quasi tutto lo spettro degli illeciti penali tipizzati nella l. fall.: se, come facilmente intuibile, assoluta centralità è stata assunta dalla bancarotta preferenziale, non mancano precedenti di grande interesse in cui la concessione del credito è stata sussunta nell'ipotesi fraudolenta patrimoniale, per operazioni dolose e semplici.

Prima di addentrarsi nell'analisi degli arresti in materia, vagliandoli anche nella prospettiva delle opinioni espresse in dottrina, al fine di declinare i tratti caratteristici del modello definito di 'sindacato privatistico-sostanziale sulle scelte imprenditoriali', giova porre due premesse, l'una metodologica, l'altra di merito.

La prima è presto detta: nelle decisioni prese in considerazione l'operazione sopra descritta è stata compiuta prima che venissero introdotte le soluzioni concordate della crisi dell'impresa tipizzate nella l. fall. (e, dunque, al di fuori delle stesse); nondimeno, conclusa la valutazione delle sentenze, si considereranno i riflessi penalistici delle riforme occorse alla l. fall. tra il 2005 e il 2015 e le

possibili implicazioni sul tema d'interesse.

La seconda, invece, richiede maggiore attenzione, costituendo una prima chiave di lettura del modello che qui si descriverà: intanto il banchiere, sottoposto all'altrui direzione o apicale, potrà rispondere quale *extraneus* di fatti di bancarotta, realizzati attraverso la concessione del credito, in quanto gli sia imputabile una condotta concorsuale commissiva.

Condivisibilmente, infatti, la Suprema Corte<sup>5</sup> è stata netta nell'escludere un obbligo di impedimento del reato altrui<sup>6</sup> (*sub specie* di bancarotta dell'imprenditore o dell'amministratore) in capo ai consi-

---

<sup>5</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 28.11.2012, n. 7556 (dep. 15.2.2013), in *Leggi d'Italia*. Segnatamente, si legge nella decisione: «l'amministratore di società non assume una posizione di garanzia generalizzata (e come potrebbe essere tanto ampia?) nei confronti dei terzi, dei soci o dei creditori, essendo il suo obbligo limitato alla vigilanza ed alla personale attivazione per impedire l'adozione di atti di gestione pregiudizievoli; tale obbligo si configura certamente anche con riferimento ai reati fallimentari (Sez. 5, n. 36764 del 24/05/2006 – dep. 07/11/2006, Bevilacqua, Rv. 234607), ma è sempre circoscritto alle condotte gestorie realizzate dagli altri amministratori. Si vuole dire, cioè, che la responsabilità omissiva di cui all'art. 40 c.p., comma II, integrata dalla posizione di garanzia assunta ex art. 2392 c.c., è invocabile solo con riferimento agli atti di gestione della società amministrata e non può invece estendersi ad atti compiuti da amministratori di società terze (come potrebbe l'amministratore impedire il compimento di un atto da parte di una diversa società?), ne' può riguardare atti od iniziative che non siano pregiudizievoli per i soci o i creditori della società amministrata, perché è lo stesso art. 2392 c.c. ad introdurre tale limite (nel caso del reato contestato al capo 21-ter, la distrazione può aver danneggiato esclusivamente i creditori della società che ha proceduto all'affitto delle aziende e non certo i soci creditori delle banche, che per mezzo della suddetta operazione hanno potuto procedere all'incasso preferenziale dei loro crediti)».

<sup>6</sup> Sull'obbligo di impedimento del reato altrui si vedano, senza pretesa di completezza, L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1340 ss.; A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Jus*, 1957, pp. 161 ss., ora in *Id.*, *Studi di diritto penale societario*, II ed., Milano, 2010, pp. 75 ss.; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, pp. 205 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, pp. 327 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pp. 122 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, pp. 245 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del mercato*, Bologna, 2009, pp. 189 ss.; F. PALAZZO, *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema "delicati"*, in *SI*, 1996, pp. 1108 ss.; O. VANNINI, *Concorso nel reato mediante omissione*, in *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milano, 1952, pp. 295 ss.

glieri dell'istituto di credito, evidenziando come costoro abbiano doveri (e poteri) impeditivi<sup>7</sup> solo verso eventi che danneggino i creditori della banca, non certo gli enti finanziati.

Ciò che emerge nitidamente nell'ordito motivazionale è l'ontologica contrapposizione di interessi che segnano la relazione tra un creditore, che vuole ottenere la prestazione pattuita, e un debitore, che potrebbe non essere – e poi non sarà – in grado di adempiere a tutte le proprie obbligazioni: in questo quadro, non vi è disposizione che imponga al funzionario di banca di impedire un'operazione per il proprio ente vantaggiosa, anche se assolutamente deleteria per l'impresa poi fallita.

Lo spettro di condotte che tale principio sottrae all'*enforcement* penalistico è, però, piuttosto esiguo: in prima approssimazione, se la concessione del credito riveste un ruolo centrale nella condotta di bancarotta contestata all'*intraneus*, è all'atto pratico sostanzialmente ineluttabile che chi per la banca abbia partecipato all'erogazione di nuova finanza abbia al contempo offerto un contributo, almeno agevolatore<sup>8</sup>, alla consumazione dell'illecito.

Nondimeno, il nodo problematico, che la decisione scioglie solo in relazione alle contestazioni di omesso impedimento dei fatti di bancarotta del debitore, resta irrisolto: dove si pone per la banca il limite di massimizzazione *lecita* del proprio profitto? Volendo, specularmente: fin dove l'impresa può assumere rischi imprenditoriali per

---

<sup>7</sup>Sulla posizione di garanzia dei consiglieri di amministrazione, si vedano, F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, *passim*; A. NISCO, *Controlli*, cit., *passim*; nonché, volendo, A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2013. Sull'oggetto, struttura e accertamento del dolo dei cc.dd. *gatekeepers*, oltre agli autori già citati si vedano, di recente, M. CAPUTO, *Dalla teoria dei 'segnali d'allarme' alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, pp. 905 ss.; per un'impostazione fondamentale al problema L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, II ed. riveduta, Brescia, 1993, in particolare pp. 202 ss.

<sup>8</sup>In merito alle diverse declinazioni dell'accertamento causale in relazione al concorso di persone nel reato si vedano, tra gli altri e senza pretesa di completezza, M. BIANCHI, *Causalità e tipicità del concorso in delitto doloso*, in *Ind. pen.*, 2012, pp. 53 ss.; S. DE FLAMMINEIS, *Il rapporto causale nel concorso di persone*, in *Ind. pen.*, 2009, pp. 459 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3913 ss.; M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 526; G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 563 ss.

uscire da uno stato – prossimo o, persino, attuale di insolvenza – senza, tuttavia, varcare l'uscio che conduce alle fattispecie fallimentari?

Rileggendo la problematica imprenditoriale in chiave di ascrizione di responsabilità penale: a quali condizioni il funzionario di banca concorre con l'imprenditore o l'amministratore dell'ente falliti? E, a monte, quando il tentativo di salvare un'impresa, coltivato al di fuori delle soluzioni tipizzate dal legislatore nella l. fall. e attraverso l'acquisizione di nuove risorse liquide, integra le fattispecie penali fallimentari?

## 2. La qualificazione della condotta come bancarotta preferenziale al bivio tra pagamento e simulazione di titoli di prelazione

La bancarotta preferenziale<sup>9</sup> rappresenta la fattispecie più frequentemente contestata in relazione alle operazioni qui d'interesse<sup>10</sup>,

---

<sup>9</sup>Sui tratti fondamentali del delitto di bancarotta preferenziale, la cui puntuale disamina esula dall'economia del presente scritto, fondamentali le opere monografiche di G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987 e di P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit. Si vedano, inoltre, senza pretesa di completezza, tra le opere manualistiche e i trattati, R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 163 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 186 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., pp. 452 ss.; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 562 ss.; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., pp. 373 ss.; A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., pp. 252 ss.; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 154 ss.; D. TASSINARI, *La bancarotta preferenziale*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 2254 ss.

<sup>10</sup>Le decisioni che, quantomeno in una prospettiva accusatoria, hanno avuto ad oggetto contestazioni di bancarotta preferenziale in relazione alla condotta oggetto di analisi sono: Cass. pen., Sez. V, 10.12.1999, n. 2126 (dep. 23.2.2000), Garofalo, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1259 ss. con nota di G. VINCIGUERRA, *Trasformazione del credito da chirografario in privilegiato e concorso in bancarotta preferenziale del funzionario di banca*; Trib. Ferrara, 9.2.2002, in *Fall.*, 2002, pp. 1347 ss., con nota di D. TASSINARI, *La 'simulazione dei titoli di prelazione': a cavallo tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*; Cass. pen., Sez. V, 8.4.2004, n. 16688, in *Fall.*, 2005, pp. 781 ss., con nota di G. STALLA, *Autotutela della banca e bancarotta preferenziale*; App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, in *Riv. dott. comm.*, 2010, pp. 415 ss. (stralcio, per gran parte inedita, tanto che gli ulteriori riferimenti saranno al documento stesso e non alla parziale pubblicazione), con nota di L. TROYER-A. INGRASSIA, *Il concorso del ceto bancario nei fatti di bancarotta del debitore: il difficile equilibrio tra libera scelta imprenditoriale della banca e sindacato del giudice penale sulle azioni di sostegno alle imprese in crisi*; Cass. pen., Sez. V,

nonché l'oggetto privilegiato degli studi della dottrina<sup>11</sup>: si tratta, perciò, dell'abbrivio necessitato dell'analisi.

Come noto, il delitto in parola, posto a presidio della *par condicio creditorum*<sup>12</sup>, cristallizzata nell'art. 2741 c.c., punisce due distinte modalità d'aggressione: i pagamenti e la simulazione di titoli di prelazione. Elemento caratterizzante della fattispecie, che rende penalmente rilevanti condotte altrimenti persino doverose, quali l'adempimento dell'obbligazione assunta, è lo «scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi»<sup>13</sup>: la capacità selettiva del fatto tipico, specie in relazione ai pagamenti, e la sua offensività sono strettamente connesse all'esegesi di tale locuzione.

Per ciò che qui interessa<sup>14</sup>, da una lettura oggettivistica<sup>15</sup> dell'ele-

---

16.9.2015, n. 3564 (dep. 21.1.2016), in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 6.6.2014, nn. 33205, 33206, 33207, in *Leggi d'Italia*.

<sup>11</sup> Tra gli scritti specificamente dedicati ai rischi di concorso nei reati fallimentari per i funzionari di banca, uno spazio di analisi privilegiato è sempre dedicato alla bancarotta preferenziale: basti considerare le opere già richiamate alla nt. 4.

<sup>12</sup> Per un quadro recente delle diverse posizioni espresse in dottrina sul bene giuridico presidiato dalla fattispecie in parola si veda P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 5 ss.

<sup>13</sup> L'affermazione è condivisa in dottrina; particolarmente significativa la sintesi di V. NAPOLEONI, *Frammenti di un'indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 399, per cui la fattispecie «fa dipendere precipuamente da una peculiare colorazione teleologica la (per certi versi sorprendente) trasformazione in illecito penale d'un comportamento normalmente non solo lecito, ma doveroso addirittura, quale l'adempimento d'una obbligazione».

<sup>14</sup> È incompatibile con l'economia della presente trattazione una approfondita analisi delle diverse impostazioni in dottrina in punto di elemento soggettivo della fattispecie in esame. Volendo solo abbozzare una tassonomia, rinviando alle opere già citate alla nt. 9 per ogni approfondimento, possono distinguersi sette diverse esegesi, che combinano diversamente la tipologia di rappresentazione e volizione che deve sorreggere lo scopo di favorire e il danno ai creditori: (a) doppio dolo specifico, per cui l'*animus favendi* così come l'*animus nocendi* devono essere sorretti dal c.d. dolo specifico (C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 571 ss.; F. TAGLIARINI, *La bancarotta preferenziale: profili generali*, in AA.VV., *La revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale*, Padova, 1992, pp. 31 ss.); (b) dolo composito, c.d. specifico per il fine di favorire, generico – dunque anche eventuale – per il danno ai creditori (giurisprudenza ormai consolidata, tra le più recenti, Cass. pen., Sez. V, 17.3.2017, n. 31435, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 16.5.2017, n. 29703, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 7.2.2017, n. 13056, in *Leggi d'Italia*; in dottrina R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 184; T. COLETTA, *Bancarotta e responsabilità penale del funzionario di banca infedele per abuso del diritto di compensazione*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 2973 ss.; A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., pp. 284 ss.; V. SERIANNI, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del*

mento soggettivo<sup>16</sup> e dalla struttura, dall'oggetto e dall'accertamento dei concetti di "danno ai creditori" e di "scopo di favorire"<sup>17</sup> deriva il necessario ambientamento dell'azione in un contesto, se non già di insolvenza, quantomeno di imminenza prospettica di essa<sup>18</sup> e dipendono gli spazi di libertà imprenditoriale nei tentativi di salvataggio dell'impresa.

---

*creditore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 203; T; (c) dolo composito, intenzionale rispetto al fine di favoritismo, essendo evento giuridico di fattispecie, specifico in ordine al danno ai creditori, essendo il concetto di scopo anche ad esso riferito (P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 210 ss.); (d) dolo composito, intenzionale rispetto all'*animus favendi*, essendo la lesione della *par condicio* evento di fattispecie ed accedendo per definizione il c.d. dolo specifico ad un evento che non si realizza, generico in relazione all'*animus nocendi* (G. COCCO, *La bancarotta*, cit., pp. 231 ss.; in senso adesivo, G. FLORA, *Mutui fondiari*, cit., p. 89; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, pp. 175 ss.); (e) doppio dolo generico, essendo sia la preferenza che il danno elementi di fattispecie, non sono compatibili con il c.d. dolo specifico, risulta allora bastevole il dolo generico (U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 453); (f) dolo composito, c.d. specifico per l'*animus favendi*, e in *re ipsa* per l'*animus nocendi*, essendo il danno legato inscindibilmente alla preferenza (P. NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit., p. 242); (g) doppio dolo intenzionale, essendo l'*animus favendi* e *nocendi* due facce della stessa medaglia (DE SIMONE, *Brevi note a margine della cd. bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1994, pp. 172 ss.).

<sup>15</sup> Per la dicotomia tra oggettivismo e soggettivismo, anche in chiave storica, tra gli altri, G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1 ss.; A. MANNA, *La giustizia penale fra otto e novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006, pp. 509 ss.

<sup>16</sup> Sulla necessità di attribuire una ricaduta già in punto di tipicità al c.d. dolo specifico si vedano, pur con posizioni non pienamente sovrapponibili, tra gli altri, M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, *passim*, in particolare, pp. 287 ss.; L. PICOTTI, *Il dolo specifico: un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie*, Milano, 1993, *passim*, in particolare, pp. 497 ss. Con riguardo alle implicazioni di tipicità del dolo nei reati di pericolo, già G. DELITALA, *Il 'fatto' nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, cit., pp. 94 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale obiettiva*, Padova, 1945, pp. 120 ss.

<sup>17</sup> Pongono particolare attenzione alle ricadute oggettive degli elementi subiettivi nella fattispecie in parola, proprio in relazione al concorso nel reato del banchiere *extraneus*, G. MARINUCCI, *Tendenze*, cit., pp. 59-60 e F. STELLA, *Insolvenza*, cit., p. 305; in senso adesivo L.D. CERQUA, *Il concorso del creditore favorito nel delitto di bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2003, pp. 576-577.

<sup>18</sup> Sul punto dottrina e giurisprudenza sono concordi: quanto alla prima, da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 8.2.2017, n. 13910, in *Leggi d'Italia*; quanto alla seconda, C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 563-564.

Proprio la questione dei limiti di tipicità dei c.d. pagamenti di salvataggio<sup>19</sup> merita di essere subito posta in rilievo, trattandosi di uno dei temi più controversi e ricchi di implicazioni nella relazione qui indagata tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione.

Si tratta dei casi, piuttosto frequenti nella prassi, specie prima dell'introduzione delle procedure di soluzione negoziale della crisi, in cui l'imprenditore, consapevole del proprio stato d'insolvenza, decida di pagare alcuni creditori strategici o particolarmente aggressivi, scongiurando così eventuali richieste di fallimento, al fine di proseguire nell'attività d'impresa, nella prospettiva di una soluzione (stragiudiziale) di risanamento ed uscita dalla crisi<sup>20</sup>.

Il tema non ha trovato soluzioni univoche tra gli studiosi, potendosi individuare diverse impostazioni, così sinteticamente compendiabili: (i) la dottrina maggioritaria<sup>21</sup> ha sostenuto l'alternatività necessaria tra lo scopo di salvataggio e la finalità di favorire un creditore; (ii) vi è, poi, chi<sup>22</sup>, in termini del tutto antitetici, ha negato ogni rilevanza, in punto di esclusione dell'elemento soggettivo del reato, alla volontà di risanamento dell'ente; (iii) in una posizione mediana tra le precedenti va inserita la tesi di Cocco<sup>23</sup>, che ammette la possibilità di escludere l'*animus favendi* ove possa affermarsi, all'esito della valutazione del caso concreto, che il debitore abbia adempiuto con lo scopo esclusivo di consentire il superamento della crisi e il pagamento di tutti i creditori, restando del tutto irrilevante l'eventuale movente dell'agente, anche ove si sostanzi nella speranza di scongiurare il fallimento; (iv) infine, vi è chi<sup>24</sup> ha posto l'accento sulla dimensione oggettiva e soggettiva del danno ai creditori, che è esclusa, in entrambe le sue sfaccettature, quando l'agente proceda al pagamento nel contesto di una strategia, giudicabile *ex ante* ragionevole, di ritorno *in bonis*.

---

<sup>19</sup> Sul tema, particolarmente puntuale l'analisi di P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 228 ss.

<sup>20</sup> In termini simili, P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., p. 228.

<sup>21</sup> Pur con posizioni non sempre pienamente sovrapponibili, tra gli altri, C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 574; F. TAGLIARINI, *La bancarotta*, cit., pp. 33-34; V. NAPOLEONI, *Frammenti*, cit., p. 406.

<sup>22</sup> U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., pp. 456 ss.

<sup>23</sup> G. COCCO, *La bancarotta*, cit., pp. 239-241.

<sup>24</sup> Si vedano, in particolare, G. MARINUCCI, *Tendenze*, cit., pp. 59-60 e F. STELLA, *Insolvenza*, cit., p. 305; in senso sostanzialmente adesivo, P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 232-233.

Dopo alcune oscillazioni nelle decisioni di legittimità<sup>25</sup>, sulla falsa riga del ventaglio di opinioni espresse in dottrina, è ormai consolidato l'insegnamento per cui «l'elemento soggettivo del reato non è ravvisabile allorché il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile»<sup>26</sup>.

L'orientamento della Suprema Corte è segnato da un'inestricabile commistione tra tipicità e colpevolezza, tra oggetto ed accertamento del dolo, e ripropone, *mutatis mutandis*, pericolosi profili di sovrapposizione tra rischio imprenditoriale e rischio d'incriminazione, già emersi in relazione alla rilevanza penale delle cessioni di beni al giusto prezzo<sup>27</sup>.

Segnatamente, la direzione finalistica della condotta e l'identificazione stessa del pagamento come "di salvataggio" piuttosto che "di indebita preferenza" finisce per attestarsi sulla prova della ragionevolezza oggettiva della strategia imprenditoriale dell'agente: «l'accertamento del dolo dipenderà di regola (anche se non esclusivamente) dal grado di probabilità di salvare l'impresa: quanto più improbabile tale obiettivo, tanto più indiziata l'esistenza del dolo»<sup>28</sup>.

Ancora una volta, si affaccia l'eventualità di assimilare una 'cattiva scelta imprenditoriale' ad una 'scelta non imprenditoriale', ovvero il pagamento compiuto nell'ambito di una strategia di risanamento, rivelatasi *ex post* inefficace, e l'adempimento dell'obbligazione per favorire il creditore in vista del fallimento; la possibilità di sovrapposizione di tali nozioni si fa ancor più attuale ove il rischio imprenditoriale sia particolarmente elevato: paradigmatico il piano di ritorno *in bonis* che, per quanto *ex ante* fattibile, sia comunque ambizioso e soggetto ad una molteplicità di variabili, che ne possono inficiare irrimediabilmente il buon esito.

Emerge, così, un nuovo spazio di sindacato delle scelte imprenditoriali, ambientate nelle situazioni di crisi, che trova una declinazio-

<sup>25</sup> Per una puntuale analisi delle diverse posizioni giurisprudenziali si veda P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 228-229.

<sup>26</sup> Alla lettera, da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 17.3.2017, n. 31435, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 16.5.2017, n. 29703, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 9.6.2015, n. 35707, in *Leggi d'Italia*.

<sup>27</sup> *Supra*, cap. I, par. 5 ss.

<sup>28</sup> Alla lettera, M. DONINI, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma III, l. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti 'esterni' alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo 'interno'*, in *SI*, 1999, 2, p. 142.

ne di sicuro interesse proprio nelle decisioni giurisprudenziali attinenti alla riconducibilità della concessione del credito nell'alveo del pagamento o della simulazione del titolo di prelazione.

### 2.1. *La riconduzione del parziale rientro della posizione debitoria al pagamento preferenziale: le criticità della tesi in punto di offensività e antigiuridicità*

La prima fondamentale decisione della Suprema Corte in materia è la sentenza Garofalo<sup>29</sup>, che, analizzando l'ipotesi di rifinanziamento qui d'interesse, ha ricondotto l'estinzione parziale del precedente debito nella condotta di pagamento e la concessione della garanzia ipotecaria sul nuovo mutuo alla simulazione di titoli di prelazione<sup>30</sup>, riconoscendo per entrambe le modalità d'aggressione una responsabilità concorsuale del funzionario di banca.

Segnatamente, volendo descrivere brevemente i fatti oggetto del processo, il Garofalo, dipendente di un istituto di credito, suggeriva ad un imprenditore individuale in difficoltà, che aveva ampiamente sconfinato dal fido concessogli, di accendere un mutuo ipotecario sulla propria abitazione e di utilizzare il denaro ricevuto per ripianare il debito maturato. Pressoché l'intera somma presa a prestito veniva utilizzata per rientrare dell'extra-fido, senza offrire nessuno spiraglio di ripresa all'attività economica del debitore, che falliva pochi mesi dopo l'operazione di finanziamento.

La questione intercetta una pluralità di problematiche proprie del concorso dell'*extraneus* nel delitto di bancarotta preferenziale, non affrontate nemmeno sommariamente dalla decisione della Suprema Corte.

(a) Il primo profilo critico attiene alla riconducibilità della fattispecie ai reati plurisoggettivi impropri o soggettivamente complessi, ovvero a quelle incriminazioni in cui «uno o taluni soltanto dei coagenti sono punibili in quanto su di essi soltanto incombe l'obbligo giuridico di non tenere il comportamento»<sup>31</sup>. Elemento caratterizzante tali fattispecie è l'impossibilità di realizzare il fatto tipico senza la necessaria interazione del concorrente non sanzionato dal legislatore<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. V, 10.12.1999, n. 2126 (dep. 23.2.2000), Garofalo, cit.

<sup>30</sup> Sul punto, *infra*, in questo capitolo, par. 2.2.

<sup>31</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007, p. 537.

<sup>32</sup> Per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 537 ss. e F. DELLA TERZA, *Struttura del reato a concorso necessario*, Milano, 1971, pp. 69 ss.

Rispetto a tali ipotesi pare sostanzialmente pacifico, in dottrina<sup>33</sup> e in giurisprudenza<sup>34</sup>, che i principi di legalità e di non contraddizione escludono la possibilità di ricorso alle norme sul concorso di persone nel reato per punire il concorrente necessario a cui non è rivolto il precetto della fattispecie incriminatrice.

La dottrina assolutamente maggioritaria<sup>35</sup> è coesa nel ricondurre la bancarotta preferenziale ai reati plurisoggettivi impropri, escludendo la punibilità del creditore che si limiti a ricevere il pagamento; altri autori<sup>36</sup>, con argomentazioni variegata<sup>37</sup>, si pongono, invece, in contrasto con tale conclusione, ritenendo il delitto monosoggettivo.

Anche in giurisprudenza si sono registrati insegnamenti antitetici, pur se, al di là della qualificazione dogmatica del reato, si è da ultimo sostanzialmente cristallizzato un orientamento che esclude il concor-

<sup>33</sup> Nella manualistica, D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, pp. 165 ss.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Assago, 2015, p. 477; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 553; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 517-518; T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, p. 309. Tra le opere classiche, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, pp. 153 ss., M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, pp. 127 ss. Escludono, invece, l'ammissibilità dogmatica di tale categoria, F. DELLA TERZA, *Struttura del reato*, cit., pp. 60 ss.; M. ZANOTTI, *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985, pp. 35 ss.; I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, pp. 216 ss.

<sup>34</sup> In termini espliciti, tra le altre, Cass. pen., Sez. II, 15.3.2011, n. 14053, Rv. 250293; Cass. pen., Sez. I, 10.2.2005, n. 14626, Rv. 231379.

<sup>35</sup> Tra gli altri, F. ANTONIONI, *Aspetti della bancarotta preferenziale*, in *Arch. pen.*, 1964, p. 65; L.D. CERQUA, *Il concorso*, cit., pp. 566-567; G. COCCO, *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 567; A. CRESPI, *Sul concorso del creditore nella bancarotta fraudolenta preferenziale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, 1984, pp. 273 ss.; G. FLORA, *Mutui fondiari*, cit., pp. 95 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 309; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., p. 376; A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., p. 295; V. SERIANNI, *Il concorso*, cit., p. 204; F. STELLA, *Insolvenza*, cit., p. 305; D. TASSINARI, *La bancarotta*, cit., p. 1869; L. TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in *Ind. pen.*, 2014, pp. 155 ss.

<sup>36</sup> Si tratta di P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 324 ss.; A. DI MARTINO, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, Padova, 2001, p. 168; I. MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, pp. 138; M. ZANOTTI, *Profili dogmatici*, cit., pp. 80 ss.

<sup>37</sup> Per un puntuale approfondimento delle diverse posizioni critiche rispetto alla dottrina maggioritaria, si veda P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 329 ss.

so del creditore che si limiti a ricevere il pagamento<sup>38</sup>.

Un'analisi puntuale di tutte le posizioni espresse esulerebbe dall'economia del presente lavoro, tuttavia sembra condivisibile la conclusione cui è pervenuta la dottrina<sup>39</sup>, che più di recente ha affrontato la questione, che ha sviluppato un argomento, che non pare superabile, a favore del carattere solo eventualmente plurisoggettivo del delitto.

Si è, infatti, osservato che, da un punto di vista naturalistico, è ben possibile immaginare la realizzazione di un pagamento senza alcuna cooperazione del creditore: si pensi ai bonifici e alle rimesse bancarie e, più in generale, alle condotte definite di "intrusione"<sup>40</sup> nel patrimonio altrui; i predetti casi, di assoluta frequenza prasseologica, portano ad escludere un tratto imprescindibile del reato plurisoggettivo improprio, ovvero l'impossibilità di realizzare l'illecito senza la partecipazione del soggetto non punito dalla norma incriminatrice.

Il problema, per vero, è in parte superato nel caso di specie e in consimili, giacché il funzionario di banca non si limita a ricevere il pagamento, ma propone egli stesso l'operazione che ha condotto all'adempimento, ponendosi così al di fuori del perimetro di non punibilità, eventualmente configurabile ove si acceda alla tesi del reato plurisoggettivo improprio.

(b) Anche sotto altro aspetto le ricadute pratiche, derivanti dal-

---

<sup>38</sup> Per un quadro della giurisprudenza si rinvia alla puntuale analisi di R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 190 ss., in cui si individuano tre distinte soluzioni alla questione offerte dalla Suprema Corte: (a) un primo orientamento ammetteva un concorso del creditore solo ove avesse istigato la preferenza, trattandosi di reato plurisoggettivo improprio (es.: Cass. pen., Sez. V, 16.12.1963, Scardapane, in *Giust. pen.*, 1964, II, c. 646); (ii) in seguito il Giudice di legittimità ha assunto un atteggiamento più rigoroso, ritenendo il delitto monosoggettivo e *l'extraneus* punibile per il solo fatto di aver ricevuto il pagamento del proprio credito, pur conoscendo lo scopo di favoreggiamento del debitore, configurandosi in tali ipotesi addirittura un dovere di rifiutare l'adempimento (es. Cass. pen., Sez. III, 22.10.1965, Oneglia, Rv. 099962; Cass. pen., Sez. V, 8.4.1968, Cianfrocca, Rv. 108461; Cass. pen., Sez. V, 24.9.2008, n. 39417, in *Leggi d'Italia*); (iii) da ultimo, la Cassazione sembra essersi nuovamente orientata, pur prescindendo da una formale qualificazione dell'illecito come monosoggettivo o plurisoggettivo, nel senso dell'irrelevanza della mera ricezione del pagamento (Cass. pen., Sez. V, 20.5.2014, n. 40998).

<sup>39</sup> P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 325 ss.

<sup>40</sup> La definizione si deve a B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca e Borsa*, 2007, p. 147.

l'adesione all'una o all'altra impostazione sulla natura della bancarotta preferenziale, sfumano e si stemperano, ove si consideri il secondo nodo problematico, eluso nella decisione Garofalo, ovvero l'interazione tra la fattispecie in parola e la previsione di cui all'art. 1186 c.c.

Infatti, il predetto art. 1186 c.c. consente al creditore di richiedere immediatamente la prestazione, qualora il debitore sia divenuto insolvente: dunque, l'ordinamento riconosce alla parte contraente, proprio al verificarsi dell'insolvenza<sup>41</sup>, non solo la facoltà di ricevere l'adempimento dell'obbligazione, ma, più radicalmente, il diritto di richiederlo.

Anche sul punto emergono posizioni distanti tra gli studiosi e la prassi. Mentre la dottrina maggioritaria<sup>42</sup> ritiene scriminate, in quanto esercizio di un diritto *ex art.* 51 c.p., non solo la mera ricezione del pagamento, ma anche le richieste di adempimento da parte del creditore, fino alla minaccia di azioni connesse alla giustiziabilità del credito, la giurisprudenza ha assunto, sulla falsariga di alcuni autori<sup>43</sup>, una posizione che sterilizza gli spazi di libertà riconosciuti al creditore dall'art. 1186 c.c.

L'orientamento costante del Giudice di legittimità<sup>44</sup> è, infatti, nel senso di ritenere speciale la fattispecie incriminatrice rispetto alla previsione facoltizzante: per tale ragione, non sarà scriminato il creditore che richieda e riceva il pagamento, qualora sia a conoscenza dell'insolvenza del debitore, dello scopo di preferenza dell'agente e dell'eventualità di un danno ai creditori.

Segnatamente, la Suprema Corte ha sostenuto che «la bancarotta preferenziale, se richiede come elemento materiale il fatto di un debi-

---

<sup>41</sup> Peraltro, come rilevato in dottrina (P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., p. 345, nt. 93), il concetto di insolvenza di cui all'art. 1186 c.c. è più ampio di quello di cui all'art. 5 l. fall.

<sup>42</sup> Tra gli altri, G. COCCO, *I rapporti*, cit., p. 567; G. FLORA, *Mutui*, cit., p. 98; G.D. CERQUA, *Il concorso*, cit., p. 574; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., p. 376; V. SERIANNI, *Il concorso*, cit., p. 211; G. VINCIGUERRA, *Trasformazione*, cit., p. 1262.

<sup>43</sup> Il riferimento è ad A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 123-124; in senso adesivo, G. SELLAROLI, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale*, in *Giust. pen.*, 1960, cc. 241 ss.; T. COLETTA, *Bancarotta e responsabilità*, cit., p. 2965.

<sup>44</sup> Tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 11.4.2013, n. 7593, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 26.6.2009, n. 31894, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 24.9.2008, n. 39417, in *Leggi d'Italia*; l'orientamento risale almeno a Cass. pen., Sez. V, 22.4.1981, n. 9219, in *Giust. pen.*, 1983, II, p. 25.

tore che paga e di un creditore che accetta, per la sua configurazione postula qualcosa di più e cioè la volontà di violare la "*par condicio creditorum*", che può mancare nel creditore che, con la mera accettazione del pagamento, esercita soltanto un suo diritto (art. 1186 c.c.). Sicché è ravvisabile la responsabilità concorsuale del creditore quando egli fornisce un contributo determinante dal punto di vista causale alla violazione della "*par condicio creditorum*", come nel caso in cui istighi il fallito ad effettuare il pagamento a danno degli altri»<sup>45</sup>.

La tesi non convince. (i) In prima battuta non persuade l'applicazione del principio di specialità, giacché non è chiaro per quale ragione la fattispecie incriminatrice dovrebbe essere speciale rispetto alla norma permissiva: si tratta di previsioni che hanno destinatari diversi e, per ciò solo potrebbe dirsi, caratterizzate da specialità reciproca; non si comprende, allora, perché dovrebbe essere privilegiata l'applicazione del divieto sul diritto.

Peraltro, ancor più radicalmente, si è sostenuto con ragioni puntuali qui pienamente condivise<sup>46</sup> che, se si vuol riconoscere una funzione non già meramente descrittiva<sup>47</sup> all'art. 51 c.p., esso deve ope-

---

<sup>45</sup> Alla lettera, Cass. pen., Sez. V, 5.3.2008, n. 13387, in *Leggi d'Italia*; in senso analogo le decisioni già richiamate alla nota 44.

<sup>46</sup> Il rinvio è alla fondamentale opera di A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, in cui si sostiene – con argomenti ampiamente condivisi dallo scrivente – l'esistenza nel nostro ordinamento e l'utilità del principio dell'esercizio del diritto. In precedenza, già Marinucci aveva sostenuto la soccombenza della norma incriminatrice di fronte all'esistenza di una norma facoltizzante la condotta (G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 212-213); anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1987, p. 462, rileva che il conflitto tra norme non deve essere risolto sulla base del principio di specialità giacché «nel concorso apparente si applica una delle due norme con (totale) esclusione dell'altra, mentre qui di per sé entrambe le norme concorrono a qualificare un fatto tipico scriminato. Come nelle altre cause di giustificazione, il legislatore procede piuttosto anche qui ad un bilanciamento di interessi contrapposti e, per il maggior peso della libertà del singolo, accorda in via di principio la sua preferenza alla realizzazione da parte del soggetto dell'interesse per il quale è dall'ordinamento riconosciuto o attribuito il diritto».

<sup>47</sup> Alla tesi descrittiva, secondo l'espressione di Spena, è riconducibile la dottrina che ritiene che l'art. 51 c.p. non offra soluzione ad alcun conflitto, ma si limiti a riconoscere, a fronte di un conflitto solo apparente e già risolto con altri criteri a favore della norma permissiva, la prevalenza di quest'ultima. Per tale impostazione, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, pp. 629 ss.; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, pp. 324 ss.; M. SPASARI, *Sintesi di uno studio sui*

rare come criterio di soluzione di conflitti reali tra norme, indicando la prevalenza di quella permissiva<sup>48</sup>. Nel caso di specie, la medesima condotta – ricezione di un pagamento, a seguito di richiesta, ad estinzione di un'obbligazione propria di un soggetto insolvente – rientra nell'alveo dell'art. 1186 c.c. così come in quello degli artt. 110 c.p. e 216, comma III, l. fall.: proprio il principio dell'esercizio del diritto conduce, allora, a riconoscere la liceità del fatto.

È ovvio che l'esercizio del diritto escluderà l'antigiuridicità della sola condotta del creditore, non essendoci un corrispondente diritto od obbligo in capo al debitore insolvente di pagare; come esattamente rilevato da Pedrazzi, «il divieto penalmente sanzionato di pagamenti preferenziali deroga all'obbligo civilistico; il creditore può invece giovare di una norma permissiva specificamente riferita all'ipotesi di insolvenza del debitore, norma che neutralizza a suo favore il divieto espresso dall'incriminazione in esame»<sup>49</sup>.

(ii) Sotto altro profilo, appare privo di capacità selettiva l'elemento soggettivo che dovrebbe segnare – nella prospettiva giurisprudenziale – il confine tra l'area di disciplina dell'art. 1186 c.c. e degli artt. 110 c.p. e 216, comma III, l. fall. Infatti, la distinzione tra lecito e illecito penale dovrebbe scorgersi nella 'cattiva volontà del creditore': costui sarebbe punibile ove condividesse con il debitore lo scopo di favoreggiamento.

Ebbene, se tale scopo può presentare un qualche disvalore di intenzione e di condotta per il fallito, che sceglie a chi destinare, al di fuori delle regole di una liquidazione concorsuale, le – insufficienti – risorse rimaste, nella rappresentazione e volizione del creditore di essere preferito agli altri non pare rinvenirsi alcun reale disvalore, se non un moraleggiante rimprovero per un'intenzione egoistica, tanto più ove si considerino gli obblighi che lo stesso *accipiens* può avere

---

*delitti contro l'onore*, Milano, 1961, pp. 42 ss.; M. ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, in A. CADOPPI-E. CARLETTI-G. DE FRANCESCO-G. FORNASARI-A. GAMBERINI-R. GUERRINI-G. INSOLERA-M. MANTOVANI-N. MAZZACUVA-M. PAVARINI-L. STORTONI-A. VALLINI-M. VIRGILIO-M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, pp. 98 ss.

<sup>48</sup> In questa prospettiva A. SPENA, *Diritti*, cit., p. 32, parla di principio dell'esercizio del diritto (PED) «in forza del quale la posizione giuridica extrapenale del diritto (in senso forte) di fare qualcosa prevale sempre sul divieto penale di farla». *Contra*, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, pp. 236 ss.

<sup>49</sup> C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 582-583; in senso adesivo, da ultimo, P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., p. 355.

verso i propri creditori o l'ente che amministra<sup>50</sup>.

Per di più, posto che (la conoscenza del)lo stato d'insolvenza è addirittura presupposto dell'art. 1186 c.c., è pressoché autoevidente per l'*extraneus*, portatore di un interesse antitetico a quello del debitore, la prova della finalità "infida ed egoista"<sup>51</sup> che fa scattare – sempre in prospettiva giurisprudenziale – la responsabilità concorsuale.

Tale impostazione, oltre a non essere condivisibile giuridicamente sembrando propria di un *diritto penale dell'infedeltà* più che del *fatto*, ha condotto all'atto pratico ad esiti giurisprudenziali<sup>52</sup> iniqui e persino paradossali: così, il direttore di banca che, avvedutosi delle difficoltà di un proprio correntista, si accordi con lo stesso per un piano di rientro, è stato chiamato a rispondere di concorso nella bancarotta preferenziale dell'imprenditore o dell'amministratore dell'ente poi falliti, per aver istigato pagamenti preferenziali<sup>53</sup>. In una tale situazione il funzionario dell'istituto di credito è in un vicolo cieco tra il rischio di concorrere nel delitto fallimentare del correntista e quello di subire azioni – quantomeno disciplinari – per non aver operato nell'interesse della banca.

Né si obietti che il creditore potrebbe pur sempre prescindere da ogni accordo col debitore in difficoltà, azionando giudizialmente la propria pretesa e riducendo per tale via i rischi di incriminazione o, persino, che il predetto abbia un obbligo di richiedere il fallimento della propria controparte. Si deve osservare, infatti, che non esiste alcuna norma che imponga al creditore di chiedere il fallimento del proprio debitore: al contrario, l'intero r.d. 267/1942, soprattutto a seguito delle riforme susseguitesi a partire dal 2005<sup>54</sup>, relega la liquidazione dell'impresa al ruolo di *extrema ratio* ed offre una pluralità di soluzioni decisamente più efficienti per i creditori.

---

<sup>50</sup> Paradigmaticamente si pensi all'obbligo di evitare fatti pregiudizievoli per la società amministrata *ex art. 2392, comma II, c.c.*, tra cui può senz'altro annoverarsi un'obbligazione mai adempiuta o adempiuta in "moneta fallimentare".

<sup>51</sup> Il riferimento è allo scritto di R. ALAGNA, *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, in *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 614 ss., che illumina sugli aspetti moraleggianti delle decisioni della Suprema Corte che hanno ricondotto alla bancarotta distrattiva (e non già a quella preferenziale) la condotta dell'amministratore che si ripaghi del proprio credito, pur certo liquido ed esigibile.

<sup>52</sup> Esempio paradigmatico è Cass. pen., Sez. V, 5.3.2008, n. 13387, in *Leggi d'Italia*, di cui si dirà poco oltre nel testo.

<sup>53</sup> Questo l'insegnamento di Cass. pen., Sez. V, 5.3.2008, n. 13387, cit.

<sup>54</sup> *Infra*, par. 4 ss.

D'altronde, come è stato correttamente osservato<sup>55</sup>, la giustiziabilità individuale del credito, fino al sopraggiungere della dichiarazione di fallimento, offre un ulteriore spunto nel senso della liceità della richiesta e della ricezione di pagamenti da parte dell'imprenditore insolvente.

Dunque, in definitiva, l'esercizio del diritto di cui all'art. 1186 c.c. scrimina il funzionario di banca che richieda il rientro dalla posizione debitoria, anche minacciando il ricorso al giudice competente<sup>56</sup>, fintantoché tale condotta non trasmodi nella minaccia penalmente rilevante<sup>57</sup> o si risolva nel consigliare il ricorso a mezzi fraudolenti per addivenire al pagamento o nell'offrire il movente – illecito – della preferenza<sup>58</sup>, manifestazioni di vero e proprio abuso del diritto<sup>59</sup>, non coperto dall'art. 51 c.p.<sup>60</sup>.

(c) Infine, la Corte non vaglia un ulteriore profilo che avrebbe dovuto condurre ad escludere la tipicità del fatto: l'assenza del carattere preferenziale del pagamento. In effetti, il rientro parziale o totale dalla precedente posizione debitoria non può essere considerato atomicamente, senza perdere il senso dell'operazione complessiva, che non comporta una riduzione quantitativa della garanzia per la massa, bensì una modifica qualitativa della stessa<sup>61</sup>.

In altre parole, a seguito della concessione del credito ipotecario,

---

<sup>55</sup> P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., p. 345.

<sup>56</sup> In generale è senz'altro convincente la perimetrazione dell'area scriminata dall'art. 1186 c.c. compiuta da L.D. CERQUA, *Il concorso*, cit., p. 575, per cui «i limiti della scriminante non vengono superati nei casi di richiesta di costituzione in mora, di notificazione di decreti ingiuntivi, di inizio di azioni esecutive, che trattasi delle forme tipiche di esercizio del diritto riconosciuto al creditore».

<sup>57</sup> Per tale concetto si rinvia a G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013.

<sup>58</sup> Secondo la tesi di C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 584, vi sarà responsabilità concursuale qualora sia «lo stesso creditore a fornire al debitore il movente del trattamento di favore: p. es. (...) promettendo un voto in sede di concordato in cambio di un pagamento parziale».

<sup>59</sup> In merito alle intersezioni tra abuso del diritto e concorso del creditore nella bancarotta preferenziale si veda C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, 2017, pp. 559 ss.

<sup>60</sup> Sulla relazione tra esercizio ed abuso del diritto, fondamentale A. SPENA, *Diritto*, cit., pp. 131 ss.

<sup>61</sup> Come esattamente notato da G. STALLA, *Autotutela*, cit., p. 785, «il risultato pratico dell'operazione è di tipo essenzialmente qualitativo, nel senso che la banca continua ad essere creditrice ed il cliente continua ad essere debitore, ma il credito "muta" la propria natura da chirografario in prelatizio».

non muta il *quantum* dei beni che verrebbero liquidati in una eventuale procedura concorsuale, se non addirittura in termini accrescitivi, dato che l'ulteriore finanza che la banca accorda è solitamente superiore alla liquidità utilizzata per ripianare le precedenti perdite. Ciò che, invece, rende deteriore la posizione dei creditori è la trasformazione del credito della banca, condotta che offende senz'altro la *par condicio creditorum*, ma che si realizza attraverso il riconoscimento del titolo di prelazione, non già con il pagamento<sup>62</sup>.

(d) Peraltro, rispetto al carattere preferenziale del pagamento, la Cassazione non considera nemmeno l'eventuale finalità di salvataggio, che avrebbe potuto muovere l'imprenditore a chiedere ulteriore finanza all'istituto di credito, al fine di uscire dalla situazione di crisi e di addivenire ad una soddisfazione integrale di tutti i creditori: eventualità che, importando l'atipicità del fatto dell'*intraneus*, a *fortiori* conduce ad escludere ogni responsabilità per l'*extraneus*<sup>63</sup>.

Con ogni probabilità i silenzi della Suprema Corte potrebbero derivare dalle peculiarità del caso *sub iudice*, in cui nemmeno la difesa del prevenuto pare aver provato a sostenere che l'operazione potesse rappresentare un estremo tentativo di salvataggio dell'impresa individuale, sgravando così il decidente da ogni onere motivazionale sul punto.

In ogni caso, la sentenza Garofalo resta sostanzialmente un *unicum*<sup>64</sup>, smentita da due successivi arresti di merito, che non hanno ritenuto preferenziale il pagamento in casi sostanzialmente sovrapponibili.

In particolare, il Tribunale di Ferrara<sup>65</sup> ha escluso *tout court* la lesione della *par condicio creditorum* nel caso oggetto di analisi: «la copertura del preesistente debito (effettuata dall'imputata per effetto

---

<sup>62</sup> In termini analoghi, G. FLORA, *Mutui fondiari*, cit., pp. 89-90 e G. STALLA, *Autotutela*, cit., p. 785.

<sup>63</sup> Tale aspetto è valorizzato particolarmente da G. FLORA, *Mutui fondiari*, cit., p. 90 e da R. BRICCHETTI, *Bancarotta preferenziale e simulazione dei titoli di prelazione*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 11, p. 92.

<sup>64</sup> Le uniche altre decisioni del Giudice di legittimità, che hanno riconosciuto il concorso del banchiere nel pagamento preferenziale nell'ambito di una contestuale concessione di un mutuo ipotecario, oltre ad essere in sede cautelare, presentano spiccate peculiarità, vertendo non già su di un rapporto *bilaterale* «debitore – banca», ma, bensì, *trilaterale* «debitore che effettua il pagamento – banca – debitore mutuatario». Tali arresti saranno puntualmente analizzati al successivo par. 2.3.

<sup>65</sup> Trib. Ferrara, 9.2.2002, cit.

della sopramenzionata operazione) rientra senza dubbio nel concetto – peraltro ritenuto assai ampio dalla giurisprudenza della Suprema Corte – di “pagamento” rilevante ai fini della fattispecie in esame; ma non integra di per sé un “pagamento preferenziale”, in quanto l'imputata in realtà non si è affatto ‘liberata’ e, quindi, non ha potuto propriamente pagare con l'intento di favorire la banca o di danneggiare gli altri creditori»<sup>66</sup>.

La Corte d'appello di Brescia<sup>67</sup>, nella sentenza che meglio rappresenta il modello del ‘sindacato privatistico-sostanziale sulle scelte imprenditoriali’ e su cui si tornerà ampiamente nei prossimi paragrafi, ha riformato la statuizione di condanna di primo grado nei confronti dei funzionari di banca, considerando che il parziale rientro di precedenti esposizioni non poteva dirsi pagamento preferenziale, trattandosi di un tassello di un'operazione economica più complessa, che avrebbe ragionevolmente potuto ricondurre *in bonis* il debitore insolvente. È, dunque, proprio l'esistenza di un *rationale* imprenditoriale che persuade il giudice del gravame ad escludere il connotato di favoreggiamento dell'adempimento, tipico per l'art. 216, comma III, l. fall.

## 2.2. La simulazione dei titoli di prelazione nell'esegesi giurisprudenziale: condotta fraudolenta, economicamente inefficiente o meramente elusiva? Gli spazi di sindacato sulla scelta imprenditoriale

Il secondo profilo che merita attenzione è la sussumibilità della trasformazione del credito da chirografario a ipotecario nella condotta di simulazione di titoli di prelazione. L'esatta individuazione della nozione di “simulazione” e del suo oggetto nell'ambito della fattispecie incriminatrice è argomento divisivo in dottrina e giurisprudenza.

(i) Una prima possibile esegesi, patrocinata da una parte della dottrina<sup>68</sup> e da un precedente rimasto del tutto isolato<sup>69</sup>, assimila al concetto civilistico di simulazione la modalità di aggressione tipizzata

<sup>66</sup> Alla lettera, Trib. Ferrara, 9.2.2002, cit., p. 1349.

<sup>67</sup> App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit.

<sup>68</sup> Per tale impostazione esegetica, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 85; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 460; G. FLORA, *Mutui fondiari*, cit., p. 98; A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., p. 278; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 162-163; D. TASSINARI, *La 'simulazione dei titoli di prelazione'*, cit., p. 1353.

<sup>69</sup> Si tratta di una decisione della Corte di appello di Bologna, inedita, richiamata in Cass. pen., Sez. V, 8.4.2004, n. 16688, cit.

nell'art. 216, comma III, l. fall. Dunque, penalmente rilevante sarebbe solo la concessione apparente della garanzia, smentita e superata da un accordo parallelo tra mutuante e mutuatario. Aderendo a tale impostazione, la condotta oggetto di analisi nel presente capitolo non sarebbe tipica: infatti, la garanzia riconosciuta alla banca è reale ed effettivamente voluta dalle parti, tanto che non esiste alcuna contro-dichiarazione, che importi una regolamentazione dei rapporti tra i contraenti di segno difforme – in tutto o in parte – da quella manifestata ai terzi.

A tale impostazione sono state mosse due principali obiezioni.

La prima, di natura politico-criminale, insiste sull'incapacità di una tale esegesi di garantire l'incriminazione di condotte lesive della *par condicio creditorum*, per tutte proprio quella della banca che muta la graduazione del proprio credito. L'argomento è cristallizzato nella decisione Garofalo: «con l'esegesi restrittiva si restringerebbe a poche ipotesi l'applicabilità della fattispecie e si lascerebbero impuniti proprio i casi più rilevanti di favoritismo dei creditori e cioè le ipotesi in cui con la costituzione effettiva di una garanzia in tempi sospetti e in presenza dello stato di insolvenza un credito chirografario venga trasformato in un credito privilegiato»<sup>70</sup>.

Si tratta di un argomento di natura cripto-analogica<sup>71</sup>, che non può, di per sé, essere considerato decisivo, data la natura frammentaria del diritto penale<sup>72</sup>.

Più convincente appare allora la seconda argomentazione<sup>73</sup>, fondata su un dato indiscutibile: non è infrequente che il diritto penale utilizzi termini appartenenti a rami diversi dell'ordinamento con un campo semantico più ampio o, comunque, diverso, come per esempio accade per la nozione di possesso nei delitti contro il patrimonio<sup>74</sup>. A ben vedere, lo stesso concetto di simulazione è utilizzato in una pluralità di fattispecie incriminatrici in un significato diverso da quello civilistico del termine, come nei casi delle "operazioni simula-

---

<sup>70</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 10.12.1999, n. 2126 (dep. 23.2.2000), Garofalo, cit., p. 1262.

<sup>71</sup> Sul concetto di criptoanalogia si veda M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, pp. 109-115.

<sup>72</sup> Sul principio di frammentarietà resta fondamentale, C.E. PALIERO, *Minima*, cit., pp. 159 ss.

<sup>73</sup> Tale argomento è sviluppato da G. STALLA, *Autotutela*, cit., p. 787.

<sup>74</sup> Per tutti si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, VI ed., Vicenza, 2016, pp. 14 ss.

te” di cui all’art. 2637 c.c.<sup>75</sup> o all’art. 3, d.lgs. 74/2000<sup>76</sup>.

In definitiva, l’identità tra nozione civilistica e modalità di aggressione *ex art. 216*, comma III, l. fall. non può essere offerta come un’esegesi necessitata, ma deve trovare riscontri letterali, sistematici o di *ratio legis*, per essere dimostrata: un tale momento fondativo non pare presente in dottrina, né probabilmente appare possibile.

Basti sul punto considerare che «se restrittivamente riferita ad un significato di tipo civilistico, l’espressione “simula titoli di prelazione” sarebbe anche tecnicamente impropria ed approssimativa; ciò perché la norma, che vuol chiaramente riferirsi indistintamente a tutte le cause legittime di prelazione di cui all’art. 2741, comma II, c.c. (vale a dire i privilegi legali da un lato e le garanzie pignoratorie ed ipotecarie dall’altro), non terrebbe conto del fatto che mentre appaiono ‘simulabili’ *ex art. 1414 ss. c.c.* gli atti costitutivi di garanzia reale, non altrettanto è a dirsi per i privilegi, i quali vengono accordati – non dalle parti ma dall’ordinamento – in ragione della causa del credito (art. 2745 codice civile)»<sup>77</sup>. Non pare, dunque, persuasiva tale impostazione.

(ii) Una tesi antitetica è fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità nelle decisioni relative alla concessione di nuova finanza con trasformazione del credito bancario: riprendendo la prospettazione di Punzo<sup>78</sup>, la Suprema Corte adotta un concetto di ‘simulazione’ in tutto sovrapponibile a quello di “creazione” di un titolo di prelazione in vista del fallimento.

Segnatamente, a partire dalla già citata sentenza Garofalo<sup>79</sup>, il Giudice di legittimità addiviene alla conclusione che il termine “simulazione” debba essere inteso in senso “corrente”, tanto da ricomprendere «quei casi in cui, in un certo qual modo, viene fraudolentemente costituito un (vero) titolo di prelazione in previsione del fallimento (e, dunque, al solo fine di porre un creditore in posizione

<sup>75</sup> Il riferimento all’art. 2637 c.c. è compiuto da G. STALLA, *Autotutela*, cit., p. 787. Sulla condotta di simulazione tipizzata nella predetta fattispecie si veda F. D’ALESSANDRO, *L’aggiotaggio e la manipolazione del mercato*, in L.D. CEQUA-G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Assago, 2016, pp. 750 ss.

<sup>76</sup> Per tutti, da ultimo, F. CINGARI, *La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2017, pp. 209 ss.

<sup>77</sup> Alla lettera le puntuali osservazioni di G. STALLA, *Autotutela*, cit., p. 788.

<sup>78</sup> M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 181.

<sup>79</sup> Cass. pen., Sez. V, 10.12.1999, n. 2126 (dep. 23.2.2000), Garofalo, cit.

privilegiata sugli altri, con conseguente lesione della *par condicio*)»<sup>80</sup>. D'altronde, afferma la Cassazione, «francamente non sarebbe nemmeno comprensibile la ragione di una differenziazione tra le due ipotesi – costituzione effettiva e “simulazione” – visto che con entrambi i comportamenti si mira a stravolgere la *par condicio creditorum*»<sup>81</sup>.

Del tutto irrilevante è per la Suprema Corte il fatto che la garanzia fosse reale, voluta dalle parti e sinallagmatica rispetto all'acquisizione di nuova liquidità e termini più lunghi di rientro dal prestito per l'impresa: «né poi, è minimamente conducente il rilievo che si è trattato di privilegi “del tutto dovuti a fronte del credito a lungo termine dall'impresa debitrice”, perché in discussione era, ed è, proprio il fatto che all'imprenditore (successivamente dichiarato fallito) fosse lecito, sotto il profilo penale, ottenere dalla banca un credito, dietro prestazione di garanzia reale, destinato a ripianare una esposizione di conto corrente non assistita da analoghe garanzie, sì che al precedente credito chirografario veniva a sostituirsi un credito realmente garantito; l'affermazione che si trattava di privilegi “dovuti” niente altro dice se non che, stipulato il contratto di finanziamento con la sezione del credito fondiario della [Banca], il titolo di credito era ‘necessariamente’ privilegiato»<sup>82</sup>.

La tesi non persuade.

Intanto l'identità tra “creazione” e “simulazione” del titolo di prelazione appare in palese contrasto con il principio di tassatività, giacché, da un canto, nemmeno in senso estensivo il secondo concetto può contenere il primo e, dall'altro, si regge su un modello argomentativo di tipo cripto-analogico, fondato sulla necessità di identico trattamento di modalità di aggressione che ledono nella stessa misura il medesimo bene giuridico.

Tuttavia, non è solo sul disvalore d'evento che il legislatore ha costruito la fattispecie, avendo tipizzato un illecito a forma vincolata: prescindere dallo specifico disvalore di condotta della disposizione implica *ex se* la creazione di una norma nuova da parte dell'interprete<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Negli esatti termini riportati, Trib. Ferrara, 9.2.2002, cit., p. 1349 che illustra le ragioni della decisione Garofalo.

<sup>81</sup> Precisamente, Cass. pen., Sez. V, 10.12.1999, n. 2126 (dep. 23.2.2000), Garofalo, cit., p. 1262.

<sup>82</sup> Alla lettera, Cass. pen., Sez. V, 8.4.2004, n. 16688, cit., p. 783.

<sup>83</sup> In senso analogo, F. SGUBBI, *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 65, per cui, nel-

In questo senso milita anche un argomento storico<sup>84</sup>: il legislatore del 1942 scelse consapevolmente di non adottare il concetto di “creazione”, contenuto nella bozza di riforma del 1925 del codice di commercio, ma quello di “simulazione”, implicante una «intenzione più manifesta di frode»<sup>85</sup>.

Di poi, profondamente errata appare l'idea che il soggetto insolvente non possa accedere al credito e concedere garanzie, per cui l'operazione qui d'interesse sarebbe “normale” fintantoché l'impresa sia *in bonis*, sempre penalmente rilevante se sia prossima alla decozione<sup>86</sup>: non vi sarebbe, dunque, alcuno spazio di rischio d'impresa lecito per la banca che continui a finanziare in situazioni di crisi, richiedendo una garanzia ipotecaria.

Non è un caso, allora, che in tutte le decisioni della Suprema Corte in cui sia stata adottata tale impostazione i funzionari di banca siano stati ritenuti responsabili in concorso con gli *intranei*, senza alcuna puntuale considerazione delle ragioni economiche alla base dell'operazione.

Ebbene, la conclusione cui è pervenuta la Cassazione è plastica-

---

l'esegesi giurisprudenziale qui criticata, «il concetto di simulazione viene a coincidere con quello dell'alterazione della *par condicio creditorum*: sì che la condotta – la simulazione – finisce con il coincidere con l'offesa al bene protetto. In altre parole, utilizzando una terminologia tipica della teoria generale del reato e della formulazione della fattispecie, si potrebbe dire che da una condotta descrittiva si passa ad una interpretazione della condotta come causalmente orientata: tutto ciò che cagiona una alterazione della *par condicio* viene ad essere considerata una simulazione». In senso adesivo N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., p. 120.

<sup>84</sup> In questi termini, F. TAGLIARINI, *La bancarotta*, cit., pp. 28-29.

<sup>85</sup> Così la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli sul R.d. 16 marzo 1942*, n. 267, par. 51.

<sup>86</sup> Perspicua sul punto Cass. pen., Sez. V, 8.4.2004, n. 16688, cit., p. 783, ove si legge: «deve immediatamente rimproverarsi all'impugnata sentenza di avere descritto come lecito e “normale” un sistema di finanziamento a lungo termine dell'attività di impresa, mediante accensione di mutuo fondiario, che è certamente consentito nella ipotesi ordinaria in cui l'imprenditore *in bonis* difetti tuttavia della immediata liquidità necessaria ad assicurare il corretto svolgimento dell'attività; ma, evidentemente, non più “normale” e lecito quando l'imprenditore versi in stato di insolvenza e, ciò nonostante, concordi un finanziamento presso la Banca sua creditrice secondo modalità capaci di trasformare il credito da chirografario in privilegiato e, quindi, attributive di un titolo di prelazione in favore dell'ente mutuante, sì da consentire al medesimo, garantito dalla iscrizione della ipoteca quale garanzia di restituzione delle somme, un indebito vantaggio in danno della *par condicio creditorum*».

mente smentita<sup>87</sup> dalla fattispecie di ricorso abusivo al credito, di cui all'art. 218 l. fall.: ciò che è penalmente rilevante non è l'accesso al credito in situazioni di dissesto o di insolvenza, ma la dissimulazione di tali situazioni, così da non consentire alla controparte di valutare puntualmente i rischi imprenditoriali dell'operazione economica<sup>88</sup>.

(iii) Una terza via, mediana tra le precedenti, è stata prospettata dalla dottrina e ha trovato accoglimento in alcuni arresti di merito<sup>89</sup>. Sostiene, in particolare, Cocco che «il termine simulare acquista un accettabile significato se viene riferito non alla garanzia (che deve essere reale e voluta) ma al negozio giuridico che la pone in essere, in altre parole l'espressione "simulazione di titoli di prelazione" è una espressione sintetica (ed infelice!) che sta ad esprimere la creazione di un negozio simulato volto ad occultare la reale volontà di costituire un titolo di prelazione»<sup>90</sup>.

Si tratterebbe quindi, rispetto ai privilegi, della falsa apparenza della natura o della genesi del credito<sup>91</sup>, mentre in ordine al pegno e all'ipoteca «si può considerare simulata una causa di prelazione costituita in una situazione patrimoniale ormai irrimediabilmente compromessa, sì che la sua revocabilità appaia in partenza scontata: che mascheri sostanzialmente una *datio in solutum*»<sup>92</sup>.

