

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PARMA

Dottorato di ricerca in Diritto Penale

Ciclo XXVI

Il Concorso dell'*extraneus* nel delitto di bancarotta
impropria

Coordinatore:
Chiar.mo Prof.
Alberto Cadoppi

Tutor:
Chiar.mo Prof.
Stefano Del Signore

Dottorando: Luca Agostini

PREMESSA

1. Centralità del mercato nella società moderna, riflessi pandemici della crisi imprenditoriale e risposta penale p. 5
2. Carattere empiricamente plurisoggettivo del delitto di bancarotta impropria e concorso dell'*extraneus* p. 11

CAP. I

IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

1. Nozione e fondamento dell'istituto p. 18
2. Modelli dottrinali di concorso di persone: estensivo d'autore; dell'accessorietà, della fattispecie plurisoggettiva eventuale p. 20
3. Cenni su plurisoggettività necessaria e punibilità del concorrente necessario per condotte atipiche p. 24
4. Struttura obiettiva della partecipazione criminosa p. 27
- 4.1. Pluralità di concorrenti p. 27
- 4.2. Il baricentro del concorso: la realizzazione di un fatto tipico di reato p. 28
- 4.2.1. L'evento rilevante p. 33
- 4.3. Il confine della responsabilità penale di ciascuno dei concorrenti: il contributo materiale, tipico o atipico, al fatto di reato p. 36
- 4.3.1. La partecipazione morale p. 50
- 4.3.2. Cenni sul concorso per omissione: nel reato omissivo e in quello commissivo p. 56
5. La porzione soggettiva della partecipazione criminosa: il dolo di concorso p. 60
- 5.1. Dolo concorsuale e dolo eventuale p. 70
- 5.2. *Ubicunque suum*, ovvero della configurabilità di diversi coefficienti soggettivi in capo ai vari concorrenti p. 76
6. L'uniformazione del difforme p. 86
- 6.1. Il concorso anomalo p. 86
- 6.2. Il concorso nel reato proprio del soggetto privo di qualifica p. 92

6.2.1. Il contributo dell' <i>intranens</i>	p. 92
6.2.2. Colpevolezza e imputabilità dell' <i>intranens</i>	p. 96
6.2.3. La consapevolezza della qualifica soggettiva in capo all' <i>intranens</i>	p. 100
6.3.4. L'attenuante discrezionale di cui all'articolo 117 del codice penale	p. 104
7. La comunicabilità delle circostanze ai concorrenti nel reato, con specifico riferimento all' <i>extraneus</i>	p. 105
8. Il limite ultimo del concorso nel reato	p. 108

CAP. II

IL DELITTO DI BANCAROTTA IMPROPRIA PREFALLIMENTARE

1. Premessa	p. 117
2. Interesse tutelato	p. 121
3. Soggetti attivi	p. 130
3.1. La teoria funzionalistica e il suo epigono: l'articolo 2639 del codice civile	p. 130
3.2. Intranei ed estranei nella bancarotta impropria tra tipizzazione normativa e clausole estensive	p. 137
4. Il delitto di cui all'articolo 223 comma 2° n. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267: la bancarotta da reato societario	p. 146
4.1. Il dissesto della società	p. 154
4.2. I reati societari richiamati	p. 163
5. Il filo da torcere, ovvero le fattispecie delittuose di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267	p. 163
5.1. Elemento oggettivo	p. 163
5.2. Il fallimento della società e i rapporti con l'inane bancarotta impropria da reato societario	p. 175
6. L'elemento soggettivo	p. 182
6.1. Nella bancarotta da reato societario	p. 182
6.2. Nel cagionamento doloso e nelle operazioni dolose causa del fallimento	p. 187
7. Il concorso dell' <i>extraneus</i>	p. 195

7.1. Il profilo obiettivo	p. 197
7.1.1. Il principio di tipicità e il contributo eziologico	p. 197
7.1.2. Rispetto ai reati propri	p. 199
7.1.3. Rispetto ai reati di pericolo concreto	p. 205
7.2. Il profilo subiettivo: la <i>vis expansiva</i> del dolo eventuale e il catalogo Thyssenkrupp	p. 207
7.3. Il concorso anomalo	p. 226

CAP. III

CONCLUSIONI

1. Il concorso dell'estraneo nel reato di bancarotta impropria	p. 229
1.1. <i>De iure condito</i> : lo scoglio della natura necessariamente dolosa del coefficiente soggettivo concorsuale e l'onda della fattispecie plurisoggettiva eventuale differenziata	p. 229
1.2. <i>De iure condendo</i> : la responsabilità delle persone giuridiche "concorrenti"	p. 246

BIBLIOGRAFIA

PREMESSA

1. Centralità del mercato nella società moderna, riflessi pandemici della crisi imprenditoriale e risposta penale

È assodato, ormai, che i potentati economici abbiano un peso maggiore rispetto a quello di buona parte degli Stati nazionali, talora persino oggetto di vere e proprie speculazioni sul debito sovrano, in grado di condizionarne profondamente le capacità di cassa e, con esse, le scelte, politiche, tra gli interessi dei rispettivi cittadini da soddisfare, come pure la misura in cui farlo.

Più in generale, e rinunciando a un approfondimento impossibile in questa sede, si deve dare atto dello spostamento del baricentro del potere dalle entità statali al mercato economico e finanziario, realtà che trascendono i confini geopolitici e che con il proprio andamento possono condizionare i destini di migliaia, se non milioni, di individui.

È in tale contesto che è stata concepita la teoria cd. del “*too big to fail*”, letteralmente traducibile con “troppo grande per fallire”, per indicare una serie di soggetti, quali banche, istituti creditizi o aziende, considerate di dimensioni così rilevanti all’interno delle rispettive economie da imporre l’intervento pubblico se a rischio di bancarotta.

La principale ricaduta pratica di tale assunto è che la generalità dei consociati si accolla gli ingenti debiti di un soggetto, dopo che, magari, lo stesso ha lucrato fantasmagorici profitti in altri periodi della sua esistenza¹.

Ovviamente, se nella valutazione (ancora una volta) dello Stato l’entità non riveste una simile, esiziale, importanza nel sistema economico in cui si colloca, la stessa verrà lasciata al suo infausto destino, come accaduto storicamente per Lehman Brothers. Si tratta di un giudizio che, non sfugge a nessuno, potrebbe scontare pregiudizi ideologici, se non anche considerazioni derivanti da contingenti

¹ Con l’intento di evitare questa eventualità, nell’autunno del 2014 il *Financial Stability Board* (F.S.B.) ha adottato regole volte a impegnare le banche a mantenere riserve di liquidità in grado di fronteggiare eventuali crisi. V., nella stampa internazionale, <http://www.bbc.com/news/business-29982181>.

difficoltà di cassa dello stesso Paese chiamato a soccorrere l'azienda decotta.

Il che contrasta, a dire il vero, con il ruolo marginale di controllore del sistema economico che gli Stati moderni, sulla scorta dell'onda neoliberista e dell'esautorazione di fatto, si sono ritagliati, mentre hanno dovuto sostenere il costo del salvataggio dei sistemi bancario e assicurativo.

In questi termini una crisi di impresa può avere riflessi pandemici, nel senso che gli effetti negativi sui rispettivi clienti e fornitori o, più in generale, su tutte le controparti economiche, si diffondono a raggiera anche su quei soggetti che a propria volta intrattengano rapporti commerciali con esse, di portata tanto più ampia quanto maggiore sia la dimensione dell'entità fallita.

E il contesto economico generale, è risaputo, è ormai inesorabilmente connotato dalla seconda globalizzazione² o mondializzazione, un fenomeno che, tra l'altro, amplifica gli effetti delle crisi sistemiche, le quali trovano un nuovo, virulento, fattore scatenante nella finanziarizzazione dell'economia, sorta negli anni '70, quando il ciclo economico aveva pressoché esaurito le possibilità espansive della seconda rivoluzione industriale³.

Proprio in quel periodo nacquero alla borsa di Chicago i contratti derivati, protagonisti dell'attuale tempesta finanziaria, agevolata da vari interventi di deregolamentazione ispirati alla logica (smentita dai fatti) del mercato naturalmente efficiente. Tra essi spicca, in particolare, l'abrogazione del *Glass Steagall Act*, avvenuta nel 1999, che ha fatto cadere il divieto di costituire gruppi bancari dediti, seppur con alcune limitazioni, sia all'attività bancaria tradizionale che a quella di *investment banking* e assicurativa.

E, come si è perspicuamente notato, la deregolamentazione può consistere, paradossalmente, anche nell'adozione di «*ventaglio normativo ancor più fitto, ma che garantisce maggiore libertà di manovra agli operatori*»⁴.

Predomina ormai una logica di breve periodo, che persegue l'incremento del

² Tra i tanti, da ultimo, PIKETTY T., *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014, p. 54.

³ In questi termini ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 2, p. 586.

⁴ V. ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., p. 590.

valore azionario, anche attraverso i *bonus* riconosciuti ai dirigenti, e che «*ha, di fatto, concentrato il potere in una elite assai ristretta, negli Stati e nel mondo. Questa concentrazione e la fondamentale autoreferenzialità del mercato deregolamentato hanno generato una disseminazione pandemica del conflitto di interessi*»⁵.

Su tutti, quello degli istituti di credito, chiamate a determinare valori fondamentali quali tassi di interesse di riferimento (come il Libor, per i finanziamenti interbancari) o di cambio, e quello delle agenzie di *rating*, notoriamente retribuite dai soggetti sottoposti alla loro valutazione⁶.

Anche sotto questo profilo gli strumenti finanziari derivati⁷, che si stimano ammontare a una cifra compresa tra i 600 e i 700 trilioni di dollari statunitensi (cioè nove volte il P.I.L. mondiale), costituiscono un valido esempio, perché sono a beneficio di quello che icasticamente è stato definito “oligopolio delle conoscenze”.

Infatti, l'utilizzo di modelli matematici ne ha a tal punto complicato la struttura, da rendere non intellegibile l'effettiva rischiosità dell'operazione neppure per un soggetto scaltro e versato nelle operazioni di investimento, anche se organizzato in modo professionale⁸.

⁵ V. ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., pp. 587 – 588, che sub nota 23 rileva come per arginare gli abusi cui la concentrazione del potere nelle mani di istituti bancari che ha dato origine ai recenti scandali del Libor e dei tassi di cambio la Commissione europea abbia proposto una Direttiva (COM (2011) 654) che include una condotta il cui articolo 4 lett. e) espressamente si riferisce al concetto di *benchmark*: «*transmitting false or misleading information, providing false or misleading inputs, or any other equivalent activity which intentionally manipulates the calculation of a benchmark*».

⁶ Lo ricorda anche ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., pp. 588 – 589.

⁷ Per la definizione riportata dal Glossario del sito internet di Borsa italiana (<http://www.borsaitaliana.it/bitApp/glossary.bit?target=GlossaryDetail&word=Strumenti%2oFinanziari%2oDerivati>), aggiornato al 17 gennaio 2011, si tratta, in prima approssimazione, di «*Strumenti finanziari il cui valore dipende (“deriva”) dal valore di un'altra attività finanziaria o reale (attività sottostante)*».

Una descrizione sommaria di varie *species* di prodotti finanziari derivati è poi reperibile sul sito internet di CO.N.SO.B. (precisamente all'indirizzo: http://www.consob.it/main/trasversale/risparmiatori/investor/prodotti_derivati/index.html).

⁸ Ancora ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., p. 590; l'Autore riporta anche un dato estremamente significativo: per descrivere un

Sul versante del diritto, la crisi economica generale iniziata nel 2007/2008 e non ancora conclusa, ha prodotto una rinnovata attenzione alle tematiche del diritto penale economico, testimoniata, tra l'altro, anche dal tema del convegno organizzato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale a Palermo tra il 15 e il 16 novembre 2013.

Detta crisi globale ha, infatti, accelerato processi da tempo latenti, mutato il ruolo della giurisprudenza nella materia penale economica, come pure le aspettative sociali, la comunicazione mediatica, la consapevolezza e la reattività delle vittime⁹.

La combinazione di questi fattori ha ingenerato una rinnovata richiesta di criminalizzazione, che all'estero ha trovato risposta in interventi normativi, come l'introduzione nella legge bancaria tedesca (*Kreditwesengesetz*) di un reato proprio, punito con la detenzione fino a cinque anni in alternativa alla pena pecuniaria, consistente nella condotta degli «amministratori di banca che, violando le regole normative di gestione del rischio, abbiano provocato una situazione di grave pericolo per la sopravvivenza ("Bestandsgefährdung") della banca»¹⁰ stessa.

Ancor più attiva, però, è stata l'opera vivificatrice di fattispecie penali già esistenti da parte della giurisprudenza alemanna, impostata sulla valorizzazione dell'articolo 266 dello Strafgesetzbuch, il quale contempla la germanica infedeltà patrimoniale ("Untreue"), «vera e propria chiave di volta del controllo penale sull'attività economica». Il crimine in questione è stato adattato, nelle pronunce, a fattispecie assai eterogenee, che spaziano dalla percezione di compensi eccessivi da parte degli amministratori, al finanziamento illecito a partiti politici o al pagamento di tangenti¹¹.

derivato sintetico occorrono più di un milione di pagine.

⁹ Così FOFFANI L., *Economia e diritto penale al tempo della crisi: una "nouvelle vague" dell'intervento giudiziario?*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2014, 2, p. 755.

¹⁰ V. FOFFANI L., *Economia e diritto penale al tempo della crisi*, cit., p. 759, nonché sub nota 16.

¹¹ Ancora FOFFANI L., *Economia e diritto penale al tempo della crisi*, cit., pp. 759 – 760, anche per i riferimenti ai casi giurisprudenziali tedeschi, sub note 20, 21, 22.

In senso analogo, SEMINARA S., *Lo statuto penale dell'impresa societaria tra presente e futuro*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2014, 2, pp. 657 – 658, che però segnala come la fattispecie sia interamente proiettata sull'interesse societario e non consideri invece quello dei creditori, nonché (sub nota 26) che il *Bundesgerichtshof* ha statuito che non

Lungo un percorso simile si è mossa anche la giurisprudenza spagnola, che ha a propria volta trovato nell'«*administración desleal o fraudulenta*», prevista dall'articolo 295 del Código penal lo strumento per sanzionare condotte criminose poste in essere soprattutto nell'ambito bancario¹².

Volgendo lo sguardo all'Italia, si osserva una divaricazione ben più ampia tra il piano normativo e il formante giurisprudenziale.

Infatti, da un lato il legislatore si è orientato nel senso di arretrare l'ambito del penalmente rilevante, introducendo istituti «*extrapenali di controllo e possibilmente di salvataggio di situazioni già rilevanti penalmente, ad esempio quali fatti di bancarotta fallimentare*»¹³.

In altre parole, gli interventi normativi del decennio appena trascorso appaiono per lo più connotati da un arretramento dello strumento penale, sul quale si è inciso direttamente (ad esempio con la riforma dei reati societari del 2002) o indirettamente, mutando il versante privatistico di discipline assistite da sanzioni penali, come nel caso del diritto fallimentare¹⁴.

Come si è efficacemente osservato, tutti questi interventi presentano un tratto culturale comune: lo stampo tecnocratico proteso all'efficienza. Da un lato, nella responsabilità degli enti da reato, è un'efficienza che si misura nella distribuzione

rileva la finalità perseguita dall'autore del fatto né la successiva restituzione di somme non contabilizzate, posto che l'indisponibilità di beni è comunque potenzialmente foriera di danni da illiquidità per la persona giuridica.

¹² Sempre FOFFANI L., *Economia e diritto penale al tempo della crisi*, cit., p. 759, che riporta anche sub nota 18 il progetto di riforma dello stesso Código Penal, concernente sia profili di parte generale che di parte speciale, allo scopo, tra l'altro, di sostituire l'attuale articolo 295 con una nuova figura criminosa «*quasi testualmente ricalcata sulla fattispecie tedesca dell'Untreue (art. 254-bis CP)*». Va segnalato, al riguardo, che al momento della redazione del presente testo la riforma in questione non risulta attuata. Invece SEMINARA S., *Lo statuto penale dell'impresa societaria tra presente e futuro*, cit., p. 658, segnala come la giurisprudenza spagnola abbia limitato l'applicazione della disposizione ora citata alle sole condotte poste in essere su beni sociali diversi dal denaro; gli atti dispositivi di quest'ultimo, invero, vengono ascritti all'appropriazione indebita, punita dall'articolo 252 del Código Penal, nelle ipotesi aggravate ai sensi del precedente articolo 250.

¹³ V. PALAZZO F., *Apertura dei lavori del convegno organizzato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale a Palermo tra il 15 e il 16 novembre 2013*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 2, pp. 558 – 559.

¹⁴ Con l'eccezione della legge per la tutela del risparmio, 30 dicembre 2005, n. 272.

della sanzione e nella prevenzione dell'illecito. Dall'altro, nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa, nel privilegiare la soddisfazione di creditori forti (su tutti, gli istituti di credito), tramite progetti di ingegneria organizzativa e finanziaria di notevole complessità e richiedenti la partecipazione di qualificati professionisti, oltre all'accordo nel ceto creditorio¹⁵.

Difficilmente, insomma, si tratta di strumenti adatti a realtà medio piccole e che lasciano a margine la considerazione della forza lavoro, favorendo i grandi creditori e la prospettiva finanziaria¹⁶.

Il moto riformista ora sommariamente descritto, però, è evidentemente ben diverso da una politica criminale vera e propria, del tutto latente; anzi, si è a giusta ragione osservato che proprio l'inerzia del legislatore ha spinto la giurisprudenza a incarnare un ruolo di supplenza, che talvolta avrebbe però tracimato dagli argini dell'interpretazione a discapito del principio di legalità¹⁷.

Infatti, diverse pronunce sembrano essersi orientate in senso opposto all'arretramento dello strumento penale e, anzi, mettere in discussione «*modelli e paradigmi economici troppo agevolmente capaci di sottrarsi alle regole, troppo distanti da valori sociali e personali che non siano quelli del mercato, troppo insensibili all'esigenza di una qualche 'virtuosità' anche dei comportamenti economici*»¹⁸.

Queste, dunque, alcune delle ragioni di quella che in dottrina non si è esitato a definire «*“mutazione genetica” dell'intervento giudiziario penale in materia economica*», per indicare il cambiamento avvenuto nel processo penale, anche relativamente ai reati fallimentari che, a quadro normativo immutato, conservano pene peculiarmente elevate e vedono apparire sulla scena processuale protagonisti inusuali, quali migliaia di parti civili¹⁹.

¹⁵ V. ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., p. 596.

¹⁶ V. ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., pp. 611 – 613.

¹⁷ Sempre ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., pp. 602 – 603.

¹⁸ Parole e riflessioni di PALAZZO F., *Apertura dei lavori*, cit., pp. 558 – 559, che condivisibilmente critica anche l'utilizzo improprio dello strumento penale per indurre virtù sociali nel campo economico, «*intriso di qualche venatura moralistica*».

¹⁹ V. FOFFANI L., *Economia e diritto penale al tempo della crisi*, cit., pp. 755 – 757.

Fenomeno che, però, è tutt'altro che isolato a livello europeo; anzi, come si è visto, è assai simile a quanto verificatosi in Paesi come Germania e Spagna, storicamente affini al nostro quanto a sistema giuridico penale, locuzione comprensiva tanto dell'impianto normativo quanto dell'elaborazione dottrinale e del formante giurisprudenziale.

§

2. Carattere empiricamente plurisoggettivo del delitto di bancarotta impropria e concorso dell'*extraneus*

Per altro verso, non può sottacersi l'effetto esplicito sul diritto penale dell'economia (e fallimentare in particolare) dalle connotazioni più diffuse dell'attuale quadro economico, segnato dal successo della dimensione di gruppo, con costellazioni di imprese sovente a struttura societaria che coordinano le proprie scelte secondo il centro gravitazionale dell'interesse della galassia a cui appartengono, talora a discapito del proprio.

Si noti: ciò vale non solo per l'impresa che diviene insolvente ed accede a una delle procedure concursuali²⁰ foriere dei delitti di cui si discetterà nel prosieguo di questo elaborato, ma anche in relazione alle entità con cui essa si rapporta nello svolgere la propria attività.

Infatti, come dimostrato anche da alcuni eclatanti casi di multinazionali italiane che hanno subito *default* di portata multimiliardaria, i fornitori, i clienti e, ovviamente, gli istituti di credito, uniscono assai spesso la natura societaria alla dimensione di gruppo, per esempio articolandosi in entità giuridicamente a sé stanti dedicate alla gestione di determinati prodotti merceologici o finanziari, oppure in settori di competenza per così dire trasversale, deputati ad analizzare il merito di credito del cliente oppure a gestire la globalità del rapporto con lo stesso.

²⁰ L'aggettivazione è mutuata dal titolo della celebre opera in materia di GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, Torino, 2012, e sebbene possa suonare singolare consente di tenere distinte anche a livello semantico i riferimenti alle procedure derivanti dall'insolvenza societaria da quelli afferenti alla compartecipazione nel reato. Una soluzione lessicale, dunque, non priva di utilità nell'economia di questo scritto, che si prefigge, con molti limiti, di analizzare le intersezioni tra i predetti fenomeni.

Non solo.

Ognuno di questi ambiti si presenta spesso ulteriormente ripartito in vari livelli gerarchici, che solitamente contano un numero maggiore di addetti progredendo verso la base di un'ipotetica piramide.

Tale fenomenologia stimola in senso necessariamente plurisoggettivo la ricostruzione degli accadimenti e, quindi, irrorata di nuova linfa le tematiche connesse all'applicazione delle disposizioni del codice penale in tema di concorso eventuale di persone.

Perciò, nel prosieguo si tratteranno dapprima i profili per così dire 'classici' del contributo concorsuale penalmente rilevante, allo scopo di tracciare in via preliminare le coordinate più generali dello studio qui condotto, con precipuo riferimento alla compartecipazione nel reato proprio e al limite ultimo del concorso sotto il profilo ezio-crono-logico²¹.

Quindi, si porrà attenzione alle fattispecie di bancarotta impropria previste dall'articolo 223 comma 2° n. 2 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, per enuclearne i tratti essenziali, rispetto ai quali l'apporto concorsuale deve misurarsi, nonché per delimitare con esattezza la cerchia degli autori qualificati, come estesa dall'articolo 2639 del codice civile, dalla cui ampiezza dipende quella del novero degli estranei, secondo un rapporto di proporzionalità inversa.

Tale selezione si fonda sul fatto che quelle appena citate costituiscono, a parere di chi scrive, le ipotesi delittuose penalfallimentari più prettamente connesse alla dimensione societaria, nel senso che esistono esclusivamente se poste in essere da un soggetto qualificato diverso dall'imprenditore individuale (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite), perché costruite appositamente dal legislatore non replicando le ipotesi di bancarotta propria mediante rinvio, come invece notoriamente fa il comma 1° del medesimo articolo 223.

A tale riguardo si osserverà come tanto le previsioni legislative (in relazione alla bancarotta da reato societario) che il diritto vivente (con riferimento alle

²¹ La definizione, a quanto consta, è stata coniata da BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013.

operazioni dolose) intercettano condotte munite di intrinseca complessità oggettiva, perché procedimentalizzate in più snodi e passaggi, e soggettiva, poiché spesso tali da coinvolgere più persone fisiche se non anche più organi societari a struttura collegiale.

Per di più, come si è già detto, la realtà del contesto economico vede interagire entità che con frequenza sempre crescente svolgono la propria attività commerciale attraverso più individui, che nell'organizzazione interna a ciascuna di esse rivestono posizioni apicali, intermedie ed esecutive; sovente, poi, le imprese si avvalgono di collaboratori esterni.

Ora, si consideri che queste osservazioni valgono per la schiacciante maggioranza delle controparti che intrattengono rapporti mercantili e che un'ampia fetta di queste condotte possono, una volta intervenuto il fallimento (o altra situazione giudicata equivalente dall'ordinamento), entrare nel raggio della penale rilevanza.

Già una breve ricognizione delle sentenze adottate dalla Corte di Cassazione in tema di bancarotta impropria (incluse, quindi, quelle in cui erano contestate le fattispecie di cui all'articolo 223 comma 1° L. Fall.) durante il decennio 2004 – 2014 consente di rilevare che 17 su 50 concernevano anche rapporti commerciali²²;

²² V., in ordine cronologico dalla più recente alla più risalente, Cass. Pen.:

- 1) Sez. V, 15 maggio 2014, n. 24051, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 260142: fattispecie di bancarotta documentale e patrimoniale per distrazione della somma pervenuta a una società da altra società riconducibile alla medesima persona fisica in pagamento di fatture per operazioni inesistenti;
- 2) Sez. V, 2 aprile 2014, n. 16989, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 259858: fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale in relazione a un affitto di azienda tra società i cui canoni non erano stati incassati dalla società fallita senza giustificato motivo;
- 3) Sez. V, 12 aprile 2013, n. 28508, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255575: fattispecie, tra l'altro, di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione di somme sul conto corrente personale dell'amministratore; il rapporto commerciale, cioè, sussisteva tra la società depauperata e diverso istituto di credito e viene posto in essere, per perpetrare il delitto, con la banca destinataria del denaro;
- 4) Sez. V, 21 gennaio 2013, n. 18695, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255839: fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione anche in favore di altra società;
- 5) Sez. V, 18 gennaio 2013, n. 10201, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254788: fattispecie di bancarotta per distrazione a mezzo scissione e conferimento di beni alla società di

15 di esse afferivano a relazioni svoltesi tra più controparti in forma societaria²³ e 11 vedevano vari imputati in concorso tra loro²⁴.

-
- nuova creazione;
- 6) Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11624, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252315: fattispecie di operazioni dolose coinvolgenti più istituti di credito in forma societaria poi falliti;
 - 7) Sez. V, 25 gennaio 2012, n. 10791, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252009: fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione anche tra società; Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 10778, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252008: fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione attraverso una dissennata cessione di ramo d'azienda tra due società;
 - 8) Sez. V, 8 novembre 2011, n. 127, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252664: fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale con riferimento a diverse società ritenute tutte, formalmente o sostanzialmente, riconducibili alla stessa persona fisica;
 - 9) Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250108: fattispecie di operazioni dolose coinvolgenti varie società, parti, tra l'altro, di fittizi contratti di locazione finanziaria e finanziamento;
 - 10) Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 249667: fattispecie, tra l'altro, di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione di somme da conti correnti bancari della società; dunque, il rapporto commerciale sussisteva tra la società depauperata e l'istituto di credito;
 - 11) Sez. V, 22 giugno 2010, n. 30932, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 247970: fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione perpetrata anche mediante la vendita a terzi di beni immobili patrimonio di società edilizia senza riscuoterne il prezzo in denaro;
 - 12) Sez. V, 19 maggio 2010, n. 34559, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 248167: fattispecie di bancarotta fraudolenta per atti distrattivi e operazioni dolose, dissimulati attraverso una vorticoso movimentazione di conti correnti; anche qui, perciò, il rapporto commerciale sussisteva tra la società depauperata e le varie banche;
 - 13) Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 247320: fattispecie di operazioni dolose consistite in una complessa acquisizione societaria;
 - 14) Sez. V, 15 maggio 2009, n. 32164, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 244488: fattispecie, tra l'altro, di distrazioni di risorse e marchi ad altra società del medesimo gruppo;
 - 15) Sez. V, 6 maggio 2008, n. 26083, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242323: fattispecie di bancarotta impropria patrimoniale per distrazione e per infedeltà patrimoniale ai sensi dell'articolo 2634 del codice civile;
 - 16) Sez. V, 8 novembre 2007, n. 7326, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 239108: fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria consistita nel trasferimento, senza alcuna contropartita economica, di beni di una società in difficoltà economiche ad altra del medesimo gruppo in analoghe difficoltà.

²³ V., sempre secondo un ordine cronologicamente inverso, Cass. Pen.: Sez. V, 15 maggio 2014, n. 24051, cit.; Sez. V, 2 aprile 2014, n. 16989, cit.; Sez. V, 21 gennaio 2013, n. 18695, cit.; Sez. V, 18 gennaio 2013, n. 10201, cit.; Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11624, cit.; Sez. V, 25 gennaio 2012, n. 10791, cit.; Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 10778, cit.; Sez. V, 8 novembre 2011, n. 127, cit.; Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, cit.; Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit.; Sez. V, 19 maggio 2010, n. 34559, cit.; Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit.; Sez. V, 15 maggio 2009, n. 32164, cit.; Sez. V, 6 maggio 2008, n. 26083, cit.; Sez. V, 8 novembre 2007, n. 7326, cit.

²⁴ V., ancora dalla più recente alla più risalente, Cass. Pen.: Sez. V, 15 maggio 2014, n.

In altre parole, il 34 % della casistica considerata afferisce a vicende maturate in seno ad attività commerciale.

Con tutti i limiti di un simile campione statistico, circoscritto ai soli avvenimenti che abbiano dato luogo a pronunce della Suprema Corte oggetto di massimazione ufficiale, si tratta in ogni caso di un dato empirico significativo, ancor più se si consideri che diverse pronunce pronunciate nel decennio considerato non concernono rapporti commerciali tra imprese perché afferiscono a ipotesi di bancarotta da false comunicazioni, fisiologicamente destinate a consumarsi in seno alla singola compagine societaria.

Dunque, a parere di chi scrive, è legittimo affermare che la bancarotta impropria si sta evolvendo in un reato empiricamente plurisoggettivo.

Con tale definizione si intende indicare che, in concreto, e a prescindere dai problemi di esatta individuazione dei responsabili, sembra verosimile che la complessità ormai insita nell'attuale sistema delle relazioni commerciali ed economiche moltiplichi le occasioni in cui soggetti diversi forniscono un apporto causale al dissesto di una società.

Dal punto di vista del diritto penalfallimentare, quindi, si pone l'interrogativo: quando un simile contributo è anche rilevante come concorso in bancarotta ai sensi degli articoli 110 e seguenti del codice penale?

Nella seconda parte di questo scritto si tratterà, quindi, della responsabilità concorsuale del concorrente estraneo nei reati realizzati in danno dell'impresa la cui crisi sia stata conclamata da un provvedimento giudiziale, con particolare riferimento al profilo soggettivo della stessa.

Non è infatti è possibile (né accettabile) trasporre *tout court* i risultati cui è pervenuta la giurisprudenza con riferimento a chi rivesta un ruolo preciso all'interno della società decotta, tale da consentire una conoscenza fisiologicamente più approfondita dello stato in cui essa versa.

24051, cit.; Sez. V, 18 gennaio 2013, n. 10201, cit.; Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11624, cit.; Sez. V, 25 gennaio 2012, n. 10791, cit.; Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 10778, cit.; Sez. V, 8 novembre 2011, n. 127, cit.; Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, cit.; Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit.; Sez. V, 22 giugno 2010, n. 30932, cit.; Sez. V, 19 maggio 2010, n. 34559, cit.; Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit.

Con la precisazione che, come si vedrà, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale spinge a ritenere che siano le mansioni e le funzioni effettivamente esplicate a rilevare penalmente, al di là delle qualifiche formali e tipizzate dal legislatore.

Un approccio realistico, d'altronde, appare l'unico in grado di perseguire l'accertamento delle responsabilità, senza associarle acriticamente alla posizione nominalmente ricoperta dai singoli, spesso componenti di organi collegiali solo di rado paritari, in seno ai quali la rotta per individuare i detentori dei poteri e delle conoscenze più rilevanti è tracciata dalle articolazioni interne o dalle materie oggetto di delega.

Da altra, complementare, prospettiva, occorre considerare che spesso le funzioni operative sono cogestite da soggetti che si trovano in rapporto apparentemente verticale, perché non appartenenti agli organi gestori della società, ma in realtà depositari di poteri originali in virtù delle regole organizzative interne della stessa e, con essi, dei correlativi doveri.

Come si è osservato, la parcellizzazione delle responsabilità tanto in verticale che in orizzontale obbliga a una verifica più minuziosa, posto che i reati fallimentari sono per lo più a soggettività ristretta²⁵.

Occorrerà inoltre confrontarsi con lo statuto del dolo eventuale di recente delineato dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione con la pronuncia resa in relazione alla nota vicenda Thyssenkrupp, per verificare come tale categoria dogmatica, nell'accezione datane dal diritto vivente, interagisca con lo specifico settore penalfallimentare qui preso in considerazione.

Puntualizzato il quadro *de iure condito* e considerato che la risposta più avanzata alla criminalità di impresa, anche a livello comparatistico, pare incarnata dal sistema disegnato dal D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, si proporrà infine, *de iure condendo*, di introdurre nel predetto decreto un'inedita ipotesi di responsabilità amministrativa in capo all'ente in seno al quale siano maturati delitti di bancarotta impropria ai danni di altra società.

²⁵ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, a cura di Grosso C.F. – Padovani T. – Pagliaro A., Milano, 2014, p. 64.

CAP. I

IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

1. Nozione e fondamento dell'istituto

Nel sistema penale italiano gran parte delle disposizioni incriminatrici sono strutturate sul modello della realizzazione monosoggettiva del fatto penalmente rilevante. È dunque il principio di tipicità a postulare l'esistenza di un'apposita previsione che consenta di punire le condotte che abbiano contribuito alla realizzazione del reato qualora questo si manifesti, diversamente dalla previsione di parte speciale, in una dimensione plurisoggettiva²⁶.

Nel nostro ordinamento, in particolare, ciò avviene in virtù dell'articolo 110 del codice penale, collocato nella parte generale del codice penale e frutto di una precisa opzione in favore del modello unitario della responsabilità concorsuale²⁷.

La disposizione ora citata, infatti, sotto il profilo dogmatico riflette la teoria dell'equivalenza causale, accolta nel sistema dell'eziologia disegnato dagli articoli 41 e 42 del medesimo codice: come non è dato distinguere tra le varie condizioni che determinano un evento attribuendovi diverse 'quote' di causalità, allo stesso modo non è possibile discernere tra correi e complici²⁸.

²⁶ Cfr. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2013, pp. 553, 556, che fanno riferimento al più generale principio di legalità.

²⁷ V. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sul libro I del Progetto*, pp. 165 e ss., reperibili all'indirizzo <http://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e815ife03dd5327a7b3f973d03ae.pdf>

In dottrina, ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, IV° ed., Milano, 2012, pp. 136 - 137, che in ottica comparatistica riporta l'opposta soluzione adottata dal codice penale norvegese, laddove il concorso di persone è disciplinato nelle singole fattispecie di parte speciale; *ibidem*, pp. 137 - 139, sul modello differenziato di strutturazione del concorso di persone.

²⁸ V. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sui libro I del Progetto*, p. 165, reperibili all'indirizzo <http://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e815ife03dd5327a7b3f973d03ae.pdf>

In dottrina, ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, cit., p. 140.

FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 557, sub nota 4, richiamano la Rel. al codice penale, n. 134, secondo la quale il legame «che avvince l'attività dei vari concorrenti, si realizza in una associazione di cause coscienti, alle quali è dovuto l'evento e, perciò, a ciascuno dei compartecipi deve essere attribuita la responsabilità dell'intero». Gli Autori, però, ritengono tuttora distinguibili nella struttura del concorso di persone

Inoltre, la prospettiva politico-criminale nascente dalle esigenze repressive e generalpreventive propuginate dal regime fascista e l'influsso del positivismo criminologico²⁹ spinsero a individuare la sede della differenziazione tra le posizioni dei compartecipi nel momento commisurativo del trattamento sanzionatorio, laddove può esserne valorizzata la diversa pericolosità³⁰.

Il Legislatore del 1930 ben aveva presenti anche le insormontabili difficoltà pratiche di accertamento cui aveva dato luogo il codice Zanardelli, che in tema di concorso aveva accolto il modello differenziato, come pure l'arbitrarietà della preordinata catalogazione dell'entità dell'apporto di ciascuno dei partecipi³¹.

le figure dell'autore e del partecipe, sulla scorta del criterio del dominio finalistico sul fatto tipico ("*Tätherrschaft*"), che solo il primo ha, poiché «*commissione del reato dipende dalla sua decisione*»; pertanto, lo sarebbe sempre chi esegue materialmente la condotta proscritta.

Al principio di unitarietà si rifacevano anche i giureconsulti latini, seppure non sulla base di un criterio causale, arrivando a ritenere punibile peraltro anche l'approvazione *a posteriori* dei crimini da altri compiuti ("*ratihabitio*"); peraltro, successivamente, la "*cognitio extraordinaria*", consentendo di differenziare le pene, portò a definire le varie figure dei partecipi ("*conscii*", "*ministri*", "*satellites*", "*participes*"). v. BRASIELLO U., *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, Milano, pp. 561 e ss.

Nel corso del medioevo, invece, venne sviluppata una distinzione fondata sul criterio cronologico, tra apporto fornito "*ante delictum*", "*in ipso delicto*" e "*post delictum*". V. MARONGIU A., *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, Milano, 1961, pp. 564 e ss., che attribuisce la suddivisione a Giulio Claro.

²⁹ Che sosteneva la maggiore pericolosità sociale della realizzazione plurisoggettiva del reato, di cui i singoli contributi costituivano sintomo.

³⁰ V. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sul libro I del Progetto*, p. 167, reperibili all'indirizzo <http://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e815ife03dd5327a7b3f973d03ae.pdf>

In dottrina, INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 437; PADOVANI T., *Diritto penale*, IX^a ed., Milano, 2008, p. 279; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, p. 1001, utilizza la definizione di "colpevolezza graduante"; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, cit., pp. 140, 168; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Padova, 2013, p. 445, parla al riguardo di differenziazione in concreto, per contrapposizione a quella già in astratto disegnata dal legislatore.

³¹ V. LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, § 2; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, cit., p. 140.

Il Codice Zanardelli, infatti, agli articoli 63 e 64 distingueva tra compartecipi primari soggetti alla pena prevista per il fatto principale (esecutore; cooperatore immediato;

2. Modelli dottrinali di concorso di persone: estensivo d'autore; dell'accessorietà, della fattispecie plurisoggettiva eventuale

La valenza estensiva della rilevanza penale della disciplina del concorso di persone spiega l'impegno profuso dalla dottrina nell'elaborare un criterio in grado di discernere i contributi punibili o, come si è icasticamente scritto, il confine «*tra lecito ed illecito*»³².

Al riguardo, va innanzitutto ricordata la cd. concezione estensiva di autore che, muovendo dalla teoria dell'equivalenza causale, ravvisava la partecipazione nel contributo fornito alla causazione del fatto antiggiuridico, senza alcuna distinzione qualitativa tra i singoli concorrenti. In altri termini, tutti i partecipi andrebbero considerati alla stregua di autori del reato per il fatto stesso di averne posto in essere un antecedente causale o per avere anche solo manifestato una volontà diretta all'offesa³³.

Una simile impostazione, tuttavia, si pone in contrasto con il principio di tipicità e con le esigenze di certezza allo stesso sottese, poiché finisce con il trasformare «*le fattispecie da ipotesi di lesioni tipizzate di interessi in lesioni di interessi*

determinatore, che peraltro poteva beneficiare di una riduzione della pena laddove l'esecutore avesse agito anche per motivi propri) e secondari o complici (tra i quali istigatore e agevolatore). Prima di questo, come riportato da BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 26 – 27, analoga distinzione era presente nei Regolamenti Penali Gregoriani del 1832, nel Codice Penale Albertino del 1839.

Per uno sguardo comparatistico, sebbene nell'ottica particolare del tema del testo, anche PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, pp. 73 – 132.

³² V. PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 267. ID., *La concezione finalistica dell'azione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 1-2, pp. 395 e ss.: «Qual è la ragione sufficiente che giustifica e legittima il procedimento di sussunzione di un coacervo di comportamenti individuali nella nuova fattispecie plurisoggettiva, rendendole "concorsuali"? Si tratta, in buona sostanza, di "collazionare" il reato e di stabilire la sua identità rispetto a tutti i (supposti) concorrenti. (...) Che cosa autorizza la ricomposizione di sparse membra in una dimensione unitaria?».

³³ LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone*, cit., § 2, evidenzia come, nell'intenzione del legislatore, «L'art. 110 rappresenterebbe (...) l'applicazione del principio dell'equivalenza delle condizioni all'ipotesi particolare - peraltro già prevista nell'ultima parte dell'art. 41 - di un concorso causale di più azioni illecite nella produzione dell'evento criminoso».

tipici»³⁴. Per la verità, appare opportuno osservare sin da ora come l'obiezione testè riportata non appaia insormontabile qualora venga riferita alle fattispecie causalmente orientate, per definizione connotate da una tecnica di tipizzazione polarizzata sul nesso eziologico che porta all'evento lesivo dell'interesse ritenuto meritevole di tutela.

La teoria dell'accessorietà sostiene, invece, che occorra individuare una condotta principale, punita in virtù della previsione di parte speciale, rispetto alla quale i comportamenti atipici dei concorrenti si porrebbero in rapporto di dipendenza e sarebbero punibili grazie alla clausola di cui all'articolo 110 del codice penale. Ciò potrebbe evincersi, in particolare, dal successivo articolo 115 del codice penale, che certificherebbe la radicale irrilevanza della condotta accessoria prima del verificarsi del fatto principale.

Siffatta relazione ancillare può poi, a seconda delle diverse concezioni circa le caratteristiche del fatto principale, distinguersi in: "minima", laddove per la punibilità del compartecipe si reputi sufficiente che sia posto in essere un fatto tipico; "limitata", se si richieda un fatto tipico e antigiuridico; "estrema", qualora si postuli anche il requisito della colpevolezza dell'autore del reato³⁵.

³⁴ V. GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 14; SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 282; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 969; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, cit., p. 145; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 2013, p. 440, che osserva che gli articoli 110 e seguenti del codice penale costituirebbero già di per sé prova che il nostro ordinamento segue la concezione restrittiva di autore.

³⁵ V. PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 28, che definisce icasticamente il fatto accessorio «nulla giuridico»; LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, II^a ed., Napoli, 1964, pp. 67 e ss.; ID., voce *Concorso di persone*, cit., § 1, parla di «qualificazione indiretta» della condotta del complice, che fornisce invece un contributo atipico morale o materiale, mentre il correo partecipa all'azione tipica; BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 659; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, cit., pp. 145 - 146;.

La tesi in commento, di matrice germanica, sconta in parte il fatto che l'ordinamento in relazione al quale fu concepita, diversamente da quello italiano, opta per un modello di disciplina del concorso ("Teilnahme") basato sulla responsabilità differenziata dei concorrenti in base ai ruoli (autore, coautore, partecipe o complice) svolti nella commissione del reato, distinti anche sul piano della tipicità.

In giurisprudenza, accolse la tesi in commento, distinguendo tra correatà e complicità

Anche la tesi ora in commento si rivela però fallace, posto che nell'accezione estrema si pone in insanabile contrasto con l'articolo 111 del codice penale, che non solo ammette, ma valuta più grave la responsabilità di chi concorra con un soggetto non punibile o non imputabile, anche qualora sia quest'ultimo a realizzare la condotta tipica³⁶.

Più in generale, la tesi in disamina non vale a disciplinare le ipotesi rispetto alle quali non sia possibile attribuire il crisma della principalità ad alcuno dei fatti, se non a costo di incorrere in opzioni arbitrarie. Invero, parlare, come si è fatto, di accessorialità reciproca³⁷ o reciproca complementarietà³⁸ costituisce a ben vedere una *contradictio in adiecto*, nel senso che porta a superare proprio l'idea posta a fondamento della teoria di cui si discute.

A mettere in scacco il teorema dell'accessorialità sono, come noto: le fattispecie cc.dd. di esecuzione frazionata, in cui nessuno dei partecipi realizza per intero il fatto tipico (ad esempio una rapina in cui Tizio blocca con violenza la vittima e il complice Caio ne asporta il portafoglio)³⁹; i reati propri non esclusivi, nei quali il

con precipuo riferimento al diverso oggetto del dolo Cass. Pen., Sez. II, 19 marzo 1992, n. 5522, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, pp. 328 e ss., con nota di PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*.

³⁶ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 970; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 442.

³⁷ V. PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., p. 90.

³⁸ V. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 556, 559, che annovera nella categoria anche le ipotesi in cui tutti i partecipi realizzano l'intera condotta tipica, per es. sparando contemporaneamente contro lo stesso bersaglio.

³⁹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 53 e ss.; INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 437; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII^a ed., Milano, 2003, pp. 542 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VI^a ed., Padova, 2009, p. 511; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 285; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 970; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, cit., p. 146.

Nota DE FRANCESCO G.A., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p. 329, che di accessorialità si può parlare non già con riferimento alle condotte, ma alle norme, poiché la norma sul concorso esigerebbe il «*necessario riferimento ad una fattispecie monosoggettiva, della quale viene ad estendere la tipicità*». LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone*, cit., § 5, sostiene che per ravvisare concorso di persone e non mera concomitanza di comportamenti umani (eventualmente di per sé rilevanti per il diritto penale) occorre una comune volontà dei singoli agenti, poiché «*L'elemento psicologico funziona (...) nella struttura della*

fatto tipizzato viene eseguito materialmente dall'*extraneus*, mentre il soggetto qualificato si limita a fornire un apporto atipico⁴⁰; i casi in cui i compartecipi possono essere chiamati a rispondere di titoli di reato diversi⁴¹.

In definitiva, l'articolo 115 del codice penale consente soltanto di inferire che per la punibilità di tutti i concorrenti occorre che sia stato realizzato quantomeno un tentativo di delitto, come meglio si dirà poi.

Alla luce delle pecche delle tesi sinora esposte, la dottrina appare oggi in prevalenza orientata a valorizzare la convergenza dei contributi dei singoli compartecipi alla realizzazione del fatto tipico «*nella prospettiva unificante di un autore collettivo*»⁴².

L'innesto delle previsioni in materia di concorso sulle varie disposizioni incriminatrici di parte speciale genera cioè volta per volta una nuova fattispecie, cd. plurisoggettiva eventuale, che conferisce tipicità ai vari apporti⁴³ e nell'ambito della quale quella monosoggettiva, si è efficacemente detto, compare come elemento normativo⁴⁴.

Ciò consente di ritenere il concorso di persone anche in ipotesi di esecuzione frazionata e anche per i reati propri a contributo atipico dell'*intraneus*, anche se, proseguendo nella metafora, occorre prendere atto che talune fattispecie impediscono all'innesto di attecchire, giacché richiedono che l'offesa all'interesse tutelato sia arrecata personalmente da un soggetto qualificato o che questi sia

fattispecie di concorso come fattore di tipicità degli atti parziali di esecuzione del reato commessi dai singoli concorrenti: mentre l'aspetto oggettivo del fatto tipico può essere realizzato frazionatamente, vale a dire da vari concorrenti ciascuno per una parte, l'elemento psicologico richiesto dalla norma incriminatrice per il singolo reato deve ricorrere nella condotta di ognuno dei compartecipi».

⁴⁰ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 529; PAGLIARO A., *Principi*, cit., p. 543.

⁴¹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 27, 82; PAGLIARO A., *Principi*, cit., p. 543.

⁴² V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 971.

⁴³ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 19 e ss.; INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 457; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pp. 265 – 266; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 512; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 971; MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Padova, 2011, pp. 13 – 15; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub *pre articolo 110*, cit., pp. 147 – 148.

⁴⁴ V. PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.

munito da una particolare consapevolezza al riguardo.

Una declinazione della tesi in oggetto ritiene che siano configurabili tante fattispecie plurisoggettive quanti sono i concorrenti, aventi quali comune denominatore il nucleo centrale del fatto materiale, ma diversificate per alcuni aspetti esteriori inerenti soltanto alla condotta e all'atteggiamento psichico dei singoli compartecipi⁴⁵.

In ogni caso, è evidente che anche la tesi delle fattispecie plurisoggettive cd. differenziate consente soltanto di distinguere tra le posizioni dei soggetti coinvolti, ma non individua la soglia di rilevanza che consente di imputare a taluno una responsabilità penale⁴⁶.

§

3. Cenni su plurisoggettività necessaria e punibilità del concorrente necessario per condotte atipiche

Talora il legislatore richiede che la condotta, per essere tipica, sia tenuta da una molteplicità di individui diversi.

Si suole, al riguardo, distinguere tra fattispecie plurisoggettive necessarie in senso proprio e improprio: nel primo caso tutti i concorrenti vanno soggetti a

⁴⁵ V. PAGLIARO A., *Principi*, cit., p. 544, che parla pertanto non di concorso nel reato ma di reati di concorso, ognuno ascrivibile al singolo complice. ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 444 e 445.

⁴⁶ Negli stessi termini, sebbene con riferimento alla più generale teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, v. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008, p. 493; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 266; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 974. Secondo FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 559 – 560, il problema si pone soltanto per i contributi del tutto atipici e non già per le ipotesi di esecuzione frazionata o quando tutti i correi realizzino l'intero fatto tipico; in relazione alla prima ipotesi la connotazione di accessorietà costituirebbe invece « una figura di qualificazione praticamente insostituibile, per cogliere il fenomeno della tipicità cd. indiretta, o riflessa ».

La pecca evidenziata nel testo non sembra, invero, colmata da ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 444 e 445. L'Autore propone un correttivo della tesi in commento e parla di fattispecie plurisoggettive eventualmente differenziate nel senso che «vi è la possibilità – non la regola – che al medesimo accadimento materiale corrisponda una molteplicità di atteggiamenti psichici o di circostanze» che differenzino le posizioni dei compartecipi, rilevando che in senso contrario militano le previsioni che le disciplinano in modo omogeneo, quali l'articolo 155 comma 2° del codice penale (che estende gli effetti della remissione di querela).

responsabilità penale (è quanto accade, in particolare, nei reati associativi); nel secondo, invece, alcuni dei compartecipi vanno esenti da pena (si può citare, tra gli altri, il delitto di truffa, con riferimento precipuo alla posizione della vittima, o la bancarotta preferenziale, dato che l'articolo 216 comma 3° L. Fall. non sanziona il creditore privilegiato)⁴⁷.

La categoria da ultimo menzionata, unica che rileva nell'ambito del diritto penale fallimentare, pone il problema della punibilità del contributo atipico fornito dal concorrente necessario di cui il fatto tipico esclude la punibilità.

L'impostazione tradizionale, di segno contrario, si basa sul principio di legalità: giacché la lacuna punitiva sarebbe frutto di una deliberata scelta dell'ordinamento non aggirabile in via interpretativa, la disciplina di cui agli articoli 110 e seguenti del codice penale produrrebbe un effetto estensivo *in malam partem* nei confronti di chi tenga una condotta comunque tipizzata dalla fattispecie⁴⁸.

Tale ostacolo viene, invece, ritenuto superabile laddove l'apporto fornito dal concorrente abbia natura atipica, perché appare paradossale sanzionare le condotte agevolatorie o istigatorie a seconda della qualità soggettiva di chi le ponga in essere, quasi che l'essere concorrente necessario non soggetto a pena costituisca un salvacondotto che consente di obliterare l'omogeneità del disvalore oggettivo⁴⁹.

Più proficuo appare, sul punto, un approccio casistico, giacché, come si è

⁴⁷ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 125 e ss.; CADOPPI A. - VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2007, p. 418; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 302; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 532; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 1020; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 553; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, cit., pp. 149 – 150; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 496.

⁴⁸ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 489; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 282; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 573 e ss..

⁴⁹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 128; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 303; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 555; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110*, cit., p. 151. *Contra*, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 533.

In giurisprudenza, si veda Cass. Pen., Sez. II, 15 marzo 2011, n. 14053, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250293, in motivazione (in tema di frode brevettuale di cui all'art. 88 del R.D. n. 1127/1939, come modificata dall'art. 127 del D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30); Sez. I, 10 febbraio 2005, n. 14626, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 231379.

perspicuamente osservato, l'estensione della punibilità dovrà in ogni caso arrestarsi a fronte di limiti imposti dalla struttura della fattispecie; in particolare, non potrà chiamarsi a rispondere il soggetto passivo del reato (la cui condotta potrà al più rilevare per mitigare il trattamento sanzionatorio del colpevole, ai sensi dell'articolo 62 n. 5 del codice penale)⁵⁰.

Lo stesso dicasi per il concorrente necessario che avrà posto in essere condotte atipiche, ma comunque implicate da quella tipizzata secondo l'*id quod plerumque accidit*⁵¹. Tuttavia, onde evitare incertezze applicative e disparità di trattamento di cui appare quantomeno dubbia la ragionevolezza nel prisma dei valori costituzionali, nonché per non creare sacche di ingiustificata impunità (quando non vere e proprie prassi difformi dal precetto penale), a parere di chi scrive la ricorrenza di simile implicazione dovrebbe fondarsi su massime di esperienza generalizzate munite di riscontro affidabile, come studi sociologici o anche prettamente statistici che ne attestino l'effettiva ricorrenza.

Laddove rilevante, la condotta atipica del concorrente necessario sarà disciplinata dagli articoli 110 e seguenti del codice penale, almeno quanto alle previsioni che siano espressione di principi generali della dimensione plurisoggettiva del reato⁵², tra le quali va senz'altro inclusa l'estensibilità delle cause oggettive di esclusione della punibilità.

§

⁵⁰ V. ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI^a ed., Milano, 2003, pp. 589 e ss., che suggerisce quale criterio quello, per la verità assai sfuggente e caleidoscopico, della *voluntas legis*; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 303, che porta l'esempio dell'usuraio che minacci l'usuraio per ottenere il prestito illecito; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 555; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1023; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110 codice penale*, cit., p. 152; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 604.

In giurisprudenza v. Cass. Pen., Sez. I, 18 novembre 1996, n. 2645, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 207269 (in tema di collusione del privato con l'appartenente alla Guardia di Finanza ai sensi dell'articolo 3 della legge 1383 del 1941), che si richiama alla volontà del legislatore.

⁵¹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 126; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre articolo 110 codice penale*, cit., p. 152.

⁵² V. DI MARTINO A., *La pluralità soggettiva tipica*, in *Ind. Pen.*, 2001, pp. 101 e ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 489; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 575 e ss.; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1038.

4. Struttura obiettiva della partecipazione criminosa⁵³

Sotto il profilo oggettivo, il concorso di persone postula la sussistenza di tre elementi, che verranno ora brevemente analizzati⁵⁴.

4.1. Pluralità di concorrenti

Come si è anticipato, il concorso di persone costituisce una manifestazione per così dire collettiva di un reato concepito dal legislatore come individuale; poiché, peraltro, è possibile una partecipazione eventuale a un reato plurisoggettivo, occorre che alla commissione dello stesso prenda parte almeno un soggetto ulteriore rispetto al numero prescritto come essenziale dal Legislatore.

Sul punto, è ormai consolidata l'opinione secondo la quale tra i concorrenti vanno annoverati anche soggetti non imputabili e non punibili, non solo per una particolare condizione personale, ma anche perché privi dell'elemento soggettivo richiesto dalla singola previsione incriminatrice⁵⁵.

Ciò si desume dal confronto tra gli articoli 111 comma 1° e 112 ultimo comma del codice penale: giacché questa seconda disposizione non richiede, a differenza di quella che la precede, che la non punibilità del partecipe derivi da «una condizione o qualità personale», è ragionevole inferire che si riferisca a ipotesi in cui il trattamento sanzionatorio sia escluso per ragioni attinenti alla colpevolezza (oltre che alla mancanza di imputabilità)⁵⁶.

Anche l'articolo 119 del codice penale consente di sostenere che tra le cause soggettive di esclusione della pena incomunicabili ai compartecipi ai sensi del

⁵³ La distinzione tra profilo oggettivo e soggettivo del reato in concorso replica la struttura del reato monosoggettivo, come nota LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone*, cit., § 3, «serve a dare rilievo all'essenza della compartecipazione come forma di manifestazione del reato e presenta inoltre una notevole utilità didattica per la chiarezza dell'esposizione», ma, secondo l'Autore, «oltre ad esprimere una concezione causale da tempo superata dalla dottrina penalistica, influenza in maniera notevole l'interpretazione ed altera i risultati della ricerca (...) trascurando l'importanza essenziale che ha - già nella determinazione del tipo di fatto - l'elemento psicologico nella duplice forma del dolo e della colpa».

⁵⁴ Di piano della tipicità del concorso parla PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 266.

⁵⁵ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 162.

⁵⁶ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 31 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 162.

comma 1° andrebbero annoverate pure quelle fondate sull'assenza dell'elemento soggettivo⁵⁷.

Meritano poi qualche cenno alcune ipotesi speciali di concorso eventuale, caratterizzate da peculiari «*elementi attinenti alle modalità di determinazione del fatto*», quali quelle di cui agli articoli 48, 54 ultimo comma e 86 del codice penale, cui si applica la disciplina dettata dagli articoli 110 e seguenti del medesimo codice, salvo che le singole fattispecie non contengano indicazioni a ciò ostative⁵⁸.

Pertanto, anche per queste varrà la soglia minima di rilevanza costituita dall'integrazione del tentativo, postulata come già detto dall'articolo 115 del codice penale, da riferirsi all'attività dell'esecutore materiale e non già alla condotta del compartecipe morale, per i motivi che saranno esposti nel prosieguo.

Con specifico riferimento all'articolo 48 del codice penale va poi considerata la tesi in base alla quale la responsabilità del soggetto ingannato andrebbe ancorata all'articolo 47 comma 2° e non già agli articoli 116 e 117 del medesimo codice, rispettivamente per il caso di errore su un elemento tale da mutare titolo di reato o sulla propria qualifica soggettiva; in tale ultima ipotesi, poi, la disposizione *de qua* consentirebbe di punire comunque l'ingannatore⁵⁹.

4.2. Il baricentro del concorso⁶⁰: la realizzazione di un fatto tipico di reato

Come si è già detto, secondo l'opinione prevalente la lettera dell'articolo 115 comma 1° del codice penale impedisce di ritenere che l'accordo o l'istigazione accolta a commettere un reato siano di per sé sufficienti a integrare un concorso

⁵⁷ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 35 ; BETTIOL G. -PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., pp. 661 – 663; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *pre articolo 110*, cit., p. 162.

⁵⁸ V. INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 452; PADOVANI T., *Le ipotesi speciali*, cit., pp. 190 e ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Torino, 2006, p. 505; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110*, cit., pp. 165 – 166.

⁵⁹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 77; PADOVANI T., *Le ipotesi speciali*, cit., pp. 115 e ss., 200.

⁶⁰ L'espressione è di PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.

penalmente rilevante⁶¹.