La giurisprudenza di merito, che ha fatto propria tale impostazione in relazione al concorso del funzionario di banca, ha posto l'attenzione sul merito imprenditoriale: in sintesi, non è simulata l'operazione che conduce ad un nuovo credito ipotecario, ove sia sorretta da effettive ragioni imprenditoriali.

Tale assunto, dapprima un mero *obiter dictum* in una decisione del Tribunale di Ferrara<sup>93</sup>, è divenuto il *rationale* di un fundamenta-

---

<sup>87</sup> L'argomento si deve a F. STELLA, *Insolvenza*, cit., p. 305.

<sup>88</sup> Sostanzialmente in questi termini G. COCCO, *I rapporti*, cit., p. 539.

<sup>89</sup> Si tratta di Trib. Ferrara, 9.2.2002, cit., e App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit.

<sup>90</sup> Alla lettera, G. COCCO, *La bancarotta*, cit., p. 215; in senso adesivo, F. TAGLIARINI, *La bancarotta*, cit., p. 27; A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., p. 278.

<sup>91</sup> Per una puntuale analisi del punto P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 151, per cui «in relazione a questa forma di prelazione, la simulazione del titolo coincide con la simulazione della particolare causa prevista dalla legge; in altri termini la simulazione di un titolo di prelazione derivante da un privilegio consiste nel creare una falsa rappresentazione della causa del credito che mascheri la reale natura del rapporto fra le parti».

<sup>92</sup> In questi termini C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 578

<sup>93</sup> Nella decisione Trib. Ferrara, 9.2.2002, cit., p. 1349, che pur ha riconosciuto

le arresto della Corte d'Appello di Brescia <sup>94</sup>.

Il caso deciso dal giudice del gravame vedeva imputati, unitamente agli amministratori di società riconducibili al gruppo Italcasse, impegnate nel settore edile, poi fallite, alcuni funzionari di diverse banche, che in *pool* e sulla base del *business plan* sviluppato da un *advisor*, avevano concesso finanziamenti per consentire alle imprese di concludere le opere in corso, per monetizzare i precedenti investimenti, unica possibile via d'uscita per scongiurare la definitiva insolvenza. Non portando l'operazione i risultati sperati, gli enti fallirono con un passivo più profondo, mentre gli istituti di credito, pur trovandosi con una maggiore esposizione, attraverso il prestito avevano trasformato i precedenti crediti chirografari in ipotecari.

La Corte d'appello, riformando la decisione di prime cure, perviene ad una sentenza assolutoria, che trova il suo fondamentale pilastro nell'esegesi della fattispecie: secondo il decidente «si tratta di assumere una visione ampia del concetto di simulazione di titoli di prelazione, testualmente previsto dalla norma, che lo renda comprensivo di quelle situazioni nelle quali l'apposizione di un titolo formalmente esistente ed efficace sia la conseguenza giuridica di un atto negoziale fittizio, che produca il solo effetto della costituzione del titolo, lasciando per il resto sostanzialmente inalterati i rapporti economici fra le parti» <sup>95</sup>.

Per il Giudice del gravame «alla simulazione di titoli di prelazione

---

la responsabilità del funzionario di banca, si legge: «resta esclusa, invece, qualsiasi forma di concorso del creditore favorito ogniqualvolta le iniziative della banca nei confronti dell'impresa siano giustificate dalla fondata fiducia (enucleabile sulla base di dati oggettivi e concreti) nelle capacità di recupero dell'imprenditore, sempre che – sia ben inteso – esse siano volte a favorire la globale ripresa dell'azienda con conseguente beneficio di tutti i creditori. Infatti, i “programmi di salvataggio”, che non di rado nella prassi vengono disposti da una o più banche d'intesa con l'imprenditore in fase di dissesto, proprio perché incompatibili con il dolo esclusivamente “egoistico” di cui all'art. 216, comma III, l. fall., sono in linea di principio pienamente legittimi ogniqualvolta siano effettivamente preordinati a consentire all'impresa in stato di insolvenza di superare l'*impasse* e di riprendere l'attività con conseguente beneficio per tutte le pretese creditorie». Deve essere rilevato che la sentenza in parola pone un criterio in parte diverso da quello che in seguito si vedrà sviluppato da App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit.: infatti mentre il Tribunale di Ferrara richiede che l'operazione economica abbia buone possibilità di ricondurre *in bonis* l'ente in crisi, il Giudice del gravame si accontenta dell'esistenza di un sinallagma, al di là della correttezza imprenditoriale della scelta di accedere ancora al credito.

<sup>94</sup> App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit.

<sup>95</sup> Alla lettera, App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit., pp. 146-147.

è assimilata la *costituzione fraudolenta* degli stessi, in quanto si risolve nell'apposizione di titoli sostanzialmente privi di ragione economico-giuridica sottostante»<sup>96</sup>.

In questa prospettiva la presenza di un fondamento imprenditoriale diviene il discrimine tra un legittimo tentativo di salvare un'impresa in crisi ed un'indebita preferenza per l'istituto di credito.

La sentenza, peraltro, prova a collocarsi in un percorso di continuità e non di rottura con i precedenti della Suprema Corte, su tutte la decisione Garofalo, impegnandosi in un arduo, ma proficuo *distinguishing*.

Si sostiene che nelle proprie sentenze la Cassazione si sia trovata a giudicare ipotesi in cui, nella sostanza, la nuova finanza ricevuta dall'impresa poi fallita fosse servita interamente per estinguere il precedente debito chirografario, per cui «si comprende come la situazione appena descritta si traduca di fatto in una simulazione delle condizioni che giustificano il titolo di prelazione, e quindi del titolo stesso; la cui costituzione non è il normale effetto di un atto contrattuale che svolga la propria ed autonoma funzione economica e giuridica, ma di un'operazione fittiziamente costruita in questa veste ed invece direttamente ed esclusivamente finalizzata ad attribuire ad un credito sostanzialmente immutato un carattere privilegiato originariamente inesistente»<sup>97</sup>.

Diversamente, sostiene il decidente, nel caso *sub iudice*, la nuova liquidità, mutuata previo riconoscimento di garanzie ipotecarie, era stata utilizzata in buona misura dalle imprese per pagare i fornitori e (provare ad) ultimare i cantieri non conclusi, e solo in una ridotta parte destinata a ripianare il prestito ponte e il precedente indebitamento chirografario. Di conseguenza, «all'origine del titolo di prelazione in esame vi era, per quanto detto, un'operazione di finanziamento realmente eseguita, che comportando erogazione di ulteriore liquidità in favore del gruppo mutava effettivamente, incrementandolo, il credito delle banche; e l'estensione della garanzia all'intera esposizione bancaria era il risultato di un atto negoziale autonomo ed esplicito, non dipendente da alcun falso presupposto»<sup>98</sup>.

Aggiunge il decidente, con osservazione puntuale e ricca di implicazioni, su cui si tornerà a breve<sup>99</sup>, che un finanziamento, concesso

---

<sup>96</sup> Esattamente, *ivi*, p. 146-147

<sup>97</sup> Alla lettera App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit., p. 148.

<sup>98</sup> In questi termini App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit., pp. 150-151.

<sup>99</sup> *Infra*, par. 3.2.

ad un ente in stato d'insolvenza per consentirgli di portare a compimento un'operazione imprenditoriale, può essere indagato solo sotto il diverso profilo della bancarotta semplice, in quanto (eventualmente) causale rispetto all'aggravamento del dissesto del debitore, nella misura in cui ha consentito al ceto gestorio di astenersi dal richiedere il fallimento dell'ente<sup>100</sup>.

In ciò può riconoscersi quella logica di alternatività tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione, quantomeno in relazione alle fattispecie a condotta vincolata dolosa, che già si era prospettata in relazione alla corretta esegesi del concetto di distrazione, tanto nella bancarotta fraudolenta patrimoniale<sup>101</sup>, quanto nella precedente formulazione del peculato<sup>102</sup>: l'esistenza di una decisione imprenditoriale, indipendentemente dalla sua bontà e correttezza economica e, soprattutto, dai suoi esiti, esclude di per sé la tipicità del fatto.

In altre parole, la sentenza rompe il legame tra rischio d'impresa e di incriminazione, rimettendoli correttamente su piani antitetici: ove la concessione del credito abbia una ragione imprenditoriale e non sia solo l'occasione per occultare il riconoscimento, senza contropartita alcuna, di una garanzia reale, il fatto non è sussumibile nel delitto di bancarotta preferenziale.

La soluzione offerta dalla Corte d'appello di Brescia appare la più convincente, pur presentando almeno due profili di criticità.

(a) Il criterio offerto per discernere rischio lecito d'impresa e bancarotta preferenziale presenta una spiccata fruibilità processuale<sup>103</sup> solo se applicato rigorosamente e senza sbavature: ciò che il giudice dovrà giudicare non è l'opportunità di accedere al credito nella situazione in cui versava l'impresa, quanto l'esistenza di un *sinallagma*, cioè di prestazioni reciproche tra le parti; una sciagurata strategia di prosecuzione dell'attività compiuta con il denaro della banca, pur avvantaggiata dalla miglior graduazione del proprio credito, non potrà essere sussunta nell'alveo dell'art. 216 l. fall.

(b) A monte, peraltro, non persuade completamente nemmeno la

---

<sup>100</sup> App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit., pp. 155 ss.

<sup>101</sup> *Supra*, cap. I, in particolare, par. 5.

<sup>102</sup> *Supra*, cap. II, in particolare, par. 6 ss.

<sup>103</sup> Sulla necessità che le nozioni penalistiche siano fruibili processualmente per evitare nel momento dell'accertamento del fatto forme di "scavalco" degli elementi di fattispecie si vedano i fondamentali C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 519; C. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1149 ss.

possibilità di ritenere tipica l'operazione oggetto di analisi nel presente capitolo, anche ove si risolve, in chiave economico-patrimoniale, in una concessione gratuita del titolo di prelazione. Infatti, in tal caso, «la simulazione viene, più che altro, dilatata sino a comprendere condotte che si distinguono per un carattere “strumentale” più che “fraudolento”, così perdendo ogni compito selettivo»<sup>104</sup>.

In effetti, le parti utilizzano una pluralità di atti e negozi, tutti voluti e rappresentati senza dissimulare o simulare alcunché ai terzi: tale condotta potrebbe definirsi, prendendo a prestito un concetto tributaristico, tutt'altro che ignoto al sistema penale<sup>105</sup>, elusiva. *Mutatis mutandis*, potrebbe affermarsi che il funzionario di banca, come «l'elusore, allorquando pone in essere il proprio disegno aggiratorio, si guarda bene dal celare un qualcosa di esistente o appalesare un *quid* di non fidefacente, tutt'altro. Seppure per finalità chiaramente strumentali al proprio disegno di violazione obliqua del dettato normativo, egli intende concludere esattamente quei negozi che risultano *per tabulas*, mirando proprio alla realizzazione degli effetti giuridici connessi a siffatti negozi»<sup>106</sup>.

Ebbene, appare molto indicativo che nel d.lgs. 74/2000 le condotte elusive e simulate siano distinte e irriducibili le une rispetto alle altre<sup>107</sup>.

In definitiva, anche dove l'operazione abbia la funzione precipua di riconoscere un privilegio all'istituto di credito, senza una contropartita economica, non pare possa ricondursi nell'alveo della simulazione di cui all'art. 216, comma III, l. fall. senza frizioni con il principio di legalità.

---

<sup>104</sup> Alla lettera, D. TASSINARI, *La 'simulazione dei titoli di prelazione'*, cit., p. 1354.

<sup>105</sup> È, infatti, ormai sterminata la bibliografia sulla possibile rilevanza penale-tributaria delle condotte elusive: per un ampio quadro, da ultimo, pur con conclusioni non condivise, C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto*, cit.; volendo, A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs 'illecito penale personale'. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 91 ss.

<sup>106</sup> Alla lettera, M. DI SIENA, *Brevi considerazioni sulla criminalizzazione dell'elusione fiscale*, in *Il Fisco*, 2003, p. 3118.

<sup>107</sup> Addirittura, la nozione stessa di operazione simulata è individuata dall'art. 1, lett. g *bis*, d.lgs. 74/2000 – anche – negativamente, come condotta diversa da quelle 'elusive': si consenta il rinvio ad A. INGRASSIA, *Ragione fiscale*, cit., p. 66.

### 2.3. Variazioni sul tema: *la diversità tra il soggetto che compie il pagamento e il mutuatario*

Più di recente è stata posta all'attenzione della Suprema Corte<sup>108</sup> una particolare ipotesi di (*apparente*) trasformazione del credito bancario da chirografario a privilegiato, che ha visto interessate diverse banche e, ciò che è peculiare, due distinte società (che, convenzionalmente, si indicheranno come Alfa e Beta), amministrate dagli stessi soggetti e con la medesima compagine sociale.

Segnatamente, Alfa aveva accumulato un importante debito bancario, non coperto da alcuna garanzia; per rientrare di tale passività, Alfa cedeva alla società Beta alcuni marchi; Beta, anch'essa in una situazione di tensione economica, per recuperare la provvista necessaria per l'acquisto dei diritti di proprietà intellettuale, otteneva un mutuo ipotecario dalle medesime banche creditrici di Alfa; con il prezzo della cessione Alfa estingueva il proprio debito e veniva posta in liquidazione; Beta, invece, veniva dichiarata fallita.

Secondo gli inquirenti, gli istituti di credito, da un canto, tramite l'ente originariamente debitore, avevano ricevuto un pagamento preferenziale e, dall'altro, avevano trasformato il proprio credito chirografario nei confronti di Alfa, in un credito privilegiato verso Beta, attraverso la simulazione di un titolo di prelazione.

Tale prospettiva accusatoria era posta alla base del decreto di sequestro emesso nei confronti delle banche, per una somma di denaro pari a quella pagata da Alfa per estinguere il proprio debito, considerata «"corpo di reato", in quanto profitto del reato di bancarotta preferenziale indebitamente conseguito dalla Alfa, e mezzo attraverso il quale il reato è stato commesso, per cui essa rientra senza dubbio nella nozione di "cose pertinenti il reato", di cui va disposto il sequestro preventivo, quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 321, comma I, c.p.p.»<sup>109</sup>.

La Suprema Corte ha avallato tale impostazione, adita dai ricorsi degli istituti di credito nella veste di soggetti interessati alla restituzione del bene sequestrato.

La ricostruzione della Cassazione, tuttavia, non persuade affatto, restando del tutto inesplorato un profilo fattuale decisivo per la corretta sussunzione dell'operazione nelle disposizioni penali-fallimenta-

---

<sup>108</sup> Si tratta delle decisioni Cass. pen., Sez. V, 16.9.2015, n. 3564 (dep. 21.1.2016), cit.; Cass. pen., Sez. V, 6.6.2014, nn. 33205, 33206, 33207, cit.

<sup>109</sup> In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 16.9.2015, n. 3564 (dep. 21.1.2016), cit.

ri. Infatti, non è in alcun modo indagato se il prezzo pattuito per la cessione dei marchi fosse corretto o, più puntualmente, se la vendita non fosse altro che l'occasione per occultare una distrazione ai danni di Beta.

Dovendo sciogliere questo nodo, si prospettano due distinti scenari.

(a) Se l'alienazione del titolo di proprietà intellettuale è un negozio genuino, allora non può in alcun modo parlarsi di pagamento preferenziale, giacché Alfa non diviene mai creditrice di Beta, trattandosi di un adempimento sinallagmatico che si compie contestualmente<sup>110</sup> e, soprattutto, perché non si realizza alcuna lesione alla *par condicio creditorum*, ove si consideri che «al bene fuoriuscito dal patrimonio del soggetto attivo se ne sostituisce un altro che non era già presente al momento del pagamento effettuato dal fallito»<sup>111</sup>.

D'altronde, anche sotto un profilo imprenditoriale, ipotizzare un concorso nella bancarotta preferenziale per la controparte del fallito che ceda un bene al giusto prezzo, importerebbe un sostanziale divieto di trattare con imprese in crisi<sup>112</sup>, con un impatto incalcolabile sui traffici giuridici, oltre che la sostanziale condanna all'inoperatività e al fallimento del soggetto in difficoltà, effetto senz'altro disolto dall'ordinamento che, al contrario, lascia – in modo evidente a partire dalle novelle susseguitesesi dal 2005<sup>113</sup> – la disgregazione dell'attività economica quale *ultima ratio*.

D'altronde, nemmeno il pagamento di Alfa agli istituti di credito può dar luogo a responsabilità, non essendo, a tacer d'altro, la società stata sottoposta a procedure concorsuali che importino l'integrazione dei reati di cui alla l. fall.

Quanto alla simulazione di titoli di prelazione, non può in alcun modo affermarsi l'esistenza di una trasformazione di un credito da chirografario a privilegiato: l'erogazione del denaro a Beta è conte-

---

<sup>110</sup> Sostengono tale tesi, tra gli altri, C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 569; P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., pp. 103 ss.; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., p. 375;

<sup>111</sup> In questi termini, P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., p. 103.

<sup>112</sup> Come rilevato da R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 172, è, anzi, al contrario «corretto un accordo in cui il contraente *in bonis* cerchi di garantirsi dall'insolvenza della controparte, condizionando l'esecuzione della propria prestazione al pagamento contestuale ed immediato del corrispettivo»: non si tratta che di un riconoscimento degli interessi contrapposti di cui sono portatori le parti del contratto e degli incomprimibili spazi di libertà imprenditoriale.

<sup>113</sup> *Infra*, par. 4 ss.

stuale e subordinata alla prestazione di garanzie reali e non è identificabile alcun negozio simulato o, anche solo, una creazione strumentale del titolo di prelazione.

(b) Ove, invece, la cessione dei marchi mascheri una illecita dazione di denaro, dimostrabile facilmente qualora ad esempio il bene sia eccentrico rispetto all'attività d'impresa dell'acquirente, allora potrà dirsi integrata una condotta distrattiva nel passaggio di denaro da Beta<sup>114</sup> a Alfa, cui i funzionari di banca possono aver concorso, qualora abbiano ideato l'operazione economica o suggerito le modalità esecutive della stessa.

Non può trattarsi, invece, di pagamento preferenziale, non esistendo alcun credito reale della Alfa verso Beta, elemento differenziale tra le ipotesi del primo e del terzo comma dell'art. 216 l. fall.<sup>115</sup>. Nemmeno può dirsi integrata la simulazione di titoli di prelazione, non essendo la garanzia ipotecaria e il negozio che la legittima in alcun modo simulati, ma, a tutto concedere, solamente strumentali alla successiva condotta distrattiva.

Non appare, infine, convincente l'eventuale riconduzione di tutte le condotte, dalla concessione del credito privilegiato a Beta fino all'estinzione del debito di Alfa con le banche, sotto l'onnivora figura delle operazioni dolose di cui all'art. 223, comma II, n. 2, l. fall. Come noto, l'elemento discrezionale tra le fattispecie si sostanzia nell'unità o pluralità di atti con cui si realizza l'offesa alla garanzia dei creditori<sup>116</sup>. Ebbene, nel caso di specie, il cuore del disvalore del fat-

<sup>114</sup> Ammesso ovviamente, come nel caso sottoposto alla Suprema Corte, che la società sia già insolvente o, comunque, che la condotta distrattiva stessa crei un pericolo per la garanzia dei creditori. Sul punto si rinvia alle osservazioni formulate *supra*, cap. I, par. 9.

<sup>115</sup> Il dato è assolutamente pacifico in dottrina: tra gli altri e per tutti, P. CHIAVIGLIO, *La bancarotta*, cit., p. 102; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 562; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., p. 154; D. TASSINARI, *La bancarotta*, cit., p. 1842. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 12.1.2017, n. 17785, in *Leggi d'Italia*, anche se il principio non è tetragono e trova alcune eccezioni nelle sentenze che riconoscono la responsabilità per bancarotta distrattiva in capo all'amministratore che si ripaghi dei propri crediti (effettivi), maturati per l'attività lavorativa svolta (per tutte Cass. pen., Sez. V, 15.4.2015, n. 24324, in *Leggi d'Italia*).

<sup>116</sup> È condivisa in dottrina e giurisprudenza la linea di demarcazione tra la bancarotta fraudolenta distrattiva e quella per operazioni dolose. Per tutte, Cass. pen., Sez. V, 12.12.2013, n. 17408 (dep. 18.4.2014, *Ced Rv.* 259998, per cui «le operazioni dolose di cui all'art. 223, comma secondo n. 2, l. fall., attengono alla commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero ad atti intrin-

to concreto si rinviene nel pagamento del prezzo gonfiato, essendo gli atti precedenti e successivi sostanzialmente *ante* e *post* fatti<sup>117</sup> strumentali a tale passaggio di denaro<sup>118</sup>.

---

secamente pericolosi per la "salute" economico-finanziaria della impresa e postulano una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato». In dottrina, per tutti, E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 349; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., p. 194.

<sup>117</sup>Un percorso esegetico sovrapponibile a quello qui proposto è compiuto dalla Suprema Corte nella vicenda nota come Capitalia-Parmalat (Cass. pen., Sez. V, 5.12.2014, n. 15613 (dep. 15.4.2015), in *Leggi d'Italia*) che presenta non poche affinità fattuali con il caso oggetto di analisi; afferma la sentenza: «8.3.1 I giudici del merito – e prima ancora il titolare dell'azione penale – hanno ritenuto di poter scindere la vicenda dell'erogazione del *bridge* a Parmalat e del suo successivo deflusso dalle casse di quest'ultima a quelle di Hit e Cosal, identificando sotto il profilo naturalistico due fatti autonomi suscettibili di altrettanto autonoma qualificazione. In particolare la provocata assunzione della posizione debitoria verso la banca finanziatrice è stata considerata un'operazione dolosa, mentre il successivo transito della provvista verso le altre due società la vera e propria condotta distrattiva.

8.3.2 Tale interpretazione si risolve invero in una ingiustificata atomizzazione di un fatto che presenta, invece, ai fini della qualificazione giuridica un profilo unitario, rappresentando i due passaggi null'altro che i segmenti di un'unica condotta distrattiva.

8.3.3 Ed infatti l'erogazione di nuova finanza a Parmalat – secondo la stessa impostazione accolta dalla Corte territoriale e prospettata nel capo d'imputazione – assume significato solo se posta in correlazione alla programmata ulteriore utilizzazione della medesima per sovvenzionare il decotto gruppo del turismo e l'acquisto, privo di significato economico, di Ciappazzi da parte di CosAl. Una volta isolato il prestito risulta dunque un accadimento privo di rilevanza penale e il mero collegamento teleologico con la successiva operazione distrattiva non è in grado di renderlo tipico ai sensi della l. fall., art. 223, comma 2, n. 2). A sostegno di tali conclusioni è sufficiente osservare che se gli imputati venissero assolti per la bancarotta patrimoniale in quanto non ritenuti consapevoli della destinazione finale del *bridge*, automaticamente dovrebbero essere sollevati anche dall'imputazione di operazioni dolose di cui si tratta, il che evidenzia come quest'ultima non sia autosufficiente già sul piano della contestazione di un fatto autonomamente tipico». In precedenza, la Suprema Corte aveva avallato la qualificazione di operazione dolosa – per vero nemmeno posta in discussione dal ricorrente, limitatosi a negare la propria partecipazione al reato e non la corretta sussunzione della condotta – in un caso consimile, che si analizzerà nel successivo par. 3.1. *sub* (i) (Cass. pen., Sez. V, 16.6.2005, n. 26096, in *Leggi d'Italia*).

<sup>118</sup>Senza contare che, sotto un profilo di fruibilità processuale, la condotta distrattiva in quanto reato di pericolo concreto nella prospettiva della dottrina maggioritaria e di pericolo astratto nella giurisprudenza tradizionale, e non già di

Dunque, in nessuna delle due declinazioni fattuali sembra esserci spazio per una contestazione di bancarotta preferenziale: o si è di fronte ad una lecita operazione imprenditoriale oppure, dietro ad una apparente vendita si nasconde una regalia, finanziata e realizzata nell'interesse degli istituti di credito, che integra una condotta distrattiva. *Tertium non datur*.

Peraltro tale soluzione garantisce l'auspicabile risultato di mantenere una netta separazione tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione.

### 3. *Le intersezioni tra la concessione abusiva del credito e i reati fallimentari: alla ricerca dei confini dell'agire legittimo d'impresa per i funzionari di banca*

Resta da valutare se il fatto stesso di concedere un mutuo ad un'impresa in crisi o, addirittura, insolvente, possa assumere penale rilevanza e a quali condizioni. Si tratta di una questione non ignota alla dottrina penalistica<sup>119</sup> e affrontata in poche, ma assai significative, decisioni giurisprudenziali<sup>120</sup>, che evoca il fenomeno noto come di 'concessione abusiva' del credito.

L'espressione fa riferimento alla «responsabilità della banca che fa credito ad un imprenditore già insolvente o irreversibilmente avviato a diventarlo, e che, in questo modo, lo tiene "artificialmente" in vita, creando l'illusoria apparenza di una solidità o almeno normalità aziendale»<sup>121</sup>.

Tale forma di responsabilità, studiata in Italia per primo da Nigro<sup>122</sup> alla fine degli anni settanta, a fronte della copiosa dottrina che

---

evento di danno come le operazioni dolose e con una condotta più "esile", risulta senz'altro ipotesi di contestazione più efficiente per la pubblica accusa.

<sup>119</sup> Specificamente sul tema G. COCCO, *I rapporti*, cit., pp. 548 ss.; G. INSOLERA, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2008, pp. 841 ss.

<sup>120</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 16.6.2005, n. 26096, cit.; Cass. pen., Sez. V, 5.12.2014, n. 15613 (dep. 15.4.2015), cit.; Cass. pen., Sez. V, 30.6.2016, n. 46689, in *Leggi d'Italia*; App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit.

<sup>121</sup> Alla lettera, L. PANZANI, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, p. 198.

<sup>122</sup> Il riferimento è al fondamentale scritto in materia di A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione 'abusiva' di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, pp. 219 ss.,

ha affrontato il tema<sup>123</sup>, ha trovato pochissime applicazioni giurisprudenziali<sup>124</sup>, tanto che risulterebbe edita un'unica pronuncia<sup>125</sup> in cui sia stata attribuita in via definitiva una responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. ad una banca per aver concesso abusivamente credito ad un'impresa poi fallita, con riconoscimento di un risarcimento ad un creditore.

Prendendo a prestito la ricostruzione di un importante studioso<sup>126</sup>, al fine di compendiare la declinazione civilistica dell'illecita concessione di credito, essa sussiste alla presenza di tre fondamentali condizioni: (i) una «situazione di crisi definitiva e irreversibile che, se esteriorizzata, legittimerebbe (e anzi renderebbe doverosa) la dichiarazione di fallimento»<sup>127</sup>; (ii) la conoscenza o la colpevole ignoranza della predetta situazione in capo al funzionario di banca; (iii) il danno, che è rappresentato: (a) per i creditori anteriori alla concessione del credito nell'incremento del passivo e nella prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare su alcune specifiche operazioni, a causa della sopravvivenza artificiale dell'ente; (b) per i creditori posteriori, nel credito medesimo, giacché questi non avrebbero contratto con l'ente se fosse fallito, come avrebbe dovuto; (c) per l'ente stesso, dalla continuazione di un'attività che brucia risorse, invece che crearle.

---

che per primo ha studiato in Italia la materia, partendo da una comparazione con gli ordinamenti francesi e belga che conoscevano il fenomeno già dall'ottocento.

<sup>123</sup> La dottrina sul punto è ormai sterminata; senza alcuna pretesa di completezza, tra gli altri, F. ALLEGRETTI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2007, pp. 563 ss.; L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, pp. 109 ss.; F. DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in *Cont. imp.*, 2015, pp. 314 ss.; B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le Soc.*, 2007, pp. 462 ss.; M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1079 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Soc.*, 2007, pp. 436 ss.; D. PULIATTI, *Abusiva concessione di credito, bancarotta fraudolenta per distrazione e risarcimento dei danni*, in *NGCC*, 2009, I, pp. 869 ss.; A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, pp. 478 ss.

<sup>124</sup> Fino al 2011, rileva F. BONELLI, *'Concessione abusiva' di credito e 'interruzione abusiva' di credito*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese*, cit., p. 255, «non risultano casi pubblicati in cui una banca sia stata condannata a risarcimenti per concessione abusiva di credito a imprese insolventi».

<sup>125</sup> L'unica decisione edita parrebbe Cass. civ., Sez. III, 14.3.2016, n. 4893, in *Leggi d'Italia*.

<sup>126</sup> Si tratta di F. BONELLI, *'Concessione abusiva'*, cit., pp. 249 ss.

<sup>127</sup> *Ivi*, p. 253.

Solo ad una lettura superficiale possono sfuggire gli interessi imprenditoriali che sorreggono la scelta di un istituto di credito di mantenere in vita l'ente e finanziarlo, pur sapendo che non potrà rientrare del proprio credito; ne sono esempi paradigmatici l'intenzione di «consolidare garanzie ipotecarie o pignoratorie; evitare revocatorie di rimesse sul conto corrente; incassare crediti per i quali esista una domiciliazione o un mandato all'incasso alle banche; consentire rientri a fronte di ipotesi di vendite di cespiti; consentire l'emissione e collocamento di *bond* attraverso controllate estere al fine di trasformare un indebitamento bancario in indebitamento verso il mercato»<sup>128</sup>.

L'idea di fondo, che sostiene e legittima una tale forma di responsabilità aquiliana, è che l'istituto di credito, in quanto operatore *iperprofessionale* e con la possibilità di accedere a dati che consentono una comprensione profonda del reale stato di salute economico-finanziario del debitore, abbia un obbligo di non finanziare l'impresa che sia insolvente e non in grado di restituire le somme prese a prestito<sup>129</sup>.

Tale rigorosa ricostruzione ha trovato uno dei propri referenti normativi nell'art. 217, n. 4, l. fall., che da alcuni autori<sup>130</sup> è stato elevato a norma dimostrativa della necessità che il debitore, non più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni, trovi nel fallimento l'unico e necessitato esito della propria avventura imprenditoriale.

Spostando la prospettiva dalla responsabilità extracontrattuale alla sussumibilità nelle fattispecie penali delle ipotesi di concessione abusiva del credito, deve essere valutato come il giudizio (schiettamente imprenditoriale) sulla meritevolezza dell'ente debitore di continuare la sua attività e sulla capacità dello stesso di uscire dalla crisi incida sul fatto di reato. Il *focus* deve, dunque, essere posto, in prospettiva giurisprudenziale, sulla scelta imprenditoriale di "secondo livello" propria del funzionario di banca, chiamato a rispondere in concorso con gli *intranei* non solo della fattispecie di bancarotta sem-

<sup>128</sup> La puntuale osservazione si deve ancora a F. BONELLI, *Concessione abusiva*, cit., p. 262.

<sup>129</sup> Paradigmatica la posizione espressa da L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa*, cit., pp. 119 ss., per cui la banca ha un obbligo di negare nuova finanza agli enti non meritevoli, dato che il soggetto insolvente deve essere espunto dal mercato.

<sup>130</sup> Tra gli altri L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa*, cit., p. 121; G. FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione 'abusiva' di credito*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1988, p. 662; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1995, p. 252; L. PANZANI, *L'insuccesso*, cit., p. 208; A. VICARI, *I finanziamenti*, cit., p. 500.

plice di cui all'art. 217, n. 4, l. fall. (richiamata dall'art. 224, comma I, n. 1, l. fall.), ma anche della più grave fattispecie di cagionamento del fallimento mediante operazioni dolose di cui all'art. 223, comma II, n. 2, l. fall. per aver consentito, attraverso un finanziamento "abusivo", la prosecuzione dell'attività, che ne ha cagionato il fallimento *hic et nunc* verificatosi.

### 3.1. *Concessione abusiva del credito e bancarotta per operazioni dolose: i ridotti spazi di enforcement penalistico*

(i) Prendendo l'abbrivio dai processi in cui è stato contestato ai funzionari di banca il concorso nel delitto di cui all'art. 223 l. fall., il primo arresto<sup>131</sup> oggetto di analisi è stato individuato dalla dottrina<sup>132</sup> come l'esempio paradigmatico di rilevanza penale della concessione abusiva di credito: un funzionario infedele finanzia le imprese ormai decotte riconducibili al fratello, senza richiedere le garanzie imposte dalle indicazioni di Banca d'Italia e dai regolamenti interni alla propria banca.

È chiaro che, in questa ipotesi, non si è di fronte ad una scelta imprenditoriale, ma ad una vera e propria sottrazione di risorse ai danni prima dell'istituto di credito, poi delle società finanziate. Per ciò che qui interessa, non si pone alcuna sovrapposizione tra rischio imprenditoriale e rischio d'incriminazione, né il giudice penale è chiamato a sindacare il merito della scelta di concessione del credito: i prestiti sono l'occasione per drenare soldi prima dalla banca e poi dagli enti falliti.

In questa ipotesi non si pongono, dunque, particolari problemi nel riconoscimento di una responsabilità concorsuale del funzionario infedele: tuttavia, l'imputazione più corretta è quella di bancarotta distrattiva, giacché l'intero disvalore del fatto si sostanzia nella sottrazione di risorse all'ente fallito, mentre la concessione del prestito assume i tratti di un antefatto<sup>133</sup>.

(ii) Più complessa la vicenda relativa al dissesto di Coopcostruttori<sup>134</sup>: i funzionari di banca sono i *convitati di pietra* del processo, non essendo stati imputati, ma avendo svolto un ruolo fondamentale ri-

---

<sup>131</sup> Cass. pen., Sez. V, 16.6.2005, n. 26096, cit.

<sup>132</sup> G. INSOLERA, *La responsabilità della banca*, cit., pp. 848-849.

<sup>133</sup> Sul punto si rinvia all'analisi già compiuta alla nota 116.

<sup>134</sup> Cass. pen., Sez. V, 30.6.2016, n. 46689, cit.

spetto all'operazione dolosa contestata agli amministratori dell'ente dichiarato insolvente.

Segnatamente, utilizzando le parole della Suprema Corte, «si è ascritto agli imputati di avere emesso, nell'ambito di commesse di lavori pubblici pluriennali, fatture irregolari, portate in banca per l'anticipazione, relative a stati di avanzamento lavori non ancora maturati o a lavori non iniziati»<sup>135</sup>, o, persino, a lavori mai commissionati.

Tale meccanismo di auto-finanziamento, perfettamente noto ai rappresentanti degli istituti di credito, ha consentito all'ente di proseguire l'attività, ritardando, in ipotesi accusatoria, la dichiarazione di fallimento; d'altronde, e qui si comprende a pieno il ruolo degli istituti di credito e la ragione dell'attività fraudolenta, secondo la Corte territoriale, «se l'azienda non avesse deciso di fare ricorso alle modalità di erogazione del credito sopra descritte, quest'ultimo avrebbe dovuto essere disposto attraverso altre forme, le quali presentavano una ben diversa classe di rischio. A ciò sarebbe conseguito che l'incapacità della cooperativa di far fronte all'indebitamento sarebbe emersa molto prima, e quindi molto prima si sarebbe arrestata quell'operatività aziendale che, bruciando continuamente nuove risorse, non faceva che rendere sempre più esteso il *default*»<sup>136</sup>.

Dunque, il carattere fraudolento dell'operazione riguarda non tanto la concessione del credito in sé considerata, ma più puntualmente anche il titolo e le condizioni di accesso al finanziamento.

La Suprema Corte, accogliendo i motivi di ricorso, compie un'*actio finium regundorum* del perimetro di illiceità dell'operazione di anticipazione di fatture, fornendo indicazioni generali sugli spazi di rilevanza penale di ipotesi di concessione abusiva del credito. In particolare, due sono i fondamentali insegnamenti che incidono sul perimetro di offensività-tipicità della condotta e sull'accertamento causale della fattispecie in parola.

In primo luogo la Cassazione si appunta sui limiti entro cui il ricorso al credito può integrare un'operazione dolosa e, nel caso *sub iudice*, distingue la tipologia di fatture auto-liquidanti; segnatamente, si legge in sentenza che «il debito sarebbe maturato utilizzando fatture aventi caratteristiche molto diverse: alcune emesse in relazione a lavori mai commissionati e quindi per operazioni inesistenti; altre manipolate, perché riferite a lavori commissionati ma del tutto o in parte ineseguiti o emesse per interessi, danni e riserve tecniche non

---

<sup>135</sup> *Ivi*, par. 5.5.

<sup>136</sup> *Ivi*, par. 5.7.

accettati dal committente. È così evidente che le fatture del tutto prive di causale hanno consentito un credito che mai avrebbe potuto essere erogato; quelle invece riportanti un credito da maturare hanno consentito l'anticipazione di somme effettivamente recuperabili dai debitori. È quindi altrettanto evidente che la richiesta di finanziamenti derivanti da tale ultimo tipo di fatture non possa considerarsi di per sé operazione dolosa. Sarebbe stato quindi necessario che i giudici di merito puntualizzassero quante e quali fatture fossero non solo "irregolari" ma emesse per crediti "inesistenti"»<sup>137</sup>.

Dunque, è solo la concessione di nuova finanza a fronte di una *radicale immeritevolezza* di credito che potrebbe integrare l'operazione dolosa; mere irregolarità, come l'ottenimento di nuova liquidità a fronte di crediti non ancora esigibili, ma pur sempre esistenti e futuri, non integrano il tipo dell'operazione dolosa.

L'affermazione, che resta apodittica nel percorso motivazionale, può trovare un fondamento giustificativo nel pregnante disvalore di condotta che caratterizza la fattispecie in parola, non integrato in presenza di un accesso al credito non radicalmente immeritato.

Provando a disvelare il ragionamento (rimasto implicito) della Suprema Corte, solo dove la fattura che si intenda scontare sia inesistente potrebbe ipotizzarsi una violazione dei doveri gestori dell'amministratore (segnatamente previsti dall'art. 2381 c.c.), giacché si sarebbe in presenza di un ente insolvente, immeritevole di credito, in cui la prosecuzione stessa dell'attività rischia di rivelarsi dannosa.

Sotto il secondo profilo, il punto nodale, che emerge tra le pieghe della decisione e che si riaggancia al primo, è che non è bastevole ad integrare il delitto in parola la mera continuazione dell'attività, realizzata attraverso un accesso radicalmente abusivo al credito, ma è necessario dimostrare in che misura e con che modalità tale seguito abbia cagionato un danno agli interessi dei creditori, causando o aggravando il dissesto. È, allora, evidente come il giudice di legittimità ponga il centro dell'attenzione non tanto sul ricorso a nuova finanza, ma sul suo utilizzo in concreto da parte dell'impresa, riducendo in modo drastico gli spazi di rilevanza penale del fenomeno della concessione abusiva del credito.

Infatti, considerate le due direttrici selettive indicate dalla Suprema Corte, l'*enforcement* del diritto criminale sulle operazioni di concessione abusiva del credito permane solo qualora: (a) l'accesso sia segnato da una frode diretta a mascherare una assoluta immeritevo-

---

<sup>137</sup> *Ivi*, par. 5.8.

lezza creditoria; (b) l'uso della nuova finanza sia di per sé rimproverabile, in quanto causale rispetto alla dichiarazione di fallimento.

Per completare il quadro è necessario andare oltre l'analisi della Cassazione. Nell'ordito argomentativo del Giudice di legittimità resta, in effetti, in ombra in quale ipotesi l'uso delle risorse, ottenute senza merito creditorio, presenti un legame causale con la dichiarazione di fallimento, rimproverabile all'imprenditore o al ceto gestorio e al banchiere; in altre parole, vi è da chiedersi se il fatto che l'intraneo gestisca risorse ottenute illegittimamente consenta una sovrapposizione tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione e in che misura, nonché se possa configurarsi un concorso del funzionario di banca e a quali condizioni.

Per sciogliere tale nodo, appare utile distinguere quattro diverse ipotesi:

(a) *rischio automaticamente illecito d'impresa, se l'attività è compiuta con denaro ottenuto mediante frode*: tale soluzione, la più radicale e rigorosa che può immaginarsi, è stata scartata – condivisibilmente – dalla Suprema Corte, proprio nella decisione Coopcostruttori, perché, come si è visto, prescinde dall'accertamento di uno degli elementi del fatto tipico di cui all'art. 223, comma II, n. 2, l. fall., ovvero il nesso tra la condotta e l'evento di fattispecie;

(b) *illiceità dell'attività, compiuta con denaro ottenuto mediante frode, perché estranea al rischio d'impresa*: è l'ipotesi in cui l'acquisizione – fraudolenta – di nuove risorse è l'antefatto di una successiva attività di spoliazione dell'ente, che impone la contestazione della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria. Esempio di questo paradigma è la decisione richiamata più sopra *sub (i)*<sup>138</sup>, per cui, come si è detto, non si pone alcun problema di sovrapposizione tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione, né vi sono ostacoli nel riconoscere la responsabilità concorsuale del funzionario di banca;

(c) *sopravvivenza artificiale dell'ente, attraverso nuova liquidità ottenuta mediante frode, nell'interesse esclusivo della banca*: questa categoria abbraccia i casi in cui l'istituto di credito, per ridurre (*abusivamente*) il proprio rischio d'impresa, mantenga in vita "artificialmente" una società decotta, per consolidare le proprie garanzie, per far decorrere i termini dell'azione revocatoria fallimentare o per altre ragioni del tutto indipendenti dal merito di credito dell'ente finanziato. In tali evenienze non sembra potersi dubitare della sussumibilità

---

<sup>138</sup> Cass. pen., Sez. V, 16.6.2005, n. 26096, cit.

nella bancarotta per operazioni dolose del fatto dell'intraneo che, violando i propri doveri verso l'ente amministrato, continui l'attività nel solo interesse dell'istituto di credito, aggravando il passivo fallimentare (si pensi ai danni economici di una gestione caratteristica in perdita o anche solo derivanti dalla maturazione degli interessi sui prestiti concessi), e del concorso del funzionario di banca, che abbia istigato, determinato o quantomeno si sia accordato per realizzare l'illecito;

(d) *sindacato sulle scelte imprenditoriali nel caso di accesso mediante frode al credito e sovrapposizione parziale tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione*: tale ipotesi annovera i casi in cui le risorse ottenute abusivamente siano utilizzate per cercare di far riemergere l'ente dall'insolvenza, senza, tuttavia, riuscirci. In questa prospettiva l'operazione dolosa, pienamente voluta dall'intraneo, si risolverebbe nell'accesso fraudolento al credito; l'evento del reato sarebbe, invece, imputato a titolo di colpa, riconoscendo la struttura preterintenzionale del delitto<sup>139</sup>, e rimproverando all'amministratore o all'imprenditore di non aver gestito con diligenza, prudenza, perizia l'attività economica. Ebbene, aderendo a tale modello esegetico, si creerebbe una sovrapposizione, seppur parziale, tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione: l'aver acceduto abusivamente al credito aprirebbe un più penetrante sindacato giudiziale sulle decisioni imprenditoriali, tanto da attirare le 'cattive scelte' nell'alveo di un'ipotesi preterintenzionale di incriminazione.

Ancor più delicata appare la possibilità di contestare la responsabilità concorsuale del funzionario di banca che, come nel caso Coop-costruttori, confidi nelle capacità dell'ente di proseguire utilmente l'attività imprenditoriale, rientrando della propria esposizione debitoria, seppur alimentata e mantenuta anche attraverso meccanismi fraudolenti. Ebbene, il fulcro del problema è l'imputazione colposa

---

<sup>139</sup> Sul carattere preterintenzionale dell'illecito, in giurisprudenza, tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 18.2.2010, n. 17690, Rv. 247315, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 3.4.2014, n. 38728, Rv. 262207, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 1.10.2015, n. 45672, Rv. 265510, in *Leggi d'Italia*; in dottrina, per tutti C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 784 ss.; ritengono, invece, che l'evento debba essere coperto dal dolo eventuale C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, p. 203, nonché E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 349; infine, vi è chi ritiene si tratti di reato a dolo specifico, per cui l'operazione dovrebbe essere segnata da «un dolo specifico di profitto e di danno, un'intenzione antiggiuridica»: alla lettera A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta*, cit., pp. 335 ss., e in senso adesivo, A. D'AVIRRO-E. DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit., pp. 244 ss.

dell'evento di fattispecie all'*extraneus*, apparendo esso legato ad una sfera di rischio su cui il funzionario di banca, una volta erogato il credito, non può certo incidere. In altre parole, la gestione della liquidità, ottenuta abusivamente, è nel pieno potere dell'imprenditore o dell'amministratore dell'ente, che ne dispone assumendosene i rischi e senza interferenze dell'istituto di credito<sup>140</sup>.

Se così è, allora, delle due l'una: o si imputa il bancario in concorso con l'intraneo nell'operazione dolosa per il solo fatto di aver concesso il credito ed indipendentemente dalla rimproverabilità dell'evento, addivenendo ad una forma di responsabilità oggettiva da *versari in re illicita* in contrasto con l'art. 27 Cost.; o si riconosce l'impossibilità per il funzionario di impedire l'evento di fattispecie<sup>141</sup>, concludendo che esso si collochi al di fuori dell'area di rischio che l'ordinamento pretende egli schermi e che, dunque, non vi sia alcuna responsabilità concorsuale di costui.

A favore di quest'ultima soluzione, decisamente più rispettosa del principio di colpevolezza<sup>142</sup> e che taglia ogni legame tra rischio d'in-

<sup>140</sup> Ovviamente, diverso è il caso in cui il funzionario di banca si ingerisca di fatto nelle scelte gestionali o, addirittura, rappresenti l'istituto di credito nel consiglio di amministrazione dell'ente finanziato, partecipando alle decisioni imprenditoriali: è chiaro che non si è più di fronte ad una scelta di secondo livello, ma di primo livello, per di più eventualmente *macchiata* da interessi estranei a quelli della società debitrice che si rappresenta in quel frangente. In quest'ultima ipotesi il funzionario partecipa dei rischi – imprenditoriali e di incriminazione – dell'intraneo, giacché, a monte, ne assume la qualifica (come amministratore di fatto o di diritto).

<sup>141</sup> In questa direzione, seppur rispetto alla causalità omissiva e non già alla c.d. causalità della colpa si è espressa la Suprema Corte nella decisione 7556/2013 già richiamata e oggetto di analisi nel par. 1 del presente capitolo.

<sup>142</sup> È fondamentale il rinvio alle decisioni storiche del Giudice delle Leggi, Corte cost. 23.3.1988, n. 364, (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss. con nota di D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; in *Giur. cost.*, 1988, pp. 3 ss., con nota di G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*; in *Foro it.*, 1988, pp. 1365 ss., con nota di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*; si veda, inoltre, F. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e nuovi orizzonti della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 920 ss.); Corte cost. 13.12.1988, n. 1085, (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 299 ss. con nota di P. VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*; nonché in *Riv. pen.*, 1994, pp. 123 ss., con nota di V. MORMANDO, *Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 1085 del 13 dicembre 1988. ricordando Renato Dell'Anno*); Corte cost. 24.7.2007, n. 322 (in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1465, con nota di L. RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*; in *Riv.*

criminatione e rischio imprenditoriale di 'secondo livello', possono trarsi argomenti da due ulteriori arresti giurisprudenziali.

(iii) Segnatamente, la decisione nota come Parmalat-Capitalia<sup>143</sup> offre fondamentali indicazioni e conferme dei modelli sopra individuati.

Per dare un quadro fattuale della complessa vicenda giova il richiamo alla sintesi compiuta dalla stessa Suprema Corte: «oggetto di contestazione è la concessione di un prestito ponte di 50 milioni di euro da parte di Banca di Roma a Parmalat s.p.a. e da quest'ultima veicolato, in parte, al sottogruppo turismo – esterno al perimetro di consolidamento del gruppo Parmalat e che versava in uno stato di virtuale *default* – allo scopo di garantirne la sopravvivenza nelle more della conclusione di un accordo finalizzato alla ristrutturazione della sua esposizione debitoria con il ceto bancario e, in parte, utilizzato per il pagamento di una rata del prezzo dell'azienda Ciappazzi, il cui acquisto per il tramite di Cosal s.r.l. sarebbe stato effettuato dal T. per corrispondere alle pressioni esercitate in tal senso dal gruppo Capitalia – verso il quale il gruppo Parmalat, come anche quello del turismo e il T. personalmente erano fortemente indebitati – interessato a realizzare anche in tal modo un'operazione di ristrutturazione del debito del Gruppo Ciarrapico – che versava in condizioni critiche e che era a sua volta "grande" debitore dell'istituto di credito – attraverso la liquidazione *in bonis* del sottogruppo Sorgenti, cui originariamente Ciappazzi apparteneva»<sup>144</sup>.

Secondo la ricostruzione accusatoria, avallata dalle decisioni di merito, le condotte sopra descritte avrebbero integrato, per ciò che qui interessa, una pluralità di illeciti penali, tutti commessi dagli *intranei* di Parmalat s.p.a. con il concorso dei funzionari di Capitalia, e, segnatamente: (α) la bancarotta per operazioni dolose per aver acceso un prestito al fine di ottenere nuova liquidità, utilizzata per finanziare, sostanzialmente a fondo perduto, enti estranei al perimetro di consolidamento; (β) la bancarotta distrattiva per aver dirottato le risorse ottenute dal finanziamento verso enti, non solo estranei al perimetro di consolidamento, ma *ab origine* incapaci di restituire il prestito; (γ) la bancarotta per operazioni dolose per aver rifinanziato i

---

*it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1351 ss. con nota di M. VIZZARDI, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*).

<sup>143</sup> Cass. pen., Sez. V, 5.12.2014, n. 15613 (dep. 15.4.2015).

<sup>144</sup> *Ivi*, par. 1.2.

termini del prestito, con un aumento del tasso d'interesse, pur a fronte di una proroga dei tempi di rientro.

Rispetto alle ipotesi *sub* ( $\alpha$ ) e ( $\beta$ ) la Suprema Corte riconosce la responsabilità concorsuale degli imputati per la sola fattispecie di bancarotta distrattiva, ritenendo l'accesso al credito un antecedente della condotta di illecita locupletazione delle risorse di Parmalat s.p.a., in cui si risolve l'intero disvalore del fatto<sup>145</sup>. Peraltro, e il passaggio motivazionale è fondamentale ai nostri fini, la Cassazione, in linea con la decisione Coopcostruttori, esclude che il finanziamento, di per sé considerato, possa integrare un'operazione dolosa etiologicamente connessa al dissesto, anche nell'ipotesi in cui l'ente erogante sia perfettamente a conoscenza dello stato di decozione del debitore<sup>146</sup>.

( $\gamma$ ) In merito al riscadenziamento del prestito, la decisione del Giudice di legittimità giunge ad una conclusione condivisibile in relazione alla (*ir*)responsabilità dei funzionari di banca, attraverso, però, una motivazione tutt'altro che immune da criticità.

In ordine all'integrazione dell'illecito monosoggettivo, si legge nella sentenza che «la decisione di Parmalat di richiedere una proroga "onerosa" del finanziamento invece di rimborsarlo alla scadenza, ottenendo la provvista necessaria dall'effettivo beneficiario dello stesso, può certamente integrare un'operazione dolosa, rimproverabile al ceto gestorio della stessa»<sup>147</sup>.

Ebbene tale affermazione appare non solo apodittica, ma in contrasto con i – condivisibili – principi adottati per inquadrare la rile-

---

<sup>145</sup> Sull'adesione a tale impostazione già si è detto, *supra*, nota 116.

<sup>146</sup> Si legge, puntualmente, nella decisione (par. 8.3.): «l'erogazione di nuova finanza a Parmalat – secondo la stessa impostazione accolta dalla Corte territoriale e prospettata nel capo d'imputazione – assume significato solo se posta in correlazione alla programmata ulteriore utilizzazione della medesima per sovvenzionare il decotto gruppo del turismo e l'acquisto, privo di significato economico, di Ciappazzi da parte di Cosal. Una volta isolato il prestito risulta dunque un accadimento privo di rilevanza penale e il mero collegamento teleologico con la successiva operazione distrattiva non è in grado di renderlo tipico ai sensi della l. fall., art. 223, comma 2, n. 2). A sostegno di tali conclusioni è sufficiente osservare che se gli imputati venissero assolti per la bancarotta patrimoniale in quanto non ritenuti consapevoli della destinazione finale del *bridge*, automaticamente dovrebbero essere sollevati anche dall'imputazione di operazioni dolose di cui si tratta, il che evidenzia come quest'ultima non sia autosufficiente già sul piano della contestazione di un fatto autonomamente tipico». Ancora (par. 10.2.2.): «l'erogazione di nuova finanza a Parmalat, per le ragioni già esposte, non può ritenersi integrare di per sé un illecito, anche assumendo la consapevolezza del creditore sullo stato di virtuale dissesto della società».

<sup>147</sup> Cass. pen., Sez. V, 5.12.2014, n. 15613 (dep. 15.4.2015), cit., par. 10.2.3.

vanza penale dell'originaria concessione del credito: se, infatti, tale condotta può assumere rilevanza solo in relazione alla gestione del denaro ricevuto, specularmente il rifinanziamento di per sé considerato non sembra oltrepassare l'area dell'agire legittimo d'impresa né presentare alcun disvalore.

Discorso diverso, che pare solo adombrato dalla Suprema Corte, si potrebbe sviluppare in relazione alla scelta deliberata di Parmalat di non richiedere la restituzione di quanto a sua volta prestato alle società del gruppo del turismo: in questa prospettiva, però, il disvalore si sposta su questa specifica condotta, del tutto indipendente dal rifinanziamento pattuito con la banca. Dunque, già sul piano della tipicità monosoggettiva, la decisione non persuade.

In relazione alla responsabilità concorsuale dei funzionari di banca, la Corte individua lo snodo fondamentale nella accessorietà del contributo in concreto offerto dai rappresentanti di Capitalia alla condotta tipica degli *intraanei*: affinché si possa ascrivere una responsabilità agli *extranei*, si legge nell'arresto, «è necessario stabilire innanzi tutto quale sia stato il contributo concorsuale di [costoro], che non può essere identificato con la mera decisione di concedere la suddetta proroga ovvero di pretendere condizioni più gravose»<sup>148</sup>.

Segnatamente, secondo la Cassazione, «tale decisione costituisce manifestazione del libero esercizio dell'attività d'impresa di cui gli amministratori della banca sono chiamati a rispondere (agli organi di vigilanza, ai propri soci e ai propri creditori) per l'impatto che comporta sulla situazione economica di quest'ultima. In altri termini concedere la proroga di un prestito, piuttosto che pretenderne l'immediato rientro o, in ipotesi, richiedere il fallimento del debitore inadempiente è scelta che, anche qualora il creditore sia consapevole dello stato di dissesto di quest'ultimo, non costituisce di per sé condotta apprezzabile a titolo di concorso nell'operazione dolosa eventualmente imputabile al debitore medesimo»<sup>149</sup>. Affinché possa ipotizzarsi una responsabilità plurisoggettiva, per la Corte «è invece necessario che il comportamento del creditore presenti in forma diversa ed ulteriore i caratteri del contributo causale alla consumazione del reato ipotizzato, come, ad esempio, nel caso in cui egli stesso abbia istigato il debitore, nella consapevolezza dell'impatto sull'equilibrio economico dell'impresa, a porre in essere l'operazione ritenuta illecita»<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> *Ivi*, par. 10.2.4.

<sup>150</sup> *Ivi*, par. 10.2.5.

Tale impostazione non convince e tradisce una certa confusione di piani.

Infatti, non si comprende, ragionando esclusivamente in termini di incidenza causale del contributo concorsuale, la ragione per cui la concessione della proroga non dovrebbe essere tipica ai sensi dell'art. 110 c.p.: l'accordo tra le parti è *condicio sine qua non* della proroga stessa, certamente voluta da tutti gli interessati. Né la conclusione appare perspicua su un piano di politica-criminale, giacché non vi è ragione che sorregga una diversa soluzione in termini di liceità/illeceità penale a seconda che la proposta di proroga provenga dal funzionario piuttosto che dall'imprenditore; in altre parole, non si comprende in che misura differiscano le due condotte in termini di disvalore e – qui sta il cuore della questione – perché solo la seconda ipotesi debba essere considerata un legittimo esercizio dell'attività d'impresa.

Il perno su cui ricostruire l'irrilevanza penale della condotta del banchiere, dunque, non può essere la partecipazione causale, ma, piuttosto, la libertà di impresa e la necessaria alternatività tra il rischio di incriminazione per le fattispecie dolose di cui alla l. fall. e le condotte proprie dell'attività d'impresa, segnate da un ineliminabile rischio. Del resto le stesse cadenze del percorso argomentativo richiamano la necessità che il funzionario di banca possa perseguire l'interesse dell'ente che rappresenta, compiendo in piena libertà le proprie scelte imprenditoriali.

Resta aperta la questione se la liceità del rischio renda atipica<sup>151</sup> piuttosto che scriminata *ex art. 51 c.p.*<sup>152</sup> la condotta del funzionario di banca<sup>153</sup>: il tema sarà affrontato ampiamente oltre, quando si trat-

<sup>151</sup> È l'impostazione espressa, in particolare in materia di bancarotta, da C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., p. 993.

<sup>152</sup> In generale, A. SPENA, *Diritti*, cit., pp. 285 ss.

<sup>153</sup> Per completare il quadro è necessario richiamare la posizione di G. COCCO, *I rapporti*, cit., che descrive, anche in prospettiva comparatistica, la fenomenologia del "credito rovinoso", riconducendola nell'alveo dell'art. 217, comma I, n. 3, l. fall., ove il finanziamento avvenga a condizioni di mercato (pp. 552 ss.), e dell'art. 216, comma I, n. 1, *sub specie* di dissipazione, qualora siano richiesti «interessi e/o garanzie eccessivi» (pp. 562 ss.). La tesi, pur autorevolmente sostenuta, non persuade, perché può condurre, sul piano della tipicità e antiguridicità concorsuale, alla parificazione tra scelte non imprenditoriali e cattive scelte – ma pur sempre – imprenditoriali, che, per le ragioni sviluppate nella presente ricerca, devono essere tenute distinte.

Va sottolineato che tale esigenza di differenziazione è presente anche nell'impostazione di COCCO: il momento della separazione tra rischio di impresa

terà della relazione tra le esenzioni alla revocatoria fallimentare, le soluzioni concordate della crisi e i reati fallimentari<sup>154</sup>, nonché nella disamina della *natura penalistica* dell'art. 217 *bis* l. fall.<sup>155</sup>; in questa sede, l'adesione all'una o all'altra opzione dogmatica non comporta alcuna ricaduta rispetto alla relazione tra rischio penale e rischio d'impresa, per cui si può soprassedere sul punto<sup>156</sup>.

Ambiti di responsabilità concorsuale si possono prospettare, invece, se il funzionario di banca partecipi (non necessariamente e solo come istigatore) a 'scelte non imprenditoriali' del debitore: sono i casi già analizzati di sopravvivenza artificiale dell'ente poi fallito (riconducibili al modello delle operazioni dolose) o di consapevole sottrazione di risorse prima alla banca e poi al soggetto finanziato (sussuimibili nella bancarotta fraudolenta patrimoniale). In tali ipotesi, non può dubitarsi dell'esistenza di un illecito monosoggettivo, cui accede come contributo necessario la condotta del funzionario di banca, caratterizzata da un abuso nell'esercizio del diritto e, dunque, non scriminata.

Per tale via si perviene, nuovamente, a tenere distinti il rischio di incriminazione dal rischio d'impresa, specie se di secondo livello, man-

---

e rischio penale risiede, però, nel giudizio di colpevolezza. Segnatamente, l'Autorevole dottrina afferma, in relazione al concorso del banchiere nell'art. 217, comma I, n. 3, l. fall., che la prospettiva, anche erronea, in ordine alla idoneità della strategia di emersione dalla crisi (in cui si innesta la concessione del credito) esclude il concorso nella fattispecie fallimentare; con le parole dell'Autore: «non rileva in sede penale che siffatta valutazione della possibilità del superamento delle difficoltà dell'impresa-cliente si riveli erronea ad una *valutazione ex post*, anche se l'errore è dovuto a imprudenza, negligenza o altra manchevolezza, come una sorta di sindacato penale sul merito delle decisioni operative potrebbe evidenziare. Il rilievo anche di condotte colpose è evidentemente incompatibile con il carattere doloso della fattispecie, sottolineato sul piano normativo dal fine specifico che deve muovere l'imprenditore» (pp. 560-561).

<sup>154</sup> *Infra*, in questo capitolo, par. 4.1. e par. 4.2.

<sup>155</sup> *Infra*, cap. IV, par. 2.

<sup>156</sup> Si badi, si condivide ovviamente che "fatto" e "scriminanti" non siano categorie interscambiabili a piacere (secondo la felice espressione di G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 182), tuttavia, come pure è stato osservato da A. CAVALLIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, p. 436, risulta «oltremodo difficile distinguere il rischio consentito che esclude il *Tatbestand* oggettivo dalle ipotesi di giustificazione di una condotta tipica». Per un'ampia trattazione del tema, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, *passim*, in particolare, pp. 140 ss., nonché C. PERINI, *Il contesto di rischio*, cit., *passim*.

tenendo l'*enforcement* penalistico in relazione alle sole condotte '*non imprenditoriali*' o di abuso del diritto.

### 3.2. *La cooperazione del banchiere nella bancarotta semplice per aggravamento del dissesto della società debitrice (art. 217, comma I, n. 4, l. fall.): la distinzione delle 'decisioni imprenditoriali' e delle sfere di rischio penale*

Per portare a compimento il percorso di analisi, un contributo significativo è offerto dalla decisione della Corte d'appello di Brescia<sup>157</sup> nel fallimento del gruppo Italcase, cui già si è fatto riferimento trattando dell'ipotesi di concorso del funzionario di banca nella fattispecie di favoreggiamento del creditore<sup>158</sup>.

Qui interessa, invece, porre l'attenzione sulla contestazione mossa dagli inquirenti al ceto gestorio e ai sindaci delle società fallite, ai rappresentanti dell'*advisor* e ai funzionari di banca di concorso (*rectius* cooperazione<sup>159</sup>) nella bancarotta semplice per aver aggravato il dissesto, astenendosi dal richiedere il fallimento; più precisamente, il rimprovero è di aver coltivato un piano di salvataggio di un gruppo già insolvente, rivelatosi inidoneo a raggiungere l'ambizioso scopo di riportare *in bonis* gli enti.

<sup>157</sup> App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit.

<sup>158</sup> *Supra* in questo capitolo, par. 2.2., *sub* (iii).

<sup>159</sup> Il punto merita un chiarimento. L'originaria imputazione descriveva un fatto riconducibile al modello che si è definito di *sopravvivenza artificiale dell'ente nell'interesse della banca*: non a caso la contestazione era indissolubilmente legata ad altre di bancarotta preferenziale, che vedevano quali creditori-favoriti proprio gli istituti di credito, sostenitori del tentativo di risanamento. Tuttavia, non del tutto coerentemente, la condotta veniva sussunta nell'ipotesi di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto (fattispecie pacificamente colposa) e non già, più correttamente, nella più grave ipotesi di operazioni dolose; l'incertezza della prospettiva accusatoria emerge anche dalla norma estensiva della punibilità indicata nell'imputazione, ovvero l'art. 110 c.p., e non già l'art. 113 c.p. Mentre il Tribunale ha avallato l'impostazione accusatoria in tutti i suoi snodi, la Corte di appello, per le ragioni già esposte *supra* al par. 2.2. *sub* (iii), ha escluso la sussistenza della bancarotta preferenziale, eliminando il movente reggente l'ipotesi di sopravvivenza artificiale; per tale via il perimetro dell'accusa, pur essendo formalmente rimasto nei confini segnati dagli artt. 110 c.p. e 224 l. fall. (in relazione all'art. 217, comma I, n. 4, l. fall) ha assunto tratti squisitamente colposi, cioè ha interessato la possibilità di rimproverare l'aggravamento del dissesto, causato dal ricorso a nuova finanza nel contesto di un piano inidoneo a riportare *in bonis* le società del gruppo.

Rispetto a tale imputazione la Corte d'appello addiuvata ad una dichiarazione di responsabilità solo per gli intranei, riformando in senso assolutorio la sentenza di condanna emessa dal Tribunale competente nei confronti dei responsabili di progetto dell'*advisor* e delle banche finanziatrici. Tale distinzione, operata dal giudice del gravame, è fondamentale ai fini della presente ricerca perché fondata su una netta separazione tra le aree di rischio imprenditoriale e di rischio di incriminazione dei soggetti tratti a giudizio.

Prendendo l'abbrivio dalla responsabilità per il delitto monosoggettivo, come si è già visto altrove<sup>160</sup>, la fattispecie in parola apre al sindacato giudiziale sulla fondamentale scelta dell'imprenditore di proseguire nella propria attività, nonostante lo stato di insolvenza: il reato è integrato se tale decisione cagiona un aggravamento del dissesto ed è rimproverabile a titolo di colpa grave. Dunque, provando a ricostruire il percorso in cui si sviluppa l'accertamento del Giudice, possono individuarsi i seguenti *step*: (i) lo stato di insolvenza dell'ente o dell'imprenditore (presupposto della condotta); (ii) la decisione e la modalità di prosecuzione dell'attività; (iii) l'aggravamento del dissesto; (iv) la colpa grave, che può caratterizzare il mancato riconoscimento dello stato d'insolvenza o le scelte compiute per farvi fronte e che hanno condotto all'evento di fattispecie (c.d. causalità della colpa). È soprattutto rispetto ai punti *sub* (ii) e (iv) che si aprono maggiori spazi di sindacato e parallelamente emerge una sovrapposizione tra rischio d'impresa e d'incriminazione.

Sul tema la sentenza appare metodologicamente criticabile. Premesso lo stato di insolvenza già al momento dell'adozione del piano, l'intero ordito motivazionale appare inficiato da *hindsight bias*, che conduce ad un'inversione dell'onere della prova e oblitera l'accertamento della colpa grave.

Segnatamente, si legge nella decisione che il piano di ristrutturazione era strettamente collegato alla realizzazione di un progetto costruttivo in una località turistica; tale «progetto, in un decorso tutto sommato normale, non produceva utili apprezzabili; e dopo circa tre anni manteneva il gruppo in una condizione di insolvenza quale era già riscontrabile [prima del piano]. Tanto è sufficiente per concludere che l'iniziativa non era in grado di porre rimedio al dissesto del gruppo; e come tale poteva essere valutata da chi aveva responsabilità nella gestione delle imprese»<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> *Supra*, cap. I, par. 3.

<sup>161</sup> App. Brescia, Sez. II, 15.7.2009, n. 789, cit., p. 161.

Il sindacato giudiziale è schiacciato sul 'senno del poi': giacché, *ex post*, il piano di ristrutturazione societaria non ha funzionato, esso era destinato *già ex ante* a non raggiungere i propri obiettivi. Nella prospettiva della sentenza spetterebbe agli imputati offrire la prova liberatoria che fattori eccezionali e del tutto imprevedibili abbiano inciso sul buon esito del piano: in ciò è evidente l'inversione dell'onere della prova.

Anche il rimprovero di colpa – non identificata come grave dal decidente – appare segnato dallo stesso vizio nel ragionamento: siccome il piano è fallito, senza che siano intervenuti fattori eccezionali, l'incapacità dell'iniziativa elaborata dall'*advisor* di riportare il gruppo *in bonis* poteva e doveva *ab origine* essere riconosciuta dagli amministratori.

Emerge, dunque, una totale sovrapposizione tra esito imprenditoriale infausto e responsabilità penale: il sindacato giudiziale è all'atto pratico solo apparente, tanto che lo stesso carattere di 'cattiva scelta imprenditoriale' rimproverato al ceto gestorio è solo presunto ed indimostrato.

Più convincente – pur con la necessità di precisazioni – è la motivazione in relazione alla posizione dei funzionari di banca, che, come si è anticipato, scinde le diverse aree di rischio imprenditoriale-d'incriminazione tra *intranei* ed *extranei*. Argomenta la Corte, in un passaggio cruciale rispetto all'esito assolutorio, che «il reato è tipicamente realizzato all'interno delle scelte imprenditoriali; al cui ambito appartengono le decisioni sul richiedere o meno il fallimento in proprio o sull'intrapresa di iniziative che cagionino un aggravamento del dissesto. In una società di capitali, la condotta tipica è posta in essere dagli amministratori, i quali omettano di richiedere il fallimento e decidano le iniziative di [ristrutturazione]. L'omessa richiesta di fallimento di un'impresa ed il conseguente aggravamento del dissesto della stessa non presuppongono altro che le decisioni degli organi dell'impresa, bastevoli perché la condotta si realizzi»<sup>162</sup>.

Dunque, secondo il Giudice di seconde cure, tutto il disvalore e tutta la tipicità del fatto si cristallizzano nella decisione dell'intraneo, senza che la scelta imprenditoriale di "secondo livello" di continuare a finanziare l'ente poi fallito assurga a contributo consorsuale.

Se la conclusione può essere condivisa, la via prescelta per addivenirci, cioè la carenza di capacità causale dell'attività di finanzia-

---

<sup>162</sup> *Ivi*, pp. 168-169.

mento rispetto alla decisione di prosecuzione dell'attività, non persuade.

Salva l'ipotesi di un imprenditore o di un ceto gestorio del tutto sconsiderati, decisi in ogni caso a non richiedere il fallimento, neanche nella più cupa situazione di carenza di liquidità e di prospettive di ripresa, il sostentamento finanziario degli istituti di credito è, alla prova dei fatti, *condicio sine qua non* della prosecuzione dell'attività<sup>163</sup>.

Più proficua appare la ricerca di una separazione di aree di rischio e il riconoscimento, da un canto, dell'esercizio del diritto d'impresa da parte della banca che conceda il credito, e, dall'altro, l'assenza di un obbligo per la stessa di impedire che l'imprenditore prosegua nella propria attività.

Tuttavia, non sfugge la fragilità del ricorso alla generale previsione costituzionale dell'art. 41 per dare contenuto all'art. 51 c.p.<sup>164</sup> e per addivenire al riconoscimento di uno *spazio di agire legittimo* rispetto alle scelte imprenditoriali di 'secondo livello', quali quelle di sostegno ad un'impresa in crisi.

Una fragilità che non deve essere sfuggita al legislatore, che ha tipizzato, dapprima, specifiche procedure di soluzione della crisi, quali binari da percorrere per provare a riportare in salute l'ente in difficoltà<sup>165</sup>, poi l'art. 217 *bis* l. fall., come si vedrà<sup>166</sup>, fondamentale portato penalistico di tale scelta.

#### ***4. L'apertura di nuovi scenari: la stagione di riforme del diritto fallimentare e le implicazioni – autopoietiche – sul sistema penale***

A partire dal 2005 il diritto fallimentare ha vissuto una stagione di profonde e continue riforme<sup>167</sup>, che hanno mutato i tratti caratteriz-

---

<sup>163</sup> Ad analoga conclusione giunge, seppur riferendosi alle soluzioni negoziate della crisi, F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2009, p. 877.

<sup>164</sup> Impostazione che trova un argomento anche nell'assenza di obblighi di garanzia dei funzionari di banca rispetto agli enti finanziati.

<sup>165</sup> Al tema è dedicato il prossimo paragrafo.

<sup>166</sup> *Infra*, cap. IV.

<sup>167</sup> Sulle riforme del sistema fallimentare, nella sterminata bibliografia, senza pretesa di completezza, S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*.

zanti la gestione della crisi e dell'insolvenza delle imprese: la liquidazione fallimentare dell'ente o dell'azienda è divenuta l'*extrema ratio*; al debitore e ai creditori sono offerte modalità nuove di soluzione della crisi, già note alla prassi almeno dalla fine dell'ottocento<sup>168</sup>, ma prive di un riconoscimento e di una protezione legislativa.

La necessità di un tale intervento era fortemente sentita dagli operatori economici e invocata dalla dottrina<sup>169</sup>. Infatti, sul creditore, che avesse deciso di trovare un accordo stragiudiziale con il proprio debitore in forte tensione di liquidità o già insolvente, pendeva la spada di Damocle del fallimento, che avrebbe potuto mettere nel nulla, principalmente a seguito della revocatoria, l'intesa occorsa; ancor più critica, come è fin qui emerso, era la situazione per gli istituti di credito che avessero voluto sostenere l'impresa nel tentativo di uscire dalla crisi, cercando ovviamente nel contempo di tutelare la propria posizione creditoria: il rischio di un'incriminazione del funzionario per concorso nei fatti di bancarotta dell'intraneo appariva tutt'altro che remoto.

D'altronde, anche da un punto di vista di efficienza economica, non si era mancato di rilevare come l'incertezza sulle conseguenze giuridiche di un tentativo di risanamento non riuscito comportasse una minore disponibilità dei terzi e dei creditori a partecipare ad operazioni di salvataggio<sup>170</sup>, nonostante, pure fosse noto, che il buon

---

*Dalla riforma 'organica' al decreto 'correttivo'*, Torino, 2008, *passim*; F. DI MARZIO (a cura di), *La crisi d'impresa*, Padova, 2010, *passim*; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, II ed., Lavis, 2016, pp. 11 ss.; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Assago, 2012, pp. 17 ss.; L. ZOCCA, *Ristrutturazione e riorganizzazione delle imprese*, in A. CAIFA (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Tomo II, Padova, 2011, pp. 1269 ss..

<sup>168</sup> Il riferimento è a E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX ed., Milano, 1898, p. 5, richiamato da F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 7.

<sup>169</sup> Sottolinea A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra 'privatizzazione' e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, p. 1453, che «nella carenza di idonei strumenti giudiziali le soluzioni concordate hanno percorso le vie stragiudiziali, le quali, come a tutti è noto, si sono dimostrate assai più agili ed hanno offerto risultati migliori ed in minor tempo, ma hanno sempre sofferto per l'assenza di un "ombrello" protettivo che le ponesse al riparo, in caso di insuccesso, dagli strali civili della revocatoria e soprattutto da quelli penali delle varie ipotesi di bancarotta». In generale, sulla necessità dell'introduzione di soluzione negoziate della crisi si vedano, per tutti, L. GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, III ed., Torino, 2008, pp. 9 ss. e A. JORIO, *Introduzione*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, pp. 1 ss.

<sup>170</sup> Il punto è ben illustrato da L. STANGHELLINI-A. ZORZI, *Il piano di risanamen-*

esito delle stesse conducesse ad una maggiore soddisfazione dei creditori di quella altrimenti ottenibile in "moneta fallimentare"<sup>171</sup>.

Per superare tale *impasse* il legislatore ha operato, volendo compiere una stringata sintesi ai fini della presente ricerca, su due fronti: (a) ha introdotto due nuovi istituti di soluzione della crisi d'impresa, ovvero il piano attestato di risanamento<sup>172</sup> e gli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>173</sup>, e modificato la disciplina del concordato pre-

---

to, in A. JORIO-B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. V, Milano, 2017, pp. 531-532 per cui «i tentativi di soluzione puramente stragiudiziale della crisi si svolgono naturalmente all'ombra del pericolo: se hanno successo, i creditori verranno soddisfatti (...), ma se non hanno successo si aprono scenari particolarmente gravi e pericolosi per coloro che hanno operato nel tentativo di soluzione non andato a buon fine, sia a livello patrimoniale, sia a livello personale (in caso di imputazioni penali). Ciò ha l'effetto di rendere complessivamente poco attraenti tali tentativi. Il vantaggio può infatti essere ridotto, e il rischio elevato. In più, l'eventuale vantaggio può andare ad un soggetto diverso da quello che subisce il rischio (si pensi al funzionario di una banca che partecipa, per la stessa, ad un tentativo di soluzione stragiudiziale, con il rischio di subire a titolo personale un'imputazione penale per bancarotta)».

<sup>171</sup> Come esattamente notato da L. STANGHELLINI-A. ZORZI, *Il piano di risanamento*, cit., p. 531, «l'interesse dei creditori a stipulare accordi che ristrutturano il debito nasce, in sostanza, dal loro interesse a ricevere una soddisfazione maggiore di quella che otterrebbero attivando i rimedi legali: espropriazione forzata e, sussistendone i presupposti di legge, istanza di fallimento».

<sup>172</sup> Il piano di risanamento è stato introdotto dall'art. 2, comma I, lett. a), d.l. 35/2005, convertito con modifiche dalla l. 80/2005; infine, la disposizione è stata sostituita dall'art. 4, comma IV, lett. b), d.lgs. 169/2007; in seguito la previsione è stata sostituita dall'art. 33, comma I, lett. a), n. 1, d.l. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. 134/2012. Per un quadro generale dell'istituto si vedano, senza pretesa di completezza, S. AMBROSINI-M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, Asago, 2014, pp. 827 ss.; M.R. GROSSI, *Le soluzioni concordate della crisi: i piani di risanamento*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, pp. 379 ss.; G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA-C. PICCININI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, vol. IV, Asago, 2011, pp. 631 ss.

<sup>173</sup> Gli accordi di ristrutturazione del debito, previsti all'art. 182 bis ss. l. fall., sono stati introdotti dall'art. 2, comma I, lett. l), d.l. 35/2005, convertito, con modificazioni, in l. 80/2005; l'istituto è poi stato modificato dal d.lgs. 169/2007, dal d.l. 78/2010 convertito, con modificazioni, l. 122/2010, e, infine dal d.l. 83/2012 convertito, con modificazioni, l. 134/2012. Per un'analisi dell'istituto, tra gli altri, S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, pp. 2533 ss.; A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, in L. GHIA-C. PICCININI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi*, cit., pp. 661 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Accordi*

ventivo<sup>174</sup>, ampliando il ventaglio degli scopi di quest'ultimo fino a ricomprendere la ristrutturazione del debito e la prosecuzione dell'attività; (b) ha garantito, a determinate condizioni, distinte per ciascun istituto, uno scudo, in caso di esito infausto del progetto di rilancio, contro la revocatoria fallimentare, introducendo specifiche esenzioni dalla stessa.

Più in generale, l'intero perimetro della revocatoria fallimentare è stato segnato da un deciso ridimensionamento, a definitiva dimostrazione della volontà del legislatore di incentivare l'assunzione di maggiori rischi imprenditoriali nelle fasi di crisi, pur di evitare la dichiarazione di fallimento e la dispersione del valore dell'impresa<sup>175</sup>.

Nella sostanza, volendo provare ad individuare delle linee di tendenza novellatrici, sempre nella prospettiva di una loro fruttuosità rispetto al presente studio<sup>176</sup>, esse possono essere indicate nella sempre

*di ristrutturazione dei debiti*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, cit., pp. 473 ss.; G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma*, cit., p. 575 ss.

<sup>174</sup> Il concordato preventivo, a partire dal 2005, ha subito importanti interventi riformatori, attraverso: il d.l. 35/2005, convertito, con modificazioni, in l. 80/2005; il d.l. 273/2005, convertito in l. 51/2006; il d.lgs. 169/2007; il d.l. 83/2015 convertito, con modificazioni, l. 132/2015. In dottrina, nella sterminata bibliografia, sull'istituto in generale, S. AMBROSINI-G.P. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2005; M. CAFFI, *Il concordato preventivo*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, pp. 605 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, cit., pp. 513 ss.; M. VITIELLO, *Il nuovo concordato preventivo: disciplina e primi problemi applicativi*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, cit., pp. 295 ss.; F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi*, cit., pp. 217 ss.

<sup>175</sup> Come esattamente rilevato da S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori: le azioni revocatorie*, in A. JORIO-B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali. Il fallimento. Effetti - Stato Passivo*, vol. II, p. 117, «ad una disciplina più o meno severa dell'azione revocatoria fallimentare corrisponde una minore o maggiore propensione degli interlocutori dell'imprenditore ad intraprendere, o mantenere, rapporti commerciali con lo stesso, ed a sostenere – oppure prendere le distanze – dalle iniziative rivolte a superare od a comporre le situazioni di 'crisi' nelle quali l'imprenditore si trovi a versare».

<sup>176</sup> Si tratta di una selezione degli argomenti sostanzialmente sovrapponibile a quella compiuta dagli autori che hanno approfondito gli aspetti penalistici, per tutti G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventi-*

maggiore centralità riconosciuta all'interesse e alle decisioni dei creditori nelle scelte di gestione della crisi<sup>177</sup> e nel definitivo superamento dell'idea risalente per cui «l'unico dovere dell'imprenditore in crisi fosse quello di portare i libri in Tribunale»<sup>178</sup>.

Ebbene, se si eccettua l'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall. – assolutamente fondamentale, ma su cui si tornerà nel prossimo capitolo per ragioni di ordine espositivo – e una discussa riscrittura della fattispecie di ricorso abusivo al credito<sup>179</sup>, la 'rivoluzione copernicana' che ha vissuto la disciplina fallimentare a partire dal 2005 non ha nemmeno lambito, quanto a modifiche legislative<sup>180</sup>, le corrispondenti disposizioni incriminatrici.

Così «si [è] assistit[o] ad uno stridente contrasto tra il vestito nuovo concorsuale e i vecchi (e, per più di un aspetto, disomogenei) panni penali»<sup>181</sup>, che ha comportato il pericolo di esiti interpretativi «di imprevedibile contraddittorietà e inefficienza»<sup>182</sup>.

Lo «strabismo metodologico e sistematico»<sup>183</sup> del riformatore ha posto la necessità di «una risposta autopoietica dell'ordinamento»<sup>184</sup>, affidata alla dottrina e alla giurisprudenza e finalizzata a generare «un processo spontaneo di riallineamento, con il risultato di neutralizzare gli eventuali effetti collaterali»<sup>185</sup>.

Tuttavia, l'abdicazione funzionale compiuta dal legislatore ha avu-

---

*vo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2006, pp. 459 ss.

<sup>177</sup> Sul punto, F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale*, cit., *passim*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>178</sup> Alla lettera, L. STANGHELLINI-A. ZORZI, *Il piano di risanamento*, cit., p. 538.

<sup>179</sup> Per un quadro delle criticità emerse a seguito della riformulazione della fattispecie compiuta con l'art. 32, l. 262/2005, si veda D. MICHELETTI, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2007, pp. 23 ss.

<sup>180</sup> Sulle ragioni poco commendevoli per cui, nonostante i progetti di riforma, la disciplina penale non sia stata attinta dalle novelle legislative, succedutesi nel tempo, si veda A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 111 ss.

<sup>181</sup> Alla lettera, G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1296.

<sup>182</sup> La conclusione è di A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 115.

<sup>183</sup> L'espressione è di A. MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 891.

<sup>184</sup> *Ivi*, p. 893.

<sup>185</sup> *Ibidem*.

to quale primo ed unico effetto, a fronte dell'assenza di arresti in materia, il fiorire di una pluralità di soluzioni in dottrina, disomogenee e, per ciò solo, inidonee a rassicurare gli operatori economici e, in definitiva, a mantenere l'*appetibilità degli incentivi* correlati al sostegno imprenditoriale degli enti in crisi.

Le opzioni esegetiche dirette al *riallineamento ordinamentale* possono essere distinte in due macro-aree, utilizzando quale variabile gli istituti fallimentari individuati dalla dottrina per travasare l'innovativa disciplina delle soluzioni della crisi nel sistema penale: si tratta, da un canto, delle disposizioni sulla revocatoria fallimentare e, dall'altro, degli strumenti negoziali e concorsuali previsti dalla l. fall.

Le diverse opzioni interpretative meritano di essere vagliate in questa sede perché offrono un fondamentale contributo conoscitivo sia alla declinazione del modello di sindacato giudiziale oggetto del presente capitolo, sia all'esegesi dell'art. 217 *bis* l. fall., quale risposta alle criticità del precedente *status* normativo.

#### 4.1. *Il ruolo della revocatoria fallimentare – rectius delle sue esenzioni – sui confini di tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza della bancarotta preferenziale: le ragioni di esclusione*

Un ruolo assolutamente preminente nelle riflessioni penalistiche è stato occupato dalle ricadute delle novelle che hanno ridotto il perimetro degli atti a titolo oneroso sottratti alla revocatoria fallimentare ex art. 67 l. fall.<sup>186</sup>

La prima restrizione dell'*enforcement* dell'istituto si è avuta con la dimidiazione del c.d. "periodo sospetto": il legislatore ha, infatti, dimezzato l'intervallo di tempo, precedente alla dichiarazione di fallimento, in cui determinati atti<sup>187</sup> devono essere stati compiuti, affini-

---

<sup>186</sup> Per un quadro dell'istituto a seguito delle riforme susseguitesi dal 2005, senza pretesa di completezza, S. AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare nell'evoluzione della disciplina*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, cit., pp. 101 ss.; M. ARATO, *La revocatoria: pagamenti, garanzie contestuali, esenzioni*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II vol., II ed., Assago, 2012, pp. 149 ss.; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare e del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, pp. 26 ss.; S. DI AMATO, *La revocatoria fallimentare in generale*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, cit., pp. 3 ss.

<sup>187</sup> Per un quadro più puntuale si rinvia agli autori richiamati alla nt. 186.

ché possano essere oggetto della revocatoria fallimentare.

La seconda, ancor più significativa innovazione, si deve all'introduzione<sup>188</sup> di una serie di atti, pagamenti e garanzie sottratti *tout court* alle maglie dell'azione in parola, tra cui spiccano, nella prospettiva qui indagata: (a) i pagamenti di beni e servizi compiuti nei termini d'uso; (b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, qualora non abbiano «ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca»; (c) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse in esecuzione di un piano attestato di risanamento (art. 67, comma III, lett. d), l. fall.), di un concordato preventivo (artt. 160 ss. l. fall.) o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l. fall.).

Ebbene, a partire da tali innovazioni, la dottrina ha arguito una pluralità di conseguenze penalistiche, che meritano di essere analizzate – e criticate – partitamente.

(i) Una prima impostazione esegetica ha individuato nella riduzione degli spazi applicativi della revocatoria fallimentare un parallelo arretramento della tipicità penale: tutte le condotte descritte nel terzo comma dell'art. 67 l. fall. devono considerarsi espunte dal tipo di cui all'art. 216, comma III, l. fall.

A sostegno di tale tesi si è sostenuto che gli atti e i negozi esenti dalla revocatoria fallimentare sarebbero inoffensivi<sup>189</sup>, avendo le esenzioni ridefinito il perimetro della *par condicio creditorum* oggetto di tutela fallimentare e quindi gli spazi di rilevanza penale. Di conseguenza, spingendo alla piena portata espansiva il ragionamento, sarebbero sottratte dall'area di rilevanza penale della bancarotta preferenziale anche le condotte pur tipiche, ma tenute prima del c.d. periodo sospetto<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> L'originaria formulazione dell'art. 67 l. fall. è stata completamente sostituita dall'art. 2, comma I, lett. a), d.l. 35/2005, convertito con modifiche dalla l. 80/2005; in seguito le lett. c) e d) del terzo comma sono state ulteriormente sostituite dall'art. 4, comma IV, lett. a) e b), d.lgs. 169/2007; in seguito quanto alla lettera d) (esenzione correlata al piano di risanamento) ed e) (esenzioni correlate all'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo), le disposizioni sono state sostituite dall'art. 33, comma I, lett. a), rispettivamente nn. 1 e 2, d.l. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. 134/2012.

<sup>189</sup> In modo esplicito, F. GIUNTA, *Revocatoria fallimentare e concordato preventivo: implicazioni penali e lacune di tutela*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, 1, pp. 33 ss.; A. LANZI, *Osservazioni su taluni riflessi penalistici della riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, p. 1446; A. MANGIONE, *Riflessioni penalistiche*, cit., p. 908.

<sup>190</sup> Per tale conclusione, F. GIUNTA, *Revocatoria fallimentare*, p. 34; in senso critico sul punto, R. BRICCHETTI-F. MUCCIARELLI-G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità*

Tale impostazione non persuade.

Il fatto che il legislatore abbia sottratto alcune operazioni economiche dall'area della revocatoria non ne dimostra univocamente un riconoscimento di inoffensività sopravvenuta, posto che la scelta legislativa è dipesa dal diverso punto di equilibrio tra interessi dei creditori, da un canto, e salvaguardia dell'impresa e dei terzi, dall'altro, che ha segnato la *nouvelle vague* in materia.

Così, si è condivisibilmente notato che «la violazione del principio di parità di trattamento permane, ma è ritenuta irrilevante, ai fini della revocatoria fallimentare, nelle fattispecie esentate, in ragione del nuovo bilanciamento di interessi operato dal legislatore»<sup>191</sup>.

D'altronde, lo stesso presupposto per cui vi sia una continuità di aree di tutela tra l'incriminazione di bancarotta preferenziale e la revocatoria fallimentare<sup>192</sup> non sembra condivisibile, ove solo si guardi alla diversità di destinatari e di funzione tra disposizione civile e penale: «il creditore favorito è sanzionato con la soggezione alla revocatoria del pagamento se conosceva lo stato di insolvenza del debitore, questa sanzione viceversa non può riguardare il debitore fallito, che di regola non ricava alcun immediato vantaggio da tale negozio, nei suoi confronti pertanto la minaccia penale costituisce l'unico mezzo residuo di intimidazione»<sup>193</sup>.

(ii) Secondo altra dottrina<sup>194</sup>, il principio di sussidiarietà e di unitarietà dell'ordinamento non ammettono che, al contempo, la stessa condotta sia lecita sul piano fallimentare, perché esentata dalla revocatoria, e penalmente rilevante, in quanto sussumibile nella previsione del terzo comma dell'art. 216 l. fall.

Al di là delle critiche che sono state mosse alla possibilità di confi-

penali, in A. JORIO-D. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, p. 1289.

<sup>191</sup> In questi termini, P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 256.

<sup>192</sup> Tracciano una linea di continuità tra revocatoria e bancarotta preferenziale, per cui le condotte sottratte alla prima lo sarebbero anche alla seconda, tra gli altri, T. COLETTA, *Bancarotta e responsabilità*, cit., p. 2964; D. TASSINARI, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 1861.

<sup>193</sup> Alla lettera G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 160; in senso conforme, tra gli altri, R. BRICCHETTI-F. MUCCIARELLI-G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., p. 1288; A. ZAMBUSI, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 540.

<sup>194</sup> Per tale impostazione, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 129; D. TASSINARI, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 1861; C. SANTORIELLO, *La bancarotta fraudolenta documentale e la bancarotta preferenziale*, in *Le Soc.*, 2014, p. 611 (specificamente sulle rimesse in conto concorrente).

gurare un'antigiuridicità oggettiva e all'unitarietà stessa dell'ordinamento<sup>195</sup>, non pare affatto corretto porre in relazione biunivoca i concetti di liceità/illiceità e irrevocabilità/revocabilità dell'operazione economica.

Infatti, anche l'atto sottoposto a revocatoria fallimentare resta lecito ed efficace tra il fallito e il terzo: l'effetto dell'azione revocatoria è l'inopponibilità del negozio alla massa dei creditori<sup>196</sup>. È, indicativo, inoltre, che il terzo, che subisca l'azione revocatoria, possa insinuarsi al passivo fallimentare: il riconoscimento di una tale facoltà appare del tutto incompatibile con un giudizio di illiceità dell'atto revocato<sup>197</sup>.

Di poi, come si è già rilevato, la distinzione dei destinatari cui si rivolgono l'art. 67 l. fall. e 216, comma III, l. fall. importa la possibilità, tutt'altro che infrequente, di condotte penalmente rilevanti, ma non revocabili (si pensi al creditore che riceva il pagamento di un debito liquido, ignorando lo stato d'insolvenza dell'imprenditore e la sua finalità di favoreggiamento) e, ovviamente, di condotte revocabili, ma non penalmente rilevanti (come l'adempimento di un'obbligazione con una genuina finalità di salvataggio, ma al di fuori delle soluzioni della crisi tipizzate nella l. fall., ricevuto dal creditore perfettamente a conoscenza dell'insolvenza del debitore). Proprio la diversità dei soggetti cui si rivolgono la revocatoria e la fattispecie incriminatrice esclude ogni contraddizione dell'ordinamento di fronte ad una condotta non revocabile eppure punibile *ex art. 216, comma III, l. fall.*<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> I termini della questione sono ampiamente noti: la tesi del carattere obiettivo delle scriminanti, per cui, ove esse siano integrate, il fatto risulta lecito per l'intero ordinamento, (per tale impostazione, per tutti G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., pp. 218 ss.; ID., *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, pp. 134 ss.) è stata sottoposta a svariate critiche (per un quadro storico, F. SCHIAFFO, *Le situazioni 'quasi scriminanti' nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, pp. 23 ss.) anche di recente (M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 731; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, pp. 115 ss.).

<sup>196</sup> Il dato è ormai sostanzialmente indiscusso in dottrina e giurisprudenza: per tutti, A. PATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli per i creditori*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, cit., p. 169; sull'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto a tale esito interpretativo S. DI AMATO, *La revocatoria fallimentare in generale*, cit., pp. 11 ss.

<sup>197</sup> L'argomento si deve a P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 254.

<sup>198</sup> *Ivi*, p. 255.

Volendo chiosare il punto, «l'introduzione dell'esenzione non è affatto sintomatica di una valutazione di liceità della condotta: la condotta oggi esentata era civilisticamente lecita già prima della riforma dell'art. 67 l. fall.; ciò che cambia, nel giudizio del legislatore, è il regime di opponibilità al fallimento di determinati atti che, in ragione di un diverso bilanciamento della *par condicio creditorum* con altri interessi, viene abbandonato»<sup>199</sup>.

(iii) Infine, altra parte della dottrina<sup>200</sup> ha sostenuto che le condotte sottratte allo spettro della revocatoria sarebbero per definizioni prive del dolo qualificato richiesto dalla bancarotta preferenziale: «sul piano soggettivo, non potrebbe non considerarsi il difetto del "dolo di favorire un creditore in danno di altri" nel caso di chi compia un atto che, in quanto non revocabile, è da ritenere che sia consentito dalla (nuova) legge fallimentare»<sup>201</sup>.

Tale argomentazione non persuade nella sua premessa e nelle sue conclusioni. Quanto al primo profilo, ovvero l'identità tra atto non revocabile e atto lecito, si è già detto. D'altro canto il giudizio di liceità – derivante dall'esclusione della tipicità o dell'antigiuridicità della condotta – per nulla incide sullo stato soggettivo che muove l'agente (*i.e.* sul dolo di favoreggiamento e di danno per gli altri creditori).

Dunque, nessuno degli argomenti spesi per affermare un parallelismo tra i confini della revocatoria e della fattispecie di bancarotta preferenziale appare persuasivo.

#### 4.2. *Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa e l'integrazione – non convincente – del consenso dell'avente diritto per escludere l'antigiuridicità*

Tutt'altra significatività in punto di ricadute penalistiche assumono, invece, l'introduzione delle nuove procedure di soluzione della crisi e le modifiche alla disciplina del concordato preventivo. Per illustrarne le implicazioni non si può prescindere da una – necessariamente sintetica e selettiva – analisi dei singoli istituti.

---

<sup>199</sup> *Ibidem.*

<sup>200</sup> Si tratta di A. LANZI, *Osservazioni*, cit., p. 1946 e di G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 596.

<sup>201</sup> In questi termini, A. LANZI, *Osservazioni*, cit., p. 1446

(a) Il piano attestato di risanamento<sup>202</sup> è disciplinato tra le previsioni di esenzione dalla revocatoria all'art. 67, comma III, lett. d), per cui gli atti, i pagamenti e le garanzie compiuti in sua esecuzione sono sottratti a tale azione.

Il piano è stato definito come un *business plan* con una parte industriale ed una finanziaria<sup>203</sup>, finalizzato «al risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria». Tale documento, che può essere unilaterale o includere l'accordo con alcuni creditori qualificati (su tutti le banche)<sup>204</sup>, deve essere attestato da un professionista indipendente<sup>205</sup>, chiamato a confermare la veridicità dei dati su cui si fonda e la sua fattibilità.

Mentre l'attestazione di veridicità dei dati si risolve in un giudizio *statico*, la fattibilità assume i tratti di una valutazione *dinamica*, *prognostica* e di carattere *relazionale*<sup>206</sup>, cioè di capacità del *business plan* di raggiungere gli obiettivi pre-imposti dall'art. 67, comma III, lett. d), l. fall., ovvero il pagamento dei creditori e la riemersione dalla situazione di difficoltà industriale o finanziaria.

Il piano di risanamento rappresenta la massima espressione delle soluzioni privatistiche nella gestione della crisi, non essendo necessario un vaglio *ex ante* da parte del Tribunale ed essendo immaginabile un sindacato giudiziale (civilistico) solo *in executivis*, qualora i creditori si attivino per farne accertare e dichiarare il carattere simulato, o, più frequentemente, *ex post*, nell'ambito della procedura fallimentare ove il tentativo di ripresa imprenditoriale non abbia avuto esito fausto<sup>207</sup>.

Proprio rispetto a quest'ultima ipotesi, la giurisprudenza della Su-

---

<sup>202</sup> Per un generale approfondimento dell'istituto si rinvia alla nt. 172.

<sup>203</sup> La definizione, sintetizzata nel testo, si deve a L. STANGHELLINI-A. ZORZI, *Il piano di risanamento*, cit., pp. 543 ss.

<sup>204</sup> Per una ricostruzione delle diverse posizioni in dottrina rispetto alla unilateralità o meno del piano e sui riflessi pratici delle due impostazioni si veda G. LA CROCE, *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, in *Fall.*, 2014, pp. 979 ss.

<sup>205</sup> Sui requisiti di indipendenza dell'attestatore, tra gli altri, S. AMBROSINI-M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, cit., pp. 836 ss.; L. STANGHELLINI-A. ZORZI, *Il piano di risanamento*, cit., pp. 569 ss.

<sup>206</sup> Il rilievo si deve a F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi*, cit., p. 843.

<sup>207</sup> Il quadro è tratteggiato da F. DE SANTIS, *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, p. 1045.

prema Corte in sede civile<sup>208</sup> ha negato sussista un automatismo tra l'esistenza del piano attestato e l'esenzione dell'atto dalla revocatoria, demandando al giudice fallimentare il compito «di verificare con giudizio "ex ante", la manifesta idoneità del piano medesimo, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria della stessa»<sup>209</sup>.

(b) L'accordo omologato di ristrutturazione dei debiti, disciplinato dagli artt. 182 *bis* ss. l. fall., introdotto nel 2005, è stato oggetto di una pluralità di interventi legislativi<sup>210</sup>, finalizzati a rendere sempre più appetibile – e, dunque, frequente – il ricorso all'istituto<sup>211</sup>.

Si tratta di una soluzione negoziale della crisi dell'impresa che, a differenza del piano attestato di risanamento, trova un momento di necessaria verifica giudiziale già prima della sua esecuzione, dovendo l'accordo essere omologato dal Tribunale per garantire agli operatori economici interessati un *safe harbor* dalla revocatoria.

In breve, l'imprenditore, per ottenere l'omologazione del proprio accordo con i creditori (rappresentanti almeno il 60% del proprio indebitamento), deve presentare, oltre all'accordo stesso, alcuni specifici documenti relativi al proprio stato patrimoniale e finanziario<sup>212</sup> e una relazione redatta da un professionista indipendente<sup>213</sup> «sulla ve-

---

<sup>208</sup> Si tratta di Cass. civ., Sez. VI, 5.7.2016, n. 13719, Rv. 640362-01; in senso adesivo, Cass. civ., Sez. VI, 21.10.2016, n. 26226, Rv. 642775-01.

<sup>209</sup> In questi termini la massima ufficiale di Cass. civ., Sez. VI, 5.7.2016, n. 13719, Rv. 640362-01. Tale impostazione non è condivisa dalla dottrina (L. STANGHELLINI-A. ZORZI, *Il piano di risanamento*, cit., p. 584, anche per ulteriori riferimenti bibliografici), che vi riconosce il rischio che un sindacato giudiziale successivo sulla fattibilità del piano sia irrimediabilmente segnato da rischi di *hindsight bias*, introducendo un tasso di incertezza elevato, disincentivante le operazioni di risanamento e l'adesione dei creditori alle stesse.

<sup>210</sup> Per i riferimenti si rinvia alla nota 173.

<sup>211</sup> Perviene a tale conclusione F. DE SANTIS, *I controlli del giudice*, cit., p. 1046.

<sup>212</sup> Si tratta dei documenti previsti dall'art. 161 l. fall., ovvero "a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili".

<sup>213</sup> In ordine alla figura e ai requisiti di indipendenza dell'attestatore si vedano, tra gli altri, V. RINALDI, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, in G. SCHIANO DI

ridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei» entro termini stabiliti<sup>214</sup>.

Anche in relazione all'art. 182 *bis* l. fall. la relazione del professionista presenta un momento *statico*, riferito alla veridicità dei dati, pre-requisito per verificare la fattibilità di qualsiasi piano economico e, in questa specifica ipotesi, condizione necessaria per garantire una piena informazione dei creditori che prestino il proprio consenso, ed uno *dinamico-prospettico*, avente ad oggetto l'idoneità del progetto imprenditoriale a garantire la soddisfazione completa dei creditori estranei all'accordo e quella promessa agli aderenti, nei tempi previsti dalla l. fall.

I creditori e ogni altro interessato possono presentare opposizioni entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione al Tribunale, che le decide prima di pronunciarsi sull'omologazione.

Proprio la pronuncia sull'omologazione e sulle opposizioni – e dunque l'intervento stesso – del Tribunale pongono dubbi irrisolti sui confini entro cui può muoversi il sindacato giudiziale sulla 'fattibilità' del piano. Nell'analisi della giurisprudenza compiuta dagli studiosi della materia<sup>215</sup> emerge un panorama variegato, che muove da un controllo solo formale sulla presentazione della documentazione richiesta dalla norma, fino ad un giudizio di merito sulla fattibilità del piano, specie in presenza di puntuali criticità individuate nelle opposizioni presentate<sup>216</sup>.

---

PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, cit., pp. 664 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pp. 488 ss.

<sup>214</sup> L'art. 182 *bis* l. fall. richiede che l'accordo assicuri "l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione".

<sup>215</sup> Un'analisi della giurisprudenza fallimentare puntuale sarebbe un fuor d'opera in questa sede; può tuttavia richiamarsi per una completa disamina del tema G. CARMELLINO, *Accordo di ristrutturazione e controllo giudiziale*, in *Fall.*, 2013, pp. 625 ss.

<sup>216</sup> Sul controllo attribuito al Tribunale si vedano, tra gli altri, S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore*, in *Giur. comm.*, 2017, pp. 387 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Accordo di ristrutturazione dei debiti*, cit., pp. 492 ss.; E. NORELLI, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in L. GHIA-C. PICCININI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi*, cit., pp. 497 ss.

Tuttavia, ciò che non pare discusso in dottrina<sup>217</sup>, è che – nel caso in cui l'accordo omologato non raggiunga i propri obiettivi e il soggetto fallisca – tutto il sindacato sulla revocabilità dell'atto si risolve nella verifica che lo stesso sia stato compiuto in esecuzione del piano, senza nessun ulteriore momento di controllo di merito.

(c) Infine, l'attenzione deve essere posta sul concordato preventivo, per come modificato dal legislatore a partire dal 2005, attraverso una serie di novelle, segnate da un crescente *favor* per la soluzione e il superamento della crisi, attraverso l'accordo tra creditori e debitore.

Sempre in estrema sintesi, limitata a ciò che qui interessa, la procedura prevede che il debitore, anche in stato di insolvenza, presenti una domanda di concordato attraverso un ricorso, contenente ampia documentazione riferita al proprio stato finanziario e patrimoniale<sup>218</sup>, un piano di soddisfazione dei propri creditori, eventualmente divisi in classi<sup>219</sup>, e una relazione di un professionista indipendente<sup>220</sup>, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Nel caso in cui il concordato preveda la prosecuzione dell'attività<sup>221</sup>, la relazione deve anche attestare che tale soluzione sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Se la domanda di concordato è completa – o comunque viene completata entro il termine concesso dal Tribunale – il debitore è ammesso alla procedura e viene nominato il commissario giudiziale con il compito, tra gli altri, di redigere una propria relazione da sottoporre ai creditori, inerente alle cause del dissesto, alla condotta del debitore, alle proposte di concordato e alle garanzie offerte ai creditori stessi, nonché sui vantaggi che una procedura fallimentare po-

---

<sup>217</sup> Per tutti, L. PANZANI-G. TARZIA, *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Fall.*, 2014, p. 1069.

<sup>218</sup> Si veda sul punto la nota 212.

<sup>219</sup> Sul piano si vedano le puntuali analisi di S. AMBROSINI-G.P. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., pp. 46 ss.; P. TARTAGLIA, *Piano di concordato*, in L. GHIA-C. PICCININI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi*, cit., pp. 285 ss.

<sup>220</sup> Per un approfondimento si rinvia ad A. BELLO, *Il ruolo del professionista nel concordato preventivo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 22, pp. 55 ss.; M. CAFFI, *Il concordato preventivo*, cit., pp. 618 ss.; L. ZOCCA, *La relazione del professionista e sua responsabilità*, in L. GHIA-C. PICCININI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi*, cit., pp. 325 ss.; A. ZORZI, *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l. fall.*, in *Fall.*, 2010, pp. 518 ss.

<sup>221</sup> Sul concordato in continuità per tutti L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, pp. 1222 ss.

trebbe comportare (in termini di azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie)<sup>222</sup>.

Sulla base dell'ampio bagaglio di informazioni offerte dal debitore ed integrate dal commissario giudiziale, i creditori sono, infine, chiamati a votare la proposta di concordato, che sarà approvata ove riceva la maggioranza dei voti prescritta dall'art. 177 l. fall.

Qualora la proposta riceva l'adesione della maggioranza dei creditori è sottoposta al giudizio del Tribunale che, risolte eventuali opposizioni e valutate la regolarità della procedura e l'esito delle votazioni, omologa il concordato preventivo.

Il problema dell'*an* e del *quantum* del sindacato del Tribunale sulla fattibilità del piano in sede di omologazione, dopo aver diviso la giurisprudenza<sup>223</sup>, ha trovato una composizione in una decisione delle Sezioni Unite civili del 2013<sup>224</sup>. Ai limitati fini di questo studio, la Corte ha ammesso un doveroso sindacato del giudice, quale requisito di ammissibilità della domanda di concordato, non già sulla "fattibilità economica", che resta ad esclusivo appannaggio dei creditori, salvi solo i casi di manifesta irrealizzabilità del piano, ma di "fattibilità giuridica".

Segnatamente, secondo il massimo consesso dalla Cassazione, il giudice è chiamato a valutare, oltre che il rispetto della disciplina fallimentare e delle norme imperative, la sussistenza della *causa in concreto* del concordato, cioè se la proposta del debitore sia effettivamente in grado di assicurare una soddisfazione, almeno minimale,

---

<sup>222</sup> Sul ruolo del commissario giudiziale, tra gli scritti più recenti, D. FINARDI, *La riforma del 2015 del concordato preventivo e la figura del commissario giudiziale*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2016, pp. 487 ss.; E. RULLI, *Le funzioni del commissario nel concordato con riserva*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2016, pp. 456 ss.

<sup>223</sup> Per un quadro della giurisprudenza precedente alle Sezioni Unite si veda, per tutti, A. PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, pp. 42 ss.

<sup>224</sup> Si tratta di Cass. civ., Sez. Un., 23.1.2013, n. 1521, Rv. 624796-01, ampiamente commentata in dottrina: P.F. CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, pp. 343 ss.; F. DE SANTIS, *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Le Soc.*, 2013, pp. 442 ss.; ID., *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, pp. 279 ss.; A. DI MAJO, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Fall.*, 2013, pp. 291 ss.; M. FABIANI, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, pp. 149 ss.; I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in *Fall.*, 2013, pp. 286 ss.

dei creditori e a condurre l'impresa al di fuori della crisi (eventualmente anche attraverso una completa *cessio bonorum*): è la *causa in concreto* che apre la porta ad un limitato sindacato di merito sul piano e sulla relazione.

Si è detto<sup>225</sup>, in una prospettiva di sintesi anche delle decisioni successive, sostanzialmente adesive, della Suprema Corte<sup>226</sup>, che «la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica va declinata nel senso per cui, mentre in relazione alla prima (intesa come verifica della non incompatibilità del programma concordatario con norme inderogabili o, più in generale, con norme giuridiche di riferimento) il sindacato giudiziale non incontra mai particolari limitazioni, con riferimento alla seconda (intesa come l'effettiva realizzabilità del piano medesimo) esso può trovare attuazione entro un limite preciso, vale a dire quello destinato a fare emergere l'irrimediabile ed evidente inidoneità del piano a perseguire gli obiettivi prefissati dal debitore, rintracciabile caso per caso in stretta correlazione alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi e soddisfare i creditori»<sup>227</sup>.

Assecondando tale premessa, si è concluso che «il controllo di fattibilità economica del concordato non è sempre e comunque inibito al giudice, poiché, nella prospettiva "funzionale" della verifica dell'assolvimento della causa concreta, una proposta concordataria completamente "implausibile" può (anzi deve) essere sottoposta a sindacato giudiziale prima ancora che su di essa vada ad esprimersi il giudizio di convenienza da parte dei creditori»<sup>228</sup>.

Il fondamentale impatto di tali istituti sul sistema penale non ha trovato un compiuto riconoscimento da parte della dottrina<sup>229</sup>, attratta maggiormente, come si è visto, dalle possibili ricadute delle esenzioni dalla revocatoria, nonostante tale *safe harbor* derivasse, quanto

---

<sup>225</sup> Il riferimento, tra gli altri, è a M. TERENGI, *Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?*, in *Fall.*, 2017, pp. 929 ss.

<sup>226</sup> *Ex pluribus*, Cass. civ., Sez. I, 30.5.2016, n. 12964, in *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. I, 27.6.2016, n. 16830, in *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. I, 17.7.2013, n. 24970, in *Leggi d'Italia*.

<sup>227</sup> Alla lettera, M. TERENGI, *Verso un superamento*, cit., p. 936.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> Il riferimento è agli scritti precedenti all'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall., che ha dischiuso maggiormente il tema dell'antigiuridicità delle condotte realizzate in esecuzione di una delle soluzioni negoziali della crisi o di quelle prodromiche all'accesso a tali istituti.

alle lett. d) ed e) dell'art. 67, comma III, l. fall., proprio dal fatto che gli atti, i pagamenti e le garanzie fossero ambientati nell'esecuzione di una delle soluzioni della crisi dell'impresa tipizzate.

Chi<sup>230</sup> ha, invece, posto lo sguardo sul concordato preventivo, sull'accordo di ristrutturazione dei debiti e sul piano attestato di risanamento ha ricercato la risposta *autopoietica* nel campo dell'anti-giuridicità, con soluzione, tuttavia, non persuasiva.

Segnatamente Insolera ha utilizzato, quale veicolo di riconoscimento della liceità delle condotte tenute in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione e del concordato omologati, la scriminante del consenso dell'avente diritto: «gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall'art. 182-*bis*, così come il concordato preventivo, in caso di fallimento sfuggono alla incriminazione *ex art.* 216, III comma, per [una] assorbente ragione: (...) la lesione della *par condicio* è infatti giustificata dal consenso di tutti i creditori sacrificati».

Senonché, come si è visto, né l'accordo di ristrutturazione del debito né il concordato preventivo richiedono per la loro omologazione il «consenso di tutti i creditori sacrificati», bensì solo quello di una maggioranza, eventualmente qualificata, di essi.

Né si potrebbe obiettare che quantomeno in relazione all'istituto di cui all'art. 182 *bis* l. fall. i creditori non aderenti all'accordo non sarebbero sacrificati in quanto, in caso di buon esito del piano, riceverebbero per intero ciò che gli è dovuto: ebbene, a tali soggetti è *tolta* la fondamentale facoltà di partecipare con il debitore alle scelte di soluzione della crisi dell'impresa, il loro consenso è obliterato, ciò che basta ad individuarli come soggetti *sacrificati* dalla procedura; essi, in altre parole, subiscono il rischio imprenditoriale di una propria minore soddisfazione all'esito dell'esecuzione del piano che, pur *ex ante* fattibile, non raggiunga gli esiti sperati, rispetto a quella che avrebbero ottenuto cristallizzando la situazione del debitore pre-piano e sottoponendolo ad una procedura liquidatoria.

La soluzione merita allora di essere cercata altrove e la norma chiave deve essere identificata nell'art. 51 c.p.<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Si tratta di G. INSOLERA, *Riflessi penalistici*, cit., pp. 467 ss.

<sup>231</sup> Sull'esercizio del diritto, oltre alla fondamentale opera già richiamata di A. SPENA, *Diritti*, cit., si vedano, tra gli scritti monografici, V. CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939; I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965; M. LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983; P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009.

### 4.3. *Le soluzioni negoziali della crisi come norme integratrici la scriminante dell'esercizio del diritto: un punto di svolta decisivo, ma non definitivo*

La dottrina<sup>232</sup> che ha individuato nelle esenzioni dalla revocatoria fallimentare altrettanti indicatori di liceità delle condotte altrimenti tipiche di bancarotta, preferenziale o semplice (per aver aggravato il dissesto omettendo di chiedere il proprio fallimento), seppur pervenuta a conclusioni non condivise, offre tuttavia due spunti di massimo interesse.

Il primo segna la strada: le esenzioni rappresenterebbero l'esito di un nuovo bilanciamento, compiuto dal legislatore, tra interessi dei creditori ad una pronta realizzazione delle proprie ragioni e tutela dell'impresa, rappresentando un incentivo, soprattutto per gli istituti di credito<sup>233</sup>, ad assumere maggiori rischi per sostenere progetti "fat-tibili" di ristrutturazione e rilancio.

---

<sup>232</sup> In questo capitolo, par. 4.1. *sub* (ii).

<sup>233</sup> È interessante come le nuove soluzioni della crisi incidano sulla responsabilità della banca ed indicativa sul punto è la posizione espressa da A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, cit., p. 440, primo studioso del fenomeno della concessione abusiva del credito, per cui, a seguito delle novelle del 2005 e del 2007, «ormai la responsabilità della banca non può più essere fondata, come poteva e doveva dirsi in passato, sulla semplice "imprudenza", vale a dire sul fatto in sé di aver concesso o mantenuto il credito ad un imprenditore insolvente conoscendo o dovendo conoscere la situazione di insolvenza: perché la concessione o il mantenimento del credito ad un imprenditore insolvente nella misura in cui serve a consentire la prosecuzione dell'attività di impresa o a favorire soluzioni concordate della crisi risponde ormai a precisi interessi dell'ordinamento. Occorre ormai – mi parrebbe – il vero e proprio dolo (come parte minoritaria della dottrina in passato aveva sostenuto: ma, allora, senza un solido supporto). Occorre cioè: o il preciso disegno di mascherare l'insolvenza del debitore, per conseguirne un qualche vantaggio a danno degli altri creditori: per esempio, nuove garanzie o il pagamento di crediti pregressi, e così via; oppure la partecipazione consapevole ad operazioni fraudolente (come lo sconto di "effetti di comodo", la negoziazione di assegni senza copertura o di titoli fittizi)». Mutano così i tratti stessi della responsabilità, giacché «solo apparentemente i nuovi assetti "deresponsabilizzano" le banche: in realtà essi, secondo la lettura che ritengo preferibile, le responsabilizzano. Nel senso che, per un verso, il buon funzionamento ed il successo di quelle che sono divenuti i pilastri del sistema, cioè le soluzioni compositive giudiziarie ed extragiudiziarie e, per altro verso, la rapidità ed efficienza dei meccanismi di liquidazione degli attivi delle procedure dipenderanno, a questo punto, essenzialmente dalle banche. E dobbiamo augurarci che lo comprendano fino in fondo e sappiano operare di conseguenza: altrimenti si dovrà parlare di "scommessa" perduta e si dovrà necessariamente ritornare ai vecchi assetti» (*ivi*, p. 442).

Se si vuole riconoscere uno spazio a tale rinnovato bilanciamento a fronte della immutata disciplina penalistica, esso deve trovare la sua naturale *sedes materiae* nell'antigiuridicità, luogo elettivo di «regolazione socialmente giusta di interessi configgenti»<sup>234</sup> e categoria per definizione aperta alla “dinamica dei diritti”<sup>235</sup>.

Il secondo offre lo strumento per raggiungere lo scopo: è l'esercizio del diritto che consente di adattare il perimetro di criminalizzazione delle ipotesi di bancarotta alla disciplina fallimentare e al suo mutato *rationalis*, non però attraverso le esenzioni dalla bancarotta, che non sono altro che un ulteriore portato del rinnovato bilanciamento, ma integrando il precetto scriminante con le soluzioni negoziali della crisi, che identificano i tratti concreti del bilanciamento stesso.

Chi prova a salvare la propria impresa, anche attraverso pagamenti preferenziali e pur assumendosi il rischio che l'esito infausto del piano aggravi il dissesto, muovendosi nel perimetro delle soluzioni negoziali, starà esercitando un proprio diritto.

Così le innovazioni alla legge fallimentare segnano il perimetro dell'agire legittimo<sup>236</sup> d'impresa in situazioni di crisi e, persino, di insolvenza, oltre che i suoi limiti, riducendo i pericoli affacciati nei precedenti paragrafi di: (a) commistione tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione, consentendo il superamento dell'idea di un auto-

---

<sup>234</sup> Alla lettera, C. ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi*, cit., p. 46.

<sup>235</sup> Si utilizza un'espressione di sintesi per richiamare l'osservazione di M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità*, cit., p. 705: «il mondo dei diritti riflesso nelle cause di giustificazione riguarda invece la continua evoluzione della società civile, che produce i diritti del pluralismo, della associazioni, della diversità religiosa, ideologica, sindacale, politica, sessuale, i diritti dei lavoratori, dei consumatori, degli operatori economici (...): una varietà ed evoluzione che sottostà all'apparente staticità delle incriminazioni e produce a volte nuove fattispecie di reato create in via legislativa, ma è capace di bilanciare tali diritti anche dentro e contro le vecchie incriminazioni, le quali non sanno darci un'immagine della società se non attraverso il mondo dei diritti, che cambiano il vero contenuto dei beni protetti dal codice penale, anche se questo può restare apparentemente invariato per decenni».

<sup>236</sup> La dizione si deve a F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., p. 57: «tanto la funzione *dogmatica*, quanto quella *politica* delle scriminanti conducono ad apprezzare la cifra innovativa delle cause di giustificazione: esse fungono da limite tanto *all'espansione del penalmente rilevante*, quanto *alla dilatazione di diritti e poteri di agire in violazione di interessi penalmente protetti*. Le giustificazioni pongono, dunque, un *confine alle incriminazioni* sancendo al contempo il perimetro dell'*agire legittimo*» (corsivi nell'opera citata).

matico obbligo di presentare i libri in Tribunale in caso di crisi e, specularmente, di un divieto di concessione di credito, pena l'assunzione di pesanti conseguenze penali in caso di esito negativo del salvataggio e successivo fallimento; (b) 'psicologizzazione'<sup>237</sup> del rischio lecito, collegata all'incriminazione di una scelta imprenditoriale di 'primo' e 'secondo livello', quale quella di accedere-concedere nuova finanza ad un ente in crisi con contestuale riconoscimento di garanzie ipotecarie, fondata sul "senno del poi" per l'intraneo e sulla "cattiva volontà" per l'estraneo.

In definitiva, il perimetro dell'agire legittimo nelle operazioni di salvataggio viene così delineato attraverso le scadenze degli istituti del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del piano attestato di risanamento, offrendo agli operatori economici maggiori tutele rispetto alle ricadute di una soluzione negoziale che non conduca agli esiti sperati.

Tuttavia, permangono non pochi momenti di perdurante incertezza: il più significativo riguarda l'integrazione del diritto scriminante.

Come si è visto, le soluzioni della crisi hanno il loro cuore pulsante nella relazione del professionista indipendente, che deve attestare, di là dalle specificità di ciascun istituto, oltre che la veridicità dei dati su cui si basa il piano di rilancio dell'ente e di soddisfazione dei creditori, soprattutto la sua fattibilità.

Così, un primo profilo di grave debolezza funzionalistica del sistema potrebbe emergere ove si pervenisse ad un'identità tra esito negativo del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione o del piano di risanamento ed esclusione dell'integrazione della scriminante, per mancanza del requisito della fattibilità del piano.

Una tale impostazione, inficiata irrimediabilmente dal "senno del poi", non è ovviamente condivisibile, giacché, ogni giudizio – come emergente anche dalla giurisprudenza civile – non può che essere compiuto in una prospettiva *ex ante*; tuttavia, sarebbe un esito tutt'altro che impronosticabile o inedito, ove solo si consideri l'impostazione esegetica adottata nella decisione Italcas in relazione all'integrazione del delitto di bancarotta semplice da parte del ceto gestorio<sup>238</sup>.

Anche ad escludere una tale identità, si prospetta una questione

---

<sup>237</sup> L'espressione è ripresa da C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 564.

<sup>238</sup> *Supra*, par. 3.2.

ancor più delicata, perché di più complessa e meno ovvia soluzione: fin dove può spingersi il giudice penale nel sindacato sulla fattibilità del piano, per ritenere integrata la scriminante?

Una risposta a tale quesito è stata offerta da un fondamentale studio di Mucciarelli<sup>239</sup>, che ha declinato il sindacato del giudice penale nelle diverse ipotesi di soluzioni negoziali della crisi.