Si tratta, per così dire, di un limite all'estensione della tipicità cui sono deputate le disposizioni in materia di concorso di persone, nonché quelle in tema di delitto tentato, cui viene posta un'eccezione, in quanto l'accordo e l'istigazione sterili ben potrebbero risultare atti idonei e univoci alla stregua dell'articolo 56 del codice penale⁶².

Al contempo, tuttavia, la norma in commento svolge un'indubbia funzione di disciplina, giacché consente di applicare la misura di sicurezza della libertà vigilata ad atti non soggetti a pena (il cd. quasi reato)⁶³.

⁶¹ V. LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone*, cit., § 4; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 115, cit., p. 257.

⁶² V. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sui libri II e III del Progetto*, p. 172, reperibili all'indirizzo <http://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e8151feo3dd5327a7b3f973d03ae.pdf>

In dottrina, TONINI P., *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, cit., pp. 1596 e ss., che argomenta in modo convincente anche, per l'appunto, dalla citata Relazione del Guardasigilli al codice penale.

Nello stesso senso anche CAMAIONI S., *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, 3, pp. 1069 e ss., per il quale «l'istigazione e l'accordo criminosi (...) sono certamente atti idonei, perché suscettibili di avviare un processo causale destinato a sfociare nel reato programmato, e sono anche univoci, perché rivelano per sé stessi, e dunque oggettivamente, l'orientamento finalistico verso un certo, specifico, reato». L'Autore da ultimo citato richiama la tesi di PETROCELLI B., *Il delitto tentato*. Studi, Padova, 1955, in base alla quale l'articolo 115 del codice penale «conterrebbe un limite generale alla punibilità del tentativo nel quadro di un modello dell'istituto che avrebbe confermato le medesime linee del codice previgente, che puniva gli atti esecutivi e non quelli meramente preparatori. L'istigazione e l'accordo sarebbero così i tipi paradigmatici di attività preparatorie, perché non seguite dal commesso reato». Pertanto, la disposizione in commento integrerebbe «un limite generale alla punibilità degli atti idonei ed univoci ex articolo 56 c.p. (...) ma che sono rimasti allo stadio di atti meramente preparatori»; essa, cioè, traccerebbe il limite inferiore alla rilevanza e punibilità del diverso istituto del tentativo.

Contra, VIOLANTE L., voce *Istigazione*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXII, Milano, 1972, § 3, che nega all'istigazione a far commettere un reato il carattere dell'univocità e argomenta dai lavori preparatori e dall'inciso «per il solo fatto» per evincere che la stessa si colloca al di sotto della soglia del tentativo. Nel medesimo senso si orientano anche FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 565 - 566, che ravvisano nell'articolo 115 del codice penale un'epifania del generale principio di irrilevanza degli atti meramente preparatori, quali sarebbero istigazione (accolta o meno) e accordo rimasti sterili.

⁶³ V. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 506; ROMANO B.,

I principi di materialità e offensività che ispirano il nostro sistema escludono, dunque, la rilevanza penale del mero pensiero, o per dirla con il brocardo: *cogitationis poenam nemo patitur*; occorre, pertanto, che almeno uno dei concorrenti (ma non necessariamente uno soltanto) concretizzi un reato, consumato o tentato (ovviamente escluse le tipologie criminose incompatibili con simile forma di manifestazione del delitto)⁶⁴.

Diritto penale. Parte generale, cit., p. 446.

La dizione letterale dell'articolo in commento, e in particolare il richiamo alle disposizioni precedenti contenuto nel comma 3°, unitamente alla patente divergenza che presentano i commi 1° e 3° (con i rispettivi riferimenti al «reato» e al «delitto») induce a preferire l'impostazione secondo la quale la misura di sicurezza può applicarsi – se il soggetto sia valutato socialmente pericoloso, ovviamente – soltanto in caso di accordo e istigazione (accolta o meno che sia) a commettere un delitto, nonché all'istigazione accolta a commettere una contravvenzione. V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, cit., § 3; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 115, cit., p. 259.

Contra, nel senso di ritenere in ogni caso necessario, ai fini dell'erogazione di una misura di sicurezza, che oggetto dell'istigazione sia un delitto, v. MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. II, Torino, 1984, p. 560; TONINI P., *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, cit., p. 1593.

Condivisibile l'opinione per cui nel caso di istigazione non accolta a commettere un delitto, la misura di sicurezza andrebbe applicata al solo istigatore, in quanto il destinatario della sollecitazione non è neppure concepibile come 'istigato' in senso proprio. V. ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 446; MARTUFI A., *L'istigazione inefficace tra irrilevanza penale e pericolosità sociale*, nota a Tribunale di Milano, Ufficio Indagini Preliminari, 25 ottobre 2012, in www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2014, sub nota 2), ove si richiama anche l'estemporanea decisione di Tribunale di Foggia, 4 marzo 2004, in *Giur. Mer.*, 2004, p. 1417, che ha ritenuto invece applicabile la confisca, in aperto contrasto, peraltro, con i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sui libri II e III del Progetto*, p. 173, cit.

⁶⁴ V. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sul libro I del Progetto*, p. 172, cit.

In dottrina, LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 15; ID., voce *Concorso di persone*, cit., § 4; GALLO M., *Appunti di diritto penale, III, Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, pp. 168 – 171; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 286; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 519; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 972; MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., p. 100; GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011, p. 1234; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110 codice penale, cit., p. 169; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 562, 566.

ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 446 – 447, evidenzia che la portata

Si è anche parlato, al riguardo, di “principio di esecutività” alla stregua del modello legale dell’incriminazione, nel senso che le condotte mediante le quali si può concorrere in un reato rilevano se ne costituiscono esecuzione o accedono all’altrui attività, diretta in modo idoneo e inequivoco a perpetrare un delitto⁶⁵.

Corollario di questa conclusione è l’inconfigurabilità di un tentativo di partecipazione, giacché *«il tentativo che la legge punisce è sempre tentativo di un fatto dalla fisionomia giuridica compiuta: il furto, l’omicidio, il sequestro di persona (...). Invece la partecipazione è figura criminosa secondaria, che vive solo come variante di una figura primaria: un tentativo di partecipazione diverso dal tentativo della figura primaria non avrebbe, penalmente, alcuna consistenza»*⁶⁶.

A questo riguardo, va ricordata l’impostazione dottrinale secondo la quale la non configurabilità del tentativo di concorso riposa non già sull’articolo 115 del codice penale, ma sui limiti strutturali degli istituti del tentativo e del concorso di persone.

generale del principio di cui all’articolo 115 del codice penale si evince dal numero assai ridotto di deroghe effettive allo stesso contemplate dall’ordinamento, correttamente individuabili nella sola istigazione a commettere delitti o reati (si vedano, per esempio, gli articoli 302 e 304 del codice penale), e non anche a commettere fatti non necessariamente criminosi (come ad esempio ai sensi dell’articolo 416-bis del codice penale), o che richiedano elementi ulteriori (come la pubblicità negli articoli 414 e 415 del medesimo codice), o ancora in presenza di reati a condotta vincolata (è il caso, per esempio, dell’articolo 377 del codice penale).

In giurisprudenza, *ex plurimis*, si veda Cass. Pen., 12 marzo 2012, n. 12175, punto 4 motivazione in diritto, in Cass. Pen., 2013, 11, pp. 3950 e ss.

⁶⁵ V. LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 56 e ss.; ID., voce *Concorso di persone*, cit., § 5; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 565 – 567, che porta l’esempio del palo, punibile solo allorquando il complice cui indica possibili vittime di furti con violenza o destrezza abbia posto in essere qualche atto che concretizzi il previo *pactum sceleris*.

⁶⁶ V. PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 79.

Per CAMAIONI S., *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, cit., pp. 1069 e ss., l’articolo 115 del codice penale preclude soltanto che il tentativo possa ravvisarsi nell’istigazione non accolta, *«poiché una istigazione accolta ed un raggiunto accordo per commettere un reato sono condotte attraverso le quali l’aggancio, cioè il concorso tra due o più persone, è avvenuto, e dunque non si può parlare di “tentativo” di concorso. Ciò che rimane allo stato di tentativo, per di più non punibile, è l’attività successiva alla raggiunta intesa (...) Peraltro, il concetto di istigazione non accolta non ha un raggio di significatività, una forza di espansione logica tale da farle giuocare il ruolo generalizzante che le si vorrebbe assegnare, ancor più in difetto di una specifica indicazione legislativa in tal senso»*.

Invero, la partecipazione nel delitto tentato sarebbe ammissibile in quanto realizzerebbe un'applicazione distinta e successiva delle clausole generali del tentativo e del concorso, o, per meglio dire, una combinazione sequenziale tra esse, per cui ciascuna si applica dopo che l'altra ha già interagito con la fattispecie di parte speciale. Viceversa, non sarebbe ammissibile il tentativo di partecipazione in un reato, perché fondato sull'interferenza contestuale tra le predette clausole generali, delle quali sovrapporrebbe gli effetti estensivi della punibilità, spingendosi così oltre quanto previsto dall'ordinamento, in violazione del principio di legalità⁶⁷.

La tesi, alquanto affascinante e dotata di indubbio spessore dogmatico, appare però priva di effettive ricadute pratiche, portando a conclusioni comunque da tempo condivise; peraltro, per non incorrere in aporie e conciliarsi con la teorica della fattispecie plurisoggettiva eventuale, pare necessario ribadire che l'applicazione della clausola di cui all'articolo 56 del codice penale precede quella posta dall'articolo 110 del medesimo codice.

Senza, cioè, almeno un principio di delitto neppure può discorrersi di concorso, poiché mancherebbe il parametro cui rapportare il contributo atipico del compartecipe; l'istigatore, invero, non pone in essere la condotta tipica⁶⁸.

La definizione del concetto di "fatto di reato" rilevante ai presenti fini merita però un maggiore impegno esplicativo: ciò che è necessario e sufficiente è un accadimento integrante gli estremi del fatto tipico disegnato dal legislatore⁶⁹.

⁶⁷ V. RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 151 e ss.; CAMAIONI S., *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, cit., pp. 1069 e ss., che peraltro riconduce al tentativo di concorso anche le ipotesi di contributo materiale non effettivamente utilizzato o di complice maldestro. L'Autore peraltro, con esclusivo riferimento alle fattispecie causali pure consumate, ipotizza la responsabilità dell'aspirante correo in chiave monosoggettiva mediata, polarizzando sull'evento naturalistico l'idoneità e l'univocità degli atti da quello compiuti; il tentativo di concorso in tentativo non sarebbe invece punibile per l'eccessivo diluirsi dell'offensività della condotta, integrante un pericolo di pericolo.

⁶⁸ Che infatti è l'esempio addotto da RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 278 – 280.

⁶⁹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 20 e 27; PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 562 – 567, che però poi sostengono l'esatto contrario da p. 567 a p. 575, sulla scorta di varie considerazioni, tra le quali l'immanenza del coefficiente soggettivo doloso alla tipicità del fatto.

In altri termini, non occorre alcuna colpevolezza, come si desume dagli articoli 111 e 112 ultimo comma del codice penale⁷⁰ o, per meglio dire, soltanto una volta appurata la sussistenza di un fatto tipico, manifestatosi in forma plurisoggettiva, dovrà verificarsi che almeno uno dei correi sia sorretto dal coefficiente psichico richiesto dalla disposizione incriminatrice, giacché il fatto va ascritto all'unico soggetto collettivo⁷¹.

Del pari, è irrilevante anche l'antigiuridicità, giacché l'articolo 119 comma 2° del codice penale, sancisce un'estensione delle scriminanti a tutti i partecipi che non avrebbe senso laddove non fosse possibile, ancor prima, configurare un'ipotesi di concorso nella commissione di un reato⁷².

Nello stesso senso depone, d'altronde, la punibilità del determinatore per il fatto commesso dalla persona minacciata ai sensi dell'articolo 54 del medesimo codice⁷³.

4.2.1. L'evento rilevante

Il fatto tipico, inoltre, costituisce il secondo termine della relazione causale che è il criterio selettivo della rilevanza degli apporti concorsuali atipici⁷⁴; ne consegue che è esiziale e preliminare la corretta descrizione dell'evento/fatto rilevante, giacché lo stesso costituisce al contempo l'alveo verso il quale affluiscono i singoli contributi e il parametro della loro rilevanza penale.

Al riguardo, ragioni di coerenza impongono di tenere conto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in punto di causalità e, segnatamente, di descrizione

⁷⁰ V. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 562 – 563, che trae argomenti anche dagli articoli 111 e 119 comma 1° del codice penale.

⁷¹ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 974. In tal modo si superano le obiezioni mosse da LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone*, cit., § 4, il quale argomentava la necessità dell'elemento soggettivo dalla lettura degli articoli 48 e 113 del codice penale.

⁷² V. PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., pp. 60 e ss.; LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 131; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 267; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 972; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 170; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, IV^a ed., Milano, 2012, p. 396; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 593.

⁷³ V. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 563 – 564.

⁷⁴ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 175

dell'evento, quale effetto della catena eziologica che lo avvince alla condotta umana penalmente rilevante⁷⁵.

D'altro canto, riferire l'efficacia condizionalistica all'evento in senso naturalistico porterebbe, paradossalmente, a escludere sempre la configurabilità del concorso di persone laddove ricorra una fattispecie criminosa di mera condotta⁷⁶, mentre le disposizioni di cui agli articoli 110 e seguenti del codice penale hanno evidentemente portata generale.

Ebbene, l'abbandono della teoria dell'accessorietà preclude di prendere quale riferimento il fatto 'principale'⁷⁷, che, come si è visto, non è identificabile se non in virtù di forzature soggettive e, come tali, foriere di inaccettabile imprevedibilità per il destinatario del precetto penale.

Occorre, ancora, precisare che il fatto rileverà non già in astratto, ma secondo le caratteristiche di tempo, modo e luogo in cui si è in effetti manifestato, che costituiscono «*la realizzazione concreta, anche se non l'unica possibile in concreto, della figura giuridica*»⁷⁸, con l'ovvia e imprescindibile accettazione dei limiti delle capacità umane

⁷⁵ V. PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., pp. 79 e ss.; STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, p. 93, ritiene rilevante il contributo apportato almeno a una porzione della condotta tipizzata e, con riferimento alle fattispecie causalmente orientate, quello che abbia influito su una modalità significativa in termini di disvalore; PULITANÓ D., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 471; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 288; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 175.

Contra, ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, in *Ind. Pen.*, 1977, p. 411; INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 459; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 463.

V. anche BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 66 – 67, nonché sub note 20 e 21, altresì per la traduzione del pensiero di MEZGER E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2 Aufl., Dunker & Humblot, München und Leipzig, 1933, p. 413, il quale però si riferiva nell'ambito del reato concorsuale all'evento inteso in senso naturalistico, mentre con riferimento alla fattispecie monosoggettiva postulava la necessità di un nesso giuridicamente rilevante in quanto conforme al tipo. *Ibidem*, per il richiamo a ENGISCH K., *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr, Tübingen, 1931, pp. 75 e ss.

⁷⁶ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 58; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 175.

⁷⁷ V. VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., p. 1393; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 175. Contra, PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., pp. 79 e ss.

⁷⁸ V. PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., p. 79; anche STORTONI L., *Agevolazione e concorso*

di selezionare gli aspetti rilevanti, connaturati all'utilizzo della «*lente irripetibile dell'osservatore*»⁷⁹.

Sul punto, un utile aggancio normativo per ricostruire gli elementi di cui tenere conto è stato individuato nell'articolo 133 del codice penale; la genericità del dato letterale («*ogni modalità dell'azione*»), però, induce a dubitare della portata effettivamente dirimente degli indici enucleati dalla disposizione ora citata⁸⁰.

D'altro canto, pare a chi scrive che la finalità di selezione dei contributi penalmente rilevanti conduca a ridurre l'ambito dei parametri che possono prendersi in considerazione a quelli assoggettati agli influssi causali prodotti da condotte umane.

Con il che andrebbero comunque escluse tutte le previsioni di cui all'articolo 133 comma 2° del codice penale, con l'eccezione, forse, della condotta contemporanea al reato (non di quella successiva, per i motivi che saranno esposti nel paragrafo 8), formula peraltro piuttosto equivoca.

Vale la pena, inoltre, di aggiungere un ulteriore aspetto di cui occorre tenere conto ai fini che qui interessano: la portata dell'offesa, che può essere accresciuta dal contributo del concorrente, specie con riferimento a reati di condotta o evento pericoloso; un valido strumento di concretizzazione della atipicità, insomma⁸¹.

di persone nel reato, Padova, 1981, p. 93, che come si è visto circoscrive l'ambito del penalmente rilevante alle sole modalità significative in termini di disvalore.

⁷⁹ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., p. 74, nonché pp. 78 – 84, laddove si pone in evidenza il gioco di forze tra gli opposti poli dell'astrattezza e della concretezza nella descrizione dell'evento, a seconda che si considerino decorsi causali reali o ipotetici ovvero, con lessico filosofico, determinatori causali congiuntivi e disgiuntivi e le ricadute che ciò comporta in termini di selezione degli apporti eziologicamente rilevanti, in senso estensivo nel primo caso e restrittivo nel secondo. Anche pp. 94 – 102, laddove dalle premesse esposte l'Autore inferisce che, poiché l'evento e il nesso causale sono elementi del fatto tipico, la ricerca di quest'ultimo è attività ermeneutica svolta dal Giudice, che non accerta ma pondera il peso della condotta del soggetto rispetto allo stato di fatto, tanto che esisterebbero «*diverse causalità, di cui si sostanziano le singole ipotesi di reato*» (p. 101).

⁸⁰ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., p. 72 sub nota 52; la tesi criticata è, invece, sostenuta da COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, pp. 177 e ss.

⁸¹ Parafrasando il pensiero di MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. 74 e ss., 235 e ss., 242 e ss., che utilizza il bene giuridico quale criterio per la

Se, infatti, la Costituzione impone che ogni fatto di reato sia lesivo di interessi meritevoli di tutela e se, allo stesso tempo, nella dimensione monosoggettiva del reato l'evento è «*“sostrato di fatto”, indice dell'offesa distinto (in talune ipotesi soltanto logicamente) dalla condotta dell'agente e non costituente necessariamente una “modificazione della realtà esteriore”*»⁸², il contributo concorsuale può esplicare effetti anche sotto questo profilo, quand'anche non imprima alcuno spostamento nel tempo e nello spazio al fatto di reato plurisoggettivo.

Si pensi al caso del correo che si ingerisca in un pestaggio già in corso, sferrando alcuni colpi alla malcapitata vittima; pur non variando le condizioni di tempo e luogo, maggiore sarà l'esposizione a pericolo (per le percosse) o la lesione dell'incolumità personale.

Per i medesimi motivi, rilevano nella descrizione del fatto le peculiari modalità che comportino l'applicazione di circostanze aggravanti e, dunque, connotate da una portata negativa tale da inasprire il trattamento sanzionatorio⁸³.

Al riguardo, pare tuttavia opportuno precisare che, a parere di scrive, potranno importare le sole circostanze di cui all'articolo 70 n. 1 codice penale, in quanto afferenti, per l'appunto, a connotazioni del fatto e, come tali, comunicabili a tutti i concorrenti che abbiano cooperato alla realizzazione dello stesso, purché ovviamente sussista in capo a costoro il coefficiente psicologico richiesto dall'articolo 59 comma 2° del medesimo codice di diritto sostanziale.

4.3. Il confine della responsabilità penale di ciascuno dei concorrenti: il contributo materiale, tipico o atipico, al fatto di reato

Il principio di unità della responsabilità non impedisce di distinguere i ruoli dei compartecipi a seconda che gli stessi pongano in essere un concorso di tipo morale

concretizzazione della tipicità. Sulla coincidenza tra fatto tipico ed evento, v. MORSELLI E., *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 4, pp. 1081 – 1128.

⁸² V. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 142

⁸³ V. VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., p. 1385; DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1984, p. 175; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 289; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 175 – 176; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 504.

o materiale: nel primo caso, il soggetto prende parte alla fase ideativa del reato; nel secondo, a quella preparativa o esecutiva del fatto tipico, anche mediante un contributo atipico, spesso definito come agevolazione⁸⁴.

La distinzione testé esposta è propedeutica alla corretta delimitazione dell'ambito di quanto rileva penalmente, giacché tra le varie tesi dottrinali appare preferibile l'impostazione in base alla quale occorre discernere a seconda del ruolo rivestito dai singoli individui coinvolti nella realizzazione plurisoggettiva del reato⁸⁵; in tal modo è, infatti, possibile combinare diversi criteri di accertamento in relazione al carattere tipico o atipico del contributo fornito.

Il primo profilo, che potrebbe definirsi della tipicità, pertiene alla sola compartecipazione materiale⁸⁶; al riguardo, possono enuclearsi due distinte accezioni di apporto fornito dal singolo alla perpetrazione plurisoggettiva del reato.

In primo luogo, taluno potrebbe compiere per intero la condotta tipizzata dal legislatore, da sé o insieme ad altri (per chiarezza espositiva, può qui accogliersi la definizione di 'autore' o 'esecutore' riferita a chi versi nella prima ipotesi e quella di 'coautore' per chi si trovi nella seconda).

In secondo luogo, il concorrente può limitarsi alla realizzazione di una sola frazione del fatto tipico (cd. esecuzione frazionata), sia in modo sincronico che diacronico⁸⁷, giacché è ininfluyente il fatto che i singoli segmenti di "*Tatbestand*" si concretizzino nel medesimo contesto spazio temporale oppure in sequenza cronologica e in luoghi differenti.

⁸⁴ V. STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, cit., pp. 88 e ss.

⁸⁵ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 172; ANTOLISEI F., a cura di L. Conti, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 556; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 504 e ss.

⁸⁶ *In nuce*, già LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., pp. 568 e ss., che distingueva il concorso morale, concepibile solo in relazione alla fase ideativa del reato, e materiale, riferibile alla sola fase esecutiva.

⁸⁷ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 53 e ss.; LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 94 e ss.; STORTONI L., *Agevolazione*, cit., pp. 80 e ss.; VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, cit., pp. 1391 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 172 - 173; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 397.

Per evitare un'eccessiva dilatazione della rilevanza delle condotte tenute dai singoli, perché possa parlarsi di partecipazione alla realizzazione del fatto tipico (e con essa, di un'unica offesa) anche a una certa distanza di tempo vanno condivisi i limiti tracciati da Autorevole dottrina: ciascun apporto deve essere ammantato di tipicità parziale (cioè integrare un brano del fatto di reato come delineato dal legislatore) e i vari contributi devono essere contestuali, in senso non prettamente cronologico ma normativo-sociale⁸⁸.

Una situazione, per così dire, intermedia tra tipicità e atipicità dell'apporto è l'aver espresso un voto favorevole a una deliberazione collegiale che integri di per sé un reato o un elemento costitutivo di una fattispecie criminosa⁸⁹. Si tratta, invero, di un'ipotesi accomunata alla coautoria dall'identità delle condotte ascrivibili ai singoli, le quali, però, di per sé non esauriscono il fatto tipico se non considerate unitariamente e risultano, pertanto, sotto questo aspetto affini invece all'esecuzione frazionata.

Venendo ora, al versante dei contributi atipici alla realizzazione del fatto di reato, sulla scorta della dottrina tradizionale è l'efficienza causale o condizionalistica rispetto al fatto collettivo a determinarne la penale rilevanza, nonché l'ascrizione in capo a chi li realizzi dell'evento in senso naturalistico (qualora si discetti di reati che contemplino un simile elemento costitutivo) o della condotta⁹⁰.

⁸⁸ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 62 -64; VIOLANTE L., voce *Istigazione*, § 6, il quale peraltro sostiene che il criterio causale vada circoscritto alle sole fattispecie a condotta libera. *Contra*, VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., pp. 1393 - 1394.

⁸⁹ Cfr. GIULIANI BALESTRINO U., *Sulla contestazione del contributo individuale al concorso di persone nel reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, pp. 768 - 786, che, con lettura quanto mai originale, argomenta *a contrario* la possibile rilevanza concorsuale del voto espresso in seno a un organo collegiale dall'esclusione di punibilità posta dall'articolo 68 della Costituzione.

⁹⁰ V. PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., pp. 77 e ss.; STORTONI L., *Agevolazione*, cit., pp. 96 e ss.; VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., p. 1396; ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, cit., pp. 403 e ss.; BETTIOL G. -PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., p. 646; INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 462; ANTOLISEI F., a cura di L. Conti, *Parte generale*, cit., pp. 563 e ss.; PULITANÓ D., *Diritto penale. Parte generale*, III^a ed., Torino, 2009, p. 470; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110*, cit., pp. 171, 174; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 398.

Poiché la «condizione o è necessaria o non lo è/tertium non datur»⁹¹, gli approdi ermeneutici di dottrina e giurisprudenza costituiscono imprescindibile guida quanto al metodo di accertamento della sussistenza dell'efficacia causale esplicita dall'apporto di ciascun concorrente.

In estrema sintesi, pertanto, occorre individuare una legge di copertura, universale o statistica, oppure una massima di esperienza da cui inferire una successione regolare di fenomeni del tipo di quelli verificatisi in concreto. Al contempo, l'articolo 41 capoverso del codice penale impone di escludere che nel caso specifico sussistano fattori causali ipotetici di per sé tali da cagionare il fatto di reato, laddove si eliminasse mentalmente il contributo fornito dall'imputato (inteso quale *condicio sine qua non*)⁹².

Le coordinate ora fornite – corretta descrizione del fatto di reato come verificatosi *hic et nunc* ed esclusione dei decorsi causali ipotetici – consentono, a parere di chi scrive, di dimostrare l'inconsistenza delle critiche mosse alla tesi condizionalistica⁹³.

Per BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 73 – 75, il decalogo dell'idea condizionalistica va attribuita a John Stuart Mill, *Sistema di Logica deduttiva e induttiva* (1843), che elaborò ben cinque metodologie di accertamento dell'efficacia eziologica, tra le quali spicca quella cd. della differenza, sostanzialmente sovrapponibile al procedimento di eliminazione mentale invalso in ambito giuridico – penalistico.

Tra i critici dell'approccio causale, oltre a quelli che verranno riportati nelle note concernente le varie elaborazioni alternative esposte nel testo, va annoverato anche MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. II, cit., p. 482, secondo il quale l'«equiparazione d'ogni attività concorrente nel reato si fonda piuttosto su criteri di opportunità politica e sull'elemento psicologico (volontà comune), che su criteri obiettivamente etiologici. Può essere che codesto sistema sia conveniente sotto l'aspetto della politica penale, ma non riteniamo che sia esatta la base scientifica che gli si è voluta assegnare. (...) Che se in tutti i concorrenti, principali ed accessori, la volontà delittuosa è comune, non è tale l'opera esplicita, la quale deve essere presa in principale considerazione da un diritto che reprime fatti e non soltanto volizioni».

⁹¹ V. DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 688.

⁹² V. STORTONI L., *Agevolazione*, cit., p. 104; PULITANÓ D., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 471; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 507; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 176; - 177; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 401.

⁹³ V. GUERRINI R., *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, pp. 60 e ss.; ID. *L'attenuante della «minima importanza» nel concorso di persone*, in *Studium*

Con esse, viene infatti meno il terreno in cui germinò la tesi della causalità cd. agevolatrice o di rinforzo, talora accolta anche in giurisprudenza e sorta proprio dalla pretesa incapacità della concezione tradizionale di fondare la responsabilità dei partecipi per le ipotesi in cui i contributi/condizioni si palesassero di per sé insufficienti a produrre il risultato, ben potendosi tuttavia ritenere che ne facilitassero la realizzazione⁹⁴.

Non induce a diverse conclusioni neppure l'argomento tratto dall'articolo 114 comma 1° del codice penale, che impedirebbe ai contributi di minima importanza, come tali, di assurgere a *condicio sine qua non*⁹⁵, in quanto esso risulta a ben vedere controvertibile.

Infatti, la minima importanza esplicita dal contributo rimane concettualmente pur sempre misurabile rispetto agli effetti causalmente prodotti sulle modalità del fatto reato rilevanti, come in precedenza enunciate, vale a dire in relazione a qualsiasi spostamento nel tempo e nello spazio e a qualsivoglia incremento dell'offesa all'oggettività giuridica tutelata. Laddove queste variazioni siano trascurabili o marginali, coerentemente l'ordinamento consente dunque di stemperare la risposta sanzionatoria⁹⁶.

Iuris, 1999, pp. 848 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 523 – 524; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 176 – 178; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 506.

⁹⁴ V. VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., pp. 1358 – 1413; GUERRINI R., *Il contributo concorsuale di minima importanza*, cit., pp. 60 e ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 290; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 448 – 449; BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 64 – 65, per i riferimenti alla dottrina tedesca.

Aderiscono alla tesi della causalità agevolatrice o di rinforzo (quantomeno nominalisticamente), tra le altre, Cass. Pen.: Sez. VI, 22 maggio 2012, n. 36818, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253347 (in tema di importazione di sostanze stupefacenti dall'estero); Sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 15264, in *Guida Dir.*, 2009, 21, p. 92 (in tema di concorso nella cessione di sostanze stupefacenti); Sez. IV, 22 maggio 2007, n. 24895, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 236853 (che ha escluso il concorso nel delitto di coltivazione di piantine di canapa indiana in capo a persona che occasionalmente aveva provveduto a innaffiarle, trovandosi insieme con il proprietario delle piante, autore dell'illecito).

⁹⁵ V. LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., § 9; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 550; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 569; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1011.

⁹⁶ Escludono la necessità di una rilevanza eziologica MANZINI V., *Trattato di diritto*

Ovviamente, per misurare l'efficienza causale del contributo concorsuale onde appurare se la stessa sia stata minima, come il legislatore prescrive, deve procedersi all'eliminazione mentale dello stesso e quindi considerare i decorsi causali ipotetici, operando un calcolo relativo, che tenga in debito conto della condotta degli altri complici. Non si tratta, però, di comparare tra loro i vari contributi⁹⁷, ciò che non

penale italiano, Vol. II, cit., p. 604; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 577.

Su posizioni simili a quelle espresse nel testo pare attestarsi MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., p. 151.

Alla minima efficacia causale si richiamano in giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. Pen.: Sez. I, 9 maggio 2013, n. 26031, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 256035 (che però in motivazione si discosta dalle conclusioni esposte nel testo, contraddicendosi, in quanto ritiene configurabile la circostanza attenuante in commento solamente «*allorquando la condotta del correo risulti tale da poter essere avulsa, senza apprezzabili conseguenze pratiche, dalla serie causale produttiva dell'evento*»); Sez. II, 18 dicembre 2012, n. 835, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254051; Sez. V, 6 luglio 2011, n. 40092, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 251121 (in tema di responsabilità per bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale dell'amministratore formale).

Rileva, però, che l'estremo rigore con cui viene applicato il principio ha condotto a un'interpretazione abrogativa della disposizione di cui all'articolo 114 comma 1° del codice penale MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 550, 569.

Va altresì condivisa l'osservazione di FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 520 : in ogni caso, il limite dell'effettiva causalità impone di non attribuire penale rilevanza ad apporti che ne siano in realtà destituiti.

⁹⁷ V., *ex plurimis*, Cass. Pen.: Sez. I, 9 maggio 2013, n. 26031, cit., Rv. 256035; Sez. II, 26 gennaio 2011, n. 6922, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 249347; Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435, in *Cass. Pen.*, 2006, II, pp. 3578 e ss.

Invero, sembra consolidato anche l'orientamento per il quale la circostanza attenuante di cui all'articolo 114 comma 1° del codice penale non è applicabile ai reati omissivi in quanto il “*non facere*” è ontologicamente antitetico alla sussistenza di un apporto differenziato nella preparazione o nell'esecuzione materiale del reato stesso. V., *ex multis*, Cass. Pen.: Sez. IV, 6 novembre 2008, n. 45119, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 241762 (in tema di omesso impedimento della violenza sessuale perpetrata da parte dell'altro genitore ai danni del figlio minore); Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, in *Cass. Pen.*, 2008, pp. 3230 e ss.

Contra, in dottrina PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., p. 113; DONINI M., *La partecipazione al reato*, cit., pp. 238 e ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 520 ; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 114*, cit., p. 252.

In giurisprudenza, tra le altre: Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2008, n. 1218, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242388.

Ognuna delle tesi esposte nel presente paragrafo volte a individuare la soglia di rilevanza del contributo concorsuale si specchia nell'articolo 114 del codice penale. Oltre agli Autori già richiamati, variamente critici rispetto al parametro causale, può qui ricordarsi che tra i fautori della teoria dell'accessorietà, LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., p. 597, ritiene applicabile la circostanza attenuante *de qua* ai soli complici e non ai correi; per INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 498, ciò che conta è la

sembra richiesto dalla lettera della disposizione ora in commento.

Riprendendo l'esempio esposto in precedenza, qualora il correo si ingerisca in un pestaggio già in corso e sferri un unico colpo a una parte non vitale della malcapitata vittima, non muteranno le condizioni di tempo e luogo, ma, anche se in misura ridotta, il contributo accrescerà l'esposizione a pericolo (per le percosse) o la lesione dell'incolumità personale.

Oppure si pensi al caso del correo che, ansioso per i pochi minuti di ritardo rispetto a quanto programmato, entri in un ufficio bancario in cui sia già in atto una rapina ad opera dei complici e, quando questi si diano alla fuga, rechi al di fuori dell'edificio poche mazzette di denaro lasciate dagli altri perché le borse utilizzate non erano sufficientemente capienti per raccogliere tutto il contante depositato, senza minacciare o fare violenza ad alcuno. Un risparmio di pochi istanti, dunque, e un incremento del danno (sul solo versante) patrimoniale (in un delitto notoriamente plurioffensivo) irrisorio rispetto al bottino già conseguito.

Ancora, si può citare l'ipotesi di A che fornisca a B, autore di un furto, un'arma e/o un narcotico da questi portati sulla propria persona, senza farne uso; ciò che muta è, allora, l'offesa (*sub specie* di esposizione a pericolo di un bene giuridico peraltro differente da quello tutelato dal delitto in questione), aggravata ai sensi dell'articolo 625 n. 3 del codice penale, mentre restano invariate le altre modalità del fatto⁹⁸.

A dire il vero, da tempo si è osservato che la teoria tradizionale offre una spiegazione degli esempi addotti dai fautori della causalità agevolatrice, purché si proceda a una corretta descrizione del fatto reato⁹⁹.

Pertanto, se B fornisce ad A, intento a scassinare una cassaforte utilizzando un trapano, la chiave per aprirla, B terminerà prima la propria opera, così mutando la collocazione temporale del momento perfezionativo del crimine. Peraltro, resta sul

posizione organizzativa rivestita dal concorrente; ancora per DE FRANCESCO G.A., *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 328 e ss., invece, il *discrimen* è dato dalla rilevanza strumentale dell'apporto.

⁹⁸ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 1104*, cit., p. 252.

⁹⁹ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 542; con parole simili, COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., p. 67.

piano meramente ipotetico la concretizzazione del furto mediante un oggetto da scasso¹⁰⁰ (e con ciò anche la configurabilità circostanza aggravante prevista dall'articolo 625 n. 3 del codice penale).

Priva di pregio si presenta anche la tesi che individua il criterio dirimente nell'efficacia causale rispetto all'organizzazione del reato, quale evento «*alla cui stregua commisurare in termini di concreta adeguatezza ogni singolo contributo*»¹⁰¹, poiché finisce con il limitare irragionevolmente l'ambito applicativo del concorso di persone alle sole ipotesi di previo concerto¹⁰² e con il confondere il termine di relazione delle condotte con il loro atteggiarsi in vista del programma perseguito¹⁰³.

Allo stesso modo, si condividono in questa sede le critiche mosse all'orientamento, dottrinale e giurisprudenziale¹⁰⁴, che trova le proprie radici nella teoria dell'aumento del rischio e fonda la responsabilità del compartecipe su un giudizio di prognosi postuma di tipo probabilistico, analogo a quello sotteso al tentativo.

Rileverebbero, cioè, i contributi che risultino *ex ante* idonei ad aumentare le probabilità di realizzazione del crimine, tenuto conto del patrimonio gnoseologico di un modello di osservatore avveduto, arricchito delle eventuali maggior

¹⁰⁰ V. PEDRAZZI C., *Il concorso di persone*, cit., pp. 79 e ss. ; ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 562 ; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 463 e ss. ; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 984; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 177 - 178, anche per la traduzione dell'esempio addotto da CLASS W., *Die Kausalität der Behilfe, im Fest Stock*, 1966, pp. 115 e ss., il cd. "Tresor-Fall", il quale sostenne, con notevole forza evocatrice, che mentre nella reità monosoggettiva gli anelli della catena causale si susseguono, in quella concorsuale si pongono l'uno a fianco dell'altro, come le gomene di una nave attraccata, di talchè l'eliminazione di uno non comporterebbe la deriva del battello. La metafora rende in termini plastici l'idea dell'Autore, secondo il quale nessuna delle condotte presupposte assurgerebbe a *condicio sine qua non*.

¹⁰¹ V. INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., pp. 464 e ss.

¹⁰² V. PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 273 ; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 541 ; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 985; DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. Pen.*, 2012, II, pp. 3913 e ss.

¹⁰³ V. DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., pp. 3913 e ss.

¹⁰⁴ V. ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, cit., pp. 418 e ss.; PAGLIARO A., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Annali Enc. Dir.*, Milano, 2007, pp. 152 - 172.

conoscenze possedute dall'agente concreto¹⁰⁵.

Ebbene, giova ricordare in questa sede almeno tre ordini di argomenti che militano contro la tesi ora esposta, che si aggiungono, invero, all'artificiosità di fondo di una valutazione prognostica svolta a reato già avvenuto¹⁰⁶, la quale può portare a considerare, indebitamente, fattispecie d'evento alla stregua di ipotesi criminose di pericolo.

Sul piano sistematico, si giunge a sanzionare penalmente il tentativo di partecipazione, in irresolubile contrasto con la riconosciuta irrilevanza penale dello stesso, di cui si è in precedenza detto¹⁰⁷. Anche se, al riguardo, si deve osservare che l'atteggiamento dell'aspirante partecipe può essere (e sovente nelle pronunce viene) valorizzato come concorso morale, purché ne sussistano le condizioni e in particolare la già menzionata efficacia eziologica, intesa come determinazione o rinvigorismento dell'altrui proposito criminoso.

Inoltre, sul piano logico, la natura prognostica della valutazione può generare effetti paradossali e incoerenti rispetto a un ordinamento volto a sanzionare il fatto come effettivamente verificatosi, poiché potrebbe annettere rilievo a decorsi causali solo ipotetici, negandolo al contempo (e per converso) a quelli che nella realtà hanno prodotto il reato¹⁰⁸. Per es. non potrebbe punirsi l'autista del veicolo

¹⁰⁵ V. ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, cit., pp. 416 e ss., 428.

In giurisprudenza, possono richiamarsi Cass. Pen.: Sez. VI, 20 dicembre 1989, n. 5449, in C.E.D. Cass., Rv. 184044; Sez. I, 24 novembre 1984, n. 4194, in C.E.D. Cass., Rv. 168987.

¹⁰⁶ Come nota perspicuamente PEDRAZZI C., *Il concorso di persone*, cit., p. 79, «la verità è che, di fronte a un risultato concreto, il pronostico puro, che asserisce una possibilità ipotetica, non ha senso (...) ha senso quando si prescinda dagli sviluppi reali e si indagli la pericolosità dell'azione, la sua attitudine a generare sviluppi di un certo genere: cioè in sede di tentativo».

¹⁰⁷ Oltre alla dottrina citata *infra*, Cap. I.4.3.1., si vedano: STORTONI L., *Agevolazione*, cit., pp. 99 e ss.; DONINI M., *La partecipazione al reato*, cit., p. 232; INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 459; ALESSANDRI A., *sub art. 27 comma 1°*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca G. - Pizzorusso A., Bologna, 1991, 1-161, p. 38; GUERRINI R., *Il contributo concorsuale di minima importanza*, cit., pp. 69 e ss.; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 509; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 986; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110*, cit., p. 180; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 401; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 508.

¹⁰⁸ Cfr. STORTONI L., *Agevolazione*, cit., p. 101.

utilizzato dal rapinatore per raggiungere il luogo del delitto e poi darsi alla fuga, laddove questi abbia capacità normali o comunque tali da poter essere sostituito da altro complice, in quanto il suo apporto *ex ante* non appare idoneo a rendere più probabile il reato. E ciò nonostante, particolare (eufemisticamente) non trascurabile, abbia effettivamente guidato il veicolo utilizzato dai malviventi per dileguarsi.

Infine, sul piano del diritto positivo, non è dato ravvisare alcun fondamento normativo della teoria dell'aumento del rischio¹⁰⁹.

Una recente, raffinata, impostazione dottrinale propone quale criterio di rilevanza del contributo concorsuale la relazione di strumentalità rispetto alla consumazione del reato, in quanto la causalità sarebbe parametro inidoneo in assenza di percorsi "eziologici" in senso proprio, inconcepibili tra condotte umane, le cui interrelazioni andrebbero indagate ridescrivendole alla stregua di un paradigma nomologico, nel loro dipanarsi in direzione di un evento¹¹⁰.

Pertanto, l'analisi andrebbe impostata «*non secondo le categorie della causa e*

¹⁰⁹ V. VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., p. 1388; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 289; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 524; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 179.

¹¹⁰ V. DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., pp. 3913 e ss. ID., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 328 e ss.; in particolare, p. 335: «*se è pur vero che la vicenda concorsuale può essere ricondotta ad un'autonoma 'fattispecie', ad un vero e proprio 'modello' alternativo rispetto al reato monosoggettivo, non è men vero, tuttavia, che un simile modello risulta necessariamente debitore della concretezza, della 'fattualità' storica dell'accadimento cui il concorso si riferisce. La fattispecie 'nasce', si configura nella dinamica concreta con cui i contributi vengono a manifestarsi: essa si sviluppa, in altri termini, attraverso il comporsi e l'intersecarsi tra loro delle condotte che abbiano di fatto esplicato (...) un ruolo ed una funzione strumentalmente connessi alla perpetuazione dell'illecito. Ne deriva, in ultima analisi, che la 'tipicità' del contributo non potrà rappresentare un dato ancora da accertare e da verificare attraverso un'ulteriore indagine ispirata alla ricerca della sua efficienza 'causale'; la rilevanza del contributo di partecipazione dovrà essere, al contrario, desunta dal modo stesso con il quale un simile contributo è venuto ad inserirsi nell'ordito complessivo della vicenda delittuosa, alla stregua dell'unico parametro di valutazione effettivamente disponibile, rappresentato appunto dal suo carattere obiettivamente 'strumentale' rispetto allo svolgersi e al dipanarsi della condotta confluita nella fase esecutiva dell'illecito realizzato in concorso*». In senso analogo anche PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 986 – 987.

dell'effetto, bensì secondo quelle del mezzo e dello scopo, e per concludersi in termini positivi deve accertare che le condotte siano correlate teleologicamente in una dimensioni unitaria»¹¹¹.

In tale ottica, potrebbe essere recuperato il criterio della signoria sul fatto, elaborato dalla dottrina tedesca nel contesto dell'autorità mediata, in una chiave euristica di stampo prettamente obiettivo, cioè di strumentalità rispetto alla condotta dell'autore¹¹²; un apporto surrogabile, pur rilevante a fini concorsuali, potrebbe pertanto costituire indice di diversa gravità in sede sanzionatoria¹¹³.

Una simile impostazione, si è notato, include tutti i criteri prospettati dalle diverse tesi sinora considerate, giacché strumentale alla commissione del reato è sia il contributo causale che quello agevolatore, come pure quello idoneo *ex ante*¹¹⁴.

Per la verità, gli argomenti addotti per suffragare la critica che l'impostazione in commento muove alla tesi condizionalistica appaiono opinabili e tutt'altro che insuperabili.

In primo luogo, infatti, non vale addurre che non sarebbe dato comprendere se il secondo termine della relazione eziologica sia l'evento o la fattispecie di reato, posto che, come chiarito in precedenza, il riferimento è al fatto tipico, secondo le peculiari connotazioni di tempo, luogo e offesa in concreto esplicatesi.

Lo stesso dicasi per le ipotesi di esecuzione frazionata, laddove secondo la tesi in disamina la strumentalità sarebbe corrispettiva, ma affermare che non sarebbe possibile determinare chi cagioni cosa è porre la questione in modo errato: tutti i concorrenti cagionano tutto il reato¹¹⁵. Per meglio dire, i singoli contributi parziali confluiscono nell'alveo del reato in forma plurisoggettiva, conferendo apporti

¹¹¹ V. PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.; in realtà, l'Autore dubita dell'ammissibilità stessa della categoria della causalità psichica.

¹¹² V. PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.

¹¹³ V. DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 328 e ss.

¹¹⁴ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 987. In realtà, il contributo idoneo *ex ante* sembra muoversi su un piano di accertamento opposto, cioè prognostico e avulso dal caso concreto.

¹¹⁵ Peraltro la strumentalità corrispettiva evoca l'accessorietà reciproca già ravvisata dal PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., p. 90, e, a ben vedere, pare incongruo anche rispetto al presupposto fondante la tesi in commento, vale a dire la funzionalità rispetto alla fattispecie plurisoggettiva eventuale. In altre parole, la proiezione dei contributi dovrà sempre essere rivolta al reato realizzato in concorso, non già all'altrui apporto.

differenti e atipici, unificati però proprio dall'efficacia eziologica rispetto al prodursi del fatto concreto corrispondente, nel suo complesso, al modello tipico.

Ancora, anche ad ammettere che la causalità psichica e quella materiale non troverebbero copertura in leggi scientifiche qualora cerchino di chiarire le interazioni tra condotte umane volontarie e si risolverebbero, pertanto, in causalità "storiche", che presuppongono le spiegazioni e non le forniscono¹¹⁶, costituisce risultato da tempo acquisito in giurisprudenza la possibilità di utilizzare quali leggi di copertura per il giudizio controfattuale anche massime di esperienza o di senso comune.

Pertanto, il nesso eziologico può ritenersi comunque attendibile secondo criteri di elevata credibilità razionale, in quanto fondato sulla verifica, anche empirica, ma scientificamente condotta, di tutti gli elementi di giudizio disponibili, criticamente esaminati¹¹⁷.

Peraltro, la tesi ora esposta nella sua più recente riformulazione appare

¹¹⁶ V. PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss. «La causalità "psichica" è in realtà figlia di una psicologia indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno, e che sopravvive soltanto nelle pagine di qualche manuale penalistico o di qualche sentenza proclive a motivare ricorrendo a *tópoi* concettuali frusti e bislacchi»; DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., pp. 3913 e ss., che segnala il rischio di un giudizio ipotetico e 'congetturale', come tale destinato a risolversi in una 'presunzione' di condizionamento dell'altrui volontà.

¹¹⁷ V. Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 5, pp. 585 e ss., con nota di MOROSINI P., *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*. Per quanto qui rileva, il Supremo Consesso affermò il seguente principio di diritto: «all'esito della verifica probatoria "ex post" della loro efficacia causale risulti accertato, sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità, che gli impegni assunti dal politico abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sé ed a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali».

Ammettono il riferimento a massime di esperienza nell'accertamento della causalità psichica, richiedendone però l'esplicitazione in sede di motivazione, 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.*, 2010, 2, pp. 494 e ss., soprattutto per le citazioni sub nota 79; INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 2-3, pp. 563 e ss.

Vi è poi la copiosissima giurisprudenza in tema di responsabilità omissiva per reati a evento lesivo (omicidio o lesioni), che appare in ogni caso calzante quanto alla modalità di accertamento del nesso causale. Da ultimo, v. Cass. Pen., Sez. IV, 5 aprile 2013, n. 29889, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 257073.

approssimarsi assai alle conclusioni sostenute in questo scritto, laddove teorizza una verifica essenzialmente *ex post* della strumentalità, nel senso che andrebbe appurato se dell'apporto del concorrente ci si sia in effetti 'serviti' per la commissione del reato, considerando la figura plurisoggettiva nel suo insieme, in modo da poterne cogliere le dinamiche interne e valorizzare il legame tra i comportamenti che la costituiscono¹¹⁸.

E ciò, si noti, anche in relazione al concorso cd. morale, che richiederebbe che l'«impatto» iniziale del messaggio si concretizzi *«in una manifestazione esteriore, la quale mostri una qualche utilizzazione dei dati che accompagnavano quella comunicazione»*¹¹⁹.

Ebbene, a parere di chi scrive siffatta verifica non potrà che essere condotta alla stregua del giudizio controfattuale che costituisce lo statuto logico dell'analisi causale¹²⁰: ci si è serviti del contributo se questo ha esplicato una qualche efficacia sull'epifania plurisoggettiva del reato, di modo che eliminandolo mentalmente lo stesso muti nelle sue coordinate spazio cronologiche o perda o veda diminuire la propria carica offensiva.

Ricca di suggestioni appare, poi, una recente impostazione che pone al centro dell'attenzione il metodo ermeneutico circolare¹²¹, seguito dal giudicante nella ricerca della necessaria coerenza tra il disvalore dell'azione – il *quomodo* del reato – e il disvalore dell'evento – il *quantum* dell'illecito penale, *«l'incidenza del comportamento sulla realtà, la sua effettività, il suo significato distillato attraverso le modalità lesive tipizzate dal legislatore (...) il fatto nella sua fatticità»*¹²².

Per tale ragione, l'interprete dovrebbe *«rintracciare nel fatto nell'evento le orme*

¹¹⁸ Scrive DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., pp. 3913 e ss.: «nei rapporti tra condotte umane - e non già tra una condotta e un puro evento naturalistico - il tratto saliente sarebbe invero quello della 'scelta' di 'utilizzare' il contributo (ad es., quello consistente nel fornire mezzi, informazioni, aiuti di vario tipo) di altri soggetti, finalizzandolo alla commissione del fatto delittuoso (o comunque, in caso di condotta colposa, rendendolo concretamente operativo grazie al compimento di quest'ultima)».

¹¹⁹ V. DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., pp. 3913 e ss.

¹²⁰ In questi termini, Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2014, punto 9.1. della motivazione in diritto.

¹²¹ A spirale, direbbe HASSEMER W., *Fattispecie e tipo* (1968), traduzione italiana di CARLIZZI G., Napoli, 2007, pp. 172 e ss.

¹²² V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 91 – 94.

dell'azione (...) *sintonizzare i singoli minuti aspetti dell'effetto con le rispettive caratteristiche della condotta*», il che consentirebbe di eliminare dal fatto oggetto di osservazione gli elementi normativamente indifferenti o anche rilevanti per l'astratta previsione legale, ma non nel caso concreto¹²³.

Ciò avverrebbe secondo un procedimento progressivo: trovata una corrispondenza in quanto ha preceduto l'evento, si procederebbe nella descrizione dello stesso, muovendosi tra i tre poli dell'azione, dell'evento e del tipo legale, attraverso la *«precomprensione di senso di cui ogni giurista, in quanto appartenente alla tradizione del testo, è latore»*¹²⁴.

A parere di chi scrive, tuttavia, questa elegante elaborazione è al più valorizzabile quale criterio integrativo di ascrizione dell'evento/reato plurisoggettivo; si intende dire che il richiamo al fatto tipico e al procedimento circolare di interpretazione consente di addivenire a una spiegazione causale depurata dai fattori normativamente irrilevanti.

Tuttavia, è su una base empirica che va selezionato ciò che, pur effettivamente verificatosi e rientrando nel tipo legale, non ha prodotto il fenomeno oggetto di osservazione (nel nostro caso, il reato in forma plurisoggettiva); in ciò, dunque, l'interprete doverosamente va alla ricerca di un sapere scientifico o esperienziale di cui non è scopritore ma fruitore, che consenta la spiegazione, razionalmente giustificabile, di quanto avvenuto.

Detto altrimenti, l'ermeneutica circolare proietta la luce tagliente del fatto tipico su quello concreto e, in tal modo, lascia nell'ombra i decorsi causali ipotetici e le condizioni irrilevanti per l'ordinamento (compendiate nella sempre ondivaga clausola del *coeteris paribus*); al contempo, più nitida diviene la relazione che avvince condotta ed evento/reato concorsuale.

In tal senso si può dire che la tipicità della fattispecie plurisoggettiva eventuale

¹²³ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 91 – 92, nonché sub nota 132.

¹²⁴ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., p. 93, che richiama apertamente GADAMER H.G., *Verità e metodo* (1960), traduzione italiana di Vattimo G., Milano, 2004, nonché (e soprattutto) HEIDEGGER M., *Essere e tempo*, traduzione italiana di CHIODI P., Milano 2003.

deriva da quella monosoggettiva e valorizzare in chiave diagnostica i requisiti dell'idoneità e dell'univocità posti dall'articolo 56 del codice penale (là, in ottica prognostica), nel senso che «*nel reato in concorso il disvalore di evento risulterà dalla complessiva direzione e proporzione di più azioni [od omissioni] fra loro coordinate*»¹²⁵.

Nella foresta degli antecedenti causali, dunque, la ricerca del sentiero eziologico che conduce agli autori del reato plurisoggettivo è indirizzata dalle orme di tipicità, che consentono di scegliere tra gli innumerevoli percorsi che si dipanano, a ritroso, dall'evento¹²⁶.

Non a caso, l'articolo 116 del codice penale si cura di disciplinare appositamente le ipotesi di divergenza tra il voluto e realizzato; nella normalità dei casi, invero, le condotte dei concorrenti convergono reciprocamente in modo coordinato¹²⁷.

4.3.1. La partecipazione morale

Veniamo ora al concorso cd. morale che, giacché consiste in un impulso psicologico a un fatto materialmente commesso da altri, assume una dimensione tendenzialmente atipica¹²⁸, il che rende l'efficacia causale «*l'unico possibile criterio di tipizzazione*»¹²⁹ anche per tale forma di partecipazione, sia che essa si estrinsechi in

¹²⁵ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 108 – 112, muovendo dal presupposto che la disposizione di cui all'articolo 56 del codice penale implementi la norma reale di ogni delitto consumato doloso.

In termini simili DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., pp. 3913 e ss., che, con riferimento a situazioni in cui il contributo non sia in diretta correlazione con la commissione del fatto (ad esempio, nel caso elementare del 'rapporto a due' tra il fornitore dell'arma e chi l'abbia usata per commettere una rapina od un omicidio) sottolinea come se ne dovrebbero poter riscontrare «*in termini del tutto coincidenti con la sua fisionomia, le 'tracce' materiali nelle dinamiche propriamente realizzative dell'illecito*».

¹²⁶ Cfr. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 62 -64.

¹²⁷ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., p. 111.

¹²⁸ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, cit., § 4 e 6; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 450, che afferma che concorrente morale è chi partecipa al reato utilizzando quale "mezzo" «*il partecipe che pone in essere l'aspetto materiale della condotta illecita, e su di esso ha influito*».

¹²⁹ V. STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II^a ed., Milano, 2000, pp. 102 e ss.; DONINI M., *La partecipazione al reato*, cit., pp. 221 e ss. ; ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, Vol. I, pp. 891 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 180.

un'istigazione, in un vero e proprio accordo o, ancora, in un consiglio di ordine tecnico; *species*, queste, che verranno ora considerate partitamente.

Ebbene, va innanzitutto chiarito che il concetto di istigazione include sia il rafforzare l'altrui proposito criminoso già autonomamente sorto che il determinare a commettere un reato taluno che, prima, non fosse a ciò intenzionato, o anche nell'indurre ad apportare varianti al proposito preesistente, quale che sia la modalità con cui in concreto avvenga¹³⁰ (ordine, mandato, consiglio, o anche simulata dissuasione, presenza fisica sul luogo del fatto¹³¹, autorizzazione, approvazione).

Non può, dunque, condividersi l'opinione di chi colloca l'apporto morale indefettibilmente nella fase ideativa e preparatoria alla commissione del reato, perché ad esempio il rafforzamento o la modifica delle modalità operative possono intervenire nel corso dell'esecuzione del crimine¹³².

Occorre, tuttavia, che la condotta in questione, per essere penalmente rilevante, sia circoscritta tanto quanto all'oggetto dell'istigazione che in relazione ai destinatari: da un lato, infatti, il reato dovrà essere determinato almeno nei suoi tratti basilari, anche solo in via alternativa (per esempio furto o rapina); dall'altro, il novero degli istigati deve essere sufficientemente ristretto o comunque

Tantomeno occorre che il concorrente sia fisicamente presente sul luogo del reato; v. MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., p. 179.

Con specifico riferimento alla causalità psichica, v. SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, pp. 1125 e ss.; RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. Pen.*, 2004, pp. 815 e ss.; RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, *passim*.

Evidenziano la necessità di verificare l'efficacia eziologica dell'apporto morale, da non confondersi con l'indifferenza probatoria delle forme concrete in cui lo stesso si manifesta, tra le altre, Cass. Pen.: Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 10730, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242849; Sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 239196.

¹³⁰ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, cit., § 2: «tra istigazione e determinazione non sussistono differenze di struttura, ma l'uso dei due termini risponde probabilmente ad intenti di proprietà linguistica (nel concetto di determinazione appare accentuata la connotazione causale) nonché a ragioni di sedimentazione dei concetti propri del codice Zanardelli» e § 4, in particolare laddove l'Autore ritiene che persino il silenzio possa integrare concorso, evidenziando peraltro che sarebbe erroneo qualificare un simile ritegno come condotta omissiva.

¹³¹ La giurisprudenza in tema di presenza fisica sul luogo del fatto è copiosa. Da ultimo, v. Cass. Pen., Sez. I, 11 ottobre 2000, n. 12089, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 217347.

¹³² Come si è già visto, LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., pp. 568 e ss.

agevolmente delimitabile¹³³.

Come si è notato, l'efficacia eziologica del contributo morale si articola in un duplice passaggio, giacché deve produrre un evento psicologico intermedio in capo al soggetto passivo dell'istigazione, ovvero sia l'insorgere del proposito criminoso o, nel caso di rafforzamento, l'accoglimento di tutti o di alcuni dei suggerimenti proposti; a questo, dovrà seguire la commissione del reato da parte dell'istigato¹³⁴.

Nulla quaestio laddove il fatto realizzato coincida con quello istigato, quantomeno nelle linee fondamentali; la già segnalata irrilevanza dei decorsi causali ipotetici esclude, infatti, che sia necessario appurare quale condotta i correi abbiano in effetti tenuto¹³⁵ (anche se complicherà non poco l'accertamento probatorio, prima, e il percorso motivazionale, poi, in mancanza di riscontri diretti).

Diversamente, se ne sussistano i presupposti, troverà applicazione l'articolo 116 del codice penale, in particolare laddove la divergenza attenga al solo oggetto materiale del reato (per esempio qualora l'esecutore asporti un quadro diverso da quello di cui il mandante gli aveva commissionato il furto)¹³⁶.

¹³³ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, cit., p. 988; MORMANDO V., *L'istigazione: i problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, pp. 26 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 181 - 182, per i quali condivisibilmente non rileva ai fini del concorso nel reato «l'esortazione a guadagnarsi da vivere commettendo dei reati».

Si scontra invece con la lettera dell'articolo 115 codice penale la tesi per cui rileverebbe solo la condotta che consolidi l'altrui autonoma scelta di commettere un crimine, sostenuta tra gli altri da FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 509.

¹³⁴ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, cit., § 7; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 182 - 183; MARTUFI A., *L'istigazione inefficace tra irrilevanza penale e pericolosità sociale*, cit., p. 10.

¹³⁵ V. VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., pp. 1401 e ss.; TONINI P., *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, cit., p. 1594; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 181.

¹³⁶ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, cit., § 3; SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria*, cit., pp. 1127 e ss., 1132 - 1134: «l'istigatore, delegando ad altri l'esecuzione del fatto, non può poi ricusarne ogni esito non perfettamente coincidente con la sua volontà»; INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 485; PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 401; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., che espone l'esempio citato nel testo, p. 183.

Anche CAMAIONI S., *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato»*, cit., pp. 1069 e ss., per il quale il legame causale tra istigatore ed esecutore materiale è spezzato laddove

Quanto al rafforzamento dell'altrui intento criminoso, la rigorosa applicazione del criterio eziologico impone che rilevino soltanto gli impulsi che hanno portato a superare le perplessità nutrite dal soggetto a eseguire un crimine che, senza il sostegno dell'istigatore, non si sarebbe manifestato all'esterno o sarebbe stato attuato con modalità differenti¹³⁷ (di tempo, luogo od offesa), o anche con dolo meno intenso o colpa meno grave¹³⁸.

Il che non può essere rispetto al cd. *omnimodo facturur*, ovvero colui che abbia già deciso di commettere comunque il reato (figura pressoché soltanto teorica, per le connaturate difficoltà probatorie poste da tempo in luce dalla dottrina)¹³⁹.

Ugualmente irrilevanti saranno la mera presenza sul luogo di consumazione del fatto oppure le semplici manifestazioni di solidarietà o adesione, salvo che queste non incidano sulle circostanze del reato nei termini già ripetutamente esposti¹⁴⁰.

Con maggiore impegno esplicativo, si intende negare che anche in questo ristretto ambito possa trovare cittadinanza la tesi della causalità agevolatrice, poiché non rileva ogni forma di aiuto psicologico all'altrui condotta preparatoria o esecutiva, ma solo quello che abbia fornito uno stimolo all'esecutore, anche sotto

quest'ultimo non segua le prescrizioni dal primo ritenute essenziali e vincolanti quanto alla condotta o all'oggetto materiale. La tesi non appare condivisibile, in quanto ciò che rileva sono le modalità di condotta o oggetto valutate come essenziali in via generale dal legislatore e da questi riversate nel fatto tipico quali elementi costitutivi; al più, la difformità nel caso concreto potrebbe inficiare il dolo, ma è per l'appunto sotto tale profilo che opera l'articolo 116 del codice penale, sancendo una responsabilità colposa su base dolosa.

Il caso citato a titolo esemplificativo è oggetto di Cass. Pen., Sez. II, 31 ottobre 1980, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p. 1121.

¹³⁷ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 184 - 185, che porta l'esempio dell'esecutore indotto dall'istigatore a protrarre la condotta di lesioni in modo da cagionare danni più gravi all'incolumità fisica. Come già detto, anche DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., pp. 3913 e ss., richiede che il contenuto dell'istigazione si rifletta sulle concrete modalità del fatto posto in essere dall'esecutore.

¹³⁸ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, § 7.

¹³⁹ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 185.

¹⁴⁰ V. FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 510 - 511; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., p. 185.

forma di maggiore sicurezza¹⁴¹.

Tanto meno potrà farsi luogo a un giudizio prognostico circa l' idoneità a consolidare l'altrui decisione, proprio della dottrina dell'aumento del rischio, il cui successo in giurisprudenza¹⁴² si spiega probabilmente con la notevole semplificazione che la stessa comporta sul piano probatorio.

La doppia efficacia eziologica della condotta trova corrispondenza nell'elemento soggettivo, che deve coprire tanto l'evento psicologico intermedio quanto il successivo fatto di reato, tratteggiato quantomeno nelle sue linee fondanti; quest'ultimo, come si vedrà, è dai più ritenuto imputabile anche a titolo di dolo eventuale¹⁴³.

Detto altrimenti, a un doppio evento corrisponde un altrettanto doppio dolo (cd. "*Doppelvorsatz*"); perciò, non è punibile l'istigatore che per errore sul fatto ritenga di incitare taluno a tenere una condotta penalmente lecita¹⁴⁴.

Seconda tipologia di concorso morale è l'accordo criminoso; con esso, i compartecipi manifestano la propria convergente e libera volontà di collaborare e

¹⁴¹ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, cit., pp. 992 e ss.; VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., pp. 1404 e ss.; SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria*, cit., pp. 1123 e ss.; RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 228; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 525.

Per la giurisprudenza sul punto, v. nota 56. Cass. Pen., Sez. VI, 17 ottobre 2002, n. 6250, in C.E.D. Cass., Rv. 225926, ha applicato con estremo rigore il principio, escludendo la responsabilità per chi, su diretta richiesta del destinatario di pretese estorsive interessato a trattare una dilazione dei pagamenti impostigli da una organizzazione criminale, si limitò ad accompagnare presso la vittima un esponente di detta organizzazione, assistendo in silenzio al conseguente colloquio.

¹⁴² V. PEDRAZZI C., *Il concorso*, cit., p. 28; ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, cit., pp. 416 e ss., 428; RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, cit., pp. 815 ss.. Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 6 novembre 1991, n. 467, in C.E.D. Cass., Rv. 188929

¹⁴³ Per GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 99 non sussistono ostacoli a ritenere applicabili anche all'istigatore i principi generali in tema di dolo; per SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria*, cit., pp. 1123, invece, la peculiare natura della condotta istigatoria postula un dolo necessariamente ampio.

MARTUFI A., *L'istigazione inefficace*, cit., p. 4, specifica che, nella diversa ipotesi di istigazione rimasta inefficace «l'accadimento che il soggetto si rappresenta come conseguenza puramente eventuale della propria condotta non è costituito dalla commissione del reato istigato, ma dal rafforzamento della determinazione criminosa del potenziale esecutore», che costituirebbe altresì il referente concettuale dell' idoneità della condotta incitatrice (*ibidem*, pp. 13 – 14).

¹⁴⁴ V. COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., pp. 296 – 297; MARTUFI A., *"Istigazione inefficace"*, cit., p. 4.

stipulano un patto circa l'apporto che ciascuno fornirà alla commissione del reato. L'ipotesi in commento, come si è notato, differisce da quella istigatoria, che invece si caratterizzerebbe per il condizionamento dell'altrui volontà in vista della commissione del delitto programmato, su un piano, per così dire, non paritario¹⁴⁵.

Si noti poi che, argomentando *a contrario* dall'articolo 115 del codice penale, qualora al *pactum sceleris* segua la commissione del reato concordato, la punibilità dei paciscenti non dipende dall'effettiva partecipazione alla realizzazione dello stesso; la disposizione normativa in commento, cioè, non richiede identità tra ideatori ed esecutori del crimine¹⁴⁶.

Ibrido tra l'accordo criminoso e l'istigazione è la promessa di collaborazione in un momento successivo al perfezionamento del reato, tale da non generare quell'incontro di volontà in cui consiste il *pactum sceleris*. A parere di chi scrive si tratta di distinzione prettamente nominalistica, poiché in ogni caso una simile condotta integrerà un concorso morale di tipo istigatorio/rafforzativo, laddove sussistano le condizioni già esposte, oppure si collocherà nell'area del quasi-reato, restando un'istigazione non accolta¹⁴⁷.

Da ultimo, il consiglio di ordine tecnico consisterebbe «nel fornire all'esecutore del reato delle notizie necessarie per la sua realizzazione, oppure nel suggerire delle varianti all'esecuzione del piano criminoso», che (ovviamente) risultino decisive sotto il profilo causale quanto all'*an*, al *quomodo* o all'*iniuria* prodotta dal reato. Per esempio, si pensi alla domestica che indichi la combinazione della cassaforte che si trovi nell'appartamento ove ella presta la sua opera a chi le abbia manifestato l'intenzione di svaligiarlo¹⁴⁸.

¹⁴⁵ V. VIGNALE L., *Ai confini della tipicità*, cit., p. 1402; TONINI P., *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, cit., p. 1603; MARTUFI A., *L'istigazione inefficace*, cit., p. 16.

¹⁴⁶ Cfr. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., pp. 1401 e ss.

¹⁴⁷ Nello stesso senso NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 973, nonché, in giurisprudenza, Cass. Pen.: Sez. I, 13 gennaio 1998, n. 4503, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 210410; Sez. I, 3 novembre 1993, n. 4607, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 196772.

¹⁴⁸ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110 codice penale*, cit., p. 186; con precipuo riferimento alla criminalità economica, PERINI A., *Osservazioni sul consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell'estraneo nei reati propri: tra nuovi modelli penalistici ed incerti orientamenti giurisprudenziali*, in

Per la verità, l'ipotesi in questione pare una mera specificazione dell'istigazione, estrinsecatasi in una forma, per così dire, 'qualificata' dal carattere riservato delle informazioni fornite, che, invero, dovrebbero nella maggior parte dei casi essere altresì munite di una maggiore efficacia eziologica (per riprendere il caso precedente, sapere della presenza di una cassaforte e conoscerne la combinazione consente al ladro di asportarne il contenuto e in minor tempo), che, laddove in concreto esplicita, fonderà la responsabilità dell'autore ai sensi dell'articolo 110 del codice penale¹⁴⁹.

4.3.2. Cenni sul concorso per omissione: nel reato omissivo e in quello commissivo

Quanto sinora scritto vale con riferimento al concorso mediante azione.

In relazione al concorso per omissione occorre, invece, innanzitutto distinguere a seconda della natura, omissiva o commissiva, del reato cui il contributo acceda.

Nel primo caso, infatti, se l'obbligo giuridico di attivarsi grava su tutti i soggetti concorrenti, ognuno sarà chiamato a rispondere per la propria inerzia antidoverosa, sempre che sussista il dolo di concorso in capo almeno ad uno di essi¹⁵⁰; ne consegue che le disposizioni di cui agli articoli 110 e seguenti del codice penale esplicheranno soltanto una funzione di disciplina.

Qualora, invece, almeno uno dei compartecipi non sia destinatario di un obbligo giuridico di agire e rechi un apporto attivo all'altrui reato omissivo, le disposizioni in materia di concorso di persone valgono ad estendere l'incriminazione al suo contributo atipico.

In relazione, poi, al concorso mediante omissione in fattispecie criminoso

http://www.onorarimilano.it/documentazione/D_737.pdf, *passim*, che a p. 5 condivisibilmente segnala come, se il consulente esegue un segmento della condotta, si fuoriesce dal concorso morale per entrare nell'ambito applicativo, se del caso, di quello materiale.

¹⁴⁹ *Contra*, PERINI A., *Osservazioni sul consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell'estraneo nei reati propri*, cit., in particolare pp. 23 – 25.

¹⁵⁰ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 581 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 545 e ss.; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 992.

commissive realizzate da altri, il referente normativo principale è l'articolo 40 comma 2° del codice penale, che come noto sancisce l'equivalenza sotto il profilo eziologico tra l'attiva causazione di «*un evento*» e l'omesso impedimento dello stesso da parte di chi sia gravato da un obbligo giuridico in tal senso.

Il primo nodo da sciogliere è, dunque, comprendere se l'evento di cui si discorre possa essere integrato da un fatto di reato commesso da altri; ciò si evince da altre due disposizioni di diritto positivo, lette in una prospettiva sistematica.

Si tratta, da un lato, dell'articolo 57 del codice penale, che sancisce la punibilità del direttore e del vice-direttore responsabile di pubblicazioni periodiche per omesso controllo sul contenuto degli articoli di stampa «*fuori dai casi di concorso*». Giacché la clausola di esclusione in commento può valere soltanto per ipotesi analoghe a quella espressamente disciplinata, inequivocabilmente strutturata quale compartecipazione per omissione nel reato altrui, quest'ultima deve reputarsi contemplata dal legislatore¹⁵¹.

Ancora più chiaro, dall'altro, risulta il disposto dell'articolo 138 del codice penale militare in tempo di pace, che punisce l'«*Omesso impedimento di reati militari*» contro la fedeltà o la difesa militare, di rivolta o di ammutinamento commessi in presenza del milite, precisando espressamente che resta «*ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale*». Un'ulteriore clausola di riserva, dunque, basata al pari di quella in precedenza richiamata sul presupposto della configurabilità del concorso omissivo nel reato altrui¹⁵².

In conclusione, è di certo possibile ascrivere a taluno il non aver impedito che altri commettesse un reato – di qualunque tipo¹⁵³ – a titolo di concorso mediante

¹⁵¹ V. BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1997, 4, p. 1346. Contra, RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 394.

¹⁵² V. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 140; BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 1342 ; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 362; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110, cit., pp. 187 – 188.

Contra, RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, cit., p. 1220 ; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 392.

¹⁵³ V. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 141 ; BISORI L., *L'omesso*

omissione (approdo cui, peraltro, sono da tempo giunte la maggioranza schiacciante della dottrina e univoca giurisprudenza) a condizione, secondo i principi generali della materia, che sia possibile individuare una specifica posizione di garanzia in capo a costui¹⁵⁴.

Infatti, da un punto di vista di politica criminale, anche reati di mera condotta possono generare esigenze di tutela tali da giustificare l'incriminazione di chi ometta di impedirli e, da un punto di vista sistematico, il già citato articolo 138 del codice penale militare in tempo di pace richiama anche reati privi di evento in senso naturalistico, rispetto ai quali, dunque, deve essere possibile la partecipazione in via omissiva¹⁵⁵.

Il secondo nodo da sciogliere, proseguendo nella metafora, attiene all'esatta individuazione dell'obbligo giuridico di attivarsi ed è sotto tale profilo che va operata una scrupolosa selezione, allo scopo di evitare indebite estensioni dell'ambito del penalmente rilevante¹⁵⁶.

impedimento del reato altrui, cit., p. 1343; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 409; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110 codice penale*, cit., p. 191.

Contra, RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, cit., pp. 1218, 1235 e ss.; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pp. 179 e ss., che limita l'equiparazione normativa tra il cagionare e il non impedire alle sole fattispecie causalmente orientate, sia che si manifestino nella dimensione monosoggettiva sia che si concretizzino in forma plurisoggettiva.

¹⁵⁴ V. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 139 e ss.; BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1340 e ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 361; PAGLIARO A., *Principi*, cit., p. 563; ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Parte generale*, cit., p. 565; PULITANÓ D., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 474; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 291; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 629 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 526; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 988 - 989; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110 codice penale*, cit., p. 187; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 409; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 576.

Contra, INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 459.

¹⁵⁵ V. BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 1344; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110 codice penale*, cit., p. 191.

¹⁵⁶ V. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 252 e ss.; BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1366 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110 codice penale*, cit., pp. 188, 192.

Non tutti sono, infatti, tenuti ad impedire la commissione di reati, come si evince in generale dal fatto che l'articolo 52 del codice penale contempla il soccorso difensivo quale facoltà (e non già quale dovere) e che eccezionali sono le disposizioni che richiedono al privato cittadino di collaborare con gli organi di Polizia (si ponga mente, a titolo meramente esemplificativo, agli articoli 364 e 709 del codice penale)¹⁵⁷.

A tale scopo, parte della dottrina ha enucleato un *tertium genus* di posizioni di garanzia, rilevanti solo in sede concorsuale, che andrebbe ad aggiungersi a quelle per così dire 'classiche' di protezione e di controllo, per l'appunto calibrato sul dovere di evitare che altri commetta crimini.

Più precisamente, si tratterebbe di situazioni normalmente ricondotte nell'alveo delle posizioni di controllo, dalle quali si distinguerebbero perché connotate non già da un potere di fatto su una fonte di pericolo per i terzi, ma da un potere giuridico di impedire la commissione di reati¹⁵⁸, che pertanto ne costituirebbe al contempo il fondamento e il limite.

In mancanza di un simile potere inibitorio, invece, sarebbe più corretto parlare di obblighi di sorveglianza, cui sarebbero connesse facoltà in grado soltanto di ostacolare (ma non di inibire) il compimento di azioni criminose da parte di terzi¹⁵⁹.

Altra dottrina, invece, reputa che l'inesistenza di «*effettivi poteri giuridici di interferenza rispetto alla condotta*» del terzo escluderebbe, in radice, la sussistenza di una posizione di garanzia e, con essa, precluderebbe di attivare il meccanismo di equivalenza normativa tra omissione e commissione contemplato dall'articolo 40

¹⁵⁷ V. GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 1239 – 1240. Si può notare, peraltro, che le fattispecie citate sono costruite per l'appunto secondo uno schema prettamente omissivo, proprio perché sottendono un obbligo di collaborazione.

¹⁵⁸ V. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 291 e ss., 327 e ss.; PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, p. 225; BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1362 e ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 122 e ss.; PULITANÓ D., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 249; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110 codice penale*, cit., p. 189.

¹⁵⁹ V. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 151 e ss.

capoverso del codice penale¹⁶⁰.

Al di fuori dell'ambito ora tracciato, si verterà in ipotesi di mera connivenza, irrilevante per il diritto penale, proprio per l'assenza di qualsivoglia dovere di attivarsi in senso impeditivo¹⁶¹.

§

5. La porzione soggettiva della partecipazione criminosa: il dolo di concorso

In questa sede appare superfluo affrontare le complesse questioni concernenti la cooperazione colposa, posto che, come si è anticipato, l'attenzione verrà rivolta alle sole fattispecie di bancarotta aventi, almeno in parte, natura dolosa.

Ebbene, poiché l'oggetto del dolo influisce anche sulla sua struttura, nell'ambito della manifestazione plurisoggettiva eventuale esso verterà sul fatto di reato come in concreto realizzatosi, calato nel divenire e storicamente circostanziato, quanto a tempo, luogo e offesa, alla luce delle considerazioni già esposte in punto di efficacia causale del contributo dei compartecipi¹⁶².

Infatti, oggetto del dolo è «*il fatto che costituisce reato*», secondo l'indicazione contenuta non già nella definizione di cui all'articolo 43 comma 1° del codice penale, ma nella disciplina che l'articolo 47 comma 1° del medesimo codice detta per il suo contrario, l'errore.

Proprio tale riferimento astratto impone di considerare i soli lineamenti del fatto storico da cui dipende la conformità al tipo; resta, tuttavia, centrale l'accadimento empirico, punto di partenza dell'analisi¹⁶³.

¹⁶⁰ V. BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 1372.

¹⁶¹ V. ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Parte generale*, cit., p. 565; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 409; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110 codice penale, cit., p. 188.

In giurisprudenza, si vedano: Cass. Pen.: Sez. I, 23 settembre 2013, n. 43273, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 256858 (in tema di porto abusivo di armi non impedito da pubblico ufficiale); Sez. I, 12 febbraio 1997, n. 4800, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 207581 (in tema di illegale detenzione di arma).

¹⁶² V. PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, 4, p. 1269.

¹⁶³ V. PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, cit., p. 1266; MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Padova, 2011, pp. 303 - 305; DE MURO G.P., *Sulla*

Con le parole delle Sezioni Unite, «l'elemento psicologico del reato è costituito, prima che da una componente volitiva, da una componente rappresentativa, che investe il fatto nel suo complesso, e dunque non solo gli effetti della condotta ma anche gli altri elementi della fattispecie»¹⁶⁴ significativi del disvalore del fatto tipico, alla stregua di quanto precisato dalla Consulta con la sentenza del 13 dicembre 1988, n. 1085¹⁶⁵.

Sotto diversa prospettiva, va ricordato che la dimensione plurisoggettiva esige che, oltre alla rappresentazione e volizione del fatto tipico, almeno uno dei concorrenti sia latore di un *quid pluris* sotto il profilo psicologico, il cd. dolo di concorso, consistente nella coscienza e volontà di collaborare con altri alla commissione del reato¹⁶⁶.

Proprio in virtù della componente soggettiva del concorso di persone divengono applicabili soltanto al singolo concorrente che ne sia latore le disposizioni dettate dagli articoli 110 e seguenti del codice penale, tanto in funzione incriminatrice che di disciplina¹⁶⁷.

Ciò si evince, tra l'altro, dagli articoli 116 e 117 del codice penale, che postulano il dolo di almeno uno dei partecipi al fine di estendere la responsabilità agli altri e consentono di affermare che, *a fortiori*, siffatto coefficiente soggettivo occorre per fondare il concorso¹⁶⁸.

Peculiare del momento rappresentativo del dolo concorsuale è, dunque, la

flessibilità concettuale del dolo eventuale, nota a Corte D'Assise di Torino 15 aprile 2011, in Riv. Trim. Dir. Pen. Cont., 2012, 1, p. 144.

¹⁶⁴ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit.; Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in Cass. Pen., 2010, con nota di DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit.

¹⁶⁵ V. Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1990, p. 298, con nota di VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, pp. 299 e ss.

¹⁶⁶ La *scientia maleficii*, di cui ai *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sul libro I del Progetto*, p. 165, cit.

Giurisprudenza consolidata: da ultimo, v. Cass. Pen.,

¹⁶⁷ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 530; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 551; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110 codice penale*, cit., p. 194.

¹⁶⁸ V. LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 217; PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 395 e ss.

proiezione circa l'efficacia condizionante del contributo apprestato, da valutarsi *ex ante* e con riferimento a un apporto intriso di atipicità. Soccorrerà, sul punto, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia di reati causalmente orientati, nell'ambito dei quali in modo analogo il nesso eziologico ha valenza tipizzatrice.

Il limite minimo della fattispecie plurisoggettiva eventuale sotto il profilo soggettivo è dunque segnato da quello che icasticamente è stato definito concorso unilaterale, nel senso che non vi è concorso di persone tra più soggetti che pongano in essere il medesimo reato, ma ciascuno all'insaputa l'uno dell'altro, mentre è sufficiente che almeno uno sia consapevole e voglia concorrere con l'altro¹⁶⁹.

Appare invero ormai consolidata l'opinione secondo la quale non occorre che i compartecipi siano addivenuti a un vero e proprio previo concerto, ben potendo l'accordo insorgere anche nel corso dell'esecuzione del fatto tipico¹⁷⁰; in ogni caso,

¹⁶⁹ Ritengono sufficiente l'unilaterale consapevolezza di cooperare con altri alla realizzazione del fatto tipico: PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 83; GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 95 e ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 292; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 513; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 529 – 530; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 994; MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 8 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110 codice penale, cit., p. 193; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 451.

Apparentemente, anche DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., pp. 3913 e ss., laddove afferma che «la partecipazione 'materiale' si proietta 'strumentalmente' sulla condotta del suo destinatario tramite il medium della 'decisione' di procedere sulla scia del percorso avviato da un altrui contributo».

Contra, ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Parte generale*, XVI^a ed., cit., p. 567.

In giurisprudenza, tra le altre, Cass. Pen.: Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 18745, in C.E.D. Cass., Rv. 255260 (in tema di concorso in estorsione continuata aggravata ai sensi dell'articolo 7 del D.L. 152 del 1992); Sez. I, 26 settembre 2012, n. 248, in Cass. Pen., 2013, pp. 4471 – 4473; Sez. V, 15 maggio 2009, n. 25894, in C.E.D. Cass., Rv. 243901 (in tema di concorso in falso ideologico), che però in punto di elemento oggettivo muove, non condivisibilmente, da un giudizio di prognosi postuma sull'efficacia eziologica del contributo concorsuale.

¹⁷⁰ V. PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 273; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 469; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 551; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 993; MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., p. 12; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110 codice penale, cit., pp.

però, il compartecipe dovrà maturare la consapevolezza di cooperare con altri alla commissione del reato prima di aver esaurito il proprio contributo¹⁷¹.

I principi suddetti schiudono la via a percorsi applicativi di non poco momento; in particolare, va sin d'ora richiamata la giurisprudenza di legittimità che ha affermato la responsabilità dell'istigatore (il quale, si ricordi, può limitarsi a consolidare l'altrui proposito criminoso) anche nel caso in cui l'esecutore non abbia compreso di essere stato coscientemente strumentalizzato¹⁷².

A parere di chi scrive, tuttavia, occorre meglio precisare le conseguenze di siffatta interpretazione in relazione alle previsioni generali destinate ad operare obiettivamente, vale a dire a prescindere dalla consapevolezza in capo all'agente della sussistenza delle stesse.

È utile prendere le mosse dall'esempio addotto da insigne Autore, secondo il quale se A e B si introducono nell'abitazione di C per impossessarsi di oggetti a questi appartenenti e se C ha previamente autorizzato a ciò A, la causa di giustificazione di cui all'articolo 50 codice penale si estenderebbe a B solo se costui nutrisse il dolo di concorso¹⁷³.

Al riguardo, sembra opportuno puntualizzare che si può ammettere che la carenza del dolo di concorso valga a neutralizzare la funzione di disciplina dell'articolo 119 comma 2° del codice penale, valorizzando, come fa l'opinione in commento, due riferimenti letterali. Da un lato, la locuzione «*concorsi nel reato*» potrebbe esprimere la pienezza della partecipazione nella sua dimensione sia oggettiva che soggettiva; dall'altro, il rinvio alle «*circostanze oggettive che escludono la pena*» andrebbe inteso in senso stretto e sarebbe quindi riferito alle sole ipotesi enunciate dall'articolo 70 n. 1 del codice penale.

Tuttavia, non può sottacersi che, sul piano sistematico, in ogni caso le cause di giustificazione operano obiettivamente, in virtù di quanto espressamente disposto

192 – 193.

¹⁷¹ V. MUSCO E., *sub articolo 110 codice penale*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di Crespi A., Zuccalà G., Forti G., V^a ed., Padova, 2008; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 451.

¹⁷² Cfr. Cass., 20 ottobre 1984, in *Riv. Pen.*, 1985, p. 583.

¹⁷³ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub articolo 110 codice penale*, cit., p. 193.

dall'articolo 59 comma 1° del codice penale; pertanto, se il complice all'oscuro della scriminante non andasse esente da ogni forma di responsabilità contemplata dall'ordinamento, si produrrebbe una disparità di trattamento rispetto a chi perpetri da solo un crimine, senza alcuna ragionevole giustificazione.

Con precipuo riferimento al concorso morale, poi, *«l'istigatore deve essere mosso da un impulso cosciente e volontario all'atteggiamento che assume un significato induttivo; la sua attività intellettualistica invece deve aver ad oggetto l'accoglimento della proposta istigatoria da parte del terzo e la successiva realizzazione»*¹⁷⁴.

L'istigato, a propria volta, *«deve rappresentarsi tutti gli estremi del fatto oggetto d'istigazione, maturando l'intento di tenere un'azione rispondente ai requisiti oggetto della rappresentazione»*¹⁷⁵.

5.1. Dolo concorsuale e dolo eventuale¹⁷⁶

Non sembrano invece sussistere agganci normativi a sostegno della tesi che escluda che il dolo concorsuale possa atteggiarsi ad eventuale, neppure limitatamente alle ipotesi di compartecipazione omissiva in fattispecie per la cui integrazione in forma monosoggettiva è richiesto il dolo diretto¹⁷⁷.

E ciò a maggior ragione ora che il dolo eventuale, da figura pressoché negletta nel disegno del codice Rocco, è assunto a categoria centrale o basica, a normotipo¹⁷⁸, con *«una tipicità oggettivo-soggettiva propria, insieme alla fattispecie di parte speciale integrata, prima di essere anche colpevolezza»*¹⁷⁹.

¹⁷⁴ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, § 5.

¹⁷⁵ V. VIOLANTE L., voce *Istigazione*, § 5.

¹⁷⁶ Parte delle considerazioni espresse in questa sede sono già state esposte in AGOSTINI L., *Omicidio stradale, con il dolo eventuale "fiume in piena": e la colpa cosciente?*, nota a Giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale di Bologna, 4 aprile 2012, in *Quot. Giur.*, 11 giugno 2012.

Rifiuta la categoria stessa del dolo eventuale CAMAIONI S., *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 508 e ss.

¹⁷⁷ Reputa insufficiente il dolo eventuale PAGLIARO A., *Principi*, cit., pp. 371 e ss. La critica esposta nel testo è espressa da BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 1385.

¹⁷⁸ V. DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 febbraio 2014, pp. 10 – 12.

¹⁷⁹ V. DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., pp. 14 – 15.

Sulla scorta di tale assunto, si rende necessario tratteggiare in estrema sintesi le linee di demarcazione delle varie figure di dolo, come pure il confine con la colpa cd. cosciente o con previsione, allo scopo di delimitare esattamente l'ambito del contributo partecipativo penalmente rilevante.

In primo luogo, il dolo eventuale differisce da quello intenzionale¹⁸⁰ in quanto il soggetto non persegue l'evento come fine; entrambe le figure condividono, invece, una rappresentazione in termini di possibilità dell'evento stesso.

Il dolo diretto, invece, sussiste qualora il soggetto ha nelle proprie mire obiettivi diversi dal realizzare un'offesa tipica, ma si rappresenta che, con probabilità confinante con la certezza, il reato sarà il risultato prodotto dalla sua condotta, oppure che si tratta di un mezzo necessario per conseguire il suo proposito. La certezza di cui si discute, va precisato, è di tipo soggettivo e giammai si atteggia in termini di sicurezza assoluta, per l'ontologico coefficiente di imprevedibilità che alligna nelle vicende umane¹⁸¹.

Ne consegue che il dolo eventuale sconta un *quid minus* rispetto a quello diretto sul versante rappresentativo, che condivide, viceversa, con la figura che segna il suo confine, per così dire, inferiore, la colpa cosciente.

Non sembrano, infatti, condivisibili le teorie cc.dd. intellettualistiche classiche, in base alle quali il più grave rimprovero che il dolo eventuale sottende richiederebbe che il soggetto si sia rappresentato la concreta possibilità di verificazione dell'evento (inteso in questa sede come fatto di reato) quale conseguenza della propria azione e quindi abbia avuto ben chiaro davanti agli occhi il fatto tipico. Per la colpa cosciente, invece, basterebbe una previsione rimasta su un piano astratto, quale evenienza generica e remota¹⁸².

¹⁸⁰ Per la definizione di dolo intenzionale nel diritto vivente, si veda Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 39 della motivazione in diritto.

¹⁸¹ V. GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Milano, 1964, § 13; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 309; DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., sub note 56 e 175.

In giurisprudenza, anche sulla definizione di dolo diretto, da ultimo Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 40 della motivazione in diritto.

¹⁸² V. MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, cit., p.

Dette letture, oltre a comprimere notevolmente l'ambito applicativo della colpa cosciente¹⁸³, presentano un difetto connaturato, dal momento che obliterano del tutto il profilo volontaristico che è il nerbo del dolo¹⁸⁴ e consiste nella decisione per la possibile lesione del bene giuridico.

Obiezioni spendibili, queste, anche per la più recente tesi in base alla quale qualora l'evento sia stato previsto come conseguenza possibile in concreto della condotta, il fatto stesso di aver agito proverebbe l'averne accettato il rischio, poiché altrimenti il soggetto si sarebbe astenuto dal tenere il comportamento¹⁸⁵, che peraltro sembra avere una dimensione più che altro probatoria.

Non vi è accordo, però, sull'essenza della scelta che il soggetto compie nel proprio foro interno, fermo restando che deve presentare un ridotto gradiente di

274.

In giurisprudenza, la tesi è stata accolta da Sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 308.

¹⁸³ V. CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola, «Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico», Università degli Studi di Bologna, sede di Ravenna, 23-24 marzo 2012, in www.penalecontemporaneo.it, 6 febbraio 2013, sub nota 56, e p. 3; ID., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, pp. 306 e ss.

¹⁸⁴ Per un compendio di siffatte tesi e delle critiche alle stesse, v. GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 841 – 843; si noti peraltro che nel presente scritto si propugna in parte una diversa ripartizione, poiché non pare che tra le impostazioni puramente intellettualistiche possano correttamente annoverarsi le teorie cd. dell'operosa volontà di evitare e quelle riferite all'atteggiamento interiore (“*Gesinnung*”) di indifferenza o approvazione, in quanto imperniate su un momento di volontà.

¹⁸⁵ V. PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pp. 202 – 203, 207.

La tesi pare accolta da Cass. Pen., Sez. I, 14 febbraio 2012, n. 31449, imp. Spaccarotella, in *Guida Dir.*, 2012, 41, pp. 64 e ss., con nota di BELTRANI S., *L'accettazione del rischio insito nell'azione di sparo dimostrata dalle circostanze oggettive dell'accaduto*. In motivazione infatti si legge: «Ciò che è necessario e sufficiente per ritenere la sussistenza del dolo eventuale è la rappresentazione positiva del prodursi di un fatto di reato lesivo di un interesse tutelato dal diritto, ed esiste un solo criterio certo per stabilire quale è stato l'atteggiamento del soggetto nei confronti dell'evento rappresentato. Questo criterio consiste nel comportamento tenuto: se l'agente si determina ad una certa condotta, malgrado la previsione che essa possa sfociare in un fatto di reato, ciò significa che accetta il rischio implicito nel verificarsi dell'evento; qualora avesse voluto sottrarsi a tale rischio, qualora non avesse acconsentito all'evento, non avrebbe agito».

Per Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 50 della motivazione in diritto il criterio in questione comporterebbe la trasformazione di illeciti di danno in illeciti di pericolo.

intensità rispetto alla volizione in senso proprio.

Per le tesi di stampo volontaristico, ciò si risolve in una decisione contro o nel disprezzo per il bene giuridico tutelato¹⁸⁶, nel consenso (“*Einwilligungstheorie*”), nell’accettazione, nell’approvazione o nell’indifferenza rispetto all’evento. Verserebbe, invece, in colpa con previsione chi spera nella non verificazione dell’evento, di talché «*il giudizio dubitativo: l’evento può verificarsi, si conclude così nel giudizio: l’evento non si verificherà*»¹⁸⁷.

Tali tesi si affidano però a situazioni psichiche non del tutto coincidenti con il dolo; al contempo, presentano notevoli difficoltà di applicazione pratica sotto il profilo probatorio e si prestano a derive eticizzanti¹⁸⁸.

Non molto tempo addietro le Sezioni Unite¹⁸⁹ hanno conferito nuovo spolvero alla celebre formula di Frank, nella sua originaria versione: «*se, dall’esame del carattere del reo, ma soprattutto dal modo in cui egli ha perseguito il suo fine concreto, risulta che avrebbe agito egualmente anche se avesse previsto l’evento come necessariamente connesso alla*

¹⁸⁶ V. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., pp. 284 e ss.

JAKOBS G., *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in ZStW, 114, 2002 (come richiamato da DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., p. 26).

¹⁸⁷ V. GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., § 13.

Si veda anche ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl., München, 2006 (come citato da DE MURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., sub nota 24). L’Autore tedesco ritiene che a livello semantico il dato discrezionale tra i due coefficienti soggettivi potrebbe essere così reso: mentre nella colpa con previsione si ha fiducia (“*Vertrauen*”), nel dolo eventuale si avrebbe semplice speranza (“*Hoffen*”) di non verificazione dell’evento. La distinzione tra i due concetti serve a valorizzare la non ascrivibilità all’agire doloso dell’atteggiamento soggettivo di chi confida nel buon esito della propria condotta – spesso per la sopravvalutazione della propria capacità di dominio della situazione –, poiché costui non mette seriamente in conto la realizzazione del delitto. Al contrario, se il soggetto prende sul serio la possibilità della realizzazione del delitto e non confida che “tutto vada bene”, può sempre sperare di essere assistito dalla fortuna e che nulla succeda; ma questo “tentare la sorte” (“*Daraufankommenlassen*”) non esclude il dolo.

¹⁸⁸ V. GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 843; DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, nota a Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in Cass. pen., 2010, pp. 2575 e ss.

¹⁸⁹ V. Cass. Pen., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, cit.; la sentenza in commento è reperibile anche in Guida Dir., 2010, 20, pp. 80 e ss., con nota di AMATO G., *Ricettazione “compatibile” con il dolo eventuale ma non è sufficiente il semplice sospetto. L’accettazione del rischio di commettere un reato crea la differenza con l’incauto acquisto del bene*, nonché in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2011, 1, pp. 300 e ss., con nota di DE MURO G.P., *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*.

sua azione, il dolo sussiste; mentre si ha colpa con previsione, qualora nella suddetta ipotesi si sarebbe astenuto dal compiere l'azione»¹⁹⁰.

Un arresto che ha stupito, se non altro perché all'inizio del ventunesimo secolo ha rievocato una formula bersaglio di numerose e insuperate obiezioni sin da tempo risalente, tanto da essere diffusamente reputata spendibile sul solo piano probatorio, per non sostituire la condizione psicologica in cui il soggetto agente si è di fatto trovato con una del tutto diversa e meramente ipotetica.

Peraltro, richiedere una rappresentazione in termini di certezza induce a trasformare surrettiziamente il dolo eventuale in un dolo diretto, come si è scritto, frutto di una congettura¹⁹¹.

In ogni caso, poi, anche l'efficacia euristica della prima formula di Frank in sede di accertamento appare limitata, poiché ricostruire in termini ipotetici atteggiamenti psichici che il soggetto in concreto probabilmente non ha vissuto comporta il rischio di incertezze applicative e, ancora una volta, di derive eticizzanti. Invero, il giudice potrebbe tracciare il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente in base al grado di insensibilità o indifferenza mostrata rispetto al bene giuridico offeso, sulla scorta di una diagnosi della personalità del reo e/o di

¹⁹⁰ V. FRANK R., *Das Strafgesetzbuch fuer deutsche Reich*, XVII^a ed., Tubingen, 1926, p. 182, come tradotto da FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, osservazioni in margine a Corte D'Assise di Torino 15 aprile 2011, 2012, 1, p. 154. La seconda formula di Frank, che l'Autore tedesco studiò considerando le critiche mosse alla prima versione della sua tesi, e in base alla quale sussiste il dolo eventuale se l'agente si è detto: le cose possono stare o andare in questo modo o altrimenti, in ogni caso io agisco; combinando le due formule, può dirsi che il dolo eventuale si ha quando l'agente è determinato ad agire "costi quel che costi". Sulla storia delle formule di Frank, v. DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., pp. 2555 e ss.

¹⁹¹ V. PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., pp. 338 e ss FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., pp. 155 – 156, che evidenzia come «agire in una condizione di dubbio e agire in una condizione di certezza sono infatti situazioni eterogenee sia dal punto di vista pratico che teorico» e richiama le obiezioni mosse già da JAKOBS G., *Strafrecht*, AT, Berlin-New York, 1983, p. 225; M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., pp. 2255 e ss. ; ID., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., p. 48, parla di criterio inventato per equiparare la rappresentazione alla volontà.

Sostiene, al contrario, la valenza anche sostanziale della prima formula di Frank PAGLIARO A., ne *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Grosso C.F. – Padovani t. – Pagliaro A., Milano, 2007, pp. 97 e ss.

una valutazione delle sue inclinazioni morali¹⁹².

Si intende dire che non sempre il dolo eventuale andrebbe escluso qualora l'agente, se si fosse rappresentata come certa la commissione del fatto, si sarebbe in ipotesi astenuto dalla condotta programmata, perché la stessa gli avrebbe impedito di ottenere il vantaggio sperato.

Ciò che rileva è che il soggetto abbia ponderato le probabilità di successo e quelle di fallimento e abbia attribuito alle prime più importanza sul piano motivazionale, per poi, in concreto, agire: è celebre l'esempio del giovane scommettitore al tiro a segno, il quale decide di sparare in vista del premio promesso, pur avvedendosi che potrebbe colpire la mano della ragazza del baraccone che regge il bersaglio, si prefigura in tal caso di darsi alla fuga tra la folla e per errore effettivamente attinge l'arto della fanciulla¹⁹³.

Bersaglio di numerose critiche è stata anche la tesi per cui il dolo eventuale si fonda sulla cd. accettazione del rischio, che non sussisterebbe laddove il soggetto confidi nell'intervento di fattori impeditivi o interruttivi del nesso causale che la lega alla sua condotta (abilità personale, intervento di terzi o altro).

E detta fiducia, a seconda delle impostazioni volta per volta considerate, deve essere seria, adeguata, solida, motivata, ragionevole, razionale, fondata, sorretta da motivazioni non irrazionali; in che consistano però tali aggettivazioni non è dato sapere¹⁹⁴.

Si è anche obiettato che la formula in questione può comportare una responsabilità oggettiva, appiattita su una presunzione di pericolosità della condotta¹⁹⁵; il coefficiente soggettivo finirebbe, cioè, per essere direttamente proporzionale al livello di rischio di verifica dell'evento. Un simile criterio tuttavia non è di per sé dirimente, in quanto un rischio intollerabile può non essere

¹⁹² V. GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., § 13; FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., p. 156.

¹⁹³ V. FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., p. 156, che cita l'esempio esposto da LACMANN, in *ZStW*, 1911, p. 159, nonché la critica (riportata nel testo) elaborata da ROXIN C., *Strafrecht*, AT, Bd. 1, Muenchen, 1994, p. 369.

¹⁹⁴ V. CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, cit., p. 5.

¹⁹⁵ V. MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 318.

percepito per un'improvvisa persuasione di riuscire ad evitare l'evento, senza alcuna traccia di volontà in senso proprio¹⁹⁶; per colpa, insomma¹⁹⁷.

Altra impostazione, che dalla giurisprudenza viene per lo più letta in chiave integrativa di quella dell'accettazione del rischio, ravvisa il *quid pluris* del dolo eventuale nella consapevole subordinazione del bene sacrificato dall'agente allo scopo perseguito, sulla base di una preventiva valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco, all'esito della quale si attribuisce prevalenza al proprio su quelli altrui. Anche nella colpa cosciente vi è accettazione del rischio, ma quale conseguenza di negligenza o imprudenza; senza cioè il momento deliberativo che rappresenta la vera natura del dolo¹⁹⁸ e che consente di superare altresì alcune obiezioni mosse alla teoria dell'accettazione del rischio, poiché questa più profonda meditazione interiore giustifica la più severa reazione sanzionatoria.

Da ultimo va ricordata la tesi mista o oggettivo-soggettiva elaborata con precipuo riferimento a contesti leciti di rischio consentito ("*erlaubtes Risiko*"), quali attività economiche, produttive, lavorative, sanitarie o la circolazione stradale¹⁹⁹,

¹⁹⁶ V. COCCO G., *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 10, pp. 1949 e ss.

¹⁹⁷ V. DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., pp. 2574 e ss.

¹⁹⁸ V. PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, pp. 32 e ss.; nella colpa, invece, «il rischio è stato accettato per pura imprudenza, leggerezza, trascuratezza, indolenza». In termini analoghi si esprimeva DELITALA G., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 443, per il quale l'atto di volontà è atto di scelta, nel quale i risultati non voluti, se previsti, sono stati messi in conto come costo per il raggiungimento dello scopo avuto di mira dall'agente. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. Pen., Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411 e, soprattutto, Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., in particolare punto 50 della motivazione in diritto.

¹⁹⁹ Così definita da DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., pp. 2574 e ss.; ID., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., pp. 16 – 18, nota come proprio il mutamento nel tipo d'autore abbia portato alla ribalta problematiche probatorie e di analisi in precedenza neglette, in quanto il dolo eventuale si sviluppava in contesti replicanti gli stilemi del *versari in re illicita* e dunque forieri di assimilabili semplificazioni sotto il profilo dell'accertamento.

V., per la compiuta esposizione di questo orientamento dottrinale, CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, cit., anche per le perplessità mostrate rispetto all'introduzione, *de iure condendo*, di figure mutate da esperienze straniere (quali la "*recklessness*" o la "*mise en danger délibérée de la personne d'autrui*") a pp. 2 – 4; ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, pp. 942 e ss.; ID., *Dolo*

che snoda la propria ricostruzione del dolo eventuale attraverso i seguenti passaggi logici.

In primo luogo, sul piano oggettivo deve sussistere un rischio tale da non potere in nessun caso essere preso seriamente in considerazione da una figura modello, vale a dire da un soggetto che si trovasse nelle stesse condizioni e possedesse le cognizioni particolari dell'agente concreto, anche alla luce del valore socialmente riconosciuto alla condotta tenuta²⁰⁰.

Il termine di raffronto è, dunque, quello dell'*homo eiusdem conditionis et professionis* o, il che è lo stesso, della tipologia sociale di riferimento, che ha natura normativa e trova la propria genesi nell'ambito della responsabilità colposa²⁰¹.

Si noti che il rischio di cui si discorre è un parametro qualitativo e non meramente quantitativo, funzionale a una selezione sul piano obiettivo in chiave garantista di un limitato novero di situazioni tali da trascendere la colpa; a farlo esondare dagli argini del consentito concorrerebbero: la gravità del danno all'interesse protetto; l'importanza e il rango di quest'ultimo; il grado di probabilità della lesione; l'adozione (o l'omessa adozione) di cautele esigibili nella fattispecie²⁰².

eventuale, cit., pp. 122 e ss.; 143 e ss.; 157 e ss.

²⁰⁰ V. CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, cit. p. 10, nonché sub nota 25, laddove l'Autore precisa che il piano oggettivo in realtà sia già un fattore di tipicità «soggettiva», poiché tiene conto delle conoscenze e delle capacità in possesso dell'agente concreto.

Su posizioni simili, in seno alla dottrina tedesca, di: PUPPE I., *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in ZStW, 103, 1991, come compendiata da DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., pp. 24 - 26; in quella italiana, lo stesso DONINI M., op. ult. cit., pp. 40 - 41; ID., *Dolo eventuale e formula di Frank*, cit., p. 2576; ID., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., p. 59, che fa riferimento a un rischio grave, cioè connotato da elevata probabilità di concretizzazione, ma comunque inferiore a quello che non può neppure essere preso in considerazione; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 299; PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis*, cit., p. 35.

²⁰¹ V. CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, cit., p. 10.

Contra, DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., sub nota 122 critica la correttezza ermeneutica dell'innesto di un parametro soggettivo colposo in sede di accertamento del dolo.

²⁰² Ancora CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, cit., p. 10, porta l'esempio del medico chirurgo direttore di una casa di cura in cui possono praticarsi soltanto alcuni trattamenti anestetici e sa che il paziente ivi ricoverato è allergico alle sostanze utilizzate, ma può

Sul piano soggettivo, poi, verterà in dolo eventuale chi si rappresenti interiormente come possibile l'offesa che conseguirebbe alla concretizzazione del rischio obiettivo come ora descritto, sulla scorta della conoscenza attuale della situazione di fatto al momento della condotta e, ciò nonostante, optasse per tenere comunque il comportamento vietato.

Egli, infatti, accetta non già il rischio, ma il fatto tipico (dunque, laddove previsto come elemento costitutivo, anche l'evento) lesivo (anche in termini di esposizione a pericolo) penalmente rilevante²⁰³.

Non coglie dunque nel segno la critica che ritiene che la tesi ora esposta non consideri l'effettivo atteggiamento interiore dell'agente, ma segnali soltanto l'esigenza di una selezione della responsabilità dolosa già sul piano obiettivo, a livello di rischio e di tipologia di condotta.

Peraltro, con riferimento a quest'ultimo segmento appare utile valorizzare il già ricordato criterio del bilanciamento tra costi e benefici, tenendo ben presente che nella mente dell'agente ciò avviene secondo una prospettiva *ex ante*, che prende le mosse da quanto è preconizzabile al momento della condotta. Il compartecipe, cioè, si determina a tenere la condotta anche a costo di collaborare con altri alla commissione di un reato²⁰⁴.

essere agevolmente trasferito in strutture ospedaliere idonee, per cui «l'eventualità di affrontare il rischio di un esito infausto non verrà neanche presa in esame». *Ibidem*, pp. 16 – 18, si cita il caso del soggetto consciamente affetto da H.I.V. che tenga un numero di rapporti sessuali non esiguo, o seguendo pratiche tali da accrescere considerevolmente il livello di pericolosità, senza adottare alcuna misura precauzionale e senza informare il *partner*.

In giurisprudenza ha fatto riferimento a un rischio irragionevole Giudice per l'Udienza Preliminare del Tribunale di Roma, 26 novembre 2008, in *Foro It.*, 2009, II, cc. 414 e ss., con nota di FIANDACA G., *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, o addirittura "folle" Giudice per l'Udienza Preliminare del Tribunale di Grosseto, 20 luglio 2013, in www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2013.

Per MANTOVANI F., *Il principio di soggettività e il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 2, p. 777, quelli riportati nel testo costituirebbero invece indici probatori ricavabili dalle circostanze del caso concreto della sussistenza del dolo eventuale.

²⁰³ V. CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, cit., p. 11.

²⁰⁴ V. DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., pp. 144;

Sempre ai fini dell'inferenza del coefficiente soggettivo, per non incorrere in inammissibili presunzioni di *dolus in re ipsa*, l'analisi dovrà altresì prendere in debita considerazione il movente dell'agente nel caso concreto e non dovrà appiattirsi sullo stato di dubbio in capo allo stesso, atteggiamento psicologico di per sé non incompatibile con la colpa cosciente, che invece non può prescindere da un errore nella previsione²⁰⁵.

Altro indicatore di cui tenere conto, come si è visto, è il fatto che l'imputato abbia predisposto contromisure volte a prevenire la verifica dell'evento, sintomatiche della non accettazione del fatto/evento. Tuttavia, questo criterio non è in sé risolutivo sotto il profilo euristico, poiché l'omessa adozione di cautele non preclude la configurabilità di mera colpa cosciente (come in ipotesi di guida spericolata in strade cittadine per l'ingiustificata fiducia nelle proprie capacità di pilota)²⁰⁶.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 357; DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., pp. 58 – 59.

In giurisprudenza, fanno leva anche su questo criterio Cass. Pen., Sez. V, 11 maggio 2011, n. 18568, in *C.E.D. Cass.*, non massimata; Corte d'Assise Torino, 15 aprile 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2011.

²⁰⁵ V. DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., pp. 30 – 35, 41, 50 per l'elencazione dei numerosi fattori che secondo l'Autore svolgono un ruolo sul piano psicologico motivazionale: «*quale vantaggio aveva il soggetto ad agire comunque, quali pregiudizi avrebbe subito dal verificarsi dell'evento, se ha agito in piena lucidità o in uno stato emotivo o passionale, se era abituato al rischio oppure no, se agiva per gioco o per interesse, se si tratta di persona particolarmente imprudente in genere, o molto abile in un'attività, tale da abituarla ad affrontare rischi sconsiderati, qual è il grado di reale informazione e il livello di rappresentazione di cui disponeva, o di cultura e di intelligenza, se ha deciso in pochi attimi o dopo una ponderata riflessione etc., se ha agito in contesto già delittuoso o nell'ambito di un'attività lecita, tale da indiziare un maggiore o minore rispetto per i beni giuridici, da quale "vissuto" è stato indotto ad agire, come ha reagito di fronte a taluni "segnali di allarme", se aveva un motivo forte per affrontare ad alto prezzo un rischio di quel tipo, etc.*», nonché pp. 55, 65 – 66.

In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit.

²⁰⁶ Si tratta della teoria della operosa volontà di evitare, su cui v. BETTIOL G.-PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., p. 472.

Nella dottrina d'oltralpe, la "*Vermeidungstheorie*", elaborata da KAUFMANN A. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, in *ZstW*, 70, 1958, pp. 64 e ss., citato da CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, cit., sub nota 12. V. anche, per una sintesi, GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 842.

Critiche non dissimili da quelle riportate nel testo vengono formulate da DONINI M., *Il*

La tesi mista appare, inoltre, foriera di apprezzabili vantaggi sul piano del ragionamento probatorio e dell'*iter* logico argomentativo della decisione giudiziale.

Sotto il primo dei profili ora menzionati si è infatti condivisibilmente notato che «*l'uomo (ir)ragionevole (come anche il rischio irragionevole) è parametro della colpa, non del dolo. Nel dolo può valere come indizio, insieme a vari altri*»²⁰⁷.

Detto altrimenti, giacché ciò che occorre non è la mera conoscibilità, ma l'effettiva conoscenza, la radicale insensatezza del rischio depone nel senso della percezione e accettazione dello stesso; del pari, i segnali d'allarme valgono a fondare un dubbio qualificato, tale da incarnare il dolo, solo ove effettivamente noti all'imputato.

Seppure implicitamente, diverse recenti pronunce dimostrano di aver recepito tale annotazione, considerata la puntigliosa attenzione prestata all'individuazione e valorizzazione di indici tali da consentire all'agente una consapevolezza approfondita del rischio di verifica dell'evento²⁰⁸.

In altri termini, sotto il profilo rappresentativo rileva la pluralità degli indicatori di rischio o, come spesso si legge nelle pronunce giurisprudenziali, dei segnali d'allarme, che si attingeranno in modo diverso a seconda del fatto tipico e della vicenda concreta; essi, invero, consentono il passaggio da una mera

dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza, cit., pp. 41 – 42; VIGANÓ F., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2014, pp. 9 – 10.

²⁰⁷ V. DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., p. 19.

²⁰⁸ Cfr., in materia di circolazione stradale: Cass., Sez. I, 30 maggio 2012, n. 23588, in www.penalecontemporaneo.it, 26 ottobre 2012.

In materia di infortuni sul lavoro: Corte d'Assise Torino, 15 aprile 2011, cit., anche in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2012, 1, con note di DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit.; FIANDACA G., *Sul dolo eventuale*, cit.; MONTUSCHI L. – SGUBBI F., *Ai confini tra dolo e colpa. Il caso ThyssenKrupp*, in ius17@unibo.it, 2009, 2, pp. 183 e ss.; Tribunale Torino, Sez. I, 13 febbraio 2012, in *Studium Iuris*, 10, 2012, pp. 1179 e ss.

Sembra invece condizionato dalle peculiarità del rapporto tra ricettazione (articolo 648 del codice penale) e incauto acquisto (articolo 712 del codice penale) – e, dunque, non estensibile – il ragionamento di Cass. Pen., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, cit., impegnate a discernere dolo eventuale e mero sospetto, per definire quali situazioni ricadano nell'ambito applicativo delle due fattispecie criminose prese in considerazione. Per arrivare ad affermare che per configurare il dolo eventuale nel delitto di ricettazione sarebbe «*necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire*».

consapevolezza (e accettazione) del rischio alla previsione (e accettazione) del fatto tipico²⁰⁹.

Come si è osservato, ciò potrebbe conferire nuova linfa alla già richiamata prima formula di Frank, intendendola quale base per un giudizio controfattuale di tipo prognostico e fondato su una base gnoseologica più ampia di quella in possesso dell'agente al momento della condotta, tenendo conto anche di qualche particolare di ciò che si è effettivamente cagionato e viene imputato, «*anche per “compensare” la componente fortuita che c'è nell'elemento oggettivo (il verificarsi dell'evento)*»²¹⁰.

Sul versante argomentativo, poi, la tesi 'mista' detta un percorso che consente al giudicante di scandire i passaggi dell'accertamento del dolo eventuale, anche concorsuale, compendiabili nella sequenza:

4. descrizione della situazione di fatto/rischio, con individuazione degli indici di superamento del limite del consentito conoscibili dal soggetto, nonché di quelli sintomatici della volontà di non travalicarlo;

5. verifica della profondità dell'effettiva rappresentazione di simile situazione (e non della mera conoscibilità);

6. accettazione del verificarsi del fatto tipico nella sua dimensione plurisoggettiva.

Breve: per essere punibile, il correo deve rappresentarsi la possibilità che qualcuno stia commettendo un reato e che se lo aiuta (o non lo ostacola, in presenza di un obbligo impeditivo) vi concorrerà, in modo da accettare questo fatto (non soltanto il rischio). Precisazione, questa, fondamentale se riferita alla dimensione plurisoggettiva del reato, che come si è visto non può prescindere dall'effettiva realizzazione di un crimine quale secondo polo della relazione causale

²⁰⁹ Mutuando le parole di MARINUCCI G. -DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 299; nello stesso senso, VIGANÓ F., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., p. 12.

²¹⁰ V. DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., pp. 48 – 50. 65 – 66. VIGANÓ F., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, pp. 12 – 15, propugna invece una rivalutazione della prima formula di Frank come test di resistenza, nel senso che occorrerebbe verificare, in una prospettiva *ex ante* e dal punto di vista dell'agente, «*l'impatto che la verifica dell'evento avrebbe avuto sul suo piano di azione*», di modo che il dolo (eventuale) andrebbe escluso ogni qualvolta ne avrebbe comportato il fallimento.

tipizzatrice degli apporti atipici.

5.2. *Ubicuique suum*, ovvero della configurabilità di diversi coefficienti soggettivi in capo ai vari concorrenti

Accogliere, come si è fatto in questa sede, la costruzione della responsabilità concorsuale secondo il modello della fattispecie plurisoggettiva eventuale differenziata consente altresì di distinguere le posizioni dei singoli compartecipi sotto il profilo (tra l'altro) dell'atteggiamento psichico²¹¹.

Simile conclusione produce a propria volta riflessi di non poco momento.

Innanzitutto, infatti, va ammesso che il coefficiente soggettivo richiesto dalla disposizione di parte speciale – in particolare il dolo specifico – possa sussistere in capo a un complice diverso da chi materialmente realizza la condotta tipica. Il concorrente, però, dovrà essere consapevole che almeno uno degli altri complici agisca sorretto da un atteggiamento interiore corrispondente a quello postulato dal fatto tipico²¹².

Occorre, inoltre, interrogarsi circa l'intensità della componente volitiva del dolo concorsuale.