Secondo tale impostazione, tanto più ampio sarebbe il sindacato di merito sulla fattibilità del piano in sede criminale, quanto meno lo sia stato in sede civile. Così, prendendo i due limiti opposti di massimo/minimo sindacato, rispetto ai piani attestati di risanamento, ove l'intervento del Tribunale non è previsto, il giudice penale dovrà verificare autonomamente, oltre alla veridicità dei dati e alla correttezza della componenti valutative, la congruità metodologica del piano predisposto rispetto ai risultati attesi dallo stesso e alla situazione di partenza<sup>240</sup>; al contrario, assai limitata o persino assente sarà la verifica di fattibilità in sede penale di un accordo di ristrutturazione del debito omologato a seguito della formulazione di opposizioni<sup>241</sup>.

Al di là della perimetrazione del sindacato di 'fattibilità' del piano operata dall'Autore, che non poteva tener conto della giurisprudenza e della dottrina che hanno contribuito a disegnare i tratti di tale giudizio in sede civile, è senz'altro condivisibile la necessità di valutare, per ritenere integrata la scriminante, la presenza dei requisiti del diritto che si predica esercitato, tra cui deve annoverarsi la capacità del progetto imprenditoriale di condurre all'uscita dalla crisi.

Tuttavia, se è vero, come esattamente segnalato da Mucciarelli, che un automatismo tra esistenza di un piano attestato e liceità del pagamento o della prestazione di garanzie «dispiegherebbe una inquietante quanto poderosa portata criminogena»<sup>242</sup>, è altrettanto vero che seguendo la soluzione proposta dall'Autore si riaprirebbe ad un sindacato giudiziale in sede penale sulla bontà delle scelte imprenditoriali.

Per di più si tratta di un sindacato dal perimetro non predefinito: il giudice penale può vagliare la fattibilità economica del piano, anche e proprio in quanto tale valutazione è sottratta al Tribunale fallimentare?

---

<sup>239</sup> F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi*, cit., pp. 825 ss.

<sup>240</sup> *Ivi*, p. 853.

<sup>241</sup> *Ivi*, pp. 857 ss.

<sup>242</sup> *Ivi*, p. 846.

Se si ammettesse una tale eventualità, gli spazi di sindacato penale sarebbero persino più estesi di quelli concessi in sede civile, come già si era registrato nel modello di *sindacato pubblicistico-formale*<sup>243</sup> e in relazione alla (ir)rilevanza della *business judgment rule* in sede criminale<sup>244</sup>.

Di poi, ancor più problematico è il trattamento da riconoscere alle condotte *prodromiche* ed *esecutive* di un piano che non sia stato in seguito omologato per il sopravvenire di una dichiarazione di fallimento: rispetto a tali atti si ripropone il disvoluto esito di una contaminazione tra rischio d'impresa e di incriminazione.

### 5. *Il paradigma del sindacato privatistico-sostanziale sulle scelte imprenditoriali di 'primo' e 'secondo livello': sintesi e prospettive*

Volendo compendiare le conclusioni e i tratti fondamentali del secondo paradigma, definito 'sindacato privatistico-sostanziale sulle scelte imprenditoriali', il punto di partenza è stato segnato dalla ricerca del perimetro dell'agire legittimo nei tentativi di salvataggio dell'impresa in crisi; fondamentale banco di prova è stata la concessione di nuova finanza previa *trasformazione* del credito della banca da chirografario a privilegiato.

Per fotografare gli esiti del percorso è utile richiamare le due variabili utilizzate per offrire una risposta al quesito posto: il tipo di decisione imprenditoriale, di (i) 'primo livello' (tipica dell'intraneo) piuttosto che di (ii) 'secondo livello' (propria dell'estraneo, quale un funzionario di banca); la sua collocazione (a) all'esterno piuttosto che (b) all'interno di un istituto tipizzato di soluzione della crisi d'impresa.

(i-a) Fuori dalle soluzioni previste nella l. fall., rispetto alle scelte imprenditoriali di 'primo livello' sono emerse in giurisprudenza fughe in avanti verso una 'psicologizzazione' del rischio lecito d'impresa, dovute sia alla fisionomia stessa della bancarotta preferenziale, incentrata su un dolo qualificato, sia alla tendenza a sovrapporre 'scelte di cattiva gestione' a 'scelte non imprenditoriali' in relazione al cagionamento per effetto di operazioni dolose del dissesto, connesso ad un ricorso fraudolento al credito.

---

<sup>243</sup> Per una sintesi del punto, cap. II, par. 8, *sub* (i).

<sup>244</sup> *Supra*, cap. I, parr. 4 e 5.

È emerso così un ampio sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali, ambientato in fattispecie dolose o preterintenzionali, con una commistione tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione, tra cattive scelte imprenditoriali e scelte non imprenditoriali.

Di poi, in relazione alla bancarotta semplice, ove il legislatore stesso ha aperto ad una contaminazione tra rischio d'impresa e di incriminazione, la logica del 'senno del poi' e l'assenza di percorsi riconosciuti e tutelati di uscita dalla crisi importavano un significativo disincentivo ai tentativi di salvataggio e affacciavano lo spettro di una responsabilità oggettiva.

(ii-a) Rispetto alla posizione dei funzionari di banca e alla 'scelta di secondo livello' da questi compiuta di finanziamento all'impresa in crisi nel contesto di accordi stragiudiziali, la giurisprudenza rimandava una risposta penale a due velocità.

Si è registrato un parziale *self restraint* delle Corti, ove la concessione del credito non sia intervenuta ad esclusivo interesse degli istituti di credito: in questa prospettiva le soluzioni giurisprudenziali – paradigmatica la decisione d'appello nella vicenda Italcas – conducevano ad un'interruzione del nesso tra rischio imprenditoriale del fallito e rischio di incriminazione per il funzionario concorrente. Tuttavia a tale auspicabile esito si perveniva attraverso sentieri dogmaticamente non convincenti.

Al contrario, un orientamento decisamente severo ha segnato i casi ove la banca abbia agito a proprio esclusivo interesse, cercando di ridurre il proprio rischio imprenditoriale a tutto discapito del debitore poi fallito: esempio plastico è il riconoscimento di una responsabilità per concorso nella bancarotta preferenziale del funzionario che si accordi con l'imprenditore per un piano di rientro dell'extra-fido.

Una tale impostazione interpretativa *vagamente moraleggiante*, quasi orientata verso un diritto penale della 'cattiva volontà', disincentivava fortemente la partecipazione degli istituti di credito ad azioni di salvataggio, in aperto contrasto con la rinnovata *Weltanschauung* che ha guidato il legislatore nelle diverse novelle alla l. fall. susseguitesì a partire dal 2005.

(i-b) (ii-b) Tuttavia, la nuova logica iperincentivante le soluzioni alternative al fallimento, che coinvolgono creditori e debitore in direzione di un'uscita negoziata dalla crisi, non ha comportato – fino all'introduzione dell'art. 217 bis l. fall. – alcuna congruente modifica legislativa alla disciplina penale del fallimento.

È toccato, dunque, alla dottrina ricercare il punto di equilibrio tra i due rami dell'ordinamento, provando a trovare una sintesi; si è so-

stenuto, vagliate le diverse esegesi prospettate, che la soluzione più convincente passi dall'integrazione dell'art. 51 c.p. con la disciplina del piano attestato di risanamento, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo.

Tali percorsi di uscita dalla crisi segnano le cadenze dell'agire legittimo d'impresa in situazioni di crisi: debitore e creditori hanno una via tracciata dal legislatore, in cui i pagamenti e le garanzie, alle condizioni tipizzate dalla l. fall., sono sottratti all'azione revocatoria.

Tuttavia, in caso di esito infausto di tali percorsi, il ceto gestorio e i creditori, che avevano partecipato al tentativo di salvataggio, erano esposti nuovamente a rischi di incriminazione ove, in linea con autorevole dottrina<sup>245</sup>, si fosse riconosciuto un sindacato del giudice penale sulla fattibilità del piano, dai contorni tutti da definire.

In conclusione, anche a seguito dell'introduzione dei nuovi istituti, permaneva un ampio sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali che comportava la possibilità, tutt'altro che remota, di *nuove* indebite forme di sovrapposizione tra rischio d'impresa e di incriminazione.

---

<sup>245</sup> F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi*, cit., pp. 846 ss.

## CAPITOLO IV

### **LA ‘ESCLUSIONE DEL SINDACATO SULLE DECISIONI IMPRENDITORIALI PROCEDIMENTALIZZATE’: L’ART. 217 BIS L. FALL. E LA SEPARAZIONE TRA RISCHIO DI IMPRESA E RISCHIO PENALE**

SOMMARIO: 1. Genesi ed evoluzione dell’art. 217 *bis* l. fall.: il cordone ombelicale che lega la novella alle preoccupazioni del mondo bancario. – 2. La qualificazione penalistica: le diverse tesi prospettate in dottrina e l’opzione per la scriminante speciale. – 3. L’esclusione del sindacato giudiziale sulle decisioni imprenditoriali procedimentalizzate: il cuore dell’art. 217 *bis* l. fall. – 4. Le questioni controverse in dottrina e le risposte offerte dalla lettura dell’art. 217 *bis* l. fall. come scriminante speciale: la clausola “in esecuzione”, gli atti, esenti da revocatoria, estranei al perimetro della norma e le fattispecie incriminatrici “non applicabili”. – 5. Una soluzione criminogena che lascia vuoti di tutela? L’equilibrio di sistema e il contrappeso del delitto di falso del professionista nelle attestazioni e nelle relazioni. – 6. Il bilanciamento dei diritti preimposto dal legislatore e la sottrazione di materia al Giudice: spunti di riflessione a partire dalle decisioni della Corte costituzionale sul caso c.d. Ilva. – 6.1. Il sequestro preventivo senza facoltà d’uso di parte dello stabilimento e dei prodotti realizzati in pendenza della cautela e la prima disciplina c.d. salva Ilva. – 6.2. La sentenza 85/2013 del Giudice delle leggi: i limiti di legittimità del bilanciamento tra ragioni dell’impresa e diritto alla salute. – 6.3. Il sequestro dell’Altoforno 2 a seguito della morte di un lavoratore e la seconda disciplina c.d. salva Ilva. – 6.4. Continuità di insegnamento e diversità di decisione: la dichiarazione di illegittimità costituzionale della seconda disciplina c.d. salva Ilva. 6.5. Il c.d. scudo Ilva: i dubbi di legittimità tra presunzioni di diligenza e scriminante speciale. – 6.6. L’art. 217 *bis* l. fall. nel prisma dei ‘criteri Ilva’. – 7. Le prime decisioni della Suprema Corte: significative conferme sulla (*possibilità di piena*) adesione giurisprudenziale al modello di ‘esclusione del sindacato’. – 8. Un paradigma possibile: l’esclusione del sindacato giudiziale sulla gestione – tipizzata – dell’impresa in crisi.

### 1. *Genesi ed evoluzione dell'art. 217 bis l. fall.: il cordone ombelicale che lega la novella alle preoccupazioni del mondo bancario*

Il terzo paradigma di sindacato giudiziale in sede penale delle scelte imprenditoriali, ipotizzato nel capitolo di apertura di questa ricerca, è strettamente connesso all'art. 217 bis l. fall.<sup>1</sup>, norma che fin dalla rubrica, "esenzioni dai reati di bancarotta", spiazza lo studioso per l'inconsueta scelta terminologica<sup>2</sup>.

Per comprendere l'esatta portata sistematica della predetta previsione e le sue implicazioni sulla relazione tra rischio d'impresa e rischio di incriminazione, un primo fondamentale dato di cui tener conto è la genesi della disposizione e la sua *accoglienza*.

Come si è detto, a fronte delle profonde innovazioni alla legge fallimentare, che ne hanno mutato i tratti somatici, spostando il baricentro del sistema dalla liquidazione alla conservazione dell'impresa e riconoscendo rinnovata centralità alle scelte dei creditori sulla pro-

<sup>1</sup> La previsione ha destato grande interesse in dottrina; senza pretesa di completezza, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 60 ss.; G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato*, in *Giust. pen.*, 2011, cc. 547 ss.; G. COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel 'nuovo' art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Leg. pen.*, 2011, pp. 5 ss.; E. BASILE, *Art. 217-bis e gruppi di società*, in *Banca e Borsa*, 2013, pp. 203 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 400 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, *Le Soc.*, 2011, pp. 201 ss.; P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 257 ss.; R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2010, pp. 1366 ss.; F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in F. BONELLI, *Crisi di imprese*, cit., pp. 275 ss.; Id., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 1474 ss.; G.L. PERDONÒ, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 2011, pp. 53 ss.; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 273 ss.; G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, pp. 789 ss.; M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, pp. 393 ss.; V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2013, pp. 100 ss.; F. VITALE, *Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *Arch. pen.*, 1, 2014, pp. 1 ss.; M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, pp. 516 ss.

<sup>2</sup> Un'attenta analisi, anche se non condivisibile negli esiti, della scelta terminologica è compiuta da G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., cc. 562 ss.

secuzione dell'attività del proprio debitore, la disciplina penale era restata sostanzialmente immutata<sup>3</sup>.

Per quanto la dottrina si fosse sforzata di garantire in via interpretativa un perimetro di liceità ai pagamenti compiuti e alle garanzie rilasciate nel contesto delle soluzioni tipizzate di uscita dalla crisi, il silenzio del legislatore sulla risposta del *vecchio gendarme* di fronte all'esito infausto dei tentativi di salvataggio preoccupava gli operatori economici, specie gli istituti di credito.

Proprio l'art. 217 *bis* l. fall. costituisce la risposta legislativa ai dubbi del mondo bancario e, secondo parte della dottrina<sup>4</sup>, alla relativa attività di *lobbying*<sup>5</sup>. Del resto, la necessità di una previsione esplicita che coordinasse i due rami dell'ordinamento nella gestione delle situazioni di crisi aveva costituito uno dei punti centrali dell'intervento compiuto dal rappresentante dell'ABI in seno alle Commissioni riunite, Giustizia e Sviluppo Economico della Camera dei Deputati, incaricate dell'esame del ddl. 1741, rubricato appunto «Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali».

Tale intervento rappresenta la *summa* di quanto sin qui sostenuto: dapprima emergono i profili di criticità – riferiti al sistema “pre-art. 217 *bis*” – per cui «l'impianto penale, soprattutto per quanto riguarda i reati di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice, rappresenta una “spada di Damocle” rispetto all'attuazione [degli] interventi di soluzione della crisi (...). Nel confronto con gli operatori bancari emerge come questo rappresenti un grosso problema, tanto più oggi che la necessità di assistere le imprese, mantenere le linee di fido, trovare soluzioni per emergere dalla crisi rappresenta un'esigenza particolarmente sentita»<sup>6</sup>; inoltre, viene prospettata la soluzione: «si

<sup>3</sup>Tanto che, sottolinea F. SGUBBI, *Crisi di impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 666, a fronte della rivoluzione che ha caratterizzato la disciplina giuridica extrapenale in senso privatistico, la disciplina sanzionatoria non è stata segnata da cambiamenti nella medesima direzione, salvo quelle «unica eccezione l'introduzione dell'art. 217-*bis*, con la causa di esenzione dal reato di bancarotta preferenziale e dal reato di bancarotta semplice».

<sup>4</sup>Sottolineano tale aspetto E. BASILE, *Art. 217-bis*, cit., p. 208; R. LOTTINI, *Il nuovo*, cit., p. 1366; F. VITALE, *Nuovi profili*, cit., p. 1.

<sup>5</sup>Si tratterebbe di un esempio fulgido di «politica di criminalizzazione difensiva» attuata dalle lobbies economiche: fondamentale C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 877 ss.

<sup>6</sup>Così Enrico Granata durante l'audizione nella seduta del 26.11.2009 avanti

tratterebbe quindi di sostenere in sede di legge delega l'esigenza di allineare il trattamento penale di alcuni reati, quali la bancarotta fraudolenta preferenziale e la bancarotta semplice, con quanto è previsto in sede sostanziale. Quando ci troviamo di fronte a un accordo che ha una protezione sostanziale dalla già assicurata riforma ordinaria [della revocatoria], questo deve riflettersi anche in sede penale, purché ci siano i presupposti previsti ai fini di protezione e di salvaguardia ai fini sostanziali»<sup>7</sup>.

Dunque, la proposta dell'ABI, avallata in una successiva audizione anche da Banca d'Italia<sup>8</sup>, era nel senso dell'introduzione di una disposizione penale speculare alle "esenzioni dalla revocatoria" di cui all'art. 67, comma III, l. fall.

Le attese del mondo bancario hanno trovato una risposta nell'art. 48, comma II *bis*, d.l. 78/2010, inserito in sede di conversione dalla l. 122/2010, provvedimento rubricato «misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», che ha introdotto l'art. 217 *bis* l. fall.

L'originaria formulazione normativa era la seguente: «le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)».

Su tale iniziale testo il legislatore è intervenuto a più riprese, per ampliare la *safe harbour* penalistico ai pagamenti o alle operazioni: (i) autorizzati dal Tribunale e compiuti prima dell'omologazione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, *ex art. 182 quinquies* l. fall.<sup>9</sup>; (ii) realizzati nel contesto delle procedure di sovraindebitamento del consumatore<sup>10</sup>; (iii) compiuti nella gestio-

---

alle Commissioni Riunite Giustizia e Sviluppo Economico, p. 6 del resoconto stenografico.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Monica Marcucci, *rappresentante del servizio consulenza legale della Banca d'Italia*, sottolineò durante la sua audizione, tenutasi il 4.5.2010, nell'ambito dell'indagine conoscitiva in relazione al ddl 1741 (p. 14 del resoconto stenografico), la necessità di introdurre «un principio che stabilis[ca] la non punibilità di condotte connesse a queste soluzioni stragiudiziali», ovvero il piano di risanamento, l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo.

<sup>9</sup> Modifica intervenuta con l'art. 33, comma I, lett. I *bis*, d.l. 83/2012.

<sup>10</sup> L'introduzione della procedura nell'ambito della norma in commento è avvenuta con l'art. 18, comma II *bis*, d.l. 179/2012.

ne dell'emergenza – non solo ambientale – legata all'Ilva di Taranto<sup>11</sup>.

L'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall., accolta positivamente dall'ABI<sup>12</sup>, ha generato, invece, *scetticismo* e *diffidenza* nella dottrina penalistica sostanzialmente unanime: *scetticismo* per una previsione bollata come di "interpretazione autentica"<sup>13</sup>, meramente ricognitiva dei nuovi confini di *enforcement* penalistico, già definiti dalla dottrina, dopo le riforme susseguitesesi dal 2005, e dotata di una funzione esclusivamente *simbolica* di rassicurazione degli operatori economici<sup>14</sup> di fronte ad un "*faux problème*"<sup>15</sup>; *diffidenza* per un intervento

<sup>11</sup> Si veda l'art. 2, comma VII, d.l. 1/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. 20/2015.

<sup>12</sup> Si veda la Circolare ABI, Serie legale n. 19, 23 agosto 2010, p. 4.

<sup>13</sup> In questo senso G. COCCO, *Esenzioni*, cit., pp. 8-9, per cui la norma rappresenterebbe «l'esplicitazione (norma meramente interpretativa o di interpretazione autentica) della liceità di condotte comunque conseguente alle recenti innovazioni legislative in materia fallimentare, ed in particolare in materia di revocatoria, che escludono la tipicità, né più né meno di ciò che accade, ad esempio, con riferimento ai pagamenti dei crediti privilegiati»; nello stesso senso F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 203, ove si legge che «il legislatore ha chiarito una volta per tutte ciò che era già ricavabile sulla base dei principi generali in tema di anti giuridicità e colpevolezza, e cioè che le operazioni compiute nell'ambito dei nuovi strumenti di composizione della crisi d'impresa alternativi al fallimento non possono integrare, nell'ipotesi in cui l'opera di risanamento non vada a buon fine e l'imprenditore sia successivamente dichiarato fallito, i reati di bancarotta preferenziale o semplice». In senso adesivo, G.L. PERDONÒ, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, cit., pp. 61-62, G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., c. 557.

<sup>14</sup> Sulla funzione di rassicurazione degli operatori economici si vedano F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 203, per cui «il rischio di ricadute penali, nell'eventualità dell'insuccesso delle attività finalizzate al salvataggio dell'impresa, era infatti avvertito dagli operatori come un forte deterrente all'adozione dei nuovi strumenti normativi: proprio per ovviare a tali possibili inconvenienti, il legislatore ha allora sancito espressamente la non riconducibilità alle fattispecie di cui agli artt. 216, comma 3, e 217 l. fall. delle transazioni economiche compiute in esecuzione di una delle tre procedure di risoluzione della crisi d'impresa espressamente citate»; G. COCCO, *Esenzioni*, cit., p. 10, che sostiene: «dall'intervento normativo in esame, in definitiva, emerge un dato sociologico più che dogmatico, non essendo imposto da reali esigenze di regolamentazione, per nulla diverse da quelle comunemente affrontate in materia di bancarotta ed in gran parte delle norme penali complementari; esso evidenzia la sfiducia parlamentare e degli operatori del settore nella capacità dell'interprete, e segnatamente della giurisprudenza, di comprendere ed accettare gli scopi dei nuovi interventi legislativi e la preoccupazione del conseguente insuccesso applicativo dei nuovi istituti».

<sup>15</sup> Così definito da G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., c. 558, per cui «la *ratio* dell'art. 217-*bis* l. fall. può, quindi, essere rinvenuta in esigenze che si potrebbero definire 'artificiali' o di carattere "emotivo", non sussistendo a ben vede-

normativo definito "improprio"<sup>16</sup>, "frettoloso e poco meditato"<sup>17</sup>, soprattutto per le scelte terminologiche compiute nella rubrica e nel corpo del testo legislativo.

La bocciatura dell'art. 217 *bis* l. fall., pur autorevolmente sostenuta, non persuade o, quantomeno, non sembra l'unica via interpretativa percorribile, né, tantomeno, quella funzionalisticamente più efficiente.

Come si è visto<sup>18</sup>, prima dell'introduzione del citato art. 217 *bis*, la dottrina, impegnata a trovare un equilibrio tra i due rami dell'ordinamento, fallimentare e penale, dopo la rivoluzione copernicana del primo, era addivenuta a soluzioni variegata e nient'affatto persuasive; per di più, anche a guardare al mero "lato pratico", indipendentemente dagli aspetti dogmatici delle questioni, il risultato cui si perveniva sembrava insoddisfacente nella misura in cui, anche a fronte di soluzioni negoziali tipizzate ed eventualmente vagliate dal Tribunale fallimentare, permanevano indefiniti rischi di incriminazione, ove la strategia di uscita dalla crisi avesse condotto alla liquidazione giudiziale, piuttosto che al ritorno *in bonis*<sup>19</sup>.

In altre parole, non era chiaro il rapporto tra rischio d'impresa (in crisi) e rischio d'incriminazione, poiché indefinito era il perimetro del sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali.

Per dimostrare, in controtendenza rispetto alla dottrina pressoché unanime, l'esistenza del terzo paradigma ipotizzato, si valorizzerà l'art. 217 *bis* l. fall., riconoscendo alla disposizione una portata innovatrice, tesa a risolvere le criticità di sistema, che permanevano anche riconosciuta l'operatività della scriminante dell'esercizio del diritto per le condotte tenute nel contesto delle soluzioni concordate della crisi.

Esplicitando il ragionamento e le domande di fondo: l'art. 217 *bis* l. fall. può costituire una risposta soddisfacente al problema, prece-

re, da un punto di vista oggettivo, alcun argomento idoneo ad imporre al legislatore una simile scelta legislativa».

<sup>16</sup> A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 60, che tuttavia si iscrive tra coloro che ritenevano necessario un chiarimento legislativo; tra i primi sostenitori della necessità dell'introduzione di previsioni specifiche L. TROYER, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 112.

<sup>17</sup> Così F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, p. 39.

<sup>18</sup> *Supra*, cap. III, par. 4.2.

<sup>19</sup> *Supra*, cap. III, parr. 4.3. e 5.

dente alla sua introduzione, della commistione tra rischio di incriminazione e rischio d'impresa in relazione alle soluzioni della crisi? La risposta passa attraverso l'esclusione del sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali?

Per verificare l'ipotesi si individuerà la natura dogmatica della norma (par. 2) e si proverà a fondare l'esclusione del sindacato giudiziale (par. 3); in seguito, per testare la tenuta della soluzione, si procederà ad una duplice *prova di resistenza*, passando la tesi al setaccio delle risposte che offre alle questioni più spinose emerse in dottrina in materia (par. 4) e valutando la sua capacità di offrire un *enforcement* penalistico, che distingua rischio d'impresa e rischio d'incriminazione, senza lasciare criminogeni vuoti di tutela (par. 5).

A mo' di *excursus*, si guarderà alla vicenda Ilva come banco di prova dell'impostazione dogmatica qui proposta, verificandone in particolare la legittimità costituzionale (parr. da 6 a 6.6.).

L'intero percorso si confronterà, infine, con le prime decisioni della Suprema Corte, successive all'introduzione della "esenzione", per verificare la sintonia o la distonia tra le conclusioni raggiunte e il diritto vivente (par. 7).

## 2. La qualificazione penalistica: le diverse tesi prospettate in dottrina e l'opzione per la scriminante speciale

Il primo snodo fondamentale dell'analisi passa, dunque, dall'individuazione dell'essenza penalistica dell'art. 217 *bis* l. fall.

La tesi largamente maggioritaria in dottrina riconosce nella disposizione una "causa di esclusione del tipo"<sup>20</sup> o un "limite esegetico della fattispecie"<sup>21</sup>: si sarebbe in presenza di una disposizione che «muov[e] dalla descrizione legale e ne restring[e] la portata, rendendo atipica una parte del tipo "originario"»<sup>22</sup>. In altre parole, «il legi-

---

<sup>20</sup> Aderiscono a tale impostazione, F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 203; G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., p. 564; A. LOTTINI, *Il nuovo*, cit., p. 1372; M. ZINCANI, *Il nuovo*, cit., p. 520; G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni*, cit., p. 794; V. SPINOSA, *Il cd. decreto*, cit., p. 105; F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis*, cit., p. 278. F. VITALE, *Nuovi profili*, cit., p. 10.

<sup>21</sup> Alla lettera R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 400; AL. ROSI, *Illeciti penali*, cit., p. 278.

<sup>22</sup> Le parole sono tratte dal fondamentale scritto di M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e causa di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 1737.

slatore, dopo aver descritto compiutamente il fatto, ne “elimina” una parte, riducendo la portata del tipo legale: se si vuole, il legislatore per così dire si “autocorregge”, concludendo che il reato, se mantenesse la “primitiva” estensione, risulterebbe troppo ampio»<sup>23</sup>. Si tratta di interventi di riscrittura della fattispecie conseguenti alla presa d'atto dell'assenza (o comunque di un'insufficiente) offensività dei fatti espunti dall'incriminazione<sup>24</sup>.

La qualificazione dell'art. 217 *bis* l. fall. quale causa di esclusione del tipo appare la coerente conclusione delle due premesse che accomunano buona parte degli studiosi, ovvero che (a) le disposizioni sulle esenzioni dalla revocatoria avessero già ripermetrato il tipo della bancarotta preferenziale e semplice e (b) che il predetto 217 *bis* si limiti a cristallizzare approdi già condivisi in dottrina.

Come si è detto, tuttavia, la prima premessa non persuade e la seconda è stata scartata già sul piano metodologico.

Segnatamente, non convince che l'art. 217 *bis* l. fall. costituisca una presa d'atto dell'inoffensività dei pagamenti e delle operazioni compiute nel contesto delle soluzioni negoziate della crisi<sup>25</sup>.

Infatti, come autorevolmente sottolineato, «la soluzione gradualistica e negoziata necessariamente è trapuntata di momenti di transitoria violazione della *par condicio*»<sup>26</sup>: la scelta delle modalità e della destinazione delle risorse nel contesto delle soluzioni della crisi comporta per definizione la preferenza per alcuni creditori a danno di altri.

Di poi, l'esito infausto del piano ben potrà condurre ad un aggravamento del dissesto, evitabile rinunciando al tentativo di salvataggio e liquidando l'ente all'alba della crisi: si badi, ciò anche in presenza di una soluzione *ex ante* fattibile, perché «sono poi il mercato e le congiunture economiche ad incaricarsi di scompigliare, molte volte, piani anche attendibili, per la banale ragione che un piano di uscita dalla crisi comporta pronostici complessi, stime e prospettive con molte incognite sulle quali intervengono attori molteplici»<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Per tale impostazione F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1519; G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 636.

<sup>25</sup> Si aderisce, dunque, alle critiche formulate da P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 279 ss. e M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., p. 402.

<sup>26</sup> Alla lettera, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 125.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 132.

Il punto è un altro: il legislatore ha compiuto a partire dal 2005 una scelta assiologica nuova nel bilanciamento tra i beni che entrano in conflitto nella gestione dell'*an* e del *quomodo* della crisi d'impresa. Tale dato emerge anche nelle parole dei sostenitori della tesi della causa di esclusione del tipo, portati ad usare il lessico proprio delle cause di giustificazione, che si impone, anche ove si cerchi di negarlo. Paradigmatica sul punto la posizione di chi, per criticare la lettura quale causa di giustificazione dell'art. 217 *bis* l. fall., afferma che non vi sia «nessun bilanciamento di interessi, dunque, con sacrificio di uno in luogo dell'altro. Ma semplicemente il tentativo di contemperare gli interessi in gioco»<sup>28</sup>: impossibile distinguere tra bilanciamento e contemperamento di interessi e collocare al di fuori dell'antigiuridicità la soluzione del conflitto di disposizioni e diritti.

Ugualmente non convincente è la riconduzione della norma tra le cause di non punibilità<sup>29</sup>. Secondo chi la sostiene, vi sarebbe un parallelismo tra il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento e quello degli istituti richiamati nell'art. 217 *bis* l. fall.<sup>30</sup>: in questa prospettiva, mentre la prima avrebbe la funzione di condizione obiettiva di punibilità, specularmente, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, il piano attestato di risanamento e il concordato preventivo opererebbero come cause di non punibilità, disinnescando la risposta sanzionatoria per ragioni politico-criminali di «(non) meritevolezza di pena»<sup>31</sup>.

La tesi, sicuramente densa di implicazioni ove traccia il parallelismo tra istituti fallimentari, non convince nella conclusione, per due distinti ordini di ragioni, l'uno di portata più specifica, l'altro più generale.

Il primo è presto detto: nell'esegesi criticata l'art. 217 *bis* l. fall. dovrebbe rappresentare una causa di non punibilità originaria e tuttavia non presenta alcuna delle caratteristiche tipicamente riconosciute dalla dottrina all'istituto, ovvero quella di attenere alle condizioni personali dell'agente (come nel caso dell'art. 384 c.p.) o ai rapporti tra costui e la persona offesa (ne è un esempio l'art. 649 c.p.)<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Così R. LOTTINI, *Il nuovo*, cit., p. 1372.

<sup>29</sup> La tesi è sostenuta da E. BASILE, *Art. 217-bis*, cit., pp. 214-215.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 215.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 215.

<sup>32</sup> La critica è ripresa sostanzialmente alla lettera da M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., pp. 402-403, che richiama la posizione di M. ROMANO, *Teoria del reato*, cit., pp. 1725 ss.

Più in generale, la non punibilità è una categoria dogmatica che «ha un nome ma non un profilo»<sup>33</sup>, una sorta di “ripostiglio per mobili senza una stanza”, cui ricorrere quando il singolo istituto non sia riconducibile alle meglio definite cause di esclusione del tipo, cause di giustificazione e scusanti<sup>34</sup>.

Ebbene, in relazione all'art. 217 *bis* l. fall. appare, invece, perfettamente consona la sua collocazione tra le cause di giustificazione<sup>35</sup>: la norma costituisce l'*ipostatizzazione*<sup>36</sup> di un nuovo bilanciamento di interessi e la cristallizzazione del giudizio di liceità, cui già poteva pervenirsi, riconoscendo nei pagamenti e nelle operazioni compiute

<sup>33</sup> Secondo la felice espressione di A. DI MARTINO, *La sequenza infranta: profili di dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 194. Sulla categoria della punibilità in generale, anche per i necessari riferimenti bibliografici, G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.

<sup>34</sup> Condivisibile anche sul punto è l'osservazione di M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., p. 402, cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti bibliografici sulle criticità della categoria; in senso adesivo P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 283.

<sup>35</sup> Pervengono a tale conclusione con un percorso argomentativo ampiamente condivisibile sulla natura di scriminante della norma in parola, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., pp. 226 ss.; P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 285 ss.; F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., pp. 190 ss.; M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., pp. 403 ss. In precedenza, la riconduzione dell'art. 217 *bis* l. fall. alle scriminanti speciali, era stata sostenuta da S. AMBROSONI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, in *Fall.*, 2011, p. 648, per cui la norma di nuovo conio avrebbe sciolto il legame tra liceità ed esenzione dalla revocatoria: «l'innovazione non costituisce il mero recepimento di questa lettura, rappresentandone piuttosto il superamento. L'art. 217-*bis* l. fall., infatti, non agisce sulla norma extra-penale e, di riflesso, sul binomio preferenzialità-revocatoria, bensì direttamente sul precetto penale, introducendo scriminanti adeguatamente circostanziate, e come tali, svincolate dai casi di esenzione dell'azione di inefficacia». Si veda, inoltre, U. PIOLETTI, *Aspetti*, cit., p. 491, che definisce l'art. 217 *bis* l. fall. «una sorta di causa di giustificazione», giacché «si tratta di una disposizione di coordinamento con alcuni istituti concorsuali. Gli stessi risultati, peraltro, si sarebbero, comunque, ottenuti applicando i principi generali, discendenti dall'art. 51 c.p., primo comma, norma quest'ultima che costituisce a sua volta applicazione di un altrettanto generale principio di non contraddizione dell'ordinamento».

<sup>36</sup> F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., p. 46, rileva condivisibilmente che «ogni incriminazione è l'ipostatizzazione di un conflitto risolto attraverso la *criminalizzazione* di uno dei soggetti coinvolti, vale a dire l'*autore* dell'illecito; la giustificazione è anch'essa strumento di soluzione di un conflitto, ma in “senso inverso”, ovvero tramite l'impostazione di una condizione di *soggezione* dell'altro attore, la *vittima*, costretta a subire senza alcuna riparazione una condotta lesiva dei propri interessi».

in esecuzione di un piano di risanamento attestato, di un accordo di ristrutturazione dei debiti e di un concordato preventivo altrettante forme di esercizio di un diritto *ex art. 51 c.p.*

Tuttavia, fermando qui l'analisi, l'introduzione di una "causa di giustificazione speciale"<sup>37</sup> avrebbe funzione meramente simbolica<sup>38</sup>, puramente confermativa di esiti interpretativi cui si poteva giungere altrimenti. Per non tradire l'ipotesi di lavoro di una portata innovatrice della disposizione è necessario verificare *se e dove* insista il *novum* dell'art. 217 *bis* l. fall.

### 3. *L'esclusione del sindacato giudiziale sulle decisioni imprenditoriali proceduralizzate: il cuore dell'art. 217 bis l. fall.*

Pare a chi scrive che tre possano essere i punti meritevoli di indagine per scovare l'eventuale portata innovativa della norma in parola.

(a) Una prima possibile risposta al quesito, senz'altro la più immediata, potrebbe essere trovata nel perimetro della giustificazione: l'art. 217 *bis* l. fall., in ipotesi, potrebbe riconoscere la liceità di uno spettro di condotte più ampio di quelle attinte dall'art. 51 c.p.

Questa non sembra una via percorribile: la selezione stessa degli istituti fallimentari compiuta dalla norma in commento, il necessario legame tra pagamenti ed operazioni con l'esecuzione delle soluzioni negoziali, il *numerus clausus* di fattispecie incriminatrici su cui incide la previsione, disegnano un perimetro meno ampio di quello proprio della scriminante generale.

Né può attribuirsi alla disposizione, per una proverbiale eterogeneità dei fini, una funzione "innovativa per difetto", come se la norma fosse stata introdotta per restringere l'area di influenza dell'esercizio

<sup>37</sup> Sulla distinzione tra cause di giustificazioni comuni e speciali per tutti G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 269. Sul carattere speciale della scriminante di cui all'art. 217 *bis* l. fall. fondamentale il contributo di M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., pp. 404 ss.

<sup>38</sup> Si badi: non si vuole qui affatto sminuire la fondamentale funzione simbolica e comunicativa delle cause di giustificazione, puntualmente descritta da F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., pp. 48 ss., e che si valorizzerà anche nella presente ricerca in relazione alle disposizioni introdotte dal legislatore per gestire l'emergenza ambientale, sanitaria e di sicurezza sul lavoro dello stabilimento Ilva di Taranto (*infra*, par. 6 ss.); ciò che si vuole, invece, significare è la necessità di ricercare l'eventuale portata novellatrice dell'ordinamento dell'art. 217 *bis* l. fall.

del diritto e, in definitiva, gli spazi di liceità<sup>39</sup>: il “chimerismo giuridico”<sup>40</sup>, che l'art. 217 *bis* l. fall. dovrebbe risolvere, sarebbe così persino acuito, segnando un solco più profondo tra diritto fallimentare e penale.

(b) Una seconda impostazione, sostenuta in dottrina proprio da chi<sup>41</sup> ha provato per primo a ricercare un *novum* nella norma in parola<sup>42</sup>, trae linfa dalle incertezze connesse all'eventuale sindacato del giudice penale sui requisiti di 'fattibilità', variamente declinati nei diversi piani, a seguito dell'insuccesso della soluzione negoziale della crisi e del successivo fallimento.

Il ragionamento, provandolo a compendiare, si snoda in tre passaggi: (i) gli istituti richiamati nell'art. 217 *bis* l. fall. “attiverrebbero” la scriminante speciale, indipendentemente dall'effettiva fattibilità *ex ante* dei piani<sup>43</sup>; (ii) ciò non toglie che il giudice penale possa sindacare, ove siano contestati reati fallimentari, l'adeguatezza dei piani non riusciti<sup>44</sup>; (iii) tuttavia, «la formale asseverazione in sede civilistica [dei piani] determina un *fondamentale affidamento sulla loro efficacia*, che assume una particolare rilevanza ai fini della scusabilità dell'errore sull'elemento normativo della fattispecie scriminante *ex art.* 59, co. 4, c.p. Proprio in questo diverso grado di tutela dell'affidamento risiede la 'specialità scriminante' dell'art. 217 *bis* rispetto all'art. 67, co. 3, l. fall.»<sup>45</sup>.

La prospettiva appena esposta mira evidentemente a superare due

<sup>39</sup> Una tale preoccupazione non è assente in dottrina: per tutti, R. BRICCHETTI-F. MUCCIARELLI-G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., p. 1293.

<sup>40</sup> La felice espressione si deve a F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 202.

<sup>41</sup> M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., *passim*.

<sup>42</sup> È proprio l'ipotesi di lavoro esplicitata da M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., p. 399, che prende l'abbrivio dal dubbio che l'art. 217 *bis* l. fall. non svolga esclusivamente un ruolo simbolico di rassicurazione degli operatori economici.

<sup>43</sup> Precisamente, sostiene M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., p. 422, che l'art. 217 *bis* l. fall., «mentre i requisiti di 'veridicità', 'fattibilità', 'idoneità', 'attuabilità', 'ragionevolezza' sono *elementi costitutivi* delle norme civilistiche [art. 67, co. 3, lett. d), artt. 160 ss., art. 182-*bis* l. fall.] – e in quanto tali si prestano ad una successiva verifica giudiziaria quando le stesse norme vengono valorizzate, in sede penale, quali fattispecie scriminanti (cioè come norme espressive dell'esercizio di un diritto) –, l'art. 217-*bis* l. fall. fa esclusivo riferimento – ai fini dell'effetto di non punibilità – al *dato oggettivo* della esecuzione dei piani e degli accordi normativamente tipici, ivi specificamente richiamati».

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 422.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

distinte preoccupazioni: da un canto, i timori di chi ha ritenuto che sottrarre al giudice penale il sindacato sulla fattibilità dei piani equivarrebbe a rimettere ai privati (*i.e.* all'attestazione del professionista) l'applicabilità o meno di una norma incriminatrice, con possibili effetti criminogeni<sup>46</sup>, e, dall'altro, le paure degli operatori economici che un piano con esito infausto esponga ad inevitabili rischi d'incriminazione.

Tuttavia, la soluzione non persuade completamente: ridurre la portata innovativa dell'art. 217 *bis* l. fall. ad una forma di affidamento rafforzato sembra non risolvere le questioni di fondo. In particolare, tale impostazione appare porre l'interprete davanti ad un bivio: (α) se l'affidamento esclude in ogni caso la sussistenza del dolo e della colpa in capo all'intraneo, il sindacato giudiziale risulta ugualmente sterilizzato, pur tramite un *escamotage*, ove si consideri che la valutazione sulla fattibilità del piano, anche se riconosciuta al giudice penale, sarebbe del tutto priva di ricadute applicative; (β) al contrario, se, comunque, il giudice penale può valutare la legittimità dell'affidamento – come dell'intraneo così del terzo o del creditore – sull'attestazione del professionista e sulla fattibilità del piano, si ripropongono le perplessità connesse ad una psicologizzazione dell'agire legittimo d'impresa, che proprio l'art. 217 *bis* l. fall. dovrebbe mirare a risolvere.

(c) Per quanto in contrasto con la dottrina sostanzialmente unanime<sup>47</sup>, una terza via sembra possibile<sup>48</sup>, ovvero quella di ritenere in-

<sup>46</sup> È comune in dottrina il richiamo all'affermazione di F. MUCCIARELLI, *L'art. 217.bis*, cit., p. 293, per cui, escludendo il sindacato del giudice penale, «si arriverebbe alla conclusione (inammissibile sul piano sistematico) che un atto dell'autonomia privata è in grado di paralizzare l'operatività di norme incriminatrici (che, come ognuno sa, hanno valenza pubblicistica)».

<sup>47</sup> Sul sindacato del giudice penale sulla "fattibilità" dei piani nelle soluzioni negoziali della crisi possono identificarsi tre distinti modelli: (i) *sindacato pieno*, per cui il giudice penale può valutare il merito del piano, pervenendo ad una conclusione opposta a quella del Tribunale fallimentare (R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 407-408; N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, pp. 101 ss.); (ii) *sindacato proporzionalmente inverso*, per cui il giudice penale può entrare nel merito del piano, solo ove non sia già stato oggetto di analisi da parte del Tribunale fallimentare (tesi formulata già prima dell'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall. da F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi*, cit., pp. 846; a tale impostazione ha aderito la dottrina maggioritaria, tra cui F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., pp. 207 ss.; G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., pp. 569 ss.; R. LOTTINI, *Il nuovo*, cit., pp. 1373 ss.; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 131 ss.); (iii) *esclusione tout court del sindacato*, per cui anche in relazione ai piani attestati di risanamento il giudice penale non potrebbe valutare la fattibilità

sindacabile dal giudice penale la fattibilità del piano<sup>49</sup>, oggetto di omologazione nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione del debito e di attestazione in caso di risanamento.

In primo luogo, il tenore letterale della rubrica, del testo della disposizione e la sua genesi storica come *pendant* penalistico del terzo comma dell'art. 67 l. fall. offrono elementi nella direzione qui proposta.

Segnatamente, il concetto di "esenzione", ignoto al diritto penale, acquisisce un orizzonte di senso se connesso all'istituto della revocatoria fallimentare, *rectius* alle esenzioni dalla revocatoria, come condotte sottratte al vaglio del Tribunale fallimentare; se a ciò si aggiunge il concetto di «esclusione dell'applicazione delle norme incrimina-

del piano (A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*. Vol. IV., cit., pp. 148-149; P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 291 ss.; L. PANZANI, *L'insuccesso*, cit., p. 210).

<sup>48</sup> È interessante notare come anche Mucciarelli, che per primo e con più puntuali argomentazioni ha sostenuto il dovere del giudice penale di valutare la "fattibilità" dei piani, ha riconosciuto che l'art. 217 *bis* l. fall. si presti anche ad una lettura di segno opposto, quale quella qui proposta, scartata, però, dall'Autore per ragioni dogmatiche e politico-criminali (F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis*, cit., p. 291). Le diverse critiche di Mucciarelli saranno oggetto di vaglio nel presente capitolo.

<sup>49</sup> L'espressione "fattibilità del piano" è intesa quale nozione di sintesi, che abbraccia le declinazioni del giudizio collegate alle diverse soluzioni della crisi, sulla scorta di quanto già suggerito da F. MUCCIARELLI, *Il delitto di false attestazioni e relazioni: il professionista attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 135. Segnatamente l'espressione ricomprende nell'impostazione dell'Autore, qui adottata: «l'art. 67, comma, III, lett. d), [che] discorre di *fattibilità* di un piano idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; l'art. 161 l.f. [che] parla di *fattibilità* del piano; l'art. 182-*bis*, comma I, l.f. [che] ha riguardo all'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua *idoneità* ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei, mentre il comma VI del medesimo art. 182-*bis* contempla una dichiarazione circa l'*idoneità* della proposta; l'art. 182-*quinquies*, comma I, l.f. [che] impiega la nozione di *funzionalità* (dei finanziamenti rispetto alla miglior soddisfazione dei creditori) e, al comma IV, quella di *essenzialità* (per la prosecuzione dell'attività d'impresa) e di *funzionalità* (alla miglior soddisfazione dei creditori) delle prestazioni di beni o servizi, delle quali viene chiesta l'autorizzazione al pagamento ancorché si tratti di prestazioni anteriori alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale; infine, l'art. 186-*bis*, comma II, lett. b), l.f., [che] disciplinando il concordato con continuità aziendale, fa ancora ricorso al termine *funzionalità* (della prosecuzione dell'attività d'impresa al miglior soddisfacimento dei creditori), mentre al comma IV, lett. a), della medesima disposizione, la relazione è chiamata ad attestare la "*ragionevole capacità di adempimento*" del contratto nell'ipotesi che l'impresa partecipi a procedure di assegnazione di contratti pubblici» (corsivi dell'Autore).

trici», contenuto nel corpo dell'art. 217 *bis* l. fall., il quadro tende a legittimare una sottrazione di materia al giudice penale, non perché i fatti siano divenuti atipici, ma in quanto alcuni elementi della fattispecie (scriminante) vengono obliterati dal vaglio giudiziale.

In altre parole e più semplicemente, non c'è spazio per ricondurre pagamenti ed operazioni compiuti in esecuzione delle soluzioni negoziali della crisi nell'alveo delle fattispecie di bancarotta semplice e preferenziale attraverso un giudizio di merito sulla strategia di salvataggio: l'esistenza del piano attestato o dell'omologazione sterilizzano il sindacato del giudice penale.

Per tale via, si azzera completamente la possibilità di una commistione tra rischio d'incriminazione e rischio d'impresa in crisi, escludendo un sindacato giudiziale penale, compiuto *ex post*, su una valutazione (di fattibilità) che, se fondata su dati veritieri e avallata almeno da un professionista indipendente, se non anche dalla fiducia della maggioranza dei creditori e dall'omologa del Tribunale, resta prettamente imprenditoriale.

Si scorge una elisione tra un eventuale *disvalore di condotta*, che insiste nella misura in cui le scelte di gestione della crisi non abbiano condotto al salvataggio dell'ente, ed uno speculare *valore di condotta*, risiedente nella validazione *ex ante* della scelta imprenditoriale ad opera di un professionista indipendente oltre che, eventualmente, della maggioranza dei creditori e del Tribunale: proprio ciò legittima l'esclusione del sindacato giudiziale nel processo criminale.

Sotto altro profilo, l'esclusione del vaglio in sede penale sui presupposti di un atto, rilevante per la fattispecie per la sua stessa esistenza ed indipendentemente dai requisiti alla base della sua formazione od emissione, non sembra affatto un'ipotesi ignota al diritto penale e, soprattutto, al diritto penale fallimentare, ove si valorizzi il parallelismo, già prospettato in dottrina<sup>50</sup>, tra la sentenza dichiarativa di fallimento (nelle incriminazioni in cui assume la funzione di

---

<sup>50</sup>Tale parallelismo è tracciato, anche se per sostenere la natura di causa di non punibilità dell'art. 217 *bis* l. fall., da E. BASILE, *Art. 217-bis*, cit., p. 215; specificamente, invece, sui limiti di sindacato del giudice penale L. PANZANI, *L'insuccesso*, cit., p. 210, che conclude che «verosimilmente la questione dovrà essere risolta negli stessi termini in cui la giurisprudenza è pervenuta per quanto concerne la possibilità del giudice penale di sindacare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi per la dichiarazione di fallimento, possibilità che le Sezioni Unite hanno escluso» (riferendosi a Cass. pen., Sez. Un., 28.2.2008, n. 19601, Niccoli); nello stesso senso anche G. COCCO, *Esenzioni*, cit., p. 15, limitatamente, però, agli accordi di ristrutturazione del debito.

condizione obiettiva di punibilità) e l'attestazione dei piani o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.

Come noto, la dottrina<sup>51</sup> e la Suprema Corte nel suo massimo consenso<sup>52</sup> sono giunte ad affermare l'insindacabilità da parte del giudice penale della sentenza dichiarativa di fallimento o degli atti ad essa equiparati (*i.e.* dei loro presupposti).

Sul punto, sintetica e puntuale è la conclusione di Pedrazzi: «dell'elemento di fattispecie dato dal fallimento il giudice penale è tenuto a prendere atto. Come alla sentenza dichiarativa non può sostituire un proprio accertamento dei presupposti sostanziali, neppure gli è concesso di sottoporla a sindacato, se non sotto il profilo dell'esistenza e tipicità processuale»<sup>53</sup>.

Tale esegesi è stata fatta propria, anche mediante richiami testuali, dalla decisione Niccoli del 2008<sup>54</sup>, con cui le Sezioni Unite hanno risolto la questione della sindacabilità della qualità di "imprenditore fallito", riconosciuto in una sentenza dichiarativa di fallimento, emessa prima delle modifiche intervenute sui requisiti stessi di fallibilità<sup>55</sup>. Secondo la Suprema Corte «va rilevato che l'atto giuridico richiamato in una fattispecie penale conta per gli effetti giuridici che esso produce e non per i fatti con esso definiti»<sup>56</sup>; ne consegue, che «il giudice penale non ha alcun potere di sindacato, dovendo limitarsi a

<sup>51</sup> Per tutti C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 451 ss.

<sup>52</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. Un., 28.2.2008, n. 19601, Niccoli, in *Giur. it.*, 2008, pp. 2590 ss., con nota di V.S. DESTITO, *Irrelevanza delle innovazioni legislative sui presupposti soggettivi del fallimento nei processi penali in corso*. Per ulteriori commenti alla decisione si vedano, E.M. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3592 ss.; F. CEROUA, *La modifica della definizione di "piccolo imprenditore": le Sezioni Unite ritengono ingiustificata l'applicazione dell'art. 2 c.p.*, in *Corr. giur.*, 2009, pp. 822 ss.; A. SCARCELLA, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 482 ss.; F. TETTO, *Il nuovo statuto dell'impresa fallibile ed i riflessi nei giudizi di bancarotta*, in *Fall.*, 2008, p. 1193.

<sup>53</sup> Alla lettera C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 453.

<sup>54</sup> Ovvero Cass. pen., Sez. Un., 28.2.2008, n. 19601, Niccoli, cit.

<sup>55</sup> L'art. 1 l. fall., che disciplina i requisiti di fallibilità, è stato sostituito prima dall'art. 1, d.lgs. 5/2006, poi, da ultimo, dall'art. 1 d.lgs. 169/2007. Per un quadro, *ex pluribus*, G.E. COLOMBO, *L'essenziale dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, in *Fall.*, 2008, p. 625 ss.

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. Un., 28.2.2008, n. 19601, Niccoli, cit., p. 2591.

verificare l'esistenza dell'atto e la sua validità formale»<sup>57</sup>.

Da un punto di vista processuale, non si è, dunque, di fronte ad un rapporto di pregiudizialità in senso proprio, che garantirebbe un pieno sindacato, per quanto incidentale, al giudice penale, ma bensì di *antecedenza necessaria di diritto sostanziale*<sup>58</sup>.

Segnatamente, per utilizzare le parole di chi ha illustrato tale fenomeno, «alla pregiudizialità in senso stretto si contrappongono, per l'appunto, le varie ipotesi in cui la decisione di un altro giudice entra – essa stessa, direttamente – nella struttura d'una figura di reato: il provvedimento che conclude un processo è, dunque, un ingrediente indefettibile di una fattispecie da accertare in un giudizio ulteriore. Anche questo fenomeno ha un rilievo sul piano della disciplina dei rapporti tra diversi processi, ma le regole che lo riguardano sono, per così dire, intangibili dal legislatore procedurale, poiché rappresentano una implicazione necessaria delle norme penali sostantive (...). Esclusa la cognizione incidentale, il provvedimento extrapenale (...) vincola, in quanto non si può negare che sia stato pronunciato; che 'esista' come dato giuridico»<sup>59</sup>.

Ebbene lo stesso meccanismo di *antecedenza necessaria di diritto sostanziale* deve essere riconosciuto operante per le soluzioni della crisi richiamate nell'art. 217 *bis* l. fall.<sup>60</sup>.

Si potrebbe obiettare che, mentre per il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti potrebbe identificarsi nell'omologa il provvedimento giudiziale paragonabile alla sentenza dichiarativa di fallimento, nei piani attestati di risanamento manchi un qualsiasi intervento *ex ante* dell'autorità giudiziaria<sup>61</sup>: ciò metterebbe

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Si tratta della tesi centrale, ampiamente e condivisibilmente motivata, dello scritto di M.L. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano, 2000, pp. 52 ss.

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 52.

<sup>60</sup> La preziosa intuizione si deve a G. Cocco, *Esenzioni*, cit., p. 15, che ne limita la portata, però, esclusivamente alle ipotesi in cui vi sia un provvedimento giudiziale, in specie, l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo.

<sup>61</sup> Basti sul punto considerare che anche Alessandri (nella già citata opera monografica «Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme»), proprio per ragioni funzionalistiche, esclude il sindacato del giudice penale in relazione agli accordi di ristrutturazione e al concordato preventivo omologati, sostenendo che «affidare al giudice penale un compito di rivalutazione dell'attestazione (al di fuori dei casi in cui essa sia basata su dati falsi) significherebbe svuotare completamente l'art. 217-*bis* l. fall., renderlo un orpello inutile incapace

in dubbio la sostenibilità dell'esclusione del sindacato del giudice penale, quantomeno in questa ipotesi.

Tuttavia, anche la stessa esistenza di un atto di autonomia privata può assurgere ad elemento di fattispecie: sul punto soccorre, nuovamente, la decisione Niccoli, per cui «se elemento della fattispecie è un atto negoziale privato (come nella ipotesi dell'art. 641 c.p.), il giudice penale può escludere l'illiceità del fatto solo in presenza di un negozio nullo, ad esempio perché avente causa illecita, dato che in tal caso la relativa obbligazione non è idonea, in assoluto, a produrre effetti»<sup>62</sup>.

*Mutatis mutandis*, il sindacato del giudice penale non potrà attere alla fattibilità del piano di risanamento, ma dovrà limitarsi alla verifica dell'esistenza della relazione del professionista, salvo il caso di radicale illiceità del ricorso alla soluzione negoziale della crisi: su tale ipotesi si tornerà oltre, quando si valuterà l'equilibrio complessivo del sistema<sup>63</sup>.

In conclusione, l'esclusione del sindacato del giudice penale sulla fattibilità dei piani, conseguente al riconoscimento della antecedenza

---

di produrre alcun effetto» (p. 78); tuttavia, lo stesso Autore riconosce un ampio sindacato in ordine ai piani attestati di risanamento, per cui il giudice penale eventualmente chiamato a pronunciarsi nel caso d'insuccesso del piano, non potrà allora esimersi dal valutare, sempre in una prospettiva di prognosi postuma (con tutte le difficoltà già accennate), se effettivamente il piano proposto dal debitore fosse idoneo, adeguato, a consentire il risanamento promesso (anche parziale) dell'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria» (p. 71).

Una posizione sostanzialmente sovrapponibile è espressa da G. COCCO, *Esenzioni*, cit., per cui, rispetto all'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato si afferma che, se si ammettesse un sindacato giudiziale, si annullerebbero «lettera e ratio della riforma. Non sussistono ragioni per discostarsi dall'orientamento espresso in materia di sentenza dichiarativa di fallimento dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che ne escludono la sindacabilità da parte del giudice penale. Il dato decisivo in sede penale è l'esistenza di un accordo omologo ai sensi dell'art. 182-bis. Si tratta, in ultima analisi, di un mero dato di fatto o, se si preferisce, di un rapporto di antecedenza necessaria di diritto sostanziale» (p. 15); tuttavia, quando il discorso si sposta sull'istituto di cui all'art. 67, comma III, lett. d), l. fall., la conclusione muta: «quando il piano non consegue il risultato perseguito e l'impresa fallisce, compete certamente al giudice penale, nell'ambito della valutazione degli elementi costitutivi dei reati di bancarotta preferenziale e semplice – e dunque, rispettivamente, della lesione della *par condicio* e della sussistenza dei mezzi rovinosi – valutare la ragionevolezza e l'idoneità del piano, ovviamente secondo una valutazione *ex ante*» (p. 16).

<sup>62</sup>In questi termini, Cass. pen., Sez. Un., 28.2.2008, n. 19601, Niccoli, cit., p. 2591.

<sup>63</sup>*Infra*, par. 5.

necessaria di diritto sostanziale delle soluzioni della crisi di cui all'art. 217 *bis* l. fall., costituisce la fondamentale innovazione della norma stessa.

Da un punto di vista *funzionalistico* la tesi formulata garantisce la netta separazione tra rischio imprenditoriale e rischio d'incriminazione, rappresentando l'ultimo fondamentale incentivo per le strategie di salvataggio, richiesto dal mondo imprenditoriale, bancario e da una parte della dottrina.

Sotto il *profilo esegetico* si tratta di soluzione certamente sostenibile sul piano dell'interpretazione letterale, giacché concetti come "esecuzione" e "inapplicabilità" di norme incriminatrici acquistano un significato nitido solo nella prospettiva propugnata, restando altrimenti alieni al sistema penale.

Si tratta, infine, di una proposta interpretativa che costituisce tutt'altro che un *unicum*, ove si consideri che l'esclusione di un sindacato giudiziale in sede penale è fenomeno già ampiamente noto in relazione alla dichiarazione di fallimento e, in quanto tale, studiato dalla dottrina sostanzialistica e processualistica, oltre che avallato dal Giudice di legittimità nel suo massimo consenso.

#### 4. *Le questioni controverse in dottrina e le risposte offerte dalla lettura dell'art. 217 bis l. fall. come scriminante speciale: la clausola "in esecuzione", gli atti esenti da revocatoria ed estranei al perimetro della giustificazione e la selezione delle fattispecie incriminatrici "non applicabili"*

Enucleati i tratti fondamentali dell'esegesi dell'art. 217 *bis* l. fall. qui prospettata e del conseguente modello di *esclusione del sindacato sulle decisioni imprenditoriali proceduralizzate*, resta da verificare la capacità del paradigma di offrire soluzioni alle principali questioni esegetiche emerse in dottrina in relazione alla norma in parola.

(a) Una prima fondamentale questione attiene all'individuazione dei pagamenti e delle operazioni che possono essere considerati "in esecuzione" delle soluzioni negoziali della crisi, richiamate dall'art. 217 *bis* l. fall.; in particolare, il tema, che ha diviso la dottrina, è se lo 'scudo' della predetta disposizione copra anche le condotte prodromiche all'accesso alle "procedure".

Secondo una prima esegesi<sup>64</sup>, il concetto di esecuzione «esprime

---

<sup>64</sup> La tesi è stata formulata da F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis*, cit., pp. 284 ss.; in

la polarizzazione dei pagamenti e delle operazioni al perseguimento del risultato prefigurato dal legislatore (la realizzazione delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa)»<sup>65</sup>, per cui andrebbe inteso in senso “funzionale”; in quest'ottica, per così dire teleologica, «la clausola in esecuzione ben può essere estensivamente intesa come comprensiva di tutti i comportamenti destinati e funzionalmente collegati alla realizzazione della procedura, inclusi anche quelli posti in essere nelle fasi precedenti la formalizzazione della procedura medesima»<sup>66</sup>.

In una diversa impostazione<sup>67</sup>, più restrittiva, «la clausola “in esecuzione” sembra esprimere (...) un nesso di consequenzialità (anche cronologica) tra la definitiva approvazione/omologazione dei diversi strumenti di soluzione concordata della crisi d'impresa e i “pagamenti” o le “operazioni”»<sup>68</sup>; dunque, ove questi ultimi siano compiuti prima dell'attestazione del piano di risanamento o dell'omologazione nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, essi resterebbero al di fuori della sfera di operatività dell'art. 217 *bis* l. fall.