Sul punto, va segnalato che con ben due arresti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno statuito, con riferimento a fattispecie associative di stampo mafioso, connotate per l'appunto dal dolo specifico, che il concorrente 'esterno' deve sapere e volere che il suo contributo sia diretto alla realizzazione, anche

²¹¹ V. PAGLIARO A., *Principi*, cit., p. 544; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pp. 273 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 550 e ss.; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 992.

Contra, LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone*, cit., § 5, per il quale la diversità di coefficienti psicologici segna il passaggio dal concorso di persone alla somma di reati, laddove si tratti di più fatti di per sé penalmente sanzionati, perché «quando la legge parla di concorso di più persone nel «medesimo reato» (art. 110) si riferisce innanzi tutto ad una precisa identità di elemento psicologico per tutti i concorrenti» e recepirebbe così un dato empirico preesistente, nonché § 6; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 581 e ss.

²¹² V. INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., pp. 475 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 553; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 993; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub articolo 110 codice penale, cit., p. 194.

parziale, del programma criminoso del sodalizio²¹³.

Autorevole dottrina ha quindi opinato che la giurisprudenza in commento avrebbe escluso che sia sufficiente che il concorrente non associato agisca sorretto dal dolo eventuale, pervenendo a conclusioni non del tutto coerenti con i principi generali, forse dettate dall'intento di contenere la possibile tendenza espansiva del concorso cd. esterno nei reati associativi²¹⁴.

L'osservazione, tuttavia, non convince. Infatti, a tacere del fatto che una presa di posizione così innovativa avrebbe meritato di essere più esplicita, la portata delle pronunce suddette pare da circoscriversi alla peculiare tipologia di fattispecie che ne furono oggetto, nell'ambito delle quali il dolo specifico irradia di disvalore la condotta.

È infatti pacifico che il diritto di associazione goda di rango costituzionale²¹⁵ e che è proprio l'orientamento teleologico alla realizzazione di scopi in sé vietati dall'ordinamento – la perpetrazione di delitti, il compiere atti di terrorismo, l'eversione dell'ordine democratico (per citarne alcuni tratti dalle rubriche delle

²¹³ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, in *Cass. Pen.*, 2003, II, pp. 3276 e ss.; Sez. Un., 20 settembre 2005, n. 33748, cit.

²¹⁴ V. le critiche espresse da FIANDACA G., *Nota a Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2002*, in *Foro It.*, 2003, II, c. 454; FIANDACA G. - VISCONTI C., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro It.*, 2006, II, c. 94.

²¹⁵ Ai sensi dell'articolo 18 o dell'articolo 117 comma 1° della Costituzione, in quanto il diritto *de quo* è sancito anche dall'articolo 11 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, che a propria volta prevede la possibilità di imporre limiti all'esercizio dello stesso, con legge, se «*necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*» anche «*da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato*». La libertà di associazione è riconosciuta altresì dall'articolo 12 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Sui complessi rapporti tra fonti nazionali e sovranazionale nell'ambito di un sistema di tutela multivello, con particolare riferimento al sistema penale v., in particolare: PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmajian sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 3, pp. 1099 e ss., *passim*; MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, *passim*; MANES V. - ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, *passim*; SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, *passim*; nonché sugli effetti sul ruolo della giurisdizione, da ultimo, AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. Pen.*, 2014, I, pp. 403 - 423.

singole disposizioni codicistiche) – a legittimarne la punizione.

In altri termini, il fine particolare oggetto del dolo specifico (che non necessariamente deve realizzarsi per la consumazione del reato, alla cui struttura oggettiva rimane estraneo) fonda in tali ipotesi la stessa scelta punitiva, costituisce il fulcro del disvalore di cui è intriso il fatto tipico, tanto che la condotta deve essere idonea a perseguirlo già sotto il profilo oggettivo, per non ledere il principio costituzionale di offensività²¹⁶.

Sul punto, va notato come si sia sostenuto che aderisca a questa impostazione la copiosa giurisprudenza che richiede ai fini della configurabilità dei reati associativi l'idoneità materiale della condotta e in particolare della struttura organizzata al compimento di una serie indeterminata di reati per la cui realizzazione l'associazione si è costituita²¹⁷. A simile conclusione può, tuttavia,

²¹⁶ Si tratta della cd. oggettivizzazione del dolo specifico. Secondo MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 309 e ss., occorre che il soggetto, per essere punibile, abbia posto in essere atti in concreto idonei a raggiungere lo scopo oggetto del dolo specifico, da valutarsi secondo i parametri del tentativo.

Contra, PICOTTI L., *Il dolo specifico: un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, *passim*, per il quale l'analogia tra fattispecie a dolo specifico e tentativo non vale, in quanto la condotta dovrebbe almeno in parte realizzare la finalità oggetto del coefficiente soggettivo; pertanto, il reato andrebbe invece escluso laddove la stessa si riveli assolutamente inidonea allo scopo.

Per la tesi tradizionale, in base alla quale il dolo specifico costituisce soltanto una particolare forma di dolo e, dunque, non rileva sotto il profilo oggettivo, v. ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Parte generale*, cit., pp. 359 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 337.

²¹⁷ V. GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 879 – 880, il quale richiama Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2007, n. 34989, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 237630 (concernente il delitto di cui all'articolo 270-bis del codice penale).

Senza pretesa di esaustività, allo stesso orientamento appartengono anche, in tema di associazione con finalità terroristica, Cass. Pen.: Sez. VI, 12 luglio 2012, n. 46308, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253943; Sez.

VI, 8 maggio 2009, n. 258

In tema di associazione per delinquere di stampo mafioso (articolo 416-bis del codice penale), si veda anche Cass. Pen., Sez. V, 2 ottobre 2003, n. 45711, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 227994 (che valorizza la struttura quale uno degli elementi in grado di esercitare la forza intimidatoria del sodalizio).

Nello stesso senso potrebbero leggersi poi i richiami alla strumentalità alla commissione di un numero indeterminato di reati fine spesso contenuti nelle pronunce in tema di associazione per delinquere (articolo 416 del codice penale), quali, a mero titolo esemplificativo, Cass. Pen.: Sez. II, 3 aprile 2013, n. 20451, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 256054; Sez. II, 17 gennaio 2013, n. 16339, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255359 (che espressamente richiede che l'associazione sia «soprattutto adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di

obiettarsi che le pronunce in questione sono verosimilmente dettate anche (se non solo) dall'esigenza di recuperare profili di concretezza a reati di pericolo e, dunque, di evitare eccessive anticipazioni di tutela.

Si potrebbe, in ogni caso, sostenere che forse la peculiare colorazione che il dolo specifico imprime al fatto tipico nelle ipotesi in analisi si ripercuota sul coefficiente soggettivo di concorso, elevandone l'intensità ed esigendo che si presenti quantomeno sotto forma di dolo diretto, proprio perché il pericolo che le associazioni delittuose comportano deve essere concreto.

Sotto diversa prospettiva, va senz'altro escluso che il dolo concorsuale debba avere carattere intenzionale, *species* dal carattere eccezionale e che postula quindi un riferimento normativo espresso, che manca negli articoli 110 e seguenti del codice penale.

Ciò, sempre che non si voglia ritenere che, similmente a quanto detto in punto di dolo specifico, il dolo di concorso sia condizionato dall'elemento soggettivo del reato base che il compartecipe deve rappresentarsi e volere, in modo tale che anche la sua volontà di cooperare con altri alla commissione del crimine ne venga in qualche misura intensificata.

Fermo restando, cioè, l'approdo ermeneutico che, in virtù della concezione plurisoggettiva eventuale, consente di differenziare le posizioni soggettive in capo ai singoli partecipi e di escludere che tutti debbano essere latori del coefficiente richiesto dal reato in cui si concorre, potrebbe ipotizzarsi la necessità di una soglia minima, ancora una volta costituita dal dolo diretto.

Il correo, in altre parole, dovrebbe prevedere e volere la commissione del reato – connotato da dolo specifico o intenzionale – in forma concorsuale quale conseguenza certa o altamente probabile della sua condotta, senza che lo stesso costituisca il suo obiettivo primario.

Più in generale, occorre interrogarsi sulla configurabilità di una

mira»); Sez. VI, 7 novembre 2011, n. 3886, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 251562.

Ancora, in tema di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (articolo 74 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), *ex plurimis*, Cass. Pen.: Sez. I, 7 luglio 2011, n. 30463, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 251011; Sez. I, 22 dicembre 2009, n. 4967, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 246112.

compartecipazione dolosa in reato colposo e viceversa, tradizionalmente negata muovendo dalla concezione unitaria del reato concorsuale: poiché l'articolo 110 del codice penale richiede la partecipazione al «*medesimo reato*», tutti i correi devono risponderne per il medesimo titolo, ovviamente anche sotto il profilo soggettivo²¹⁸.

Appare tuttavia maggiormente persuasiva la tesi favorevole, alla luce dei vari argomenti addotti, che dimostrano come unico vero legame a fondamento della responsabilità concorsuale sia l'aver contribuito a un'offesa tipica.

È invece, superflua, giova ripeterlo, la punibilità di ciascuno dei partecipi, come risulta evidente dal disposto degli articoli 111 e 112 ultimo comma del codice penale; appare, allora, paradossale escludere il concorso laddove il correo sia sorretto da un qualche coefficiente soggettivo, seppure diverso da quello del complice, quando lo si ammette addirittura laddove l'elemento psicologico manchi del tutto²¹⁹.

Parimenti, un identico fatto può rivestire un significato diverso per ognuno dei concorrenti e dar luogo a una diversa qualificazione giuridica: si pensi a chi istiga taluno, che versi in errore non scusabile sulla natura acida o corrosiva di una sostanza inodore e insapore, a versarla in acqua destinata all'alimentazione. Il primo risponderà delle lesioni cagionate a chi beva il liquido a titolo di dolo, mentre il secondo a titolo di colpa²²⁰.

Se non si ammette che l'articolo 48 del codice penale includa condotte diverse da quelle che danno origine all'errore, la condotta dell'istigatore non sarà punibile, in quanto non collimante con il fatto tipico sanzionato dall'articolo 439 del medesimo codice, mentre l'ignaro esecutore risponderà in virtù della clausola di

²¹⁸ V. ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Parte generale*, cit. p. 458.

²¹⁹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 34, 80; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 542; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pp. 294 e ss. *Contra*, LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone*, cit., p. 579; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 580, per i quali si tratta di ipotesi di reità mediata, in particolare in quanto l'esecutore sarebbe «*strumento non doloso per la realizzazione del fatto*».

²²⁰ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 82; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 533.

estensione posta dal successivo articolo 452²²¹.

In altre parole, l'ingannatore è responsabile a titolo di dolo e il *deceptus* per colpa in virtù del richiamo al precedente articolo 47 (e sempre che il fatto sia previsto dalla legge come punibile a tale titolo); ciò, ovviamente, a condizione che si riconduca la previsione in questione alla disciplina del concorso²²².

Depone nel medesimo senso anche l'interpretazione conforme a Costituzione dell'articolo 116 del codice penale, disposizione che, come si vedrà, chiama a rispondere a titolo di colpa il correo che volle un reato diverso da quello effettivamente realizzato da altro compartecipe²²³.

È, dunque, ipotizzabile il concorso doloso in reato colposo, anche se in concreto ciò si verificherà in un numero circoscritto di casi²²⁴. Diversamente opinando, d'altronde, andrebbero esenti da pena contributi atipici di offensività tutt'altro che limitata.

Qualora, poi, ciascuna delle condotte integri una distinta ipotesi di reato, le disposizioni in materia di concorso potranno comunque esplicare una funzione di disciplina²²⁵.

Ancora più problematico è il concorso colposo in reato doloso, giacché devono superarsi ulteriori ostacoli dogmatici di non poco momento; la tematica merita tuttavia di essere affrontata in questa sede, per i risvolti che simile tipologia di compartecipazione può avere sul tema oggetto del presente scritto.

La dottrina, in prevalenza contraria almeno con riferimento alle fattispecie

²²¹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 80, il quale acutamente nota che il concorso sarebbe invece configurabile laddove Caio fosse non imputabile o non punibile ai sensi degli articoli 111 e 112 ultimo comma del codice penale.

²²² V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 130; INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 450; PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., p. 106; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 994 – 995.

²²³ V. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 544.

Contra, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 374, che opinano che, al contrario, la disposizione in commento costituisce disposizione derogatoria, eccezionale, al principio generale dell'unitarietà del titolo di responsabilità concorsuale e, proprio per questo, oggetto di previsione espressa.

²²⁴ V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 477; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 455.

²²⁵ V. GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 1272 – 1274.

delittuose, trae argomenti da varie previsioni di diritto positivo.

Il primo ostacolo è il principio di riserva di legge: con l'articolo 113 del codice penale si è conferita cittadinanza alla cooperazione nel delitto colposo e non già alla cooperazione colposa nel delitto. Poiché anche nell'ambito della fattispecie plurisoggettiva eventuale troverebbe applicazione il principio generale dettato dall'articolo 42 comma 2° del codice di diritto sostanziale le ipotesi di responsabilità a titolo di colpa dovrebbero essere introdotte da specifiche disposizioni di legge²²⁶.

E infatti, si nota, *ubi lex voluit, dixit*: l'ordinamento contempla ipotesi, eccezionali, di agevolazione colposa, come tali tassative: a titolo meramente esemplificativo, si ponga mente agli articoli 254, 259, 350 del codice penale²²⁷.

Più in generale, occorre considerare che il concorso di persone, come si è detto, non può prescindere dalla consapevolezza di cooperare con altri alla realizzazione del crimine²²⁸.

Ancora, una norma cautelare che miri a neutralizzare il rischio di reato doloso altrui rende «*improbabile che ove un tale comportamento venga effettivamente a realizzarsi, (...) l'agente mediato non sia consapevole della natura dolosa del fatto altrui*»²²⁹, configurandosi

²²⁶ V. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 579.

Ammettendo, però, il concorso colposo in contravvenzione; v. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 115; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 276; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 558.

In giurisprudenza, la posizione più risalente era di ostinata e completa chiusura: v. Cass. Pen., Sez. IV, 11 ottobre 1996, n. 9542, in C.E.D. Cass., Rv. 206798; Sez. Un., 3 febbraio 1990, n. 2720 (che, reputando inconcepibile un concorso colposo in reato di natura dolosa, esclude la responsabilità a titolo di colpa del notaio che abbia rogato atti pubblici di compravendita per negligenza o per violazione degli obblighi impostigli dalla legge professionale), in Cass. Pen., 1990, p. 828.

²²⁷ V. LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., § 6.

²²⁸ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 537. Si pensi al caso di Caio che colposamente lasci incustodita una sostanza venefica senza sapere che Tizio ha intenti omicidi; se quest'ultimo se ne appropriava e, poi, uccide Sempronio, Caio non ne sarà responsabile a titolo di concorso, ma (eventualmente) di omicidio colposo.

²²⁹ V. ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, p. 214.

Si porta l'esempio di Tizio che decide di partecipare a una corsa automobilistica non consentita con Caio, il quale vuole uccidere un altro partecipante alla gara investendolo o tamponandolo. Tizio, cioè, è convinto di commettere, con altri, una condotta colposa, quantomeno per violazione della disciplina della circolazione stradale, che non è volta, però, a prevenire omicidi dolosi mediante investimento o tamponamento.

pertanto un concorso doloso.

Secondo altra, più recente, impostazione, il limite del concorso colposo in reato doloso sarebbe segnato dal cd. principio di affidamento, mutuato dalla dottrina tedesca del “*Vertrauensgrundsatz*”, che si esplica sia in senso verticale (per esempio nei rapporti tra primario ospedaliero e altri operatori) che in senso orizzontale (per esempio nel rapporto tra due automobilisti)²³⁰.

Il versante cd. esterno del principio di personalità della responsabilità penale vieta che si possa essere chiamati a rispondere del fatto altrui e si fonda sul presupposto che ciascuno possa ragionevolmente confidare che i membri della collettività con cui entra in contatto siano in grado di autodeterminarsi in modo responsabile; perciò, è tenuto a evitare soltanto i rischi derivanti dalla propria condotta, ma non anche a impedire comportamenti pericolosi altrui²³¹.

In altri termini, la categoria è ammissibile, ma per l'imputazione colposa dell'evento/reato doloso altrui non è sufficiente la mera prevedibilità dello stesso, laddove si verta in ipotesi in cui l'azione non è pericolosa di per se stessa, ma solo perché fornisce ad altri l'occasione di commettere volontariamente un fatto illecito²³².

²³⁰ V. ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 221.

²³¹ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 471; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, sub articolo 43 c.p., IV^a ed., Milano, 2004, p. 431; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 364; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 218 – 223, parla di versante esterno per distinguerlo da quello interno, che richiede che il fatto sia “proprio” del soggetto, nel senso di colpevole.

In giurisprudenza, V. Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, in *Riv. Pen.*, 2008, 12, p. 1332 e ss., con nota di CRIMI S., *Concorso colposo nel delitto doloso: intersezioni e cointeressenze tra causalità e colpa, violazione dello scopo di protezione della norma, posizioni di garanzia ed orizzonti del principio dell'affidamento*; in *Riv. Pen.*, 2009, 3, pp. 301 e ss., con nota di PALMA I., *Il concorso di persone nel reato a titoli soggettivi diversi: la cassazione mette davvero un punto fermo?*.

La fattispecie concerneva il caso di un medico psichiatra, il quale, sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto il paziente ricoverato in una comunità, ne aveva determinato lo scompenso psichico, ritenuto la causa della crisi nel corso della quale lo stesso paziente, poi ritenuto non imputabile, aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori che lo accudivano.

Al principio di affidamento è dedicato il punto 10 della motivazione in diritto.

²³² V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 513.

In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, cit., punto 10 della

Fanno eccezione²³³, però, in primo luogo i casi in cui indizi concreti rivelino che taluno possa commettere un illecito, il che impone di adeguare il proprio comportamento per neutralizzare il rischio derivante dall'altrui condotta. Si fa l'esempio di chi abbia il controllo di fonti di pericolo (come armi, esplosivi, sostanze velenose) di cui un terzo possa servirsi per commettere un reato doloso, quando per le circostanze concrete o particolari conoscenze del soggetto è probabile che il terzo ne approfitti. Si consideri il caso di Tizio che presta a Caio, in forte stato di agitazione, un'arma da fuoco, ben sapendo che poco tempo prima ha provocato lesioni alla moglie; se Caio perpetra un omicidio, Tizio ne potrebbe rispondere a titolo di colpa²³⁴. Per la verità, la già segnalata espansione del dolo eventuale potrebbe indurre ad attrarvi anche le ipotesi in commento.

Allo stesso modo, non può addurre a propria discolpa il principio in commento chi sia depositario di una posizione di garanzia fondata proprio sull'obbligo giuridico di impedire i reati dolosi altrui, di cui si è in precedenza parlato.

Infine, vi è chi ritiene che sia comunque responsabile chi agisca con negligenza tale che l'evento si sarebbe verificato anche senza il contributo doloso del terzo, come nel caso del proprietario di una casa di cura che colposamente ometta di allestire sistemi antincendio; fermo restando che la regola cautelare deve essere volta a salvaguardare l'interesse protetto che è stato leso.

La giurisprudenza di legittimità appare ormai orientata nel senso di ammettere il concorso colposo in reato doloso, sia nel caso di concorso di cause indipendenti, sia in quello di vera e propria cooperazione colposa, che si distingue dalla precedente ipotesi perché postula un legame psicologico dato dalla consapevolezza della condotta altrui (non già dell'evento, poiché allora sussisterebbe vero e proprio dolo di concorso).

In entrambi i casi, però, si richiede che il reato del partecipe sia contemplato

motivazione in diritto.

²³³ V. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 20.

²³⁴ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 513 ; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 579.

dalla legge anche nella forma colposa, in ossequio al disposto di cui all'articolo 42 comma 2° del codice penale, nonché che nella sua condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa e, in particolare, che la regola cautelare violata sia diretta a prevenire anche il rischio dell'atto doloso del terzo, in concreto prevedibile e prevenibile per l'agente²³⁵.

Alla luce del «*riconosciuto superamento delle teorie che si rifanno al concetto di unitarietà del fatto reato di natura concorsuale*», l'esame congiunto degli articoli 42 comma 2° e 113 del codice penale consentirebbe di affermare che dolo e colpa non sono strutturalmente diversi. Unica differenza tra i due coefficienti in questione è che il dolo «*comprende un elemento ulteriore - potrebbe dirsi "in aggiunta" - rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l'aver previsto e voluto l'evento (sia pure con la sola accettazione del suo verificarsi, nel caso di dolo eventuale) (...) "non c'è dolo senza colpa"*»²³⁶.

Ancora, sarebbe irragionevole ammettere il concorso di cause indipendenti sulla scorta del solo nesso eziologico ed escludere, invece, la cooperazione colposa in reato doloso «*solo perché l'agente è consapevole dell'altrui condotta dolosa. Il dippiù costituito da questa consapevolezza aggrava infatti, e non attenua, il disvalore sociale della condotta*»²³⁷.

La Suprema Corte ha fornito anche degli indici che consentono di affermare quando la regola cautelare inosservata sia diretta a evitare la condotta delittuosa del terzo e, dunque, quando la colpa sia causalmente efficiente rispetto alla verifica dell'evento.

In primo luogo, ciò può affermarsi laddove sussista una posizione di garanzia di protezione o di controllo corredata dei necessari poteri impeditivi, che varrebbe anche a 'coprire' le ipotesi in cui la condotta negligente fornisca l'occasione perché il terzo compia l'atto doloso; in secondo luogo, se lo scopo della regola cautelare violata è (anche) la tutela di terzi dall'aggressione dolosa dei loro beni²³⁸.

²³⁵ V. Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, cit.

²³⁶ V. Cass. Pen.: Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, cit., punto 6 della motivazione in diritto; Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, cit., punto 10 della motivazione in diritto.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ In termini, anche Cass. Pen., Sez. IV, 14 luglio 2011, n. 34385, secondo la quale è responsabile per omesso controllo di una situazione di rischio il dirigente dell'ufficio di un ispettore di Pubblica Sicurezza, che aveva in passato usato violenza nei confronti della moglie - episodio a seguito del quale gli era stata ritirata l'arma, poi restituitagli - e

«I casi più complessi sono ovviamente quelli nei quali la regola è stata predisposta non tanto per altri fini ma in vista di decorsi causali diversi: si pensi al lavoratore che opera in altezza e che non sia stato munito delle cinture di sicurezza. Risponde il datore di lavoro anche delle conseguenze di una caduta (che non si sarebbe verificata con l'uso del mezzo di protezione) volontariamente cagionata da un terzo? (...) ciò che rileva è l'individuazione dell'evento dannoso che la regola cautelare mira ad evitare: (...) quello di caduta indipendentemente dalle cause che l'hanno provocata. E così in tutte quelle situazioni nelle quali l'evento volontariamente cagionato è della stessa natura di quello preso in considerazione nella formazione della regola cautelare»²³⁹.

§

6. L'uniformazione del difforme

6.1. Il concorso anomalo

Nell'ambito della partecipazione plurisoggettiva alla commissione del reato, valicare il confine tra dolo e colpa può condurre, tra l'altro, a configurare un'ipotesi di cd. concorso anomalo.

Ciò, per lo meno, laddove in concreto si abbia una distinzione di ruoli per cui soltanto alcuni dei compartecipi concretizzino materialmente la condotta criminosa e questa integri un reato differente (più o meno grave) da quello programmato con gli altri o uno ulteriore rispetto a quello pianificato (cd. doppia offesa).

È peraltro discusso se la diversità rilevante sia soltanto quella concernente l'oggetto materiale o anche la qualificazione giuridica del fatto; di certo, non è sufficiente che il reato si manifesti in forma circostanziata e non già semplice, come i correi avevano deciso²⁴⁰.

Come si è osservato, ciò che rileva è la diversità degli elementi strutturali del reato, che devono costituire oggetto del dolo²⁴¹.

Si intende dire che si rimane nell'alveo applicativo dell'articolo 110 del codice

aveva successivamente ucciso, sempre con la pistola d'ordinanza, la moglie ed il cognato; in particolare l'imputato omise di attivare un nuovo procedimento finalizzato al ritiro dell'arma, a seguito di nuovi episodi di violenza, da ultimo sfociati negli eventi verificatisi. In *Riv. Pen.*, 2012, 10, pp. 984 e ss., con nota di DE LEONARDIS A., *Linee interpretative in materia di concorso colposo nel delitto doloso*.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 559 e ss.

²⁴¹ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1016.

di diritto sostanziale laddove il concorrente abbia previsto e voluto il reato realizzato dall'esecutore (o dagli esecutori), diverso da quello preventivato, anche a titolo di dolo eventuale, accettandone il rischio di concreta possibilità di verifica²⁴². A identiche conclusioni deve pervenirsi, *a fortiori*, allorché il soggetto sia sorretto da dolo alternativo²⁴³ o indeterminato²⁴⁴.

Viceversa, qualora il compartecipe avrebbe soltanto potuto prevedere, in concreto, la realizzazione del reato diverso o l'abbia prevista ma senza accettarne il rischio, si avrà concorso anomalo²⁴⁵.

Il che pone in rilievo ancora maggiore la particolare delicatezza dell'esatta collocazione delle colonne d'Ercole tra dolo eventuale e colpa cosciente, ma che comunicano tra loro in modo inevitabilmente fluido; sotto diverso angolo prospettico, infatti, l'espansione del dolo eventuale erode l'ambito applicativo della disposizione in commento, finanche al suo completo inabissamento.

Quanto ora esposto costituisce l'approdo del lungo percorso intrapreso da dottrina e giurisprudenza per rendere l'articolo 116 del codice penale coerente con le coordinate dettate dal principio di personalità della responsabilità penale, consacrato nell'articolo 27 comma 1° della Carta fondamentale, di cui giova riepilogare in questa sede, seppur in maniera soltanto cursoria, le tappe salienti.

Già nel 1965 la Consulta, con la sentenza n. 42 del 13 maggio (interpretativa di rigetto), esplicitò che l'iscrizione al compartecipe di un reato diverso da quello

²⁴² V., di recente, Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 9770, in www.neldiritto.it (fattispecie in tema di tentato omicidio in occasione di rissa); anche Sez. II, 21 giugno 2006, n. 23838, in *Guida Dir.*, 2006, 36, p. 87.

²⁴³ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1016; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 116*, II, cit., pp. 263 - 265.

In giurisprudenza, v., tra le tante, Cass. Pen., Sez. VI, 5 dicembre 2011, n. 6214, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252405; Sez. I, 26 ottobre 2011, n. 2652, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 251827; Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 337, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 241574.

²⁴⁴ In questi termini, v: Cass. Pen., Sez. V, 26 maggio 2011, n. 36135, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250936; Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 20667, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 240060.

²⁴⁵ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 116*, II, cit., pp. 263 - 265.

In giurisprudenza, oltre alle pronunce già citate sub nota 130, per la chiarezza della massimazione v.: Cass. Pen., Sez. I, 20 novembre 2000, n. 4399, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 218191.

programmato postulava un nesso psicologico, costituito dalla prevedibilità di quanto effettivamente accaduto come uno sviluppo logico di ciò che si era voluto, secondo l'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani²⁴⁶.

Tale pronuncia segnò una netta evoluzione rispetto alla responsabilità oggettiva trasfusa nell'impostazione codicistica, che stimava il nesso eziologico tra la condotta realizzata e il crimine commesso in concorso di per sé bastevole a imputare a taluno il reato diverso da quello programmato²⁴⁷.

Sul presupposto che al soggetto andasse accollato il rischio di ulteriori e differenti offese recate a beni giuridici insito nell'affidarsi a forze non sempre controllabili, quali le condotte altrui²⁴⁸, si concepiva in sostanza il concorso cd. anomalo come una declinazione nell'ambito della manifestazione plurisoggettiva del reato del principio espresso dal noto brocardo *qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*²⁴⁹.

²⁴⁶ Corte Cost., 13 maggio 1965, n. 42, secondo la quale la giurisprudenza formatasi con riguardo alla disposizione *de qua* già esigeva «la sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza».

²⁴⁷ V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., pp. 482 e ss. ; BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., p. 670; ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Parte generale*, cit., p. 582 ; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 277 ; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 478 ; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 559; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1017.

Come osservano ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 116*, II, cit., p. 261, alcune tesi solo nominalisticamente recuperavano un profilo di colpevolezza. In particolare, LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 197 e ss. (ID., voce *Concorso di persone*, cit., § 7) parla di ratifica preventiva delle future decisioni che l'esecutore prenderà e in tal modo dilata a tal punto il dolo del partecipe da renderlo necessariamente comprensivo di qualsivoglia reato strumentale o in connessione teleologica con quello programmato, sulla base di una presunzione avulsa dal reale coefficiente soggettivo.

Ancor più generico l'oggetto del dolo nell'ambito della disciplina del concorso di persone secondo GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 107 ss., che pare ammettere un *dolus generalis* quando afferma che è sufficiente la consapevolezza di contribuire a un'offesa penalmente rilevante, a prescindere dalle note tipiche di una specifica figura di reato. Tale assunto però collide con l'essenza stessa della responsabilità dolosa.

²⁴⁸ V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 482.

²⁴⁹ V. MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 396 –

Il successivo progresso è consistito nel passare dal minimo coefficiente soggettivo individuato dalla primigenia pronuncia della Corte Costituzionale²⁵⁰ a un positivo vaglio della prevedibilità del reato imprevisto secondo un giudizio di prognosi postuma, svolto sulla scorta di tutte le circostanze del caso concreto e del parametro, tipico della responsabilità colposa, dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*²⁵¹.

Solo in tal modo può, infatti, muoversi un rimprovero personale al concorrente, coerente con l'esigenza che gli elementi più significativi della fattispecie siano a lui ascrivibili quantomeno a titolo di colpa, come statuito dalla Consulta con le miliari sentenze 24 marzo 1988, n. 364, e 13 dicembre 1998, n.

406, che sostiene la permanente immanenza al sistema giuspenalistico di forme di responsabilità oggettiva, intesa come fondata su un giudizio normativo di rimproverabilità personale fondante la colpevolezza, peraltro riconoscendone il carattere eccezionale, con i corollari del divieto di analogia e del dovere di interpretazione restrittiva.

²⁵⁰ V. INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 486; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 523 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 541; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 297; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 534.

²⁵¹ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 523 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 541; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 1018 - 1019; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 534; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 469 e ss.; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 454.

In giurisprudenza, v. Cass. Pen.: Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 9770, cit.; Sez. V, 6 agosto 2013, n. 34036, in www.neldiritto.it (in tema di omicidio seguito a programmata rissa); Sez. I, 15 novembre 2011, n. 4330, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 251849; Sez. V, 8 luglio 2009, n. 39339, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 245152, e Sez. II, 15 gennaio 2009, n. 10098, *ibidem*, Rv. 243303, che valorizzano altresì la personalità dell'imputato; Sez. VI, 13 gennaio 2005, n. 7388, in *Giust. Pen.*, 2006, 8-9, p. 451.

La conclusione esposta nel testo comporta inevitabilmente il rigetto di tesi che portano a ravvisare una *culpa in re ipsa* e in particolare dell'orientamento giurisprudenziale in base al quale può ravvisarsi la violazione di una supposta regola cautelare nell'affidarsi a terzi per il compimento di reati, per l'impossibilità di esercitare un controllo finalistico sulla condotta altrui. Si tratta, invero, di un ritorno all'impostazione originaria del codice Rocco, che prescinde del tutto dall'accertamento di un effettivo coefficiente soggettivo e si pone in insanabile contrasto con il principio di cui all'articolo 27 comma 1° della Costituzione, nell'accezione estesa di responsabilità per fatto proprio. Possono qui richiamarsi Cass. Pen.: Sez. II, 20 ottobre 2005, n. 42328, in *Riv. Pen.*, 2006, 6, p. 693; Sez. I, 25 giugno 1999, n. 10795, (in tema di rapina a mano armata seguita da omicidio), in *C.E.D. Cass.*, Rv. 214113.

1085²⁵².

Al contrario, l'asettico raffronto tra fattispecie astratte potrebbe indurre a presumere stati soggettivi non effettivamente vissuti e ad avvallare conclusioni frutto (avvelenato) del già richiamato principio del *versari in re illicita*²⁵³ o, il che è lo stesso, a ragionare in termini di responsabilità inammissibilmente oggettiva.

L'anomalia della disciplina in oggetto è, dunque, quella di punire a titolo di dolo un soggetto che in realtà versa in colpa, in ossequio al dogma dell'unitarietà della responsabilità concorsuale, giacché l'esito non preventivato (ma preventivabile) si innesta su una base volontaria: il complice, infatti, intendeva commettere un reato in concorso con altri, anche se non quello effettivamente verificatosi²⁵⁴.

²⁵² V. MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., p. 408.

²⁵³ Sembra incorrere in tale errore Cass. Pen., Sez. II, 18 giugno 2013, n. 32644, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 256841, che ravvisa in maniera pressoché tautologica la sussistenza di un prevedibile sviluppo dal delitto di furto a quello di rapina impropria, nonostante la Corte d'Appello competente per territorio avesse valorizzato diverse circostanze fattuali (quali la predisposizione di una borsa con protezioni metalliche per superare i rilevatori magnetici posti all'uscita senza far scattare l'allarme) tali da escluderlo nella fattispecie oggetto di giudizio. Analogamente, Cass. Pen., Sez. II, 6 dicembre 2011, n. 48340, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252057.

Sempre secondo un confronto in astratto tra le fattispecie criminose ascritte all'imputato pare muoversi Cass. Pen., Sez. II, 16 dicembre 2008, n. 3764, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242307, per giungere però a conclusioni opposte, nel senso che esclude la prevedibilità della trasformazione della forza e della violenza usata per consumare la rapina in violenza sessuale, in quanto aventi natura diversa.

²⁵⁴ Infatti, se fosse stato realizzato, ne avrebbe risposto a titolo di dolo. V. PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 277 ; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 561; ID., *Il principio di soggettività e il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, cit., p. 770; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1019; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 116*, II, cit., pp. 265 - 266.

In giurisprudenza, tra le altre, v.: Cass. Pen., Sez. V, 8 luglio 2009, n. 39339, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 245152.

Vale la pena di ricordare che secondo un orientamento l'ipotesi prevista dall'articolo 116 comma 2° del codice penale non sarebbe applicabile all'omicidio preterintenzionale, in quanto trattasi di una forma attenuata di concorso configurabile solo nella ipotesi in cui il concorrente che si vuole anomalo abbia voluto un reato diverso da quello voluto dagli autori materiali e concretamente attuato. Nell'omicidio preterintenzionale, invece, l'evento mortale non è voluto da nessuno dei concorrenti; mentre tutti vogliono le lesioni o come nel caso in esame - le percosse -, onde tutti devono rispondere della morte che eventualmente consegua alla aggressione voluta. Così, Cass. Pen., Sez. V, 2 febbraio 1996, n. 3349, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 204297.

Occorre, in ogni caso, che almeno un altro dei complici (usualmente l'esecutore) versi in dolo rispetto al reato concretamente perpetrato; ne consegue che laddove costui incorra, invece, in un errore sul fatto o sulla sussistenza di una causa di giustificazione ricorreranno le ipotesi disciplinate, rispettivamente, dagli articoli 47 e 59 comma 3° del codice penale, e non già dall'articolo 116 del medesimo codice.

Ciò segna, al contempo, il confine rispetto alla cd. *aberratio delicti*, poiché l'articolo 83 del codice penale concerne ipotesi in cui la difformità rispetto a quanto programmato deriva dall'errore nell'utilizzo dei mezzi di esecuzione o comunque da un'altra causa afferente alla fase esecutiva, né richiede la prevedibilità in concreto del reato diverso²⁵⁵.

Ne consegue che l'istituto dell'*aberratio delicti* potrà trovare applicazione anche nell'ambito di reati perpetrati in concorso, qualora ne ricorrano i presupposti e la realizzazione del reato diverso non fu voluta da alcuno dei partecipi²⁵⁶.

Ovviamente, quanto sinora detto non significa che possa prescindersi dall'accertamento dell'efficacia eziologica dell'apporto fornito rispetto alla realizzazione plurisoggettiva del reato, che deve integrare «*un primo segmento della condotta indirizzato nel senso e verso l'obiettivo originariamente preso di mira*». In altri termini, ai fini dell'ascrizione il nesso obiettivo deve emergere dalla coerenza, almeno parziale, del disvalore espresso dalla situazione finale rispetto a tale iniziale

²⁵⁵ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 477 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 558 e ss..

Contra, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 278; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 1014 - 1015, sostiene l'applicabilità dell'articolo 116 del codice penale tanto in caso di *aberratio delicti* che in caso di *aberratio ictus*, salvo che quest'ultima sia plurilesiva, giacché «*la realizzazione di un reato ulteriore, oltre quello concordato, renderebbe in ogni caso il fatto più grave, mentre l'attenuante del secondo comma prevede come meramente eventuale tale maggiore gravità e sarebbe assurdo intenderla come applicabile solo quando il reato aggiuntivo sia più grave di quello previsto*». Entrambi gli Autori concludono pertanto che deve allora applicarsi l'articolo 83 comma 2° c.p.

Di natura ancipite della figura, a metà strada tra *aberratio delicti*, in quanto si risponde di un reato di titolo diverso rispetto a quello voluto, e *aberratio ictus*, in quanto si risponde a titolo di dolo e non di colpa, parla BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., p. 122 sub nota 3.

²⁵⁶ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 1014.

condotta²⁵⁷.

Pertanto, va in radice esclusa la partecipazione criminosa laddove il crimine in concreto posto in essere dall'esecutore si presenti quale evenienza del tutto anomala rispetto all'antecedente causale costituito dal comportamento del concorrente non esecutore e sia cagionato da fattori eccezionali sopravvenuti, ai sensi dell'articolo 41 comma 2° del codice penale²⁵⁸.

Vale forse la pena di notare che risulta pressoché impossibile ipotizzare un concorso anomalo unilaterale, poiché l'istituto di cui si discute appare calibrato sul previo concerto tra i complici, disatteso da chi tra essi lo ponga successivamente in essere.

Infine, va considerato che, laddove il reato effettivamente commesso sia più grave di quello programmato, il comma 2° dell'articolo 116 del codice penale impone al Giudice di attenuare il trattamento sanzionatorio per chi volle il crimine «meno grave» (o di pari gravità, il che però appare ipotesi scolastica). Ciò, in base a un giudizio ipotetico che confronti la situazione reale con quella concepita dall'agente e tenga conto di eventuali circostanze (operando anche, se del caso, il giudizio di comparazione di cui all'articolo 69 del codice penale)²⁵⁹.

6.2. Il concorso nel reato proprio del soggetto privo di qualifica

6.2.1. Il contributo dell'*intraneus*

Nell'affrontare il tema del concorso del soggetto non qualificato nel reato proprio appare opportuno, per ragioni di sintesi e di chiarezza espositiva, avvalersi in questa sede del consolidato lessico latino, che identifica con '*extraneus*' il concorrente 'comune' e con '*intraneus*' quello portatore di una specifica (e sovente specializzante) qualifica soggettiva.

Preliminare è, altresì, la distinzione tra reato comune, che può essere commesso da chiunque, e proprio, che invece, anche in virtù di una previsione

²⁵⁷ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 122, 122 – 124.

²⁵⁸ V. ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Parte generale*, cit., p. 585.

In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. Pen.: Sez. VI, 5 dicembre 2011, n. 6214, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252405; Sez. I, 24 ottobre 2006, n. 37940, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 235427.

²⁵⁹ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 479; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 116*, II, cit., p. 267.

implicita, può essere commesso soltanto da determinate persone, portatrici per l'appunto di una qualifica (giuridica o naturalistica) preesistente e implicante una particolare relazione con l'interesse offeso, tale da fondare la punibilità stessa del fatto o da comportare che sia integrato un diverso titolo criminoso²⁶⁰.

Non rilevano, invece, le ipotesi in cui la qualifica soggettiva vale soltanto a integrare una circostanza (aggravante o attenuante) o ad escludere la punibilità.

A tale proposito, in dottrina si distinguono tre categorie di reati propri²⁶¹: esclusivi, quando la qualifica determina l'offensività stessa del fatto, altrimenti irrilevante per l'ordinamento; semiesclusivi, qualora la qualifica esprima la specifica offensività del fatto, che in assenza di essa integrerebbe un reato comune; non esclusivi, se il fatto, qualora commesso dal *quisque de populo* costituirebbe comunque un illecito extrapenale²⁶².

Species dei reati propri sono quelli cd. di mano propria, la cui peculiarità risiede nell'esigere che sia il soggetto qualificato a realizzare materialmente la condotta, modalità esecutiva su cui si impernia dunque il disvalore di tali fattispecie (è il caso per esempio dell'incesto o della falsa testimonianza).

²⁶⁰ V. VENAFRO E., voce *Reato proprio*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, pp. 337 ss.; PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 20; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 116 e ss.; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 301 - 302; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, pp. 183 - 184.

Nella giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. Pen., Sez. I, 5 febbraio 1991, n. 4820, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 187201, che precisa che il carattere di reato proprio esclusivo va ricavato «dalla descrizione letterale della condotta materiale o dalla natura del bene o interesse giuridicamente protetto o da altri elementi significativi - ad esempio, particolari rapporti tra autore e soggetto passivo». Rilevò Cass. Pen., Sez. I, 5 novembre 1982, n. 4431, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 158998, che il principio costituzionale di eguaglianza impone che gli interessi tutelati attraverso reati propri siano di rilevanza tale da poter giustificare la posizione più sfavorevole gravante solo sui soggetti qualificati.

²⁶¹ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 117 e ss.

²⁶² *Contra*, svariati autori che obliano la terza categoria. Tra gli altri, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 142, che parlano di reato proprio in senso puro nel caso in cui la condotta deve essere posta in essere dal soggetto qualificato e di reato proprio in senso lato qualora ciò non occorra ma vi sia mutamento di titolo di reato.

Similmente, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pp. 87 e ss. e NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 302 e 975, definiscono la prima ipotesi reato proprio esclusivo e la seconda reato proprio non esclusivo; nello stesso senso paiono orientati, pur senza fornire un'analoga definizione, FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 184.

Tale premessa induce fin da subito a precisare che la disciplina del concorso nel reato proprio è data dall'articolo 110 del codice penale²⁶³, e sul punto è dunque sufficiente rinviare a quanto in precedenza esposto, salve alcune precisazioni legate alle peculiarità della stessa; l'ambito applicativo dell'articolo 117 del codice penale va, di converso, circoscritto ai soli reati propri semiesclusivi²⁶⁴.

Anzitutto, sotto il profilo oggettivo non può accogliersi l'impostazione per la quale la condotta tipica deve necessariamente essere realizzata dall'*intranus*, almeno quale coautore, mentre il ruolo dell'*extraneus* dovrebbe, correlativamente, restare circoscritto all'agevolazione o istigazione del primo. Tanto si evincerebbe, tra l'altro, dalla non riconoscibilità della circostanza attenuante prevista dall'articolo 117 del codice penale nei confronti del soggetto qualificato, che sarebbe peraltro facoltativa in relazione agli altri compartecipi perché, specularmente, non troverebbe spazio applicativo per i correi, ma soltanto per i meri complici²⁶⁵.

²⁶³ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 563; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, Padova, 2012, pp. 97 – 98.

²⁶⁴ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 390. In termini analoghi, seppur parlando di reati propri “non esclusivi”, PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 21, parla di reato proprio a qualifica differenziale e a qualifica fondante, limitando ai primi l'ambito applicativo dell'articolo 117 del codice penale, nonché pp. 31 – MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., p. 615; 40 per il fondamento dell'istituto; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 977; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., p. 106, che parla però di reati propri ‘esclusivi’.

In giurisprudenza, si veda, da ultimo, Cass. Pen., Sez. I, 23 settembre 2008, n. 39292, in *C.E.D. Cass.*, rv. 241129.

Contra, LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., p. 588, sostiene che la disposizione regolamenterebbe tutte le ipotesi di concorso nel reato proprio.

²⁶⁵ V. LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., pp. 590 e ss.; LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 222; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 524; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 405; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, p. 538; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2013, pp. 290 – 291.

In giurisprudenza, v. Cass. Pen., Sez. II, 19 marzo 1992, n. 5522 (in tema di concorso in falso in bilancio), cit., secondo la quale occorre operare una distinzione a seconda che si tratti di concorrenti che agiscono nello stesso modo che se fossero gli attori esclusivi del fatto criminoso ovvero di concorrenti che restano in una posizione subordinata ed accessoria: se l'intraneo rientra nella prima categoria, si ha mutamento del titolo del reato; altrimenti la qualità di intraneo non determina alcuna modificazione sulla qualificazione giuridica del fatto.

Giova riportare qui uno stralcio della motivazione: «(...) la distinzione tra attività di

Sul punto, pare sufficiente osservare che ragioni di coerenza impongono di richiamare al riguardo tutte le riserve già espresse in relazione alla teoria dell'accessorietà, che l'opinione ora richiamata postula²⁶⁶.

Viceversa, se si assume (come in questa sede) che la fattispecie plurisoggettiva eventuale possa essere integrata anche da apporti di per sé tali da costituire soltanto un frammento del fatto tipico di reato, allora è ben possibile ipotizzare che il contributo fornito dall'*intranens* si risolva (proprio e) soltanto nel fornire, per così dire, la qualifica soggettiva di cui lo stesso è latore.

Ogni altro elemento del fatto tipico, e in particolare la condotta penalmente rilevante, ben potrà invece essere concretizzato da chi di tale qualifica sia sprovvisto²⁶⁷, con l'unica eccezione costituita dai già ricordati reati di mano

correati ed atti di mera complicità continua a costituire, contrariamente alle intenzioni dei compilatori del codice del 1930, la base dell'intera disciplina dell'istituto del concorso di persone nel reato. A tal fine rileva il fatto oggettivo che la decisione di commettere il reato sia stata presa direttamente anche dal correo, cosicché l'opera di ciascun correo - sia essa attività di esecuzione in senso tecnico o sia invece attività di semplice preparazione - costituisce l'attuazione concreta della decisione presa in comune da tutti. Al complice, invece, che pur tende alla realizzazione dell'evento criminoso, non appartiene la decisione comune di agire, essendo il contenuto immediato della sua volontà quello di sollecitare in altre persone (autore o coautori) la risoluzione criminosa ovvero di facilitarne l'attuazione. Ne deriva una precisa diversità nel contenuto volitivo dei singoli concorrenti: il dolo del complice ha di mira la realizzazione della fattispecie criminosa decisa da altri, ma "dominus" dell'azione resta sempre e soltanto l'autore (o il correo) perché a lui è concesso di rifiutarsi sin dall'inizio all'istigazione o di cambiare in seguito la propria decisione (...)».

²⁶⁶ V., anche, MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 431 e ss.; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., pp. 100 - 101, secondo la quale i fautori dell'accessorietà adducono esempi nei quali pare mancare persino la tipicità del fatto: se il pubblico ufficiale lascia aperta la cassaforte affinché un comune ladro ne asporti il contenuto, difetta l'appropriazione che concreta il peculato.

²⁶⁷ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 76; INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 493; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 536, 544; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117, II*, cit., pp. 269 - 270.

In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. Pen.: Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255365 (in tema di intermediazione posta in essere dal privato rispetto al delitto di concussione, peraltro erroneamente definita reato di mano propria, categoria parificata dalla sentenza ai reati propri esclusivi); Sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 42109, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 245021 (in tema di rivelazione di segreti d'ufficio e divulgazione successiva alla prima propalazione); Sez. V, 7 dicembre 2000, n. 6894, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 218680 (in tema di falso in bilancio seguito da bancarotta societaria).

propria²⁶⁸.

Nelle altre ipotesi, secondo la tesi preferibile, occorre comunque che l'apporto atipico fornito dall'intraneo esprima il peculiare profilo offensivo connesso alla qualifica soggettiva rivestita, il che non è quando lo stesso risulti fungibile rispetto al contributo del privato, ad esempio laddove il pubblico ufficiale partecipi al trafugamento di beni della Pubblica Amministrazione guidando il veicolo in cui vengono trasportati²⁶⁹.

6.2.2. Colpevolezza e imputabilità dell'*intraneus*

Come per il ruolo esplicato nella realizzazione del reato anche l'imputabilità, la colpevolezza e, più in generale, la punibilità del soggetto munito della qualifica soggettiva specializzante sono tendenzialmente irrilevanti, in virtù dei più volte citati articoli 111, 112 ultimo comma e 119 comma 2° del codice penale, che, invero, non pongono alcuna distinzione tra *intraneus* ed *extraneus*²⁷⁰.

Anche a questo riguardo, tuttavia, fanno eccezione le ipotesi in cui l'offesa all'interesse tutelato riposi sulla dolosa partecipazione alla condotta del soggetto

Contra, LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., § 8; PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus*, cit., pp. 328 e ss., per il quale l'intraneo deve svolgere il ruolo assegnatogli dalla fattispecie di parte speciale. Anche STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, p. 103, secondo la quale poiché il reato proprio si fonderebbe su una situazione qualificata e sull'abuso dei poteri o diritti ad essa inerenti, l'estraneo potrebbe fornire soltanto un contributo atipico.

²⁶⁸ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 77 e 104 e ss.; INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 491; PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., pp. 110 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 269; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., p. 102; PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico*, cit., p. 347; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 544.

²⁶⁹ V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 494.

Secondo FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 483, invece, ciò che rileva è che il dominio finalistico sul delitto sia in capo al soggetto qualificato.

²⁷⁰ V. PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., pp. 67 - 69; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 270. In giurisprudenza, v.: Cass. Pen., Sez. V, 20 luglio 2009, n. 35884, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 244920 (in tema di concorso nella falsità ideologica in certificati commessa da persona esercente un servizio di pubblica necessità, riqualificato quale falso per induzione ai sensi degli articoli 48 e 481 del codice penale); Sez. VI, 18 giugno 2004, n. 36166, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 229948 (in tema di reato di cui all'articolo 151 del codice penale militare in tempo di pace).

qualificato, mancando la quale neppure può parlarsi di tipicità del fatto, come si è perspicuamente osservato²⁷¹.

Per meglio dire, qualora la situazione qualificante è connessa alla peculiare offensività che comportano i poteri/diritti attribuiti al soggetto che ne è latore, non occorre la colpevolezza dell'intraneus²⁷²; vale l'opposto, se la qualità attribuisca particolare rilievo alla violazione di un dovere personale²⁷³.

Si pongono, dunque, come problematici i casi in cui il *quisque de populo* induca in errore o approfitti di quello in cui l'*intraneus* sia già incorso da sé²⁷⁴. Peraltro, certa dottrina opina che soltanto nella prima ipotesi opererebbe l'articolo 48 del codice penale, quale deroga ai principi generali vigenti in materia concorsuale, in quanto consentirebbe di punire l'ingannatore²⁷⁵.

In altre parole, sarebbe discriminante la fonte dell'errore, come se nel caso in cui il malinteso fosse ingenerato da un *decipiens*/“*Hintermann*” il più robusto coefficiente soggettivo di questi valesse a compensare la carenza del dolo postulato dal “*Tatbetstand*” in capo al *deceptus*.

Occorre osservare, sul punto, che l'unico motivo per differenziare le due situazioni sul piano del trattamento sanzionatorio parrebbe essere l'accoglimento della tesi dell'autorità mediata: il coefficiente soggettivo dell'ingannatore verrebbe in

²⁷¹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 77; INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 493; PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., pp. 67 – 69; ID., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus*, cit., pp. 313 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 564; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117, II*, cit., p. 270.

²⁷² V. INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 493.

²⁷³ V. VENAFRO E., voce *Reato proprio*, cit., p. 343; SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., pp. 403 e ss.; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., p. 105.

²⁷⁴ Come rilevato da MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 544, nonché da ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117, II*, cit., p. 271, non convince la tesi secondo la quale il soggetto qualificato che partecipi alla commissione di uno qualsiasi dei reati dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione debba sempre versare in dolo, sostenuta da PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus*, cit., p. 326.

Occorre, piuttosto, verificare se l'interesse tutelato possa essere leso anche a prescindere dalla sussistenza in capo all'*intraneus* di simile coefficiente soggettivo.

²⁷⁵ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 77 ; PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., pp. 115 e ss.

rilievo in luogo di quello dell'ingannato; ciò, in quanto il primo sarebbe il reale fautore del reato, mentre il secondo rivestirebbe il ruolo dello "strumento doloso privo di intenzione"²⁷⁶.

Una simile lettura viola però il principio di tipicità, dato che si pone in radicale contrasto con l'opzione legislativa, che individua precisamente il soggetto che deve porre in essere la condotta con dolo.

Più in generale la stessa dogmatica dell'autore mediato²⁷⁷, di derivazione germanica, è stata da tempo oggetto di critiche insuperabili, che inducono a non accoglierla, secondo la posizione espressa d'altronde in modo pressoché unanime dalla dottrina italiana²⁷⁸.

In estrema sintesi va, infatti, ricordato che, a prescindere dal fatto che una simile figura non gode di un esplicito riconoscimento normativo (diversamente da quanto avviene in Germania con l'articolo 25 comma 1° dello *Strafgesetzbuch*²⁷⁹), l'autore mediato comunque sarebbe punibile in base alla concezione plurisoggettiva

²⁷⁶ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 110*, II, cit., p. 163, anche per i riferimenti alla dottrina tedesca.

²⁷⁷ Come scrisse WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1969, p. 101: «L'autore - scrive Welzel - non ha bisogno di eseguire il fatto in ogni fase di propria mano; egli può servirsi non soltanto di strumenti meccanici, ma anche impiegare per i propri scopi la condotta di un altro, nel mentre mantiene presso di sé la signoria sulla realizzazione del fatto». La traduzione è di PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.

²⁷⁸ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 70 e ss.; PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 54 e ss.; PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., pp. 52 e ss.; INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., pp. 448 e ss.; BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., pp. 664 e ss.; ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 559; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., pp. 567 e ss.; CADOPPI A. - VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 420; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 502; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 508; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 110*, II, cit., pp. 163 - 167.

Contra, LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 73 e ss.; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 508 e ss., pp. 571 - 575, per i quali, però, la figura dell'autore mediato «non può essere utilizzata al di là delle ipotesi normative che siano contrassegnate dall'esclusiva signoria del fatto - nel senso proprio del dominio finalistico della causalità».

²⁷⁹ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 110*, II, cit., p. 163.

eventuale²⁸⁰, con il che ne viene meno la ragione fondante.

Era la teoria dell'accessorietà nella sua accezione estrema che impediva di concepire quale autore l'“*Hintermann*”, il quale non pone in essere il fatto tipico di parte speciale, ma determina un incapace, trae in inganno o costringe con violenza e minaccia taluno a commettere un reato, che non può ascriversi al soggetto eterodeterminato, non imputabile o privo del necessario coefficiente soggettivo²⁸¹.

Anzi, gli articoli 111 e 112 del codice penale consentono anche di adeguare il trattamento sanzionatorio all'importanza del ruolo esplicito²⁸².

Soprattutto, la tesi in commento appare viziata da un'aporia di fondo, dal momento che nega il significato penalistico della condotta tipica dell'esecutore, affermandolo invece per quella dell'autore mediato, priva degli elementi tali da comportare la punibilità di quest'ultimo²⁸³.

Chi, cioè, strumentalizza taluno che agisca senza coscienza e volontà deve più correttamente essere considerato autore vero e proprio (e non mediato) della condotta²⁸⁴.

²⁸⁰ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 77 ; CAMAIONI S., *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, cit., pp. 1069 ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 110*, II, cit., p. 164. Il che rende quanto mai appropriata la definizione dell'autore mediato quale “un omuncolo distillato dagli alambicchi della dottrina penalistica”, di HOEGEL, *Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz*, in Z.Str.W., 1916 (XXXVII), pp. 651 e ss, citato e tradotto da PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss.

²⁸¹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 70 e ss.; SINISCALCO M., voce *Autore mediato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, § 4, enuclea le ipotesi che indussero i fautori della teoria dell'accessorietà estrema ad elaborare la figura dell'autore mediato; PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., pp. 13 e ss.; SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, pp. 126 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 110*, II, cit., p. 162.

²⁸² V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 110*, II, cit., pp. 163 - 164. Nota PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss., che l'accoglimento della teoria dell'autore mediato finirebbe, viceversa, col beneficiare quest'ultimo, giacché, uscendo dall'orbita concorsuale, si sottrarrebbe anche alla circostanza aggravante prevista dall'articolo 111 comma 1° del codice penale.

²⁸³ V. PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 56; BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., p. 665.

²⁸⁴ V. PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 56; BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., p. 665; SEMINARA S., *Tecniche*

Anche gli articoli 46, 48, 51 commi 2° e 4°, 54 ultimo comma e 86 del codice penale, talora invocati a riscontro dell'accoglimento della categoria *de qua* nel nostro ordinamento, costituiscono invece specifiche previsioni che, a prescindere dall'autorità mediata, fondano la responsabilità del determinatore in virtù dell'innesto sulle singole fattispecie di reato e, come si è detto in precedenza, integrano ipotesi speciali di concorso di persone²⁸⁵.

6.2.3. Consapevolezza della qualifica soggettiva dell'*intranseus*

Sempre in base ai principi generali dettati dall'articolo 110 del codice penale un soggetto non qualificato può partecipare alla commissione di un reato proprio esclusivo, purché sia consapevole della peculiare qualificazione soggettiva dell'*intranseus*, che deve dunque essere oggetto del dolo²⁸⁶.

normative e concorso di persone nel reato, pp. 350 e ss. ; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 110*, II, cit., p. 165.

Contra, FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 570.

²⁸⁵ V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 452; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 560 e ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 458; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 536 e ss.; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 978; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 110*, II, cit., pp. 165 - 166;.

Si tratterebbe di ipotesi di concorso necessario per GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 73, 130 e ss., e SINISCALCO M., voce *Autore mediato*, cit., § 8. *Contra*, PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., pp. 190 - 191, che osserva che, diversamente da quanto accade nelle fattispecie plurisoggettive necessarie, qui l'offensività non dipende dalla molteplicità di soggetti. ID., *La concezione finalistica dell'azione*, cit., pp. 395 e ss., afferma che le fattispecie in commento servono «a definire i limiti della non punibilità del soggetto determinato quando la condotta di determinazione si sia espressa in modi che incidono sulla volontà o sulla rappresentazione del determinato».

Ancora differente è la posizione di FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 574 - 575, che, pur opinando nel senso della configurabilità della categoria dell'autore mediato, ritengono che la stessa non ricorra nelle ipotesi di cui agli articoli 51 comma 2° e 54 comma 3° del codice penale, poiché chi esegue l'ordine o subisce la minaccia sceglie di commettere il reato; ha, cioè, il dominio finalistico sull'azione che secondo gli Autori lo rende "autore" del fatto. Il determinatore, tuttavia, resterebbe punibile quale "co-autore". Nell'ipotesi di cui all'articolo 86 del codice penale, invece, si avrebbe autorità mediata laddove l'incapacità di chi commette il reato sia tale da escludere ogni volontà e, al contrario, concorso allorquando il soggetto determinato sia comunque in grado di assumere decisioni.

²⁸⁶ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 104; INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 497; PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intranseus e dominio finalistico*, cit., p. 350; BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., p. 677 ; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pp. 278 e ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 525 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*,

Come si è osservato, tanto si evince dal disposto dell'articolo 1081 comma 1° del codice della navigazione che, nel disciplinare il “*Concorso di estranei in un reato previsto dal presente codice*”, prevede che, fuori del caso regolato dall'articolo 117 del codice penale, quando per l'esistenza di un reato contemplato da detto codice è richiesta una particolare qualità personale inerente al colpevole, coloro che vi hanno preso parte senza possederla ne rispondono se ne hanno avuto conoscenza.

Dalla clausola di riserva con cui si apre la disposizione in commento si desume, dunque, che principio generale in materia di concorso di persone è che in capo al complice deve sussistere la consapevolezza del requisito qualificante o per meglio dire della situazione che lo stesso richiama e che rende possibile la commissione del reato (a titolo esemplificativo, la disponibilità della cosa in ragione del Pubblico Ufficio rivestito)²⁸⁷.

Resta, quindi, includibile che l'*extraneus* si conduca nella consapevolezza e volontà di concorrere con altri e sia altresì in dolo rispetto al reato comune che si prefigura di commettere. Pertanto, se l'errore o l'ignoranza vertessero su altri elementi del fatto il meccanismo di estensione della responsabilità per il reato proprio non potrebbe operare²⁸⁸.

L'articolo 117 del codice penale pone, per l'appunto, un'eccezione alla disciplina del dolo, dato che consente di prescindere, seppur con esclusivo riferimento alla qualifica soggettiva rivestita dall'*intranus*²⁸⁹, che, perché si applichi

cit., p. 543; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 977; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 268; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., p. 99, che peraltro precisa che la conoscenza deve avere ad oggetto la situazione qualificata; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 406.

²⁸⁷ In questi termini, STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, pp. 99, 103 – 104.

²⁸⁸ V. LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, p. 587; MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, cit., p. 616; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 273.

²⁸⁹ V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 492; BETTIOL G. - PETTOELLO ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Parte generale*, p. 577; PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intranus e dominio finalistico*, cit., pp. 334, 351; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 526; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 545, che peraltro ritiene superflua la consapevolezza della qualifica in relazione ai reati propri non esclusivi; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate*

la disposizione ora citata, l'estraneo deve ignorare²⁹⁰.

Pertanto, la condotta tipica potrà essere realizzata anche dal soggetto comune, mentre l'*intraneus* dovrebbe essere sorretto dal dolo rispetto alla propria qualifica e alla fattispecie speciale che ne deriva, giacché non a caso a disposizione in commento lo definisce «colpevole»²⁹¹.

Diversamente opinando, si sostiene, il soggetto qualificato verrebbe chiamato

dalla situazione soggettiva, cit., pp. 109 – 110; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 406; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., pp. 269, 272.

Contra, nel senso di ritenere sempre necessaria la conoscenza della qualifica soggettiva attribuita al concorrente, in contrasto però con l'argomento sistematico ritraibile dall'articolo 1081 del codice della navigazione, LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 215 216, e ID., voce *Concorso*, § 8, argomentando dalla disparità di trattamento che si verrebbe a produrre tra l'intraneo e l'estraneo, in quanto soltanto il primo potrebbe giovare dell'errore o ignoranza sulle proprie qualità. Inoltre, sotto il profilo storico, l'articolo 117 del codice penale dovrebbe leggersi in continuità con l'articolo 66 del codice Zanardelli, che esplicitamente richiedeva la consapevolezza in capo ai concorrenti delle «*circostanze materiali che aggravano la pena*». Su questo specifico punto ha replicato, condivisibilmente, PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus*, cit., pp. 328 e ss., che l'omessa previsione può intendersi come deliberata scelta di abbandono del requisito soggettivo e che le circostanze materiali sono state trasfuse nell'articolo 116 e non nell'articolo 117 del codice penale vigente. Si veda anche FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 122, 537.

Ancora differente la posizione di GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 109: come con riferimento all'articolo 116 del codice penale, anche per la disposizione in commento l'illustre Autore reputa che si tratti di epifania della categoria soggettiva del cd. *dolus generalis*, il cui oggetto prescinde dalle peculiarità della singola fattispecie di reato. Va ribadito, al riguardo, che si tratta di concezione incompatibile con la più generale dogmatica del dolo.

²⁹⁰ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 390. In termini analoghi, seppur parlando di reati propri "non esclusivi", NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 977.

²⁹¹ V. SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 397; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., pp. 273 – 274.

Contra, Cass. Pen., Sez. II, 19 marzo 1992, n. 5522, cit., che seguendo come si è già visto un iter logico giuridico improntato alla tesi dell'accessorietà estrema, affermò che in tema di concorso nel reato di false comunicazioni sociali (articolo 2621 del codice civile) il richiamo operato dall'articolo 117 del codice penale alle condizioni o qualità personali del colpevole o ai suoi rapporti con l'offeso non si riferisce ad uno qualsiasi dei concorrenti, ma ad un concorrente che agisca in maniera analoga a quella che, nei casi di esecuzione monosoggettiva dell'illecito, contraddistingue l'autore. Tra le persone che concorrono nel reato occorrerebbe perciò distinguere a seconda che si tratti di concorrenti che agiscono nello stesso modo che se fossero gli attori esclusivi del fatto criminoso e chi resti in una posizione subordinata ed accessoria: solo se l'intraneo rientra nella prima categoria, si potrebbe avere mutamento del titolo del reato.

a rispondere a titolo di responsabilità oggettiva, in ovvio contrasto con l'articolo 27 comma 1° della Costituzione²⁹².

Si tratta, quindi, un'ipotesi di concorso anomalo, poiché l'estraneo è chiamato a rispondere oggettivamente²⁹³ dell'aggravamento sanzionatorio usualmente connesso al carattere proprio del reato. Nell'impianto originario del codice Rocco, basato sul principio di unitarietà del titolo di reato concorsuale, infatti, gli articoli 116 e 117 erano espressione del più volte richiamato principio del *versari in re illicita*; soltanto la prima previsione, però, ha recuperato uno spessore soggettivo, attraverso l'evoluzione giurisprudenziale di cui si è dato conto.

Per tale motivo parte della dottrina propugna un'interpretazione costituzionalmente conforme anche dell'articolo 117, invocando l'accertamento di un coefficiente di colpa alla base dell'ignoranza o dell'errore sulla qualifica soggettiva dell'*intraneus*, secondo l'insegnamento delle già citate sentenze 24 marzo 1988, n. 364, 13 dicembre 1988, n. 1085, che si spinga oltre il dato letterale allo scopo di salvaguardare il fondamentale principio di personalità della responsabilità penale²⁹⁴.

A ben vedere, però, la tesi della fattispecie plurisoggettiva eventuale consente di ravvisare una partecipazione penalmente rilevante tanto nell'ipotesi di reato proprio esclusivo che in quella di reato proprio semiesclusivo, allorquando l'intraneo ignori la propria qualifica soggettiva e questa sia invece nota a uno dei

²⁹² V. PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., p. 113.

²⁹³ V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 492; PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., pp. 32 – 62; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 564; ID., *Il principio di soggettività e il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva*, cit., p. 770, parla di responsabilità oggettiva per altro elemento del fatto, diverso dall'evento; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 481.

²⁹⁴ V. PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., pp. 57 – 62, 382 e ss.; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 272; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 406. Valorizza gli approdi dottrinali e giurisprudenziali in tema di articolo 116 del codice penale STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., pp. 113 – 114, la quale ravvisa un rapporto di genere a specie tra le due disposizioni in commento; in particolare, l'elemento specializzate sotteso all'articolo 117 del codice penale sarebbe dato dalla commissione di un reato proprio. Sulla sussistenza di un simile rapporto, si veda anche PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 48.

sodali, salvo sempre il caso in cui la conoscenza della stessa non sia indispensabile a fini dell'offesa²⁹⁵.

Ciò comporta che il soggetto qualificato, convinto di commettere un reato comune, può essere chiamato a rispondere del reato proprio in virtù del più articolato e completo dolo del concorrente, proprio ai sensi dell'articolo 117 del codice penale²⁹⁶.

Resta solo da osservare che la disposizione in commento funge da meccanismo di estensione di responsabilità attraverso il mutamento della qualificazione giuridica del fatto commesso in concorso, che comunque costituirebbe reato; sotto tale profilo si distingue, pertanto, dal precedente articolo 116, che invece si fonda sulla diversità empirica del crimine realizzato rispetto a quello previsto e voluto da taluno dei concorrenti²⁹⁷.

6.2.4. L'attenuante discrezionale di cui all'articolo 117 del codice penale

L'articolo 117 del codice penale contempla, come noto, anche una circostanza attenuante, indefinita ma non facoltativa, per chi non sia titolare della qualifica soggettiva che muta il titolo di reato, al fine di mitigarne la maggiore gravità, valutata in concreto sulla base anche delle aggravanti e attenuanti ravvisabili nella fattispecie, nonché degli esiti del giudizio di bilanciamento delle stesse²⁹⁸.

La *ratio* della previsione risiede nel minore coefficiente di colpevolezza

²⁹⁵ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 977.

²⁹⁶ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 978.

²⁹⁷ V. Relazione al codice penale, cit., n. 142.

In dottrina, v.: INSOLERA G., voce *Concorso di persone*, cit., p. 492; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., pp. 271 - 272; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., p. 113, che infatti ritiene che la situazione qualificata soggettiva comporti diversi di fatto tipico, non di fatto concreto.

In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. I, 23 settembre 2008, n. 39292, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 241129, in tema di falsità materiale in atto pubblico consistita nella sostituzione, in un verbale, degli estremi identificativi di una autovettura, operata da un ufficiale dei carabinieri in concorso con un privato cittadino.

²⁹⁸ V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 546; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 274.

Contra, STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., pp. 114, 116, parla di attenuante "facoltativa" e ritiene che il Giudice possa non concederla laddove la carenza sotto il profilo soggettivo sia controbilanciata da una significativa partecipazione oggettiva.

ravvisabile in capo a chi ignori la qualità di *intranseus* del concorrente²⁹⁹, e non già nell'aver rivestito il ruolo di mero complice e non di coautore nella commissione del crimine³⁰⁰; questa seconda impostazione, infatti, postula l'accettazione della teoria dell'accessorietà, estranea al nostro ordinamento, come si è detto ripetutamente.

In una posizione intermedia pare porsi una pronuncia di legittimità che ritiene valorizzabili, al riguardo, sia il confronto dei rispettivi apporti dell'intraneo e dell'estraneo al reato specifico contestato che i criteri generali dettati dall'articolo 133 del codice penale³⁰¹.

§

7. La comunicabilità delle circostanze ai concorrenti nel reato, con specifico riferimento all'*extraneus*

Come noto, la l. 7 febbraio 1990, n. 19, è intervenuta sul regime di imputazione delle circostanze del reato, modificando radicalmente gli articoli 59 e 118 del codice penale, avvinti da un indiscutibile legame³⁰² nel disciplinare le circostanze relative alla fattispecie base (e non quelle precipuamente dettate in relazione al concorso dagli articoli 111, 112, 114, 116, 117 del medesimo codice), o, come si è scritto, le sole circostanze nel concorso e non anche le circostanze del concorso³⁰³.

²⁹⁹ V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 492; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 527; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 977; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 274; STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, cit., p. 116.

³⁰⁰ V. LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 225 e ss.; ID., voce *Concorso*, § 8.

In giurisprudenza, v. Cass. Pen., Sez. II, 19 marzo 1992, n. 5522, cit., che al riguardo statui che «*In tema di concorso di persone nel reato, ai fini della concessione dell'attenuante discrezionale prevista nell'ultima parte dell'articolo 117 cod. pen. il giudice deve utilizzare il criterio della distinzione dei compartecipi in correi o meri complici, essendo la possibile diminuzione di pena riservata ai soli complici accessori*».

³⁰¹ V. Cass. Pen., Sez. I, 10 dicembre 1993, n. 2167, in C.E.D. Cass., Rv. 197562.

³⁰² V. Rel. cod. pen., n. 143, cit., e, nella dottrina, ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 277.

³⁰³ V. DE FRANCESCO G.A., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione*, cit., pp. 328 e ss. PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 280; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*.

Il previgente regime prevedeva la comunicabilità a tutti i concorrenti delle circostanze oggettive, come enunciate dall'articolo 70 del codice penale (sia che incrementassero sia che attenuassero il trattamento sanzionatorio).

Quanto alle circostanze soggettive, invece, l'estensione era circoscritta alle sole aggravanti cd. oggettivizzate, vale a dire che avessero agevolato in concreto la commissione del reato, e ciò anche ai fini della procedibilità e dell'applicazione di pene accessorie³⁰⁴.

Attualmente, l'articolo 118 del codice penale esclude la comunicabilità, per così dire, automatica delle circostanze «*concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e (...) inerenti alla persona del colpevole*» (ossia recidiva e imputabilità), nel senso che queste potranno applicarsi soltanto al concorrente che le conosca o ignori per colpa, secondo quanto disposto dall'articolo 59 del medesimo codice³⁰⁵.

Argomentando *a contrario*, se è ancora valido (come pare senz'altro) il riferimento sistematico all'articolo 70 del codice di diritto sostanziale, sembrerebbe allora possibile estendere a tutti i concorrenti le altre circostanze che tale disposizione elenca al n. 2, vale a dire quelle afferenti a condizioni e qualità personali del colpevole³⁰⁶ o a rapporti fra il colpevole e l'offeso.

In altre parole, il nuovo regime consentirebbe una più ampia trasmissibilità

Parte generale, cit., p. 1002.

³⁰⁴ V. MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. II, cit., pp. 612 e ss.; LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., p. 598 ; INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 409.

Ovviamente, un simile criterio di riparto poteva dare adito a incertezze circa la collocazione di una circostanza nell'una o nell'altra categoria; la questione poteva divenire di ancor più complessa soluzione laddove si ammettesse la terza classe, per così dire intermedia, delle circostanze miste.

³⁰⁵ In questi termini, tra le altre, Cass. Pen.: Sez. I, 28 settembre 2011, n. 13596, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252348 (in tema di articolo 61 n. 1 del codice penale); Sez. I, 10 luglio 2007, n. 40237 (in tema di articolo 577 n. 3 del codice penale).

Contraria la dottrina che ritiene che in ogni caso dette circostanze non si estendano ai compartecipi. V. DE FRANCESCO G.A., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione*, cit., pp. 328 e ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 280; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 484; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 570 ; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 1002 - 1003.

³⁰⁶ Riprende espressamente la distinzione Sez. V, 19 settembre 2012, n. 46340, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253640 (in tema di articolo 605 comma 2° n. 2 del codice penale).

delle altre circostanze soggettive rispetto al passato, valorizzando una volta di più l'assioma dell'unitarietà della responsabilità concorsuale³⁰⁷.

Ragioni di coerenza sistematica impongono, però, di tenere conto dei criteri di imputazione dettati dall'articolo 59 del codice penale come riformato nel 1990 e del principio di personalità della responsabilità penale: pertanto, mentre le circostanze attenuanti annoverabili tra quelle di cui all'articolo 70 n. 2 del codice penale opereranno obiettivamente per tutti i compartecipi, quelle aggravanti postuleranno in ogni caso che il singolo concorrente le conosca o le ignori per colpa³⁰⁸.

Diversamente opinando, si produrrebbe il paradossale effetto di affermare la sussistenza di alcune circostanze per i correi e non per la persona cui si riferiscono, se soltanto per quest'ultima si applicasse il regime generale di imputabilità³⁰⁹.

Parte della dottrina e della giurisprudenza, tuttavia, suggeriscono un'ulteriore limitazione in relazione alle circostanze soggettive non richiamate nell'articolo 118 del codice penale, in sostanza recuperando il regime anteriore alla riforma e richiedendo ai fini della comunicabilità una loro oggettivizzazione; altrimenti, l'estensione sarebbe ingiustificata, in quanto si tratta di aggravamenti sanzionatori basati su un disvalore prettamente individuale³¹⁰.

Tale ulteriore limitazione appare conforme a Costituzione, giacché sarebbe

³⁰⁷ V. ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 279.

³⁰⁸ In dottrina, DE FRANCESCO G.A., *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 328 e ss.; ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 410; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 403; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 571; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 371; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 457. Nella giurisprudenza di legittimità v., *ex multis*, Cass. Pen.: Sez. II, 20 dicembre 2012, n. 3428, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254776 (sull'aggravante di cui all'articolo 7 della legge n. 203 del 1991); Sez. V, 19 settembre 2012, n. 46340, cit. (in tema di articolo 605 comma 2° n. 2 del codice penale).

³⁰⁹ V. MELCHIONDA A., voce *Circostanze del reato*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, 2, Milano, 2006, pp. 893 - 906.

³¹⁰ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 528 - 529; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 550, 571; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 531; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 278.

In giurisprudenza, si veda Cass. Pen., Sez. II, 19 febbraio 2013, n. 22136, in *Cass. Pen.*, 2014, 4, pp. 1190 e ss.

irragionevole «in difetto di apprezzabili giustificazioni, neanche enunciate (articolo 3 Cost.), l'immotivata compressione della libertà personale (articolo 13 Cost.), in evidente difetto di esigenze rieducative (articolo 27, comma 3°, Cost.), del concorrente nel reato attraverso l'assoggettamento ad un aumento della durata della detenzione conseguente all'estensione, nei suoi confronti, di una circostanza aggravante strettamente inerente alla persona di un concorrente che non abbia (come nella specie può ritenersi pacifico) agevolato la commissione del reato»³¹¹.

Si esclude, altresì, l'estensione ai concorrenti delle circostanze aggravanti di cui all'articolo 112, nn. 2, 3 e 4 del codice penale, che, pur non essendo incluse nel novero di quelle richiamate dall'articolo 118 del codice penale, rispondono all'esigenza di differenziare il trattamento sanzionatorio dei concorrenti, intrinsecamente in conflitto con la comunicabilità³¹².

È invece chiara la distinzione dell'ambito di operatività degli articoli 117 e 118 del codice penale: le circostanze, per definizione, valorizzano elementi fattuali a fini prettamente sanzionatori, non comportando il mutamento del titolo di reato, che dipende da un elemento costitutivo (la qualifica soggettiva).

A titolo esemplificativo, non vale a modificare la qualificazione giuridica il fatto che la violazione di sigilli sia posta in essere dal custode, così integrando l'aggravante contemplata dall'articolo 349 comma 2° del codice penale. Perciò, alla luce delle coordinate in precedenza esposte, il trattamento sanzionatorio verrà inasprito nei confronti di tutti i complici laddove la prerogativa in questione sia servita ad agevolare l'esecuzione del reato³¹³.

§

8. Il limite ultimo del concorso nel reato

Predominante in dottrina e giurisprudenza è l'opinione per la quale non sia

³¹¹ V. Cass. Pen., Sez. II, 19 febbraio 2013, n. 22136, cit., punto 5.4 della motivazione.

³¹² V. MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. II, cit., p. 594; PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1988, p. 204; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 556 ; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, sub articolo 117, II, cit., p. 279.

In giurisprudenza, v. Cass. Pen., Sez. II, 19 febbraio 2013, n. 22136, cit., punto 5.3 della motivazione.

³¹³ In tal senso, in giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. III, 18 ottobre 2011, n. 5029, in *C.E.D. Cass.*, rv. 252086. In termini analoghi Cass. Pen., Sez. V, 19 settembre 2012, n. 46340, cit. (in tema di articolo 605 comma 2° n. 2 del codice penale).

concepibile una complicità sopravvenuta nel reato, dato che «*la consumazione del reato e l'esaurimento del tentativo segn[erebbero] il limite oltre il quale non è più possibile una qualsiasi attività di partecipazione al reato*», ma, laddove ne ricorrano gli elementi costitutivi, un'autonoma fattispecie (solitamente, di favoreggiamento personale o reale oppure di ricettazione e, d'ora innanzi, anche di autoriciclaggio)³¹⁴.

Uno dei principali argomenti a favore di questa lettura, come noto, è la

³¹⁴ V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 973.

Contra, LATAGLIATA A.R., voce *Concorso*, cit., § 6, afferma che la ricettazione come il favoreggiamento reale e personale si distinguono dal concorso di persone solo sul versante soggettivo.

In giurisprudenza, possono richiamarsi Cass. Pen., Sez. II, 13 aprile 2011, n. 23395, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250689 (in tema di utilizzo di bene unitamente agli autori del reato di ricettazione da parte di terzo estraneo); Sez. I, 3 novembre 1993, n. 4607, cit., la cui massima appare opportuno riportare per l'esemplare chiarezza: «*in tema di concorso di persone nel reato, non può costituire concorso, salvo che l'attività addebitata al reo non si ricollegi ad un proposito manifestato in precedenza, quella realizzata successivamente alla commissione del reato, e cioè dopo che questo sia stato consumato o tentato; mentre, invece, si ha concorso quando taluno si inserisce con la propria attività cosciente e volontaria tra l'attività da altri iniziata e svolta e l'evento non ancora verificatosi*».

Tale concezione è il frutto di un'evoluzione storica del pensiero penalistico, ottimamente compendiata da BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 5 – 62.

In estrema sintesi, spetta a Bartolo di Sassoferrato l'intuizione di un ulteriore criterio, oltre a quello cronologico che distingueva a seconda che l'apporto fosse intervento “*ante delictum*”, “*in ipso delictum*” o “*post delictum*”; secondo il giurista marchigiano, occorre porre attenzione alle modalità dell'azione ausiliatrice, per cui concorsuale potrebbe essere l’“*auxilium ad committendum*” e non già quello “*ad evadendum*”. Peraltro i due parametri dovrebbero combinarsi, giacchè, in ogni caso, una volta ultimato il reato la prima tipologia di apporto non sarebbe stata ipotizzabile.

Lo stesso BIANCHI M., op. ult. cit., pp. 13 – 32, reputa che i giusnaturalisti si affidassero invece al criterio causale cronologico, filtrato attraverso l'Illuminismo nelle prime codificazioni, con l'eccezione forse della Legge napoletana sui delitti e sulle pene del 1808, che estendeva la complicità alla partecipazione del lucro del delitto nonché all'aiuto fornito *a posteriori* al reo.

È ovviamente troppo presto per dire quale sarà il successo applicativo del cd. autoriciclaggio, introdotto dalla Legge 15 dicembre 2014, n. 186 (pubblicata in G.U. il 17 dicembre 2014) con l'articolo 648-ter.1 del codice penale. Per un primo sguardo sulla nuova fattispecie delittuosa, si vedano MUCCIARELLI F., *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 dicembre 2014; SGUBBI F., *Il nuovo delitto di “autoriciclaggio”: una fonte inesauribile di “effetti perversi” dell'azione legislativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2014; PIERGALLINI C., *Osservazioni sulla introduzione del reato di autoriciclaggio* – Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 30 luglio 2014 – Proposta di legge c. 2247 in materia di emersione e rientro dei capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale, in www.camera.it.

clausola “fuori dai casi di concorso nel reato” contenuta negli articoli 378, 379, 648, 648-bis, 648-ter, 648-ter.1 del codice penale³¹⁵.

Il criterio cronologico, peraltro, aveva un peso determinante anche nel codice Zanardelli, che all’articolo 64 ravvisava il concorso nell’aver facilitato l’esecuzione del reato prestando assistenza o aiuto prima o durante il fatto e all’articolo 225 concepiva il favoreggiamento soltanto dopo che fosse stato commesso un delitto³¹⁶.

Tuttavia, l’accoglimento del criterio ezio-crono-logico postula, da un lato, che sia correttamente definito l’ambito di durata del reato rispetto al quale il contributo può esplicare un effetto causale e, dall’altro, che non si incorra in presunzioni che, parafrasando il brocardo invalso per un certo tempo con riferimento alla spiegazione causale, finiscano con il desumere che “*dum hoc, propter hoc*”.

Quanto al primo profilo, va osservato che già Bartolo di Sassoferrato aveva intuito, sia pure con precipuo riferimento alla fattispecie di furto, che l’apporto “*ad committendum*” non potesse aver luogo una volta che il ladro si fosse spogliato della refurtiva.

³¹⁵ Con riferimento al favoreggiamento personale, esemplare è il recente arresto delle Sezioni Unite, in base al quale nei reati permanenti (oggetto del giudizio era una condotta di illecita detenzione di sostanze stupefacenti) qualunque agevolazione del colpevole, posta in essere prima che la condotta di questi sia cessata, si risolve - salvo che non sia diversamente previsto - in un concorso nel reato, quanto meno a carattere morale. Si tratta di Sez. Un., 24 maggio 2012, n. 36258, in *Cass. Pen.*, 2013, 2, pp. 515 e ss., in *Guida dir.*, 2012, 40, pp. 40 e ss., in *Dir. Pen. E Proc.*, 2012, 12, pp. 1488 e ss.

Contra, BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., p. 49, che condivisibilmente sostiene che la lettera della locuzione in commento non è del tutto univoca, mentre sarebbe risultata ben più chiara la parentetica “dopo che fu commesso un delitto”, nonché sub nota 210 (pp. 49 – 50), per le considerazioni dogmaticamente pregevoli in tema di autofavoreggiamento dell’innocente.

Critiche, queste, estensibili anche all’inciso «*avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo*» di cui all’articolo 648-ter.1 del codice penale, che peraltro suona pleonastico alla luce del principio di unitarietà della responsabilità concorsuale, posto che in base alle regole generali anche il concorrente commettere il reato in virtù del combinato disposto dell’articolo 110 e della singola disposizione incriminatrice.

³¹⁶ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 30 – 32, in particolare sub note 126 e 127 per il testo delle disposizioni in questione. *Ibidem*, pp. 32 – 43, per una sintesi del pensiero dei giuristi dell’800. Il testo integrale del codice Zanardelli è reperibile anche all’indirizzo internet: http://archive.org/stream/codicepenaleedioitalgoog/codicepenaleedioitalgoog_djvu.txt.

Tale idea fu poi sviluppata da Francesco Carrara, che distinse tra delitto consumato in termini giuridici e delitto compiuto anche ontologicamente, in modo da precludere all'apporto eventualmente reso qualsivoglia efficacia eziologica sotto il profilo naturalistico; per questo nei reati che concepivano la prosecuzione dell'offesa (che l'illustre giurista toscano definiva reati "successivi"), il contributo poteva consistere nell'agevolare proprio detta prosecuzione³¹⁷.

O, utilizzando una terminologia più moderna, nel protrarne la permanenza e, con essa, la lesione del bene giuridico tutelato, di talché ciò che rileva sono la direzione finalistica e l'offensività dell'apporto.

È dunque questa la radice che porterà al già richiamato inciso "*fuori dai casi di concorso nel reato*", che, secondo quanto emerge dai lavori preparatori al codice Rocco, doveva includere anche l'attività rivolta a contribuire alle conseguenze ulteriori del crimine, quando si concretasse in una compartecipazione³¹⁸.

Una volta appurata la concomitanza sotto il profilo temporale del contributo apprestato rispetto a un reato ancora in essere, l'effettiva natura concorsuale dello stesso potrà affermarsi sulla scorta del criterio eziologico, nell'accezione che si è già espressa in questo lavoro: tale è dunque l'apporto che determina un mutamento nello spazio, nel tempo o nell'offesa e, con precipuo riferimento a detto ultimo profilo, in senso aggravatore.

Esclusivamente in dette ipotesi, si ribadisce, l'apporto atipico recupera omogeneità strutturale e di disvalore rispetto al fatto tipico, in ossequio al fondamentale principio di legalità, e si evita la confusione tra il paradigma eziologico e quello cronologico, che pure interferiscono, dal momento che

³¹⁷ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 35 – 39., nonché pp. 41 – 48, laddove si espone la contraria posizione di Karl Binding e Franz Von Liszt, che arrivarono a concepire la configurabilità del favoreggiamento prima ancora della consumazione del reato presupposto e lo sviluppo del concetto di autorità susseguente ("*Nachtäterschaft*") in Ernst Beling.

³¹⁸ V. Ministero della giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol IV, *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte I, *Relazione introduttiva di S.E. Giovanni Appiani Presidente della Commissione*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929, p. 127; *ibidem*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sui libri II e III del Progetto*, p. 176.

quest'ultimo segna l'ambito dell'indagine condotta alla stregua del primo.

Si intende dire che le condotte tenute dopo la consumazione del reato, nell'accezione che tra breve sarà enunciata, vanno reputate senz'altro prive di rilevanza ai sensi degli articoli 110 e seguenti del codice penale. Tra quelle che si estrinsecano prima di tale *limes*, invece, va operata un'ulteriore selezione condotta alla stregua dell'efficacia causale verificata *ex post*, tenendo sempre presente la natura derivata della tipicità di condotte accessorie³¹⁹.

Occorre dunque tracciare con maggiore precisione il momento terminale del reato in cui si può concorrere, vale a dire quello della consumazione, intesa come massima estrinsecazione della portata offensiva in concreto del fatto, che può essere divisa da uno iato temporale più o meno consistente dal perfezionamento della fattispecie, inteso come mera integrazione di tutti gli elementi costitutivi previsti dal tipo astratto descritto dal legislatore³²⁰.

La distinzione tra tali due fasi riprende, come noto, quella di matrice germanica tra perfezionamento ("*Vollendung*") e ultimazione ("*Beendigung*") del reato, ma ha avuto ampia eco nella categorie ormai in uso anche nel nostro ordinamento; si pensi, oltre al reato permanente (necessariamente o eventualmente), alle ipotesi cc.dd. a effetti permanenti, al reato abituale o a quello a

³¹⁹ V. BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., pp. 113 – 120, (113, 120), nonché pp. 124 – 128, che coerentemente ne evince che le fattispecie famulative possono configurarsi anche *in itinere criminis principalis*, ossia prima della consumazione in senso proprio dello stesso, giacchè «la relazione causale che li sostanzia ha una fisionomia esteriore di tipo assicurativo, non commissivo», come pure il disvalore che li connota, «ibrido, perchè diverso, ma al tempo stesso collaterale, rispetto a quello del delitto principale». Non a caso il legislatore utilizzerebbe, all'articolo 378 del codice penale, il sintagma "dopo che fu commesso il delitto" in luogo di "dopo che fu consumato il delitto" e avrebbe, dunque, avvertito la necessità di precisare che l'assistenza ai partecipi a una banda armata o a un'associazione per delinquere (articoli 307 e 418 del codice penale) può sussistere solo "fuori dai casi di concorso o di favoreggiamento".

³²⁰ V. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 495 e ss. ; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 443 e ss. ; GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, cit., p. 1107. *Contra*, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 248; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 415, che osserva che non va confusa l'integrazione della fattispecie con la gravità dell'offesa, rilevante solo in sede di commisurazione della pena; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 791, liquida la disputa come solo nominalistica.

consumazione progressiva.

Più in generale, si suole anche parlare, al riguardo, di reati di durata.

Ebbene, va innanzitutto osservato che il carattere istantaneo o permanente di un reato non dipende «*da esplicita ed apodittica qualificazione del legislatore, ma dalla sua naturale essenza, trattandosi di un carattere che inerisce alla qualità della condotta così come si presenta nella realtà, sicché la definizione del carattere permanente o istantaneo è affidata all'interpretazione dei giudici ordinari*», avente ad oggetto «*le singole norme incriminatrici e la descrizione del comportamento illecito in esse contenute*»³²¹.

Il che non toglie che l'atteggiarsi empirico di talune ipotesi lungo un arco temporale le renda di fatto affini a reati di durata, tanto che con definizione descrittiva si parla al riguardo di reati eventualmente permanenti, per sottolineare il carattere non costitutivo del protrarsi dell'offesa; non dunque, una categoria dogmatica autonoma³²².

Similmente, si suole parlare di reati abituali impropri o eventualmente abituali qualora la reiterazione delle singole condotte non è necessaria ai fini della rilevanza penale delle stesse; per meglio dire, ciascuna costituisce di per sé reato, all'opposto di quanto avviene nel reato necessariamente abituale³²³.

Soprattutto, ai fini della presente analisi appare rilevante la *species* dei reati a consumazione prolungata (denominati anche, da taluno, a condotta frazionata), per vero assai controversa in dottrina, ma ormai pacificamente avallata dalla

³²¹ V. Corte Cost., 5 marzo 1998, n. 46.

In dottrina, V. NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 792; BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, cit., p. 114.

³²² V. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 447; NAPPI A., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 797 – 798. Fuori dalla manualistica, anche RAMPIONI R., voce *Reato permanente*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987; COPPI F., voce *Reato permanente*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1996.

La giurisprudenza di legittimità si è a più riprese dimostrata recettiva nei confronti della tipologia, attribuendo la qualificazione in commento alle fattispecie più eterogenee; v., tra le altre, Cass. Pen.: Sez. II, 28 novembre 2012, n. 12989, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255525 (in tema di agiotaggio manipolativo ai sensi dell'articolo 185 T.U.F.); Sez. I, 24 gennaio 2012, n. 7758, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252425 (sulla contravvenzione di cui all'articolo 659 del codice penale); Sez. III, 22 dicembre 2010, n. 6251, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 249534 (con riferimento alla turbata libertà dell'industria e del commercio, sanzionata dall'articolo 513 del codice penale).

³²³ V. PETRONE M., voce *Reato abituale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1996; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 148.

giurisprudenza³²⁴, che si connota per il fatto che la condotta in concreto consta di una pluralità di atti frazionati e si protrae pertanto nel tempo.

Ipotesi di tal genere sono forse ancor di più agevolmente immaginabili laddove la fattispecie sia realizzata da più soggetti che intervengono anche in momenti distinti. Si ponga mente al caso di una serie di ladri che si introducono in un deposito di materiale ferroso e, avendo a disposizione vari autocarri, ne riempiano uno per volta; ognuno dei veicoli parte alla volta del luogo di consegna, per poi tornare per un altro carico, e così via per diverse ore.

Tale profilo si raccorda, d'altronde, con quello precedentemente trattato della descrizione dell'evento, quantomeno con precipuo riguardo all'aggravamento dell'offesa o esposizione a pericolo dell'interesse tutelato.

Per la verità, la categoria della consumazione prolungata merita un maggiore sforzo definitorio.

Pare a chi scrive, infatti, che la plausibilità della stessa sia legata, ancora una volta, alle scelte operate dal legislatore, nel senso che a una simile ricostruzione in via interpretativa possono legittimamente prestarsi soltanto le fattispecie connotate da modalità di perfezionamento alternative.

Più in particolare, occorre che il fatto tipico preveda una forma ordinaria “promessa/accordo seguita dalla esecuzione” e di una forma contratta o sussidiaria “promessa/accordo non seguita dalla esecuzione”³²⁵.

Ciò consente infatti di affermare che la successiva condotta posta in essere dalla vittima o dal concorrente necessario, parimenti contemplata e sanzionata dal “*Tatbetstand*”, costituisce attuazione della prima e, dunque, aggravamento o

³²⁴ V. Cass. Pen.: Sez. II, 12 dicembre 2012, n. 11922, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254799 (concernente un tentativo di estorsione attraverso richieste reiterate nel tempo); Sez. II, 11 dicembre 2012, n. 49932, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254111 (in tema di truffa consistente nella conclusione di una molteplicità di contratti aventi ad oggetto la sottoscrizione di titoli obbligazionari fallacemente rappresentati come investimento sicuro); Sez. IV, 21 ottobre 2010, n. 9343, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 249809 (in tema di danneggiamento mediante sversamento di sostanze inquinanti in acqua); Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 3024 e ss.

³²⁵ Parafrasando la terminologia utilizzata in motivazione da Cass. Pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, con riferimento alla corruzione in atti giudiziari e poi mutuata dai successivi arresti della Suprema Corte.

concretizzazione dell'offesa (potenziale) in essa insita.

Detto altrimenti, si tratta di ipotesi assimilabili alla cd. progressione criminosa³²⁶, «verificandosi una sorta di passaggio necessario da un minus (la promessa) ad un maius (la dazione), e risultando offeso con gravità crescente un medesimo bene giuridico», secondo un *iter* in cui il primo passaggio si salda al secondo (e a quelli successivi, laddove l'esecuzione si articoli ulteriormente in vari atti)³²⁷; un'epifania, dunque, del principio di assorbimento.

Due, quindi, gli elementi fondanti la categoria della consumazione prolungata, che devono necessariamente sussistere in modo concomitante: da un lato, una primigenia determinazione volitiva seguita dall'attuazione della stessa; dall'altro, il parallelo aggravarsi dell'offesa al bene giuridico attraverso fatti naturalisticamente distinti³²⁸.

In definitiva, la questione pare non tanto risiedere nella natura di *post factum* non punibile della condotta per così dire esecutiva, quanto nell'esclusione della scissione delle diverse condotte in molteplici episodi ascrivibili alla medesima disposizione in concorso materiale o in continuazione tra loro.

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente il tema; tuttavia, appare facilmente intellegibile il recupero del principio di assorbimento, reiteratamente reietto in sede di concorso apparente di norme, che nel caso di specie senz'altro

³²⁶ La quale richiede una pluralità di risoluzioni successive che accompagnano la molteplicità di azioni poste in essere dal medesimo soggetto attivo nei confronti dello stesso soggetto passivo. v. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 508. Appare pertanto improprio il riferimento giurisprudenziale alla limitrofa figura del reato progressivo, che si connota per contenere quale elemento costitutivo (reato cd. necessariamente progressivo) o eventuale (reato cd. eventualmente progressivo) un reato minore, la cui commissione è necessaria o possibile per la commissione di quello maggiore. In esso ravvisa una *species* del reato complesso MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 502, dal quale però si distingue per l'omessa menzione del reato implicito nella descrizione del fatto tipico implicante e per la necessità di un'offesa di gravità crescente recata al medesimo bene giuridico.

³²⁷ Ancora Cass. Pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, cit., punto 11 motivazione in diritto, laddove espressamente afferma che «La promessa accettata, quando è seguita dalla dazione-ricezione, resta assorbita in questa e perde la sua autonomia».

³²⁸ Altro sarebbe affermare che il passaggio da fattispecie di pericolo a correlativa fattispecie di danno esclude la ricorrenza della prima in quanto inclusa nella seconda, in ossequio al principio di sussidiarietà, che però postula l'unicità del fatto concreto.

non ricorre, giacché non sussiste unicità del fatto naturalisticamente inteso³²⁹ e non vengono in rilievo disposizioni incriminatrici differenti.

Ciò non precluderebbe, peraltro, di riferire la dimensione concorsuale ai singoli segmenti unificati dalla valutazione normativa, anche se, ovviamente, si porrebbe in termini differenti l'individuazione della rilevanza degli apporti, come pure quella della soglia iniziale e finale di concepibilità del crimine partecipato.

³²⁹ V. nella manualistica, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 509.

IL DELITTO DI BANCAROTTA IMPROPRIA

PREFALLIMENTARE

1. Premessa

Addentrarsi nel bosco ceduo delle fattispecie di bancarotta, cresciuto spontaneo e incolto ai confini del giardino curato dai penalisti, è opera la cui difficoltà è agevolmente percepibile anche dai frequentatori meno assidui della materia.

Come anticipato, si è pertanto deciso di concentrare la disamina oggetto di questa ricerca su alcune delle ipotesi di reato che il legislatore ha concepito come realizzabili da persone diverse dall'imprenditore individuale, nell'ottica di enucleare i presupposti e tracciare i limiti del concorso eventuale dell'*extraneus*, nonché di abbozzare i confini tra le diverse incriminazioni suscettibili di applicazione nella variegata serie dei casi concreti.

Sul punto pare opportuna sin d'ora una precisazione di ordine terminologico: restano insuperabili le lacune da molte anni segnalate con riferimento alla locuzione "bancarotta societaria", il cui uso è perorato da parte della dottrina³³⁰. Infatti, se detto sintagma coglie la schiacciante predominanza statistica di vicende germinate da crisi di imprese plurisoggettive, non copre, tra l'altro, i reati commessi dall'institore.

A parere di chi scrive, quindi, la definizione di "societaria" può essere meglio intesa quale *species* del *genus* bancarotta impropria, in quanto si attaglia alle sole ipotesi di condotte poste in essere dai componenti di organi necessari o statutari o dai soci.

³³⁰ Così DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria: distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, Milano, 2013, pp. 170 – 171, argomentando dal fatto che per via della mutata situazione economica non sarebbe logico definire impropria la bancarotta che, *de facto*, costituisce la fattispecie più ricorrente, tanto da auspicare, condivisibilmente, il superamento dell'immunità commerciale in favore di una tutela anticipata rispetto al fallimento per l'attività svolta in forma societaria; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., p. 333; MAZZACUVA N. - AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2010, p. 336.

L'espressione sarà dunque utilizzata in tale accezione nel presente scritto, che verterà sulle fattispecie di reato di cui all'articolo 223 comma 2° del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Vale in ogni caso la pena di notare come il novero delle situazioni in astratto riconducibili alla nozione in oggetto sia quanto mai ampio e policromo. Solo considerando le figure tipiche legislative si passa dalle società di capitali (per azioni, a responsabilità limitata, in accomandita per azioni, incluse quelle sportive professionistiche in tale forma costituite) a quelle di persone che esercitino attività commerciale ai sensi dell'articolo 2195 del codice civile (in nome collettivo, in accomandita semplice), alle cooperative, alle società consortili di persone e capitali, alle società di mutua assicurazione (che esercitino attività commerciale), alle associazioni riconosciute e non prevalentemente dedite ad attività commerciale. A queste si aggiungono poi le società irregolari, di fatto, apparenti, occasionali, occulte³³¹.

È risaputo, poi, che le riforme affastellatesi nell'arco dell'ultimo decennio sul versante civilistico della disciplina del dissesto di impresa hanno avuto quale contraltare la deliberata assenza di un intervento diretto sulla disciplina dei relativi illeciti penali, il che ha prodotto incongruenze di sistema difficilmente valicabili e piuttosto disorientanti³³².

Infatti, i numerosi interventi legislativi appaiono accomunati dall'arretramento dell'intervento giudiziale in favore di soluzioni della crisi aziendale delegate all'autonomia negoziale e ispirate non più a una prospettiva liquidatoria, ma alla finalità di ricomporre la crisi e riconvertire l'impresa³³³.

³³¹ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, a cura di C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, 2014, p. 45.

³³² Di cantiere sempre aperto parla ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., p. 610; nello stesso senso anche ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 9 – 10; SANDRELLI G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. Pen.*, 2006, 4, p. 1296.

³³³ Si ricordi a questo proposito che Cass. Pen., Sez. Un., 30 settembre 2010, n. 43428, attribuirono al concordato preventivo il «perseguimento di un fascio più composito di interessi (non escluso quello pubblico ad evitare le ripercussioni del dissesto)», rispetto ai quali la finalità conservativa non è centrale. La pronuncia è reperibile, tra l'altro, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2011, 1-2, pp. 317 e ss., con nota di SARTORI D., *Responsabilità per*

Simili procedure, per così dire paraconcorsuali, postulano la disponibilità del patrimonio da parte dell'imprenditore in crisi, vale a dire l'opposto concettuale di quanto le (vetuste?) fattispecie penali in materia di fallimento presuppongono, almeno quelle che sanzionano atti di disposizione pregiudizievoli per i creditori.

Senza pretesa di esaustività, vanno quantomeno richiamati in questa sede³³⁴: il D.L. 14 marzo 2005, convertito dalla L. 14 maggio 2005, n. 80; il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in tema di riforma organica delle procedure concorsuali; il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, contenente disposizioni correttive e integrative; l'articolo 32, comma 1°, della L. 28 dicembre 2005, n. 262 (per vero concernente la "*Tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari*"), che ha tra l'altro riformulato l'articolo 218 della L. Fall. e dunque il delitto di ricorso abusivo al credito; l'articolo 48, comma 2-bis della L. 30 luglio 2010, n. 122, che ha introdotto l'articolo 217-bis nella medesima L. Fall., con il precipuo scopo di rimuovere il possibile effetto disincentivante esercitato dal rischio di incorrere nella sanzione penale rispetto alle soluzioni concordate della crisi d'impresa; il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134), che ha arricchito la L. Fall. con l'articolo 236-bis, che sanziona il falso in attestazioni e relazioni.

Il vigente sistema contempla, dunque, molteplici istituti volti a disciplinare la crisi di impresa; tuttora regolati dalla legge fallimentare sono: il fallimento (Titolo II), il concordato preventivo (nelle sue varie declinazioni)³³⁵, gli accordi di

bancarotta del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni.

L'apice della descritta tendenza sembra essersi raggiunto con il cd. concordato con riserva o in bianco, di cui all'articolo 161 L. Fall., che consente all'imprenditore di depositare una domanda di concordato, da integrare con proposta piano e documentazione entro un termine giudiziale di 60 o 120 giorni, durante i quali i creditori non possono intraprendere atti esecutivi nei suoi confronti. Ciò desta in ROSSI N., *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico al tempo della crisi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 2, p. 633, la preoccupazione di abusi funzionali a manovre fraudolente ai danni dei creditori.

³³⁴ Offre un quadro esaustivo, almeno allo stato, ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 1 - 4.

³³⁵ Come noto la dichiarazione di concordato è equiparata dal legislatore alla dichiarazione di fallimento anche agli effetti dell'applicabilità delle sanzioni penali; in questa sede basti accennarsi alle difficoltà definitorie connesse alla nozione di "*crisi*". Di recente, SGUBBI F., *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 2, p. 667, ritiene trattarsi di concetto diverso da quello di

ristrutturazione (Titolo III) e la liquidazione coatta amministrativa (Titolo V); ne è stata, viceversa, espunta l'amministrazione controllata con il già citato il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5³³⁶.

A queste procedure si aggiungono l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, cui è dedicato il D.L. 8 luglio 1999, n. 270³³⁷ e, si potrebbe opinare, la composizione delle crisi da sovraindebitamento, introdotta dalla L. 27 gennaio 2012, n. 3 (e poi modificata in via d'urgenza con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221).

Quest'ultima, a ben vedere, segna il confine esterno di quello che potrebbe definirsi il sistema concorsuale, posto che concerne le situazioni di difficoltà dei soggetti che in esso non trovano cittadinanza, vale a dire gli imprenditori non assoggettabili alle procedure menzionate e debitori civili.

Come si è anticipato, simile, straordinaria, fecondità del legislatore civile non ha trovato adeguata risposta sul versante penale, laddove gli interventi risultano rari, estemporanei e, soprattutto, non hanno inciso sulle fattispecie di maggior rilievo applicativo in virtù della posizione centrale e dominante attribuita loro dal Titolo VI della legge fallimentare³³⁸.

Restano pertanto valide le critiche mosse ormai da tempo dalla dottrina a un

insolvenza, poiché connotato da reversibilità e transitorietà, anche alla luce del "*principio di consecuzione*" tra le procedure del concordato preventivo e del fallimento, laddove «*si accerti ex post che la crisi ravvisata dal tribunale nel decreto ammissivo del concordato era in realtà insolvenza*». Alla luce di tale premessa, l'Autore conclude per la non estensibilità dei reati fallimentari alle ipotesi di concordato qualora questo sia scaturito da una mera "*crisi*" d'impresa.

³³⁶ Con una scelta normativa che ha dato adito a diverse opinioni dottrinali e a difformi orientamenti giurisprudenziali, risolti da Cass. Pen., Sez. Un., 20 febbraio 2009, n. 24468, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, pp. 887 e ss., con nota di GATTA L., che ha statuito che l'abolizione dell'istituto dell'amministrazione controllata abbia travolto anche le ipotesi di bancarotta impropria ad esso connesse, con conseguente necessità di revocare eventuali pronunce di condanna ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 2 comma 2° del codice penale e 673 del codice di procedura penale.

³³⁷ Che, come nota tra gli altri MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 292, presupporrebbe una concreta prospettiva di recupero della grande impresa; per quanto qui rileva, l'istituto esige non la "crisi", ma l'accertato "stato di insolvenza" dell'impresa, cioè condivide il presupposto del fallimento, il che ha reso possibile l'integrale richiamo delle fattispecie penalfallimentari attraverso l'articolo 95 del D.L. 8 luglio 1999, n. 270.

³³⁸ L'espressione è di ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 8.

ordito normativo che presenta inesattezze terminologiche, e, soprattutto, sconta un eccesso casistico e l'abuso della tecnica del rinvio.

In estrema sintesi, se il primo pecca per difetto e comporta difficoltà di qualificazione giuridica delle sempre mutevoli vicende empiriche, il secondo produce vizi di coordinamento, nella misura in cui cerca di trasferire l'operatività di fattispecie costruite sul fallimento alle altre procedure concorsuali, che come si è visto risultano, però, «*ontologicamente differenti e solitamente non 'congeniali' per la realizzazione di dette ipotesi di reato*»³³⁹.

§

2. Interesse tutelato

Non ci si può esimere in questa sede dal ricordare che la dottrina è da sempre divisa circa l'oggettività giuridica tutelata dalle fattispecie di bancarotta, posto che il bene giuridico è un'ineludibile polo dell'ermeneusi delle fattispecie di reato.

Con specifico riferimento a quelle penalfallimentari, mentre taluni ne propugnano una lettura in chiave plurioffensiva delle, altri vi ravvisano reati monoffensivi; in seno a questa seconda scuola di pensiero, di gran lunga predominante, le opinioni si distinguono ulteriormente.

È risaputo che la tesi prevalente individua l'interesse protetto nel patrimonio dei creditori, danneggiato o esposto a pericolo dalle condotte delittuose, che viene peraltro declinato in vario modo a seconda dei singoli delitti considerati (maggiore soddisfazione degli stessi, ostensibilità dei dati contabili, *par condicio creditorum* in sede di riparto, diritto di credito in quanto tale)³⁴⁰.

³³⁹ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 8

³⁴⁰ In questo solco, tra gli altri, PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, pp. 4 e ss.; ID., *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di Pedrazzi C. – Alessandri A. – Foffani L. – Seminara S. – Spagnolo G., Bologna, 2003, pp. 101 e ss.; PROSDOCIMI S., *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1999, p. 138; FOFFANI L., *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati di impresa*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2007, pp. 752 e ss.; PERDONÓ G., *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di MANNA A., Padova, 2010, pp. 327 e ss.; AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, in Ambrosetti E.M. – Mezzetti E. – Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, III^a ed., Bologna, 2012, pp. 283 e ss.; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 13 – 18, che, tra l'altro, estende la nozione

Appaiono, invece, di rilievo meramente terminologico le differenti accezioni del concetto, il quale non muta se la componente del patrimonio lesa dal reato venga individuata in un generica garanzia sancita dall'articolo 2740 del codice civile³⁴¹ o nel diritto all'egualitaria distribuzione dei beni del fallito.

Anche il riferimento alla categoria dell'interesse giuridicamente rilevante in luogo di quella del diritto soggettivo propriamente inteso, assai pregevole dal punto di vista dogmatico alla luce degli interrogativi della dottrina civilistica sul punto, scolora notevolmente se trasposto nell'ambito penale. Infatti, sia che si acceda alla concezione economica sia che si aderisca a quella giuridico-funzionale-personalistica del patrimonio (che parrebbe da ultimo accolta anche dalla giurisprudenza³⁴²), risulta indifferente il titolo giuridico in base al quale si fruisce di un bene.

Le obiezioni mosse a questa impostazione traggono spunto dalle fattispecie di bancarotta che non tutelerebbero alcun diritto di credito, in particolare le ipotesi a sfondo documentale³⁴³; a ben vedere si può però replicare che omettere o non tenere correttamente le scritture contabili pone indubbiamente a rischio la concreta possibilità per i creditori di vedersi soddisfatti.

Neppure appare dirimente l'osservazione per cui gli interessi patrimoniali dei creditori non sono tutelati di per sé dalle fattispecie di bancarotta, ma soltanto

di patrimonio anche ai dati informatici, propone la definizione di concezione 'normativa' e argomenta anche dalla circostanza aggravante specifica ad effetto speciale del danno di rilevante entità contemplata dall'articolo 219 L. Fall.; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 295.

³⁴¹ Tra gli altri, con precipuo riferimento alla bancarotta impropria, D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 53; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 19.

³⁴² V. MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, pp. 34 e ss.

In giurisprudenza, d'esempio, Cass. Pen., Sez. II, 10 luglio 2008, n. 34900, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 241817, secondo la quale «il patrimonio non è un insieme di beni materiali, ma un insieme di rapporti giuridici attivi e passivi aventi contenuto economico, unificati dalla legge in considerazione dell'appartenenza al medesimo soggetto, per cui "qualsiasi situazione possa incidere negativamente sull'assetto economico di un individuo, comprese la delusione di aspettative e chances future di arricchimento o di consolidamento dei propri interessi, è destinata a rientrare nel concetto di danno di cui all'art. 629 c.p.».

³⁴³ V. PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, pp. 12 e ss.; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 14.

laddove inseriti in una procedura concorsuale³⁴⁴, poiché siffatta circostanza non appare tale da mutare la natura del bene giuridico protetto, quanto piuttosto la struttura dello stesso, nel senso che è più corretto discorrere di un interesse facente capo al ceto creditorio che ai singoli.

Con maggiore impegno esplicativo, si intende evidenziare che la procedura concorsuale è funzionale alla più piena e rapida soddisfazione dei creditori intesi come classe, ma pur sempre e soltanto con riferimento alle loro legittime pretese di stampo patrimoniale.

Risalente nel tempo è invece la tesi, nata tra i cultori del diritto commerciale, che vede nelle fattispecie in commento un presidio dell'economia pubblica, partendo dal presupposto che gli interessi dei creditori siano pienamente salvaguardati dal versante civilistico del fallimento.

Con i delitti in questione, dunque, il legislatore avrebbe voluto punire la diffusività del danno cagionato da un imprenditore inserito nei gangli del credito commerciale³⁴⁵ all'impresa in quanto tale³⁴⁶; a riprova, si adduce il più grave trattamento sanzionatorio rispetto ai comuni delitti contro il patrimonio.

Detto altrimenti, l'insolvenza dell'impresa, *«specie se questa è di una certa entità, si ripercuote su di una pluralità di altre imprese, determinando come una reazione a catena, particolarmente sfavorevole all'ordine economico generale, anche perché tale da intossicare quella fiducia nel credito che costituisce uno dei presupposti fondamentali per il regolare esercizio dell'industria e del commercio di uno Stato»*³⁴⁷.

Il che varrebbe ancor di più nell'attuale clima di sfiducia degli investitori, generato da ricorrenti e devastanti fenomeni di insolvenza prodottisi nel corso

³⁴⁴ V. SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, pp. 8 – 9; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 14.

³⁴⁵ MANGANO P., *Il diritto penale fallimentare nel sistema giuridico italiano*, Milano, 1989, p. 48; declinando il concetto quale tutela dell'ordinato esercizio del commercio PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 32 e ss.

³⁴⁶ V. MANGANO P., *L'impresa come bene giuridico dei reati di bancarotta*, Padova, 1998, passim. Peculiare la posizione di NUVOLONE P., voce *Fallimento (Reati in materia di)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 478 e ss., per il quale offenderebbero l'economia pubblica solo la bancarotta impropria di cui all'articolo 223 comma 2° n. 1 della legge fallimentare e le fattispecie che si perfezionano con la causazione dell'insolvenza.

³⁴⁷ V. CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1991, § 4.

dell'ultimo ventennio³⁴⁸.

Sotto questo profilo, in effetti non possono trascurarsi le interconnessioni tra entità produttive e finanziarie, che legano ai destini di una società quotata le sorti dei valori azionari od obbligazionari di altre imprese o persino di istituti di credito, in una dimensione che trascende sempre più spesso i confini nazionali o, persino, continentali; si intende evidenziare che le ripercussioni possono toccare non soltanto le entità che detengono i predetti titoli o altri titoli che si basino sull'andamento di quelli.

Esiste infatti, come oramai noto, un mercato a sé stante ove si scambiano i cosiddetti titoli derivati nell'ordine di centinaia di milioni di dollari, tra i quali emblematici appaiono i *credit default swap*, che in estrema sintesi offrono una protezione assimilabile a quella di un'assicurazione contro una situazione di insolvenza del debitore e sono soggetti a una propria quotazione.

Sotto questo profilo, si deve anche considerare l'investimento diffuso in maniera capillare presso il mercato al dettaglio (cd. *retail*), i cui titolari detengono quote pulviscolari, se isolatamente considerate, di società con capitalizzazioni di Borsa anche multimiliardarie; tuttavia, se osservate dalla prospettiva dell'acquirente, le medesime partecipazioni possono assorbire una parte tutt'altro che trascurabile delle risorse accantonate anche in una vita.

Ebbene, da quanto esposto è agevole constatare che il *Moloch* del mercato e della finanziarizzazione può giungere a sacrificare il risparmio che, non va dimenticato, trova riconoscimento espresso nella Costituzione italiana all'articolo 47 e si profila pertanto all'orizzonte dell'oggettività giuridica delle fattispecie di bancarotta³⁴⁹.

Anche se, si potrebbe arguire, questo non costituisce altro che una peculiare

³⁴⁸ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 14 – 16, anche per gli autori ivi citati, in particolare il D'AVACK, per il suggestivo paragone tra il dissesto dell'azienda commerciale ed un male infettivo suscettibile di degenerare in una funesta epidemia, cui si dovrebbe porre rimedio in modo radicale, eliminando le aziende prive della necessaria stabilità dal sistema economico.

³⁴⁹ La ricerca di un'oggettività giuridica di rango costituzionale rende inevitabile il richiamo a BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo Dig. It.*, Vol. XIX, Torino, 1973.

manifestazione del diritto di credito vantato dai risparmiatori/investitori.