Tale conclusione, seppur meno efficiente sul piano funzionalistico, sarebbe da preferire per due ordini di ragioni: si sostiene<sup>69</sup>, in primo luogo, che solo attraverso un'interpretazione analogica è possibile ricondurre le condotte prodromiche al concetto di “in esecuzione” e, tuttavia, tale sentiero è precluso dalla natura eccezionale (in quanto causa di esclusione del tipo) della norma<sup>70</sup>; di poi, a fronte di una tendenza unilateralmente privatistica delle procedure concorsuali «non pare affatto censurabile la scelta del legislatore di introdurre un contrappeso volto a mantenere il (possibile) disvalore penale di con-

senso adesivo A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 63; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., pp. 221-222; G.L. PERDONO, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, cit., p. 64.

<sup>65</sup> Così F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis*, cit., p. 284. In senso adesivo, N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., p. 129.

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 288.

<sup>67</sup> La tesi è esposta in modo ampio da F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 213; in senso adesivo, G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., p. 567; P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 307 ss.; N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., p. 72; M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., pp. 405-406; M. ZINCANI, *Il nuovo*, cit., p. 522.

<sup>68</sup> Alla lettera F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 213.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

dotte sussumibili negli artt. 216, comma III, e 217 l. fall., quando da esse non sia scaturito un progetto di risanamento razionalmente sostenibile»<sup>71</sup>.

È stata proposta, infine, una terza soluzione<sup>72</sup>, che prova a mediare tra le precedenti, prospettando un criterio 'strumentale temperato': «un'interpretazione teleologica del sintagma "in esecuzione" incontra pur sempre quale limite – anche allo scopo di prevenire fin troppo facili abusi – la circostanza che l'atto e/o il pagamento prodromici siano espressamente contemplati dalla procedura di risanamento (sia pure realizzata *ex post*, costituendo quindi una sorta di "ratifica") e in ogni caso considerati da parte dell'esperto in sede di attestazione della credibilità/razionalità del programma di superamento della crisi»<sup>73</sup>.

Ebbene, tutte e tre le tesi colgono in parte nel segno e nessuna delle tre, però, persuade completamente. L'impostazione teleologica parte dalla assoluta centralità prasseologica di tutti quei comportamenti economici precedenti all'attestazione di un piano, quasi sempre *condicio sine qua non* delle future soluzioni negoziali della crisi; tuttavia, per garantirgli la copertura dell'art. 217 *bis* l. fall., la tesi deve forzare il tenore letterale della clausola "in esecuzione", come sottolineato dai suoi detrattori; infine, la via mediana offre una sorta di *commodus discessus*, chiamando l'attestatore ad una atipica valutazione retrospettiva.

Seguendo l'interpretazione dell'art. 217 *bis* l. fall. qui proposta si perviene ai medesimi risultati pratici della tesi individuata come di "sintesi", con un percorso argomentativo che potrebbe risultare più coerente.

Segnatamente, il *novum* della disposizione, come si è visto, è l'esclusione del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali di gestione della crisi, purché attestate da un professionista e/o oggetto di omologa; al di fuori di tali situazioni, si riespande il potere-dovere di accertamento attribuito al giudice penale.

Così, ove le condotte prodromiche al piano entrino nell'oggetto dell'attestazione e, eventualmente, poi dell'omologa, esse sono irrimediabilmente attratte nell'orbita dell'art. 217 *bis* l. fall.: il giudice penale non potrà sostituire il proprio giudizio a quello del professionista indipendente. Diversamente, ove il piano non faccia riferimento

---

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Il riferimento è a E. BASILE, *Art. 217-bis*, cit., p. 216.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

ai pagamenti o alle operazioni ad esso precedenti, la valutazione di funzionalità dell'atto rispetto all'uscita dalla crisi entrerà nell'eventuale processo criminale, non altrimenti da quanto avviene per i cc.dd. pagamenti di salvataggio.

Tale conclusione è perfettamente coerente con la logica sottesa all'art. 217 *bis* l. fall. qui individuata: per azzerare i rischi di incriminazione di una 'cattiva scelta imprenditoriale', il legislatore ha preteso, come imprescindibile contrappeso, che le decisioni sulla gestione della crisi vengano prese secondo determinate scadenze procedurali, tipizzate nella l. fall.

Avalla tale conclusione l'introduzione, tra gli istituti coperti dalla norma in commento, dell'art. 182 *quinquies* che consente, prima dell'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, per ciò che qui interessa, di riconoscere garanzie su nuovi finanziamenti e procedere al pagamento di creditori strategici, purché intervenga l'autorizzazione del Tribunale e vi sia una relazione di un professionista indipendente che attesti, rispettivamente, che i finanziamenti siano funzionali e le prestazioni remunerate siano essenziali per il proseguimento dell'attività.

Si tratta di condotte prodromiche alle soluzioni concordate che, tuttavia, sono sottratte al sindacato penale proprio perché oggetto di vaglio del Tribunale fallimentare e/o di attestazione.

(b) Una seconda questione divisiva in dottrina attiene al giudizio di tipicità e liceità delle condotte esenti dalla revocatoria fallimentare *ex art. 67, comma III, l. fall.*, non richiamate dall'art. 217 *bis* l. fall.

Si è visto<sup>74</sup> che la dottrina pressoché unanime, prima dell'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall., riconoscesse nelle esenzioni dalla revocatoria fallimentare altrettante cause di esclusione del tipo o scriminanti, che rendevano, dunque, leciti i comportamenti ivi descritti; la selezione compiuta dall'art. 217 *bis*, che richiama solo alcune delle condotte "esentate" nel terzo comma dell'art. 67, comma III, l. fall., ha "forzato" la stessa dottrina<sup>75</sup> a ricercare una soluzione, per scongiurare il rischio che la novella abbia l'effetto di restringere gli spazi di libertà imprenditoriale, prestando il fianco a dubbi di ragionevolezza<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Si rinvia al cap. III, par. 4.1. per l'analisi del punto.

<sup>75</sup> In particolare, G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., p. 572; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 411; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., pp. 208-209; R. LOTTINI, *Il nuovo*, cit., p. 1374; F. MUCCIARELLI, *Le esenzioni*, cit., p. 1476.

<sup>76</sup> Sostanzialmente in questa direzione il giudizio univoco espresso dagli Autori già richiamati alla nt. 75.

Conseguentemente, si è ritenuto che l'art. 217 *bis* l. fall. non abbia mutato le conclusioni cui già si era pervenuti in termini di liceità delle condotte<sup>77</sup> o, in ogni caso, che fosse doverosa un'interpretazione costituzionalmente conforme, che ricomprenda nello scudo della predetta previsione anche «i pagamenti e le operazioni descritti nelle lettere a), b), c), f), g) dell'art. 67, comma III, l.fall. [ove] realizzati in coerenza con una delle procedure indirizzate alla soluzione della crisi»<sup>78</sup>.

Tale conclusione non persuade.

Non convince la premessa, fondata su un'identità tra esenzioni da revocatoria e liceità, su cui già ci si è espressi<sup>79</sup>.

Inoltre, se si condivide che il cuore dell'art. 217 *bis* l. fall. risieda nell'esclusione del sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali, qualora siano oggetto – almeno – di una relazione *ad hoc* da parte di un professionista indipendente, allora un profilo di irragionevolezza sarebbe ipotizzabile solo se la scriminante speciale non richiamasse soluzioni della crisi per cui è prevista dalla l. fall. la predetta attestazione.

Ebbene, nessuna delle condotte, al contempo esentate ed estranee dal perimetro della causa di giustificazione, è sottoposta ad attestazione del professionista: dunque, non sembra porsi alcun problema di irragionevolezza.

Ad un rapido sguardo d'insieme alle predette condotte esclusivamente esentate dalla revocatoria, ci si avvede che esse non necessariamente sono legate a strategie di salvataggio o di uscita dalla crisi, né per esse una automatica “non applicazione” delle fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice appare ragionevole o auspicabile.

Si consideri paradigmaticamente l'ipotesi di cui alla lett. i), che attiene ai «pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito». Ebbene, un automatismo tra esenzione dalla revocatoria e liceità della condotta renderebbe non perseguibile l'imprenditore o il ceto gestorio che decidano, in una situazione di crisi o persino di in-

<sup>77</sup> Ha sostenuto tale conclusione F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., pp. 208-209; in senso adesivo, G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., p. 572; R. LOTTINI, *Il nuovo*, cit., p. 1374.

<sup>78</sup> Alla lettera F. MUCCIARELLI, *Le esenzioni*, cit., p. 1476. In senso adesivo, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., p. 223 e N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., 129.

<sup>79</sup> *Supra*, cap. III, par. 4.1.

solvenza, di saldare a proprio piacimento i debiti verso i lavoratori, magari preferendo se stessi e i propri familiari (ipotesi già tutt'altro che di scuola<sup>80</sup>).

Prevedere un'identità assoluta, sottratta al sindacato del giudice penale, tra agire legittimo e condotte esentate dalla revocatoria fallimentare porterebbe, dunque, a risultati irragionevoli e criminogeni.

Al contrario, ove le operazioni economiche di cui all'art. 67, comma III, l. fall.<sup>81</sup> siano necessarie nel contesto delle soluzioni negoziali della crisi e siano previste nel piano o nella relazione attestati dal professionista, esse saranno attratte nell'orbita della scriminante speciale, ma proprio in quanto "in esecuzione" delle strategie di emersione dalla crisi o di soddisfazione dei creditori diverse dal fallimento.

Dunque, appare del tutto coerente la selezione compiuta dal legislatore nell'art. 217 *bis* l. fall., se letta nella prospettiva esegetica qui formulata.

(c) Il terzo ed ultimo profilo che merita di essere qui scrutinato attiene alla scelta compiuta dal legislatore in ordine alle fattispecie "non applicabili". L'operatività della scriminante speciale è stata limitata ai delitti di bancarotta preferenziale e semplice, ovvero le incriminazioni contestate più di frequente<sup>82</sup> in relazione alle condotte ambientate nel contesto di strategie di salvataggio non riuscite.

Il rinvio operato dall'art. 217 *bis* l. fall. è stato oggetto di critiche in dottrina, definito, «al tempo stesso, carente ed eccessivo»<sup>83</sup>: (i) carente nella misura in cui non richiama le previsioni di bancarotta preferenziale e semplice impropria o, secondo altra dottrina, le ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale e societaria<sup>84</sup>; (ii) eccessivo, per aver, al contrario, abbracciato tutte le sottofattispecie di cui agli artt. 216, comma III, e 217 l. fall., anche quelle estranee ad una logica di salvataggio dell'impresa.

<sup>80</sup> Basti considerare che uno degli aspetti giurisprudenziali più controversi nel rapporto tra bancarotta distrattiva e preferenziale è proprio l'ipotesi dell'amministratore che, in una situazione di insolvenza dell'ente, decida di pagarsi i propri emolumenti, anche arretrati, a danno di tutti gli altri creditori, oggetto di sussunzione in entrambe le predette fattispecie da parte della Suprema Corte; per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rinvia alla nt. 115, cap. III.

<sup>81</sup> Ovviamente diverse dal piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma III, lett. d).

<sup>82</sup> Anche se, per vero, non certamente le uniche, come si è visto *supra*, cap. III.

<sup>83</sup> Alla lettera, M. ZINCANI, *Il nuovo*, cit., pp. 522-523.

<sup>84</sup> È la tesi di S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., p. 225.

Le critiche appena evidenziate pongono all'attenzione dell'interprete delle questioni che possono, tuttavia, essere risolte – almeno in parte – tenendo presente le ragioni alla base della scriminante speciale.

(i) Quanto alla natura “*carente*” del rinvio, basti considerare che «gli artt. 223 e 224 l. fall. operano un richiamo espresso «ai fatti previsti dagli articoli 216 e 217 l. fall.» sicché, nel caso specifico, sembra doversi ritenere che l'art. 217 *bis* l. fall., rendendo lecite le condotte in esame proprio in relazione agli artt. 216, comma III, e 217 l. fall., spieghi il medesimo effetto anche nelle ipotesi in cui tali fatti siano richiamati quali elementi costitutivi delle forme di bancarotta societaria»<sup>85</sup>.

Sarebbe, invece, risultato del tutto un fuor d'opera l'eventuale richiamo nell'art. 217 *bis* l. fall. alle fattispecie di bancarotta fraudolenta propria e impropria<sup>86</sup>.

Inserire, infatti, anche tali incriminazioni tra quelle per cui opera la scriminante speciale avrebbe avuto due effetti esiziali.

In primo luogo, il predetto ampliamento avrebbe avallato la conclusione giurisprudenziale, qui ampiamente criticata, che operazioni genuinamente imprenditoriali, addirittura realizzate in esecuzione di un piano validato da un professionista indipendente, possano essere sussunte nelle fattispecie di cui agli artt. 216, comma I, e 223, commi I e II, l. fall.<sup>87</sup> In altre parole, per tale via, si sarebbe implicitamente ammessa la correttezza di una commistione tra ‘cattive scelte imprenditoriali’ e ‘scelte non imprenditoriali’ nell'ambito delle declinazioni fraudolente della bancarotta.

Sotto altro profilo, una formulazione così ampia della causa di giustificazione avrebbe offerto una generalizzata patente di impunità per condotte realizzate nel contesto di piani fraudolenti, in cui, dietro ad un'apparente soluzione negoziale della crisi, si celano, per esempio, condotte distrattive o finanche operazioni dolose<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> In questi termini F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 204; in senso analogo già F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., p. 1476.

<sup>86</sup> Come, invece, proposto da S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., pp. 221 ss.

<sup>87</sup> In effetti, se non si fraintende la tesi di Cavallini, l'espansione dell'area di agire legittimo sarebbe resa necessaria proprio dalla commistione in giurisprudenza tra rischio di impresa e rischio penale, che qui si è evidenziata e criticata: tuttavia, nonostante l'intendimento, ovviamente qui condiviso, la soluzione appare inappagante.

<sup>88</sup> L'unico modo per ovviare a tale effetto perverso, nell'ipotesi qui criticata di ampliamento del perimetro della scriminante, sarebbe quella di rimettere al giu-

L'inclusione della bancarotta fraudolenta propria, impropria e societaria tra le fattispecie scriminate avrebbe posto poi seri – e probabilmente insuperabili – dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 217 *bis* l. fall., in punto di ragionevolezza del bilanciamento assiologico ipostatizzato dal legislatore, ove pur di tutelare la sopravvivenza dell'impresa si sarebbero consentite condotte di depauperamento dell'ente o del patrimonio dell'imprenditore per ragioni estranee alla prosecuzione dell'attività economica<sup>89</sup>.

Ciò che si può rimproverare al legislatore, invece, è che il mancato richiamo diretto all'art. 224 l. fall. lasci un evidente 'nervo scoperto' del sistema rispetto al cagionamento o all'aggravamento del dissesto "con inosservanza degli obblighi" imposti al ceto gestorio: in effetti, un'interpretazione ampia della fattispecie potrebbe condurre a nuovi spazi di sindacato giudiziale, attraverso il richiamo ai generali doveri di cui all'art. 2381 c.c.

La preoccupazione, che non risulta essere emersa in dottrina, è che in questo modo si consenta al giudice penale di contestare a monte la scelta di una soluzione della crisi piuttosto che di altra o, persino più radicalmente, l'accesso a tali soluzioni, riportando in auge un discusso "dovere di portare i libri in Tribunale"<sup>90</sup>, tipico di una logica prettamente liquidatoria dell'impresa, ormai, pacificamente superata.

(ii) Non appare, invece, problematico *per eccesso* il rinvio compiuto dal legislatore, ove si consideri che la selezione dell'art. 217 *bis* passa dal binomio tra il sintagma "in esecuzione" e le fattispecie "non applicabili".

Così, rispetto alla bancarotta semplice, sarebbe stato superfluo escludere la previsione, peraltro ignota alla prassi, di cui al n. 5, che punisce chi «non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare», giacché le condotte incriminate non si risolvono in pagamenti od operazioni realizzate in "esecuzione"<sup>91</sup>. Identico percorso argomentativo vale per l'ipotesi di

dice penale la valutazione della fattibilità della soluzione negoziale della crisi, negando, però, per tale via la portata innovatrice dell'art. 217 *bis* l. fall.

<sup>89</sup> Sulla legittimità costituzionale del bilanciamento compiuto dall'art. 217 *bis* l. fall. si tornerà ampiamente al par. 6 ss., in questo capitolo.

<sup>90</sup> Per uno sguardo di insieme sull'autofallimento, in prospettiva in parte critica rispetto alle riforme del diritto fallimentare, si veda G. BERTOLOTTI, *Poteri e responsabilità*, cit.

<sup>91</sup> Seppur con un percorso argomentativo diverso, addivengono alla medesima conclusione R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 402-403; F.

aver compiuto spese familiari eccessive (art. 217, n. 1)<sup>92</sup> o per la declinazione documentale della bancarotta semplice (art. 217, comma II, l. fall.)<sup>93</sup>.

Più attenta meditazione merita la consumazione di “una parte notevole del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti” (art. 217, n. 2), sottofattispecie espunta da buona parte della dottrina<sup>94</sup> dall’area di operatività dell’art. 217 *bis* l. fall.

Ebbene, rispetto a tale ipotesi, appare condivisibile la scelta inclusiva del legislatore, che non può essere obliterata dalla dottrina, senza pervenire ad un’interpretazione parzialmente abrogatrice della disposizione, per di più con effetti *in malam partem*. Si tratta di una soluzione normativa in linea con la funzione che si è riconosciuta all’art. 217 *bis* l. fall.: ritenere “applicabile” il n. 2 dell’art. 217 comporterebbe un sindacato del giudice penale proprio sulle scelte imprenditoriali maggiormente rischiose – indi *ex post* tacciabili di “manifesta imprudenza” – e, tuttavia attestate e persino condivise con i creditori, disincentivando le operazioni più ardite di salvataggio che, a determinate condizioni tipizzate, l’attuale sistema fallimentare, al contrario, auspica.

Ugualmente convincente è la scelta di richiamare *tout court* la bancarotta preferenziale, con un rinvio che abbraccia anche la simulazione di titoli di prelazione. È l’inevitabile presa d’atto del consolidato insegnamento giurisprudenziale che parifica la creazione alla simulazione dei titoli di prelazione<sup>95</sup>; peraltro, si tratta di orientamento formatosi in relazione proprio alla trasformazione del credito delle banche previa attribuzione di nuova finanza all’impresa in crisi, condotta pressoché immancabile nelle strategie di salvataggio. A fronte del diritto vivente, gravemente inefficiente sarebbe stata una scriminante speciale che non avesse richiamato anche tale condotta, lasciando valutare al giudice, caso per caso, l’utilità e la vantaggiosità

---

D’ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 212; F. MUCCIARELLI, *L’art. 217-bis*, cit., p. 283; G.L. PERDONÒ, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, cit., p. 62; M. ZINCANI, *Il nuovo*, cit., p. 522.

<sup>92</sup> Sul punto la dottrina è unanime. Si vedano gli Autori già richiamati alla nota 91.

<sup>93</sup> Per tutti, E.M. AMBROSETTI, *Reati fallimentari*, cit., p. 397.

<sup>94</sup> Escludono l’art. 217, comma I, n. 2, l. fall., F. D’ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 212; F. MUCCIARELLI, *L’art. 217-bis*, cit., p. 283; G.L. PERDONÒ, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, cit., p. 62; M. ZINCANI, *Il nuovo*, cit., p. 522.

<sup>95</sup> Su cui si è ampiamente detto *supra*, cap. III, par. 2.2.

economica del finanziamento concesso dall'istituto di credito<sup>96</sup> in esecuzione dei piani o delle relazioni attestate dal professionista.

### 5. *Una soluzione criminogena che lascia vuoti di tutela? L'equilibrio di sistema e il contrappeso del delitto di falso del professionista nelle attestazioni e nelle relazioni*

Resta da valutare la critica più radicale all'ipotesi interpretativa qui formulata, ovvero il suo presunto carattere sostanzialmente criminogeno, dovuto alla sua quasi "naturale" inclinazione ad essere strumentalizzata da "malintenzionati" operatori economici.

La domanda fondamentale, cui provare ad offrire risposta è presto formulata: se si sottrae al giudice penale il sindacato sulla fattibilità dei piani, in quanto attestati da un professionista indipendente, e si ritengono, conseguentemente, "non applicabili" le fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice, si garantisce una patente di impunità per le condotte di fraudolento ricorso alle soluzioni concordate della crisi?

La risposta a tale quesito è senz'altro negativa, per due fondamentali ordini di ragioni.

(i) La scriminante speciale affonda le proprie radici nella necessità di separare rischio imprenditoriale e rischio d'incriminazione, pericolo particolarmente significativo in relazione alle fattispecie di cui all'art. 216, comma III, 217 e 224, comma I, n. 2, l. fall.; al contrario, ove il negozio o l'atto giuridico rappresentino la *maschera* dietro cui si nasconde una condotta non imprenditoriale, l'esimente non ha motivo di operare, né emergono ragioni di tutela per gli operatori economici interessati.

Così, per quanto opinabile, specie *ex post*, il giudizio prognostico, compiuto dall'attestatore, che valida la fattibilità della strategia imprenditoriale individuata dal debitore per uscire dalla crisi, rimane nello spazio del rischio d'impresa, sottratto all'*enforcement* penalistico.

Discorso completamente diverso deve compiersi ove il piano sia fondato su dati economici non veritieri: in questa ipotesi l'art. 217 *bis*

---

<sup>96</sup> La valutazione di merito imprenditoriale sulla concessione di credito per discernere la possibilità di ritenere o meno scriminata tale condotta economica è attribuita, invece, al giudice penale da F. MUCCIARELLI, *L'esonazione*, cit., p. 1478, e in senso adesivo, N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., p. 130.

l. fall. non offre alcuna copertura, tanto in punto di esclusione del sindacato, quanto in relazione alla "non applicabilità" delle norme penali.

Sotto il primo profilo, la verifica sulla veridicità/falsità dei dati rappresenta lo spazio incompressibile di sindacato del giudice penale, come sottolineato dalle già citate Sezioni Unite Niccoli<sup>97</sup>, che riconoscono un vaglio doveroso per l'ipotesi di nullità dell'atto negoziale oggetto della fattispecie: paradigmatica la violazione di norme imperative, ricorrente ove il piano e, più in generale la soluzione negoziale, occulti o consti esso stesso di condotte penalmente rilevanti.

Ovviamente, sarà necessario distinguere, anche sulla scorta degli studi in materia di false comunicazioni sociali<sup>98</sup>, i dati fattuali, pur oggetto di valutazione, e le previsioni: mentre per i primi è pur sempre predicabile un giudizio in termini di verità/falsità penalistica<sup>99</sup>, le

<sup>97</sup> *Supra*, par. 3, sub (c).

<sup>98</sup> La bibliografia in materia è sterminata: tra le opere monografiche N. MAZACUVA, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, II ed., Padova, 2003; M. SCOLETTA, *Le false comunicazioni sociali. Bilanci e prospettive*, Pavia, 2012; P. BARTOLO, *I reati di false comunicazioni sociali*, Torino, 2004; A. BARTULLI, *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri studi di diritto penale societario*, Milano, 1980; A. PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999. A seguito della riforma dei reati di false comunicazioni sociali, compiuta con la l. 69/2015, si vedano, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 11 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali tra aporie legislative e primi disorientamenti applicativi*, in *Crim.*, 2015, pp. 435 ss.; F. MUCCIARELLI, *Le 'nuove' false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2015, pp. 159 ss.; S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1498 ss.; M. SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le Soc.*, 2015, pp. 1301 ss.

<sup>99</sup> Come noto, vengono identificati dalla dottrina tre concetti di "vero", compendiabili, ai limitati fini di questa ricerca e con una significativa semplificazione, come segue: (a) *vero legale*, per cui sarebbe integrato un falso valutativo ogni volta che vengano violate le regole di formazione del bilancio; (b) *vero ragionevole*, per cui sarebbero false solo le valutazioni frutto di scelte completamente arbitrarie del redattore; (c) *vero coerente*, per cui «la falsità penalmente rilevante si sostanzia nella difformità tra prescelto e dichiarato, cioè il valore concretamente ricostruibile utilizzando i criteri valutativi indicati ed il valore ufficialmente espresso in bilancio» (alla lettera M. SCOLETTA, *Le false*, cit., p. 110). A seguito della riforma delle fattispecie di false comunicazioni sociali, compiuta con la l. 69/2015, con cui improvvidamente il legislatore ha eliminato l'inciso "ancorché oggetto di valutazione", le Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. Un., 31.3.2016, n. 22474, ric. Passarelli) sono intervenute per risolvere un conflitto interno alla Quinta Sezione sulla permanente tipicità penale del falso valutativo ed hanno proposto un criterio

seconde sono sottratte a tale binomio<sup>100</sup>, completamente assorbite dall'agire legittimo d'impresa.

Da questa premessa deriva che di fronte a dati fattuali scientemente falsi si affaccia la possibilità di integrazione di reati per cui non opera la scriminante speciale: si pensi paradigmaticamente al rimprovero di bancarotta per operazioni dolose, per l'ipotesi in cui il ceto gestorio acceda ad una soluzione negoziale della crisi, sulla base di dati falsi e contro l'interesse stesso dell'ente, al solo fine di soddisfare alcuni creditori, sottrarre risorse o compiere altre forme di infedeltà; ancora, in relazione all'imprenditore individuale, il caso in cui, pur di perseverare nell'attività, presenti dati falsi, per nascondere una gestione caratteristica in perdita, nella speranza di uscire dalla crisi, condotta riconducibile nell'alveo della bancarotta dissipativa, in quanto, seppur *lato sensu* imprenditoriale, affonda le radici in un rischio totalmente illecito, ovvero il ricorso fraudolento agli istituti richiamati dall'art. 217 *bis* l. fall.

(ii) La radicale illiceità di un tale rischio è dimostrata dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 236 *bis* l. fall.<sup>101</sup>, norma di

mediano tra il "vero legale" e il "vero coerente", per cui «sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni». La decisione è stata oggetto di ampia analisi in dottrina: tra gli altri, senza pretesa di completezza, A. ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1479 ss.; F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali tra legalità e 'ars interpretandi'*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4, 2016, pp. 174 ss.; AL. ROSSI, *La rilevanza penale del falso valutativo: la motivazione 'di conferma' delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 2010 ss.; M. SCOLETTA, *La tipicità penale delle false valutazioni nelle comunicazioni sociali alla luce della Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 35 ss.

<sup>100</sup> Basti considerare che le previsioni, in quanto riferite ad un fatto futuro, sono ritenute dalla giurisprudenza non predicabili di per sé di verità o falsità: per tutte la già citata decisione Passarelli, (Cass. pen., Sez. Un., 31.3.2016, n. 22474, cit.), per cui «dal novero dei "fatti materiali" indicati dalla attuale norma incriminatrice come possibile oggetto di falsità vanno escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali».

<sup>101</sup> L'art. 236 *bis* l. fall. è stato oggetto di ampia analisi in dottrina: tra gli altri, R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2013, pp. 84 ss.; F. CONSULICH, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità 'paracolpevole': spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2012, pp. 613 ss.; P.G. DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.: la responsabilità penale dell'attestatore*, in

fondamentale significato sistematico<sup>102</sup>.

La previsione, introdotta con l'art. 33, comma I, lett. l) d.l. 83/2012, già nella rubrica<sup>103</sup> "falso in attestazioni e relazioni", chiarisce i lineamenti del tipo e offre preziose indicazioni all'interprete: il legislatore ha previsto una eccezionale ipotesi di falso ideologico in scrittura privata<sup>104</sup>, per presidiare un momento cruciale delle nuove soluzioni della crisi, così coprendo un angolo cieco del sistema penale.

In effetti, la dottrina<sup>105</sup>, che prima della novella del 2012 aveva affrontato la questione della necessità politico-criminale di punire condotte di falso nelle relazioni e nelle attestazioni, aveva lamentato un significativo *vulnus* nel sistema: mentre si riconosceva un ruolo centrale al professionista attestatore in una dimensione sempre più privatistica delle procedure, le eventuali condotte di falso da costui poste in essere o, comunque, avallate sembravano non trovare alcuna collocazione nelle fattispecie contro la fede pubblica codicistiche<sup>106</sup>.

Come condivisibilmente osservato, con l'art. 236 *bis* l. fall. il legi-

*Il Caso.it*, doc. n. 325/2012, pp. 1. ss.; M. GROTTI, *Il falso del professionista nelle procedure negoziate della crisi d'impresa*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2425; F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso*, cit., pp. 129 ss.

<sup>102</sup> Sottolinea N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., p. 140, «a giudicare dai livelli edittali (...) il legislatore deve avere riposto grandi speranze su questa norma in un'ottica di prevenzione, considerandola strumentale alla tutela del corretto funzionamento della "soluzioni negoziali"».

<sup>103</sup> Come auspicato al fine di garantire la tipicità dell'incriminazione da C. SOTTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1346 ss.

<sup>104</sup> Segnatamente, rileva R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso*, cit., p. 91, «il delitto di falso in attestazioni o relazioni è riconducibile alla categoria codicistica dei delitti contro la fede pubblica e, in particolare, alla specie dei delitti di falsità in atti – più precisamente, l'art. 236-*bis* l. fall. configura un'ipotesi di falsità ideologica in scrittura privata, punita in via eccezionale dall'ordinamento».

<sup>105</sup> Basti sul punto richiamare la puntuale analisi di D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 208, che, prima dell'introduzione dell'art. 236 *bis* l. fall., aveva posto l'attenzione sulla necessità di una risposta sanzionatoria a condotte di falso dell'attestatore: «permangono le perplessità nei confronti di un sistema che affida la concreta operatività di un importante limite alla sanzione penale esclusivamente alla professionalità di un soggetto privato, per di più scelto e retribuito dall'imprenditore in crisi. Si capisce facilmente, allora, come sarebbe stato senz'altro opportuno, per prevenire asseverazioni eccessivamente generose e garantire la scrupolosità del professionista nell'emettere un giudizio discrezionale che potrà, molto spesso, chiudere la porta a future incriminazioni, prevedere un apposito sistema di responsabilizzazione del professionista, anche mediante il ricorso a sanzioni specifiche, non necessariamente di matrice penalistica».

<sup>106</sup> Per un quadro di sintesi della questione si vedano R. BORSARI, *Il nuovo reato*, cit., pp. 85 ss.; F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso*, cit., pp. 130-131.

slatore «riempie uno spazio prima privo di tutela, reprimendo l'infedeltà di un professionista che si rivela strategico per l'ammissione dell'impresa alle soluzioni della crisi aziendale alternative al fallimento, in quanto soggetto terzo ed indipendente rispetto all'organizzazione d'impresa e che proprio per ciò rende credibile il progetto da lui positivamente attestato»<sup>107</sup>.

Gettando un rapido sguardo alla fattispecie, essa punisce il professionista che «espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti»: gli spazi dell'incriminazione sono strettamente correlati ai due aggettivi che connotano le "informazioni" ovvero "false" e "rilevanti".

Se, infatti, è condivisa l'opinione che per informazioni debbano intendersi «tutte quelle riguardanti dati economici, finanziari e patrimoniali del debitore, così come gli aspetti economici di carattere contestuale, qualora gli stessi vengano funzionalmente richiamati nel piano»<sup>108</sup>, discusso è se nel sintagma "informazioni false" vi sia spazio per le previsioni in punto di 'fattibilità' che, pur con sfumature diverse<sup>109</sup>, caratterizzano tutte le relazioni del professionista.

In dottrina sono state espresse posizioni variegiate che, pur tuttavia, anche riconoscendo che rispetto alla fattibilità del piano si sia in presenza di una valutazione prognostica, non predicabile per ciò solo di verità o falsità nella prospettiva della «rozza epistemologia penalistica»<sup>110</sup>, sono accomunate dal tentativo di ricondurre nell'alveo delle "informazioni false" anche tali giudizi<sup>111</sup>, spostando l'obiettivo dalla

<sup>107</sup> In questi termini, F. CONSULICH, *Nolo cognoscere*, cit., p. 618.

<sup>108</sup> Alla lettera, F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso*, cit., p. 137.

<sup>109</sup> Sul ricorso alla nozione di "fattibilità" come concetto di sintesi si veda la precedente nota 49.

<sup>110</sup> L'espressione si deve a F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso*, cit., p. 134.

<sup>111</sup> Una puntuale analisi delle posizioni espresse in dottrina sul punto esula dalla presente trattazione. È interessante, tuttavia, far emergere la tendenza a ricondurre, seppur indirettamente, il giudizio di fattibilità nel binomio vero/falso, presente negli scritti in materia, attraverso le parole stesse degli Autori. Così, ad esempio, F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso*, cit., p. 136, apre al vaglio del giudizio di fattibilità: «il giudizio in ordine alla eventuale falsità dell'informazione, di cui discorre l'art. 236-bis l.f., se in nessun caso può essere riferito al giudizio di fattibilità come tale, può investire situazioni nelle quali il professionista abbia espresso tale giudizio sulla base di metodi di valutazione non riconosciuti e non accettati dalle 'regole dell'arte'. Il parametro di riferimento diviene così il rispetto delle *leges artis*». In termini non dissimili F. CONSULICH, *Nolo cognoscere*, cit., che dapprima sottolinea come «la redazione di una previsione tecnica qualificata, avendo natura prognostica, non è - a rigor di logica - suscettibile di qualificazione in

previsione in sé considerata ai metodi con cui vi si è pervenuti, attingendo in diversa misura ai noti schemi del “vero legale”, del “vero ragionevole” o del “vero coerente”<sup>112</sup>.

Non è certo questa la sede per dipanare l'intricata matassa relativa al criterio da adottare per derivare la eventuale tipicità del c.d. falso valutativo; tuttavia, due dati possono essere considerati pacifici, quantomeno nella prospettiva giurisprudenziale: (a) i dati prognostici non possono essere predicati di verità o falsità<sup>113</sup>; (b) mutuando il recente insegnamento delle Sezioni Unite Passarelli<sup>114</sup> è possibile affermare la falsità «con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni»<sup>115</sup>.

Dunque, facendo dialogare tali punti fermi con la fattispecie in parola, la conclusione sembra essere nel senso che la fattibilità dei piani non possa essere di per sé contestata, nella sua dimensione di enunciato previsionale, ma possa essere esclusivamente vagliata al setaccio del criterio misto, tra “vero legale” e “vero coerente”, offerto dalle predette Sezioni Unite, in relazione ai dati economici posti alla sua base e ai criteri utilizzati per addivenire alla conclusione.

Rispetto alla nozione di “rilevanti” lo sforzo degli studiosi è stato in senso restrittivo del tipo, argomentando che tale aggettivo vada riferito non solo alle informazioni omesse, ma anche a quelle esposte, attraverso un'interpretazione ortopedica, che parifica i disvalori delle modalità di aggressione, nella prospettiva di una lettura dell'incriminazione come reato di pericolo concreto.

Segnatamente, è stato precisato che la nozione di falso “rilevante” è strettamente correlata alla funzione dell'attestazione, per cui «riferire un dato aziendale in modo difforme dal vero rileva in quanto tale

---

termini di falsità» (p. 623), poi ammette la responsabilità del professionista *ex art. 236 bis l. fall.*, se, «nello svolgimento della attestazione, abbia, più o meno occultamente, disapplicato i criteri dichiarati nella premessa della relazione, qualora non abbia cioè fatto coerente applicazione delle metodologie accettate dalle “regole dell'arte”, veicolando così un giudizio irragionevole» (p. 627).

<sup>112</sup> Su tali nozioni si rinvia alla precedente nota 99.

<sup>113</sup> Si veda sul punto la precedente nota 100.

<sup>114</sup> Precisamente, Cass. pen., Sez. Un., 31.3.2016, n. 22474, cit.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

difformità incida (...) sulla valutazione prognostica»<sup>116</sup>. È stata prospettata, per garantire l'offensività della fattispecie, una *prova di resistenza*, per cui «integra il tipo legale quella informazione che, se correttamente esposta e inserita alla base della relazione o attestazione, avrebbe reso riconoscibile la irragionevolezza della valutazione del professionista»<sup>117</sup>.

L'unione dei due selettori di fattispecie rimanda l'immagine di una incriminazione complementare all'art. 217 *bis* l. fall., che non lascia al giudice penale il vaglio della dimensione prettamente imprenditoriale della valutazione del professionista, ma si appunta sui suoi presupposti e sui criteri con cui si perviene alla conclusione di fattibilità.

La specularità tra gli artt. 217 *bis* e 236 *bis* l. fall. emerge anche posando lo sguardo sui "veicoli" della falsità: si tratta delle relazioni presentate nell'ambito delle convenzioni di moratoria con gli istituti di credito (art. 182 *septies*, comma V, l. fall.), del piano attestato di risanamento (art. 67, comma III, lett. d), l. fall.), dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 182 *bis* e 182 *septies* commi I – IV, l. fall.), del concordato preventivo (art. 161 l. fall.) anche in continuità (art. 186 *bis* l. fall.) e dei pagamenti e finanziamenti urgenti autorizzati dal Tribunale nelle ultime due "procedure" (art. 182 *quinquies*), ovvero i medesimi istituti coperti dalla scriminante speciale.

Infine, ai ristretti fini di questa indagine, è importante sottolineare la capacità general-preventiva della risposta sanzionatoria: «sia le pene principali, sia quelle accessorie (una per tutte l'interdizione da un mese a cinque anni dall'esercizio della professione *ex* artt. 30 e 31 c.p.) sia, infine, gli altri effetti derivanti da un'eventuale condanna penale (ad esempio l'impossibilità di essere nominato amministratore o sindaco di società *ex* artt. 2382 e 2399 c.c.) hanno un'effettività tale da comportare un serio danno all'attività libero professionale dell'autore del reato»<sup>118</sup>: la gravità della risposta sanzionatoria dovrebbe costituire un'ulteriore garanzia di attendibilità della relazione del professionista.

In definitiva, l'esclusione del sindacato del giudice penale sulla fattibilità dei piani e la conseguente "esenzione" dai reati di bancarotta, preferenziale e semplice, non rimanda affatto l'immagine di un si-

---

<sup>116</sup> Alla lettera, F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso*, cit., p. 138.

<sup>117</sup> Negli esatti termini, F. CONSULICH, *Nolo cognoscere*, cit., p. 624, corsivi dell'Autore.

<sup>118</sup> In questi termini la condivisibile osservazione di M. GROTTI, *Il falso*, cit., p. 2427.

stema penale *indifeso e succube* di fronte a forme di ricorso fraudolento alle strategie di salvataggio tipizzate nella l. fall.; al contrario, l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* quale l'art. 236 *bis* l. fall. e l'*enforcement* comunque garantito dalle declinazioni fraudolente (*ex art.* 216, comma I, e 223, comma I, l. fall.) e societaria (*ex art.* 223, comma II, l. fall.) della bancarotta, legittima ancor di più la scelta del legislatore di dividere nettamente il grano dal loglio.

## 6. *Il bilanciamento dei diritti pre-imposto dal legislatore e la sottrazione di materia al Giudice: spunti di riflessione a partire dalle decisioni della Corte Costituzionale sul caso c.d. Ilva*

Un ultimo tassello merita di essere aggiunto a mo' di *excursus*, per provare ad anticipare alcune possibili obiezioni alla ricostruzione qui prospettata.

Come si è detto, in relazione all'art. 217 *bis* l. fall., nell'interpretazione qui patrocinata<sup>119</sup>, la fattibilità dei piani viene sottratta alla valutazione del giudice penale, introducendo un automatismo tra realizzazione – non illecita e strumentale<sup>120</sup> – delle soluzioni negoziali della crisi o del concordato e automatica esclusione di responsabilità per le fattispecie di cui agli artt. 216, comma III, e 217 l. fall. per le condotte tenute in esecuzione degli istituti richiamati dalla scriminante speciale.

Giunti a questo punto dell'analisi si potrebbe diffidare di una tale soluzione, ove fosse eccentrica ed ignota all'ordinamento, non trovando discipline assimilabili; ancora e più radicalmente, si potrebbero nutrire dubbi sulla legittimità costituzionale di un *safe harbour* penalistico che renda lecita, in situazioni di crisi o addirittura di insolvenza<sup>121</sup>, la prosecuzione dell'attività d'impresa, con l'effetto – *ex ante* potenziale, ma *ex post* concreto in caso di fallimento – di aggravare il dissesto o preferire alcuni creditori in luogo di altri.

In altre parole, vi è, dunque, da chiedersi: (a) se la compressione

---

<sup>119</sup> *Supra*, cap. IV, par. 3 ss.

<sup>120</sup> *Supra*, cap. IV, par. 5.

<sup>121</sup> Si pensi all'ipotesi degli atti compiuti in esecuzione di una procedura di concordato preventivo, che può essere attivata in presenza di una crisi, situazione che per definizione normativa (art. 160, comma III, l. fall.) abbraccia anche l'insolvenza.

del sindacato giudiziale in materia penale di fronte ad un bilanciamento di interessi confliggenti, già pre-imposto dal legislatore, che facoltizza la prosecuzione di un'attività d'impresa, anche in un contesto segnato da un elevato rischio che ciò possa importare la realizzazione di illeciti penali sia ignota all'ordinamento; (b) se e in che misura un tale bilanciamento pre-imposto dal legislatore, che esclude il sindacato del giudice penale, sia costituzionalmente legittimo.

Ebbene, una preziosa risposta ad entrambi gli interrogativi pare potersi trarre dalla vicenda c.d. Ilva e, in particolare, dalle decisioni della Corte costituzionale<sup>122</sup>, chiamata a giudicare, per ciò che qui interessa, in cinque distinte occasioni<sup>123</sup> della legittimità delle previsioni legislative relative agli stabilimenti industriali di "interesse strategico nazionale", che hanno consentito all'acciaieria tarantina di proseguire l'attività, pur in presenza di sequestri preventivi senza facoltà d'uso.

La pregnanza della vicenda c.d. Ilva per l'analisi qui compiuta dipende dal *nocciolo duro* della questione sottoposta al Giudice delle leggi, ovvero la possibilità per il legislatore di bilanciare le ragioni dell'impresa e dell'occupazione con gli altri diritti che con essa possono venire in conflitto, in tal caso addirittura diritti fondamentali, quali l'incolumità pubblica in relazione alla salubrità dell'ambiente e la tutela della vita dei lavoratori.

Ancor più specificamente, la domanda a cui le decisioni Ilva hanno offerto risposta è *se e a quali condizioni* in una situazione di pericolo di integrazione o reiterazione di illeciti penali, è legittimo per il legislatore consentire comunque la prosecuzione dell'attività economica, rendendola di conseguenza lecita e scriminando quindi i reati commessi nel suo esercizio.

Chiara la significatività del tema rispetto alla presente ricerca: nell'art. 217 *bis* l. fall. è manifesta la preferenza del legislatore per le ragioni dell'economia (*la salvaguardia dell'impresa in crisi o insolvente*) rispetto agli eventuali contro-interessi individuali (*il patrimonio dei creditori*), presidiati dalle fattispecie penali di cui agli artt. 216, com-

---

<sup>122</sup> Il riferimento è alle sentenze Corte cost. 9.4.2013, n. 85 (dep. 9.5.2013) (*infra*, par. 6.2.) e Corte cost. 7.2.2018, n. 58 (dep. 23.3.2018) (*infra*, par. 6.4.).

<sup>123</sup> Oltre alle due sentenze di cui alla nota precedente, si devono ricordare le ordinanze Corte cost. 13.2.2013, nn. 16 e 17 di inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato dalla Procura della Repubblica in relazione rispettivamente al d.l. 207/2012 e alla sua legge di conversione, l. 231/2012 (*infra*, par. 6.2.) e l'ordinanza relativa all'art. 3, d.l. 1/2015 (c.d. scudo Ilva) con cui la Corte ha trasmesso gli atti al rimettente per *ius superveniens* (*infra*, par. 6.5.).

ma III e 217 l. fall., e che possono essere danneggiati nell'esecuzione delle soluzioni della crisi in caso di esito infausto.

Non può sfuggire, inoltre, il contesto in cui gli istituti richiamati dalla scriminante speciale sono ambientati, ovvero la crisi o addirittura l'insolvenza, esattamente quelle fasi della vita dell'impresa che costituiscono il contesto privilegiato criminologicamente<sup>124</sup> e tipizzato normativamente<sup>125</sup> di realizzazione dei reati fallimentari.

Dalle decisioni del Giudice delle leggi nella vicenda Ilva emergono i possibili indicatori di uno *stress test* per le disposizioni legislative che, consentendo la prosecuzione dell'attività economica in situazioni ad elevato rischio di commissione di illeciti penali, facoltizzano la violazione di norme incriminatrici.

Per una compiuta valutazione e valorizzazione di tali indicatori appare necessaria una analisi – necessariamente parziale – degli snodi normativi e giurisprudenziali che hanno segnato le vicissitudini dell'acciaieria, per poi vagliare l'esegesi proposta dell'art. 217 *bis* l. fall. alla luce degli indicatori emersi dalle decisioni della Consulta.

### 6.1. *Il sequestro preventivo senza facoltà d'uso di parte dello stabilimento e dei prodotti realizzati in pendenza della cautela e la prima disciplina c.d. salva Ilva*

Come noto, nella complessa gestione della crisi dell'Ilva il legislatore è intervenuto in diverse occasioni per consentire la prosecuzione dell'attività della società, pur in presenza di sequestri preventivi senza facoltà d'uso che hanno attinto sei aree dello stabilimento (area a caldo), oltre che i prodotti realizzati durante il periodo di esecuzione della cautela su tali aree, e l'Altoforno 2<sup>126</sup>.

Senza alcuna pretesa di rappresentare la complessità della vicenda, ci si limiterà qui ad evidenziare gli aspetti di interesse.

Segnatamente, nel contesto di indagini per i reati – tra gli altri – di disastro ambientale doloso, omissione e/o rimozione dolosa di cautele a salvaguardia dei lavoratori e avvelenamento doloso di sostanze destinate all'alimentazione<sup>127</sup>, il GIP presso il Tribunale di Taranto,

---

<sup>124</sup> *Supra*, cap. 1, par. 9.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> *Infra*, in questo capitolo, par. 6.3.

<sup>127</sup> Per una più puntuale indicazione delle ipotesi d'accusa si vedano, tra gli altri, G. MORGANTE, *Il diritto penale nel caso Ilva tra ospite d'onore e invitato di pie-*

su richiesta della competente Procura della Repubblica, ha proceduto il 25 luglio 2012 al sequestro preventivo senza facoltà d'uso di sei aree dello stabilimento stesso (area a caldo), nominando contestualmente quattro custodi-amministratori con il compito di iniziare «immediatamente le procedure tecniche e di sicurezza per il blocco delle specifiche lavorazioni e lo spegnimento degli impianti»<sup>128</sup>.

Il sequestro preventivo senza facoltà d'uso è stato sostanzialmente confermato dal Tribunale del Riesame e dal GIP con un successivo provvedimento<sup>129</sup>.

*Medio tempore*, è stata pubblicata l'approvazione del riesame dell'autorizzazione integrata ambientale<sup>130</sup> (in seguito AIA), rilasciata nel 2011<sup>131</sup>, sulla base della quale l'Ilva avrebbe potuto proseguire nella propria attività.

Nel novembre del 2012 la situazione ha raggiunto un primo apice di tensione: con due distinti provvedimenti il GIP ha proceduto al sequestro dei beni realizzati nel periodo di esecuzione della cautela reale<sup>132</sup>, in cui lo stabilimento non aveva interrotto la produzione, e ha negato il dissequestro delle aree dello stabilimento, nonostante la revisione dell'AIA<sup>133</sup>.

Per consentire ad Ilva di proseguire nella propria attività, provando a garantire al contempo la riduzione dell'impatto ambientale dell'impresa, l'esecutivo ha promulgato un primo decreto c.d. salva Ilva, d.l. 207/2012<sup>134</sup>, convertito con modificazioni con l. 231/2012.

L'intervento normativo – nella sua versione oggetto di conversione

*tra*, in *Fed.*, 24 luglio 2013, p. 1 ss.; C. RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in L. FOFFANI-D. CASTRONOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, Bologna, 2015, pp. 149 ss.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, pp. 190 ss.

<sup>128</sup> Alla lettera il provvedimento del GIP di Taranto del 25 luglio 2012.

<sup>129</sup> Per un quadro delle ordinanze cautelari, G. ARCONZO, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam"*, tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1-2013, p. 18.

<sup>130</sup> Il riesame dell'AIA dell'Ilva è stato approvato con D.M. 26.10.2012, n. 547.

<sup>131</sup> La prima AIA era stata approvata con D.M. 4.8.2011, n. 450.

<sup>132</sup> Ordinanza del GIP di Taranto del 26.11.2012.

<sup>133</sup> Ordinanza del GIP di Taranto del 30.11.2012.

<sup>134</sup> Precisamente, d.l. 3.12.2012, n. 207, "Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale".

– presenta una disciplina generale per le “crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale”, contenuta nei primi due articoli, oltre ad una disposizione *ad hoc* per l’Ilva all’art. 3.

In estrema sintesi e per ciò che qui interessa, il d.l. 207/2012 consente agli stabilimenti industriali, individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri come di interesse strategico nazionale, di proseguire nell’attività di realizzazione e commercializzazione di beni per un tempo massimo di trentasei mesi sulla base di un’AIA oggetto di riesame ministeriale, pur in presenza di un sequestro preventivo emesso dall’autorità giudiziaria.

La vigilanza sull’adempimento delle obbligazioni contenute nell’AIA è affidata all’ISPRA; restano ferme le sanzioni penali e amministrative in caso di violazione delle disposizioni dell’AIA, cui si aggiunge una sanzione amministrativa pecuniaria speciale, irrogata dal Prefetto territorialmente competente, che può arrivare fino al 10% del fatturato dell’impresa.

L’art. 3 del predetto d.l., specificamente dedicato all’Ilva, qualifica *ex lege* gli impianti siderurgici della società come “stabilimenti industriali di interesse strategico” e rimette nel possesso dell’attività produttiva la società stessa, autorizzando la commercializzazione dei beni prodotti.

Come puntualmente notato in dottrina, «l’immissione nel possesso dei beni sembra comportare, di fatto, l’esautorazione dei custodi-amministratori nominati con il provvedimento di sequestro del 26 luglio 2012, così come modificato dal Tribunale del Riesame; l’autorizzazione alla commercializzazione vorrebbe invece porre rimedio al provvedimento del 26 novembre 2012 con il quale il Gip ha disposto il sequestro dei beni prodotti durante il periodo del sequestro preventivo»<sup>135</sup>.

Tali aspetti, confermati dalla genesi del provvedimento<sup>136</sup>, hanno immediatamente portato la dottrina<sup>137</sup> ad annoverare il d.l. in parola, sulla scorta dell’insegnamento di Mortati<sup>138</sup>, tra le “leggi su misura”,

---

<sup>135</sup> Alla lettera, G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., p. 21.

<sup>136</sup> In effetti, rileva G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., p. 22 che la prima bozza del decreto legge, circolata dopo il Consiglio dei Ministri del 30 novembre 2012, prevedeva esclusivamente una disciplina *ad hoc* per l’Ilva e non già disposizioni generali per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale, a dimostrazione della natura fondamentale di “legge su misura”.

<sup>137</sup> G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., 22, cui si deve la citazione nel corpo del testo di MORTATI.

<sup>138</sup> Il riferimento è all’opera classica di C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.

ovvero quelle “norme a generalità potenziale”, nelle quali, «pur apparendo chiara l'intenzione del legislatore di disporre a favore o a danno di singoli, la norma è così formulata da renderne possibile l'applicazione anche in futuro a quegli altri soggetti rispetto ai quali si realizzino le stesse condizioni»<sup>139</sup>.

È del tutto evidente, infatti, che la crisi dell'Ilva abbia costituito la ragione profonda del decreto legge, come emerge dallo stesso preambolo del d.l. 207/2012, ove si afferma che “la continuità del funzionamento produttivo dello stabilimento siderurgico Ilva S.p.A. costituisce una priorità strategica di interesse nazionale, in considerazione dei prevalenti profili di protezione dell'ambiente e della salute, di ordine pubblico, di salvaguardia dei livelli occupazionali”.

Per vero, il d.l. 207/2012 può ad ogni effetto considerarsi “legge personale nominativa”<sup>140</sup>, individuando l'art. 3 puntualmente in Ilva s.p.a. il destinatario dell'intervento legislativo<sup>141</sup>.

Con l'emanazione del decreto in parola e della legge di conversione, i difensori di Ilva s.p.a. prima e la Procura della Repubblica poi hanno richiesto al GIP il dissequestro dei prodotti sottoposti alla cautela reale: da tali domande sono sorti due distinti incidenti di costituzionalità della disciplina c.d. salva Ilva, il primo sollevato dal Tribunale competente sull'appello<sup>142</sup> formulato da Ilva sul diniego di dissequestro emesso dal GIP sulla base dell'originaria formulazione del d.l. 207/2012, il secondo proposto dal GIP stesso<sup>143</sup>, richiesto da un'ulteriore istanza di dissequestro formulata dalla Procura della Repubblica a seguito dell'entrata in vigore della l. 231/2012<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Così C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., pp. 10-12, citazione ripresa da G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., p. 22.

<sup>140</sup> Sempre secondo la definizione di C. MORTATI, *Le leggi*, cit., p. 4.

<sup>141</sup> Per tale profilo ha ricondotto l'art. 3 alla “legge in luogo di provvedimento” A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1-2013, p. 10.

<sup>142</sup> Ordinanza del Tribunale ordinario di Taranto del 15 gennaio 2013, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, n. 6, prima serie speciale, anno 2013.

<sup>143</sup> Ordinanza del GIP di Taranto del 22 gennaio 2013 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, n. 6, prima serie speciale, anno 2013.

<sup>144</sup> Merita di essere chiarito un aspetto più di dettaglio, che offre le ragioni dei due distinti procedimenti cautelari. A seguito del d.l. 207/2012 i difensori di Ilva s.p.a. hanno formulato richiesta di dissequestro dei beni, tuttavia rigettata dal GIP, che ha negato l'efficacia retroattiva del d.l.; contro il provvedimento del GIP i patroni dell'acciaieria hanno proposto il gravame da cui è scaturita la prima questione incidentale di costituzionalità.

La Procura della Repubblica di Taranto aveva, inoltre, sollevato due distinti conflitti di attribuzioni avanti alla Corte Costituzionale, relativi l'uno al decreto, l'altro alla legge di conversione.

Mentre i conflitti di attribuzione sono stati dichiarati inammissibili<sup>145</sup>, la Corte costituzionale ha ritenuto con la sentenza 85/2013<sup>146</sup> in parte inammissibili e in parte infondate le censure sollevate dal Tribunale del riesame e dal GIP, sottoponendo ad un attento vaglio la (prima) disciplina c.d. salva Ilva: tale analisi appare particolarmente proficua per la presente ricerca.

## 6.2. *La sentenza 85/2013 del Giudice delle leggi: i limiti di legittimità del bilanciamento tra ragioni dell'impresa e diritto alla salute*

Come esattamente notato in dottrina, di là della pletora di disposizioni costituzionali che nella prospettazione del GIP la disciplina c.d. salva Ilva avrebbe violato<sup>147</sup>, i rilievi di illegittimità evidenziati

---

*Medio tempore*, il Parlamento, in sede di conversione del d.l. richiamato, ha modificato l'art. 3, comma II, esplicitando il carattere retroattivo del decreto stesso. A seguito di tale modifica, la Procura della Repubblica stessa ha formulato al GIP un provvedimento di dissequestro, chiedendo contestualmente che la disciplina *ad Ilvam* venisse sottoposta allo scrutinio di legittimità del Giudice delle leggi, richiesta accolta dal GIP che ha sollevato la seconda questione incidentale.

<sup>145</sup> Si tratta delle ord. 16 e 17/2013, che hanno dichiarato inammissibili i conflitti di attribuzione giacché le norme del d.l. e della l. possono – e di fatto erano – oggetto di una questione di legittimità costituzionale.

<sup>146</sup> Esattamente, Corte cost. 9.4.2013, n. 85 (dep. 9.5.2013), con note di R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 1508; M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Fed.*, 5 febbraio 2014, pp. 1 ss.; V. ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 1494 ss.; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini*, cit., pp. 1498 ss.; E. VIVALDI, *Il caso Ilva. La "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Fed.*, 17 luglio 2013, pp. 1 ss.

<sup>147</sup> Per precisione: artt. 2, 3, 9, comma II, 24, comma I, 25, comma I, 27, comma I, 32, 41, comma II, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112, 113, 117, comma I, Cost. Peraltro, come magistralmente rilevato da D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte Costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giur. cost.*, p. 1503, l'ordinanza di rimessione del GIP perviene ad un – inedito – ribaltamento di principi di garanzia in chiave autoritaria, come la lettura della personalità della responsabilità penale *ex art. 27, comma I, Cost.*, quale imposizione costituzionale di una responsabilità penale inderogabile per chi leda determinati beni giuridici.

nelle due ordinanze di rimessione ruotano intorno a due fondamentali poli: (a) la possibilità e la ragionevolezza di un bilanciamento tra diritti fondamentali, in specie tra la salvaguardia della salute dei cittadini (art. 32 Cost.) e la tutela dei livelli occupazionali (art. 4 Cost.); (b) il confine tra politica e giustizia, tra i compiti e le responsabilità spettanti all'una e all'altra<sup>148</sup>, specie nella prevenzione dei reati e, specularmente, i limiti della riserva di giurisdizione.

(a) La prima questione fondamentale affrontata dalla Corte è se sia possibile e in che termini un bilanciamento tra il diritto alla salute, posto in pericolo dalla prosecuzione dell'attività dell'acciaieria, e la tutela dell'impresa, non tanto in relazione all'art. 41 Cost., quanto piuttosto in riferimento all'art. 4 Cost.<sup>149</sup>, nella prospettiva di preservare i livelli occupazionali.

Il Giudice delle leggi, dopo una ricognizione del *corpus* normativo nel suo complesso, fondamentale come si vedrà a breve per giustificare le proprie conclusioni, chiarisce il punto: «la *ratio* della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso»<sup>150</sup>.

La possibilità di un bilanciamento tra i diritti deriva dalla constatazione per cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione

<sup>148</sup> Sul punto, in particolare, V. ONIDA, *Un conflitto*, cit., p. 1494.

<sup>149</sup> Particolarmente critica sull'impostazione in questi termini della questione D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-CHEVRON*, in *Cost. it.*, 2-2017, III, p. 10: «possiamo dunque ritenere che la Corte abbia effettuato un bilanciamento "strategico", trasformando il lavoro, grazie anche all'argomento della "emergenza occupazionale", in strumento di difesa della produzione». In termini simili, E. VIVALDI, *Il caso Ilva*, cit., p. 29, per cui la Consulta avrebbe «operato un bilanciamento ineguale, in cui la pesatura dei beni contrapposti pare falsata da un provvedimento, quale l'AIA, assunto quale strumento capace di garantire, fino a dichiarazione di inadeguatezza, l'equilibrio tra le contrapposte esigenze di tutela della salute e dell'ambiente, da un lato, e quelle del lavoro dall'altra. In secondo luogo, poi, ha avuto sicuramente peso un significativo cambio di paradigma, che ha comportato l'inquadramento della vicenda da un diverso angolo visuale: per cui non si è trattato più di bilanciare la tutela della salute con la libertà di impresa, ma di trovare una sintesi tra salute e lavoro».

<sup>150</sup> Corte cost. 9.4.2013, n. 85 (dep. 9.5.2013), par. 9.

si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»; diversamente, prosegue la Corte, «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>151</sup>.

Dunque, quanto all'*an* del bilanciamento, «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»<sup>152</sup>.

Rispetto al *quomodo* del bilanciamento, un ruolo fondamentale è attribuito dalla Corte all'atto autorizzativo alla prosecuzione dell'attività (i.e. l'AIA riesaminata): «il procedimento che culmina nel rilascio dell'AIA, con le sue caratteristiche di partecipazione e di pubblicità, rappresenta lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione»<sup>153</sup>.

Per consolidare la conclusione di un corretto bilanciamento nella normativa sottoposta al suo vaglio, la Corte sottolinea, da un canto, come l'adempimento delle prescrizioni contenute nell'AIA sia sottoposto al controllo dell'ISPRA e le violazioni restino soggette a sanzioni penali e amministrative, oltre che alla specifica sanzione pecuniaria amministrativa introdotta dall'art. 1, comma III, d.l. 207/2012; dall'altro, nel caso in cui il percorso di risanamento ambientale non si rivelasse efficace, resta fermo l'obbligo dell'amministrazione di procedere ad un nuovo riesame dell'AIA, *ex art. 29-octies*, comma IV, d.lgs. 152/2006.

Del resto, e il dato è di fondamentale importanza, la Consulta pone un chiaro limite agli spazi di sindacato giudiziale sul bilanciamento tipizzato dal legislatore, negando possa «essere ammesso che un giudice (ivi compresa questa Corte) ritenga illegittima la nuova normativa in forza di una valutazione di merito di inadeguatezza della stessa, a prescindere dalla rilevata violazione di precisi parametri normativi, costituzionali o ordinari, sovrapponendo le proprie valu-

---

<sup>151</sup> *Ibidem.*

<sup>152</sup> *Ibidem.*

<sup>153</sup> *Ivi*, par. 10.1.

tazioni discrezionali a quelle del legislatore e delle amministrazioni competenti. Tale sindacato sarebbe possibile solo in presenza di una manifesta irragionevolezza della nuova disciplina dettata dal legislatore e delle nuove prescrizioni contenute nell'AIA riesaminata»<sup>154</sup>.