Ora, debole appare la critica alla tesi da ultimo riportata che si fonda sull'impossibilità di ipotizzare fatti di bancarotta tali da danneggiare gli interessi patrimoniali dell'intera collettività³⁵⁰, in quanto smentita dai fatti (basti richiamare alla mente i *default* Parmalat³⁵¹ e Cirio, senza uscire dai confini nazionali) e impostata apparentemente sull'erroneo presupposto che i reati in questione siano di danno e non già di pericolo.

Viceversa, non vi è dubbio che un oggetto giuridico di dimensioni così estese e di per sé evanescente espliciti limitata efficacia euristica³⁵²; pure condivisibile risulta l'osservazione per cui l'effetto a catena, del quale si è detto, potrebbe conseguire all'insolvenza in sé e non necessariamente a fatti delittuosi³⁵³.

Insomma, la pubblica economia resta sullo sfondo e non appartiene «*al nucleo indefettibile dell'oggettività giuridica (...) La perturbazione macroeconomica, quando si riscontra, non è che l'ulteriore ripercussione del sacrificio imposto ai creditori*»³⁵⁴; non si deve, come è stato autorevolmente scritto, «*confondere il motivo della tutela con l'interesse tutelato, l'oggetto immediato del reato con quello mediatore*»³⁵⁵.

³⁵⁰ Cfr. SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, cit., pp. 10 e ss.; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 54, che argomenta dall'istituto dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi per sostenere che, essendo questo funzionale a evitare la lesione alla pubblica economia, va escluso che tale sia il bene giuridico tutelato.

Per la verità, l'argomento pare piuttosto controvertibile, se si considera la già richiamata totale equiparazione a fini penali dettata dal D.L. 270 del 1999.

³⁵¹ Si legge nella sentenza del Tribunale di Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, inedita, p. 369, che «*Il crack del gruppo Parmalat e delle altre entità societarie riconducibili a Calisto Tanzi ha messo a rischio decine di migliaia di posti di lavoro in Italia e nel mondo, ha arrecato enormi danni a centinaia di migliaia di piccoli risparmiatori, ha innescato una reazione a catena idonea a cagionare il dissesto della moltitudine di piccole e grandi aziende che avevano intessuto rapporti commerciali con la galassia societaria del patron di Collecchio, ha inferto un colpo micidiale alla credibilità sui mercati internazionali dell'intero sistema economico italiano e, per le sue dimensioni davvero colossali, ha imposto l'adozione in via d'urgenza di importanti misure legislative*».

³⁵² V. PEDRAZZI C., in in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi dal fallito*, cit., p. 9; SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, p. 10; PERDONÓ G., *I reati fallimentari*, cit., pp. 329 e ss.; AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., p. 284.

³⁵³ V. MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 295.

³⁵⁴ V. PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 103 e ss.

³⁵⁵ V. DELITALA L., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta (Studi in onore di S.*

Peraltro, pare ragionevole sostenere che la più severa risposta sanzionatoria rispetto ai comuni delitti contro il patrimonio si fondi, almeno in parte, sulla già evidenziata dimensione tendenzialmente pluralistica del danno.

Diversamente da quanto comportano detti delitti, in altre parole, nella generalità dei casi i creditori dell'imprenditore commerciale sono una pletora più o meno consistente (vengono alla mente dipendenti, fornitori, finanziatori) e, quindi, altrettanti sono i patrimoni esposti a pericolo o lesi, di modo che l'offensività del fatto ne risulta incrementata.

A riprova di ciò, l'articolo 240 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, legittima il curatore fallimentare a costituirsi parte civile quale latore della pretesa risarcitoria facente capo all'universalità dei creditori³⁵⁶; per quanto non si possa trascurare, ovviamente, la non perfetta sovrapponibilità dei concetti di persona offesa e danneggiato dal reato.

Altra, celebre, tesi reputa che l'interesse che le ipotesi di bancarotta tutelano sia l'amministrazione della Giustizia, da intendersi come corretta instaurazione e gestione delle procedure *lato sensu* fallimentari, le quali presuppongono la concorsualità del soddisfacimento dei creditori, che verrebbero intesi non *uti singuli* ma come massa, a cagione dell'interesse pubblico al rispetto del criterio della *par condicio* tra loro³⁵⁷.

Longhi, Roma, 1935, p. 285, citato da CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 4.

³⁵⁶ Similmente, PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 5 – 6; SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, cit., p. 225.

³⁵⁷ Primo fautore di questa impostazione è, come noto, NUVOLONE P., voce *Fallimento (Reati in materia di)*, cit., pp. 478 e ss., che peraltro ne trae il corollario per cui la bancarotta pre-fallimentare può sussistere soltanto se i fatti che la integrano siano stati commessi una volta che sia già insorto lo stato di insolvenza dell'impresa, che delinea la «zona del rischio penale». Criterio, questo, che secondo SANDRELLI G., *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di Pisani N., Torino, 2010, pp. 49 – 50, sarebbe suscettibile di calcolo aritmetico.

Si confronti anche l'opinione di SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, cit., pp. 13 e ss., il quale pone in evidenza come in generale le procedure concorsuali sottendano un interesse pubblicistico relativo al modo di risolvere le conseguenze comportate dalla decozione di un'impresa commerciale, anche laddove non siano di matrice giurisdizionale, come la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione delle grandi imprese in crisi; si veda pure LANZI A., *Riflessi penali delle procedure concorsuali*

Tuttavia, si è obiettato che per ragioni di coerenza una simile impostazione impedirebbe di sanzionare penalmente tutti i fatti di bancarotta posti in essere allorquando la dimensione concorsuale era ancora di là da venire e, in particolare, quelli che, avendo cagionato il dissesto, dovevano necessariamente precederlo, vale a dire fatti di particolare gravità (come la distrazione di beni in un fallimento preordinato). E ciò, senza un aggancio normativo o nello spirito delle disposizioni in materia, ma anzi in contrasto con esse, posto che trascura l'articolo 217 n. 4 della legge fallimentare, che fissa in modo espresso il periodo di rilevanza dei fatti di irregolare tenuta delle scritture contabili³⁵⁸.

In altre parole, prima della formale apertura di una procedura concorsuale non è neppure concepibile una massa di creditori e simile mancanza non può colmarsi postulando che al momento delle condotte prefallimentari debba già sussistere l'insolvenza dell'imprenditore, requisito non richiesto dalle fattispecie in commento.

Tanto che lo stesso Autore, per coerenza con le premesse poste, giungeva a ricondurre ad altri beni giuridici la lesione procurata dalle figure di bancarotta in cui il delitto si perfeziona con la causazione della decozione, per esempio collocando tra i delitti contro l'economia pubblica i fatti di bancarotta fraudolenta impropria di cui all'articolo 223, comma 2°, n. 2, L. Fall.³⁵⁹.

Soprattutto, la procedura concorsuale (come ogni processo) ha funzione tipicamente strumentale, per cui *«occorre aver riguardo agli interessi sostanziali che nel regolare sviluppo di quell[a] trovano tutela, tra i quali resta in prima linea la protezione del patrimonio dei creditori, sia pure attuata armonizzando e temperando le ragioni di questi ultimi, prese in considerazione nel loro complesso»*³⁶⁰.

Passando al versante dei fautori della plurioffensività, va rilevato che la tesi ha

vecchie e nuove, in *Ind. Pen.*, 1982, pp. 231 e ss.

³⁵⁸ È la critica elaborata da ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. II, Milano, 2001, p. 24; nello stesso senso anche CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 1991, § 4; la posizione è oggi riproposta da ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 17 – 18.

³⁵⁹ Come riporta CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 1991, § 4.

³⁶⁰ V. CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 1991, § 5; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 295.

tratto spunto dalle recenti riforme, di cui si è in precedenza dato rapsodicamente conto.

Invero, nonostante la spiccata dimensione negoziale e privatistica che connota le scelte operate dal legislatore negli ultimi anni in tema di soluzione delle crisi aziendali, si è condivisibilmente sostenuto che il concomitante fine di salvaguardare, nei limiti del possibile, le residue potenzialità dei complessi produttivi rivelerebbe la dimensione pubblicistica degli interessi tutelati, che non sostituirebbe ma si sommerebbe a quelli dei creditori³⁶¹.

Imposta che in questa sede si ritiene di condividere, ma con esclusivo riferimento all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, normativamente orientata alla finalità di recupero in un'ottica smaccatamente generale o di ordine economico.

Ciò perché la riforma del 1999 ha condizionato l'accesso all'amministrazione straordinaria non soltanto alle dimensioni dell'azienda, ma anche alla sussistenza di concrete prospettive di ripresa, dalle quali traspare l'interesse pubblico alla salvaguardia dei livelli occupazionali del sistema economico nella sua dimensione anche nazionale³⁶².

³⁶¹ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 10 – 11; MAZZACUVA N. –AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 337.

Anche ROSSI N., *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico al tempo della crisi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 2, pp. 630 – 632, pur senza prendere posizione espressa sull'interesse giuridico tutelato, si schiera tra i fautori della dimensione pubblicistica e collettiva dello stesso, argomentando dal combinato disposto degli articoli 7 e 238 L. Fall., i quali rispettivamente riconoscono al Pubblico Ministero il potere di chiedere la dichiarazione di fallimento e di intraprendere le indagini per bancarotta prima ancora che detta sentenza intervenga.

Analogamente, SGUBBI F., *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, cit., pp. 667 – 668, che nota altresì che l'articolo 238 citato non dovrebbe essere suscettibile di applicazione in via analogica a concordato preventivo, liquidazione coatta e amministrazione straordinaria, poiché consente in via eccezionale l'anticipato inizio delle indagini preliminari. Si può però obiettare, a questa conclusione, che intende in modo assai restrittivo l'equiparazione legislativa delle procedure concorsuali a fini penali.

³⁶² A conclusioni non dissimili perviene SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, pp. 13 e ss.

Come nota SEVERINO P., *Sicurezza dei mercati finanziari: interessi tutelati e strumenti di tutela*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 2, p. 674, l'estensione delle fattispecie penalfallimentari all'amministrazione straordinaria ha comportato il superamento della

Diversamente, il fallimento non pare aver perduto a tutt'oggi la sua connotazione prettamente liquidatoria, che rende palese come unico interesse protetto sia quello del ceto creditorio, rispetto al quale il patrimonio dell'imprenditore/debitore costituisce garanzia da conservare da fatti di bancarotta prefallimentare, anche per quanto attiene alla tracciabilità documentale delle vicende che lo riguardano, nell'ottica di un trattamento paritetico (*rectius*, non violante l'ordine imposto da legittime cause di prelazione) in caso di insolvenza³⁶³.

Si noti: il bene giuridico in questione presenta, a parere di chi scrive, natura individuale, ma forma collettiva, nel senso che non costituisce una mera sommatoria delle posizioni dei vari creditori, bensì un *unicum* non ancora scisso, posto che la distinzione tra i singoli, come pure l'ordine di preferenza nel riparto dell'attivo, sarà definita soltanto all'esito della procedura concorsuale (che, come noto, sovente si protrae per un arco di tempo non indifferente).

Si intende dire che anche le fattispecie di bancarotta impropria prefallimentare germinano in un terreno rispetto al quale non è dato sapere chi e quando coglierà il frutto avvelenato dell'insolvenza³⁶⁴ e per questo il bene giuridico non può farsi

posizione del Pedrazzi, «che vedeva, rispetto alla grande impresa, il diritto penale fallimentare come un'arma spuntata, considerato il fatto che essa, proprio per le sue dimensioni, appariva praticamente sottratta al fallimento, con ciò determinandosi un'immunità di fatto». Il riferimento è, precisamente, a PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, pp. 17 e ss.

Nella giurisprudenza di merito si schiera per la plurioffensività, in uno dei più celebri casi di amministrazione straordinaria, Tribunale Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, cit., p. 370, perché «comportamenti illeciti di eccezionale gravità come quelli che hanno inquinato per oltre un decennio l'attività della Parmalat possono produrre danni micidiali all'ordine economico nazionale ed internazionale e minare alla base quella fiducia nel credito che costituisce uno dei presupposti fondamentali per il regolare esercizio dell'industria e del commercio di uno Stato».

³⁶³ Così CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 1991, § 5; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 295, che peraltro ritiene plurioffensivi i fatti di reato concretizzati posteriormente alla dichiarazione di fallimento, in quanto lesivi anche dell'amministrazione della Giustizia.

³⁶⁴ Sotto questo profilo non appaiono decisive le innovazioni del disegno di legge di riforma della materia *de qua* elaborato dalla commissione Trevisanato, che pure ha inserito il riferimento a condotte poste in essere «contemporaneamente allo stato di insolvenza o al concreto pericolo del medesimo», evocante la zona di rischio penale di nuvoliana memoria.

In questa nota ci si può limitare a stigmatizzare l'elasticità del concetto stesso di

coincidere con il patrimonio del debitore insolvente³⁶⁵, che piuttosto costituisce, nelle sue sfaccettature, l'oggetto materiale della condotta.

Non a caso, come si vedrà, i delitti oggetto di disamina presentano un evento di pericolo ad ampio spettro di offesa (il dissesto/fallimento) e difettano, al contempo, di coefficienti di dolo direzionati alla lesione del creditore *uti singulum*.

§

3. Soggetti attivi

3.1. La teoria funzionalistica e il suo epigono: l'articolo 2639 del codice civile

Come si è accennato in precedenza, un lungo corso giurisprudenziale ha sancito, nell'ambito del diritto penale di impresa, la prevalenza delle funzioni effettivamente esplicate sulla qualifica formalmente rivestita³⁶⁶ all'epoca della realizzazione della condotta tipica (e non già al tempo della declaratoria di insolvenza)³⁶⁷.

Ciò costituisce il portato pratico dei limiti di ascrizione derivanti da reati

insolvenza, per di più privo di definizione normativa (il che, come si vedrà, ha ineluttabilmente dato adito alla supplenza tipizzatrice della giurisprudenza), che difficilmente si rivelerà in grado di circoscrivere il viaggio a ritroso nella vita dell'impresa spesso compiuto nei processi penali per fatti di bancarotta anche per decenni.

Basti pensare che diverse delle pronunce che hanno interessato il *default* di Parmalat leggono come esiziale la quotazione in Borsa della società di Collecchio, avvenuta al principio degli anni '90, mentre l'amministrazione straordinaria si aprì soltanto nel dicembre 2003 e molti dei processi riguardanti vari filoni di quella vicenda sono tuttora in corso. Si vedano, sul punto: Tribunale Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, Barachini e altri, inedita, pp. 4, 6 – 7, 20 – 21, 127, 1118, 1201, 1217, 1222, 1231, 1234 – 1235, 1240, 1303 sub nota 37; Tribunale Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, cit., pp. 3 – 4, 14, 331, 395.

E ciò a tacere del fatto che la sussistenza di un vero e proprio dissesto in atto già al momento della condotta viene spesso indagato nelle aule giudiziarie, come testimonia la copiosa giurisprudenza che annette rilevanza penale ai contributi aggravatori dello stesso (di cui si dirà più diffusamente oltre nel testo); anzi, gli indici sintomatici della decozione non di rado costituiscono un dato probatorio tutt'altro che trascurabile nella ricostruzione del dolo.

³⁶⁵ Come invece hanno statuito Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 249668.

³⁶⁶ In giurisprudenza si veda, tra le tante, Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 2013, n. 45671, in *Leggi d'Italia*; Sez. I, 12 maggio 2006, n. 18464, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 234254.

³⁶⁷ V. Cass. Pen., Sez. V, 14 dicembre 2011, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2012, p. 862.

propri o a soggettività ristretta, vissuti come troppo stringenti a fronte della sempre costante mutevolezza della realtà e dell'ineluttabile esigenza di effettiva personalizzazione della responsabilità penale, per non connettere inammissibilmente la sanzione alla posizione solo formalmente rivestita³⁶⁸.

All'opposto, il criterio del formale atto di nomina, se interpretato troppo restrittivamente, potrebbe escludere la responsabilità in presenza di vizi tali da comportarne l'invalidità sotto il profilo civilistico³⁶⁹.

Per ovviare agli inconvenienti ora brevemente compendati, la cd. teoria funzionalistica riferisce la qualifica soggettiva alla situazione di fatto connotata dall'esercizio dei poteri correlati alla qualifica normativamente richiesta, cui corrispondono le responsabilità e gli obblighi penali, posto che chi ne sia titolare viene a trovarsi in condizione per così dire privilegiata per offendere o esporre a pericolo il bene tutelato dalla norma incriminatrice.

Soggetto di fatto è dunque, tra gli altri, non solo chi non sia mai stato nominato alla carica societaria, ma anche chi sia stato designato con un atto nullo o revocato, o sia decaduto dalla stessa³⁷⁰, il che consente inoltre di neutralizzare il rischio di elusione del regime sanzionatorio degli illeciti penali e amministrativi in materia societaria e fallimentare³⁷¹.

Dato l'oggetto del presente capitolo, la questione sarà affrontata con precipuo riferimento ai componenti degli organi societari, ovviamente inerenti a entità tali da essere fallibili alla stregua dell'articolo 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, che onera l'imprenditore di dimostrare il possesso congiunto dei requisiti di patrimonio

³⁶⁸ Si veda MAZZACUVA N. –AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 8.

³⁶⁹ Ancora MAZZACUVA N. –AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 8.

³⁷⁰ V. MAZZACUVA N. –AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 8, i quali adducono a riscontro dell'approccio sostanzialistico seguito, più in generale, dall'ordinamento gli articoli 357 e 358 del codice penale e notano, inoltre, che appare più complesso ipotizzare l'esercizio di fatto dei poteri tipici di sindaci e revisori in difetto di valida nomina (*ibidem*, pp. 19, 343); ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 50 – 51.

³⁷¹ V. MAZZACUVA N. –AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 9 – 10, che peraltro enucleano un terzo orientamento, intermedio tra quello formale e quello sostanziale, che valorizza contestualmente l'apparato normativo e l'esercizio fattuale delle funzioni, cui riconducono il pensiero di ALESSANDRI A., *Parte generale*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 61.

attivo, ricavi lordi e indebitamento che consentono di andarne esenti³⁷².

Con l'avvento del nuovo millennio, l'articolo 1 del D.Lgs. 61 del 2002 sembra aver recepito tale elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, riscrivendo l'articolo 2639 del codice civile in maniera fortemente ispirata agli arresti nomofilattici e ampliando il novero dei soggetti attivi dei reati societari³⁷³.

³⁷² Si vedano PERDONÓ G., *I reati fallimentari*, cit., p. 362; AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., pp. 275 e ss.; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 294, sub nota 88, per la sussistenza congiunta dei requisiti di legge ora richiamati; per una sommaria analisi ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 26 – 29, con particolare riferimento alle note 1 e 2 quanto alle questioni postesi in passato in relazione al concetto di piccolo imprenditore rilevante ai fini del fallimento.

Va ricordato che l'intervento riformatore del 2006 ha dato origine a una controversia tra coloro che ne sostenevano l'effetto parzialmente abolitivo alla luce del più ristretto novero di soggetti fallibili o sottoponibili a procedure concorsuali che ne conseguì e quanti viceversa propugnavano la tesi contraria, poi sposata da Cass. Pen., Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, in *Foro It.*, 2008, II, c. 565 e ss.; anche in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, pp. 848 e ss. Sul punto, tra gli altri, v. SCARCELLA A., *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 4, pp. 488 e ss.

Presupposto fondante di questa pronuncia è l'insindacabilità in sede penale della valutazione operata dal giudice civile in punto di insolvenza, posto che elemento del reato è la sentenza dichiarativa di fallimento in sé, quale provvedimento giurisdizionale, e non già le condizioni di fatto che ne costituiscono il presupposto, con la conseguenza che le modifiche dell'articolo 1 L. Fall. non incidono sulle fattispecie criminose. In altre parole, non si tratta di norme extrapenali integratrici del precetto.

Sulla stessa linea argomentativa si pongono anche Cass. Pen.: Sez. V, 14 dicembre 2012, n. 3229, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253930 (in tema di liquidazione coatta amministrativa); Sez. V, n. 8 luglio 2011, n. 47017, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 251446 (sulla qualità di socio di fatto del fallito).

Nel senso dell'applicabilità dell'articolo 2 comma 2° del codice penale si erano schierati in dottrina, tra gli altri, ROSSI A., *I reati fallimentari*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, XI^a ed., a cura di Grosso C.F., Milano, 2008, pp. 19 e ss.; ID., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 30 – 32, che alla nota 6 richiama la giurisprudenza di merito recettiva di detta tesi. Quanto alle pronunce di legittimità, va ricordata qui Cass. Pen., Sez. V, 21 novembre 2007, n. 43076, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 237547.

³⁷³ In ossequio, peraltro, alla delega conferita dall'articolo 11 comma 1° lett. e) della l. 3 ottobre 2001, n. 366, che disponeva di prevedere che «qualora l'autore della condotta punita sia individuato mediante una qualifica o la titolarità di una funzione prevista dalla legge civile, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione è equiparato, oltre a chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, anche chi, in assenza di formale investitura, esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione; stabilire altresì che, fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applichino

Il legislatore ha altresì consegnato all'interprete criteri di chiara vocazione limitativa, sia sotto il profilo qualitativo (in modo «*significativo*», cioè attraverso atti che «*riflettono i poteri tipici dell'amministratore di diritto*»³⁷⁴) che sotto quello quantitativo (in modo «*continuativo*»), anche se senza dubbio non perfettamente in linea con il principio di tassatività, dato l'ampio margine semantico che connota i lemmi prescelti.

Si noti, peraltro, che la disposizione ora in commento contiene un'ulteriore clausola di equivalenza concernente chi sia «*tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata*». Ciò, per precorrere in sede penale la riforma civile che sarebbe stata portata a compimento nel 2003, con l'introduzione di nuovi sistemi di amministrazione e di controllo (come recita la rubrica dell'articolo 2380 del codice civile), all'esito della quale sono oggi tre i possibili modelli di gestione delle società di capitali³⁷⁵, ognuno dei quali contempla una verifica esterna da parte di un revisore legale.

In primo luogo, il modello tradizionale o latino vede un organo amministrativo (unico o collegiale, ossia il consiglio di amministrazione), affiancato

anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi».

Secondo MAZZACUVA N. -AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 18 - 19, l'intervento legislativo avrebbe ridotto il deficit di tassatività dovuto agli arresti giurisprudenziali e troverebbe il proprio antecedente nell'articolo 135 del D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari: dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., p. 12, individuano invece l'antesignano normativo dell'articolo 2639 del codice civile nell'articolo 5 del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

³⁷⁴ V. D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 19.

³⁷⁵ Si veda MAZZACUVA N. -AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 24 - 25, che ricordano anche la clausola estensiva di cui all'articolo 223-septies delle disposizioni di attuazione transitorie del codice civile; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 18 ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 47 - 49;.

Mette in guardia contro facili automatismi, però, MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 19; VENEZIANI P., Art. 2639. *Estensione delle qualifiche soggettive*, in Lanzi A. e Cadoppi A. (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007, p. 313, segnala invece le difficoltà di coordinamento tra le qualifiche penalmente rilevanti e la relativa disciplina extrapenale.

da un organo di controllo, il collegio sindacale, cui eventualmente si aggiunge un revisore esterno.

In secondo luogo, il sistema duale (di tradizione germanica), ove il consiglio di gestione svolge la funzione amministrativa e su di esso vigila un consiglio di sorveglianza, che lo nomina e ai sensi dell'articolo 2409-terdecies del codice civile. Peraltro, il consiglio di gestione gode anche di competenze che nel prototipo tradizionale sono demandate all'assemblea (come l'approvazione del bilancio o la promozione dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione).

Infine, il sistema monistico (di matrice anglosassone), in cui unico organo è il consiglio di amministrazione, deputato alla gestione societaria, all'interno del quale va costituito un comitato per il controllo della gestione, composto da amministratori aventi requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza che in parte replicano quelli previsti per i sindaci nel modello tradizionale, dei quali in sostanza svolgono il ruolo.

Le parificazioni in questione comportano, per quanto rileva in questa sede, che i soggetti di fatto divengono diretti destinatari del precetto e non possono quindi a rigore considerarsi estranei, anche per quanto attiene alle posizioni di garanzia e dunque al versante omissivo della corresponsabilità.

Ne consegue che, laddove vi sia anche un titolare formale della carica, il concorso si atteggerà secondo gli stilemi consueti derivanti dagli articoli 110 e seguenti del codice penale, senza le peculiarità afferenti alla compartecipazione di chi non possenga la qualifica normativa specializzante³⁷⁶, anche, a seconda dei casi, tra amministratore di diritto e amministratore di fatto³⁷⁷.

³⁷⁶ D'altro canto, se presupposto della qualifica sottesa ai reati propri è la maggiore capacità lesiva rispetto agli interessi tutelati riconosciuta al soggetto in virtù del peculiare legame con gli stessi, che può derivare anche dalla funzione esercitata, è del tutto ragionevole riconoscere siffatta accresciuta potenzialità offensiva anche a chi di fatto espliciti la funzione stessa.

Concordano con la qualifica di intraneo per il soggetto "di fatto" MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 30, 339 – 340.

³⁷⁷ Come posto in luce da SANDRELLI G., *Il soggetto «di fatto» nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del «nuovo» art. 2639 c.c.*, in *Fall.*, 2007, 10, p. 1181;

Nonostante questo ampliamento del novero dei soggetti attivi, dopo appena tre anni è entrato in scena un nuovo autore tipico, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili; peraltro, proseguendo nella metafora, con un ruolo sinora da comparsa, posto che non constano precedenti giurisprudenziali che abbiano toccato direttamente detta figura. Ciò forse è dovuto anche al fatto che la L. 28 dicembre 2005, n. 262, che lo ha concepito, mirava alla “*Tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari*” e nasceva in un frangente storico in cui era ancora vivido il ricordo delle vicende Parmalat e Cirio, che non hanno fortunatamente sinora trovato omologhi³⁷⁸.

Uno dei problemi postisi all'indomani dell'introduzione delle clausole di trasformazione (da soggetto di fatto a soggetto di diritto, nonché, correlativamente, da estraneo a intraneo) di cui all'articolo 2639 del codice civile è stato quello della sua trasponibilità in settori diversi dal diritto penale societario e, in particolare, nel diritto penale fallimentare.

Il trapianto appare senz'altro sostenibile quanto agli organi di controllo, posto che il riformatore del 2003 ha offerto un solido appiglio normativo esplicito in tal senso con l'articolo 223-septies comma 2° delle disposizioni di attuazione del codice civile, a mente del quale «*Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi*».

Quanto, poi, agli amministratori, sebbene più di una pronuncia di legittimità si

MAZZACUVA N. –AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 29; SEMINARA S., *I reati societari*, in *Soc.*, 2013, p. 1126; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 56.

In giurisprudenza, costruiscono la responsabilità dell'amministratore di diritto da omesso impedimento di reati tributari sul combinato disposto degli articoli 40 capoverso del codice penale e 2392 del codice civile Cass. Pen.: Sez. III, 19 novembre 2013, n. 47110, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 258080; Sez. III, 28 aprile 2011, n. 23425, anche in *Soc.*, 2012, 5, pp. 555 e ss., con nota di CONSULICH F., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*.

³⁷⁸ Come ha scritto VENEZIANI P., Art. 2639. *Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., pp. 314 e ss., tale figura è ipotizzabile anche in seno alle società non quotate, poiché se è vero che l'articolo 154-bis del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, prescrive come obbligatoria la nomina del dirigente preposto alle scritture contabili per le sole società quotate, nulla vieta che la stessa intervenga anche per le altre, cui non a caso si applica l'articolo 2622 comma 1° del codice civile.

sia espressa nel senso della pacifica applicazione anche in sede penalfallimentare dell'articolo 2639 in commento, argomentando dalla valenza prettamente interpretativa della novella³⁷⁹, più convincente pare l'impostazione che valorizza gli indici ermeneutici offerti dalla disposizione ora citata nell'ambito della teoria funzionalistica, cui la giurisprudenza continua ad aderire³⁸⁰.

In tale ottica, secondo la Suprema Corte la nozione di amministratore di fatto

³⁷⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2008, n. 7203, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 239040, così massimata: «L'amministratore "di fatto", in base alla disciplina dettata dal novellato art. 2639 cod. civ., è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto", per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, anche nel caso di colpevole e consapevole inerzia a fronte di tali comportamenti, in applicazione della regola dettata dall'art. 40, comma secondo, cod. pen. (principio affermato, nella specie, con riguardo ad ipotesi di bancarotta per distrazione)». V. anche Cass. Pen., Sez. V, 16 ottobre 2012, n. 45007, in *Leggi d'Italia*; Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 11649, in *Leggi d'Italia*.

Nel solco della piena equiparazione all'amministratore di diritto e della configurabilità della responsabilità da omesso impedimento si pone altresì, per affermare l'applicabilità dell'articolo 2639 del codice civile ai reati tributari, Cass. Pen., Sez. III, 5 luglio 2012, n. 33385, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253269. Nella giurisprudenza di merito, Ufficio Indagini Preliminari Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 17 settembre 2012, n. 605, in *Leggi d'Italia*.

Inoltre Cass. Pen., Sez. V, 13 aprile 2006, n. 19145, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 234428, nonché in *Riv. Pen.*, 2007, 2, p. 176, che in motivazione, con riferimento al preposto commerciale di un piccolo organismo, quasi in forma di *obiter dictum* afferma «(...) anche a sottacere il portato dell'art. 2639 c.c. (il quale, pur dettando la disciplina per la responsabilità propria dei reati societari, è suscettibile di estensione anche alle fattispecie penal/fallimentari, per il suo portato essenzialmente interpretativo (ed, a sua volta, derivato dagli indirizzi dettati dalla Cassazione), il quale sottolinea la significatività del potere esercitato per accertare l'esatta qualifica soggettiva (...)). Conforme Cass. Pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36630, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 228308, nonché in Cass. Pen., 2005, 10, pp. 3088 e ss., con nota di PALLADINO P., *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*.

In dottrina, si veda SEMINARA S., *I reati societari*, cit., pp. 1111 e ss.

³⁸⁰ Si veda Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2012, n. 39535, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253363, che esclude espressamente che l'articolo 2639 del codice civile comporti il superamento della teoria funzionalistica in sede penalfallimentare.

In dottrina, LANZI A., *La «nuova» bancarotta societaria*, in *Fall.*, 2002, n. 8, pp. 813 ss.; ID., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.; COCCO G., *Disposizioni Penali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO – PALIERO, II^a ed., Padova, 2007, p. 1250; VENEZIANI P., *Art. 2639. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., p. 311, per il quale la mancata estensione darebbe luogo a discutibili disparità di trattamento; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 51 – 54.

Contra, nel senso che l'applicazione dell'articolo 2639 del codice civile violerebbe il divieto di analogia *in malam partem*, GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, pp. 156 e ss.

introdotta dall'articolo 2639 del codice civile postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione; non, però, di "tutti" tali poteri, per cui è sufficiente l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale³⁸¹, in posizione non gerarchicamente subordinata né circoscritta a uno o più settori³⁸².

Occorre, al riguardo, fare riferimento «alle disposizioni civilistiche che, regolando l'attribuzione della qualifica di imprenditore e di amministratore di diritto, costituiscono la parte precettiva di norme che sono sanzionate dalla legge penale»³⁸³; cioè, come è stato efficacemente scritto in dottrina, «a quelle formule normative che fondano il substrato della funzione di amministratore», e dunque anche agli elementi che derivano dai singoli statuti societari, calibrati sulle specifiche realtà aziendali, come pure a indici non scritti³⁸⁴.

Sul piano probatorio processuale, ciò richiede di ricercare «elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto - quale intraneus che svolge funzioni gerarchiche e direttive - in qualsiasi momento dell'iter di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi - rapporti di lavoro con i dipendenti, rapporti materiali e negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti - e in qualsiasi branca aziendale, produttiva, amministrativa, contrattuale, disciplinare»³⁸⁵.

3.2. Intranei ed estranei nella bancarotta impropria tra tipizzazione normativa e clausole estensive

Venendo ora ai soggetti attivi della bancarotta societaria, l'articolo 223 L. Fall. li individua negli amministratori, nei direttori generali, nei sindaci e nei liquidatori

³⁸¹ Cfr., *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2013, n. 35346, in C.E.D. Cass., Rv. 256534; Sez. V, 15 marzo 2013, n. 51891, in *Leggi d'Italia*; Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15065, in C.E.D. Cass., Rv. 250094; Sez. V, 17 ottobre 2005, n. 43388, in C.E.D. Cass., Rv. 232456; Sez. V, 14 aprile 2003, n. 22413, in C.E.D. Cass., Rv. 224948.

Nella giurisprudenza di merito, può citarsi Tribunale Rovereto, 18 luglio 2013, n. 13, in www.iusexplorer.it, che ha quindi escluso la responsabilità di un commercialista, peraltro lasciando aperta la possibilità che lo stesso concorresse quale *extraneus*.

³⁸² V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 53.

³⁸³ V. Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2013, n. 35346, cit.; Sez. I, 12 maggio 2006, n. 18464, in C.E.D. Cass., Rv. 234254; Sez. V, 14 aprile 2003, n. 22413, cit.

³⁸⁴ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 54.

³⁸⁵ Così, testualmente, Cass. Pen.: Sez. V, 20 giugno 2013, n. 35346, cit.; Sez. I, 12 maggio 2006, n. 18464, in C.E.D. Cass., Rv. 234254; Sez. V, 14 aprile 2003, n. 22413, cit.

di società dichiarate fallite; il rapporto organico con l'impresa accomuna queste figure e giustifica l'estensione ad esse, ai fini penali, degli effetti dell'insolvenza dell'imprenditore³⁸⁶.

Infatti, lo sdoppiamento tra la titolarità del patrimonio su cui le condotte ricadono e l'esercizio dell'attività commerciale, connaturato alla forma societaria, rende inadeguata *«l'individuazione del punto di ricaduta delle responsabilità penali nella persona del fallito, risalente agli albori dell'istituto fallimentare»*³⁸⁷.

Occorreva, pertanto, identificare altre figure qualificate, diverse dall'imprenditore, enucleate dal legislatore in base ai poteri di cui sono dotate e dei correlativi doveri, tali da configurare veri e propri uffici³⁸⁸ privati, funzionali a proteggere interessi sia interni che esterni alla società.

Le stesse figure soggettive (ad eccezione dei sindaci) sono, non a caso, i possibili autori qualificati di altri reati fallimentari societari in luogo dell'imprenditore, come il ricorso abusivo al credito.

Si tratta, in altre parole, di qualifiche soggettive alternative sostanzialmente omogenee a quella di imprenditore³⁸⁹, perché, ferma restando l'alterità patrimoniale, le stesse sono connotate dal potere sull'impresa societaria (quanto agli amministratori e ai liquidatori), dalla discrezionalità operativa (il direttore generale) e dal controllo sulla gestione (per i sindaci)³⁹⁰.

Per tale motivo invece non sono stati considerati i componenti dell'assemblea, che per il diritto civile non costituisce un autonomo centro di responsabilità, per quanto talora partecipe di talune estrinsecazioni della funzione amministrativa; è, invece, superfluo che l'autore del reato rivesta altresì la qualità di imprenditore

³⁸⁶ Cfr. Sez. Un., 30 settembre 2010, n. 43428, cit., punto 6 della motivazione in diritto.

³⁸⁷ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, p. 255.

³⁸⁸ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 259.

³⁸⁹ Ancora PEDRAZZI C., op. ult. cit., p. 256.

Brilla per originalità la posizione di GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 335, che vale la pena richiamare alla lettera: «ricorre il paragone tra l'incapace ed il risparmiatore (talora chiamato "cassettista" o appartenente al "parco buoi") incapace di tutelare i propri interessi economici. Ebbene, se questo è vero, la carica di amministratore o di sindaco risulta affine alla tutela».

³⁹⁰ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 82 – 83.

commerciale³⁹¹.

Come notato in dottrina, la carica ricoperta e la funzione svolta condizionano l'apporto che ciascuno di questi tipi soggettivi può fornire al reato; a titolo esemplificativo, chi siede negli organi di controllo solitamente risponderà per aver ommesso di esercitare la dovuta vigilanza sull'altrui condotta criminosa, in applicazione dell'articolo 40 capoverso del codice penale³⁹².

Alla luce di quanto in precedenza esposto, poi, anche chi di fatto rivesta i ruoli predetti potrà essere soggetto attivo qualificato dei relativi reati fallimentari; altrimenti, potrà concorrervi quale *extraneus*, fermo restando che gli elementi probatori valutati insufficienti al fine di estendere la qualifica formale non possono di per sé fondare una presunzione in tale senso³⁹³.

In ogni caso, inoltre, la teoria funzionalistica non vale a colmare la discrasia tra le categorie ora richiamate e i destinatari dei precetti contenuti nei reati societari base, cui rinvia l'articolo 223 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Alcuni di questi, infatti, concernono i soli amministratori (si vedano gli articoli da 2626 a 2628 del codice civile), altri i soli liquidatori (come l'articolo 2633 del codice civile), altri ancora non toccano – direttamente – i sindaci (in particolare l'articolo 2634 del codice civile).

Ancora, gli articoli 2621 e 2622 del codice civile annoverano tra i soggetti attivi anche i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, l'articolo 2632 del medesimo codice si rivolge pure ai soci conferenti³⁹⁴; due categorie, cioè, aliene al sistema penalfallimentare.

Ciò comporta che, in ossequio al principio di tassatività e al divieto di analogia *in malam partem* (che ne costituisce il risvolto negativo), da un lato i soggetti autori degli illeciti societari non rientranti nell'elencazione di cui al più volte citato articolo 223 L. Fall. potranno, laddove ne sussistano le condizioni, essere chiamati a

³⁹¹ V. ROSSI A., op. ult. cit., p. 81, 121.

³⁹² Cfr. ROSSI A., op. ult. cit., p. 45.

³⁹³ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 3 febbraio 2011, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2011, pp. 911 e ss. In dottrina, D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 16.

³⁹⁴ Cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 216 – 217; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 46.

rispondere dei delitti di bancarotta ivi contemplati soltanto quali concorrenti estranei. Con la peculiarità, però, che il relativo apporto dovrà necessariamente estrinsecarsi nella fase prefallimentare, come si desume agevolmente dall'efficacia causale rispetto alla verifica del dissesto normativamente prescritta per i reati societari³⁹⁵, di cui meglio si dirà in seguito.

Specularmente, i destinatari del precetto in tema di bancarotta, ma non di quello societario, potrebbero eventualmente concorrere nei reati presupposto quali *extranei*³⁹⁶.

Sotto altro profilo, va considerato che autori della bancarotta impropria societaria possono essere anche i soci illimitatamente responsabili delle società di persone, con la precisazione che laddove rivestano la qualità di amministratori (per esempio, in quanto accomandatari) risponderanno come intranei³⁹⁷; altrimenti, dovranno essere integrati gli estremi della responsabilità in concorso.

Alla luce di quanto sinora esposto, appare opportuno lumeggiare le singole figure soggettive, che, dal punto di vista dogmatico, costituiscono elementi normativi del “*Tatbestand*”, che rinviano alla scienza e alla prassi economico aziendale.

Ebbene, l'amministratore detiene la gestione della società e il controllo sui fattori produttivi, nonché la sua rappresentanza all'esterno; il più delle volte, come già detto, il ruolo è affidato a un organo collegiale, che spesso delega gran parte

³⁹⁵ A conclusioni analoghe perviene ROSSI A., op. ult. cit., p. 46.

³⁹⁶ Si vedano ancora LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 46;.

Peculiare è il caso degli apporti dei soci conferenti nell'articolo 2632 del codice civile; come nota CADOPPI A., *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in Lanzi A. – Cadoppi A. (a cura di), *I nuovi reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 1005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, cit., p. 372: costoro concorreranno quali estranei, salvo che sussista un'ingerenza significativa e continuativa nella gestione societaria tale da far scattare la clausola di cui all'articolo 2639 del codice civile.

³⁹⁷ Cfr. in dottrina MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 341; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 46.

In giurisprudenza, Cass. Pen., 12 luglio 2012, n. 42522, in *Foro It.*, 2013, 1, c. 19, inerente a condotte di distrazione poste in essere nell'ambito di un concordato preventivo, punibili quali bancarotta impropria quando siano realizzate dai soci illimitatamente responsabili di una società di persone, muniti di poteri di amministrazione.

degli incombenti a uno (tranne che nel modello monistico o dualistico, in base all'articolo 2409-*nonies* del codice civile) o più componenti, i quali vanno a costituire, a loro volta, un comitato esecutivo.

Fermo restando che alcune funzioni non possono essere delegate *ex lege* (a mente dell'articolo 2381 del codice civile, che per esempio lo impedisce per le emissioni obbligazionarie), in ogni caso residua in capo ai deleganti l'obbligo di agire informati.

Sul punto non si può non ricordare che la Corte di Cassazione appaia ormai orientata a distinguere il coefficiente soggettivo richiesto a seconda del ruolo svolto dall'amministratore di diritto, considerando più grave la scelta di radicale disinteresse alla gestione operata dal mero prestanome o testa di legno, posto che questi avvalla senza discernimento anche eventuali crimini del suo *dominus*, rispetto ai quali è sufficiente il dolo eventuale³⁹⁸.

Le più recenti pronunce, peraltro, precisano che anche per l'amministratore di diritto occorre distinguere a seconda che sia posta in essere una bancarotta patrimoniale o documentale, poiché egli è direttamente destinatario dei precetti in materia contabile e dunque può reputarsi in dolo rispetto alla sottrazione od omessa tenuta delle scritture³⁹⁹.

³⁹⁸ V., tra le tante, Cass. Pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7208, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 233758, che peraltro individuava l'essenza di tale forma di dolo nell'accettazione del rischio e dunque appare almeno sotto questo profilo superata dalla pronuncia delle Sezioni Unite nel caso cd. Thyssenkrupp, come si vedrà nel prosieguo.

³⁹⁹ Ciò, come precisato da Cass. Pen., Sez. V, 30 ottobre 2013, n. 642, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 257950, «*in quanto sussiste il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le predette scritture, purché sia fornita la dimostrazione della effettiva e concreta consapevolezza del loro stato, tale da impedire la ricostruzione del movimento degli affari*».

Cass. Pen., Sez. V, 19 febbraio 2010, n. 19049, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2010, 1-2, pp. 287 e ss., con nota di PONTIERI F., *Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale responsabilità penale dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, sottolinea che «(...) mentre con riguardo a quella documentale per sottrazione o per omessa tenuta in frode ai creditori delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (cosiddetto 'testa di legno'), atteso il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture, non altrettanto può dirsi con riguardo all'ipotesi della distrazione, relativamente alla quale non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica

Il direttore generale, poi, può individuarsi nel soggetto che funge da collegamento tra l'organo amministrativo e «*tutto l'apparato organizzativo globalmente inteso*», con compiti di alta gestione⁴⁰⁰.

Egli infatti è collocato al vertice gerarchico dei lavoratori subordinati, ma al contempo è sottoposto alle direttive impartite dagli amministratori, che è demandato ad eseguire, seppur con una certa autonomia, non essendo peraltro necessario che egli sia legato alla società da un rapporto di lavoro subordinato inteso in senso stretto⁴⁰¹.

L'articolo 2396 del codice civile estende a questa figura le responsabilità degli amministratori, nei limiti dei compiti affidatigli, a condizione però che sia nominato dall'assemblea o dal consiglio di amministrazione per disposizione dello statuto; in tali ipotesi, si è notato, il direttore generale assurge a vero e proprio organo societario⁴⁰².

Anche questo ruolo potrebbe essere rivestito, di fatto, da chi non abbia la relativa qualifica formale, in particolare qualora il direttore di uno specifico settore della società in realtà svolga le funzioni di direttore generale, sempre sulla scorta di un accertamento condotto in base ai parametri di continuità e significatività

applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto (...).

⁴⁰⁰ Testualmente ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 56. Dalla possibile responsabilità penale di questa figura GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 235 - 237, evince quella dell'amministratore di fatto, per ragioni essenzialmente equitative, ma esclude che possa essergli ascritta la bancarotta documentale, posto che egli non ha il compito di tenere i libri contabili.

⁴⁰¹ Sembrerebbero invece reputare necessario e sufficiente un rapporto di lavoro (la cui imprescindibilità si evince peraltro dall'articolo 2396 del codice civile), ma non la subordinazione agli amministratori MAZZACUVA N. - AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 341.

Di «*vertice della piramide organizzativa dell'azienda*» parla, con notevole efficacia evocativa, D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 29 - 30; diversamente da quanto opina questo Autore, peraltro, non pare indefettibile la titolarità di poteri di rappresentanza.

⁴⁰² Cfr. D'AVIRRO A., op. ult. cit., p. 30.

richiamati dall'articolo 2639 del codice civile.

Lo stesso dicasi, evidentemente, altresì per chi svolga dette funzioni pur non essendo stato nominato (nella società per azioni) dall'assemblea o per disposizione dell'atto costitutivo, secondo quanto previsto dall'articolo 2396 del medesimo codice⁴⁰³.

Indici probatori in tal senso potrebbero ricavarsi, sotto il profilo quantitativo, dal riunire in sé potestà decisionali afferenti a più settori; l'occasionalità, la subordinazione gerarchica, la ridotta autonomia decisionale osterebbero, viceversa, a configurare la responsabilità penale qualificata⁴⁰⁴.

La stessa Autrice ipotizza, acutamente, che al corrispondente di fatto della figura in commento siano riconducibili anche terzi estranei all'impresa, e segnatamente i responsabili di società di *management* nell'ipotesi di *management contracts*⁴⁰⁵.

A opinione di chi scrive, poi, ad analoghe conclusioni potrebbe giungersi anche per coloro che rivestano formalmente la posizione di direttore generale all'interno di una capogruppo, ma che, magari attraverso vie non palesi, dettino le direttive operative per tutte o per varie consociate, in modo vincolante per i rispettivi dirigenti.

Proseguendo nella disamina, i liquidatori sono titolari di poteri strumentali alla tutela di interessi tanto propri della società che di terzi, esercitati però nell'ultima fase della vita della stessa, lo scioglimento, in sostituzione dell'imprenditore e degli amministratori, in virtù di un rapporto organico con l'ente.

Per tale motivo, corroborato dal dettato dell'articolo 146 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, essi rispondono dei reati penalfallimentari realizzati, anche laddove non ne abbiano impedito il compimento da parte di altri.

Anche la figura del liquidatore può essere rivestita in via di fatto; è quanto tipicamente avviene quando l'amministratore cessato dalla carica ripartisca tra i soci i beni della società prima del pagamento dei creditori della stessa o

⁴⁰³ V. MAZZACUVA N. -AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 341.

⁴⁰⁴ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 56 – 57.

⁴⁰⁵ V. ROSSI A., op. ult. cit., p. 57.

dell'accantonamento delle somme a ciò necessarie. Ciò consente di ricondurre siffatte condotte all'alveo applicativo del reato punito dall'articolo 2633 del codice civile, purché cagionino un danno ai creditori e il dissesto della società⁴⁰⁶. Si noti: poste in essere da intranei, per i liquidatori, e da estranei, per i soci riceventi.

Quanto ai sindaci e ai componenti degli altri organi di controllo ora contemplati dal diritto societario (in virtù del citato articolo 223-septies delle disposizioni di attuazione del codice civile), sembra ammissibile l'equiparazione basata sull'esercizio di fatto di funzioni sostanzialmente sovrapponibili.

E ciò non solo laddove si tratti di ipotesi in cui manca la qualifica prescritta dalla legge, perché la nomina non era valida o era venuta meno, per incompatibilità o perché il sindaco non abbia preso parte a due riunioni dell'organo collegiale nell'arco del medesimo esercizio, ma anche qualora la stessa sia piuttosto diversamente definita dalla disciplina vigente. Si pensi, a titolo esemplificativo, al già citato comitato di controllo interno, costituito in seno al consiglio di amministrazione di una società quotata⁴⁰⁷.

Come anticipato, la dimensione tipica della responsabilità dei controllori è quella omissiva per mancato impedimento del reato altrui ai sensi dell'articolo 40 capoverso del codice penale, che nell'ambito del concorso di persone è applicabile, come noto, anche a fattispecie di mera condotta e non soltanto a quelle causali pure⁴⁰⁸.

Posto che si tratta in ogni caso di ipotesi di corresponsabilità di intranei, non rilevanti in linea di massima in questa sede, va comunque ricordato come una

⁴⁰⁶ In senso analogo ROSSI A., op. ult. cit., pp. 57 – 58.

⁴⁰⁷ V. D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 31.

⁴⁰⁸ ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 67, propone pertanto di adattare in senso evolutivo la formula legislativa “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo” con quella (per la verità non impeccabile dal punto di vista lessicale) “non impedire un reato che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale permettere agli altri concorrenti di cagionarlo”.

Anche MAZZACUVA N. -AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 343, propendono per la natura tendenzialmente omissiva ai sensi dell'articolo 40 capoverso del codice penale della responsabilità dei sindaci.

In giurisprudenza si veda Cass. Pen., Sez. V, 10 novembre 2005, n. 40815, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 232795.

simile forma di attribuzione del fatto di reato si snodi lungo passaggi più impervi di quelli concernenti le condotte attive.

Invero, va in primo luogo individuata e delimitata la posizione di garanzia, plausibilmente ascrivibile a quelle di controllo, in quanto volta a neutralizzare la fonte di pericolo costituita dalla condotta dei gestori dell'ente. Al riguardo, da lungo tempo in dottrina si è segnalato come gli articoli 2403 e 2407 del codice civile non sembrano porre effettivi obblighi impeditivi in capo ai sindaci, i quali godono di un ristretto ventaglio di iniziative di contrasto rispetto alle altrui condotte criminose⁴⁰⁹.

Al punto che secondo taluni i controllori non potrebbero neppure annoverarsi tra i garanti in senso proprio ed essere quindi chiamati a rispondere penalmente per omesso impedimento dell'altrui reato; piuttosto, sarebbero titolari di mere posizioni di vigilanza⁴¹⁰.

Occorre, poi, appurare l'efficacia eziologica esplicita dalla mancata attivazione dei poteri impeditivi sul compimento del reato; al riguardo, vi è chi invita a particolare rigore nell'accertamento della reale incidenza della singola omissione di quello specifico soggetto qualificato sulla verifica del risultato offensivo, senza appiattirsi sulla regola dell'equivalenza causale⁴¹¹.

Tematica affine è quella dell'omesso impedimento del reato altrui da parte di amministratori di diritto, non delegati ai sensi dell'articolo 2381 del codice civile, sulla quale si può registrare un'evoluzione giurisprudenziale, favorita dagli spunti critici forniti dalla dottrina; le due figure sono infatti accomunate dal ruolo di controllo rispetto a chi effettivamente manovra la società.

A tal proposito, per opinione generalmente condivisa la riforma del diritto

⁴⁰⁹ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 66.

A parere di chi scrive non sarebbe, al contrario, sostenibile che la posizione in questione sia di protezione, in quanto in base al vigente quadro normativo i sindaci devono vigilare sulle sole minacce provenienti dall'interno della società e non da qualsiasi possibile aggressione a quest'ultima.

⁴¹⁰ V. MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, sussidiarietà, di libertà e di responsabilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, pp. 337 e ss.

⁴¹¹ Cfr. PIERDONATI M., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice delle società: verso 'nuovi equilibri' giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, pp. 965 e ss.

commerciale del 2002 ha ridotto la portata della posizione di garanzia gravante sugli amministratori non delegati, posto che ha sostituito l'obbligo di agire informati (e per gli amministratori delegati quello di informare gli altri) al dovere di vigilare sul generale andamento della gestione.

Ed infatti, la giurisprudenza di legittimità richiede, per reputare sussistente il dolo postulato dalle fattispecie penalfallimentari, la sussistenza e la percezione di segnali significativi e anomali in relazione all'evento illecito⁴¹².

Come meglio si dirà in seguito, simili indici appaiono sintomatici del dolo, quantomeno eventuale, pure del concorrente *extraneus*, salve le maggiori difficoltà probatorie derivanti dall'essere quest'ultimo collocato all'esterno della compagine societaria e della quotidianità operativa della stessa.

§

4. Il delitto di cui all'articolo 223 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267: la bancarotta da reato⁴¹³ societario

⁴¹² L'orientamento appare ormai consolidato. Si vedano, tra le altre, Cass. Pen.: Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi e a., in *C.E.D. Cass.*, non massimata, in particolare punto 8 della motivazione in diritto; Sez. V, 30 novembre 2011, n. 3708, anche in *Ind. Pen.*, 2012, 1, p. 79 e ss. con nota di BARTOLINA J., *Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega*.

Stentorea la massima di Cass. Pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, anche in *Soc.*, 2010, 7, pp. 886 e ss., con nota di CHIARAVIGLIO G., *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, che pertanto si riporta: «*In tema di reati fallimentari e societari, ai fini dell'affermazione della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, giacché solo la prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili comporta l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito mentre la mancata attivazione di detti soggetti in presenza di tali circostanze determina l'affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno*». Nello stesso solco, Cass. Pen., Sez. V, 28 aprile 2009, n. 21581, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 243889.

⁴¹³ Osservano BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 191 - 192, che più corretto sarebbe parlare di bancarotta da *illecito* societario, poiché a seguito delle modifiche apportate dall'articolo 30 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, il richiamo agli articoli 2621 e 2622 del codice civile includerebbe anche le false comunicazioni rilevanti solo in ambito amministrativo.

Anche NAPOLEONI V., *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà*

Già una prima lettura consente di rilevare come il delitto di cui all'articolo 223 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, sia connotato dalla tecnica legislativa del rinvio, «*in forza della quale una serie di ipotesi penali societarie vengono a innestarsi, a seguito della dichiarazione di fallimento, nello schema della bancarotta fraudolenta*»⁴¹⁴.

Come si è accennato, questa modalità di normazione, congiuntamente alla disciplina casistica, è stata da lungo tempo oggetto di fondate critiche da parte della dottrina, per i gravi difetti di coordinamento di cui è foriera e per i ragionamenti tortuosi che la combinazione di tali due fattori impone all'interprete laddove i richiami siano a catena, con conseguente incertezza del diritto⁴¹⁵.

Le pecche ora denunciate non sono state però eliminate con la non risalente riformulazione della fattispecie, la cui fisionomia fu in parte ridisegnata dall'articolo 4 del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (intitolato “*Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali*”), lungo due direttive di fondo.

Da un lato, è stato innovato il catalogo dei reati societari richiamati come ipotesi base, selezionati oggi secondo un criterio di parziale omogeneità di offesa rispetto alle fattispecie di bancarotta⁴¹⁶, posto che si pongono come lesivi della garanzia patrimoniale dei creditori, almeno in termini di esposizione a pericolo.

La pur rinnovata cernita⁴¹⁷, se ha senz'altro eliminato il richiamo ad ipotesi che

patrimoniale e della bancarotta "da reato societario", in Cass. Pen., 2009, I, pp. 294 e ss., nota a Cass. Pen., Sez. V, 08 novembre 2007, n. 7326, § 2, sub nota 8.

⁴¹⁴ Così D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 1.

⁴¹⁵ V. MONTANARA G., voce *Fallimento (i reati in materia di)*, cit., p. 283; ROSSI A., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 200.

⁴¹⁶ In questi termini si esprimeva la Relazione ministeriale al D. Lgs. 61 del 2002, nonché LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss., che parla di affinità sotto il profilo offensivo.

⁴¹⁷ Precedentemente il richiamo era ai reati previsti gli articoli 2621, 2622 (false comunicazioni sociali), 2623 (ripartizione di utili fittizi o non distribuibili anche a titolo di acconto sui dividendi), 2628 (divulgazione di notizie sociali riservate), 2630 comma 1° (violazione degli obblighi degli amministratori e manovre fraudolente sui titoli della società) del codice civile; si trattava, peraltro, di fattispecie formulate prima della riforma del diritto societario 2002.

Numerose le posizioni critiche in dottrina; su tutti, PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 255; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, cit., 2001, pp. 130 e ss..

non parevano connesse a fattori prodromici della crisi di impresa, non ha comunque rimosso ogni perplessità, come per il mancato inserimento della cd. corruzione privata, sanzionata dall'articolo 2635 del codice civile⁴¹⁸.

Delitto che appare, invero, già in astratto foriero di un contributo offensivo alle ragioni creditorie, anche per chi, diversamente dall'orientamento espresso sul punto dalla Suprema Corte di Cassazione, intenda in senso strettamente patrimoniale il «*nocumento alla società*» che lo stesso richiede quale evento⁴¹⁹.

Scrivendo LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss., che si trattava di elencazione «*assolutamente priva di giustificazione (sia per le inclusioni che per le esclusioni) in sede fallimentare, e unicamente frutto di una acritica apertura alle ipotesi già previste nell'aggravante di cui all'(allora) art. 2640 del codice civile (richiamo tanto più ingiustificato in quanto tale aggravante ipotizzava espressamente il danno all'impresa, mentre la fattispecie fallimentare, evidentemente, riguardava la procedura concorsuale e la massa dei creditori), è stata finalmente e provvidamente mutata nel segno della coerenza normativa*».

Si esprimono in termini positivi in relazione al nuovo elenco CADOPPI A., *Art. 4*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di Lanzi A. – Cadoppi A., cit., pp. 264 ss.; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 52, per il quale sono stati privilegiati i reati posti a tutela del capitale sociale, su cui si impennerebbe la garanzia dei creditori; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 195 – 196, che pure ritengono che l'introduzione del nesso causale rispetto al dissesto avrebbe reso meno rilevante la disomogeneità di oggettività giuridica, evidenziando peraltro la natura non recettizia del rinvio; per la parziale omogeneità d'offesa si schiera CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013, p. 187.

La giurisprudenza di legittimità si è da subito orientata a ritenere che per le fattispecie espunte dal richiamo fosse intervenuta un'*abolitio criminis*; si veda Cass. Pen., Sez. V, 19 settembre 2005, n. 45714, in *Cass. Pen.* 2006, 3, p. 881, sul reato di cui all'articolo 2623 del codice civile.

⁴¹⁸ V. MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, cit., p. 126; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit., pp. 49 e ss.

⁴¹⁹ Il riferimento è all'unico precedente di legittimità conosciuto, vale a dire Cass. Pen., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254832, secondo la quale in tema di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, il *nocumento* per la società da cui dipende la sussistenza del reato consiste nella lesione di qualsiasi interesse della medesima suscettibile di valutazione economica e non si risolve pertanto nella causazione di un immediato danno patrimoniale, come invece richiesto dal limitrofo delitto di infedeltà patrimoniale.