Un ultimo profilo in punto di bilanciamento merita attenzione.

La Corte chiarisce in diversi punti della decisione<sup>155</sup> che l'intervento normativo, introducendo un punto di equilibrio ragionevole tra diritti in conflitto, ha l'effetto *per il futuro* di rendere lecita la prosecuzione dell'attività, se realizzata nel rispetto delle prescrizioni contenute nell'AIA, indipendentemente dal fatto che possano essere integrate fattispecie di reato.

Segnatamente, sostiene la Consulta, attraverso la revisione dell'AIA e in virtù della novella legislativa «le condizioni di liceità della produzione sono cambiate e gli eventuali nuovi illeciti penali andranno valutati alla luce delle condizioni attuali e non di quelle precedenti»<sup>156</sup>; ancora: «la distinzione tra la situazione normativa precedente all'entrata in vigore della legge (...) e l'attuale disciplina consiste nel fatto che l'attività produttiva è ritenuta lecita alle condizioni previste dall'AIA riesaminata»<sup>157</sup>; sempre la Corte: «dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 207 del 2012, è considerata lecita la continuazione dell'attività produttiva di aziende sottoposte a sequestro, a condizione che vengano osservate le prescrizioni dell'AIA riesaminata»<sup>158</sup>; infine: «l'AIA riesaminata indica un nuovo punto di equilibrio, che consente, secondo la norma censurata nel presente giudizio, la prosecuzione dell'attività produttiva a diverse condizioni, nell'ambito delle quali l'attività stessa deve essere ritenuta lecita»<sup>159</sup>.

(b) Il secondo macro-profilo di illegittimità costituzionale, come anticipato, attiene alla separazione tra poteri dello Stato e, più precisamente, alla denunciata lesione della riserva di giurisdizione da parte del legislatore, intervenuto sugli effetti di un provvedimento di sequestro preventivo.

La Corte coglie l'occasione per chiarire i limiti della nozione stessa di riserva di giurisdizione, declinata dai rimettenti non quale garan-

---

<sup>154</sup> *Ivi*, par. 12.6.

<sup>155</sup> Utilizzando, peraltro, espressioni pressoché identiche, come a voler convincere il giudice *a quo* con un *mantra*.

<sup>156</sup> Corte cost. 9.4.2013, n. 85 (dep. 9.5.2013), par. 12.6.

<sup>157</sup> *Ivi*, par. 8.1.

<sup>158</sup> *Ivi*, par. 8.1.

<sup>159</sup> *Ivi*, par. 10.2.

zia per il cittadino rispetto alle limitazioni della propria libertà individuale, quanto piuttosto come scudo per il potere giudiziario dalle interferenze di altri poteri dello Stato, sancito dal combinato disposto degli artt. 102, comma I, e 104, comma I, Cost.

Ebbene la Consulta declina puntualmente la riserva di giurisdizione come «l'esclusiva competenza dei giudici – ordinari e speciali – a definire con una pronuncia secondo diritto le controversie che coinvolgono diritti soggettivi o interessi legittimi, loro sottoposte secondo le modalità previste dall'ordinamento per l'accesso alle diverse giurisdizioni»<sup>160</sup>.

In materia penale, ciò che assume rilievo e protezione costituzionale, chiarisce il Giudice delle leggi, è la riserva di sentenza, che garantisce al PM il diritto-dovere di esercitare l'azione penale e vieta al legislatore di intervenire su un processo penale in corso o su un giudicato.

Ritiene la Consulta che la declinazione dei requisiti di liceità di un'attività economica e l'intervento sugli effetti di un provvedimento di sequestro finalizzato all'impedimento di ulteriori reati o alla confisca, non incida in alcun modo sulla doverosità e sui modi dell'accertamento di responsabilità penali per fatti pregressi, né tantomeno su una specifica decisione coperta dal giudicato.

La sentenza, a fronte di convinte e autorevoli adesioni<sup>161</sup>, non ha mancato di sollevare critiche, appuntatesi tanto sull'*an*, quanto sul *quomodo* del bilanciamento: vi è, infatti, chi<sup>162</sup> ha dubitato *tout court* della possibilità di comprimere il diritto alla salute, definito “fondamentale” dall'art. 32 Cost., a favore di altri principi o diritti, pur costituzionalmente garantiti, e chi<sup>163</sup> ha ritenuto che dietro il richiamo al diritto al lavoro si nascondano le ragioni dell'economia e della produzione, che non giustificherebbero la ragionevolezza del punto di equilibrio individuato dal legislatore.

---

<sup>160</sup> *Ivi*, par. 12.5.

<sup>161</sup> Condividono le ragioni del Giudice delle leggi, tra gli altri, D. PULITANÒ, *Giudici tarantini*, cit., pp. 1499 ss., e V. ONIDA, *Un conflitto*, cit., pp. 1494 ss.

<sup>162</sup> Si vedano, in particolare, G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Quest. giust.*, 10 aprile 2018; R. DE VITO, *La salute, il lavoro, i giudici*, in *Quest. giust.*, 24 marzo 2018; A. SCARCELLA, *Tutela della sicurezza dei lavoratori: incostituzionale la normativa “anti blocco ILVA”*, in *ISL*, 2018, p. 345; E. VIVALDI, *Il caso Ilva*, cit., p. 15.

<sup>163</sup> Per tutti D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento*, cit., p. 10, ed E. VIVALDI, *Il caso Ilva*, cit., p. 29: sul punto si veda più ampiamente *supra*, nt. 149.

### 6.3. Il sequestro dell'Altoforno 2 a seguito della morte di un lavoratore e la seconda disciplina c.d. salva Ilva

Una ulteriore decisione della Corte costituzionale<sup>164</sup> si è resa necessaria in relazione ad un secondo decreto c.d. salva Ilva, intervenuto in relazione al sequestro preventivo dell'Altoforno 2 (Afo2), emesso nel procedimento per omicidio colposo e omissione dolosa di cautele, aperto nei confronti di alcuni soggetti apicali dell'Ilva, a seguito di un incidente sul lavoro in cui ha perso la vita un dipendente della società.

Segnatamente, a seguito dell'evento tragico occorso ad un lavoratore, la Procura della Repubblica procedeva il 18 giugno 2015 al sequestro preventivo *ex art.* 321, commi I e II, c.p.p. in via d'urgenza dell'Afo2 senza facoltà d'uso, convalidato poi dal GIP competente il successivo 29 giugno.

Anche tale misura cautelare ha costituito la *ratio essendi* di un intervento normativo *ad Ilvam*, ovvero l'art. 3, d.l. 92/2015, teso, come esplicitato dal primo comma della predetta disposizione, a «garantire il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva, di salvaguardia dell'occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia».

La novella consentiva la prosecuzione dell'attività, senza soluzione di continuità, per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale, pur in presenza di un sequestro preventivo riferito ad «ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori».

La condizione per l'esercizio dell'attività, per un periodo non superiore a dodici mesi, nonostante la pendenza di una misura cautelare reale, era individuata nella presentazione entro trenta giorni dall'emissione del sequestro di «un piano recante misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, per la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro».

La stesura del piano e i suoi contenuti sono affidati alla società stessa, senza alcuna indicazione del legislatore sui requisiti minimi e senza l'intervento di alcuna autorità amministrativa nell'individuazione delle misure necessarie.

---

<sup>164</sup> Precisamente, Corte cost. 7.2.2018, n. 58 (dep. 23.3.2018), con note di D. PULITANÒ, *Una nuova 'sentenza ILVA'. Continuità o svolta?*, in *Giur. cost.*, 2018, 604; A. SCARCELLA, *Tutela*, cit., pp. 339 ss.; S. ZIRULIA, *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto "salva-Ilva" n. 92 del 2015*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 947 ss.

Vigili del fuoco, Asl e Inail, quali destinatari di una mera comunicazione-notizia di realizzazione del piano, erano tenuti, *ex art.* 3, comma IV, d.l. 92/2013, ciascuno per le proprie competenze, a monitorare il funzionamento delle aree produttive sottoposte a sequestro, oltre che l'adempimento delle prescrizioni auto-normate dall'ente.

Sulla base del citato art. 3 i difensori dell'Ilva hanno richiesto il dissequestro dell'Afo2 al P.M., il quale ha rimesso la decisione al GIP, formulando parere negativo. Il GIP, pur sapendo che la disposizione sarebbe stata probabilmente oggetto di ulteriori interventi emendativi, ha sollevato questione di legittimità costituzionale con ordinanza del 14 luglio 2015<sup>165</sup> in relazione agli artt. 2<sup>166</sup>, 3<sup>167</sup>, 32<sup>168</sup>, 41<sup>169</sup>, 112<sup>170</sup>, 4 e 35, comma I<sup>171</sup>, Cost.

Nelle more del periodo di conversione del d.l. 92/2015 è intervenuta la l. 132/2015 che, contestualmente, ha abrogato il predetto art. 3, mantenendone salvi gli effetti già prodotti<sup>172</sup>, e ha (re)introdotta all'art. 21-*octies* della legge stessa una previsione di contenuto identico a quella dell'abrogato art. 3.

<sup>165</sup> L'ordinanza è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 20, prima serie speciale, dell'anno 2017.

<sup>166</sup> L'art. 2 Cost. sarebbe stato violato perché le previsioni sindacate consentirebbero la prosecuzione di un'attività economica che pone in pericolo la vita e l'incolumità dei lavoratori.

<sup>167</sup> Il principio di uguaglianza, secondo il rimettente, sarebbe violato in quanto gli stabilimenti di interesse strategico godrebbero di un ingiustificato privilegio in ordine all'adempimento degli obblighi di sicurezza dei lavoratori; specularmente i lavoratori di tali enti sarebbero esposti ad un maggiore rischio per la propria incolumità rispetto a quelli di ogni altra impresa.

<sup>168</sup> Il diritto alla salute di cui all'art. 32, comma I, Cost. sarebbe inciso nella misura in cui viene posta in pericolo l'incolumità del cittadino-lavoratore, in mancanza di un bilanciamento ragionevole con altri diritti.

<sup>169</sup> La seconda disciplina c.d. salva Ilva si porrebbe, nella prospettiva del giudice *a quo*, in contrasto con l'art. 41 Cost. perché si consentirebbe la prosecuzione di un'attività economica che pone in pericolo la vita dei lavoratori, sulla sola base di un piano di sicurezza auto-normato dallo stabilimento produttivo di rilevanza nazionale.

<sup>170</sup> L'art. 112 Cost. sarebbe inciso nella misura in cui la disciplina al vaglio della Corte, liceizzando la prosecuzione dell'attività, non consente né la punizione, né la prevenzione dei reati di cui agli artt. 437, 589 e 590 c.p.

<sup>171</sup> Secondo l'ordinanza di rimessione le disposizioni sottoposte a giudizio di costituzionalità violerebbero gli artt. 4 e 35, comma I, Cost. nella misura in cui compromettono la sicurezza dei lavoratori, presupposto necessario del diritto al lavoro presidiato dalla Costituzione.

<sup>172</sup> Cfr. art. 1, comma II, l. 132/2015.

Tale scelta legislativa è stata condivisibilmente definita «una pagina nera, esempio di un modo di legiferare sfrontatamente scorretto anche sul piano formale, inteso a bloccare un provvedimento giudiziario e a far saltare il giudizio di costituzionalità»<sup>173</sup>.

#### 6.4. *Continuità di insegnamento e diversità di decisione: la dichiarazione di illegittimità costituzionale della seconda disciplina c.d. salva Ilva*

La Corte costituzionale, con la decisione n. 58 del 2018<sup>174</sup>, ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, d.l. 92/2015, oltre che degli artt. 1, comma II, e 21-*octies* l. 132/2015, che hanno rispettivamente abrogato e reintrodotta contestualmente la disciplina del predetto art. 3.

Le ragioni della dichiarazione di incostituzionalità di una pluralità di disposizioni, riferite alla medesima norma, sono spiegate puntualmente dalla Corte, chiamata pur sempre a giudicare «su norme e pronunciare su disposizioni»: il «tortuoso e del tutto anomalo»<sup>175</sup> iter seguito dal legislatore ha imposto alla Consulta di considerare la nuova disciplina c.d. salva Ilva come un *unicum*, con effetti di disciplina senza reale soluzione di continuità.

Fatta questa premessa, la decisione del Giudice delle leggi si appunta sul bilanciamento compiuto dalla norma sottoposta al suo vaglio dei diritti in contrasto, richiamando l'insegnamento della precedente sentenza 85/2013, e tracciando un confronto con il d.l. 207/2012.

Ebbene, le differenze tra le due normative c.d. salva Ilva sono presto enucleate<sup>176</sup>.

La prima e più vistosa attiene alle prescrizioni liceizzanti la prosecuzione dell'attività in pendenza di un sequestro, che nella nuova disciplina non sono più contenute in un provvedimento amministrativo, soggetto a vaglio giudiziale e a modifiche da parte dell'autorità competente in caso di inefficacia delle prescrizioni ivi contenute,

<sup>173</sup> Alla lettera D. PULITANÒ, *Una nuova 'sentenza 'Ilva'*, cit., p. 605.

<sup>174</sup> Corte cost. 7.2.2018, n. 58 (dep. 23.3.2018).

<sup>175</sup> Secondo l'icastica definizione contenuta al par. 2.3. della già citata sentenza 58/2018 del Giudice delle leggi.

<sup>176</sup> Si noti che la dottrina, già in fase di primo commento del d.l. 92/2015 non aveva mancato di sottolineare i punti di contatto e di differenziazione tra l'art. 3, d.l. 92/2015 e l'art. 3, d.l. 207/2012: si veda S. ZIRULIA, *In vigore un nuovo decreto 'Salva Ilva' (e anche Fincantieri)*, in *Dir. pen. cont.*, 6 luglio 2015, par. 6 e 7.

bensì individuate in un documento redatto unilateralmente dallo stesso ente sottoposto al sequestro.

Del resto, nella seconda normativa *ad Ilvam* la tipizzazione delle prescrizioni è affidata alla piena libertà del privato: l'assenza di riferimenti normativi alla legislazione in materia di sicurezza ha l'effetto, secondo il Giudice delle leggi, di «lascia[re] sfornito l'ordinamento di qualsiasi concreta ed effettiva possibilità di reazione per le violazioni che si dovessero perpetrare durante la prosecuzione del piano»<sup>177</sup>. La stessa vigilanza di INAIL, ASL e Vigili del Fuoco non sembra trovare un portato chiaro in termini di concreta ed effettiva possibilità di intervento di tali soggetti.

Per di più, sottolinea la Corte<sup>178</sup>, manca la previsione di misure immediate, dirette a scongiurare il pericolo attuale per l'incolumità dei lavoratori, potendo l'ente adottare anche un piano solamente provvisorio e, comunque, entro trenta giorni dall'esecuzione della misura cautelare.

Dal confronto tra norme la Consulta perviene alla conclusione che sia «a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)»<sup>179</sup>.

Va sottolineato che la mancanza di misure dirette a garantire immediatamente i diritti dei lavoratori ha inciso in modo significativo sul giudizio di illegittimità: «rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona»<sup>180</sup>.

Volendo tracciare delle conclusioni utili al prosieguo, appare chiara la linea di continuità di insegnamento<sup>181</sup> delle due sentenze relati-

<sup>177</sup> Corte cost. 7.2.2018, n. 58 (dep. 23.3.2018), par. 3.2.

<sup>178</sup> *Ivi*, par. 3.2.

<sup>179</sup> *Ivi*, par. 3.3.

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> Tale continuità è individuata da D. PULITANO, *Una nuova 'sentenza Ilva*, cit., pp. 607 ss., e S. ZIRULIA, *Sequestro preventivo*, cit., p. 949; *contra*, nel senso di una netta cesura tra gli insegnamenti delle due decisioni, G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute*, cit.; R. DE VITO, *La salute, il lavoro*, cit.

ve alle discipline salva Ilva del 2012 e del 2015: un bilanciamento tra diritti fondamentali è possibile, ma il punto di equilibrio deve poter resistere ad un giudizio di ragionevolezza.

In questa prospettiva, costituiscono variabili fondamentali: (a) la natura non meramente unilaterale della disciplina liceizzante la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa in situazioni di elevato rischio di commissione di illeciti penali; (b) l'adozione tempestiva delle specifiche regole liceizzanti; (c) la presenza di un controllo di natura giudiziale sulle prescrizioni che consentono l'esercizio dell'attività economica; (d) un effettivo apparato sanzionatorio per il caso di violazione delle predette prescrizioni.

### **6.5. *Il c.d. scudo Ilva: i dubbi di legittimità tra presunzione di diligenza e scriminante speciale***

Per completare il quadro delle norme relative alla vicenda Ilva di interesse per la presente ricerca, l'attenzione deve essere posta sull'art. 2, comma VI, d.l. 1/2015, convertito con modifiche dalla l. 20/2015: si tratta della norma nota come "scudo Ilva".

Nella sua originaria formulazione, il citato art. 2 prevedeva che «le condotte poste in essere in attuazione del piano di cui al periodo precedente non possono dare luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario e dei soggetti da questi funzionalmente delegati, in quanto costituiscono adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro».

Il "piano" cui fa riferimento la disposizione è il Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria (c.d. Piano ambientale), approvato con D.P.C.M. del 14 marzo 2014, che ha modificato le prescrizioni dell'AIA riesaminata nell'ottobre 2012 e, soprattutto, il termine per il relativo adempimento, che, grazie all'affastellarsi di proroghe<sup>182</sup> è – oggi e salvo nuovi interventi – fissato per il 23 agosto 2023<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> Per un puntuale quadro descrittivo delle diverse disposizioni susseguitesi nel tempo – che qui sarebbe un fuor d'opera – si rinvia a S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. 'salva Ilva'*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2019, par. 3.

<sup>183</sup> Le modifiche al piano di risanamento sono state approvate con DPCM del 29 settembre 2017, che ha stabilito quale termine ultimo per l'adempimento del Piano ambientale il 23 agosto 2023.

Tra i destinatari della previsione sono stati poi inseriti gli affittuari e gli acquirenti dell'ente<sup>184</sup>, unitamente ai loro delegati, con l'art. 1, comma IV, lett. b), d.l. 98/2016, convertito con modificazioni dalla l. 151/2016, proprio nella prospettiva della procedura di alienazione degli stabilimenti Ilva, disciplinata dal decreto stesso.

Il perimetro della norma di favore è stato, al contrario, ridimensionato da una modifica successiva, intervenuta con l'art. 46, d.l. 34/2019 (c.d. decreto crescita), che ha escluso che il Piano ambientale costituisca l'adempimento delle migliori regole preventive in punto di tutela della salute, dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro, limitando per tale via la portata dell'esimente alle incriminazioni a presidio dell'ambiente.

Infine, quanto all'efficacia temporale della norma, essa, in virtù di una serie di proroghe<sup>185</sup>, ha abbracciato le condotte tenute fino al 6 settembre 2019, non essendo stato convertito l'art. 14, comma I, d.l. 101/2019, che, per l'affittuario-acquirente avrebbe agganciato l'operatività del c.d. scudo alla scadenza dei termini di adempimento del piano ambientale (fissati, come detto, al 2023)<sup>186</sup>.

Anche il c.d. scudo Ilva è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, che, tuttavia – lo si anticipa – non è esitato in una decisione di merito: la Consulta ha trasmesso gli atti al giudice *a quo* per valutare la questione alla luce delle innovazioni normative – i d.l. 34/2019 e d.l. 101/2019, di cui si è detto – successive alla formulazione dei dubbi di legittimità<sup>187</sup>.

Volgendo lo sguardo alla genesi dell'incidente di costituzionalità<sup>188</sup>, il rimettente era chiamato a decidere sulle richieste di archivia-

<sup>184</sup> In sintesi estrema: Ilva s.p.a. è stata prima commissariata per inosservanza reiterata dell'AIA (art. 1, d.l. 61/2013, conv. l. 89/2013), poi sottoposta ad amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.l. 1/2015, conv. l. 20/2015). In seguito viene instaurata una procedura per l'aggiudicazione dell'ente, vinta come noto da Arcelor Mittal nel giugno 2017, da cui è scaturita l'esecuzione di un contratto di affitto e cessione di Ilva s.p.a.

<sup>185</sup> Da ultimo il termine del 6 settembre 2019 è stato stabilito dall'art. 6, comma X *ter*, d.l. 244/2016, conv. in l. 19/2017, che ha modificato sul punto l'art. 2, comma VI, d.l. 1/2015.

<sup>186</sup> La mancata proroga dei termini di efficacia del c.d. scudo Ilva ha costituito – unitamente ad altri – motivo di domanda di risoluzione del contratto di affitto da parte di Arcelor Mittal, ciò che ha generato un nuovo rischio di chiusura degli stabilimenti *ex-Ilva*.

<sup>187</sup> Nel momento in cui si scrive la Corte ha reso nota con un comunicato la propria decisione, ma non ha depositato le motivazioni.

<sup>188</sup> Si sintetizzerà qui la ricostruzione formulata nell'ordinanza del rimettente

zione, formulate dalla Procura della Repubblica competente, in relazione a tre distinti procedimenti per condotte di emissioni di sostanze inquinanti in atmosfera e di gestione di una cava, tenute dalla fine del 2014 al 2017, ricondotte dal GIP nelle fattispecie di disastro inominato, rimozione dolosa di cautele, disastro ambientale, inquinamento ambientale o, in alternativa, alla contravvenzione di getto pericoloso di cose.

Alla base della domanda di archiviazione vi era, oltre che la valutazione di atipicità di alcune condotte sottoposte al vaglio dell'autorità inquirente, la ritenuta liceità di quelle eventualmente tipiche, sulla base sia dell'art. 2, comma V, d.l. 1/2015, che ha consentito la prosecuzione della produzione dello stabilimento, nonostante il sequestro dell'area a caldo, ben oltre i trentasei mesi originariamente previsti dall'art. 1, comma I, d.l. 207/2012, sia del c.d. scudo Ilva.

Per ciò che qui interessa, il GIP, nella propria ordinanza di rimessione alla Consulta, ha riconosciuto l'efficacia scriminante di entrambe le disposizioni dell'art. 2, d.l. 1/2015, il comma V, giacché la prosecuzione dell'attività nel rispetto del Piano ambientale costituisce esercizio di un diritto, e il comma VI, in quanto «esimente che il legislatore ha inteso esplicitare con apposita formulazione, pur essendo, per le ragioni sopra esposte, un logico corollario della facoltà d'uso dello stabilimento autorizzata *ex lege* anche in costanza di sequestro e di deficienze impiantistiche»<sup>189</sup>.

In particolare, il fondamento di entrambe le previsioni risiederebbe nel bilanciamento tra interessi in conflitto: «adempiendo alle prescrizioni del Piano verrebbe meno il contrasto tra un fatto eventualmente conforme ad una fattispecie incriminatrice (...) e l'ordinamento giuridico, poiché ad insindacabile giudizio del legislatore l'attuazione del piano è il miglior mezzo per raggiungere uno scopo comunque meritevole di tutela, quale la prosecuzione dell'attività aziendale, o perché ritenuto prevalente su altri interessi in conflitto, o perché le misure di quel Piano costituiscono, *ex lege*, il giusto temperamento tra interesse alla produzione e contro-interessi lesi dall'attività d'impresa (salute, ambiente, integrità dei luoghi di lavoro, ecc.)»<sup>190</sup>.

Tuttavia, secondo il GIP, tale regime di eccezione alla generale ap-

---

(precisamente GIP Taranto, ord. 8.2.2019, est. Ruberto), pubblicata su *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2019, con nota di S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale*, cit.

<sup>189</sup> Alla lettera, GIP Taranto, ord. 8.2.2019, est. Ruberto, cit., p. 13.

<sup>190</sup> *Ivi*, p. 16.

plicazione delle disposizioni penali in materia di tutela dell'ambiente e dell'incolumità dei lavoratori e dei cittadini, sarebbe del tutto irragionevole, tanto da «domandarsi se non sia stato creato un sottosistema penale»<sup>191</sup> *ad hoc* per l'Ilva e, nella prospettiva della decisione 85/2013, «se, attualmente, sia proprio l'interesse economico ad essere divenuto "tiranno" rispetto al diritto alla salute»<sup>192</sup>.

Centrale nel percorso argomentativo del rimettente è il dato temporale e il carattere di "emergenza perenne" che ha contrassegnato la gestione della crisi – economica e ambientale – dell'Ilva da parte del legislatore.

Segnatamente, nell'argomentare del giudice *a quo*, il perdurare della crisi e dell'eccezione è un fattore decisivo di *distinguishing* tra le norme del d.l. 207/2012, ritenute costituzionalmente legittime con sentenza 85/2013<sup>193</sup>, e le previsioni dei commi V e VI dell'art. 2, d.l. 1/2015.

Nella prospettazione del GIP, la Consulta nella propria decisione del 2013 avrebbe ritenuto possibile e legittimo un bilanciamento tra le ragioni dell'impresa e dell'occupazione, da una parte, e la salute di cittadini e lavoratori, dall'altra, in quanto punto di equilibrio *necessitato* in una situazione di emergenza e, in ogni caso, per un tempo limitato; al contrario, la disciplina speciale disegnata per l'Ilva consentirebbe la prosecuzione di un'attività, definita dallo stesso legislatore fonte di «pericoli gravi e rilevanti per l'integrità dell'ambiente e della salute» (art. 1, comma I, d.l. 61/2013), per oltre 11 anni dall'esecuzione di un sequestro preventivo su una vasta area dello stabilimento.

Posta questa premessa, i parametri di costituzionalità individuati e le cadenze argomentative dell'ordinanza ricalcano – in buona parte – quelle delle precedenti questioni di costituzionalità, ritenendo le disposizioni sottoposte al vaglio della Consulta in contrasto con gli artt. 3<sup>194</sup>,

<sup>191</sup> *Ivi*, p. 21.

<sup>192</sup> *Ivi*, p. 26.

<sup>193</sup> Su cui *supra*, par. 6.2.

<sup>194</sup> Secondo il giudice *a quo* l'art. 3 Cost. sarebbe violato in quanto «identici fatti-reato (...), se commessi da alcune imprese, possono determinare il blocco dell'attività e la responsabilità penale dei loro massimi dirigenti, se commessi, invece, dai soggetti preposti allo stabilimento Ilva di Taranto non comportano analogo effetto» (p. 26 dell'ordinanza). Sotto altro profilo, l'Ilva godrebbe di un irragionevole trattamento di favore anche rispetto ad altri stabilimenti di interesse strategico nazionale, essendo stata consentita la prosecuzione dell'attività ben oltre i 36 mesi previsti dall'art. 1, comma I, d.l. 207/2012 ed essendo stata tipizzata una scriminante speciale *ad hoc* (p. 28 dell'ordinanza).

24<sup>195</sup>, 32, 35<sup>196</sup>, 41<sup>197</sup>, 112<sup>198</sup> e 117<sup>199</sup> Cost.

---

<sup>195</sup> Le norme sottoposte al vaglio della Consulta violerebbero gli artt. 24 e 112 Cost. in quanto «in netto contrasto con il dovere dell'ordinamento di reprimere e prevenire reati (...) attraverso l'azione dei Pubblici Ministeri e l'eventuale solleccitazione del privato leso nei suoi diritti» (pp. 30-31 dell'ordinanza).

<sup>196</sup> Le disposizioni censurate lederebbero il combinato disposto degli art. 35 Cost. – posto a tutela del lavoro “*in tutte le sue forme ed applicazioni*” – e 32 Cost. – presidio costituzionale del diritto alla salute – poiché consentirebbero «di imporre ai lavoratori dello stabilimento ILVA di Taranto condizioni lavorative che altrove determinerebbero l'interruzione dell'attività produttiva, l'attivazione dei meccanismi di controllo della A.G. e adeguate sanzioni penali, perché compromettono la loro salute» (p. 29 dell'ordinanza). L'art. 32 Cost. sarebbe poi autonomamente violato, osserva il giudice rimettente, poiché l'«assurdo prolungamento dell'attività autorizzata» (*ibidem*) pregiudicherebbe gravemente il diritto alla salute, altresì, di coloro che abitano nei pressi dello stabilimento, sottoposti – in ragione della prosecuzione produttiva – all'aumento del rischio di contrarre malattie mortali.

<sup>197</sup> L'art. 41 risulterebbe violato nella parte in cui esso vieta all'attività d'impresa di recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana. Nell'opinione del GIP, infatti, «non poter perseguire, per un lasso di tempo potenzialmente indefinito, i soggetti che espongono a pericolo la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori e della popolazione che vive in prossimità dello stabilimento confligge apertamente con il dettato costituzionale, non potendo l'attività produttiva andare esente da controlli giurisdizionali e dovendo essere attenta alle esigenze basilari della persona» (p. 29 dell'ordinanza). Sul punto il giudice rimettente sottolinea, in particolare, come siano ormai venute meno le ragioni poste dalla Corte Costituzionale (sentenza 85/2013) a sostegno della legittimità della scelta legislativa (art. 3, comma III, d.l. 207/2012) di permettere la continuazione della produzione dell'Ilva in costanza di sequestro preventivo. Il giudice *a quo* osserva, infatti, come tale scelta sia stata ritenuta legittima in virtù della necessità di operare un bilanciamento di diritti a fronte di una situazione di emergenza ambientale ed occupazionale e come, tuttavia, «solo la “*temporaneità delle misure adottate*” poteva far ritenere quella disciplina compatibile con i principi costituzionali» (p. 30 dell'ordinanza). Poiché nondimeno, sottolinea il giudice *a quo*, «tutti gli interventi normativi successivi non hanno fatto altro che spostare in avanti quel termine “ragionevole” (...) il pregiudizio ai valori costituzionali tutelati dagli artt. 32, 35 e 41 della Costituzione appare dunque palese, per l'irragionevole sbilanciamento che quella dilatazione temporale ha provocato» (*ibidem*).

<sup>198</sup> Cfr. *supra*, nt. 170.

<sup>199</sup> Le disposizioni censurate si porrebbero in contrasto con l'art. 117 Cost. in quanto lesive dei parametri interposti rappresentati dagli artt. 2, 8 e 13 CEDU (p. 31 dell'ordinanza). A sostegno del punto, il giudice rimettente richiama le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Strasburgo nel fondamentale arresto Cordella e altri c. Italia (precisamente, C. eur. dir. uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, Cordella e altri c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2019 con nota di S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*; si veda, inoltre, D. VOZZA, *Oltre la giustizia penale: la Corte EDU condanna lo Stato italiano nel caso*

Nonostante, come si è anticipato, il Giudice delle leggi non si sia pronunciato sul merito della vicenda, l'analisi del c.d. scudo Ilva e dei dubbi di legittimità sollevati in relazione allo stesso offre spunti utili per la presente ricerca.

La norma viene qualificata dal rimettente come una scriminante speciale, della cui utilità, tuttavia, il GIP dubita, leggendola quale mera esplicitazione dell'ovvio corollario che, se la prosecuzione dell'attività nel rispetto del Piano è autorizzata, gli eventuali illeciti commessi sono giustificati in quanto realizzati nell'esercizio di un diritto *ex art.* 51 c.p.

Al contrario, pare a chi scrive che, esattamente come già evidenziato rispetto all'art. 217 *bis* l. fall.<sup>200</sup>, il c.d. scudo Ilva abbia una duplice portata innovativa rispetto all'art. 51 c.p.

In primo luogo, il comma V dell'art. 2, d.l. 1/2015 ha una funzione *simbolica*, assicurando i soggetti ivi richiamati che il rispetto del Piano non comporta alcuna responsabilità, né amministrativa, né penale, esplicitando la prevalenza della norma facoltizzante su quella incriminatrice.

Inoltre, proprio la pre-definizione del bilanciamento tra diritti importa la limitazione del sindacato giudiziale: come sottolineato anche nell'ordinanza di rimessione, «il rischio ambientale e tecnologico legato alla [prosecuzione della] attività viene inquadrato in via presuntiva nel cosiddetto rischio lecito» per cui, le condotte dei soggetti che si muovono per l'attuazione del Piano (...) sono sostanzialmente sot-

---

*dell'Ilva di Taranto per violazione del diritto al rispetto della vita privata e del diritto ad un ricorso effettivo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, pp. 707 ss.). In tale occasione, la Corte ha invero riconosciuto la violazione degli artt. 8 (diritto alla vita privata) e 13 (diritto a un ricorso effettivo) della Convenzione, ritenendo, in punto di bilanciamento, che «il giusto equilibrio da assicurare tra, da una parte, l'interesse dei ricorrenti a non subire gravi danni all'ambiente che possano compromettere il loro benessere e la loro vita privata e, dall'altra, l'interesse della società nel suo insieme, non è stato rispettato» (par. 174, nella traduzione a cura del Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani). Nel richiamare tale decisione il giudice rimettente, sottolinea, in particolare, come la Corte Edu abbia «in altri termini (...) già ritenuto la normativa attualmente in vigore idonea a garantire diritti primari, quali la salute, la vita privata in ambiente salubre e quello alla tutela effettiva dei diritti medesimi» (p. 31 dell'ordinanza), stabilendo «*che il persistente inquinamento causato dalle emissioni dell'Ilva ha messo in pericolo la salute dell'intera popolazione che vive nell'area a rischio*» (*ibidem*) e condannando «l'Italia per non aver adottato *tutte le misure necessarie per proteggere efficacemente il diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti*» (*ibidem*).

<sup>200</sup> In questo capitolo, par. 2 e 3.

tratte al sindacato del giudice penale»<sup>201</sup>.

In quest'ottica, non può condividersi la ricostruzione, prospettata in dottrina<sup>202</sup>, per cui il c.d. scudo Ilva rappresenterebbe una presunzione di diligenza, escludendo la colpevolezza per il fatto, più che la sua antigiuridicità.

Ebbene, fermo il bilanciamento valoriale che vi è a monte e la funzione risolutiva del conflitto tra fattispecie incriminatrice e diritto facoltizzante, su cui già si è detto, tutti elementi che indiziano la natura di scriminante della norma in parola<sup>203</sup>, deve aggiungersi che, vista nella prospettiva della colpa, la disciplina apparirebbe intrinsecamente irragionevole.

In effetti, l'adempimento di tutte le prescrizioni del piano ambientale, definite dal legislatore come "le migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro", è previsto solo per il 2023.

Dunque, nell'esegesi qui criticata, la previsione dovrebbe *ammantare* di *diligenza*, un'attività che per definizione si potrebbe svolgere in violazione – di almeno una parte – delle migliori "regole preventive".

Vi è poi un ulteriore aspetto, che renderebbe finanche paradossale la prospettazione della norma in parola quale presunzione di diligenza<sup>204</sup>.

Secondo il rimettente pre-requisito di operatività del c.d. scudo Ilva sarebbe il rispetto dell'80% delle prescrizioni del Piano previste con scadenza al 15 luglio 2015<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> GIP Taranto, ord. 8.2.2019, est. Ruberto, cit., p. 14.

<sup>202</sup> La tesi è formulata da S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale*, cit., par. 12 ss.

<sup>203</sup> Sulla capacità di tali elementi (ovvero l'espressione assiologica di un valore in contrasto con quello protetto dall'incriminazione e la funzione di risolvere un conflitto tra i precetti dell'incriminazione e della giustificazione) di costituire *markers* della connotazione in termini di causa di giustificazione di una norma, F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., pp. 215 ss.

<sup>204</sup> Va chiarito che la tesi prospettata dal GIP (di cui si dirà a breve nel corpo del testo) in ordine al rispetto dell'80% delle prescrizioni il cui termine era previsto per il 30 luglio 2015 quale pre-requisito per l'operatività dell'esimente non è probabilmente condivisa da ZIRULIA, che non vi fa riferimento nella sua ricostruzione.

<sup>205</sup> Tale dato emerge chiaramente dall'ordinanza di rimessione, ove si sottolinea la necessità di ulteriori indagini, mancando elementi per affermare che «fosse stato rispettato il termine di cui al primo periodo del comma 5 del citato articolo 2, e cioè se al 31 luglio 2015 fosse stato realizzato almeno l'80% delle prescrizioni del Piano (perché anche in tale evenienza dovrebbe ritenersi non operante l'esimente)» (p. 18).

A tale conclusione il GIP perviene in quanto l'effetto esimente sarebbe possibile solo ove la condotta tipica sia realizzata "in attuazione del Piano Ambientale", che, per definizione del comma V della disposizione in parola, «si intende attuato se entro il 31 luglio 2015 sia stato realizzato, almeno nella misura dell'80 per cento, il numero di prescrizioni in scadenza a quella data».

Se si asseconda l'interpretazione del giudice *a quo* e si considera la disposizione quale presunzione di diligenza, si dovrebbe concludere che il legislatore abbia tradito completamente uno dei momenti caratterizzanti il rimprovero colposo, ovvero il nesso tra violazione della regola cautelare ed evento<sup>206</sup> (c.d. causalità della colpa): il giudizio sulla rimproverabilità del fatto all'autore non si radicherebbe nella relazione tra evento disvoluto verificatosi e violazione della specifica "regola preventiva" diretta a scongiurarlo, ma, piuttosto, sul mancato rispetto di oltre il 20% delle prescrizioni (non necessariamente cautelari) contenute nel Piano ed enucleate per impedire eventi (o *ridurre rischi*) del tutto eterogenei (dalla protezione dell'ambiente alla tutela dei lavoratori).

*Exempla docent*: a fronte del verificarsi di un infortunio non sarebbe preclusa al giudice la valutazione della colpa<sup>207</sup> del datore di lavoro dello stabilimento, nonostante abbia rispettato la regola cautelare contenuta nel piano, definita dal legislatore la "migliore regola preventiva" in materia di sicurezza sul lavoro, ove, nel complesso non siano state rispettate al 30 luglio 2015 le altre prescrizioni in misura pari all'80%; invece, sarebbe presunta la diligenza nel caso opposto,

---

<sup>206</sup> In argomento la bibliografia è sterminata. Solo per citare – *alcune* – opere classiche, in rigoroso ordine cronologico: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in Id., *La colpa. Studi*, Milano, 2013, pp. 207 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, *passim*; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, pp. 384 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, pp. 109 ss.

<sup>207</sup> La possibilità di muovere un rimprovero per colpa generica all'agente che si sia attenuto a leggi, ordini, discipline e regolamenti che disciplinano l'attività rischiosa è tema estremamente complesso, che qui non può ovviamente essere approfondito; tuttavia, sotto il profilo della *law in action*, una tale forma di imputazione è ampiamente nota alla prassi: per un quadro, tra gli altri e senza pretesa di completezza, anche per i riferimenti bibliografici, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, pp. 422 ss.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, *passim*; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze*, cit., pp. 348 ss.

ove l'evento rappresenti la concretizzazione del rischio di una regola cautelare contenuta nel piano non rispettata, banalmente perché tra quelle residue cui adempiere entro il 2023, ma lo stabilimento si sia al contempo attenuto al piano medesimo in misura superiore all'80%.

Né, si potrebbe obiettare che la presunzione di diligenza operi esclusivamente qualora la prescrizione contenuta nel piano, diretta ad evitare l'infortunio in concreto verificatosi, si annoveri tra quelle cui l'ente abbia già completamente adempiuto: la disposizione sarebbe per tale via resa sostanzialmente priva di significato normativo, essendo l'attività dello stabilimento già facoltizzata dal comma V dell'art. 2, d.l. 1/2015, anche ove il piano sia stato realizzato – fino ad agosto 2023 – solo in parte.

Infine, non tragga in inganno la formulazione letterale della disposizione, che sembra giustificare l'esclusione di responsabilità "in quanto" la condotta tenuta in esecuzione del Piano sarebbe rispettosa delle "migliori regole preventive": si è di fronte ad un maldestro tentativo di *mimetizzare* la scelta assiologica di prevalenza degli interessi dell'impresa e dell'occupazione sui diritti fondamentali ad essi contrapposti, ambiente e salute.

Il vantaggio, in termini di capacità simbolica e di gestione del conflitto sociale<sup>208</sup>, di una simile formulazione, che occulta una scriminante, appare duplice: da un canto, la disposizione rassicura gli apicali e i delegati dell'operatore economico del fatto che non saranno puniti per la prosecuzione dell'attività d'impresa e, dall'altro, tranquillizza i cittadini, rappresentandogli che nello stabilimento la produzione si svolge nel rispetto «delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro», conclusione tuttavia, già nella prospettiva normativa – almeno per la parte di prescrizioni non ancora rispettate – falsa.

In definitiva, più che creare una innovativa '*esclusione della colpa in presenza della colpa*', il legislatore pare avere esplicitato l'effetto liceizzante delle previsioni che facoltizzano l'Ilva alla prosecuzione dell'attività, nel rispetto progressivo di tutte le prescrizioni del piano

---

<sup>208</sup> Da tempo la dottrina ha evidenziato il duplice aspetto qui segnalato, ovvero la funzione dell'incriminazione di ipostatizzare un conflitto, risolto attraverso la punizione di uno dei due soggetti e la capacità della norma penale – al contempo – di fondarsi e creare consenso sociale: per tutti, C.E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., 868 ss. e Id., *Il principio di effettività*, cit., *passim*; per una declinazione di tali conclusioni in relazione alle scriminanti, F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., pp. 46 ss.

ambientale, nonostante gli elevati pericoli per l'ambiente e l'incolumità dei cittadini e dei lavoratori.

La lettura del c.d. scudo Ilva quale scriminante speciale non risolve affatto i dubbi di legittimità costituzionale che la norma pone, anzi, imporrebbe di verificare il bilanciamento compiuto dal legislatore alla luce delle decisioni 85/2013 e 58/2018, specie ove si consideri che la disciplina non garantisce una immediata riduzione dei pericoli per i lavoratori, i cittadini e l'ambiente e rischia di rendere *tiranne* le ragioni dell'economia; tuttavia, per ciò che qui interessa, la norma in parola riconferma il ricorso del legislatore alla tipizzazione di scriminanti speciali, finalizzate a sottrarre al sindacato del giudice penale il punto di equilibrio tra diritti in conflitto<sup>209</sup>.

## 6.6. L'art. 217 bis l. fall. nel prisma dei 'criteri Ilva'

Giunti a conclusione dell'analisi sulla vicenda Ilva, possono trarsi le indicazioni fondamentali per offrire risposta ai quesiti che ci si è posti, ovvero la presenza di discipline segnate da bilanciamenti pre-imposti dal legislatore al giudice e la tenuta costituzionale dell'esegesi dell'art. 217 bis l. fall. quale scriminante speciale, con bilanciamenti

---

<sup>209</sup> Volendo, ulteriori ipotesi di tale tendenza legislativa, cui qui si può solo accennare, possono essere rintracciate nei tentativi del legislatore di sottrarre al giudice penale la valutazione della proporzionalità nella legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52, comma II, c.p. e, addirittura, dell'intera fattispecie scriminante nell'ipotesi del comma IV. Per una critica della scelta legislativa rispetto alla legittima difesa domiciliare di cui al comma II, introdotta dall'art. 1, l. 59/2006, in punto di pre-definizione del requisito della proporzionalità, si vedano, tra gli altri, A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*; molto fumo e poco arrosto, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 434 ss.; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 431 ss.; V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 826 ss.; C.E. PALIERO, *La difesa legittima territoriale (ovvero un paradigma orientato alla sproporzione)*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 573 ss.; P. PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 797-798 (sul disegno di legge). In ordine alla legittima difesa domiciliare speciale, introdotta dall'art. 1, comma I, lett. c), l. 26.4.2019, n. 36, all'art. 52, comma IV, c.p. si vedano R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"*. Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2019, pp. 20 ss.; F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. pen.*, 5 maggio 2019, pp. 8 ss.; D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 21 maggio 2019, pp. 205 ss.

to pre-definito dal legislatore e speculare esclusione del sindacato giudiziale.

Ebbene, non può esservi dubbio dopo le sentenze 85 del 2013 e 58 del 2018 che il legislatore possa consentire la prosecuzione dell'attività economica anche in situazioni di elevato pericolo di realizzazione di illeciti penali, privilegiando o, quantomeno, preservando le ragioni dell'impresa rispetto ad altri diritti in conflitto.

Se ciò è stato ritenuto possibile dalla Corte costituzionale ove i diritti oggetto di compressione erano la salute dei cittadini e dei lavoratori oltre che la tutela dell'ambiente, non può certo dubitarsi sia possibile consentire la prosecuzione dell'attività economica a danno di interessi meramente patrimoniali (i.e. i diritti dei creditori, intesi *uti singuli* o quale massa).

Uguualmente, è emerso dalle decisioni della Consulta che il punto di equilibrio in concreto tra i diritti in contrasto, che si incarna nelle prescrizioni liceizzanti la prosecuzione dell'attività, può essere sottratto al sindacato giudiziale: tale possibilità è, tuttavia, soggetta a precisi limiti.

Dalla lettura delle due decisioni del Giudice delle leggi si sono individuati quattro requisiti fondamentali, che devono essere rispettati per ritenere ragionevole il bilanciamento pre-imposto e sottratto al sindacato giudiziale, ovvero: (a) la natura non meramente unilaterale della disciplina liceizzante la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa in situazioni di elevato rischio di commissione di illeciti penali; (b) l'adozione tempestiva delle specifiche regole liceizzanti; (c) la presenza di un controllo di natura giudiziale sulle prescrizioni che consentono l'esercizio dell'attività economica; (d) la previsione di una risposta sanzionatoria per il caso di violazione delle predette prescrizioni.

È allora giunto il momento di vagliare l'art. 217 *bis* l. fall. alla luce di quelli che potremmo definire i criteri Ilva.

(a) La prima verifica attiene al carattere non meramente auto-normato delle regole di prosecuzione dell'attività economica: tale requisito appare rispettato dagli istituti richiamati dall'art. 217 *bis* l. fall.

Infatti, è sempre richiesto, come connotato minimo che accomuna tutte le soluzioni della crisi, l'attestazione da parte di un professionista della veridicità dei dati e della fattibilità del piano di risanamento, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo<sup>210</sup>.

Dunque, le prescrizioni che facoltizzano la prosecuzione dell'atti-

---

<sup>210</sup> In questo capitolo, *supra*, par. 4.2.

vità, che può esitare nella dichiarazione di fallimento e può comportare l'aggravamento del dissesto, anche attraverso pagamenti preferenziali, sono vagliate da un professionista terzo e indipendente, soggetto ad una sanzione criminale in ipotesi di falso nelle attestazioni o nelle relazioni *ex art. 236 bis l. fall.*<sup>211</sup>.

(b) Per verificare il fattore tempo in relazione all'art. 217 *bis l. fall.* è necessario richiamare alla mente<sup>212</sup> l'interpretazione della clausola "in esecuzione", che lega a doppio filo gli atti scriminati e le prescrizioni liceizzanti, contenute nei piani di emersione dalla crisi.

Intendendo in termini restrittivi<sup>213</sup> il sintagma, il criterio non pone alcuna criticità: in questa chiave esegetica, perché possa trattarsi di atti "in esecuzione", è necessario che gli stessi siano stati a monte previsti nel piano di risanamento, nell'accordo di ristrutturazione dei debiti e nel concordato preventivo, non potendo essere, dunque, facoltizzati se tenuti prima dello specifico programma di uscita dalla crisi attestato dal professionista. Non vi sarebbe, dunque, alcun momento in cui la prosecuzione dell'attività sia *al contempo* sottratta alle prescrizioni di un piano e facoltizzata dalla scriminante speciale.

Ad attenta riflessione, anche la prospettiva interpretativa qui patrocinata, che ammette l'applicazione dell'art. 217 *bis l. fall.* alle condotte tenute prima della definitiva formulazione del piano attestato di risanamento, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo, purché la loro assoluta prodromicità alle soluzioni della crisi sia attestata dal professionista, non pare porre insuperabili dubbi di legittimità.

È senz'altro vero che sussiste uno sfasamento temporale tra il momento in cui la condotta scriminata viene realizzata e la predisposizione e attestazione delle prescrizioni liceizzanti, trattandosi, per definizione, di atti prodromici; tuttavia, attribuire a tali atti le garanzie della scriminante speciale non rende certamente tiranno l'interesse alla prosecuzione dell'attività sulla tutela della *par condicio creditorum*.

Come si è visto, il punto di equilibrio tra diritti in conflitto è contenuto nei piani attestati, nell'accordo di ristrutturazione dei debiti e

<sup>211</sup> *Supra*, par. 5 in questo capitolo.

<sup>212</sup> L'argomento è stato analizzato in questo capitolo al par. 4, *sub* (a).

<sup>213</sup> È la tesi già descritta al par. 4, *sub* (a) del presente capitolo, espressa da F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo*, cit., p. 213; in senso adesivo, G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., p. 567; P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 307 ss.; N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., p. 72; M. SCOLETTA, *La 'specialità' della causa*, cit., pp. 405-406; M. ZINCANI, *Il nuovo*, cit., p. 522.

nel concordato preventivo, ed è garantito dall'intervento del professionista indipendente, che attesta la fattibilità del piano, finalizzato a garantire la soddisfazione dei creditori sociali (del tutto o, comunque, in misura superiore al fallimento): nel momento in cui il professionista riconosce il carattere assolutamente necessario rispetto alla fattibilità del piano dell'atto ad esso prodromico, non pare certo irrimediabilmente compromessa la tutela della massa dei creditori.

Se, infatti, l'atto è effettivamente prodromico e tale dato è attestato dal professionista, non vi è ragione per non applicare l'effetto liceizzante e di restrizione del sindacato giudiziale proprio della scriminante speciale; al contrario, se l'attestazione di prodromicità è falsa, in ottica penalistica, il professionista – unitamente agli eventuali concorrenti nel reato – potrà essere chiamato a rispondere del delitto di cui all'art. 236 *bis* l. fall., indipendentemente da una dichiarazione di fallimento e anche ove i creditori venissero soddisfatti.

Vi è, dunque, un punto di equilibrio che non appare arbitrario, ma anzi in linea con le ragioni alla base del *favor* per la salvaguardia dell'impresa, che ha segnato le riforme della legge fallimentare e l'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall.

(c) Quanto al controllo sul contenuto e sull'adempimento delle prescrizioni, questo è variamente declinato nelle soluzioni della crisi richiamate dalla scriminante speciale, ma pur sempre presente.

Il controllo è senz'altro più penetrante nell'accordo di ristrutturazione dei debiti e nel concordato preventivo, procedure sottoposte a giudizio di omologazione da parte del Tribunale, ma non è assente nemmeno nel piano attestato di risanamento.

Come già visto<sup>214</sup>, manca una verifica *ex ante* dei contenuti del piano *ex art.* 67, comma III, lett. d), l. fall. da parte dei creditori, che, tuttavia, possono, sul piano civilistico, intervenire *in executivis*, facendo dichiarare la natura simulata del piano e, in ogni caso, attivare ogni controllo di natura penale ove si ipotizzi la falsità dei dati contenuti nel piano stesso<sup>215</sup> (art. 236 *bis* l. fall.), o che lo stesso implichi atti di infedeltà patrimoniale da parte degli amministratori (art. 2634 c.c.) o, comunque, di illecito depauperamento dell'impresa in crisi (per es. artt. 624, 640 o 646 c.p.).

(d) Infine, non può dubitarsi sussista una reazione ordinamentale all'ipotesi di violazione delle prescrizioni liceizzanti, ove si consideri che solo gli atti compiuti in esecuzione dei piani sono esclusi dal pe-

---

<sup>214</sup> In questo capitolo, *supra*, par. 4.2., *sub* (a).

<sup>215</sup> Nei limiti che sono stati declinati in questo capitolo, par. 5, *sub* (ii).

rimetro dell'azione revocatoria *ex art. 64 ss. l. fall.* e facultizzano la violazione dei precetti di cui agli artt. 216, comma III, e 217 l. fall.: il tradimento del percorso di emersione dalla crisi o dall'insolvenza attestato dal professionista finisce per mettere nel nulla tutte le guarentigie connesse agli istituti, riespandendo i diritti dei creditori e, in caso di fallimento, la possibilità che gli atti *extravaganti* importino la responsabilità dei loro autori – *anche* – per bancarotta preferenziale o semplice.

Dunque, la scriminante speciale di cui all'art. 217 *bis* l. fall., nella misura in cui pre-tipizza un bilanciamento, sottraendo spazi di discrezionalità al giudice penale, non costituisce di per sé un *unicum* nell'ordinamento; sotto altro profilo, la norma in parola non pone problemi di legittimità costituzionale nella prospettiva dello “*stress test Ilva*”.

### ***7. Le prime decisioni della Suprema Corte: significative conferme sulla (possibilità di piena) adesione giurisprudenziale al modello di 'esclusione del sindacato'***

Per completare l'analisi è necessario un confronto tra il paradigma descritto e le prime decisioni della Suprema Corte<sup>216</sup> in cui si è posto il problema di segnare il limite del sindacato giudiziale penale sulle operazioni e i pagamenti connessi alle soluzioni negoziali della crisi d'impresa.

Si tratta, in particolare, di sentenze che sembrano offrire una prima conferma prasseologica dell'interpretazione sistematica qui prospettata, avallando – seppur ovviamente non in modo esplicito – la declinazione dei due binomi proposti, ovvero (i) ricorso legittimo alle procedure/esclusione del sindacato e (ii) ricorso fraudolento/contestazione di bancarotta fraudolenta o societaria.

(i) In ordine al primo binomio, di particolare significatività è la decisione 50675/2016<sup>217</sup>, con cui la Suprema Corte distingue nettamente nel proprio percorso argomentativo il legittimo rischio d'impresa nel contesto delle soluzioni negoziate, sottratto al sindacato del giudice penale, e il ricorso fraudolento alle procedure.

---

<sup>216</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 6.10.2016, n. 50675, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 12.4.2016, n. 18997, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 3.3.2016, n. 8926, in *Leggi d'Italia*.

<sup>217</sup> Precisamente Cass. pen., Sez. V, 6.10.2016, n. 50675, cit.

La vicenda da cui scaturisce la fondamentale decisione può essere così compendiata: sulla base di un concordato in continuità, omologato dal Tribunale fallimentare a seguito del voto favorevole della maggioranza dei creditori, l'intera azienda in crisi veniva ceduta ad un ente di nuova costituzione, riconducibile alla medesima compagine sociale della debitrice sottoposta alla procedura, ad un valore di molto inferiore a quello stimato dal commissario giudiziale.

Secondo l'accusa pubblica, la cessione ad un prezzo così inferiore al presunto valore di mercato dell'azienda costituirebbe una condotta distrattiva o, comunque, dissipativa, punibile indipendentemente dall'omologazione del concordato preventivo e del giudizio favorevole dei creditori alla cessione al prezzo pattuito; di qui il provvedimento ablatorio che ha attinto l'ente acquirente in misura pari alla differenza tra il prezzo effettivamente pagato e quello ritenuto congruo dal commissario giudiziale.

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sul ricorso del soggetto colpito dal sequestro, avverso il rigetto della richiesta di dissequestro delle somme sottoposte a misura cautelare reale, affronta la fondamentale questione del limite del sindacato sulle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo omologato.

La domanda, per così dire pregiudiziale, è sull'*an* stesso del sindacato: secondo le esatte parole della Corte «al quesito occorre dare, in linea di principio, risposta affermativa, nel senso che l'approvazione dei creditori e l'omologa del Tribunale non escludono, in astratto, che la procedura concordataria venga *utilizzata in frode al ceto creditore*, per la realizzazione di un *interesse illecito* del soggetto proponente»<sup>218</sup>.

Norme cardine per addivenire a tale conclusione, che consente il vaglio del giudice penale, sono rappresentate nell'ordito motivazionale dall'art. 173 l. fall., che accorda al Tribunale fallimentare, in presenza di determinate condotte dirette ad ingannare i creditori<sup>219</sup>, il potere di revocare l'ammissione al concordato, e dall'art. 236 *bis* l.

---

<sup>218</sup> *Ivi*, corsivi aggiunti.

<sup>219</sup> Segnatamente, l'art. 173 l. fall., declinando le condotte che possono condurre alla revoca del concordato preventivo, distingue, al primo comma, quelle prodromiche all'accesso (il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente ometto di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode), al terzo, quelle in esecuzione («compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori»).

fall., ovvero l'incriminazione di "falso in attestazioni e relazioni"<sup>220</sup>: si tratta di previsioni accomunate dalla finalità di sanzionare una falsa rappresentazione della situazione del debitore, destinata ai creditori.

L'apertura ad un sindacato del giudice penale ha, però, limiti stringenti, derivanti dalla sua stessa legittimazione: infatti, intanto sarà possibile un vaglio delle operazioni compiute in esecuzione del concordato omologato, in quanto «il piano sia consegnato in maniera frodatoria, per la realizzazione di interessi diversi da quelli sottesi alla normativa concordataria, pensata e voluta dal legislatore per favorire il risanamento delle imprese o la loro liquidazione». La Corte declina puntualmente e con estremo rigore le ipotesi di abuso della procedura, che devono consistere «in una chiara e indiscutibile manipolazione della realtà aziendale», «attuata attraverso la volontaria pretermissione – nel piano – di cespiti rilevanti (beni strumentali, crediti, ecc.), attraverso l'indicazione di attività o l'esposizione di passività inesistenti, ovvero in presenza di qualunque altro comportamento obiettivamente idoneo ad ingannare i creditori»<sup>221</sup>.

Così permane la possibilità di contestare a titolo di distrazione o dissipazione condotte che «tradiscano, in modo indiscutibile e non congetturale, lo spirito e la funzione degli istituti di "risoluzione della crisi d'impresa"»<sup>222</sup>.

Posta questa fondamentale premessa, la Cassazione annulla con rinvio il provvedimento impugnato, con una motivazione assolutamente stringente: «non può essere la diversa valutazione di un cespite – da chiunque effettuata – ad attribuire carattere fraudolento alla valutazione operata dal debitore concordatario e ritenuta congrua – o almeno confacente ai loro interessi – dai creditori, nell'ambito di una procedura sottoposta al controllo di legalità del Tribunale fallimentare, sia per l'enorme varietà di valutazione che può subire un'azienda (ci sono almeno quattro diversi metodi di valutazione di un'azienda, e tutti portano a conclusioni molto diverse tra loro), sia perché la valutazione di un cespite non esaurisce il giudizio che – intorno alla convenienza della proposta concordataria – sono chiamati ad esprimere i *creditori*. Questi, infatti, *possono, nella loro autonomia, accontentarsi di un valore predeterminato dal debitore*, ancorché contenuto, allorché la proposta contenga profili di convenienza destinati a sfumare nel fallimento, e possono dare preferenza alla continuità azien-

---

<sup>220</sup> Già oggetto d'analisi, *supra*, par. 5, *sub* (ii).

<sup>221</sup> Alla lettera, Cass. pen., Sez. V, 6.10.2016, n. 50675, cit.

<sup>222</sup> *Ibidem*.

dale, prospettata dal debitore, piuttosto che a quella di realizzare, subito, tutto o parte del proprio credito»<sup>223</sup>.

Emerge in controcultura nelle parole della Suprema Corte la necessità di lasciare un incompressibile spazio di insindacabile libertà d'azione agli operatori economici nel contesto delle soluzioni della crisi o dell'insolvenza, che verrebbe inficiato irrimediabilmente se le valutazioni imprenditoriali potessero essere oggetto di contestazione da parte prima del commissario giudiziale e poi dell'organo dell'accusa.

(ii) Il secondo arresto del Giudice di legittimità<sup>224</sup>, emesso nel medesimo procedimento appena analizzato, ma in relazione al provvedimento genetico con cui era stata applicata la misura cautelare reale, pur essendo caratterizzato da un percorso argomentativo meno puntuale, offre tuttavia alcune preziose indicazioni.

Infatti, la Cassazione, annullando con rinvio la decisione del giudice del gravame, individua gli snodi necessari per addivenire alla conclusione che la cessione dell'azienda abbia avuto natura fraudolenta. Segnatamente, l'accertamento richiesto al Tribunale del riesame si deve sviluppare in tre momenti: (1) il riscontro che la cessione fosse oggetto del piano; (2) l'individuazione del fondamento euristico della diversa valutazione del cespite compiuta dal commissario giudiziale; (3) la verifica che il consenso dei creditori e l'omologazione del Tribunale fallimentare non siano stati ottenuti grazie a condotte fraudolente.

Ancora una volta, dunque, il perimetro del sindacato giudiziale è limitato alla ricerca della prova dell'esistenza di una frode del debitore, strettamente causale all'accesso e allo sviluppo della soluzione tipizzata della crisi: al di fuori di tale eventualità, si permane nell'area delle lecite e insindacabili scelte negoziali delle parti.

(iii) Nella terza decisione qui d'interesse<sup>225</sup>, l'ipotesi accusatoria, ancora una volta alla base di un provvedimento cautelare reale, oggetto prima di gravame e poi di ricorso, è che gli indagati abbiano presentato un piano *ex art. 67, comma III, lett. d), l. fall.*, al solo fine di rimandare un'immagine di apparente legittimità all'attività di spoliatura realizzata sull'ente fallito e, dunque, di una pluralità di condotte distrattive.

Nella descrizione del fatto compiuta nella decisione sembra di trovarsi di fronte ad un *improbabile caso di scuola* di ricorso fraudo-

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, corsivi aggiunti.

<sup>224</sup> Il riferimento è a Cass. pen., Sez. V, 16.4.2016, n. 16997, cit.

<sup>225</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 3.3.2016, n. 8926, cit.

lento alle soluzioni negoziate, in cui l'abuso è evidente *ictu oculi*: ( $\alpha$ ) il piano di risanamento viene redatto e attestato dopo l'emissione della sentenza dichiarativa di fallimento e prima della sua pubblicazione; ( $\beta$ ) gli *asset* vengono ceduti ad altra società ad un importo vile, nettamente inferiore a quello indicato persino dal professionista nella propria relazione; ( $\gamma$ ) il prezzo pattuito non viene pagato e l'ente acquirente è incapace di adempiere, essendo sostanzialmente privo di patrimonio.

Si tratta, perciò, di una condotta di sottrazione di beni alla garanzia dei creditori, occultata – *piuttosto goffamente* – dietro un *apparente* piano attestato di risanamento: in tale frangente non può certo parlarsi di rischio imprenditoriale meritevole di essere schermato dall'art. 217 *bis* l. fall. e sottratto al sindacato giudiziale.

È, allora, pienamente condivisibile e in linea con l'interpretazione qui prospettata la conclusione della Cassazione per cui «il piano suddetto non si sottrae alla valutazione di congruenza e fattibilità del giudice penale (...) allorché sia strumentalmente destinato a “proteggere” attività negoziali che, per essere svolte in un momento di crisi dell'impresa, si appalesano idonee a distogliere il patrimonio dalla sua finalità tipica (la garanzia per i creditori)»<sup>226</sup>.

Dunque, come si era prospettato, di fronte ad un accesso fraudolento alle soluzioni negoziate della crisi, le condotte non genuinamente imprenditoriali restano punibili, in quanto sussumibili nelle disposizioni estranee al perimetro dell'art. 217 *bis* l. fall., ovvero la bancarotta fraudolenta, propria (art. 216 l. fall.) e impropria (art. 223, comma I, l. fall.), e societaria (art. 223, comma II, l. fall.).

Provando a gettare uno sguardo d'insieme alle prime decisioni della Suprema Corte, l'esito pratico cui è pervenuta la giurisprudenza è pienamente sovrapponibile a quello qui proposto e rimanda l'immagine di un sistema equilibrato. Anche senza esplicitare mai compiutamente il punto e senza richiamare una norma chiave in questa prospettiva quale l'art. 217 *bis* l. fall., dagli arresti analizzati emerge come la Cassazione tenda a distinguere nettamente il rischio d'impresa (in crisi) e il rischio d'incriminazione, rendendo alternativo l'uno all'altro.

---

<sup>226</sup> Così Cass. pen., Sez. V, 3.3.2016, n. 8926, cit.

## 8. Un paradigma possibile: l'esclusione del sindacato giudiziale sulla gestione – tipizzata – dell'impresa in crisi

Tirando le fila del presente capitolo, la definizione dei tratti somatici del paradigma di esclusione del sindacato sulle scelte imprenditoriali procedimentalizzate di gestione della crisi ha costituito l'abbrivio dell'analisi.

Tale modello ha la sua norma chiave nell'art. 217 *bis* l. fall., scriminante speciale, introdotta per offrire una risposta alle attese del mondo bancario, che percepiva incombente la “spada di Damocle” del rischio d'incriminazione una volta che il tentativo di salvataggio, pur compiuto secondo le cadenze tipizzate nella l. fall., non avesse ottenuto lo scopo di risanamento atteso e l'ente finanziato fosse, comunque, fallito.

Il portato innovativo della disposizione è la sottrazione al giudice penale del sindacato *ex post* sulla fattibilità del piano, caratterizzante la singola “procedura”, e la speculare “inapplicabilità”, per usare il lessico del legislatore, delle fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice, che si erano dimostrate storicamente fattispecie idonee ad ospitare nel proprio alveo forme più o meno occulte di *critica* alle decisioni dell'imprenditore, del ceto gestorio e, in generale, degli operatori economici coinvolti nelle strategie di salvataggio.

Delineata la proposta interpretativa, essa è stata sottoposta ad una duplice *prova di tenuta*, rispetto: (i) alla sua capacità di offrire una risposta coerente ai problemi interpretativi emersi in dottrina in relazione all'art. 217 *bis* l. fall., verifica fondamentale per poter garantire agli operatori economici una minima prevedibilità delle risposte dell'ordinamento, qualora venga iniziato un procedimento penale; (ii) alla sua ragionevolezza politico-criminale, giacché ove il *safe harbor* avesse abbracciato condotte fraudolente, pacificamente meritevoli di pena, la lettura dell'art. 217 *bis* proposta si sarebbe rivelata addirittura criminogena e, per ciò solo, inaccettabile dogmaticamente e senza alcuna possibilità di penetrazione nella prassi.

Si è poi cercato di dimostrare, attraverso un confronto con la vicenda c.d. Ilva, che la lettura offerta dell'art. 217 *bis* l. fall. non è affatto eccentrica né si pone in contrasto con la Carta costituzionale: diversamente, l'intera prospettazione si sarebbe rivelata insostenibile, ove avesse condotto ad una soluzione del tutto ignota all'ordinamento o, peggio, in tensione con i principi della Carta fondamentale.

Si è provato a dimostrare che il modello di esclusione del sindacato ha un perimetro tale da raggiungere lo scopo fondamentale di tenere – in tale contesto – irrimediabilmente distinti rischio di impresa

e di incriminazione e, al contempo, grazie ai vettori di selettività dell'art. 217 *bis* l. fall.<sup>227</sup> e al fondamentale contrappeso rappresentato dalla fattispecie di «falso nelle relazioni e nelle attestazioni», di garantire una risposta penale al ricorso fraudolento alle soluzioni negoziate della crisi.

In questa prospettiva la scriminante speciale di cui all'art. 217 *bis* l. fall., letta anche in relazione all'art. 236 *bis*, rappresenta l'ipostatizzazione di un bilanciamento non arbitrario tra interessi in conflitto, in cui le ragioni della tutela dell'impresa non assurgono a *tiranno* di altri diritti che con essa possono entrare in contrasto.

È parso, infine, che la miglior prova della sostenibilità del modello e della sua fruibilità processuale si riscontrasse nelle prime decisioni della Suprema Corte che, pur non affrontando, ovviamente, il tema *ex professo*, né esplicitando un percorso argomentativo quale quello qui proposto, pervengono, tuttavia, ai medesimi risultati che ha di mira l'esegesi qui proposta, ovvero la declinazione di due binomi alternativi: ricorso legittimo alle procedure/esclusione del sindacato *vs* accesso fraudolento/integrazione della bancarotta fraudolenta propria, impropria o societaria.

---

<sup>227</sup> Su tutti l'individuazione dei delitti "non applicabili" e il sintagma "in esecuzione".



## CONCLUSIONI

### PUNTI FERMI E PROSPETTIVE NELLA RELAZIONE TRA *RISCHIO DI IMPRESA IN CRISI* E *RISCHIO PENALE*

SOMMARIO: 1. La tela di Penelope: un destino perennemente *autopoietico* e *autodistruttivo* per il diritto penale dell'insolvenza? – 2. Evoluzione e confini del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali.

#### 1. *La tela di Penelope: un destino perennemente autopoietico e autodistruttivo per il diritto penale dell'insolvenza?*

Prima di tracciare le conclusioni del percorso compiuto e confrontare i tre paradigmi individuati, appare utile gettare un primo sguardo al diritto penale fallimentare o, meglio ancora, in prospettiva, al diritto penale della crisi e dell'insolvenza che *verrà*.

All'esito di un tortuoso *iter*, fatto di accelerazioni, arresti e ripartenze<sup>1</sup>, ha visto la luce con il d.lgs. 14/2019, attuativo della legge delega 135/2017, il «codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza» (CCII)<sup>2</sup>, che ha sostituito la legge fallimentare del 1942, ormai stralciata nei suoi tratti somatici.

Un *corpus* normativo che, è necessario segnalarlo subito, entrerà in vigore, salvo alcune previsioni modificative del codice civile<sup>3</sup>, solo

---

<sup>1</sup> Per un puntuale quadro ricostruttivo dell'*iter* che ha condotto al codice della crisi e dell'insolvenza, per tutti P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni*, cit., pp. 445 ss.

<sup>2</sup> Tra i primi commenti al d.lgs. 14/2019 si vedano, tra gli altri, AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, Assago, 2019; M. GIORGETTI (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, Pisa, 2019; G.B. NARDECCHIA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi*, Galatina, 2019. Per un'analisi della legge delega 135/2017 per tutti, F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018.

<sup>3</sup> Segnatamente, l'art. 389, comma II, CCII ha previsto che «gli articoli 27,

il 14 agosto del 2020<sup>4</sup> e non necessariamente per come pubblicato in Gazzetta Ufficiale, a fronte della delega al Governo a modificare il CCII con decreti correttivi fino all'agosto 2022<sup>5</sup> e considerati gli obblighi di adempimento della Dir. UE 2019/1023<sup>6</sup>.

Fatta questa premessa, fin dal titolo del decreto il legislatore segna una cesura netta con il passato, attraverso: (a) la scomparsa di ogni riferimento al "fallimento" – "*parola maledetta*"<sup>7</sup> – a vantaggio di sintagmi privi di profili di stigmatizzazione quali "liquidazione giudiziale" o "debitore in liquidazione giudiziale", in linea con le scelte già compiute da altri Paesi europei quali la Francia (da *Faillite* a *Liquidation judiciaire*), la Germania (da *Konkurs* a *Insolvenzverfahren*), l'Inghilterra in molti casi (da *bankruptcy* a *liquidation*), la Spagna (da *Quiebra* a *Concurso de Acreedores*)<sup>8</sup>; (b) la declinazione del codice, *in primis*, quale "codice della crisi d'impresa" e solo in seguito "dell'insolvenza", segnando fin da subito uno stretto legame logico-cronologico tra crisi e liquidazione giudiziale e chiarendo la necessità di un'anticipazione dell'intervento ben prima dell'infausto esito della dissoluzione dell'impresa.

---

comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 entrano in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del presente decreto».

<sup>4</sup> Così dispone il primo comma dell'art. 389 CCII, salve per le eccezioni richiamate al capoverso della medesima disposizione, già individuate alla nota precedente. Va segnalato al lettore che, in fase di pubblicazione del presente scritto, a causa della tragica pandemia di Covid-19, l'esecutivo ha emanato il d.l. 23 dell'8 aprile 2020, "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali", che all'art. 5 ha previsto, attraverso la modifica dell'art. 389 CCII, il differimento al primo settembre 2021 dell'entrata in vigore del CCII.

<sup>5</sup> Il potere di «adottare disposizioni integrative e correttive» è stato attribuito all'esecutivo con la l. 20/2019, con un termine di due anni dall'entrata in vigore del CCII, dunque, fino al 14 agosto 2022.

<sup>6</sup> Si tratta della direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza che secondo L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 450, si fonda su principi in parte difforni da quelli caratterizzanti il CCII, prevedendo un controllo giudiziale meno invasivo.

<sup>7</sup> Questo l'epiteto attribuito al "fallimento" da F. DI MARZIO, *Fallimento*, cit., p. 5 per cui «in questa parola maledetta linguaggio giuridico e linguaggio comune si congiungono in un nucleo di significato unitario, decisamente connotato da venature emozionali, compromesso dal sospetto, fallato dalla superstizione».

<sup>8</sup> Per tale annotazione, L. PANZANI, *Dal 'fallimento' alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCII*, in *Fall.*, 2019, pp. 1141-1142.

La scelta linguistica non è che l'epifenomeno della *Weltanschauung* alla base prima delle modifiche occorse alla legge fallimentare, compiute a partire dal 2005 e fino al 2015<sup>9</sup>, poi del definitivo abbandono – di ciò che restava – del testo del 1942: la gestione della crisi è posta al centro della disciplina proprio al fine di scongiurare la liquidazione giudiziale, *extrema ratio* del sistema comportando il dissolvimento del valore dell'impresa; in ogni caso, con il ricorso al termine "liquidazione" la soluzione concorsuale è stata privata di ogni connotazione d'infamia.

In questa prospettiva deve leggersi una delle innovazioni più importanti – in generale e per la presente ricerca – ovvero l'introduzione di un obbligo per l'impresa associata e societaria, di organizzarsi per riconoscere lo stato di crisi, puntualmente definito dal legislatore, ed accedere alle diverse soluzioni della crisi stessa e dell'insolvenza.

Segnatamente, il novellato capoverso dell'art. 2086 c.c.<sup>10</sup> impone di adottare un sistema interno di rilevamento della crisi d'impresa e dei dubbi sulla continuità aziendale unitamente al dovere, una volta riscontrate tali situazioni, di adottare gli strumenti tipizzati dal CCII proprio per superare la crisi e recuperare la continuità aziendale.

Nell'emersione dello stato di crisi un ruolo centrale è rivestito dal sistema di allerta<sup>11</sup>, principale novità e pilastro da cui dipende il buon funzionamento dell'intera riforma<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Su cui *supra*, cap. III, par. 4 ss.

<sup>10</sup> In relazione agli obblighi di organizzazione e al ruolo degli amministratori sulla base del novellato art. 2086 c.c. si vedano, tra gli altri, N. ABRIANI-AN. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le Soc.*, 2019, pp. 393 ss.; P. BENAZZO, *Il codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2-2019, pp. 274 ss.; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *NLCC*, 2019, pp. 1160 ss.; E. GINEVRA-C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *NLCC*, 2019, pp. 1209 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2-2019, pp. 253 ss.

<sup>11</sup> Sul sistema di allerta, senza pretesa di completezza, G. BONFANTE, *Le misure d'allerta*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1943 ss.; M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel d.lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall.*, 2019, pp. 419 ss.; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fall.*, 2019, pp. 409; M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 653 ss.

<sup>12</sup> Tale conclusione è espressa dal padre della riforma, R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *I contratti*, 2019, p. 133; in senso adesivo, L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi*, cit., p. 452.

Il legislatore, infatti, ha offerto, in primo luogo, una nozione di crisi<sup>13</sup>, intesa quale «stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate»<sup>14</sup>.

Inoltre, il CCII offre anche una declinazione degli indicatori della crisi, tipologicamente distinguibili in: (a) criteri fondati su grandezze future (c.d. *forward looking*), elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDC)<sup>15</sup>, costituiti da indici di allerta finalizzati a valutare l'equilibrio tra flussi di cassa e oneri di indebitamento, mezzi propri e mezzi di terzi; (b) reiterati e significativi ritardi nei pagamenti, puntualmente individuati nella loro misura<sup>16</sup>.

L'obbligo di organizzazione in capo agli amministratori<sup>17</sup>, se correttamente adempiuto, consente una pronta individuazione degli indici di allerta, in presenza dei quali scatta il dovere di adottare le necessarie misure per garantire la continuità aziendale e l'equilibrio economico-finanziario, eventualmente anche accedendo ad una soluzione negoziale della crisi o rivolgendosi all'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI) per avviare il procedimento di composizione assistita.

<sup>13</sup> Come noto, nella I. fall. il legislatore si limita ad affermare all'art. 160, comma III, che «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza»; in mancanza di una definizione normativa, la nozione di crisi è stata oggetto di ampia elaborazione in dottrina: solo per citare alcune opere nella bibliografia sterminata, P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, pp. 820 ss.; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 40 ss.; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 128 ss.

<sup>14</sup> La definizione di crisi non ha mancato di sollevare critiche, giacché si è ritenuto descriva situazioni già di insolvenza: per tutti, AN. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fall.*, 2019, p. 293.

<sup>15</sup> L'individuazione degli indici di allerta è affidata dall'art. 13, comma II, CCII al CNDC, che ne ha pubblicato in data 18 ottobre 2019 una prima versione nel documento «Crisi di impresa. Gli indici di allerta».

<sup>16</sup> I reiterati ritardi nei pagamenti sono in parte tipizzati all'art. 24 CCII che detta i termini entro cui può dirsi tempestiva l'emersione della crisi per il riconoscimento delle misure premiali di cui al successivo art. 25, su cui si tornerà, per i profili penalistici, oltre nel corpo del presente paragrafo.

<sup>17</sup> Sugli obblighi di organizzazione si vedano gli autori già richiamati alla nt. 10.

Il legislatore ha poi precisato che il debitore ha il dovere di «gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori»<sup>18</sup>.

Nel caso di inerzia dell'organo amministrativo, il CCII ha previsto gli strumenti di allerta<sup>19</sup>, ovvero gli obblighi, presidiati da sanzioni positive<sup>20</sup> o negative<sup>21</sup>, posti a carico di sindaci, revisori e società di revisione, nonché di soggetti istituzionali (INPS, Agenzia delle Entrate e Agenzia della riscossione), di segnalazione all'OCRI, a seguito dell'inerzia dell'organo amministrativo, del verificarsi di alcune tipizzate situazioni che indiziano una crisi<sup>22</sup>; dalle segnalazioni prende avvio il procedimento di allerta<sup>23</sup>, cui partecipa il debitore, chiamato ad illustrare la situazione dell'ente e le eventuali iniziative già intraprese e da implementare per uscire dalla crisi e garantire la continuità d'impresa.

La funzione fondamentale del sistema di allerta è quella di favorire l'innescio di una gestione procedimentalizzata della crisi, in cui le decisioni sull'impresa sono sottratte a scelte *incontrollate* dell'organo gestorio, non condivise con i creditori o l'OCRI<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> Secondo l'indicazione dell'art. 4, comma II, lett. c), su cui pone l'accento, per la significatività sistematica della previsione, G. GUERRIERI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza. Profili civilistici*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 2022.

<sup>19</sup> Sul tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta*, cit., pp. 409 ss.

<sup>20</sup> Si consideri, paradigmaticamente, che, ex art. 14, comma III, CCII, la tempestiva segnalazione dei sindaci, revisori e società di revisione, indirizzata prima all'organo amministrativo e, in caso di inerzia, all'OCRI, «costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere» dall'organo amministrativo.

<sup>21</sup> È il caso della previsione dell'art. 15, comma I, CCII per cui la mancata attivazione dello strumento dell'allerta da parte dell'Agenzia delle Entrate e dell'INPS comporta la perdita dei titoli di prelazione sui crediti a tali soggetti spettanti.

<sup>22</sup> Le situazioni da cui scaturisce l'attivazione del sistema di allerta sono descritte negli artt. 13 ss. CCII e sono puntualmente trattate da A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta*, cit., pp. 411 ss.

<sup>23</sup> Sugli snodi del procedimento di allerta, per tutti, S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in S. SANZO-D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, pp. 57 ss.

<sup>24</sup> Estremamente critico sul punto S. SANZO, *La disciplina*, cit., pp. 62-63, che ritiene che la procedura d'allerta sottragga all'imprenditore la responsabilità delle scelte sul futuro dell'impresa, in una gestione "quasi ospedaliera" della crisi.

Le soluzioni negoziali della crisi<sup>25</sup>, per quanto profondamente riviste<sup>26</sup>, restano assolutamente centrali, per garantire la prosecuzione dell'attività d'impresa e assolutamente preferibili nella prospettiva ordinamentale alla liquidazione giudiziale.

L'intero sistema civilistico appare orientato ad indurre l'impresa – con sanzioni positive e negative, attraverso l'interazione di attori interni ed esterni al debitore – a far emergere la propria crisi per gestirla nel contesto di soluzioni procedimentalizzate, cercando di scongiurare – fin dove possibile – la liquidazione giudiziale.

Tuttavia, è il caso di evidenziarlo subito, questo disegno rischia di farsi decisamente meno armonico se si guarda all'altra faccia della normazione del sistema, quella della patologia e, in particolare, della risposta penale<sup>27</sup>.

Come è stato osservato, infatti, il CCII nasce come un "codice dimezzato"<sup>28</sup>, giacché l'esecutivo *non* ha proceduto, in assenza di una delega *ad hoc*, a quella profonda riforma del sistema penale, ritenuta improcrastinabile dalla dottrina<sup>29</sup>, a fronte della schizofrenia tra la

<sup>25</sup> Per un quadro degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza per come ridisegnati dal CCII, si vedano, senza pretesa di completezza, L. BOGGIO, *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1943 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il piano di risanamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pp. 1281 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Il nuovo codice*, cit., pp. 231 ss.; A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *Fall.*, 2019, pp. 993 ss.

<sup>26</sup> È comune nella dottrina civilistica la conclusione che il CCII abbia introdotto un maggior controllo pubblicistico sugli strumenti di regolazione della crisi, a discapito della libertà d'impresa del debitore e dei creditori: tra gli altri, L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi*, cit., p. 454; G. LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall.*, 2019, p. 263.

<sup>27</sup> Sulla disciplina penale del CCII si vedano, R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2019, p. 75; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 1333 ss.; P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le Soc.*, 2019, pp. 445 ss.; M. GAMBARELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2018; F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 1189 ss.; AL. ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci e ombre dei dati normativi, in un contesto problematico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1153 ss.

<sup>28</sup> L'espressione è ripresa dal titolo di S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, cit.

<sup>29</sup> Bastino le parole di F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, cit., p. 1190: «ribadi-

disciplina della crisi e dell'insolvenza, tesa a preservare con l'intervento dei creditori il valore dell'ente, e le fattispecie penali, ancora segnate dalle origini di età comunale<sup>30</sup>, strettamente collegate al fallimento e alla suddivisione dei beni tra la massa dei creditori<sup>31</sup>.

Sembra che il legislatore, come una novella Penelope, smonti nella notte del diritto penale la tela tessuta alla luce della disciplina della crisi e dell'insolvenza.

Il punto di abbrivio è l'affermazione – definita doppiamente ingenua<sup>32</sup> – contenuta nell'art. 349 CCII per cui le modifiche compiute sulle fattispecie incriminatrici di cui al titolo IX del CCII, dedicato alle disposizioni penali, non comporterebbero alcuna modifica al perimetro di *enforcement* criminale.

Di là dalla *ingenua* pretesa del legislatore delegato, è evidente che la modifica della disciplina civilistica abbia effetti enormi sul perimetro delle fattispecie incriminatrici: due esempi, paradigmatici, aiuteranno la comprensione.

(a) Il primo dato, condiviso in dottrina, è che la disciplina dell'allerta e, a monte, gli obblighi di organizzazione per gli amministratori *ex* art. 2086, comma II, c.c. e di segnalazione per i sindaci, *ex* art. 14 CCII, costituiscano altrettante norme integratrici dell'obbligo di impedimento delle fattispecie di bancarotta<sup>33</sup>,

---

re che la riforma dei reati di bancarotta (per continuare ad adoperare un sintagma convenzionale e, allo stato, coerente con il dato normativo) sia un'esigenza non differibile suona come litania, diffusa, condivisa e monotona, non bisognosa di ulteriore argomentazione».

<sup>30</sup> Come rilevato da A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale, Volume IV*, cit., p. 8 «non può non sorprendere che la bancarotta sia rimasta sostanzialmente immutata per più di settecento anni, mentre tutto il resto attorno, nel mondo economico, cambiava».

<sup>31</sup> Della distonia di sistema sembra prendere atto anche l'esecutivo, che nella Relazione di accompagnamento al CCII, p. 313, sottolinea: «la legge di delega esclude, quindi, la bancarotta dal campo di intervento del decreto attuativo; per quanto si sia in presenza di una rivisitazione generale della materia, cui è sotteso un diverso modo di porsi del legislatore di fronte al fenomeno dell'insolvenza, manca ogni indicazione volta alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare».

<sup>32</sup> Sostiene R. ALAGNA, *La nuova causa di non punibilità dei reati fallimentari e la correlata ipotesi attenuante*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 2727, che l'ingenuità del legislatore sarebbe duplice, risolvendosi nel ritenere che: (a) le modifiche alla disciplina civilistica non abbiano alcun impatto sulle fattispecie penali, pur letteralmente invariate; (b) l'art. 349 CCII possa disciplinare la complessa materia dei rapporti strutturali e assiologici tra fattispecie.

<sup>33</sup> In generale, sugli obblighi di impedimento dei controllori societari, si veda-

che viene per questa via meglio definito e ampliato<sup>34</sup>.

(b) Ancora più in generale, con il CCII si acuisce ulteriormente la discrasia tra la funzione di tutela apprestata dal diritto penale, costruita sulla liquidazione giudiziale e tesa a preservare il patrimonio a garanzia degli interessi dei creditori, e l'orientamento della disciplina civilistica, finalizzata a custodire fin dove possibile l'impresa e ad intervenire sulla crisi, prima e più che sull'insolvenza<sup>35</sup>.

In questa prospettiva, in cui il legislatore delegante rinuncia programmaticamente<sup>36</sup> ad un intervento di riequilibrio di scopi tra i due volti – fisiologico e patologico – del diritto dell'impresa in crisi e insolvente, il compito di calibrare la risposta penale è rimesso agli interpreti<sup>37</sup>, in una esegesi *autopoietica* che pare senza fine<sup>38</sup>.

Peraltro, il compito degli interpreti è, a ben osservare, persino complicato dalle poche innovazioni compiute sulle disposizioni penali dal CCII.

Anche sul punto, due esempi gioveranno alla dimostrazione dell'assunto.

(i) Il perimetro delle decisioni giudiziarie che costituiscono condizione obiettiva di punibilità dei fatti di bancarotta viene ampliato dall'art. 341, comma III, CCII, rispetto all'attuale art. 236, comma III, l. fall., agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa e generalizzata (art. 61, comma I-IV CCII)<sup>39</sup> e a quelli omologati nonostante la

no le opere classiche di F. CENTONZE, *Controlli societari*, cit., *passim*; A. NISCO, *Controlli*, cit., *passim*; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società di capitali*, Roma, 1997, *passim*.

<sup>34</sup> Tale impostazione è sostenuta da R. BRICCHETTI, *Codice della crisi*, cit., pp. 100-102; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, cit., p. 1335; M. GAMBARELLA, *Il nuovo codice*, cit., par. 8; AL. ROSSI, *I profili penalistici*, cit., p. 1186.

<sup>35</sup> Icasticamente, AL. ROSSI, *I profili penalistici*, cit., p. 1155, descrive un sistema in cui tra la disciplina civilistica e quella penalistica si è determinato con il CCII «un rinnovato ed incrementato contrasto (che potremmo definire “elevato alla seconda potenza”)»; nello stesso senso, F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, cit., p. 1190.

<sup>36</sup> Secondo la felice espressione di S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, cit., p. 1335, diretta a sottolineare la mancanza di una specifica delega in materia penale.

<sup>37</sup> Evidenzia puntualmente tale profilo, in particolare, F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, cit., p. 1190.

<sup>38</sup> Si veda *supra*, cap. III, par. 4.

<sup>39</sup> Come notato da R. BRICCHETTI, *Codice della crisi*, cit., p. 82, si tratta di una riproposizione del concordato in continuità, inedita rispetto alla l. fall., che consente un accordo anche con creditori diversi dagli intermediari finanziari, come,

mancata adesione decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze dell'erario (art. 48, comma V, CCII)<sup>40</sup>.

Tale ampliamento risulta in eccesso di delega<sup>41</sup>, prevedendo l'attuale art. 236, comma III, l. fall. la punibilità per i reati di bancarotta di cui agli artt. 223 e 224 l. fall. per gli amministratori, direttori generali, i sindaci e i liquidatori societari, l'art. 227 l. fall. per l'istitutore, gli art. 232 e 233 l. fall. per i creditori, solo in caso di omologazione di accordi di ristrutturazione o di convenzione di moratoria con gli intermediari finanziari, di cui all'art. 182 *septies* l. fall.

Peraltro, l'espansione a tali nuovi istituti della clausola di applicabilità delle fattispecie di bancarotta non fa che acuire una criticità, già ampiamente rilevata in dottrina<sup>42</sup>, ovvero l'applicazione delle incriminazioni in parola a condotte realizzate in una situazione di crisi, senza che si sia mai verificata l'insolvenza del debitore<sup>43</sup>.

Come puntualmente notato<sup>44</sup>, un conto è punire – peraltro con

---

invece, previsto dall'art. 182 *septies* l. fall., richiamato dall'art. 236 l. fall. In senso adesivo, F. MUCCIARELLI, *Profili penalistici*, cit., p. 1198.

<sup>40</sup> Si tratta di una novità del CCII per cui è possibile accedere all'accordo di ristrutturazione, anche senza l'adesione dell'Amministrazione finanziaria il cui voto è decisivo per raggiungere le maggioranze prescritte, ove la proposta di soddisfacimento contenuta nell'accordo sia più conveniente per l'erario della liquidazione giudiziale: mancando un *pendant* nella l. fall. si è in presenza, come esattamente notato da R. BRICCHETTI, *Codice della crisi*, cit., p. 83 e F. MUCCIARELLI, *Profili penalistici*, cit., p. 1198, di una nuova incriminazione in eccesso di delega.

<sup>41</sup> Per un quadro dell'eccesso di delega in materia penale, in dottrina, C. CUPPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012; in giurisprudenza, fondamentale Corte cost. 23.1.2014, n. 5, in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2014, con nota di M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*; per ulteriori commenti si vedano C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 122 ss.; C. CUPPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 977 ss.

<sup>42</sup> Si vedano, tra gli altri, A. MANGIONE, *Riflessioni penalistiche*, cit., p. 918 ss.; F. SGUBBI, *Crisi*, cit., p. 667.

<sup>43</sup> Per una critica, sotto il profilo dell'identità di trattamento penalistico tra soluzioni della crisi e procedure connesse all'insolvenza, si vedano in relazione al CCII R. BRICCHETTI, *Codice della crisi*, cit., p. 83; G.M. CALETTI, *I reati nelle procedure concorsuali*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 2625; F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, cit., p. 1200.

<sup>44</sup> Si riprende qui la posizione da ultimo espressa da F. D'ALESSANDRO, *La ban-*

una cornice edittale assai severa per le declinazioni fraudolente della bancarotta – condotte comunque connesse ad una situazione di insolvenza, altro è applicare la medesima pena in relazione ad aggressioni inserite «in una cornice esclusivamente di crisi che non equivale ancora, soprattutto sul piano assiologico, a sacrificio degli interessi patrimoniali dei creditori»<sup>45</sup>.

Infine, in prospettiva funzionalistica, tale norma incriminatrice rende meno appetibile l'accesso alle due forme di accordi di ristrutturazione<sup>46</sup> richiamati dall'art. 341, comma III, CCII, costituendo altrettante aperture al sindacato giudiziale sulla gestione dell'impresa, compiuto con le lenti dei delitti di bancarotta fraudolenta o societaria invalse nel diritto vivente<sup>47</sup>.

Dunque, l'espansione dei confini dei fatti di bancarotta appare *doppiamente distonica*, in chiave di legittimità costituzionale oltre che funzionalistica.

(ii) Altro *malaccorto* intervento si rinviene nelle sanzioni positive<sup>48</sup> correlate ad una tempestiva gestione della crisi e tipizzate nell'art. 25, comma II, CCII<sup>49</sup>.

Con il capoverso dell'art. 25 il legislatore ha introdotto una causa di non punibilità, condizionata alla realizzazione di un danno tenue e alla tempestiva richiesta all'OCRI di composizione assistita della crisi o all'accesso ad altra procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, per i fatti di bancarotta fraudolenta, semplice, propria e impropria, societaria, ricorso abusivo al credito, bancarotta dell'istitutore, ove intervenga l'omologazione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una dichiarazione di liquidazione giudiziale.

---

*carotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1207.

<sup>45</sup> Alla lettera F. GIUNTA-A. SCARCELLA, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 1222.

<sup>46</sup> In questo senso R. BRICCHETTI, *Codice della crisi*, cit., p. 83; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, cit., p. 1339, sottolinea che «proprio la minaccia penale si tradurrà, verosimilmente, in un definitivo disincentivo all'accesso agli accordi in questione».

<sup>47</sup> Come si è visto, *supra*, nel cap. I.

<sup>48</sup> Sulla nozione si veda N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in AA.VV., *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971, pp. 230 ss.

<sup>49</sup> Per una prima analisi di tale previsione, R. ALAGNA, *La nuova causa*, cit., pp. 2727 ss.; D.M. SCHIRÒ, *La premialità nel diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza: primi nodi interpretativi*, in *Arch. pen.*, 2 luglio 2019.

Il legislatore descrive puntualmente all'art. 24 CCII anche le situazioni in cui può dirsi tempestivo l'intervento di gestione della crisi, collocandolo entro tre mesi per la domanda di composizione assistita e sei mesi per le altre soluzioni della crisi o dell'insolvenza dal verificarsi, alternativamente, di una delle seguenti situazioni di fatto: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni, scaduti da almeno sessanta giorni, in misura pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori, scaduti da almeno centoventi giorni, per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici di allerta elaborati dal CNDC.

Ove il danno non si riveli tenue, è prevista dalla seconda parte dell'art. 25, comma II, CCII una attenuante ad effetto speciale, applicabile ove l'intervento di gestione della crisi sia tempestivo e a patto che il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicurati il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non superi l'importo di 2 milioni di euro.

Prescindendo in questa sede dalla pluralità di problemi esegetici che le disposizioni in parola pongono all'interprete<sup>50</sup>, su tutte la definizione di danno tenue, specie in relazione a delitti di pericolo quali la bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale<sup>51</sup>, ciò che qui si vuole sottolineare sono i possibili effetti paradossali che le previsioni in parola rischiano di produrre.

Segnatamente, l'affermazione di non punibilità o di minore punibilità per il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, in relazione a condotte tenute prima dell'emersione della crisi, rischia di costituire un ulteriore argomento di natura sistematica a favore del regresso *ad infinitum* nell'individuazione dei fatti di bancarotta distrattiva o dissipativa<sup>52</sup>.

Infatti, si potrebbe argomentare che la necessità di offrire misure

---

<sup>50</sup> Tra gli altri, si segnalano: (a) la necessità di una conoscenza effettiva o solo potenziale delle situazioni che impongono l'attivarsi del debitore; (b) la natura del danno e la sua relazione eziologica con le condotte di bancarotta; (c) la valutazione del danno in relazione ai reati di pericolo; (d) l'applicabilità delle sanzioni interdittive in caso di non punibilità (per un quadro di tali questioni, P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni*, cit., p. 452 e R. ALAGNA, *La nuova causa*, cit., pp. 2732 ss.).

<sup>51</sup> Per un approfondimento di tale questione esegetica, R. ALAGNA, *La nuova causa*, cit., 2732-2733.

<sup>52</sup> *Supra*, cap. I, par. 9.

premiali, per condotte tenute prima dell'emersione della crisi, importi, implicitamente, la possibilità che fatti di bancarotta patrimoniale possano essere realizzati anche in situazioni in cui non vi siano pericoli attuali per la garanzia dei creditori, avallando, per tale via, l'esegesi tradizionale della giurisprudenza e la lettura della fattispecie in parola quale reato di pericolo astratto.

Non sfugge allo scrivente la *ratio* dell'intervento: incentivare in ogni modo l'accesso alle soluzioni negoziali della crisi e dell'insolvenza, offrendo un *safe harbour* per l'imprenditore o l'amministratore per tutto quanto compiuto in precedenza; si tratta, tuttavia, di un tentativo *doppiamente maldestro*: da un canto, come si è detto, offre un argomento sistematico all'esegesi giurisprudenziale già criticata e, dall'altro, non garantisce – né potrebbe farlo senza rischiare di risultare una disposizione irragionevole – rispetto alla sussunzione delle medesime condotte che si vorrebbero sottrarre all'*enforcement* penale nell'alveo di reati non tipizzati nel CCII, quali, paradigmaticamente, l'appropriazione indebita o l'infedeltà patrimoniale.

Appare, allora, ancora più distonica la disciplina penale contenuta nel CCII rispetto al suo *pendant* civilistico, nella misura in cui funge da disincentivo all'accesso all'accordo di ristrutturazione dei debiti, attribuendo all'omologazione il ruolo di condizione obiettiva di punibilità per i fatti di bancarotta, e appare ancora succube di un'idea sclerotizzata e statica della tutela del patrimonio dell'impresa, dovendo premurarsi di garantire uno scudo penale per condotte che non hanno comportato alcun pericolo per la garanzia dei creditori.

Forse tale esito era scritto nel destino delle parole: se, infatti, è sparito dal Codice dimezzato il termine "fallimento" nelle sue diverse declinazioni, tuttora attuale è l'espressione "bancarotta", legata indissolubilmente all'immagine del banco spaccato del mercante fallito<sup>53</sup> e, forse, all'identità, non del tutto superata nell'inconscio penalistico, *decoctor ergo fraudator*.

Se dalla fugace vista panoramica, si pone lo sguardo sulle eventuali modifiche alle norme chiave del paradigma di esclusione del sindacato sulle decisioni imprenditoriali proceduralizzate, ovvero gli artt. 324 e 342 CCII, corrispondenti rispettivamente agli artt. 217 *bis* e 236 *bis* l. fall., ci si avvede che nulla è – sul punto – cambiato.

---

<sup>53</sup> È noto, che in età comunale la rottura del banco nelle vie della corporazione rappresentasse pubblicamente il fallimento del mercante o del banchiere e la sua inaffidabilità commerciale: sul punto, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale, Volume IV*, cit., p. 3.

Infatti, l'art. 324 CCII riprende pedissequamente nella rubrica – “esenzione dai reati di bancarotta” – così come nel contenuto la disposizione dell'art. 217 *bis* l. fall., limitandosi a modificare sulla base del nuovo codice i riferimenti numerici alle soluzioni della crisi e dell'insolvenza e alle condotte delittuose liceizzate, senza, però, mutare il perimetro della scriminante<sup>54</sup>.

Quanto alla fattispecie incriminatrice di «falso in attestazione e relazione», disciplinata all'art. 342 CCII, non vi è perfetta coincidenza nella descrizione del tipo, nonostante l'assenza di delega in materia penale.

Le modifiche seguono due vettori.

(α) Il primo vettore attiene all'oggetto materiale del delitto, ovvero le relazioni o attestazioni che possono costituire veicolo del falso: da una puntuale analisi, compiuta in dottrina<sup>55</sup>, emergono alcune relazioni o attestazioni, non previste dall'art. 236 *bis* l. fall., che sono, invece, richiamate dall'art. 342 CCII, con un inevitabile ampliamento delle condotte penalmente rilevanti<sup>56</sup>.

Prescindendo dalla possibile illegittimità costituzionale per eccesso di delega di tali innovazioni penalistiche<sup>57</sup> e ponendosi nella prospettiva del paradigma di esclusione del sindacato giudiziale, la criminalizzazione di relazioni o attestazioni che accompagnano i piani e gli accordi di gestione della crisi e dell'insolvenza non può che costituire un ulteriore disincentivo al ricorso abusivo e in danno ai creditori alle procedure coperte dalla scriminante speciale di cui agli artt. 217 *bis* l. fall./324 CCII.

In altre parole, l'ampliamento dei veicoli del falso costituisce un ulteriore avanzamento della tutela penale dei creditori, che controbi-

---

<sup>54</sup> Perviene alla medesima conclusione R. BRICCHETTI, *Codice della crisi*, cit., pp. 78-79.

<sup>55</sup> *Ivi*, pp. 84 ss.

<sup>56</sup> Puntualmente, si verifica un ampliamento del perimetro dell'incriminazione di “falso in relazioni e attestazioni” in ordine a: (i) le attestazioni relative alle modifiche degli accordi di ristrutturazione sia precedenti che successivi alla omologa *ex* art. 58, comma I e II CCII; (ii) l'attestazione del professionista *ex* art. 88, commi I e II, CCII relativa ai crediti fiscali e previdenziali nella transazione fiscale; (iii) l'attestazione necessaria per rendere inammissibili le proposte di concordato concorrenti *ex* art. 90, comma V, CCII; (iv) la relazione che attesta che il valore del bene aziendale garantirebbe in caso di cessione l'adempimento del credito garantito sul bene stesso, al fine di ottenere l'autorizzazione in sede di concordato al pagamento delle rate di mutuo *ex* art. 100, comma II CCII.

<sup>57</sup> Sull'eccesso di delega si rinvia alla nota 41.

lancia l'effetto esimente della causa di giustificazione, garantendo una netta cesura nella risposta ordinamentale tra agire legittimo d'impresa in crisi, procedimentalizzato nei diversi istituti contenuti nel CCII, e rischio penale, connesso al ricorso abusivo (inteso in senso lato) agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

(β) La seconda modifica attiene alla condotta tipica, avendo il legislatore specificato, rispetto all'art. 236 *bis* l. fall., che l'esposizione di informazioni false o l'omissione di informazioni rilevanti deve interessare la «veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati».

Tale elemento di novità, secondo i primi commentatori<sup>58</sup>, importerebbe un'*abolitio criminis* parziale in eccesso di delega delle condotte di falso, incidenti sul giudizio di fattibilità economica del piano.

Pare a chi scrive che il legislatore abbia, invece, esplicitato un esito interpretativo cui già poteva pervenirsi sulla base dell'art. 236 *bis* l. fall.<sup>59</sup>, ovvero l'irrelevanza penale dei giudizi di fattibilità del piano, non predicabili, in quanto valutazioni prognostiche, di verità o falsità.

In questa chiave di lettura, non si tratterebbe di un'*abolitio criminis* parziale di dubbia legittimità costituzionale, bensì di un intervento di interpretazione autentica<sup>60</sup>, che precisa i confini di tipicità della fattispecie, senza, però, modificarli.

Anche tale intervento, dunque, si pone in linea con il modello di esclusione del sindacato sulle scelte imprenditoriali procedimentalizzate.

In definitiva, il paradigma da ultimo ipotizzato esce rafforzato, soprattutto dagli interventi sulla disciplina civilistica del CCII, con cui il legislatore ha disegnato un sistema diretto a far emergere tempesti-

<sup>58</sup> Si tratta di R. BRICCHETTI, *Codice della crisi*, cit., p. 88; S. BRUNO-G.M. CALLETTI, *Il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 2655-2656; GAMBARDELLA, *Il nuovo codice*, cit., par. 10.

<sup>59</sup> Come già evidenziato al cap. IV, par. 5.

<sup>60</sup> Basti considerare la definizione di J. LUTHER, *Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi*, in A. APOSTOLI-M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto: atti del Seminario annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa*, Brescia, 24 novembre 2017, Napoli, 2018, p. 145, di legge di interpretazione autentica che annovera «gli atti legislativi aventi per funzione principale l'attribuzione di un significato di norma a una o più disposizioni di una fonte dello stesso rango e ambito di competenza, contrapposte alle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali».

vamente la crisi, con il ricorso a sanzioni positive (causa di non punibilità e attenuante ad effetto speciale), unite ad obblighi di segnalazione in capo all'organo di gestione, di controllo, di revisione e a soggetti istituzionali (sistema di allerta), al fine di incanalare l'impresa verso le soluzioni procedimentalizzate della crisi e dell'insolvenza, coperte dalla scriminante speciale di cui agli artt. 217 *bis* l. fall./324 CCII.

## 2. *Evoluzione e confini del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali*

Compiuta l'analisi dei tre paradigmi ipotizzati nella presente ricerca e rivolto fuggacemente lo sguardo verso l'orizzonte del *diritto che verrà*, è venuto il momento di evidenziare le conclusioni cui si è pervenuti, utilizzando quali fondamentali punti di repère proprio i tre modelli di sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi.

(i) Il primo dato emerso nitidamente è il *legame indissolubile* tra l'*estensione del sindacato* sulle scelte imprenditoriali e le *intersezioni tra rischio d'impresa e di incriminazione*: quanto più ampia e profonda è la valutazione del giudice penale, tanto maggiore sarà la sovrapposizione tra i due rischi. Parallelamente, ad un *maggior rischio d'incriminazione* si accompagna una *minore propensione degli operatori economici ad azioni imprenditoriali ardite o disusuali*.

Sul punto i tre modelli offrono indicazioni inequivoche.

(a) Il *sindacato pubblicistico-formale* ha comportato il riconoscimento della rilevanza penale di condotte imprenditoriali del tutto anodine in termini di disvalore, quali quelle di concessione del credito in presenza di mere violazioni procedurali<sup>61</sup>, in una lettura *ex post* dell'attività economica con le lenti e i principi che regolano le cadenze organizzative della pubblica amministrazione. In questa prospettiva il rischio di incriminazione era massimo, perché la griglia di valori con cui le decisioni dei funzionari venivano prese era radicalmente diversa da quella utilizzata dal giudice<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> L'orientamento della Suprema Corte, analizzato al par. 6 del capitolo II, era sul punto risultato costante a partire da Cass. pen., Sez. III, 16.10.1961, Comellini, cit.

<sup>62</sup> Paradigmatica sul punto la posizione di P. MANNINI, *Limiti penali*, cit., p. 634, per cui sarebbe stata del tutto fisiologica una incomunicabilità tra logica imprenditoriale e disciplina penale: «mentre sul piano interno ciò che rileva è il raggiungimento di un utile, sul piano penale la prospettiva è radicalmente diversa,

In prospettiva funzionalista, tale esegesi non avrebbe potuto che condurre ad una burocratizzazione del credito, dovendo l'*an* e il *quantum* dei finanziamenti da erogare dipendere da una sorta di imparzialità amministrativa, più che da valutazioni di meritevolezza imprenditoriale dell'attività del debitore<sup>63</sup>.

(b) Il secondo modello di *sindacato privatistico-sostanziale*, che sorge dall'abbandono dei delitti contro la pubblica amministrazione a favore delle fattispecie fallimentari, si caratterizza per un evidente e radicale cambio dei canoni di valutazione: l'imparzialità burocratica cede il passo alla parzialità imprenditoriale, quale necessità nell'attività d'impresa di assumere decisioni – anche – secondo intuizioni o valutazioni, che devono essere lasciate alla *sensibilità* dell'operatore economico.

Tuttavia, tale modello appare problematico nella misura in cui soffre l'erronea sovrapposizione compiuta dalla Suprema Corte tra 'cattive scelte imprenditoriali' e 'scelte non imprenditoriali'<sup>64</sup>, che ha condotto le prime nell'alveo delle ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, propria e impropria, area che dovrebbe essere occupata esclusivamente dalle seconde.

In tale sovrapposizione si annidano le maggiori criticità del sindacato giudiziale privatistico-sostanziale, poiché, si è visto, tutt'altro che infrequente è l'assunzione da parte del decidente del ruolo di "manager in surroga", con una valutazione che rischia di essere compromessa dal 'senno del poi'<sup>65</sup>; specularmente, assume crescente significatività il rischio d'incriminazione all'aumentare del rischio imprenditoriale che ha caratterizzato la singola scelta economica, giu-

---

trattandosi non già di perseguire un risultato lucrativo, bensì di evitare una sovversione del fine».

<sup>63</sup> Basti sul punto ricordare la dura critica formulata sul punto da G.M. FLICK, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 230, per cui «riconduurre la tutela penale del credito nell'alveo della tutela penale della pubblica amministrazione, vuol dire riconoscere come prevalenti nel settore quelle connotazioni di imparzialità che devono essere tipiche della pubblica amministrazione, e che rappresentano attualmente (...) un coefficiente essenziale della sua tutela penale. Orbene, da ciò ad affermare il "diritto di credito" e la burocratizzazione di quest'ultimo e dei relativi procedimenti, il passo è breve».

<sup>64</sup> L'identità tra 'cattive scelte imprenditoriali' e 'scelte non imprenditoriali' è stata trattata nel cap. I, a partire dal par. 5.

<sup>65</sup> Paradigmatica la decisione Italcasse in relazione all'ascrizione di responsabilità per bancarotta semplice ai membri del ceto gestorio, su cui si rinvia al cap. III, par. 3.2.

dicata, peraltro, in un momento in cui essa si è già rivelata incapace di portare i risultati attesi.

Se a ciò si aggiunge che l'operatore economico, controparte dell'impresa fallita – e la banca ne è fulgido esempio –, ha per definizione interesse a massimizzare il proprio utile da ciascun negozio, quanto meglio costui avrà agito, tanto più significativa sarà l'eventualità di una contestazione di concorso nel delitto fallimentare integrato dal soggetto qualificato, perché più evidente sarà la 'cattiva scelta imprenditoriale' di quest'ultimo<sup>66</sup>.

Rispetto all'*extraneus* il paradigma è paradossalmente ribaltato, con l'attrazione delle 'buone scelte imprenditoriali' nell'alveo dei delitti di cui all'art. 216 e 223 l. fall., declinati in prospettiva plurisoggettiva<sup>67</sup>.

Così, specie nelle situazioni di crisi dell'impresa, quanto più favorevole si riveli il sinallagma per l'istituto di credito, tanto maggiore è il rischio della contestazione concorsuale di ipotesi di bancarotta fraudolenta. Eppure, è evidentemente fisiologico che, per concedere ulteriore credito ad un soggetto in difficoltà, le banche, così come qualsiasi altro operatore economico razionale, richiedano maggiori garanzie e termini contrattuali più favorevoli di quelli consueti, per controbilanciare l'accresciuto pericolo di inadempimento.

Dunque, per quanto il secondo paradigma abbia riconosciuto la natura imprenditoriale delle scelte della banca, l'attribuzione al giudice penale del sindacato *ex post* sulle stesse finiva per disincentivare strategie di salvataggio degli enti in crisi, proprio perché troppo significativo il rischio di incriminazione per l'imprenditore, il ceto gestorio e i soggetti a qualsiasi titolo chiamati a partecipare al tentativo di ritorno *in bonis*.

(c) Definitiva dimostrazione dei rapporti tra sindacato giudiziale, rischio d'impresa e rischio d'incriminazione qui tratteggiati è offerta dal terzo paradigma, di *esclusione del sindacato*. Il legislatore, esattamente al fine di incentivare strategie di salvataggio degli enti in crisi e la partecipazione degli istituti di credito a tali attività<sup>68</sup>, ha sot-

---

<sup>66</sup> Esempio insuperabile è il caso del funzionario di banca imputato e condannato in sede di merito per aver deciso con un imprenditore in difficoltà un piano di rientro dell'extra-fido, deciso da Cass. pen., Sez. V, 5.3.2008, n. 13387, cit., analizzato al cap. III, par. 2.1.

<sup>67</sup> Un esito interpretativo dipeso anche dall'obliterazione del significato sistematico oltre che della presa incriminatrice del delitto di vendita speculativa di cui all'art. 232, comma III, n. 2, l. fall.; sul punto si rinvia al cap. I, par. 7.

<sup>68</sup> Sulla genesi della previsione e sul ruolo dell'ABI si rimanda alle considerazioni compiute al cap. IV, par. 1.

tratto al giudice penale la valutazione schiettamente imprenditoriale dei piani, ovvero la loro fattibilità, attraverso l'introduzione dell'art. 217 *bis* l. fall.<sup>69</sup>.

Per tale via si è creato uno spazio di completa irriducibilità tra rischio d'incriminazione e rischio imprenditoriale: gli operatori economici, muovendosi all'interno di regole pre-tipizzate dal legislatore fallimentare, possono adottare strategie anche molto ambiziose, senza incorrere, in caso di insuccesso, nei rischi di un'imputazione per bancarotta preferenziale o semplice.

(ii) La seconda conclusione che deve essere tratta attiene ai ruoli assunti dai formanti nel percorso che ha condotto dal primo al terzo paradigma. Ebbene, l'evoluzione è segnata da fasi di diverso protagonismo degli attori coinvolti, con un crescente peso della *norma scritta* sul *precedente*.

(a) Il primo paradigma è caratteristico di una stagione di "diritto penale giurisprudenziale", secondo la felice definizione di Romano<sup>70</sup>, in cui, di fronte ad un legislatore inerte, è toccato alla prassi e, in particolare alle Sezioni Unite penali, il compito di rispondere alle istanze punitive della collettività di fronte ai grandi *crac* bancari degli anni settanta e ottanta<sup>71</sup>, risolvere l'iniziale disparità nello statuto penale degli operatori di istituti di credito privati e pubblici<sup>72</sup> e, infine, modificare radicalmente la risposta punitiva<sup>73</sup>, abbandonando i delitti contro la pubblica amministrazione, di fronte ad un diverso sentimento politico-criminale, maturato anche grazie all'incessante attività critica degli studiosi<sup>74</sup>.

(b) Nel secondo modello la giurisprudenza e la dottrina hanno svolto la fondamentale funzione di mediazione tra due rami dell'ordinamento, necessariamente interconnessi, ma che apparivano – ed appaiono tuttora – segnati da un difforme *Zeitgeist*<sup>75</sup>: da un lato, il drit-

<sup>69</sup> In ciò risiede il cuore della disposizione e il suo *novum*, come si è provato a dimostrare, in particolare, nel cap. IV, par. 3.

<sup>70</sup> La definizione, ampiamente ripresa dalla dottrina successiva, è formulata in M. ROMANO, *Introduzione*, cit., p. 42.

<sup>71</sup> Per un quadro si rinvia al cap. II, par. 1.

<sup>72</sup> Cass. pen., Sez. Un., 10.10.1981, Carfi, cit.

<sup>73</sup> Con le già citate decisioni Cass. pen., Sez. Un., 25.3.1987, n. 8342, Tuzet ed altro, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 1, Cresti, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 28.2.1989, n. 9863, Vita, cit.

<sup>74</sup> Il richiamo è alla dottrina analizzata nel cap. II.

<sup>75</sup> Per la profonda evoluzione che ha segnato il diritto fallimentare a partire dal 2005, si veda cap. III, par. 4.

to fallimentare, ormai diritto della crisi e dell'insolvenza, profondamente innovato e orientato ad evitare, fin dove possibile, la liquidazione dell'ente, attraverso strategie protette<sup>76</sup> di salvataggio, che preservino il valore dell'impresa; dall'altro, le fattispecie incriminatrici, sostanzialmente immutate dal 1942 e strettamente collegate all'originario modello di disciplina, gravitante unicamente intorno al fallimento.

(c) Nel modello di *esclusione del sindacato*, invece, è il legislatore che, con l'introduzione dell'art. 217 bis l. fall., completa un percorso – fino ad allora insoddisfacente negli esiti<sup>77</sup> – di riavvicinamento tra rami dell'ordinamento, a cui si ritiene abbia aderito anche la Suprema Corte nelle proprie prime decisioni<sup>78</sup>.

La norma pare, invece, essere stata sottovalutata dalla dottrina, che non ne ha compreso fino in fondo – a parere di chi scrive – la portata innovativa e innovatrice, oltre che la sua capacità di illuminare i rapporti tra rischio d'impresa e di incriminazione<sup>79</sup>.

(iii) La terza ed ultima conclusione attiene proprio ai confini che è auspicabile assuma lo spazio di irriducibilità tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione in relazione ai delitti fallimentari.

Ebbene, si è visto che una *linea di tendenza* ha segnato l'evoluzione del diritto vivente in relazione all'incriminazione delle scelte imprenditoriali, di primo e di secondo livello, compiute nella gestione della crisi d'impresa.

Pare scorgersi una costante evoluzione che, come nella *deriva dei continenti*, ha condotto a distinguere in modo sempre più nitido rischio imprenditoriale e rischio d'incriminazione.

Infatti, da un'*iniziale pangea*, propria del modello di *sindacato pubblicistico-formale*, in cui non era riconosciuta nemmeno la dimensione imprenditoriale dell'attività bancaria e nell'omnicomprensiva fattispecie di peculato si riconducevano vere e proprie distrazioni del

---

<sup>76</sup> Basti richiamare alla mente le esenzioni dalla revocatoria fallimentare, introdotte dal legislatore per rassicurare gli operatori economici che si fossero interfacciati con imprese in crisi e fondamentale termine di paragone per l'art. 217 bis l. fall.

<sup>77</sup> Si rinvia all'analisi compiuta nel cap. III, par. 4 ss.

<sup>78</sup> Si pensi alle decisioni Cass. pen., Sez. V, 6.10.2016, n. 50675, cit.; Cass. pen., Sez. V, 12.4.2016, n. 18997, cit.; Cass. pen., Sez. V, 3.3.2016, n. 8926, cit., poste all'attenzione del lettore al cap. IV, par. 6.

<sup>79</sup> La dottrina pressoché unanime ha, infatti, riconosciuto all'art. 217 bis l. fall. una funzione meramente simbolica di rassicurazione degli operatori economici: sul punto si rinvia al cap. IV.

denaro della banca, dei correntisti, e forme eterogenee di concessione di credito irregolare ed abusivo<sup>80</sup>, si è pervenuti *poi* ad una forma di *sindacato privatistico-sostanziale* affidato al giudice, che comportava ancora profili di sovrapposizione tra le due tipologie di rischio<sup>81</sup>, *fino* ad una compiuta separazione tra esercizio lecito di un'attività economica, pur rischiosa e con esiti negativi, ed *enforcement* penale-fallimentare<sup>82</sup>.

La divaricazione tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione è passata dall'erosione del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali: intanto è possibile tenere separati i due concetti, in quanto non sia affidato al giudice penale il ruolo di "*manager in surroga*".

Tuttavia va rimarcato come una completa separazione tra le due tipologie di rischio non sia stata definitivamente compiuta né appaia *in toto* auspicabile. Infatti, il modello di *esclusione del sindacato sulle decisioni imprenditoriali proceduralizzate* è strettamente collegato all'esegesi proposta dell'art. 217 *bis* l. fall. e al perimetro della norma stessa.

Sotto il primo profilo, seppur si è riconosciuta una significativa assonanza tra la tesi qui formulata e le prime decisioni della Suprema Corte in materia<sup>83</sup>, una lettura giurisprudenziale consolidata dell'art. 217 *bis* l. fall. è ancora molto lontana dal formarsi. Si tratta, dunque, di una tesi *in attesa di conferme*.

D'altronde, alcuni spazi di valutazione giudiziale delle scelte imprenditoriali in situazioni di crisi appaiono ineliminabili.

Infatti, l'esclusione del sindacato giudiziale è ragionevole nella misura in cui il legislatore abbia pre-imposto un bilanciamento tra gli interessi in conflitto e un percorso tipico di soluzione della crisi; se, però, l'imprenditore o il ceto gestorio si muovono al di fuori delle condotte pre-giudicate come lecite dalla l. fall., allora il sindacato del giudice penale, in caso di dichiarazione di fallimento, è ben possibile.

L'immagine è di una doppia geometria<sup>84</sup>: *euclidea* nell'ambito

---

<sup>80</sup> Sull'ampia portata precettiva riconosciuta dalla giurisprudenza al peculato per distrazione e per le corrispondenti critiche della dottrina si rinvia a cap. II, par. 6.

<sup>81</sup> Per tali sovrapposizioni si vedano nel cap. III, i par. 2.1.e 2.2. in relazione alla bancarotta preferenziale, il par. 3.1. in punto di operazioni dolose e, infine, il par. 3.2. in merito alla bancarotta semplice.

<sup>82</sup> Per una sintesi si rinvia alle conclusioni contenute nel cap. IV, par. 7.

<sup>83</sup> Si tratta delle decisioni già richiamate, analizzate nel cap. IV, par. 6.

<sup>84</sup> Il riferimento è al diverso rapporto tra due rette, aventi una perpendicolare, nella geometria euclidea e in quella ellittica, su cui si rinvia a D. PALLADINO-C. PALLADINO, *Le geometrie non euclidee*, Roma, 2008, pp. 126 ss.

dell'art. 217 *bis* l. fall., ove rischio d'impresa e d'incriminazione costituiscono, per definizione di sistema, rette parallele che non si incontrano mai; *ellittica* per i pagamenti e le operazioni di salvataggio non tipizzati, in cui le due tipologie di rischio rappresentano due rette parallele che – in definiti punti – possono convergere.

Proprio al di fuori dell'art. 217 *bis* l. fall. si fa pressante, quindi, la necessità di ridefinire le regole d'ingaggio del giudice, chiamato a valutare le decisioni imprenditoriali nell'ambito dei processi per reati di bancarotta.

Come si è visto, infatti, profili di commistione tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione possono porsi in tre distinte declinazioni: *criticamente*, *pericolosamente* e *fisiologicamente*.

*Criticamente* emergono spazi di sovrapposizione tra i predetti rischi in relazione all'identità tra 'scelte non imprenditoriali' e 'cattive scelte imprenditoriali' tracciata dalla giurisprudenza, che riconduce anche le seconde nell'alveo degli artt. 216 e 223 l. fall. Si tratta di un orientamento prasseologico assolutamente non condivisibile, generato da una malintesa fisionomia del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici<sup>85</sup>, che finisce per abbracciare l'idea stessa d'impresa<sup>86</sup> o a sclerotizzare la garanzia per i creditori<sup>87</sup>, fino a trasformare l'attività economica in una "*sine cura* parassitaria"<sup>88</sup>: in tale prospettiva, ogni operazione imprenditoriale, che non abbia avuto esito fausto, rappresenterebbe una lesione del bene giuridico.