Un concetto più ampio, dunque, rispetto a quello seguito dall'elaborazione giurisprudenziale in tema di patrocinio infedele, rivelazione del contenuto di documenti segreti, trattamento illecito di dati personali e così via. Esso senz'altro include, quale *genus*, anche la dimensione meramente patrimoniale, che si riverbera nella garanzia dei creditori attraverso il prisma dell'articolo 2740 del codice civile e, con precipuo riferimento alle tematiche di interesse in questa sede, segna l'affinità offensiva del

Come si è efficacemente scritto, la nuova selezione ha configurato una progressione di tutela che dalla protezione dell'integrità ed effettività del patrimonio sociale attraverso il reato societario, per così dire posto 'a monte', giunge alla protezione degli interessi creditorî demandata al delitto fallimentare, collocato secondo la stessa metafora 'a valle'⁴²⁰.

Ciò, anche perché si è introdotto quale ulteriore elemento costitutivo della bancarotta impropria il collegamento eziologico tra le fattispecie base e l'evento di dissesto⁴²¹, in modo da giustificare il più grave trattamento sanzionatorio applicato a fatti di per sé già costituenti reato laddove intervenga, anche dopo un consistente lasso di tempo, la declaratoria di fallimento (o un provvedimento equipollente)⁴²².

delitto di cui all'articolo 2635 del codice civile rispetto al sistema penalfallimentare.

⁴²⁰ Cfr. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 186 – 187; ID., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., pp. 214 – 215.

Interessante il punto di vista di SEMINARA S., *Lo statuto penale dell'impresa societaria tra presente e futuro*, cit., p. 646, che ravvisa un preciso disegno nel sistema ora delineato dal legislatore, il quale rende assai difficile sanzionare penalmente l'imprenditore disonesto fin tanto che l'azienda è *in bonis*, ma reagisce ferocemente qualora sopraggiunga la dichiarazione di fallimento e, con essa, il conclamato danno per i creditori. Scelta, questa, che per l'Autore è frutto delle pressioni del ceto più abbiente della società civile.

⁴²¹ In tal modo si è attuata la legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, che all'articolo 11, lett. g), impose la riformulazione delle «norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari, prevedendo che la pena si applichi alle sole condotte integrative di reati societari che abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto delle società», secondo l'auspicio già espresso da PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 304.

Osserva LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss., che tale riforma era finalizzata a contrastare la giurisprudenza, che al contrario svincolava, dal punto di vista causale, il reato societario richiamato *ex lege* dalla successiva situazione d'insolvenza della società, dando così vita ad una disciplina rigida e altamente gravosa.

Per la verità anche numerose opinioni dottrinarie, seppure sulla scorta di argomenti diversificati, erano nel senso della superfluità del nesso eziologico; tra gli altri, si vedano CADOPPI A., *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223 cpv. n. 1 legge fallimentare*, in *Fall.*, 1981, pp. 802 e ss; MANGANO P., *La bancarotta societaria*, Padova, 2001, p. 59. *Contra*, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, 2001, p. 132, per il quale un nesso eziologico era necessario, ma l'onere della prova contraria gravava sull'imputato, evocando una sorta di presunzione vincibile di esistenza dello stesso.

⁴²² Cfr. D'AVIRRO A., in D'Avirro A. – De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 8, 38, che specifica inoltre che quella in commento è norma a più fattispecie, di talché sussisterà un unico reato anche qualora l'agente violi più disposizioni incriminatrici di diverse fattispecie societarie.

Sennonché, osserva MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., pp. 127 –

Quest'ultima rimane infatti elemento imprescindibile, indipendentemente dalla collocazione dogmatica che le si attribuisca, anche se va osservato che il fatto che il delitto contenga già un evento naturalistico – il dissesto – e che solo rispetto ad esso richieda un nesso eziologico sembrerebbe militare in senso contrario rispetto alla tesi che attribuisce alla sentenza del giudice fallimentare la medesima natura.

L'esser fallita è, in ogni caso, una qualità che la società deve possedere e che si riflette sugli autori tipici; laddove venga meno per successiva revoca della sentenza dichiarativa, che renderà il fatto precommesso qualificabile soltanto come reato societario, con conseguente reviviscenza della procedibilità a querela, laddove prevista⁴²³.

Sempre che, però, nel frattempo non sia maturata la prescrizione, con riferimento alla quale deve ritenersi, in ossequio al principio del *favor rei*, che non esplichino alcuna efficacia atti interruttivi intervenuti tempestivamente per il reato fallimentare, ma dopo il decorso del termine cd. breve per il fatto tipico a monte ai sensi dell'articolo 159 del codice penale; evenienza non così rara, sol che si ponga mente ai diversi limiti edittali e ai tempi delle controversie civili innescate dalla procedura concorsuale.

Più precisamente, si reputa che il delitto in commento integri una fattispecie autonoma di bancarotta impropria⁴²⁴, da alcuni annoverata tra le ipotesi di reato

128, ciò comporta un'insolita moltiplicazione degli eventi, nel senso che alcuni dei reati societari base già ne contemplano uno o più d'uno, il che comporta anche la necessità di verificare gli snodi di causalità tra di essi, il che non sempre è agevole. Ad es. il danno ai creditori previsto dagli articoli 2629 e 2633 del codice civile parrebbe dover seguire al fallimento, e non già precederlo.

⁴²³ Cfr. CADOPPI A., *Revoca della sentenza dichiarativa di fallimento e reati fallimentari*, in *Fall.*, 1983, pp. 440 ss.; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 38 - 39; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 187 - 189.

⁴²⁴ In dottrina, GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto della "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. Pen.*, 2003, pp. 88 e ss.; CADOPPI A., *I nuovi reati societari*, cit., pp. 260 e ss.; PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 169; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 186.

Contra, nel senso che si tratti di delitto aggravato dall'evento PUTINATI S., *La nuova bancarotta «societaria»: imputazione oggettiva e soggettiva*, in *Dir. Prat. Soc.*, 2002, n. 11, pp. 17 e ss., per il quale «la fattispecie base dolosamente posta in essere sarebbe costituita dalla condotta tipica di uno tra i reati societari espressamente richiamati dal nuovo art.

complesso in senso lato o eventualmente complesso⁴²⁵, argomentando dal fatto che per integrarlo occorre uno dei reati societari espressamente richiamati, con l'aggiunta di elementi ulteriori di per sé non puniti penalmente, vale a dire il dissesto e la dichiarazione di fallimento.

Per la verità, non si registra piena concordia neppure sulla nozione di «fatti» previsti come reati societari, evocata dall'articolo 223 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, in ordine alla quale possono registrarsi quantomeno due orientamenti interpretativi.

La lettura restrittiva del testo normativo, in estrema sintesi, reputa sufficiente l'integrazione del solo elemento materiale (incluso il dolo specifico, quale criterio tipizzatore) e si basa sul dato letterale⁴²⁶; pertanto, i fatti di cui alle disposizioni del

223 comma 2 n. 1 L. Fall., ed il dissesto rappresenterebbe un fattore talmente grave da poter giustificare la brusca impennata sanzionatoria». Peraltro, l'Autore ne evince che è indifferente che l'evento sia voluto oppure no, potendosi ascrivere anche a titolo di colpa.

In giurisprudenza, si veda Cass. Pen., Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15062, in C.E.D. Cass., Rv. 250092, che, con riferimento a ipotesi di falso in bilancio, ne trae quale coerente conseguenza l'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dalla data della declaratoria di fallimento e non da quella di consumazione delle singole condotte.

⁴²⁵ Nel senso del reato complesso, senza ulteriori specificazioni, LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 351; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 185; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 36 - 38, propende per il reato complesso in senso lato, posto che si compone non di due o più reati, ma soltanto della fattispecie societaria alla quale si aggiungono dissesto e fallimento; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit. p. 187; ID., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 215.

Contra, BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 192.

Sul reato complesso, in generale, PROSDOCIMI S., voce *Reato complesso*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1996.

⁴²⁶ In tal senso, per esempio, Cass. Pen., Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15062, in Soc., 2011, 6, p. 726.

Sotto il vigore della previgente disciplina, può richiamarsi qui Sez. I, 16 novembre 2000, Agostini, in *Riv. Trim. Riv. Pen. Ec.*, 2001, p. 761.

In dottrina, GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto della "nuova" bancarotta fraudolenta impropria*, cit., pp. 88 e ss.; SCHIAVANO G., *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2003, p. 253; MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., p. 130, per la quale soltanto con riferimento alla condotta materiale può predicarsi un'efficacia eziologica rispetto all'evento dissesto; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, pp. 207 -

codice civile dovrebbero essere normativamente considerati come integrativi del precetto di un'autonoma fattispecie criminosa, e non come reati più gravemente sanzionati per la sopravvenienza della procedura concorsuale⁴²⁷.

Alla tesi ora esposta si contrappone l'opinione, predominante e preferibile, che intende il lemma come “*reati*”, perfezionati dunque nella forma consumata (e non solo tentata), in tutti i relativi elementi costitutivi, compreso il superamento delle soglie di punibilità, ove previste⁴²⁸, nonché, ovviamente, con il necessario coefficiente soggettivo⁴²⁹.

208, per i quali, in particolare, rileva il riflesso oggettivo del dolo specifico, cioè l'idoneità della condotta a conseguire lo scopo avuto di mira, ma non le cause di esclusione della punibilità, salvo che in concreto comportino l'elusione del nesso causale attraverso la riparazione del danno, ad esempio ai sensi dell'articolo 2627 comma 2° del codice civile.

⁴²⁷ V. GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto della “nuova” bancarotta fraudolenta impropria*, cit., pp. 88 e ss.

⁴²⁸ V. Cass. Pen.: Sez. V, 12 marzo 2014, n. 15712, in *Dir. & Giust.*, 2014; Sez. V, 14 dicembre 2012, n. 3229, in *Fisco online*, vi ravvisa dei requisiti dell'area di delimitazione della sanzione penale; Sez. V, 11 luglio 2012, n. 35244, in *Dir. & Giust.*; Sez. V, 3 febbraio 2009, n. 9726 in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242773.

In dottrina, tra gli altri, PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1603, secondo cui i limiti di soglia rappresentano «una situazione di atipicità della condotta»; PUTINATI S., *La nuova bancarotta «societaria»*, cit., pp. 17 e ss.; CADOPPI A., in *Reati societari*, a cura di Lanzi A. – Cadoppi A., cit., p. 46; MAZZACUVA N.- AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 351; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., pp. 185 – 186; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 42, che nota peraltro che già la relazione al D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (reperibile ne *Il Fisco*, n. 11, 2000, pp. 3160 e ss.) annoverava le soglie tra gli elementi costitutivi del reato; ROSSI A., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 215 – 216, per la quale il reato societario ‘a monte’ deve essere consumato e non solo tentato.

Con riferimento alla disciplina anteriore alla riforma del 2002, si veda su tutti CADOPPI A., *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223 cpv. n. 1 legge fallimentare*, cit., pp. 824 e ss., argomentando dal fatto che rispetto al reato societario la dichiarazione di fallimento si pone quale accadimento eventuale, che non concorre all'integrazione dello stesso, ma comporta soltanto un inasprimento del trattamento sanzionatorio, nonché dalla superfluità di ogni legame sotto il profilo soggettivo con tale elemento. Ovvia conseguenza di questa impostazione era l'applicazione del regime delle circostanze, e in particolare del giudizio di bilanciamento di cui all'articolo 69 del codice penale. Anche PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 311.

Contra, NAPOLEONI V., *Le mariage qui a mal tourné*, cit., pp. 294 e ss.; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 191 – 192.

⁴²⁹ Cfr. MAZZACUVA N.-AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 360; ROSSI A.,

Tra l'altro, in tal senso depongono la rubrica dell'articolo 223 L. Fall. (*"Fatti di bancarotta fraudolenta"*)⁴³⁰, l'articolo 11 lettera g) della l. delega 3 ottobre 2001, n. 366, nonché la relazione al conseguente D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, che fanno espresso riferimento ai reati societari dolosi quali ipotesi base della bancarotta impropria⁴³¹.

Anche questa seconda impostazione, peraltro, non attribuisce rilevanza alla mancata proposizione della querela, ove richiesta dalla singola ipotesi criminosa base; d'altronde, non si tratta di elemento costitutivo, ma di condizione di procedibilità, che in quanto eccezionale non potrebbe estendersi all'autonoma fattispecie fallimentare⁴³².

Allo stesso modo le cause estintive delle ipotesi societarie non si trasmetteranno al reato complesso, anche se, laddove consistano in manifestazioni di resipiscenza, potrebbero interrompere il nesso causale con il dissesto⁴³³ e in tal modo precludere che possa chiamarsi chi le abbia commesse a rispondere di bancarotta impropria, quand'anche autore della riparazione sia stata altra persona fisica (ad esempio un amministratore subentrato in un secondo momento).

Illeciti penali nelle procedure concorsuali, cit., p. 186.

In tale senso si è pronunciata anche Cass. Pen., Sez. V, 24 novembre 2010, n. 2784/2011, in C.E.D. Cass., Rv. 249258, che ha richiesto la sussistenza del dolo intenzionale di inganno dei destinatari.

⁴³⁰ D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 41; ma già PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. - Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 311, faceva leva su questo indice letterale.

⁴³¹ CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 186, per il quale però è decisiva l'estraneità della condizione di procedibilità al fatto tipico; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 41 - 42, che peraltro invoca a sostegno altresì il rinvio che l'articolo 223 comma 1° L. Fall., opera ai *"fatti"* di cui al precedente articolo 216.

Tuttavia, l'argomento pare fallace, in quanto sotto il profilo logico dà origine a un dialelle: si potrebbe altrettanto legittimamente affermare, infatti, che il rinvio in questione pertenga al profilo materiale dei delitti di bancarotta propria e che il coefficiente doloso consegua alla mancata previsione, nell'articolo 223 in commento, di un richiamo esplicito o implicito alla colpa.

⁴³² Cfr., in dottrina, MANGANO P., *La bancarotta societaria*, cit., p. 132; MAZZACUVA N. - AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 352; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 208; ROSSI A., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 215.

Nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass. Pen. Sez. V, 11 dicembre 2002, n. 2862, in C.E.D. Cass., Rv. 224114.

⁴³³ V. PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., p. 216; ROSSI A., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 215.

In ogni caso, la complessità dei reati societari, «*divenuti aggrovigliati e contorti per effetto dell'inserimento di elementi eccentrici e problematici*»⁴³⁴, comporta accertamenti onerosi e complessi già in sede di indagini preliminari, che ne rendono probabile se non certa una prescrizione che ne esenterebbe i responsabili da pena, in assenza della declaratoria di fallimento.

5.1. Il dissesto della società: nozione e ruolo nell'economia del reato

Si è già detto del collegamento causale che il Riformatore del 2002 pretende sussista tra i reati societari e il dissesto dell'impresa societaria, anche in concorso con altri fattori, stante il disposto dell'articolo 41 del codice penale; pertanto, risulta pleonastica la locuzione «*o concorso a cagionare*» utilizzata in questa sede dal Legislatore⁴³⁵ e definita, icasticamente, superfetazione normativa⁴³⁶.

In altre parole, già alla stregua dell'articolo 41 comma 2° del codice penale soltanto le cause interruttrive possono escludere il nesso eziologico; con precipuo riferimento al dissesto imprenditoriale, in dottrina si ritengono tali, ad esempio, l'imprevista insolvenza del debitore più importante della società, il furto o l'incendio che ne abbiano incolpevolmente distrutto il patrimonio e persino la concorrenza sleale⁴³⁷.

Costituirebbero, viceversa, concause irrilevanti i mutamenti di mercato,

⁴³⁴ V. ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., pp. 598 – 599.

⁴³⁵ Cfr. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 316; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 188; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 178 e ss.; DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 184.

⁴³⁶ V. LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss., che correttamente la riconduce alla formulazione letterale dell'articolo 11 lett. g) della legge delega; ID., *La «nuova» bancarotta*, cit., p. 813; in senso analogo, GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss., secondo il quale peraltro il sintagma in commento attribuisce rilevanza causale all'aggravamento di un dissesto già in essere, mentre va escluso che si riferisca al concorso di persone, già compiutamente disciplinato dagli articoli 110 e seguenti del codice penale, applicabili anche alle leggi speciali in virtù della clausola estensiva contenuta nell'articolo 16 del medesimo codice; CADOPPI A., *I nuovi reati societari*, cit., p. 270; MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, cit., p. 124; ROSSI A., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 217 – 218.

⁴³⁷ V. BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 193, sub nota 3°; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 188.

l'impoverimento patrimoniale o delle garanzie, l'aumento dell'esposizione debitoria⁴³⁸.

Ne consegue che occorre accertare con attenzione se e in che misura i reati societari posti in essere abbiano effettivamente esplicato un'apprezzabile influenza sul dissesto della società poi fallita⁴³⁹.

Peraltro, anche da un punto di vista soggettivo la previsione appare ultronea, poiché il rilievo penale di apporti concorsuali causalmente efficienti è già disciplinato dagli articoli 110 e seguenti del codice penale. Né vale il parallelo con la previsione di cui all'articolo 224 della legge fallimentare, che concerne condotte colpose commesse con "inosservanza degli obblighi imposti dalla legge" e quindi presuntivamente causative del dissesto ai sensi dell'articolo 43 comma 3° del codice penale⁴⁴⁰.

Come si è visto, la necessità di un nesso eziologico ha indotto la dottrina a ricondurre il dissesto, che ne costituisce il secondo termine di relazione, alla categoria dogmatica dell'evento in senso naturalistico, in modo pressoché unanime; in esso si sostanzierebbe il disvalore del fatto e come tale deve essere oggetto del dolo, quantomeno eventuale, del soggetto agente⁴⁴¹.

⁴³⁸ V. ROSSI A., op. ult. cit., p. 188.

Valutò mera concausa non interruttiva una crisi sul mercato cinese del tessile Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255090, punti 8 e 10 della motivazione in diritto.

⁴³⁹ V. Cass. Pen., Sez. V., 20 marzo 2013, n. 14261, in *Quotidiano giuridico online*.

In dottrina, si vedano GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss.; PERINI A., *Il "cagionamento del dissesto": la nuova "bancarotta da reato societario" al banco di prova della causalità*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2004, pp. 721 e ss.

Sulla natura di evento rivestita dal dissesto nell'economia delle fattispecie di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 L. Fall. si veda in giurisprudenza Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi e a., cit., punto 7 della motivazione in diritto.

⁴⁴⁰ In questi termini, LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.

⁴⁴¹ In tal senso SOANA G., *I reati fallimentari*, Milano, 2012, p. 298; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 192 - 193.

Il che non toglie, peraltro, che il momento consumativo del reato è da individuarsi nella dichiarazione di fallimento, che fissa anche il *dies a quo* da cui decorre la prescrizione. Tra le varie pronunce in tal senso, è sufficiente richiamare qui Cass. Pen.: Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15062, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250092; Sez. V, 15 maggio 2009, n. 32164, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 244488.

Si noti che simile conclusione non è in contrasto con il richiedere che i reati societari base siano integrati anche sotto il profilo soggettivo, in quanto, per l'appunto, oggetto del dolo eventuale è l'evento, ulteriore e aggiuntivo (e dunque specializzante), tipico della bancarotta impropria: il dissesto⁴⁴².

Sviluppando tale assunto, si è anche scritto che il requisito in questione avrebbe mutato la natura stessa della fattispecie, trasfigurata da reato di pericolo a reato di danno⁴⁴³. Tra l'altro con conseguenti, maggiori, difficoltà di coordinamento con le ipotesi base, che al contrario si arrestino alla soglia del pericolo, in particolare quella di cui all'articolo 2621 del codice civile.

Ebbene, appare condivisibile l'ascrizione del dissesto alla categoria dogmatica dell'evento del reato, alla luce dei molteplici e plausibili argomenti addotti a sostegno; viceversa, non altrettanto può dirsi per la conclusione ora riportata, che

⁴⁴² In termini simili, D'AVIRRO, in D'Avirro A. - De Martino E., *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 167, che, in relazione ai casi in cui il reato di bancarotta fraudolenta societaria derivi dal delitto di false comunicazioni sociali in danno della società (non già dall'ipotesi contravvenzionale, che è reato di pericolo e non di danno) osserva che l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico investirebbe esclusivamente le modalità della condotta, e in particolare l'alterazione sensibile delle informazioni decettive e la loro idoneità ad indurre in errore i destinatari. Ne conseguirebbe che resta al di fuori dello spettro del dolo intenzionale anche l'evento naturalistico contemplato dall'articolo 2621 del codice civile, vale a dire il danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori.

⁴⁴³ Tra gli altri, PULITANÒ D., *La giustizia penale fra vecchio e nuovo*, in *Soc.*, 2002, n. 9, p. 1121; GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss.; PADOVANI T., *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni unite*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, in *Cass. Pen.*, 2003, II, pp. 3328 e ss., § 4; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 8, 45, 136; DE MARTINO E., *ibidem*, pp. 180, 234; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 184; ROSSI A., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 217.

LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss., ravvisa un evento di danno nel dissesto argomentando, in particolare, dall'utilizzo del verbo 'cagionare', evocativo della fattispecie di cui all'articolo 575 del codice penale. Tuttavia, simile posizione non appare convincente, perché pecca per eccesso: il termine prescelto, se certamente è indicativo della necessità di un nesso causale rispetto a un evento naturalistico distinto dalla condotta e da questa provocato, non vale a qualificare ineluttabilmente l'evento stesso in termini di danno.

Si proclama in generale critico verso l'inserimento di fattispecie d'evento nel campo del diritto penale dell'impresa ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., p. 599.

risulta fondata su un assioma semplicistico e riduttivo e oblitera altresì il dato normativo ricavabile dall'articolo 40 del codice penale.

Con maggiore impegno esplicativo, si intende dire che è risaputo che l'evento naturalistico consiste in una modificazione della realtà fenomenica esterna al soggetto rispetto a quella preesistente alla condotta dallo stesso posta in essere, cui consegue e dalla quale è isolabile; ma lo stesso può essere sia di danno che di pericolo⁴⁴⁴.

Ancora più confacenti alla questione che qui interessa appaiono poi le concezioni che ravvisano l'evento in un accadimento esteriore nel suo significato umano e sociale, cioè tale da determinare un'alterazione dei rapporti umani⁴⁴⁵, o in un sostrato di fatto indice di offesa rispetto all'interesse tutelato⁴⁴⁶. Entrambe, infatti, rimettono a un secondo momento la determinazione del tipo di offesa, se lesione o esposizione a pericolo, che l'evento comporta.

Con specifico riferimento alla bancarotta impropria, accedendo alla tesi di matrice per così dire privatistica, che individua l'oggettività giuridica tutelata nel patrimonio dei creditori (seppure inteso in diverse accezioni, delle quali si è sommariamente dato conto), sembra più corretto opinare che il dissesto esponga quest'ultimo a pericolo, senza concretizzarne ancora una vera e propria lesione⁴⁴⁷.

In altri termini, va ribadito che, quand'anche intervenga la declaratoria di fallimento (o altro provvedimento ad essa equiparato dall'ordinamento), l'effettivo e definitivo pregiudizio per il singolo creditore potrà dirsi conclamato soltanto se, al termine della procedura concorsuale, questi non avrà visto soddisfatte *in toto* le

⁴⁴⁴ V., tra gli altri, NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 360 – 361; GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 608; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 188 – 194. *Mutatis mutandis*, PREZIOSI S., *Il pericolo come evento e l'abbandono dello schema di accertamento prognostico nei reati di pericolo concreto*, in *Giur. Comm.*, 2012, 2, pp. 379 e ss., posto che l'opinione è espressa con riferimento all'assai eterogenea fattispecie di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato.

Del dissesto come «fatto materiale» parla Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, cit., al punti 5 della motivazione in fatto e 17 della motivazione in diritto.

⁴⁴⁵ Cfr. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 341 e ss.

⁴⁴⁶ Cfr. MAZZACUVA N., voce *Evento*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1990, pp. 450 e ss.

⁴⁴⁷ Questa parrebbe anche l'opinione di GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 345, 355.

proprie ragioni.

Diventa, allora, cruciale definire il concetto stesso di dissesto, concetto semanticamente vago⁴⁴⁸ sul quale non si registra unità di vedute, se non su un punto: si tratta di un *quid* diverso e distinto dalla dichiarazione di fallimento; rispetto a quest'ultima, va ribadito, continuano a essere superflui qualsivoglia legame causale e soggettivo⁴⁴⁹.

Infatti, parte della dottrina vi ravvisa il substrato economico dell'insolvenza, definito per induzione dallo stesso legislatore all'articolo 5 comma 2° del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, giacché si tratta di uno stato la cui epifania consiste in *«inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»*⁴⁵⁰.

Definizione, questa, che pone in luce quanto determinante sia nella vita economica moderna il credito di cui l'imprenditore gode nell'ambito dei suoi rapporti professionali; tanto che, per alcuni, non potrebbe considerarsi propriamente insolvente il soggetto i cui creditori sono disposti a rinviare la scadenza delle obbligazioni⁴⁵¹.

Più in particolare, l'insolvenza giuridicamente rilevante ai fini della declaratoria di fallimento consiste, per la giurisprudenza di legittimità, in *«una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali*

⁴⁴⁸ Con queste parole, GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss.

⁴⁴⁹ Almeno secondo GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto della "nuova" bancarotta fraudolenta impropria*, cit., pp. 88 e ss.; CADOPPI A., *I nuovi reati societari*, cit., p. 267.

⁴⁵⁰ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 335; PULITANÒ D., *La giustizia penale fra vecchio e nuovo*, cit., p. 1121; GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss.; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 188.

Contra, BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 193, che parlano di squilibrio fra attività e passività; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 342 – 345, per il quale il dissesto è la lesione della garanzia dei creditori.

⁴⁵¹ D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 137, che peraltro definisce l'insolvenza come lo *«squilibrio tra attivo e passivo in cui l'incremento delle perdite determina una deriva gestionale inarrestabile»*. Simile lettura non persuade, in quanto plurime richieste di dilazione o posticipazione degli adempimenti denotato, per l'appunto, la difficoltà nel farvi fronte.

le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività»; essa cioè, sulla scorta di un giudizio prognostico, risulti irreversibile⁴⁵².

In alcune pronunce, invero, il dissesto è stato ravvisato in una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori⁴⁵³.

Sotto il profilo probatorio, tale condizione *«si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio»⁴⁵⁴.*

Ne emergono i tratti di un dissesto che, per parafrasare le parole utilizzate dalla Consulta in ben altro ambito ma pur sempre con riferimento a un evento tale

⁴⁵² Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 13 marzo 2001, n. 115, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 544708. Sul valore meramente indiziario degli inadempimenti, al pari di altri fattori, si veda da ultimo Cass. Civ., Sez. I, 8 agosto 2013, n. 19027, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 627687; ma si noti che per Sez. I, 30 settembre 2004, n. 19611, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 577451, può essere sufficiente anche un unico inadempimento; sull'irreversibilità quale connotato consustanziale dell'insolvenza tra le tante si veda Cass. Civ., Sez. I, 27 febbraio 2001, n. 2830, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 544227.

Giova osservare che la nozione di insolvenza *stricto iure* parrebbe affine ma diversa, se l'articolo 218 (come novellato dall'articolo 32 della l. 28 dicembre 2005, n. 262) la utilizza espressamente. Così ritenne Tribunale Firenze, Sez. II, 10 novembre 2006, in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, pp. 138 - 139, statuendo che il dissesto sarebbe un *quid pluris*, connotato dall'irreversibilità della situazione, «conseguente non solo al crollo finanziario ma anche a quello patrimoniale: l'impresa cioè si trova in una situazione di mancanza di cespiti attivi, sia finanziari che patrimoniali, o almeno di gravissimo squilibrio tra i residui cespiti attivi, sia finanziari che patrimoniali, e il passivo».

⁴⁵³ V. Cass. Pen., Sez. V, 25 maggio 2011, n. 32899, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250934, in motivazione.

⁴⁵⁴ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 27 marzo 2014, n. 7252, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 630136, che dalla premessa esposta nel testo trae la conclusione per cui lo stato di insolvenza richiesto ai fini della pronuncia dichiarativa del fallimento dell'imprenditore non è escluso persino dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili.

da proiettare un pericolo ad ampio raggio, da un lato, sul piano dimensionale, deve avere proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, e deve essere atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi. Sul piano della proiezione offensiva - in accordo con l'oggettività giuridica delle fattispecie in questione -, l'evento deve provocare un pericolo concreto per il patrimonio di un numero indeterminato di creditori, senza che peraltro sia richiesta l'effettiva verifica di perdite a carico degli stessi⁴⁵⁵.

Altro è chiedersi se sia sufficiente, ai fini dell'integrazione del delitto in commento, anche l'aggravamento del dissesto, conclusione alla quale si oppone l'argomento *a contrario* tratto dal contiguo (almeno dal punto di vista topografico) articolo 224 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, il quale lo contempla espressamente con riferimento alla bancarotta semplice⁴⁵⁶.

L'opinione avversa reputa che la verifica giudiziale verta soltanto sull'*an* e giammai sul *quantum* del dissesto e che una diversa ermeneusi sfocerebbe in una non consentita analogia *in malam partem*; inoltre, la naturale inclinazione dell'insolvenza ad atteggiarsi quale progressione negativa sarebbe già considerata dalla struttura della fattispecie, laddove attribuisce rilevanza alle concause⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Il richiamo, deliberatamente provocatorio, è a Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 327 (pubblicata in G. U. 6 agosto 2008 e reperibile tra l'altro in www.cortecostituzionale.it), il cui pregevole sforzo di tipizzazione della nozione di disastro innominato è tornato alla ribalta all'indomani dell'assai discusso esito della vicenda giudiziale concernente lo stabilimento Ethernit di Casale Monferrato.

⁴⁵⁶ V. PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., p. 215; CADOPPI A., *Riformulazione*, cit., p. 393; MUCCIARELLI F., in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., pp. 448 e ss.; MAZZACUVA N. - AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 356 - 357; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 146; ROSSI A., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 219 - 220.

⁴⁵⁷ Si veda ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 189 - 190; ID., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 219 - 220.

D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 142 - 146, argomenta dalla distinzione concettuale tra dissesto e fallimento, eventi dei reati rispettivamente previsti ai numeri 1 e 2 dell'articolo 223 L. Fall., per negare la rilevanza dell'aggravamento del dissesto, di talchè eventuali reati societari posti in essere successivamente allo stesso, ma prima della declaratoria di fallimento, rileverebbero solo come tali. L'Autore peraltro perviene a conclusioni diametralmente opposte quanto all'aggravamento del fallimento e, quindi, alla rilevanza di contributi al *quantum*

Corollari di questa impostazione sono che i singoli reati societari devono necessariamente precedere anche dal punto di vista cronologico il dissesto⁴⁵⁸ e che eventuali contributi peggiorativi dello stesso potranno rilevare penalmente quali condotte distrattive ai sensi dell'articolo 223 comma 1° del R.D. 16 marzo 1942, n. 267⁴⁵⁹.

Parte minoritaria della dottrina e la giurisprudenza pressoché univoca della Suprema Corte di Cassazione annettono, al contrario, rilevanza causale anche alle condotte aggravatrici del tracollo dell'impresa⁴⁶⁰.

Gli argomenti addotti dai fautori di questa seconda tesi appaiono a chi scrive maggiormente persuasivi, alla luce dei principi generali in tema di causalità e della naturale progressività, sotto il profilo eminentemente empirico, dei fenomeni determinativi del dissesto, che per sua natura non si esprime istantaneamente⁴⁶¹.

dell'offesa ai sensi del n. 2 dell'articolo 223 citato.

Per MAZZACUVA N., *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso tra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2001, p. 665, «il richiamo normativo all'ipotesi della concausa tende inevitabilmente a dilatare a dismisura il novero dei fattori comunque produttivi del dissesto dell'impresa: secondo, appunto, i tanto noti, quanto criticati, passaggi ascrivibili delle teorie condizionalistiche più estreme».

BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 193 - 194, sembrerebbero cadere in contraddizione, dato che a distanza di poche righe definiscono il dissesto come evento graduabile nel *quantum* e poi affermano che l'articolo 223 comma 2° n. 1 L. Fall. non attribuisce alcuna rilevanza all'aggravamento dello stesso.

⁴⁵⁸ Ancora ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 189.

⁴⁵⁹ In tal senso PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., p. 215; CADOPPI A., *Art. 4*, in *AA.VV.*, *I nuovi reati societari*, cit., pp. 277 ss.

⁴⁶⁰ Considerando solo le pronunce più recenti, possono richiamarsi Cass. Pen.: Sez. V, 18 giugno 2014, n. 42809, in *C.E.D. Cass.*, punto 1 della motivazione in diritto; Sez. V, 12 marzo 2014, n. 15712, cit., la quale esclude espressamente che rilevi la diversa formulazione letterale degli articoli 223 e 224 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267; Sez. V, 12 aprile 2013, n. 28508, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255575; Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, cit., in particolare punti da 20 a 24 della motivazione in diritto; Sez. V, 11 gennaio 2013, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2013, pp. 363 e ss.; Sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 247254.

In dottrina, si veda LANZI A., *La bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, cit., pp. 21 e ss.; GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss.; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 188.

⁴⁶¹ Cui si rifà Cass. Pen., Sez. V, 12 aprile 2013, n. 28508, cit., la quale evoca pure il «già decisivo dato letterale», con una formula che suona apodittica, poiché pare ovvio che se la formulazione della legge fosse davvero chiara non si potrebbe neppure porre una

Infatti, l'interpretazione sistematica alla luce della disciplina del concorso di cause di cui all'articolo 41 del codice penale induce a conferire rilievo, ai fini della responsabilità penale per bancarotta fraudolenta impropria, anche alle condotte successive alla irreversibilità del dissesto. Si intende dire che la conclusione ora esposta consegue al richiamo alla rilevanza delle cause susseguenti, espressamente contenuto nella disposizione ora citata, che disciplina il legame eziologico tra il comportamento illecito e l'evento⁴⁶².

Anche la diversa formulazione, sul punto, dei numeri 1 e 2 dell'articolo 223 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, si spiega, secondo talune pronunce, in ragione del fatto che tali previsioni sono state riformate in periodi diversi; la discrasia andrebbe, quindi, superata attraverso un'interpretazione armonizzante⁴⁶³.

Ancora: è la corretta descrizione dell'evento/dissesto che impone di considerare tale soltanto quello che ha in concreto (*hic et nunc*) dato luogo alla dichiarazione di fallimento; dunque, solo alle condotte che ne abbiano prodotto un aggravamento essenziale ai fini della stessa⁴⁶⁴.

Infine, il fatto che all'“aggravamento del dissesto” si riferiscano alcune ipotesi di bancarotta semplice (cioè gli articoli 217, comma 1°, n. 4, e 224, n. 2, della legge fallimentare), connotate da colpa grave e specifica, non osta all'impostazione cui si ritiene di aderire in questa sede, giacché per ragioni equitative pare «razionale che simili condotte, se dolosamente produttive del medesimo risultato, siano punite a titolo di

controversia interpretativa quale quella esposta per sommi capi nel testo; inoltre la pronuncia in commento non spende alcuna considerazione a sostegno di simile assunto, neppure richiamando espressione quelle espressioni asseritamente così univoche.

⁴⁶² Cfr. Cass. Pen., Sez. Fer., 12 settembre 2013, n. 46388, in *Fisco*, 2014, 1, p. 74; Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, cit., punto 22 della motivazione in diritto.

⁴⁶³ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, cit., punto 23 della motivazione in diritto.

⁴⁶⁴ V. LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.; ID., *La «nuova» bancarotta*, cit., p. 813; GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss., che scrive, condivisibilmente, che «il dissesto che viene accertato dal tribunale al fine della declaratoria di fallimento è proprio quello al quale ha anche contribuito il comportamento del reo attraverso l'illecito societario; si tratta dell'evento considerato in concreto così come si è verificato *hic et nunc*. (...) occorre attribuire rilievo anche a condotte di cui non sia dimostrata l'autonoma rilevanza condizionante (condizione necessaria) rispetto all'evento, delle quali tuttavia risulta indiscusso il contributo (anche non condizionante) alla complessiva crisi finale dell'ente».

bancarotta fraudolenta per causazione dolosa»⁴⁶⁵.

Quanto all'accertamento del nesso eziologico, le peculiarità dei singoli reati base imporranno preliminarmente di delineare in modo corretto la natura commissiva od omissiva della condotta, al fine di individuare quale statuto della causalità applicare⁴⁶⁶.

5.2. I reati societari richiamati

Fatte queste premesse, ci si limiterà, in questa sede, a richiamare soltanto le fattispecie penali societarie base:

- False comunicazioni sociali (articolo 2621 del codice civile);
- False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori (articolo 2622 del codice civile);
- Indebita restituzione dei conferimenti (articolo 2626 del codice civile);
- Illegale ripartizione degli utili e delle riserve (articolo 2627 del codice civile);
- Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (articolo 2628 del codice civile);
- Operazioni in pregiudizio dei creditori (articolo 2629 del codice civile);
- Formazione fittizia del capitale (articolo 2632 del codice civile);
- Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (articolo 2633 del codice civile);
- Infedeltà patrimoniale (articolo 2634 del codice civile).

§

5. Il filo da torcere⁴⁶⁷, ovvero le fattispecie delittuose di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267

5.1. L'elemento oggettivo

⁴⁶⁵ V. LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.

⁴⁶⁶ A titolo esemplificativo, nel caso oggetto di Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, cit., si trattava di commissive alterazioni dei bilanci societari (punti da 12 a 18 della motivazione in diritto).

È tuttavia risaputo come la manifestazione all'esterno delle false informazioni può avvenire anche in forma omissiva, allorquando non vengano fornite informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge come obbligatoria.

⁴⁶⁷ L'espressione è mutuata da CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 13.

L'articolo 223 comma 2° n. 2 della L. Fall. contempla due ipotesi delittuose causalmente orientate al fallimento, il quale costituisce pertanto la fonte della tipizzazione indiretta delle condotte, nel senso che soltanto attraverso la rilevanza del contributo eziologico esplicito rispetto ad esso si può discernere ciò che è penalmente rilevante dalla pletora dei comportamenti leciti⁴⁶⁸.

Diversamente da quanto avviene nel resto del diritto penalfallimentare, dunque, il legislatore abbandona il vituperato metodo casistico, cui è stato costretto ad abdicare per l'impossibilità di preconizzare tutte le forme attraverso le quali può configurarsi l'atteggiamento doloso dei soggetti qualificati nella causazione del dissesto, introducendo due fattispecie di chiusura e rafforzamento del sistema, dirette a sanzionare condotte non altrimenti rilevanti alla stregua delle altre ipotesi di bancarotta⁴⁶⁹.

Ebbene, il cagionamento doloso è stato efficacemente descritto come la

⁴⁶⁸ Sul fatto che si tratti di fattispecie delittuose distinte si veda anche, in giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit.; Tribunale Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, Barachini e altri, cit., p. 132.

⁴⁶⁹ V. PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, in Cass. Pen., 2011, 12, pp. 4422 e ss., § 1; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 194; DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 174, 182 e ss.

In termini, nella giurisprudenza di merito, si veda Ufficio Indagini Preliminari presso Tribunale Monza, 24 aprile 2006, in *Foro Ambr.*, 2006, 3, p. 374, così massimata «L'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria rappresenta una norma di chiusura "del sistema della bancarotta fraudolenta" e ad essa è riservata una funzione residuale, repressiva di ogni comportamento causativo del dissesto: sono pertanto coperte dalla norma tutte quelle condotte non riconducibili né alla casistica di cui all'art. 223 cpv. n. 1 né ad altri tentativi classificatori. La previsione in esame in altri termini conserva una ragione d'essere autonoma nei confronti delle operazioni dolose che non rientrano negli schemi della bancarotta fraudolenta propria: o perché inidonee, nella situazione del momento, a pregiudicare l'integrità della garanzia patrimoniale, e solo in seguito agli sviluppi successivi sfociate nel fallimento; o per carenza dell'elemento psicologico, in quanto non accompagnate dalla consapevolezza dell'esposizione a pericolo delle ragioni dei creditori». In termini pressoché sovrapponibili, già Tribunale Piacenza, 18 maggio 2004, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 189.

Contra, MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., p. 134, per la quale la previsione del dissesto quale comune evento di tutte fattispecie previste dall'articolo 223 comma 2° L. Fall. comporterebbe, tra l'altro, che «il peso complessivo dell'incriminazione penda oggi dal lato delle fattispecie causali rispetto al dissesto»; per tale motivo, queste non potrebbero più correttamente reputarsi residuali, quantomeno sotto il profilo della concreta applicabilità.

«gestione deliberatamente suicida»⁴⁷⁰ della società (ad esempio praticando prezzi fuori mercato); una condotta a forma libera, attiva od omissiva, protesa verso il fallimento della stessa.

Detto obiettivo può essere raggiunto tanto determinando un effettivo stato di insolvenza quanto simulandolo od omettendo di adempiere a un obbligo giuridico impeditivo ai sensi dell'articolo 40 capoverso del codice penale, insito nella posizione di garanzia immanente alle funzioni societarie di cui si è già detto in precedenza⁴⁷¹.

Anzi, come si è scritto, la fattispecie *de qua* meglio si confà alle condotte inerziali rispetto a quella, contigua, di operazioni dolose, anche perché «*gode di un pieno coefficiente volontaristico che pare indispensabile, specie nel contesto economico, per attribuire rilevanza penale all'inerzia*»; si pensi alla deliberata rinuncia alla riscossione di crediti liquidi ed esigibili o all'omessa richiesta di condoni contributivi⁴⁷².

Per via dell'analoga struttura causalmente orientata, anche le definizioni dottrinali di operazioni dolose appaiono necessariamente elastiche e la rilevanza eziologica diviene la «*stella polare*»⁴⁷³ dell'interprete.

⁴⁷⁰ Magistralmente, PEDRAZZI C., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 319. Per CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., pp. 196 – 197, è quanto avviene allorché la società è stata costituita allo scopo esclusivo di commettere reati, e in particolare l'emissione di fatture inesistenti, o di agire nella sistematica violazione della disciplina dell'attività di impresa, e in particolare delle disposizioni contributive, assicurative e tributarie, che per le sanzioni e gli interessi potrebbero condurla al fallimento.

⁴⁷¹ In tal senso MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 357 – 258; ma già PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., p. 171, ripreso testualmente da ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 195 nonché in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 224; PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 3.

⁴⁷² V. anche PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 275; MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 358, sono contrari all'ascrizione di condotte omissive all'ipotesi delittuosa prevista dall'articolo 223 comma 2° n. 2 seconda parte L. Fall.; DE MARTINO E., in D'Avirro A. – De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 218, 224 – 226, segnala il caso dell'acquisizione di una società per svuotarla dell'attivo, deciso da Cass. Pen., Sez. V, 8 marzo 2006, n. 9813, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 234242 (che peraltro si limitò a confutare l'ipotizzata natura distrattiva della condotta); MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2014, 1, p. 56.

⁴⁷³ V. DE MARTINO E., in D'Avirro A. – De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*,

Non a caso vi è chi ha individuato nel delitto in commento la «*valvola di sicurezza*» del sistema penalfallimentare, per via della funzione di chiusura e completamento che lo stesso esplicherebbe proprio grazie all'ambiguità letterale e ai limiti edittali, elevati al punto da scongiurare il rischio di prescrizione; ma, si noti, nel solo ambito societario⁴⁷⁴.

cit., pp. 173, 179.

Come ricorda MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 44, la figura delittuosa in esame comparve per la prima volta nel codice di commercio del 1865, il cui articolo 704 era formulato in modo sostanzialmente analogo alla disciplina ora vigente ed evocava più il concetto romanistico e civilistico di *dolus malus* che non quello strettamente penalistico di volontà del fatto offensivo di cui all'articolo 43 del codice penale. Passando per l'articolo 863 n. 5 del codice di commercio del 1882, il delitto verrà infine ripreso dalla legge fallimentare del 1942.

La ricostruzione delle radici storiche della fattispecie delittuosa in commento era riportata già da DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 173, 227 - 228 e in particolare sub note 17 e 18, nonché da PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 3, 5.

⁴⁷⁴ In tal senso, MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 39 - 41, 57, che peraltro ravvisa nel successo applicativo di cui la fattispecie ha goduto nell'ultimo decennio il rischio di trasformarla in un «*vero e proprio letto di Damaste pronto ad accogliere i vertici di qualunque compagine societaria in procinto di decozione*», e richiama a supporto (p. 43, sub nota 20) le seguenti pronunce di merito: Tribunale Piacenza, 18 maggio 2004; cit., p. 189; Tribunale Genova, 21 gennaio 2005, in *Giur. Mer.*, 2006, pp. 712 e ss.; Tribunale Monza, 12 aprile 2006, cit.

L'Autore passa in rassegna anche le perplessità in punto di determinatezza da sempre nutrite in dottrina nei confronti del delitto in commento; tra le varie espressioni idiomatiche merita senz'altro un richiamo, per la forza evocativa, quella di PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957, p. 169, che definì la fattispecie «*un vero rompicapo cinese*».

Quanto alla *ratio* della limitazione della previsione in ambito societario, non paiono condivisibili le argomentazioni spese dallo stesso MICHELETTI D., *op. ult. cit.*, pp. 57 - 58, secondo il quale ragioni di uguaglianza sostanziale imporrebbero di ritenere che le operazioni dolose 'coprano' esclusivamente condotte che possono essere commesse solo in contesto societario e non già dall'imprenditore individuale. Infatti, appare quantomeno plausibile che il legislatore abbia preso atto, piuttosto, della diversità di situazioni tra chi agisce sul proprio patrimonio e chi invece dispone di quello altrui e per tale motivo può essere più agevolmente incline al rischio o ad operazioni contrarie all'interesse dell'impresa, per tale motivo meritevoli di sanzione penale anche a scopo deterrente.

Giova in ogni caso osservare che risultano corrette le critiche che sempre MICHELETTI D., *op. ult. cit.*, pp. 57 - 58, muove all'orientamento incline a qualificare ai sensi dell'articolo 223 comma 2° n. 2 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, il ricorso abusivo al credito (in quanto oblia il dettato del successivo articolo 225) o la prestazione di garanzie fideiussorie estranee all'oggetto sociale (che, al pari di quanto avviene nell'impresa individuale, possono costituire distrazioni, rilevanti come tali ai sensi del

La formula legislativa è tutt'altro che anacronistica⁴⁷⁵ e si mostra, al contrario, quanto mai confacente allo spirito dei tempi del diritto penale liquido e di un formante giurisprudenziale che si è esteso attraverso l'ermeneusi fino a porsi quale ulteriore snodo produttivo della normativa⁴⁷⁶.

Poiché l'interprete è comunque tenuto a rinvenire contenuti coerenti con la disciplina espressa ed omogenei alla lesività sottesa al resto della fattispecie⁴⁷⁷, in ossequio al principio di determinatezza si è a giusta ragione scritto, al fine di circoscrivere la nozione di operazioni dolose, che non è sufficiente il criterio della mera rilevanza eziologica rispetto al dissesto.

Occorre cioè, in aggiunta, che la condotta dei soggetti qualificati implichi un abuso dei poteri o una violazione dei doveri inerenti alla funzione rivestita, che offenda i legittimi interessi della società, dei soci o dei creditori della stessa e che persegua uno scopo di ingiusto profitto⁴⁷⁸; con esclusione, quindi, delle attività

comma 1° dello stesso articolo 223).

L'espressione "valvola di sicurezza" si ritrova già in DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 173.

Sulla residualità della figura e sulla sua funzione di chiusura, si possono richiamare anche: PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. - Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., pp. 288 e ss.; ; PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 1; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 225, 228. In giurisprudenza, Tribunale Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, cit., p. 379.

Contra, GIULIANI-BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 350.

Nella giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. Pen., Sez. V, 6 luglio 2006, n. 29431, in C.E.D. Cass., Rv. 235216. *Contra*, Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, in C.E.D. Cass., Rv. 250108, punto 2 della motivazione in diritto, laddove, quasi in un *obiter dictum*, si afferma la specialità del delitto in commento rispetto alla fattispecie punita dall'articolo 216 comma 1° n. 1 L. Fall. «e, per questo motivo, su di essa prevalente».

⁴⁷⁵ DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 227.

In giurisprudenza, Tribunale Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, cit., p. 379.

⁴⁷⁶ Da ultimo, PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmāsiani sulla dialettica delle fonti penali*, cit., pp. 1099 e ss., in particolare § 3, 4, pp. 1129 - 1132; MANES V., *Il giudice nel labirinto*, cit., *passim*.

⁴⁷⁷ V. ALESSANDRI A., *Parte generale*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, cit., p. 36.

⁴⁷⁸ Cfr. BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 228; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 47; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 306; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., *passim*; ROSSI A., *Illeciti penali nelle*

doverose (come la richiesta di declaratoria di fallimento)⁴⁷⁹.

Il che comporta che le operazioni dolose, per essere tali, devono connotarsi anche per la strumentalizzazione, l'«abusivo (e, dunque, «doloso») utilizzo della forma e della struttura societaria, nella sua espressione istituzionale o nella sua concreta gestione»⁴⁸⁰; in altri termini, al disvalore dell'evento fallimento si aggiunge una precisa nota di disvalore della condotta («*Handlungunwert*»), che di per sé potrebbe anche essere penalmente lecita⁴⁸¹.

procedure concorsuali, cit., p. 195; ID., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 224 ; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 198;

La definizione echeggia quella di PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 321, che a propria volta richiamava quella del Nuvolone, per il quale era peraltro sufficiente, in alternativa allo scopo di ingiusto profitto, anche la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori. Ancora, CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 13.

Nella giurisprudenza di merito, l'impostazione è accolta da Tribunale Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, Barachini e altri, cit., p. 131; Ufficio Indagini Preliminari Tribunale Monza, 24 aprile 2006, cit.; Tribunale Monza, 28 settembre 2005, in *Giur. Mer.*, 2006, 6, p. 1526.

⁴⁷⁹ V. DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 176; PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 315.

⁴⁸⁰ V. SANDRELLI G., *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 l.f. nelle operazioni «intercompany»*, in *Il fall.*, 2000, p. 59; MAZZACUVA N. - AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 358. Aderisce a questa impostazione anche MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 59 – 61, che però premette che, in negativo, occorre anche che si tratti di comportamenti non attuabili dall'imprenditore individuale e sviluppa il concetto

Contra, DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 228, per il quale la distinzione tra le due ipotesi di cui all'articolo 223 comma 2° L. Fall. risiede tutta nel coefficiente soggettivo.

⁴⁸¹ Cfr. MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 71; l'Autore sostiene che il reato in questione sia a forma vincolata, dato che «la [cui] corrispondenza al tipo dipende, oltretutto dalla portata causale, da un autonomo carattere abusivo che si sostanzia nella strumentalizzazione dello schema societario a fini frodatori».

Similmente, DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 248 – 249, che peraltro individua un referente normativo cui parametrare la condotta tenuta nell'articolo 2392 del codice civile; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 229 – 230, anche per la casistica: omessa convocazione dolosa dell'assemblea per gli opportuni provvedimenti da adottare qualora il capitale sociale si riduca in misura superiore a un terzo, violazione sistematica e radicale dell'oggetto sociale, assunzione di impegni eccedenti il patrimonio netto.

Non solo: per evitare un'indebita riduzione dell'alveo applicativo del contiguo comma 1° dell'articolo 223, non può reputarsi sufficiente una condotta distrattiva, occorrendo «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»⁴⁸².

A titolo esemplificativo, la costituzione di un ente societario (la cd. cartiera) al solo fine di emettere fatture per operazioni inesistenti (vale a dire la fittizia negoziazione dei prodotti) e incamerare un debito I.V.A. che resterà poi inadempito⁴⁸³.

Sembra altresì calzante il richiamo a tutte le forme di fittizio «svuotamento

⁴⁸² V. Cass. Pen.: Sez. V, 23 settembre 2014, n. 38728, in Soc., 2014, 12, pp. 1421 – 1422, 24 settembre 2014; Sez. V, 12 dicembre 2013, n. 17408, cit.; Sez. V, 18 gennaio 2013, n. 10201, in Dir. & Giust., 2013 (fattispecie di scissione di società con creazione di una *new company*); Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., punto 3 della motivazione in diritto. Nella giurisprudenza di merito, si veda Tribunale Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, cit., pp. 380, 383 – 388, concernente un finanziamento ponte e una convenzione interbancaria.

In dottrina, AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., p. 325; PICCARDI M., *La causazione del fallimento “per effetto di operazioni dolose”*, cit., pp. 4422 e ss., § 2; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 195.

Critico MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 57, poiché si tratterebbe di una complessità non tanto intrinseca nel fatto tipico di “operazione”, quanto fisiologica in concreto nel contesto di un'attività societaria tendenzialmente procedimentalizzata.

⁴⁸³ L'esempio è riportato da DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 224 e ss., precisando peraltro che, a seconda dei casi, la cartiera può ricondursi al cagionamento doloso o alle operazioni dolose. Similmente, ROSSI N., *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico al tempo della crisi*, cit., p. 632.

Contra, MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 66 – 68, perché «nel caso delle cartiere l'illiceità è assoluta, radicale, anzi totalizzante: talché appare assurdo ipotizzare una qualunque forma di disciplina commerciale concernente un'attività completamente criminale»; inoltre, si tratterebbe di entità prive di una concreta struttura operativa, che non svolgono attività commerciale ma generano solo documentazione contabile, per cui hanno un unico creditore, il Fisco.

A questa lettura pare possibile obiettare, in linea di prima approssimazione, che la fallibilità – da cui dipendono le ipotesi di bancarotta – non è determinata dal numero dei creditori, ma dal *quantum* dei debiti insoluti, sulla scorta del dettato dell'articolo 1 comma 2° lett. c) L. Fall.; inoltre, le fattispecie tributarie appaiono porsi in progressione di offesa rispetto a quelle penalfallimentari. Infatti, solo con l'irreversibilità della crisi di impresa viene meno la possibilità di ‘saldare’ il debito tributario; pertanto, appare ipotizzabile l'assorbimento dei delitti fiscali nelle più gravi ipotesi di bancarotta.

societario» in danno dei creditori prima che intervenga il fallimento dell'impresa depredata (attraverso la cessione di quote con trasferimento del gruppo manageriale, *leveraged buy-out*, storno di dipendenti, istituzione di una Newco parallela, affitti d'azienda, locazione del magazzino, cessione di ramo d'azienda e così via). Tali manovre truffaldine sono senz'altro difficilmente inquadrabili nello schema dell'articolo 640 del codice penale, sia quanto alla componente finalistica della condotta, e in particolare all'induzione in errore dei creditori-vittime, che all'atto di disposizione patrimoniale, il quale tende a «*confondersi nel continuum del rapporto creditorio con la società*»⁴⁸⁴.

Anche la giurisprudenza di legittimità più recente, sul punto, sembra orientata a circoscrivere il concetto sotto il profilo della concreta offensività, ritenendo necessaria e sufficiente a integrare l'elemento oggettivo del delitto *de quo* la «*commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo nell'esercizio della carica ricoperta*», che siano anche «*intrinsecamente pericolosi per la "salute" economico-finanziaria della impresa*», giacché «*le "operazioni dolose", in quanto collocate nell'area della bancarotta fraudolenta patrimoniale, suppongono sempre una indebita diminuzione dell'asse attivo, ossia un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa*»⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ V. MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 60 – 61; DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 257 – 262, evidenzia come in dette ipotesi gli interessi dei soci della società in dissesto coincidono con quelli dell'acquirente, posto che le loro quote risulterebbero verosimilmente in gran parte deprezzate all'esito di una procedura fallimentare; per l'Autore occorrerebbe anche distinguere l'ipotesi di volontaria trasmigrazione dei dipendenti da quelle in cui gli stessi fossero stati indotti a tale scelta dall'imprenditore decotto.

V. anche PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 3.

⁴⁸⁵ V. Cass. Pen.: Sez. V, 12 dicembre 2013, n. 17408, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 259998, nonché punto 7 della motivazione in diritto; Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250108, nonché in *Cass. Pen.*, 2011, 12, pp. 4422 e ss., con nota di PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, punto 3 della motivazione in diritto; Tribunale Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, cit., p. 380.

La casistica è davvero ampia: in materia di finanziamenti si possono richiamare Cass. Pen., Sez. V, 27 aprile 2012, n. 24123, in www.dirittoegiustizia.it, nonché Sez. I, 13 dicembre 2007, n. 3942, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 238367; per un caso di frode carosello, Sez. I, 31 marzo 2010, n. 27541, in *Corr. Trib.*, 2010, pp. 3239 ss.; sui reati tributari si veda Sez. V,

Proprio l'interesse imprenditoriale polarizza la dimensione offensiva della condotte anche omissive, nel senso che qualunque atto ad esso contrario è intrinsecamente pericoloso per la salute economica e finanziaria dell'azienda per più di una pronuncia è tale da integrare il reato⁴⁸⁶, contrariamente a quanto sostenuto in dottrina⁴⁸⁷.

28 marzo 2003, n. 19806, in *Cass. Pen.*, 2004, pp. 454 e ss.; in tema di cessione di ramo d'azienda, invece, Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 10778, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252008; in relazione alle operazioni infragruppo, da ultimo Sez. V, 13 maggio 2013, n. 28284, in www.dirittoegiustizia.it, per la quale occorre stabilire se prestare garanzie fidejussorie da parte di una società *in bonis* a una consociata del gruppo in difficoltà costituisca «distrazione» punibile ai sensi dell'articolo 216 L. Fall., poiché qualora concedere simili garanzie sia estraneo all'oggetto sociale della società garante sarà integrata, per l'appunto, un'«operazione dolosa»; per Sez. V, 18 maggio 2006, n. 23730, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3256, potrebbe integrare operazione dolosa anche il *leverage buy out*, laddove seguito dal fallimento e non sorretto, al momento in cui fu realizzato, da un piano industriale reale.