Al contrario, una corretta interpretazione delle fattispecie e del bene giuridico ad esse sotteso impone un ulteriore spazio di irriducibilità tra rischio d'impresa e di incriminazione: in presenza di un'operazione genuinamente imprenditoriale, indipendentemente dai suoi risultati, non vi è spazio per contestare ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale propria o impropria<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Per le critiche a tale impostazione si rinvia al cap. I, par. 8 ss.

<sup>86</sup> È la posizione espressa da ultimo da U. PIOLETTI, *Lineamenti*, cit., in particolare pp. 115-122 e 369, in parte adottata anche dalla Suprema Corte nelle decisioni in materia di rilevanza penale-fallimentare della cessione di un cespite al giusto prezzo, trattate in particolare al cap. I, par. 8.

<sup>87</sup> Si tratta dell'esegesi propugnata dalla giurisprudenza maggioritaria in materia di bancarotta fraudolenta, che ritiene del tutto indifferente il momento in cui sia stata realizzata la condotta distrattiva o dissipativa: il tema è stato trattato al cap. I, par. 9, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

<sup>88</sup> Secondo la felice espressione di sintesi di C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., p. 989.

<sup>89</sup> In ciò riconoscendo piena validità alla *summa divisio* tracciata da C. PE-

Tuttavia, *pericolosamente*, si ripropone uno spazio di sindacato in punto di prova del *rationale* economico o, più precisamente, dell'imprenditorialità stessa dell'operazione o del pagamento contestato nell'ambito della bancarotta fraudolenta patrimoniale, societaria o preferenziale<sup>90</sup>. In questa declinazione, la meritevolezza imprenditoriale del negozio oggetto di contestazione assume *funzione probatoria*, ovvero rileva per la sua capacità di dimostrare che dietro l'operazione economica non si celi una regalia, un pagamento preferenziale o un negozio simulato.

Ebbene, la valorizzazione del disvalore di contesto<sup>91</sup> riduce significativamente il novero delle operazioni che possono divenire oggetto di vaglio giudiziale, escludendo quelle che incidono su un patrimonio che resta comunque sufficiente a garantire le obbligazioni verso i creditori.

Rispetto al più ristretto campo di azioni imprenditoriali che presentano, invece, un tale disvalore, la possibilità e profondità del sindacato devono essere limitate da un importante *self restraint* giudiziale, per cui si potrà addivenire ad una affermazione di responsabilità solo ove la pubblica accusa dimostri: (α) rispetto alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, la radicale irragionevolezza del sinallagma dell'operazione economica, sia in una prospettiva oggettiva, quale assoluta assenza di vantaggi attuali o prospettici dell'azione, sia in ottica soggettiva, nel senso di una compiuta coscienza – da parte tanto dell'intraneo che dell'estraneo – del carattere necessariamente e volontariamente infausto dell'operazione per l'impresa fallita; (β) rispetto alla bancarotta preferenziale mediante simulazione di titoli di prelazione, la mancanza di qualsiasi ragione imprenditoriale nell'attribuzione della garanzia reale; (γ) in ordine ai pagamenti preferenziali, la carenza di una strategia di emersione dalla crisi, che possa dar conto della connotazione di "salvataggio" e non di "favoreggiamento" del pagamento, sul piano oggettivo (per la obbiettiva sostenibilità *ex ante* del tentativo di ripresa) o, quantomeno, su quello soggettivo (ove

---

DRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 515 e ripresa tra gli altri da N. SELVAGGI, *Estraneità*, cit., p. 101, e A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 43: si rinvia sul punto al cap. I, par. 2.

<sup>90</sup> Costituisce dimostrazione plastica della pericolosità di un sindacato giudiziale sulla bontà imprenditoriale la decisione Italcasse, in cui la stessa operazione economica è stata sussunta nelle fattispecie di bancarotta per operazioni dolose, preferenziale e semplice (si veda l'analisi compiuta al cap. III).

<sup>91</sup> Sulla funzione selettiva del disvalore del contesto si è detto al cap. I, par. 9.

l'intraneo abbia ritenuto, anche per errore, fattibile il piano di salvataggio, rivelatosi inefficace).

Infine, *fisiologicamente* il giudice penale è chiamato a compiere un sindacato sulle scelte imprenditoriali nella misura in cui è il legislatore stesso che, tipizzando le sottofattispecie di bancarotta semplice di cui agli artt. 217 e 224 l. fall.<sup>92</sup>, gli ha attribuito una siffatta funzione.

Anche rispetto a tale declinazione uno spazio di irriducibilità tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione è segnato da due fondamentali vettori, ovvero il binomio tra disvalore di contesto e bene giuridico tutelato, che lega inesorabilmente le condotte all'incapienza della garanzia patrimoniale<sup>93</sup>, e la *business judgment rule*, che, se applicata alle incriminazioni in parola, riduce gli spazi del rimprovero colposo, che non può investire il merito imprenditoriale, ma solo il percorso informativo che ha condotto alla decisione<sup>94</sup>.

In definitiva, l'evoluzione del diritto vivente in punto di reati di bancarotta, emersa dall'analisi dei tre modelli e di cui si è provato ad indicare i prossimi possibili sviluppi, si muove verso la inesorabile riduzione del sindacato giudiziale sulle scelte degli operatori economici, con una separazione sempre più ampia tra rischio di impresa e rischio penale.

---

<sup>92</sup> Si rinvia alle considerazioni compiute al cap. I, par. 3.

<sup>93</sup> Sul carattere selettivo del disvalore di contesto e del bene giuridico tutelato dalla fattispecie si vedano rispettivamente i parr. 9 e 8, cap. I.

<sup>94</sup> Sulla BJR e sulle sue possibili ricadute penalistiche si rinvia al cap. I, parr. 4 e 5.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, Assago, 2019.
- AA.VV., *La revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale*, Padova, 1992.
- AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, 1984.
- ABRIANI N.-ROSSI AN., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le Soc.*, 2019, p. 393.
- ALAGNA R., *La nuova causa di non punibilità dei reati fallimentari e la correlata ipotesi attenuante*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 2727.
- ALAGNA R., *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 614.
- ALESSANDRI A., *Diritto penale commerciale. Vol. IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019.
- ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1479.
- ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 11.
- ALESSANDRI A., *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016.
- ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 111.
- ALLEGRETTI F., *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2007, p. 563.
- AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato*, in *Giust. pen.*, 2011, c. 547.
- AMATUCCI C. (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società*

- e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014.
- AMBROSETTI E.M., *I reati bancari*, in AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, p. 407.
- AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, in AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, p. 286.
- AMBROSETTI E.M., *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3592.
- AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016.
- AMBROSINI S., *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 387.
- AMBROSINI S., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, in *Fall.*, 2011, p. 641.
- AMBROSINI S., *La revocatoria fallimentare nell'evoluzione della disciplina*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Dalla riforma 'organica' al decreto 'correttivo'*, Torino, 2008, p. 101.
- AMBROSINI S., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 2533.
- AMBROSINI S. (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma 'organica' al decreto 'correttivo'*, Torino, 2008.
- AMBROSINI S. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006.
- AMBROSINI S.-AIELLO M., *I piani attestati di risanamento*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, Assago, 2014, p. 827.
- AMBROSINI S.-DEMARCHI G.P., *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2005.
- AMENDOLA G., *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Quest. giust.*, 10 aprile 2018.
- ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. del dir. comm.*, 2012, p. 573.
- ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. del dir. comm.*, 2006, p. 675.
- ANGIONI F., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1440.

- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XI ed. (agg. a cura di L. Conti), Milano, 2001.
- ANTONIONI F., *Aspetti della bancarotta preferenziale*, in *Arch. pen.*, 1964, p. 62.
- ANTONIONI F., *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962.
- APOSTOLI A.-GORLANI M. (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto: atti del Seminario annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Brescia, 24 novembre 2017*, Napoli, 2018.
- ARATO M., *La revocatoria: pagamenti, garanzie contestuali, esenzioni*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, II ed., Assago, 2012, p. 149.
- ARCONZO G., *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1-2013, p. 18.
- ARKES H.R.-SCHIPANI C.A., *Medical malpractice vs the business judgment rule: Differences in hindsight bias*, in *Oregon Law Review*, 1994, p. 587.
- ARTALE C.O., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Assago, 2019, p. 2139.
- BALESTRA L., *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 109.
- BARTOLI R., *Verso la "legittima offesa". Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2019.
- BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazioni e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1137.
- BARTOLO P., *I reati di false comunicazioni sociali*, Torino, 2004.
- BARTULLI A., *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri studi di diritto penale societario*, Milano, 1980.
- BASILE E., *Art. 217-bis e gruppi di società*, in *Banca e Borsa*, 2013, p. 203.
- BELLO A., *Il ruolo del professionista nel concordato preventivo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 22, p. 55.
- BENAZZO P., *Il codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2-2019, p. 274.

- BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 413.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- BERTOLOTTI G., *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017.
- BIANCHI M., *Causalità e tipicità del concorso in delitto doloso*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 53.
- BIN R., *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1505.
- BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1339.
- BOBBIO N., *Sulle sanzioni positive*, in AA.VV., *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971, p. 230.
- BOGGIO L., *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1976.
- BONELLI F., *'Concessione abusiva' di credito e 'interruzione abusiva' di credito*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese*, Milano, 2011, p. 249.
- BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- BONFANTE G., *Le misure d'allerta*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1970.
- BONFATTI S., *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori: le azioni revocatorie*, in A. JORIO-B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali. Il fallimento. Effetti – Stato Passivo*, vol. II, p. 116.
- BONFATTI S.-CENSONI P.F., *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare e del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006.
- BONI M., *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Fed.*, 5 febbraio 2014.
- BORSARI R. (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015.
- BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'im-*

- presa. Una primissima lettura*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2013, p. 84.
- BRICCHETTI R., *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2019, p. 75.
- BRICCHETTI R., *Bancarotta preferenziale e simulazione dei titoli di prelazione*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 11, p. 91.
- BRICCHETTI R.-PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017.
- BRICCHETTI R.-MUCCIARELLI F.-SANDRELLI G.G., *Le responsabilità penali*, in A. JORIO-D. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, p. 1269.
- BRICOLA F., *Le banche e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 111.
- BRICOLA F., *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni Unite e progetti di riforma*, in R. COMINI-M. VALIGNANI (a cura di), *La responsabilità degli operatori bancari. Atti del Convegno: Castrocaro Terme*, Bologna, 1982, p. 37.
- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 445.
- BRIZZI F., *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. del dir. comm.*, I, 2008, p. 1027.
- BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013.
- BRUNO S.-CALETTI G.M., *Il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 2630.
- BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano, 2000.
- CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*; molto fumo e poco arrosto, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 434.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.
- CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Assago, 2015.
- CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Assago, 2019.

- CADOPPI A.-CARLETTI E.-DE FRANCESCO G.-FORNASARI G.-GAMBERINI A.-GUERRINI R.-INSOLERA G.-MANTOVANI M.-MAZZACUVA N.-PAVARINI M.-STORTONI L.-VALLINI A.-VIRGILIO M.-ZANOTTI M., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001.
- CAFFI M., *Il concordato preventivo*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 605.
- CAIFA A. (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Tomo II, Padova, 2011.
- CALDERONE C.R., *Statuto penale dell'attività bancaria nella sentenza delle Sezioni Unite: problemi ancora aperti*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, p. 633.
- CALDERONE C.R., *Ribellione alla sentenza delle Sezioni Unite o esigenze di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, p. 659.
- CALETTI G.M., *I reati nelle procedure concorsuali*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 2609.
- CANESTRARI S., *'Rischio d'impresa' e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, p. 545.
- CAMMARATA A.E., *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929.
- CAPUTO M., *Colpa penale del medico e responsabilità delle cure*, Milano, 2017.
- CAPUTO M., *Dalla teoria dei 'segnali d'allarme' alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 905.
- CARACCIOLI I., *Operazioni bancarie e peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1339.
- CARACCIOLI I., *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965.
- CARINELLI L., *Appunti sul concetto di distrazione nel peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 538.
- CARMELLINO G., *Accordo di ristrutturazione e controllo giudiziale*, in *Fall.*, 2013, p. 625.
- CARPINO B., *La rescissione del contratto*, Milano, 2000.
- CARUSO C., *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 122.
- CASTELLANA A.M., *Riflessioni a margine degli orientamenti giurisprudenziali in punto di rilevanza penale dei fidi abusivi*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1991, p. 65.
- CASTIELLO F., *L'attività bancaria nelle sentenze 28 febbraio 1989 nn. 1 e*

- 4 delle Sezioni Unite della Cassazione penale, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1989, p. 775.
- CASTIELLO D'ANTONIO A., *Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1995, p. 246.
- CASTRONUOVO D., *La colpa 'penale'. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1723.
- CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.
- CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.
- CAVALLINI C. (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010.
- CAVALLINI S., *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1333.
- CAVALLINI S., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019.
- CAVALLO V., *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939.
- CEDRANGOLO O., *Sull'impossibilità di qualificare incaricati di pubblico servizio i dipendenti di un istituto bancario*, in *Giur. mer.*, 1969, p. 641.
- CENSONI P.F., *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 343.
- CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.
- CERQUA F., *La modifica della definizione di "piccolo imprenditore": le Sezioni Unite ritengono ingiustificata l'applicazione dell'art. 2 c.p.*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 822.
- CERQUA L.D., *Il concorso del creditore favorito nel delitto di bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2003, p. 565.
- CESIANO D., *L'applicazione della 'business judgment rule' nella giurisprudenza italiana*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, p. 103.
- CHIARAVIGLIO P., *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le Soc.*, 2019, p. 445.
- CHIARAVIGLIO P., *La bancarotta preferenziale*, Pavia, 2017.

- CHIARAVIGLIO P., *Danno e pericolo nella cd. 'bancarotta riparata'*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015.
- CIAMPI F., *Concessione di fido bancario e appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1676.
- CIAN M., *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *NLCC*, 2019, p. 1160.
- CINGARI F., *La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2017, p. 203.
- COCCO G., *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.
- COCCO G., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 67.
- COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel 'nuovo' art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 5.
- COCCO G., *Commento sub art. 216*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1169.
- COCCO G., *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1210.
- COCCO G., *Commento sub art. 223*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1267.
- COCCO G., *Commento sub art. 224*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1276.
- COCCO G., *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1141.
- COCCO G., *Nota introduttiva agli artt. 223-235. Gli autori della bancarotta impropria*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1243.
- COCCO G., *Commento sub art. 232*, in F. PALAZZO - C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1297.
- COCCO G., *Il concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Studi economico-giuridici: in memoria di Lino Salis*, Torino, 2000, p. 287.

- COCCO G., *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 529.
- COCCO G., *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987.
- COLETTA T., *Bancarotta e responsabilità penale del funzionario di banca infedele per abuso del diritto di compensazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2961.
- COLOMBO G.E., *L'esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, in *Fall.*, 2008, p. 625.
- COMINI R.-VALIGNANI M. (a cura di), *La responsabilità degli operatori bancari. Atti del Convegno: Castrocaro Terme, Bologna, 1982*.
- CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003.
- CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. pen.*, 5 maggio 2019.
- CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018.
- CONSULICH F., *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità 'paracolpevole': spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2012, p. 613.
- CONTI L., *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 7.
- CONTI L., *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991.
- CONTI L., *Operatori di banca e responsabilità per delitti contro la pubblica amministrazione*, in M. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980, p. 173.
- CRESPI A., *Sul concorso del creditore nella bancarotta fraudolenta preferenziale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, 1984, p. 267.
- CRESPI A., *Il diritto penale giurisprudenziale: l'attività bancaria come servizio pubblico*, in *Banche e banchieri*, II, 1982, p. 125.
- CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Jus*, 1957, p. 161, ora in A. CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, II ed., Milano, 2010, p. 75.
- CUPELLI C., *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 977.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

- DACCÒ A., *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in A.G.E., p. 183.
- D'ALESSANDRO F., *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1207.
- D'ALESSANDRO F., *L'aggiotaggio e la manipolazione del mercato*, in L.D. CEQUA-G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Assago, 2016, p. 729.
- D'ALESSANDRO F., *La riforma delle false comunicazioni sociali tra aporie legislative e primi disorientamenti applicativi*, in *Crim.*, 2015, p. 435.
- D'ALESSANDRO F., *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2013.
- D'ALESSANDRO F., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le Soc.*, 2011, p. 201.
- D'ALESSANDRO F., *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, p. 13.
- D'AVIRRO A.-DE MARTINO E., *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007.
- DE FLAMMINEIS S., *Il rapporto causale nel concorso di persone*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 459.
- DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3913.
- DEGLI UBALDI B., *Consilia*, Venezia, 1575.
- DEL CORSO S., *Lo statuto penale dell'attività bancaria al vaglio delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 39.
- DELLA TERZA F., *Struttura del reato a concorso necessario*, Milano, 1971.
- DELITALA G., *Il 'fatto' nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, I, Milano, 1984, p. 3.
- DELITALA G., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Riv. pen.*, 1935, p. 279, ora in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p. 835.
- DELITALA G., *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935, ora in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p. 849.
- DELITALA G., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del*

- reato di bancarotta, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, I, 1926, p. 437, ora in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, II vol., Milano, 1976, p. 703.
- DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.
- DEMARCHI ALBENGO P.G., *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.: la responsabilità penale dell'attestatore*, in *Il Caso.it*, doc. n. 325/2012, p. 1.
- DE SANTIS F., *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2014, p. 1043.
- DE SANTIS F., *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, p. 279.
- DE SANTIS F., *Le sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Le Soc.*, 2013, p. 442.
- DE SIMONE G., *Brevi note a margine della cd. bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1994, p. 165.
- DESTITO V.S., *Irrelevanza delle innovazioni legislative sui presupposti soggettivi del fallimento nei processi penali in corso*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2592.
- DE VITO R., *La salute, il lavoro, i giudici*, in *Quest. giust.*, 24 marzo 2018.
- DI AMATO S., *La revocatoria fallimentare in generale*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, II ed., Assago, 2012, p. 3.
- DI MAJO A., *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Fall.*, 2013, p. 291.
- DI MAJO A., *Accordi di ristrutturazione*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, vol. IV, Assago, 2011, p. 661.
- DI MARTINO A., *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, Padova, 2001.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta: profili di dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- DI MARZIO F., *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018.
- DI MARZIO F., *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018.
- DI MARZIO F., *L'abuso nella concessione del credito*, in *Cont. imp.*, 2015, p. 314.

- DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011.
- DI MARZIO F., *Introduzione al concordato preventivo*, in L.GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, IV vol., Assago, 2011, p. 217.
- DI MARZIO F. (a cura di), *La crisi d'impresa*, Padova, 2010.
- DI SIENA M., *Brevi considerazioni sulla criminalizzazione dell'elusione fiscale*, in *Il Fisco*, 2003, p. 3108.
- DOLCINI E., *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 431.
- DOLCINI E.-PALIERO C.E., *Tecniche di tutela e di riorganizzazione legislativo-sistematica dei delitti contro il patrimonio e l'economia*, Roma, 1987.
- DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 698.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
- DONINI M., *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 494.
- DONINI M., *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, p. 35.
- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI M., *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma III, l. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti 'esterni' alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo 'interno'*, in *SI*, 1999, 2, p. 139.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- EINAUDI L., *La burocratizzazione del credito e le proposte di vincolo pei depositi a risparmio*, in *Riv. soc. comm.*, 3, 1913, p. 241.
- EUSEBI L., *Il dolo come volontà*, II ed. riveduta, Brescia, 1993.
- FABIANI M., *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, p. 149.

- FALCINELLI D., *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'essere e il 'non essere' della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015.
- FAUCEGLIA G., *Il piano di risanamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, p. 1281.
- FERRO M., *Allerta e composizione assistita della crisi nel d.lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall.*, 2019, p. 419.
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, p. 1365.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
- FINARDI D., *La riforma del 2015 del concordato preventivo e la figura del commissario giudiziale*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2016, p. 487.
- FIGLIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007.
- FIGLIORELLA A., *Problemi attuali del diritto penale bancario*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, p. 488.
- FIGLIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.
- FIGLIORELLA A.-MASUCCI M., *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014.
- FLICK G.M., *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 273.
- FLICK G.M., *Il pubblico servizio e l'impresa banca: variazioni sul tema e problemi nuovi o irrisolti*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 303.
- FLICK G.M., *Il pubblico servizio e l'impresa banca: miti e realtà del diritto penale giurisprudenziale*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 1339.
- FLICK G.M., *Il diritto penale giurisprudenziale: 'rischio di impresa' e 'rischio penale' nell'attività bancaria*, in *B. e b.*, 3, 1982, p. 227.
- FLICK G.M., *Istituti di credito di diritto pubblico e aziende di credito private di fronte al diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1980, p. 438.
- FLICK G.M., *Il delitto di peculato. Presupposti e struttura*, Milano, 1971.
- FLORA G., *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p. 325.
- FLORA G., *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2012, p. 892.

- FLORA G., *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, p. 87.
- FOFFANI L., *Crisi finanziaria e intervento penale*, in M.O. MANTOVANI-F. CURI-S. TORDINI CAGLI-M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 547.
- FOFFANI L., *Le 'mobili frontiere' fra pubblico e privato nello statuto penale degli operatori bancari*, in *BIS*, 1978, p. 178.
- FONDAROLI D., *Brevi note in tema di erogazione del credito alle imprese in crisi e bancarotta preferenziale*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p. 471.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FRANCHINA G., *La responsabilità della banca per concessione 'abusiva' di credito*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1988, p. 656.
- FRASCAROLI SANTI E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, II ed., Lavis, 2016.
- FRASCAROLI SANTI E., *Il concordato preventivo*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV vol., Assago, 2014, p. 513.
- GALGANO F., *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Cont. imp.*, I, 1987, p. 1.
- GALLO M., *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1966, p. 399.
- GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- GALLO M., *Pubblico ufficiale ed Ente pubblico a proposito degli istituti di credito di diritto pubblico*, in *Banca e Borsa*, I, 1951, p. 217.
- GAMBARDELLA M., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2018.
- GARGANI A., *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- GATTA G.L., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013.
- GELARDI M., *Il dolo specifico*, Padova, 1996.
- GHIA L.-PICCININNI C.-SEVERINI F. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, vol. IV, Assago, 2011.

- GIACALONE G., *È indifferente per il diritto comunitario lo statuto penale degli operatori bancari*, in *Foro it.*, 1987, 9, p. 345.
- GIANESINI N., *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016.
- GIANTI D., *Responsabilità degli amministratori per mera violazione del dovere di diligenza*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 467.
- GINEVRA E.-PRESCIANI C., *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *NLCC*, 2019, p. 1209.
- GIORGETTI M. (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, Pisa, 2019.
- GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, IV ed., Milano, 1999.
- GIULIANI BALESTRINO U., *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966.
- GIUNTA F., *Revocatoria fallimentare e concordato preventivo: implicazioni penali e lacune di tutela*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, 1, p. 33.
- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.
- GIUNTA F.-SCARCELLA A., *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 1222.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- GRASSO G., *Truffa in danno della banca, ricorso abusivo al credito, obblighi di denuncia o di rapporto*, in M. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980, p. 85.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale obiettiva*, Padova, 1945.
- GROSSI M.R., *Le soluzioni concordate della crisi: i piani di risanamento*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, p. 379.
- GROSSO C.F., *I nuovi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: indebolimento o rafforzamento della tutela penale?*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1298.
- GROTTO M., *Il falso del professionista nelle procedure negoziate della crisi d'impresa*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2425.
- GUARINO G., *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio (a*

- proposito dei dirigenti e dei dipendenti delle banche di diritto pubblico che esercitano il credito ordinario*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 3.
- GUERRA M., *Nuovi aspetti problematici della responsabilità penale degli operatori bancari*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 341.
- GUERRIERI G., *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza. Profili civilistici*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 2013.
- GUGLIEMUCCI L., *Diritto fallimentare*, III ed., Torino, 2008.
- GUIDI D., *Il delitto di peculato*, Varese, 2007.
- GIUOTTO A., *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fall.*, 2019, p. 409.
- HANEWICZ W.O., *Primacy, Omnicare, and the Function of Corporate Law*, in *Tenn. L. Rev.*, 2004, 71 vol., p. 529.
- INGRASSIA A., *Ragione fiscale vs 'illecito penale personale'. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2013.
- INSOLERA G., *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 841.
- INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 563.
- INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2006, p. 459.
- INSOLERA G., *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 817.
- INZITARI B., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le Soc.*, 2007, p. 462.
- INZITARI B., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca e Borsa*, 2007, p. 137.
- JANNUZZI A., *Abuso del fido bancario*, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 1139.

- JORIO A. (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. II, Bologna, 2007.
- JORIO A. (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. I, Bologna, 2006.
- JORIO A., *Introduzione*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 1.
- JORIO A., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra 'privatizzazione' e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, p. 1453.
- KAMIN K.A.-RACHLINSKI J.J., *Ex post ≠ ex ante: Determining liability in hindsight*, in *Law and Human Behavior*, vol. 19, n. 1, p. 89.
- LA CROCE G., *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, in *Fall.*, 2014, p. 979.
- LA MONICA M., *Diritto penale commerciale*, vol. II, Milano, 1988.
- LANZI A., *La Cassazione 'razionalizza' la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 117.
- LANZI A., *Osservazioni su taluni riflessi penalistici della riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, p. 1445.
- LANZI A., *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 493.
- LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983.
- LEONCINI I., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006.
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.
- LEONE M., *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970.
- LO CASCIO G., *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall.*, 2019, p. 263.
- LONGHI S., *Bancarotta ed altri reati in materia concorsuale*, II ed., Milano, 1930.
- LOTTINI R., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2010, p. 1366.
- LUPACCHINI O., *Vecchio e nuovo nel trattamento sanzionatorio degli operatori bancari*, in *Giust. pen.*, 1989, II, p. 513.
- LUTHER J., *Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi*, in A. APOSTOLI-M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in-)certezza del diritto: atti del Seminario an-*

nuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Brescia, 24 novembre 2017, Napoli, 2018, p. 133.

- MAIMERI F., *La disparità di trattamento dei dipendenti bancari sotto il profilo penale tra Corte Costituzionale e legislatore*, in *Giur. mer.*, 1981, p. 726.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANGANO P., *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998.
- MANGIONE A., *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 891.
- MANNA A., *La bancarotta impropria societaria*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 2421.
- MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014.
- MANNA A. (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010.
- MANNA A., *La giustizia penale fra otto e novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 509.
- MANNA A., *Incongruenze nell'adeguamento della giurisprudenza di merito ai dettami della Corte di Cassazione in tema di banche*, in *Giur. mer.*, 1983, p. 990.
- MANNINI P., *Limiti penali all'attività discrezionale di concessione del fido bancario*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 630.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, VI ed., Vicenza, 2016.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007.
- MANTOVANI F., *Esercizio del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, p. 627.
- MANTOVANI M.O.-CURI F.-TORDINI CAGLI S.-CAIANIELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016.
- MARCHETTI C. (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015.
- MARINI G., *Rescissione del contratto: diritto vigente*, Milano, 1988.
- MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno*

- schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1.
- MARINUCCI G., *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 130.
- MARINUCCI G., *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 424.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 177.
- MARINUCCI G., *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in M. ROMANO, *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980, p. 45.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in G. MARINUCCI, *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 3.
- MARINUCCI G., *Distrazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 309.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
- MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013.
- MAUGERI A.M., *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 699.
- MAZZA L., *Sindacato del giudice penale sulle operazioni bancarie di finanziamento, peculato per distrazione e coscienza dell'antidoversità della condotta*, in *Giur. mer.*, 1983, p. 173.
- MAZZACUVA N., *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, II ed. Padova, 2003.
- MEO G., *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, vol. IV, Assago, 2011, p. 631.
- MERENDA I., *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016.
- MEREU A., *La repressione penale delle frodi IVA: indagine ricostruttiva e prospettive di riforma*, Assago, 2011.
- MEZZETTI E., *L'appropriazione indebita nell'abuso di fido bancario*, in *Giust. pen.*, 1990, II, c. 193.
- MICHELETTI D., *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2007, p. 23.

- MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, p. 609.
- MILITELLO V., *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 826.
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.
- MINERVINI G., *La legge bancaria verso il tramonto?*, in *Pol. eco.*, 1984, 9, p. 61.
- MIOLA M., *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1079.
- MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962.
- MOLLO G., *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 133.
- MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fonte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 820.
- MORELLI A., *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1-2013, p. 7.
- MORGANTE G., *Il diritto penale nel caso Ilva tra ospite d'onore e convitato di pietra*, in *Fed.*, 24 luglio 2013.
- MORMANDO V., *Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 1085 del 13 dicembre 1988. ricordando Renato Dell'Anno*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 123.
- MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.
- MUCCIARELLI F., *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1189.
- MUCCIARELLI F., *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali tra legalità e 'ars interpretandi'*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4, 2016, p. 174.
- MUCCIARELLI F., *Le 'nuove' false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2015, p. 159.
- MUCCIARELLI F., *Il delitto di false attestazioni e relazioni: il professionista attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 129.
- MUCCIARELLI F., *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 443.
- MUCCIARELLI F., *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in F. BONELLI, *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, p. 275.

- MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1474.
- MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2009, p. 825.
- MUSCO E., *Quale statuto penale per gli operatori bancari?*, in *Banca e Borsa*, 1982, II, p. 904.
- MUSCO E.-ARDITO F., *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018.
- NAPOLEONI V., *Frammenti di un'indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 398.
- NARDECCHIA G.B., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi*, Galatina, 2019.
- NARDECCHIA G.B., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, Assago, 2014, p. 473.
- NICOLÒ R., *Surrogatoria-Revocatoria*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 2900-2969, p. 4.
- NIGRO A., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Soc.*, 2007, p. 436.
- NIGRO A., *La responsabilità della banca per concessione 'abusiva' di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 219.
- NISCO A., *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, p. 851.
- NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del mercato*, Bologna, 2009.
- NORELLI E., *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, vol. IV, Assago, 2011, p. 497.
- NUVOLONE P., *Limite della giurisdizione della Corte dei Conti e attività bancaria*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 236.
- NUVOLONE P., *Banche private e pubblico servizio*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 723.
- NUVOLONE P., *In tema di concorso nella bancarotta preferenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, p. 253.
- NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- NUVOLONE P., *Gli istituti di credito pubblico e il concetto di pubblico ufficiale*, in *Banca e Borsa*, 1950, II, p. 52.

- ONIDA V., *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1494.
- PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012.
- PADOVANI T., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 540.
- PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, ora in A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008. Monografie di parte speciale*, Milano, 2009, p. 1.
- PAGLIARO A., *Peculato e abuso del fido bancario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 533.
- PAGNI I., *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in *Fall.*, 2013, p. 286.
- PALAZZO F., *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema "delicati"*, in *SI*, 1996, p. 1108.
- PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli, 1991, p. 27.
- PALAZZO F., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 815.
- PALAZZO F., *Ignorantia legis: vecchi limiri e nuovi orizzonti della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920.
- PALAZZO F., *Regole disciplinanti il fido bancario e distrazione punibile*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 794.
- PALAZZO F., *Il concetto di 'distrazione' nel delitto di peculato*, Milano, 1972.
- PALAZZO F.-PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007.
- PALIERO C.E., *L'agorà e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Crim.*, 2012, p. 95.
- PALIERO C.E., *La difesa legittima territoriale (ovvero un paradigma orientato alla sproporzione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 569.
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849.

- PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430.
- PALIERO C.E., *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è 'comune' la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 707.
- PALIERO C.E., *Lo 'statuto penale' degli operatori bancari fra disciplina comunitaria e politica penale giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1359.
- PALIERO C.E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALLADINO D.-PALLADINO C., *Le geometrie non euclidee*, Roma, 2008.
- PAMELIN D., *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-CHEVRON*, in *Cost. it.*, 2-2017, III, p. 1.
- PANZANI L., *Dal 'fallimento' alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCII*, in *Fall.*, 2019, p. 1141.
- PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, Assago, 2014.
- PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, II ed., Assago, 2012.
- PANZANI L., *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, p. 181.
- PANZANI L.-TARZIA G., *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Fall.*, 2014, p. 1063.
- PATTI A., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, p. 42.
- PATTI A., *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli per i creditori*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 169.
- PEDRAZZI C., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 419.
- PEDRAZZI C., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI,

- Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 971.
- PEDRAZZI C., *Commento alla proposta di legge Minervini e Spaventa (cinque proposte di modifica della disciplina penale dell'impresa bancaria)*, in *Giur. comm.*, 1980, pp. 853 ss., ora in C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 302.
- PEDRAZZI C., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 339, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, III vol., Milano, 2003, p. 63.
- PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004.
- PERDONÒ G.L., *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 2011, p. 53.
- PERDONÒ G.L., *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, p. 325.
- PERINI A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999.
- PERINI A.-DAWAN D., *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001.
- PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.
- PERRINO M., *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 653.
- PERUZZO G.G., *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016.
- PICOTTI L., *Il dolo specifico: un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie*, Milano, 1993.
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.
- PIERGALLINI C., *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006 p. 1653.
- PIGA F., *Pubblico e privato nelle attività bancarie*, in *Banche e banchieri*, 4, 1982, p. 445.
- PIOLETTI U., *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 2288.
- PIOLETTI U., *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia (Roma), 2015.
- PISA P., *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 797.

- PISANI N., *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018.
- PISANI N., *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta pre-fallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1160.
- PISANI N. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010.
- PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società di capitali*, Roma, 1997.
- POHL R.F., *Hindsight bias*, in R.F. POHL (ed.), *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, Hove, 2004, p. 363.
- PORZIO M., *I dipendenti degli Istituti di credito di diritto pubblico ed il concetto di pubblico ufficiale*, in *Arch. pen.*, I, 1964, p. 118.
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964.
- PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PROSDOCIMI S., *Esercizio del credito e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 984.
- PROSDOCIMI S., *Peculato per distrazione e rischio d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 846.
- PROTO E., *Analisi del concetto di appropriazione e abuso del possesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 332.
- PULIATTI D., *Abusiva concessione di credito, bancarotta fraudolenta per distrazione e risarcimento dei danni*, in *NGCC*, 2009, I, p. 869.
- PULITANÒ D., *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 21 maggio 2019.
- PULITANÒ D., *Una nuova 'sentenza ILVA'. Continuità o svolta?*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 604.
- PULITANÒ D. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013.
- PULITANÒ D., *Giudici tarantini e Corte Costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1498.
- PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 320.
- PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686.
- PUNZO M., *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953.

- RAYMONDI G., *Attività bancaria e diritto penale, con particolare riferimento al delitto di peculato*, in *Giur. mer.*, II, 1986, p. 1193.
- RINALDI V., *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 664.
- RISICATO L., *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 7 giugno 2017.
- RISICATO L., *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1465.
- RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.
- ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e causa di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1721.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1987.
- ROMANO M., *La 'parificazione' tra operatori bancari pubblici e privati secondo le Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 765.
- ROMANO M., *Introduzione allo studio del diritto penale bancario*, in M. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980, p. 13.
- RORDORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *I contratti*, 2019, p. 129.
- ROSSI AL., *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci e ombre dei dati normativi, in un contesto problematico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1153.
- ROSSI AL., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014.
- ROSSI AL., *La rilevanza penale del falso valutativo: la motivazione 'di conferma' delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2010.
- ROSSI AN., *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fall.*, 2019, p. 291.
- ROSSI VANNINI A., *Commento sub art. 232*, in A. ROSSI VANNINI-N. MAZ-

- ZACUVA, *Disposizioni penali. Tomo III*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1997, p. 1.
- ROSSI VANNINI A.-MAZZACUVA N., *Disposizioni penali. Tomo III*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1997.
- ROTOLO G., *'Riconoscibilità' del precetto e modelli 'innovativi' di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2018.
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, p. 37.
- ROXIN C., *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, p. 23.
- ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963.
- RUGA RIVA C., *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, Thyssen-Krupp)*, Bologna, 2015, p. 149.
- RULLI E., *Le funzioni del commissario nel concordato con riserva*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2016, p. 456.
- SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, I, 2014, p. 304.
- SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, p. 789.
- SANDRELLI G.G., *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1429.
- SANDRELLI G.G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1296.
- SANTARELLI U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.
- SANTORIELLO C., *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, 2017.
- SANTORIELLO C., *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Le Soc.*, 2017, p. 1030.
- SANTORIELLO C., *La bancarotta fraudolenta documentale e la bancarotta preferenziale*, in *Le Soc.*, 2014, p. 606.

- SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, Torino, 2000.
- SANTORO A., *Funzioni pubbliche e pubblici ufficiali del Banco di Napoli*, in *Banca e Borsa*, II, 1963, p. 1.
- SANTORO A., *Fido bancario concesso irregolarmente e delitto di peculato*, in *Banca e Borsa*, 1962, II, p. 324.
- SANZO S., *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in S. SANZO-D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 37.
- SCALERA I., *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969.
- SCARCELLA A., *Tutela della sicurezza dei lavoratori: incostituzionale la normativa "anti blocco ILVA"*, in *ISL*, 2018, p. 339.
- SCARCELLA A., *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 482.
- SCHIAFFO F., *Le situazioni 'quasi scriminanti' nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
- SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007.
- SCHIRÒ D.M., *La premialità nel diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza: primi nodi interpretativi*, in *Arch. pen.*, 2 luglio 2019.
- SCOLETTA M., *La tipicità penale delle false valutazioni nelle comunicazioni sociali alla luce della Sezione Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 35.
- SCOLETTA M., *La 'specialità' della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p. 393.
- SCOLETTA M., *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le Soc.*, 2015, p. 1301.
- SCOLETTA M., *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2014.
- SCOLETTA M., *Le false comunicazioni sociali. Bilanci e prospettive*, Pavia, 2012.

- SCORDAMAGLIA V., *Il peculato per distrazione*, Napoli, 1966.
- SGUBBI F., *Crisi di impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 665.
- SGUBBI F., *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, p. 61.
- SELLAROLI G., *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale*, in *Giust. pen.*, 1960, p. 240.
- SERVAGGI N., *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, p. 97.
- SEMEGHINI D., *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, p. 206.
- SEMERARO P., *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009.
- SEMINARA S., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1498.
- SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- SERIANNI V., *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 201.
- SESTIERI M., *La rilevanza penale dell'erogazione di credito illegittima: ritorno al futuro*, in *Ind. pen.*, 2018, pp. 54
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Le nuove definizioni delle figure di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357 e 358 c.p.*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 338.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Nota a Cass. S.U. 23 maggio 1987, Tuzet*, in *Banca e Borsa*, II, 1987, p. 545.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Il criterio distintivo fra distrazione e appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen.*, 1976, p. 709.
- SINISCALCO M., *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali. Profili critici*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 263.
- SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1346.
- SOTIS C., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1149.

- SPAMANN H., *Monetary Liability for Breach of the Duty of Care*, in *JLA*, vol. 8, n. 2, 2016, p. 337.
- SPASARI M., *Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore*, Milano, 1961.
- SPENA A., *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008.
- SPINOSA V., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2013, p. 100.
- SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2-2019, p. 253.
- STALLA G., *Autotutela della banca e bancarotta preferenziale*, in *Fall.*, 2005, p. 785.
- STANGHELLINI L., *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 449.
- STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, p. 1222.
- STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007.
- STANGHELLINI L.-ZORZI A., *Il piano di risanamento*, in A. JORIO-B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. V, Milano, 2017, p. 527.
- STELLA F., *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere*, in *Fall.*, 1985, p. 303.
- STRACCA B., *Decisiones et tractatus varii de mercatura*, 1552.
- STORTONI L., *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: profili generali e spunti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1990, p. 707.
- SUNSTEIN C.-VERMEULE A., *Interpretation and Institutions*, in *Mich. L. Rev.*, 2003, vol. 101, p. 895.
- TAGLIARINI F., *La bancarotta preferenziale: profili generali*, in AA.VV., *La revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale*, Padova, 1992, p. 15.
- TARTAGLIA P., *Piano di concordato*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, vol. IV, Assago, 2011, p. 285.
- TASSINARI D., *La bancarotta preferenziale*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Assago, 2019, p. 2254.

- TASSINARI D., *La 'simulazione dei titoli di prelazione': a cavallo tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, in *Fall.*, 2002, p. 1352.
- TELCHINI I., *In tema di attività creditizia e norme comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 265.
- TERENGI M., *Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?*, in *Fall.*, 2017, p. 929.
- TETTO F., *Il nuovo statuto dell'impresa fallibile ed i riflessi nei giudizi di bancarotta*, in *Fall.*, 2008, p. 1193.
- TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008.
- TOMASI T., *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017.
- TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Assago, 2012.
- TROYER L., *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 141.
- TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 111.
- TROYER L.-INGRASSIA A., *La bancarotta distrattiva prefallimentare come reato di pericolo concreto: la Suprema Corte verso un'attesa sintesi*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, p. 595.
- TROYER L.-INGRASSIA A., *Il concorso del ceto bancario nei fatti di bancarotta del debitore: il difficile equilibrio tra libera scelta imprenditoriale della banca e sindacato del giudice penale sulle azioni di sostegno alle imprese in crisi*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, p. 416.
- VANNINI O., *Concorso nel reato mediante omissione*, in *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milano, 1952, p. 295.
- VASSALLI F., *Banche pubbliche e banche private davanti alla Corte Costituzionale*, in *Temi Romana*, 1980, p. 161.
- VASSALLI G., *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 10.
- VASSALLI G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 3.
- VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI vol., Milano, 1960, p. 609.

- VENEZIANI P., *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.
- VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 299.
- VENEZIANI P., *Le qualifiche soggettive degli operatori bancari secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 517.
- VERNA G., *I nuovi accordi di ristrutturazione*, S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma 'organica' al decreto 'correttivo'*, Torino, 2008, p. 575.
- VICARI A., *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2013, p. 128.
- VICARI A., *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 478.
- VIDARI E., *Corso di diritto commerciale*, IX ed., Milano, 1898.
- VIGANÒ F., *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.
- VIGNOCCHI G., *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968.
- VINCIGUERRA G., *Trasformazione del credito da chirografario in privilegiato e concorso in bancarotta preferenziale del funzionario di banca*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1259.
- VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *Arch. pen.*, 1, 2014, p. 1.
- VITIELLO M., *Il nuovo concordato preventivo: disciplina e primi problemi applicativi*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, p. 295.
- VIVALDI E., *Il caso Ilva. La "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Fed.*, 17 luglio 2013.
- VIZZARDI M., *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1351.
- VOZZA D., *Oltre la giustizia penale: la Corte EDU condanna lo Stato italiano nel caso dell'Ilva di Taranto per violazione del diritto al rispetto della vita privata e del diritto ad un ricorso effettivo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, p. 707.

- ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 533.
- ZAMPANO O., *Bancarotta 'riparata' e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2006, p. 745.
- ZAMPERETTI G.M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.
- ZANCHETTI M., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2014, p. 111.
- ZANCHETTI M., *Diritto penale fallimentare*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, p. 355.
- ZANNOTTI R., *Banche e diritto penale: la terza pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2150.
- ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985.
- ZINCANI M., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, p. 516.
- ZIRULIA S., *Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. 'salva Ilva'*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2019.
- ZIRULIA S., *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2019.
- ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.
- ZIRULIA S., *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto "salva-Ilva" n. 92 del 2015*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 947.
- ZIRULIA S., *In vigore un nuovo decreto 'Salva Ilva' (e anche Fincantieri)*, in *Dir. pen. cont.*, 6 luglio 2015.
- ZOCCA L., *La relazione del professionista e sua responsabilità*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, vol. IV, Assago, 2011, p. 325.
- ZOCCA L., *Ristrutturazione e riorganizzazione delle imprese*, in A. CAIFA (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Tomo II, Padova, 2011, p. 1269.

ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *Fall.*, 2019, p. 993.

ZORZI A., *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l. fall.*, in *Fall.*, 2010, p. 518.





Finito di stampare nel mese di maggio 2020  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220







## **Volimi pubblicati:**

### Sezione *Monografie*

1. ELIO R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, 1997, pp. XX-276.
2. ADELMO MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, 1997, pp. X-286.
3. ROBERTO ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, 1997, pp. X-254.
4. STEFANO CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, 1998, pp. XVI-504.
5. MICHELE PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, 1997, pp. XII-292.
6. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, 1998, pp. XII-200.
7. ISABELLA LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, 1999, pp. X-422.
8. ALBERTO CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Seconda edizione, 2014, pp. XVIII-374.
9. IGNAZIO GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, 2000, pp. XII-500.
10. DAVID BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, 2000, pp. X-166.
11. PAOLO VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, 2000, pp. XII-348.
12. MARIA BEATRICE MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, 2001, pp. X-298.
13. ADRIANO MARTINI, *La pena sospesa*, 2001, pp. X-326.
14. EMMA VENAFRO, *Le scusanti*, 2002, pp. X-206.
15. GAETANA MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, 2002, pp. XVIII-238.
16. ALESSANDRO TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, 2002, pp. XVI-304.
17. OMBRETTA DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, 2003, pp. XVI-504.
18. MARCO MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, 2003, pp. XII-284.
19. ANTONIO VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, 2003, pp. XIV-434.

20. COSTANTINO VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, 2003, pp. XXXVIII-522.
21. LUIGI CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, 2004, pp. XXVIII-620.
22. ADELMO MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, 2004, pp. XVIII-222.
23. VINCENZO BRUNO MUSCATIELLO, *La tutela altrove. Saggio sulla tutela dell' homo faber nel codice penale*, 2004, pp. X-238.
24. ROBERTO BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005, pp. X-262.
25. ANNAMARIA PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, 2005, pp. X-218.
26. ALBERTO GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, 2005, pp. XVIII-494.
27. VITTORIO MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, 2005, pp. XVI-336.
28. DAVID TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, 2006, pp. X-214.
29. ALBERTO DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, 2006, pp. XX-320.
30. ANTONELLA MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, 2006, pp. XII-260.
31. DARIO MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, 2006, pp. XIV-642.
32. GIUSEPPE AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, 2006, pp. XIV-278.
33. MASSIMO DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, 2006, pp. X-182.
34. EMANUELE NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, 2006, pp. XVI-392.
35. MARIA TERESA COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, 2007, pp. XII-292.
36. LUCIA SCOPINARO, *Internet e i reati contro il patrimonio*, 2007, pp. VIII-256.
37. DANIELA FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, 2007, pp. XVI-160.
38. IGNAZIO GIACONA, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, 2007, pp. X-374.
39. ANTONIA MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, 2008, pp. XII-372.
40. ROBERTO BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale; tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, 2008, pp. X-238.

41. STEFANO PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, 2008, pp. XII-404.
42. VINCENZO BRUNO MUSCATIELLO, *La Recidiva*, 2008, pp. VI-202.
43. COSTANTINO VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, 2008, pp. XVI-272.
44. MARCO PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, 2008, pp. XVIII-426.
45. DANIELA FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, 2009, pp. XIV-406.
46. ANDREA R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, 2009, pp. XIV-354.
47. OMBRETTA DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, 2009, pp. XII-228.
48. FRANCESCO PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, 2010, pp. VIII-228.
49. ROCCO BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, 2010, pp. XII-472.
50. DOMENICO NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, 2010, pp. XII- 412.
51. ANNAMARIA PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, 2010, pp. X-214.
52. VITTORIO MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, 2010, pp. XIV-266.
53. ANNA MARIA MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, 2010, pp. VIII-276.
54. DANIELA FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, 2011, pp. XVI-168.
55. ANDREA CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, 2011, pp. XVIII-278.
56. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, 2012, pp. X-298.
57. MARCO GROTTA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, 2012, pp. XVI-464.
58. ANDREA R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, 2012, pp. XIV-338.
59. EMANUELE NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, 2012, pp. X-202.
60. FRANCESCO CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, 2012, pp. XII-236.
61. ENRICO AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, 2012, pp. XIV-490.
62. GIUSEPPINA PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, 2012, pp. XVI-400.
63. ANTONIO VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, 2012, pp. XVI-336.

64. MARCO GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, 2013, pp. XVIII-318.
65. EMANUELE CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, 2013, pp. XX-204.
66. DANIELA FALCINELLI, *L'atto dispositivo nei delitti contro il patrimonio. Sezioni e intersezioni del sistema penale*, 2013, pp. XII-148.
67. GABRIELE FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, 2013, pp. XIV-242.
68. GAETANA MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, 2013, pp. XII-260.
69. FRANCESCA CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, 2013, pp. XVIII-366.
70. ELIANA RECCIA, *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza*, 2014, pp. XII-188.
71. FRANCESCO D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, 2014, pp. XII-492.
72. AMALIA ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, 2015, pp. XVI-232.
73. DOMENICO NOTARO, *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, 2015, pp. X-286.
74. CIRO GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, 2016, pp. XVIII-350.
75. ADRIANO MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, 2017, pp. XII-260.
76. FILIPPO BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, 2017, pp. X-310.
77. FRANCESCO MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017, pp. XII-404.
78. ALAIN MARIA DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, 2017, pp. X-334.
79. MATTEO CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, 2017, pp. XVI-474.
80. ANDREA R. DI LANDRO, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, 2018, pp. XX-404.
81. IVAN SALVADORI, *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, 2018, pp. XX-220.
82. FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutelario*, 2018, pp. XX-284.
83. TOMMASO GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, 2018, pp. XVI-272.
84. FEDERICO BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, 2018, pp. XVI-288.

85. EMANUELE LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, 2018, pp. XIV-618.
86. ARIANNA VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, 2018, pp. XII-708.
87. GABRIELE MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, 2018, pp. X-238.
88. ENRICO BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, 2018, pp. XIV-314.
89. ROCCO ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, 2018, pp. XII-252.
90. FEDERICO CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, 2018, pp. XIV-578.
91. MASSIMILIANO LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, 2018, pp. XIV-418.
92. MALAIKA BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minore. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, 2019, pp. XVI-696.
93. DARIA PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, 2019, pp. XXII-412.
94. ATTILIO NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull' involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, 2019, pp. XVI-264.
95. ANDREA MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, 2019, pp. XII-156.
96. STEFANO DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, 2019, pp. XII-236.
97. ANDREA R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica ed il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, 2020, X-150.
98. VINCENZO TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, 2019, pp. XXIV-512.
99. TOMMASO GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del 100*. TOMMASO GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, 2020, pp. X-238.
100. DOMENICO NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, 2020, XX-396.
101. ALEX INGRASSIA, *Rischio d'impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, XVI-304.

## Sezione Saggi

1. FAUSTO GIUNTA, DARIO MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, 2003, pp. IV-124.
2. ALESSANDRO BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, pp. VI-114.
3. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, 2004, pp. 88.
4. ALESSANDRO TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, 2005, pp. VIII-118.
5. ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, 2006, pp. VIII-136.
6. LUCIA RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, 2007, pp. VIII-96.
7. FRANCESCO PALAZZO, ROBERTO BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, 2007, pp. VIII-160.
8. ADOLFO CERETTI, ROBERTO CORNELLI, *Proprietà e sicurezza. La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno*, 2007, pp. VIII-140.
9. GIANCARLO DE VERO, GIUSEPPINA PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, 2007, pp. VI-154.
10. LUCIA RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, 2008, pp. VIII-104.
11. MARCO MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, 2008, pp. X-154.
12. GIOVANNI FIANDACA, GIOVANNI FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, 2008, pp. XII-172.
13. ALESSANDRO BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, 2010, pp. VIII-172.
14. MARTA BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circoscrizione di incapace e nell'usura*, 2010, pp. VIII-192.
15. ROBERTO BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, 2010, pp. VI-126.
16. MASSIMO VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, 2011, pp. X-158.
17. ROBERTO WENIN, *La mens rea nello Statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistemica dell'art. 30 in chiave comparata*, 2012, pp. X-138.
18. LUCIA RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, 2013, pp. VIII-104.
19. ALESSANDRO TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, 2013, pp. VIII-208.

20. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Punibilità*, 2016, pp. VIII-104.
21. LUCIA RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, 2019, pp. VIII-104.
22. OMBRETTA DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, 2019, pp. VIII-88.
23. MASSIMILIANO DOVA, *Alterazioni emotive e colpevolezza*, 2019, pp. VI-106.
24. TERESA TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante: contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, 2020, pp. VIII-152.







## **Volimi pubblicati:**

### Sezione *Monografie*

1. ELIO R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, 1997, pp. XX-276.
2. ADELMO MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, 1997, pp. X-286.
3. ROBERTO ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, 1997, pp. X-254.
4. STEFANO CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, 1998, pp. XVI-504.
5. MICHELE PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, 1997, pp. XII-292.
6. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, 1998, pp. XII-200.
7. ISABELLA LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, 1999, pp. X-422.
8. ALBERTO CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Seconda edizione, 2014, pp. XVIII-374.
9. IGNAZIO GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, 2000, pp. XII-500.
10. DAVID BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, 2000, pp. X-166.
11. PAOLO VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, 2000, pp. XII-348.
12. MARIA BEATRICE MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, 2001, pp. X-298.
13. ADRIANO MARTINI, *La pena sospesa*, 2001, pp. X-326.
14. EMMA VENAFRO, *Le scusanti*, 2002, pp. X-206.
15. GAETANA MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, 2002, pp. XVIII-238.
16. ALESSANDRO TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, 2002, pp. XVI-304.
17. OMBRETTA DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, 2003, pp. XVI-504.
18. MARCO MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, 2003, pp. XII-284.
19. ANTONIO VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, 2003, pp. XIV-434.

20. COSTANTINO VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, 2003, pp. XXXVIII-522.
21. LUIGI CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, 2004, pp. XXVIII-620.
22. ADELMO MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, 2004, pp. XVIII-222.
23. VINCENZO BRUNO MUSCATIELLO, *La tutela altrove. Saggio sulla tutela dell' homo faber nel codice penale*, 2004, pp. X-238.
24. ROBERTO BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005, pp. X-262.
25. ANNAMARIA PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, 2005, pp. X-218.
26. ALBERTO GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, 2005, pp. XVIII-494.
27. VITTORIO MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, 2005, pp. XVI-336.
28. DAVID TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, 2006, pp. X-214.
29. ALBERTO DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, 2006, pp. XX-320.
30. ANTONELLA MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, 2006, pp. XII-260.
31. DARIO MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, 2006, pp. XIV-642.
32. GIUSEPPE AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, 2006, pp. XIV-278.
33. MASSIMO DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, 2006, pp. X-182.
34. EMANUELE NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, 2006, pp. XVI-392.
35. MARIA TERESA COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, 2007, pp. XII-292.
36. LUCIA SCOPINARO, *Internet e i reati contro il patrimonio*, 2007, pp. VIII-256.
37. DANIELA FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, 2007, pp. XVI-160.
38. IGNAZIO GIACONA, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, 2007, pp. X-374.
39. ANTONIA MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, 2008, pp. XII-372.
40. ROBERTO BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale; tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, 2008, pp. X-238.

41. STEFANO PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, 2008, pp. XII-404.
42. VINCENZO BRUNO MUSCATIELLO, *La Recidiva*, 2008, pp. VI-202.
43. COSTANTINO VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, 2008, pp. XVI-272.
44. MARCO PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, 2008, pp. XVIII-426.
45. DANIELA FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, 2009, pp. XIV-406.
46. ANDREA R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, 2009, pp. XIV-354.
47. OMBRETTA DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, 2009, pp. XII-228.
48. FRANCESCO PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, 2010, pp. VIII-228.
49. ROCCO BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, 2010, pp. XII-472.
50. DOMENICO NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, 2010, pp. XII- 412.
51. ANNAMARIA PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, 2010, pp. X-214.
52. VITTORIO MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, 2010, pp. XIV-266.
53. ANNA MARIA MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, 2010, pp. VIII-276.
54. DANIELA FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, 2011, pp. XVI-168.
55. ANDREA CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, 2011, pp. XVIII-278.
56. ATTILIO NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, 2012, pp. X-298.
57. MARCO GROTTA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, 2012, pp. XVI-464.
58. ANDREA R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, 2012, pp. XIV-338.
59. EMANUELE NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, 2012, pp. X-202.
60. FRANCESCO CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, 2012, pp. XII-236.
61. ENRICO AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, 2012, pp. XIV-490.
62. GIUSEPPINA PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, 2012, pp. XVI-400.
63. ANTONIO VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, 2012, pp. XVI-336.

64. MARCO GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, 2013, pp. XVIII-318.
65. EMANUELE CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, 2013, pp. XX-204.
66. DANIELA FALCINELLI, *L'atto dispositivo nei delitti contro il patrimonio. Sezioni e intersezioni del sistema penale*, 2013, pp. XII-148.
67. GABRIELE FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, 2013, pp. XIV-242.
68. GAETANA MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, 2013, pp. XII-260.
69. FRANCESCA CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, 2013, pp. XVIII-366.
70. ELIANA RECCIA, *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza*, 2014, pp. XII-188.
71. FRANCESCO D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, 2014, pp. XII-492.
72. AMALIA ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, 2015, pp. XVI-232.
73. DOMENICO NOTARO, *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, 2015, pp. X-286.
74. CIRO GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, 2016, pp. XVIII-350.
75. ADRIANO MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, 2017, pp. XII-260.
76. FILIPPO BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, 2017, pp. X-310.
77. FRANCESCO MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017, pp. XII-404.
78. ALAIN MARIA DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, 2017, pp. X-334.
79. MATTEO CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, 2017, pp. XVI-474.
80. ANDREA R. DI LANDRO, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, 2018, pp. XX-404.
81. IVAN SALVADORI, *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, 2018, pp. XX-220.
82. FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutelario*, 2018, pp. XX-284.
83. TOMMASO GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, 2018, pp. XVI-272.
84. FEDERICO BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, 2018, pp. XVI-288.

85. EMANUELE LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, 2018, pp. XIV-618.
86. ARIANNA VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, 2018, pp. XII-708.
87. GABRIELE MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, 2018, pp. X-238.
88. ENRICO BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, 2018, pp. XIV-314.
89. ROCCO ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, 2018, pp. XII-252.
90. FEDERICO CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, 2018, pp. XIV-578.
91. MASSIMILIANO LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, 2018, pp. XIV-418.
92. MALAIKA BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, 2019, pp. XVI-696.
93. DARIA PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, 2019, pp. XXII-412.
94. ATTILIO NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull' involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, 2019, pp. XVI-264.
95. ANDREA MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, 2019, pp. XII-156.
96. STEFANO DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, 2019, pp. XII-236.
97. ANDREA R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica ed il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, 2020, X-150.
98. VINCENZO TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, 2019, pp. XXIV-512.
99. TOMMASO GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del 100*. TOMMASO GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, 2020, pp. X-238.
100. DOMENICO NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, 2020, XX-396.
101. ALEX INGRASSIA, *Rischio d'impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, XVI-304.

## Sezione Saggi

1. FAUSTO GIUNTA, DARIO MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, 2003, pp. IV-124.
2. ALESSANDRO BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, pp. VI-114.
3. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, 2004, pp. 88.
4. ALESSANDRO TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, 2005, pp. VIII-118.
5. ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, 2006, pp. VIII-136.
6. LUCIA RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, 2007, pp. VIII-96.
7. FRANCESCO PALAZZO, ROBERTO BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, 2007, pp. VIII-160.
8. ADOLFO CERETTI, ROBERTO CORNELLI, *Proprietà e sicurezza. La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno*, 2007, pp. VIII-140.
9. GIANCARLO DE VERO, GIUSEPPINA PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, 2007, pp. VI-154.
10. LUCIA RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, 2008, pp. VIII-104.
11. MARCO MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, 2008, pp. X-154.
12. GIOVANNI FIANDACA, GIOVANNI FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, 2008, pp. XII-172.
13. ALESSANDRO BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, 2010, pp. VIII-172.
14. MARTA BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circoscrizione di incapace e nell'usura*, 2010, pp. VIII-192.
15. ROBERTO BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, 2010, pp. VI-126.
16. MASSIMO VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, 2011, pp. X-158.
17. ROBERTO WENIN, *La mens rea nello Statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistemica dell'art. 30 in chiave comparata*, 2012, pp. X-138.
18. LUCIA RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, 2013, pp. VIII-104.
19. ALESSANDRO TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, 2013, pp. VIII-208.

20. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Punibilità*, 2016, pp. VIII-104.
21. LUCIA RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, 2019, pp. VIII-104.
22. OMBRETTA DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, 2019, pp. VIII-88.
23. MASSIMILIANO DOVA, *Alterazioni emotive e colpevolezza*, 2019, pp. VI-106.
24. TERESA TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante: contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, 2020, pp. VIII-152.