In senso adesivo, PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 2, 3, 4 (con precipuo riferimento al *leverage buy out*); CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 200; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 48: «in sostanza l'operazione dolosa, nel rifarsi all'abuso dei poteri o alla violazione dei doveri da parte dei soggetti qualificati da cui sia derivato pregiudizio agli interessi dei soci o dei creditori, altro non è che un comportamento infedele»; l'Autore peraltro ne inferisce che l'ambito applicativo dell'articolo 223 comma 2° n. 2 L. Fall. sarebbe stato ridotto dall'introduzione dell'infedeltà patrimoniale nel novero dei reati societari presupposto della fattispecie di cui al n. 1 del medesimo comma 2° (v. anche pp. 50 - 51, 94);

Ravvisa un abuso nelle dimissioni dalla carica societaria, strumentali alla causazione del dissesto fallimentare, GIULIANI-BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 350.

⁴⁸⁶ V. Cass. Pen., Sez. V, 29 novembre 2013, n. 12426, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 259997, che ha reputato integrato il delitto attraverso il sistematico omesso versamento di contributi previdenziali.

In dottrina parrebbe sostenere questa impostazione PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 4.

⁴⁸⁷ Tra gli altri, da PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., p. 172; DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 247; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 195; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 56 - 57 (anche sub nota 72), argomenta anche dalla difficile ipotizzabilità di operazioni dolose omissive, corroborata dalla mancanza di precedenti in termini; in particolare, segnala che erroneamente si reputerebbe tale Cass. Pen., Sez. V, 20 gennaio 1998, n. 5408, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 209883, perché questa sentenza avrebbe in realtà qualificato il mancato recupero di beni indebitamente estromessi dall'asse aziendale come cagionamento doloso, mentre il fatto tipico sarebbe da rinvenirsi piuttosto nella antecedente condotta attiva, consistita nella cessione di un immobile da parte della società fallita senza accollo del mutuo bancario gravante sullo stesso.

Lo stesso Autore, sub nota 74, confuta anche l'esempio dell'omessa convocazione

Per tale motivo, si è condivisibilmente giunti in dottrina a ritenere integrato il delitto in commento anche in caso di violazione del divieto di concorrenza posto dall'articolo 2390 del codice civile, che ugualmente appare tendenzialmente antitetica all'interesse societario; sempre che, alla luce di quanto premesso, la stessa si espliciti attraverso una modalità strutturalmente complessa⁴⁸⁸ (come ad esempio un fittizio contratto di consulenza affidata dall'impresa concorrente a uno schermo giuridico dietro il quale si celi l'amministratore infedele).

Ancora, paradigmatico resta il caso dell'appropriazione indebita, ontologicamente incompatibile con l'impresa individuale⁴⁸⁹; anche se, alla luce di quanto premesso, la stessa dovrà avvenire secondo un meccanismo articolato (potendo in ogni caso integrare altrimenti una diversa ipotesi di reato).

In un'ottica simile si è scritto in dottrina che non sono riconducibili al delitto in questione le operazioni illecite ma commesse nell'interesse della società, il cui patrimonio potrebbe risentirne in via, per così dire, mediata, ossia in ragione dell'applicazione delle sanzioni connesse e, in tal modo, giungere al fallimento; a

dell'assemblea ai sensi dell'articolo 2446 del codice civile per diminuzione del capitale sociale per perdite di oltre un terzo (addotto tra gli altri da BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit. sub nota 154, p. 229), perché causa del fallimento sarebbe da ritenere in tal caso non tanto il comportamento inerziale – di per sé improduttivo di conseguenze economiche dirette – quanto la susseguente condotta attiva, rappresentata dalla continuazione dell'attività commerciale in violazione del divieto di intraprendere nuove operazioni allorché il capitale si riduce sotto il minimo legale.

⁴⁸⁸ Ancora PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 3; MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 359; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 198; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 306; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 195; ID., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 225.

⁴⁸⁹ Già PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 323; più di recente, MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 60.

In parte affine appare il fenomeno cd. dello svuotamento dell'avviamento, addotto quale esempio da PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 3, che infatti ritiene rilevante la causazione cd. indiretta del dissesto/fallimento. *Contra*, Cass. Pen., Sez. V, 19 marzo 2014, n.26542, in *Dir. & Giust.*, 2014, muovendo dall'assunto per cui ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta è necessario che oggetto di distrazione siano rapporti giuridicamente rilevanti ed economicamente valutabili.

titolo esemplificativo, si ponga mente alla corruzione per procacciarsi un appalto o all'evasione fiscale. Osterebbe a una simile estensione (per vero correntemente praticata dalla giurisprudenza) il carattere del tutto eterogeneo sul piano lesivo che tali fatti presentano rispetto alla bancarotta⁴⁹⁰.

L'obiezione non è persuasiva, posto che anche le vicende non foriere di dirette conseguenze patrimoniali per la società potrebbero gettare discredito sulla stessa o peggiorarne la percezione sul mercato e tradursi quindi in una spirale negativa culminante nel fallimento.

Dunque, rilevano pure «*le violazioni di normative specialistiche (antinfortunistiche, ambientali, urbanistiche, ecc.) da cui derivino penalità e restrizioni pregiudizievoli per le risorse sociali e, quindi, connesse alla successiva dichiarazione di fallimento*»⁴⁹¹; cui si possono aggiungere le violazioni tributarie⁴⁹² e quelle che comportino sanzioni per la persona giuridica ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Dunque, tra cagionamento doloso del fallimento e operazioni dolose causative del fallimento corre un *discrimen* sul piano oggettivo, ancor prima che su quello soggettivo; a prescindere da ciò, inoltre, tutt'altro che trascurabili appaiono le difficoltà inerenti all'accertamento del nesso eziologico, che deve necessariamente precedere l'indagine sul momento psicologico.

Come per la bancarotta impropria societaria, poi, la giurisprudenza appare pressoché univoca nell'affermare la penale rilevanza dell'aggravare un dissesto già

⁴⁹⁰ Cfr. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 196, nonché in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 225, che sul punto richiama PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., p. 174.

⁴⁹¹ Così SANDRELLI G., *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., p. 60. *Contra*, MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 63 – 67, 76, nell'ottica del quale il carattere preterintenzionale del delitto impone omogeneità quanto alle oggettività giuridiche offese/esposte a repentaglio, non ravvisabile nelle ipotesi esposte nel testo. Articolata, in particolare, la critica all'inclusione delle violazioni fiscali tra le operazioni dolose, nell'ambito della quale si segnala esattamente che il caso oggetto di Cass. Pen., Sez. V, 27 aprile 2012, n. 24123, in www.dirittoegiustizia.it, integrava una bancarotta distrattiva, consistita nell'appropriazione, da parte di un commercialista, di somme anticipate da istituti di credito su fatture della società.

In questi termini anche PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., p. 141.

⁴⁹² Come ritiene pure SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, cit., p. 211.

In giurisprudenza, si può qui richiamare Cass. Pen., Sez. V, 18 giugno 2014, n. 42811, *Dir. & Giust.*, 2014, 14 ottobre.

in atto⁴⁹³, anche in tal caso incontrando le critiche di parte della dottrina, peraltro incline ad aperture laddove la condotta abbia significativamente anticipato sotto il profilo cronologico un fallimento che si sarebbe comunque verificato⁴⁹⁴.

Il carattere residuale delle operazioni dolose rispetto alle altre ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale⁴⁹⁵ fa dunque sì che le stesse potranno ravvisarsi in taluno dei reati societari non richiamati nell'elencazione di cui al n. 1 dell'articolo 223 L. Fall. Su tutti, la cd. corruzione tra privati, posto che l'articolo 2635 del codice civile sanziona una condotta contraria all'interesse imprenditoriale, come si evince dall'evento naturalistico del danno cagionato alla società⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Tra le tante, si vedano da ultimo Cass. Pen.: Sez. V, 12 dicembre 2013, n. 17408, punto 7 della motivazione in diritto; Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 8413, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 259051; Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 38177, *Dir. & Giust. Online*, 2013, 18 settembre; Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit.

In dottrina, PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 2, 3; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 226, che evidenziano che, diversamente opinando, si conferirebbe una «licenza di saccheggiare» all'amministratore, ai suoi complici o a chi sopraggiungesse nella gestione della società.

⁴⁹⁴ V. PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., p. 171; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 198.

⁴⁹⁵ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. - Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., pp. 288 e ss.; MAZZACUVA N. - AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 357.

Espressamente, tra l'altro, Tribunale Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, Barachini e altri, cit., p. 131.

Contra, MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, cit., p. 134.

⁴⁹⁶ V. ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 195 - 196, che si segnala anche per l'accento alla possibile rilevanza ai sensi dell'articolo 223 n. 2, seconda parte, L. Fall., di operazioni poste in essere nell'interesse di altra società appartenente al medesimo gruppo in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, cui si richiama l'articolo 2497 comma 1° del codice civile. Per l'ipotesi di falso in bilancio relativa al fittizio aumento del volume di affari allo scopo di accedere al credito si veda DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 252 - 257, nonché pp. 262 - 274, sulle operazioni infragruppo.

Ipotesi che a chi scrive appare plausibile, ma soltanto nella misura in cui si tratti di condotte atipiche o (il che in termini penalistici è lo stesso) solo parzialmente tipiche rispetto al delitto punito dall'articolo 2634 del codice civile; in particolare, laddove difetti il dolo intenzionale rispetto al danno alla società prescritto da detto reato. In altre parole, la bancarotta societaria per infedeltà patrimoniale appare l'alveo normativo per elezione delle ricadute penalistiche del complesso fenomeno del gruppo societario, come si evince anche dal richiamo ai vantaggi compensativi.

5.2. Il fallimento della società e i rapporti con l'inane⁴⁹⁷ bancarotta impropria da reato societario

La riforma del 2002 ha notevolmente avvicinato le ipotesi criminose di cui ai numeri 1 e 2 dell'articolo 223 comma 2° L. Fall., ponendo il problema dell'esatta delimitazione dei rispettivi ambiti applicativi, in particolare perché le ha legate tutte alla produzione di un evento.

A questo proposito, i primi commentatori⁴⁹⁸ notarono come l'espressa codificazione del termine «*dissesto*» quale evento materiale nel n. 1 ora richiamato dovesse indurre a ritenere che la dichiarazione di «*fallimento*» in senso proprio costituisse, all'opposto, l'evento della fattispecie criminosa di cui al n. 2 (come tale oggetto del dolo), superando la precedente concezione, per la quale i due lemmi indicavano la medesima situazione sostanziale⁴⁹⁹.

Corollario di detta impostazione era che avrebbero costituito operazioni dolose anche condotte ingeneranti uno stato di insolvenza non effettivo ma solo simulato, posto che quest'ultimo avrebbe potuto condurre a una declaratoria di fallimento, persino in esecuzione di un disegno concepito sin dall'origine della società⁵⁰⁰.

In senso opposto si è osservato che la discrasia ora evidenziata non è sintomatica di una differenza sul piano normativo, ma della volontà del legislatore

In giurisprudenza, sulla generale riconducibilità alla fattispecie in commento dei reati societari non richiamati dal n. 1 dell'articolo 223 L. Fall. Tribunale Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, cit., p. 380.

⁴⁹⁷ Parafrasando CADOPPI A., *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, cit., p. 379.

⁴⁹⁸ Si veda ancora GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss.

⁴⁹⁹ A titolo esemplificativo sostenuta da PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 316, il quale rilevava altresì che mentre il dissesto è «un dato quantitativo graduabile sia nell'an che nel quantum, il fallimento è un fatto formale (...) ancorato ad un preciso momento temporale»; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, 2001, cit., pp. 135 e ss..

Più di recente, si veda D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 139 – 140, che di conseguenza riconosce che tra il dissesto e la sentenza dichiarativa di fallimento può intercorrere un notevole lasso di tempo; con precipuo riferimento alle operazioni dolose.

⁵⁰⁰ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 319.

di emendare un riferimento improprio sotto il profilo della tecnica legislativa, quello al fallimento, in quanto l'evento non può essere un fatto derivante da un terzo. La sentenza dichiarativa (e ogni provvedimento ad essa equiparato), infatti, sono «fatto giuridico suscettibile di essere provocato dall'iniziativa di soggetti diversi (creditori, p.m., gli stessi amministratori), ma dipende poi essenzialmente dalla valutazione del tribunale fallimentare»⁵⁰¹.

O, in altri termini, l'evento tipico del reato ha una consistenza economico-sostanziale anziché formale-processuale e anche in queste fattispecie è integrato dall'irreversibile crisi finanziaria e patrimoniale, che funge da presupposto per la pronuncia giudiziale⁵⁰², comunque ai sensi dell'articolo 223 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, imprescindibile punto di raccordo tra giurisdizione civile e penale in materia fallimentare⁵⁰³.

⁵⁰¹ Parole di PADOVANI T., *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi*, cit., § 4. In tal senso, si vedano anche CADOPPI A., *I nuovi reati societari*, cit., pp. 275 e ss.; seppur in modo apodittico e tacitiano, MAZZACUVA N. - AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 357; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 195. In posizione apparentemente intermedia si collocano invece ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 197 - 198 (anche in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 221 - 222) con esclusivo riferimento però alle ipotesi di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 L. Fall., e DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 176 - 177, che attribuiscono alla sentenza di fallimento in senso proprio sia il ruolo di evento naturalistico del reato che quello di condizione obiettiva di punibilità; quest'ultimo, secondo la prima Autrice, vale peraltro per tutte le fattispecie di bancarotta impropria. Sennonché, non sfugge a nessuno che si tratta di concetti giuridicamente antitetici e tra loro inconciliabili, per notori motivi, tra i quali basti rammentare qui l'esigenza/la superfluità di un nesso causale e psicologico.

Siamo di fronte, dunque, non già ad una mera anfibologia sul piano semantico, ma ad vero e proprio ossimoro.

⁵⁰² V. CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 13, che fa coincidere perfettamente il dissesto con l'insolvenza; PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 1, parla invece di «manifestazione di crisi finanziaria e patrimoniale, ben più grave della mera insolvenza», nel senso che, come precisato sub nota 4 richiamando Tribunale di Firenze, 10 novembre 2006, Perini e Frizzilio, cit.; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 225, 231; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 185; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 69.

⁵⁰³ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. - Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 318; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 70.

Se i termini utilizzati dalle due disposizioni in commento per descrivere l'evento – dissesto e fallimento – sono equipollenti, le problematiche relative ai rapporti tra le fattispecie rispettivamente previste nei numeri 1 e 2 dell'articolo 223 testé citato vanno allora risolte in base al principio di specialità⁵⁰⁴.

Di conseguenza, le fattispecie di reato in commento si differenziano soltanto per la tipologia di condotta: vincolata per il n. 1, nel senso che rilevano esclusivamente i comportamenti integranti uno dei reati societari richiamati; libera o causalmente orientata per il n. 2⁵⁰⁵.

Con la precisazione che, alla luce di quanto in precedenza esposto, a ben vedere le operazioni dolose sono tipizzate in via indiretta dal complesso normativo afferente alla disciplina delle società commerciali passibili di fallimento, di cui il soggetto attivo deve aver abusato, imprimendo alla condotta un autonomo coefficiente di disvalore.

Alla luce di siffatte premesse, il fatto tipico di cui al n. 1 dell'articolo 223 della legge fallimentare risulterebbe già previsto in quello di cui al n. 2, prima parte, che delinea una fattispecie aperta e causalmente orientata; in entrambi i casi, però, le condotte sarebbero penalmente rilevanti solo se causative del dissesto. «*Altrimenti,*

⁵⁰⁴ Così, ad esempio, MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, cit., p. 134; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 209; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 306, che peraltro segnala come la bancarotta da reato societario appaia ridondante e priva di autonoma identità, poiché sanzionerebbe condotte suscettibili di essere punite già in base ad altra disposizione.

⁵⁰⁵ V. LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.; PADOVANI T., *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi*, cit., § 4, che ravvisa nel rapporto tra n. 1 e n. 2 del comma 2° dell'articolo 223 una «specialità unilaterale sul versante dell'art. 223 comma 2 n. 1 L. Fall.: a parità di evento, essa risulta infatti speciale per la condotta tipica»; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 209, per i quali dunque condotte integranti reati societari diversi da quelli espressamente richiamati dall'articolo 223 comma 2° n. 1 L. Fall. potrebbero configurare cagionamento doloso del fallimento od operazioni dolose; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., pp. 184 – 185.

Osserva condivisibilmente MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., p. 134 – 135, come «oggi si siano smarrite le ragioni di una parità sanzionatoria, a fronte di un fatto, quello della bancarotta da reato societario, indubitabilmente più ricco sul versante della condotta (rispetto al n. 2) e su quello dell'evento (rispetto al comma 1)». Nello stesso senso, BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., op. ult. cit., p. 209, sub nota 54. *Contra*, D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 47, 49.

quelle di cui al numero 1 avrebbero unicamente l'autonomo (e minore) rilievo penale loro assegnato dal codice civile, mentre quelle di cui al numero 2 sarebbero - di per sé e in linea di massima - penalmente irrilevanti»⁵⁰⁶.

Proprio in virtù del principio di specialità, sotto il profilo oggettivo si è correttamente notato come svariate condotte non rientranti nel ristretto perimetro di tipicità dei reati societari presupposti ben potrebbero altresì integrare operazioni dolose, come si è già detto; a titolo esemplificativo, si può pensare a comunicazioni decettive effettuate da una società pur non essendo imposte dalla legge (e dunque non tali da integrare le ipotesi di cd. falso in bilancio). Ad analoghe conclusioni, come già visto, dovrebbe pervenirsi anche per tutti i comportamenti che non superino le soglie di punibilità previste in ambito penalsocietario⁵⁰⁷.

Ne consegue, tra l'altro, che non è configurabile il concorso formale tra il reato societario richiamato e la bancarotta fraudolenta impropria di cui al n. 2 dell'articolo 223 ora citato, in grado di ricomprenderlo concettualmente e in termini di disvalore laddove intervenga il fallimento dell'impresa⁵⁰⁸.

Per quanto si possa reputare il legame in questione «singolarmente lasco»⁵⁰⁹, il metro di giudizio dovrà essere quello condizionalistico secondo il criterio della causalità logica, elaborato dalla celeberrima pronuncia resa dalle Sezioni Unite nel

⁵⁰⁶ V. LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.

⁵⁰⁷ Cfr. PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1603; PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 1; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 51. Contra, MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., p. 136, secondo la quale il legislatore della riforma avrebbe voluto «limitare la punibilità della "bancarotta da reato societario" alle sole ipotesi di causazione del dissesto attuate per il tramite di quei reati societari espressamente menzionati, così contraendo di rimbalzo gli spazi applicativi delle restanti ipotesi». Ipotesi, quest'ultima, che però non risulta argomentata e sembra anzi contrastare con il ruolo non più residuale delle fattispecie causalmente orientate di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 L. Fall. (perorato dalla medesima Autrice a p. 134), cui la stessa struttura imprime una vocazione espansiva, polarizzando l'offesa sull'evento.

⁵⁰⁸ Così, acutamente, CADOPPI A., *I nuovi reati societari*, cit., p. 285.

⁵⁰⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250108.

Viceversa, si esprimono in termini di rigoroso accertamento Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2013, n. 14042, in *Dir. & Giust. Online*, 2013, 26 marzo, e, nella giurisprudenza di merito, Tribunale Genova, 21 gennaio 2005, cit. In questo senso, in dottrina, PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 2, 3.

caso Franzese⁵¹⁰ e affinato più di recente da un'altra sentenza del Supremo Consesso, afferente alla vicenda Thyssenkrupp⁵¹¹.

A tale proposito, appare non seriamente revocabile in dubbio che l'interprete non disponga di criteri diagnostici adeguati all'analisi dell'eziologia economica, né risulta agevole il trapianto dei postulati della causalità scientifica nel campo penalfallimentare, per la già evidenziata difficoltà di descrivere correttamente l'evento *hic et nunc*, per di più in assenza di leggi 'matematiche' che consentano di selezionare con certezza gli anelli rilevanti della catena eziologica; di contro, poi, sussiste una variegata congerie di fattori potenzialmente di per sé determinanti il dissesto⁵¹².

In linea più generale, occorrerà isolare l'accertamento del nesso tra una specifica condotta e il posteriore dissesto da altri fattori eziologici, antecedenti o successivi, indipendenti dall'operazione oggetto del giudizio.

Si dovrà poi collocare correttamente l'operazione sospetta in uno dei settori di operatività dell'impresa, così da evitare che l'esito del giudizio sia sviato dall'andamento complessivo della stessa, anche se le ricadute economiche del comportamento vanno valutate in termini globali, *«sicché quando l'entità complessiva del [dissesto] sia comunque rimasta invariata o sia stata persino ridotta, la circostanza che la condotta abusiva abbia incrementato determinate voci di passivo non giustifica, di per sé, un'affermazione di responsabilità ai sensi della disposizione in questione, salvo che non si accerti che la diminuzione del passivo, con riguardo ad altre voci, sia stata causata da fattori autonomi ed*

⁵¹⁰ Così reputa pure MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 70 e ss.

⁵¹¹ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., anche in *Giur. It.*, 2014, novembre, pp. 2565 e ss., con nota di BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*.

⁵¹² V. MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 71 – 72; già SANDRELLI G., *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., p. 58.

Tentano il trapianto LANZI A. - PUTINATI S., *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, II^a ed., Milano, 2012, pp. 98 e ss.; DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 178 – 189, peraltro ribadendo a più riprese la necessità che il nesso eziologico sia appurato con particolare rigore, dovendosi atteggiare in termini di *«stretta derivazione di carattere naturalistico tra operazione dolosa e dissesto»*;

*indipendenti*⁵¹³.

Sul piano prettamente processuale convince, al riguardo, la posizione dottrinale che sostiene che per analizzare l'efficienza causale di condotte tenute nell'ambito di un'attività naturalmente dinamica e fluida, come quella di impresa svolta dalle società commerciali, sia più utile ripartirne la vita per segmenti o periodi⁵¹⁴, tra i quali quello più prossimo alla dichiarazione di fallimento generalmente risulterà il più fecondo di catene eziologiche che conducano al dissesto con essa acclarato.

Insomma, un metodo di accertamento giudiziario del nesso causale potrebbe consistere nel seguire coordinate verticali (per settore) e orizzontali (per periodo), anche avvalendosi in sede procedimentale e di giudizio di consulenti tecnici o di periti (soprattutto revisori dei conti, ma, a seconda dei casi, anche esperti della tipologia economico contrattuale in cui si è sostanziata l'operazione incriminata).

Purtuttavia, ricercando il nesso causale rispetto al dissesto/fallimento secondo l'unico criterio che ha cittadinanza nell'ordinamento, quello condizionalistico attraverso sussunzione sotto leggi scientifiche (universali o statistiche) oppure massime di esperienza o generalizzazioni di senso comune, vagliate attraverso un giudizio controfattuale secondo il metro dell'elevata probabilità logica.

Sotto il profilo probatorio, cioè, si richiede al Giudice di verificare se la legge di copertura trovi applicazione nel caso concreto, stante l'alta probabilità logica che siano da escludere fattori causali alternativi⁵¹⁵, con uno sforzo direttamente proporzionale alla penuria di leggi di spiegazione scientifica in senso proprio nel settore economico.

⁵¹³ Così la massima di Cass. Pen., Sez. V, 28 marzo 2003, n. 19806, Rv. 224947.

In dottrina, PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 2; DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 202; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 72 - 73.

⁵¹⁴ V. DE MARTINO E., op. ult. cit., pp. 187 - 189, 208.

⁵¹⁵ Giurisprudenza sterminata. Da ultimo, Cass. Pen.: Sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 9695, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 260159, in materia di condotta omissiva colposa; Sez. IV, 5 aprile 2013, n. 29889, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 257073, sull'utilizzabilità di massime di esperienza e generalizzazioni di senso comune; il capostipite è, ovviamente, Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, cit.

Come nell'ambito della bancarotta individuale, peraltro, va senz'altro esclusa la rilevanza causale dell'operazione dolosa successivamente «*“riparata”, vale a dire quella i cui effetti deleteri sono stati completamente annullati da un fatto posteriore, anche di carattere fortuito, che ha rimediato al danno economico inizialmente materializzatosi*»⁵¹⁶.

In dette ipotesi, però, la giurisprudenza appare orientata nel senso di ritenere il fatto privo della necessaria offensività⁵¹⁷, con esegesi che sembra più coerente con «*la natura di reati di pericolo che connota i delitti in esame, e che attribuisce valenza lesiva anche alla mera potenzialità di un danno per le ragioni dei creditori*»⁵¹⁸.

Detto altrimenti, viene meno la stessa tipicità del fatto, che quella che certa

⁵¹⁶ V. Come osservato da DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 186 - 188, 199; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 207 - 208, con particolare riferimento alla rilevanza in concreto delle ipotesi di riparazione del danno previste da svariati reati societari 'base'; PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 3, parla di conseguenze riassorbite; SANDRELLI G., *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., pp. 58 - 59.

Per MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, cit., pp. 127 - 128: le situazioni estintive previste dagli articoli 2627, 2628, 2629, 2633 del codice civile non sembrano porre problemi; se si considerano cause di estinzione del reato, troverà applicazione l'articolo 170 del codice penale, se invece fossero cause sopravvenute di non punibilità, «*sarebbero comunque dimensionate sulla restaurazione di quella specifica offesa*» e dunque inidonee a riparare quella sottesa alla bancarotta. Sempre che, però, non interrompano il nesso causale rispetto al dissesto.

Contra, MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 74, per il quale, coerentemente con la propugnata ermeneusi in chiave *stricto sensu* preterintenzionale del delitto, viene invece meno in dette ipotesi il nesso di rischio tra condotta ed evento tipico; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 99 - 102, in tema di bancarotta propria.

⁵¹⁷ Nella chiave di lettura esposta nel testo, la figura della "bancarotta riparata" è ammessa da ultimo da Cass. Pen., Sez. V, 23 aprile 2013, n. 28514, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255576, che ne esclude la sussistenza nel caso di specie, in cui confermò la responsabilità del socio e amministratore di società di persone che aveva posto in essere condotte distrattive e ceduto prima del fallimento le proprie quote, ottenendo dall'acquirente manleva per i debiti pregressi nei confronti della società, compresi quelli derivanti dalle sottrazioni illecite. *Conformi*, tra le tante: Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 8402, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 249721 (che censurò la decisione del giudice di merito il quale aveva affermato la responsabilità dell'imputato a titolo di bancarotta per distrazione, omettendo di motivare in ordine all'effettivo rientro del denaro fuoriuscito dalla società e ai tempi di restituzione delle somme); Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 238212; Sez. V, 19 dicembre 2006, n. 3622 del 2007, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 236051.

⁵¹⁸ Cfr. Cass. Pen.: Sez. V, 23 aprile 2013, n. 28514, punto 1 della motivazione in diritto; Sez. V, 14 dicembre 2012, n. 3229, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253932; Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11633, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252307.

dottrina ha definito «operazione dannosa ma ininfluente»⁵¹⁹ non possiede *ab origine*, perché non incide sulla garanzia patrimoniale; si porta, infatti, l'esempio dell'atto che riduce gli utili della società⁵²⁰.

Con autorevole dottrina, si intende dire che le condotte sono tipiche solo se e nella misura in cui determinano un pericolo concreto per il bene giuridico⁵²¹, che, però, sussiste anche laddove l'efficacia eziologica delle stesse si sia estrinsecata in un mero aggravamento del dissesto già in atto, globalmente inteso, per le medesime argomentazioni in precedenza enunciate con riferimento alla bancarotta da reato societario⁵²².

Un giudice Giano Bifronte, insomma: con lo sguardo rivolto al passato della determinazione del dissesto, da individuare secondo il processo dell'eliminazione mentale della condotta ipotizzata quale antecedente causale, ma anche in grado di pronosticare la pericolosità di tale evento per le ragioni dell'*universitas creditorum*, attraverso la ricerca di indici di diffusività e disastrosità per l'impresa.

Un'ultima annotazione: ricondurre il dissesto alla categoria dell'evento di pericolo consente di aumentare la coerenza interna al sistema della bancarotta prefallimentare, la quale non muterebbe dunque a seconda che sia posta in essere nel contesto di un'impresa individuale ovvero in ambito societario.

§

6. L'elemento soggettivo

6.1. Nella bancarotta da reato societario

⁵¹⁹ Locuzione coniata da MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 73.

⁵²⁰ Infatti nega rilevanza a questa ipotesi Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, cit.

⁵²¹ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 12 e ss.

In termini di evento di danno, oltre agli Autori già citati infra, Cap. II.4.1, PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 1.

⁵²² Questa è altresì la posizione seguita dalla giurisprudenza; in particolare, può citarsi Cass. Pen., Sez. V, 29 aprile 2003, n. 19086, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 454. Nella giurisprudenza di merito, Tribunale di Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, Barachini e altri, cit., p. 132; Tribunale di Parma, 29 novembre 2011, n. 878, Arpe e altri, cit., pp. 381, 383 – 384.

Contra, in dottrina, MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 359.

Tutte le fattispecie di bancarotta da reato societario richiedono, per essere perfezionate, il dolo, il cui oggetto però, come si è anticipato, si atteggia in modo assai diverso a seconda dei casi, dovendo investire il fatto nell'insieme dei suoi elementi, quanto mai eterogenei nelle varie ipotesi.

Per tale motivo, si ritiene che il dolo debba comprendere tanto il reato societario presupposto, in ogni sua componente (incluso, laddove previsto, l'evento naturalistico di danno, come nel caso di cui all'articolo 2622 del codice civile), quanto il dissesto della società⁵²³, secondo evento, rispetto al quale generalmente la giurisprudenza reputa sufficiente il dolo eventuale, inteso quale accettazione del rischio che il dissesto si verifichi⁵²⁴.

Talora, però, con formula tralatticia la Corte di Cassazione parla di volontà protesa al dissesto, salvo poi precisare che è sufficiente la consapevole rappresentazione della probabile diminuzione della garanzia dei creditori e del connesso squilibrio economico⁵²⁵.

⁵²³ In tal senso anche PULITANÒ D., *La giustizia penale fra vecchio e nuovo*, cit., p. 1121; GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., pp. 88 e ss.; MAZZACUVA N. - AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 360; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 158, 162; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 190.

⁵²⁴ In giurisprudenza, tra le tante, Cass. Pen.: Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, cit., punto 26 della motivazione in diritto. Cass. Pen., Sez. V, 12 marzo 2014, n. 15712, cit., ha statuito che «*Il dolo della bancarotta impropria da false comunicazioni sociali, vanta una struttura complessa. Dolo generico con riguardo al mendacio, dolo intenzionale in riferimento all'inganno dei destinatari della comunicazione sociale e infine dolo specifico rispetto al contenuto della offesa qualificata da ingiusto profitto*». In altre parole, deve essere pienamente integrato il dolo "multilivello" richiesto dal falso in bilancio. Più in generale, richiede il dolo rispetto all'evento dissesto Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi e a., cit., punto 10.1 della motivazione in diritto, come «*volontà protesa al dissesto, da intendersi non già quale intenzionalità di insolvenza, bensì quale consapevole rappresentazione della probabile diminuzione della garanzia dei creditori e del connesso squilibrio economico*».

In dottrina, CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., pp. 190 - 191, che peraltro riporta la tesi del DEL CORSO, secondo il quale la riforma, in virtù della parziale omogeneità d'offesa e del nesso solo causale tra reato societario ed evento dissesto avrebbe dato vita a un reato a struttura preterintenzionale.

⁵²⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 29 marzo 2012, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2012, pp. 859 e ss.; Sez. V, 12 marzo 2014, n. 15712, cit.; Sez. V, 29 marzo 2012, n. 23091, in *Cass. Pen.*, 2013, 4, p. 1556 (solo massima); per Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7208, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 233637 e Sez. V, 22 novembre 1999, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 215482, peraltro, è sufficiente il dolo eventuale rispetto agli eventi tipici del reato (fattispecie in tema di responsabilità

A ben vedere, peraltro, siffatto orientamento giurisprudenziale chiarisce soltanto che non si può pretendere che l'imputato versasse in dolo intenzionale rispetto a tale secondo evento; per il resto, si denota per obliare, almeno in apparenza, il requisito della volontà, per così dire appiattito su quello della rappresentazione, a propria volta avente ad oggetto il dissesto/fallimento. A parere di chi scrive, a condizione di recuperare la componente volontaristica, si tratta di un dolo generico di evento di pericolo concreto, che collima alla perfezione con la ricostruzione dogmatica proposta nelle pagine precedenti⁵²⁶.

Ciò, si ribadisce, perché lo squilibrio economico ingenera il rischio di probabile – si noti: non meramente possibile – diminuzione della garanzia per il ceto creditorio, che è l'essenza del dissesto.

E la necessaria componente volitiva, in mancanza di indicazioni di segno contrario nel dettato della legge, ben potrà assestarsi sulla soglia del dolo eventuale; ne consegue che è cruciale l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale relativa al tale coefficiente soggettivo.

In dottrina si è specificato, al riguardo, che sarebbe sufficiente un preconsenso anteriore non in termini di certezza di concretizzazione, ma di indifferenza rispetto all'evento negativo. In altri termini, basterebbe che l'autore del reato societario abbia colto l'efficacia causale del proprio crimine sulle condizioni economico-patrimoniali della società e, ciò nonostante, non si sia astenuto dal realizzarlo, in tal modo accettandone il rischio di verifica⁵²⁷.

Vi è peraltro chi ha proposto di applicare anche in questo settore la prima formula di Frank: se il soggetto attivo avrebbe agito egualmente pur con la certezza di produrre, in tal modo, il dissesto, allora versava in dolo eventuale⁵²⁸.

omissiva).

⁵²⁶ Questa sembrerebbe la posizione delle pronunce che si esprimono in termini di rappresentazione del concreto rischio dello stato di grave crisi dell'impresa dalla quale il denaro proviene. Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 10 febbraio 2012, n. 16000, in *Dir. & Giust.*, 2012, 27 aprile.

Per la nozione di dolo intenzionale nel diritto vivente, si veda Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*, cit., punto 39 della motivazione in diritto.

⁵²⁷ Si veda ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 190 – 191.

⁵²⁸ V. LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.

Resta poi inteso che l'oggetto del dolo avrà riguardo al contributo causale effettivamente offerto, con tutte le difficoltà che comporta un legame tra un reato societario 'a monte' e un evento che può estrinsecarsi anche a notevole distanza cronologica, con il fraporsi di molteplici scelte aziendali e fattori esogeni potenzialmente concausanti.

A seconda dei casi, poi, potrà trattarsi anche dell'aggravamento del dissesto, con la precisazione che non è condivisibile l'opinione secondo la quale sarebbe «presupposto imprescindibile - trattandosi di reato doloso - che il minore dissesto già esistente (vero e proprio "presupposto della condotta") fosse effettivamente conosciuto da parte del soggetto attivo»⁵²⁹.

Non constano ragioni, invero, per discostarsi dall'opinione secondo la quale «il dolo eventuale riguarda, oltre alla verifica dell'evento, il presupposto della condotta, consistendo, in questo caso, nella rappresentazione della possibilità dell'esistenza del presupposto stesso e nell'accettazione dell'eventualità di tale esistenza»⁵³⁰. Con la peculiarità, in effetti, che appare assai arduo ipotizzare che un soggetto agente sorretto dal dolo del reato base non versi altresì in dolo (almeno) eventuale rispetto all'aggravamento del dissesto già in essere.

Come si è anticipato, peraltro, l'opzione ermeneutica preferibile richiede altresì, in capo al soggetto agente, lo specifico coefficiente soggettivo previsto dalle singole fattispecie societarie, dal momento che il lemma "*fatti*" va letto "*reati*". Pare allora evidente che le questioni più problematiche, solo per cenni, derivano dalla peculiare struttura del dolo nei reati di false comunicazioni sociali e infedeltà patrimoniale, particolarmente elaborato, dato che si compone di un dolo specifico e al contempo intenzionale.

Non convince, peraltro, la tesi che sostiene che il dolo intenzionale postulato dal reato di cui all'articolo 2634 del codice civile comporterebbe che anche la

⁵²⁹ Ancora LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 7393 e ss.

⁵³⁰ V. Cass. Pen., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in tema di ricettazione, cit.; in particolare, si veda il § 1 della motivazione in diritto.

Successivamente, anche Cass. Pen.: Sez. IV, 30 gennaio 2014, n. 14610, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 259216, sulla necessità di soccorso nell'articolo 189 comma 7° del codice della strada; Sez. V, 27 settembre 2012, n. 42973, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 258022, in un caso di omicidio da incidente stradale.

bancarotta societaria conseguente a detto delitto debba essere retta dal medesimo coefficiente soggettivo.

L'unico argomento addotto a sostegno di questa ricostruzione appare, invero, fallace, poiché incorre in una *petitio principii*; si sostiene, infatti, che poiché oggetto del dolo intenzionale della condotta infedele è il danno patrimoniale alla società, quando questo si identifica con il dissesto, allora, oggetto del dolo intenzionale è il dissesto stesso.

Tale interpretazione, però, oblia l'evidente differenza tra gli eventi "danno patrimoniale alla società" e "dissesto", tra loro eterogenei già in astratto, in particolare quanto a natura, di danno nel primo caso e di pericolo nel secondo, e portata lesiva, ben più ampia nel secondo caso, come si è visto nelle pagine precedenti.

In altre e più chiare parole: nulla esclude che talvolta i due eventi in questione possano coincidere, ma a ben vedere si tratterebbe di una singolarità del caso concreto, che per la già precaria situazione economico finanziaria della società in cui si innesta il danno patrimoniale procurato dal reato 'a monte' o per l'ingente ammontare di quest'ultimo o per entrambi i fattori può determinarne il tracollo.

Ne consegue che è errata la generalizzazione che ne evince una regola afferente all'astratta fattispecie di reato, come dimostra altresì l'argomento *a contrario*: se il soggetto infedele dovesse perseguire sempre intenzionalmente il dissesto della società, l'articolo 2634 del codice civile sarebbe inapplicabile ogni qual volta il fine avuto di mira fosse quello di arrecarle un danno patrimoniale, ma pur sempre nell'ottica della sopravvivenza dell'ente.

Nel caso delle false comunicazioni sociali, poi, l'eterogeneità dell'oggetto del dolo intenzionale del reato base rispetto al dissesto è lampante, avendo ad oggetto l'inganno ai soci o al pubblico, cui si somma il dolo specifico di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto⁵³¹.

⁵³¹ V. D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 159 – 162, il quale peraltro conclude diversamente con riferimento al delitto di cui all'articolo 2622 del codice civile, opinando anche che la contravvenzione di cui al contiguo articolo 2621 non vada viceversa considerata, in quanto reato di pericolo, come

Non si vede, dunque, perché un evento diverso e ulteriore, nonché verosimilmente più lontano nel tempo, non possa essere sorretto dal dolo nella sua forma eventuale.

6.2. Nel cagionamento doloso e nelle operazioni dolose causa del fallimento

Come esposto nelle pagine precedenti, la previsione di cui al n. 2 dell'articolo 223 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, contempla due distinte fattispecie, tra le quali si è tracciato un confine già sotto il profilo obiettivo, avvalendosi del contributo offerto da dottrina e giurisprudenza, che si sono spinte ben al di là del conciso dettato letterale.

Non a caso per taluni il criterio discrezionale sarebbe dato dal diverso atteggiarsi del dolo rispetto al fallimento⁵³², avvinto a entrambe le condotte tipiche dal nesso eziologico e che, vale la pena ribadirlo, tanto nel comma 1° quanto nel comma 2° è, a opinione di chi scrive, evento di pericolo e non già di danno⁵³³.

Procedendo secondo l'ordine della previsione in commento, non pare seriamente revocabile in dubbio che il sintagma «*con dolo*», di cui alla prima parte della disposizione in commento, comprenda tanto il dolo diretto quanto quello indiretto, in assenza di una precisa scelta limitativa da parte del legislatore (ad esempio attraverso aggettivi o avverbi o locuzioni evocativi dell'intenzionalità), e financo la *species* eventuale.

Sembra infatti insuperabile la previsione di cui all'articolo 43 del codice penale, che introduce un unico concetto di dolo, sebbene come noto graduabile sotto il profilo volitivo in intenzionale, diretto, indiretto, eventuale, il che rende l'inciso in

tale verosimilmente inidoneo a costituire premessa causale dell'evento dissesto. Ciò perché oggetto dell'intenzione è l'inganno ai soci o al pubblico.

⁵³² V. SCHIAVANO G., *La nuova bancarotta societaria*, cit., pp. 259 e ss.; PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 5; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 226, 231 - 232.

In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. V, 6 luglio 2006, n. 29431, cit.

Contra, GIULIANI-BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 350 - 351, secondo il quale si tratterebbe di coefficienti soggettivi equivalenti e la locuzione legislativa configurerebbe, in definitiva, un'endiadi.

⁵³³ *Contra*, in particolare, PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. - Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 272.

commento, a conti fatti, pleonastico⁵³⁴.

Con buona pace di quelle concezioni, di matrice commercialistica, che alla luce della relazione ministeriale reputavano che la locuzione in questione richiedesse il dolo diretto e che dunque l'autore del fatto dovesse avere di mira il fallimento, mentre le operazioni di cui alla seconda parte del n. 2 dell'articolo 223 L. Fall. avrebbero potuto essere sorrette dal dolo indiretto⁵³⁵. Una «*scalarità volontaristica*», per vero accolta anche da un orientamento della Corte di Cassazione piuttosto risalente nel tempo⁵³⁶.

Infatti, come già detto, mancano indici letterali tipici di una simile scelta, che d'altro canto sarebbe palesemente incongrua, posto che l'esclusione operata sul piano soggettivo dalla prima fattispecie (articolo 223 comma 2° n. 1) verrebbe

⁵³⁴ V. CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, sub nota 114; PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 223: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 320; ; MAZZACUVA N. –AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 360; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 43 – 44; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 194, sub nota 244, laddove si ripropone l'elaborazione dell'Antolisei sul punto; ID., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 223.

Anche DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 219 – 220, il quale però vi ravvisa un reato di danno con dolo di danno ai creditori, contrapponendolo pertanto alla bancarotta punita dall'articolo 216 comma 1° L. Fall., reato di pericolo con dolo di pericolo; nonché p. 236, che a tratti parrebbe ritenere necessario il dolo intenzionale; con buona pace della *littera legis*, però.

⁵³⁵ Al n. 57 della relazione ministeriale, infatti, era scritto che «(...) Si è sanzionata la ipotesi di quasi bancarotta fraudolenta a carico degli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarata fallita che hanno concorso a cagionare con dolo diretto o per effetto di operazioni dolose – dolo eventuale o, secondo i casi, di pericolo nelle singole operazioni – il fallimento della società (...)».

Tesi, quella ora esposta, riproposta anche in tempi recenti; senza pretesa di esaustività si possono qui richiamare: BRICCHETTI R. –PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 227, 231 – 232; AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., p. 328.

⁵³⁶ Tra le altre, si può menzionare Cass. Pen.: Sez. V, 22 settembre 1999, n. 11945, in C.E.D. Cass. Rv. 214856, che ha statuito che «L'art 223 primo comma legge fallimentare prevede due autonome fattispecie criminose; esse, dal punto di vista oggettivo, non presentano sostanziali differenze, mentre, da quello soggettivo, vanno tenute distinte perché nella ipotesi di causazione dolosa del fallimento, questo è voluto specificamente, mentre nel fallimento conseguente ad operazioni dolose, esso è solo l'effetto di una condotta volontaria, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto attivo dell'operazione ha accettato il rischio della stessa. La prima fattispecie è dunque a dolo specifico, mentre la seconda è a dolo generico. Non cade pertanto in contraddizione il giudice di merito che ritenga insussistente il dolo (specifico) diretto alla causazione del fallimento, ed, al contempo, ravvisi il dolo (generico) in relazione a singole operazioni distrattive, che hanno determinato il fallimento».

vanificata dall'ascrivibilità sul piano oggettivo al limitrofo delitto a forma libera (articolo 223 comma 2° n. 2), che non scontrerebbe analogo limitazione⁵³⁷.

In altri termini, il cagionamento non richiede un coefficiente rafforzato di dolo, ma che «*il soggetto qualificato deve non soltanto aver inteso cagionare il fallimento, ma anche recare offesa alla società, ai creditori sociali e ai terzi interessati o comunque realizzare un profitto ingiusto con pregiudizio di questa*»⁵³⁸; abbia, cioè, piena coscienza e volontà della dimensione lesiva della condotta e dell'evento di pericolo dalla stessa derivante e alla produzione del quale risulta pertanto orientata.

Ergo, se è vero che la dolosità si esprime nella «*radicale situazione preordinata*» al fallimento di condotte a forma libera, è pur sempre sufficiente l'accettazione del verificarsi di tale possibile accadimento futuro; insomma, un dolo eventuale⁵³⁹.

La giurisprudenza di legittimità in punto di operazioni dolose, invece, appare pressoché costante nell'accontentarsi del fatto che il fallimento costituisca una possibilità prevedibile da parte dell'autore della condotta, diversamente dall'ipotesi di cui alla prima parte dell'articolo 223 n. 2 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, laddove come si è visto l'elemento psicologico è collegato direttamente con

⁵³⁷ V. MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 45, che in tal modo confuta l'opinione che lo stesso Autore attribuisce a NUVOLONE P. (in particolare, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, pp. 376 e ss.).

⁵³⁸ V. CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 13.

⁵³⁹ V. PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 5, che condivisibilmente nota come il dato letterale non contenga appigli che legittimino una limitazione delle forme di dolo necessarie e sufficienti a integrare il cagionamento sotto il profilo soggettivo; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 348 – 351, per il quale oggetto del dolo eventuale deve essere la lesione all'interesse dei creditori alla garanzia, come in ogni bancarotta fraudolenta; CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 202; MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., p. 306, che sub nota 172 richiama Tribunale Monza, 19 giugno 2002, in *Foro Ambr.*, 2003, p. 384; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 195.

Contra, DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 235 – 236, che sostiene che il coefficiente soggettivo richiesto dall'articolo 223 comma 2° n. 2 secondo inciso L. Fall. sarebbe il dolo specifico di procurare a sé o ad altri un profitto in danno ai creditori, ma afferma anche, in modo incomprensibile per lo scrivente, che sarebbe comunque sufficiente il dolo eventuale (*ibidem*, pp. 239, 243, 256).

l'evento⁵⁴⁰.

Tale impostazione ha consentito ad almeno due pronunce di accogliere la tesi dottrinale⁵⁴¹ che ravvisa in quella in commento un'eccezionale fattispecie a sfondo preterintenzionale⁵⁴², coefficiente per il quale è superflua una previsione esplicita,

⁵⁴⁰ Cfr. Cass. Pen.: Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi e a., cit., punto 10 della motivazione in diritto; Sez. V, 3 aprile 2014, n. 38728, cit., Sez. V, 12 dicembre 2013, n. 17408, cit., punto 7 della motivazione in diritto; Sez. V, 14 gennaio 2004, n. 19101, in C.E.D. Cass., Rv. 227745, che si esprimono in termini di prevedibilità in astratto del dissesto, di talché ai fini del dolo è sufficiente la rappresentazione dell'azione nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i doveri propri del soggetto societario a fronte degli interessi della società.

In dottrina, PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 3, 5, laddove l'Autrice riconduce la peculiare formulazione della fattispecie all'origine storica della stessa, trasposta nella legge fallimentare dalle codificazioni ottocentesche, quando ci «*si rifaceva ad un concetto di dolus malus di matrice romanistica, ossia a quell'atteggiamento psicologico qualificato da una precisa intenzionalità di offendere, accompagnata dalla consapevolezza dell'illiceità e dalla volontà di violare la legge con un contenuto di frode*».

Nel testo non si prospetta neppure la possibilità di una responsabilità oggettiva, radicalmente incompatibile con l'ordinamento vigente; invero, il collegamento sistematico tra il comma 1° ed il comma 3° dell'articolo 27 della Costituzione ratifica il principio *nullum crimen sine culpa* o della responsabilità personale come responsabilità per fatto proprio colpevole. In tal senso, invece, ROSSI A., in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., p. 226.

Per lo stesso ordine di motivi (come peraltro nota efficacemente anche PICCARDI M., op. ult. cit., pp. 4422 e ss., § 5), va osteggiata la tesi che ravvisa una responsabilità per colpa specifica da inosservanza della norma penale incriminatrice nella condotta base dolosa, o di colpa presunta o *in re ipsa*. Al riguardo, poi, è noto che non tutte le disposizioni penali e repressive contengono in sé un precetto cautelare, se non del tutto generico e indeterminato.

Ellittica, nel panorama giurisprudenziale, risulta Tribunale Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. e Giur.*, 1987, p. 552, secondo la quale l'articolo 223 comma 2° n. 2 L. Fall. non richiede che nell'agente vi sia stata anche la volontà di cagionare il dissesto della società, ma soltanto un fantomatico "dolo di approfittamento", inteso come coscienza e volontà di compiere ogni singola operazione e di fare propri i profitti di operazioni ideate, gestite e condotte dall'agente sotto la copertura della società.

⁵⁴¹ Si tratta di PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi dal fallito*, cit., p. 322; MUCCIARELLI F., in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 451; PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 2, «*l'implicazione causale fra l'operazione dolosa e il fallimento non deve essere sorretta dal dolo dell'agente, pacifico essendo che proprio la clausola "per effetto" allude a un'ascrizione oggettiva dell'evento fallimento in termini di mera derivazione causale, o, come sembra preferibile, secondo il canone della preterintenzione*».

tra i tanti orientati per la natura oggettiva dell'ascrizione del fallimento si può richiamare CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 13; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. II, cit., p. 120.

⁵⁴² Cioè la celeberrima Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., punto 3 della

potendosi evincere dal contesto normativo in cui lo stesso si colloca, al pari di quanto comunemente ammesso per i delitti colposi⁵⁴³.

Nel medesimo senso, poi, deporrebbe secondo taluni la struttura del delitto di operazioni dolose, che, specie se confrontato con le altre ipotesi di bancarotta, presenterebbe tutti i requisiti della preterintenzione, vale a dire: «1) la concatenazione di due fatti lesivi omogenei in termini di offensività (l'operazione dolosa e il fallimento); 2) un crescendo di gravità lesiva tra il primo (l'operazione dolosa) e il secondo (il fallimento); 3) la volontarietà del primo fatto offensivo; 4) la derivazione causale dell'evento più grave dalla condotta dell'agente; 5) la non volontarietà del risultato conseguito (che, diversamente, configurerebbe il delitto di cagionamento doloso del fallimento)»⁵⁴⁴.

Ne viene superata, ovviamente, l'impostazione tradizionale, tanto dottrina che giurisprudenziale, per la quale era sufficiente il solo nesso di causalità materiale, o, sotto diverso angolo visuale, la coscienza e volontà dell'operazione che dia luogo alla decozione⁵⁴⁵.

Infatti, l'opinione da ultimo riportata rappresenta uno sforzo teso a recuperare un qualche legame soggettivo tra la condotta e l'evento dissesto/fallimento; poiché postula i due termini della relazione causale siano avvinti anche da un *quid* quantomeno colposo. Diversamente opinando, la norma si presterebbe a seri dubbi

motivazione in diritto. Più di recente, Sez. V, 23 settembre 2014, n. 38728, cit., concernente una fattispecie in cui l'amministratore aveva fatto contrarre all'ente un cospicuo mutuo in banca e deciso di custodire la somma mutuata nella cassaforte della sede sociale; successivamente, aveva onorato solo le prime due rate del piano di ammortamento del predetto mutuo, nonostante fosse in possesso di liquidità sufficiente a continuare i pagamenti; infine, aveva subito il furto del denaro dalla cassaforte.

⁵⁴³ Con la consueta lucidità, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 360.

⁵⁴⁴ Come acutamente osserva MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 46 – 47.

⁵⁴⁵ Cfr. Cass. Pen.: Sez. V, 17 dicembre 1997, De Bellis, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1961, n. 962; Sez. V, 16 dicembre 1966, n. 306, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 103455; Sez. I, 25 aprile 1990, De Sena, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 164, n. 145.

Nella dottrina, tra i tanti orientati per la natura oggettiva dell'ascrizione del fallimento si possono qui richiamare CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 13; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 1998, p. 135, secondo il quale, come si è visto, il nesso causale tra operazione dolosa e fallimento poteva essere presunto fino a prova contraria. Una diffusa critica è mossa a tale impostazione da PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4452 e ss..

di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale riconosciuto dall'articolo 27 della Carta fondamentale.

Insomma: consapevolezza e volontà della natura “dolosa” dell'azione, costitutiva dell'“operazione”, pure nella sua dimensione antidoverosa, a cui segue il dissesto, nei suoi lineamenti naturalistici e nel suo contrasto con i doveri propri del soggetto societario a fronte degli interessi dell'ente commerciale (per cui la consapevolezza della violazione ai doveri di vigilanza e di controllo contabile coinvolge nel reato i sindaci); non anche, invece, rappresentazione e volontà dell'evento fallimentare (nè, quindi, del pregiudizio ai creditori)⁵⁴⁶.

In aggiunta a ciò, occorre la prevedibilità dell'evento scaturito per effetto della condotta antidoverosa, non in astratto⁵⁴⁷ ma, a parere di chi scrive, alla luce di tutti gli elementi che nel caso concreto possano costituire indici della verificabilità del dissesto⁵⁴⁸ o, mutuando una terminologia invalsa con riferimento al dolo eventuale,

⁵⁴⁶ Si veda Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., punto 3 della motivazione in diritto.

⁵⁴⁷ Come si legge in Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., punto 3 della motivazione in diritto e nella massima ufficiale reperibile in *C.E.D. Cass.*, Rv. 247315: «*In tema di fallimento determinato da operazioni dolose, che si sostanzia in un'eccezionale ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale, l'onere probatorio dell'accusa si esaurisce nella dimostrazione della consapevolezza e volontà della natura “dolosa” dell'operazione alla quale segue il dissesto, nonché dell'astratta prevedibilità di tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa, non essendo necessarie, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo, la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare. (In motivazione, la S.C. ha precisato che per la configurabilità del reato è necessaria la rappresentazione dell'azione nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i doveri propri del soggetto societario a fronte degli interessi della società)*». In modo quasi pedissequo, Cass. Pen.: Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi e a., cit., punto 10.1. della motivazione in diritto; Sez. V, 23 settembre 2014, n. 38728, cit.

⁵⁴⁸ Così anche PICCARDI M., *La causazione del fallimento “per effetto di operazioni dolose”*, cit., pp. 4438 e ss., § 5, che si orienta per un coefficiente soggettivo costituito dal dolo misto a colpa in concreto e generica, fondata su regole cautelari non identificabili nella norma incriminatrice.

Diversamente da quanto ritiene l'Autrice ora citata, questa sembra l'impostazione sottesa a Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 22676, Ronci, in *Cass. Pen.*, 2009, 12, pp. 4564 ss., afferente però alla ben diversa ipotesi della responsabilità dello spacciatore ai sensi dell'articolo 586 del codice penale per morte dell'assuntore. Infatti, come si è visto, non occorre che la condotta integrante operazioni dolose sia di per sé illecita. Nello stesso senso qui proposto legge la sentenza ora richiamata PREZIOSI S., *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. Pen.*, 2011, 5, pp. 1985 e ss., § 2.B. In particolare, le Sezioni Unite chiarirono che la prevedibilità in astratto finisce con il risolversi in un'occulta

segnali d'allarme della stessa⁵⁴⁹.

Detto altrimenti, occorre compiere un giudizio prognostico di «ragionevole probabilità» di verifica dell'evento fallimento (sempre inteso in chiave sostanziale) alla stregua di un agente modello, coscienzioso ed avveduto che si trovi nella medesima situazione e nel concreto ruolo sociale dell'agente reale⁵⁵⁰, del quale possieda altresì la base nomologica.

Sotto il profilo probatorio, poi, vanno ricercati indici o segnali premonitori, da cui evincere la concretezza del pericolo per l'interesse tutelato, percepibili anche attraverso canali informativi non ufficiali o formali, alla luce del carattere aperto del dettato dell'articolo 2392 del codice civile⁵⁵¹.

È invece superfluo che il soggetto abbia accettato l'evento; anzi, potrebbe aver confidato di evitarlo, per negligenza, imprudenza, imperizia; categoria, quest'ultima, destinata a entrare in gioco, in particolare, laddove si tratti di un operatore economico professionale.

Va ricordato, al riguardo, che la migliore dottrina ha da tempo posto in luce come la preterintenzione non integri soltanto un coefficiente soggettivo di ascrizione dell'illecito penale, ma soprattutto un autonomo e peculiare modello

forma di responsabilità oggettiva, incompatibile con l'articolo 27 della Costituzione. Inoltre, MANNA A., *Bancarotta impropria societaria*, cit., p. 256; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 47, che, come nel testo, non attribuisce a tale profilo un ruolo primario, posto che se si argomentasse in tal senso si correrebbe il rischio di sovrapporre indebitamente la fattispecie in commento alla bancarotta semplice di cui all'articolo 224 n. 2, la quale è però sanzionata in modo decisamente meno gravoso.

⁵⁴⁹ Comunemente ritenuti compatibili con la responsabilità colposa, posto che si reputa che il soggetto qualificato, e in particolare l'amministratore, non potrebbe disinteressarsene e non chiedere neppure informazioni al riguardo. In termini analoghi ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, cit., pp. 619 – 622.

⁵⁵⁰ Sulla pluralità di agenti modello, tanti quanti sono i gruppi sociali e i circoli di rapporti, nella manualistica, tra gli altri, si vedano, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pp. 207 e ss.; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 555; DOLCINI G. – MARINUCCI E., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 268.

Come osserva PREZIOSI S., *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente*, cit., § 1, l'agente modello va inteso quale parametro normativo che esprime il "punto di vista dell'ordinamento"; l'Autore vi attribuisce pertanto una valenza tipizzatrice dell'illecito colposo, come limite al rischio consentito in base a un bilanciamento tra interessi contrapposti.

⁵⁵¹ Ancora una volta Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., punto 3 della motivazione in diritto.

d'illiceità, niente affatto riducibile alla semplice sommatoria di dolo e colpa, che infatti non trova riscontro algebrico neppure nei limiti edittali dell'articolo 584 del codice penale, i quali non costituiscono la somma di quelli previsti dagli articoli 581, 582 e 589 del medesimo codice⁵⁵².

Occorrerebbe, dunque, che il «fatto base (*qui l'operazione dolosa*), per le sue specifiche modalità di realizzazione, esprima anche uno straordinario e specifico rischio per l'evento più grave (in questo caso il fallimento): un rischio tipico talmente elevato da giustificare il severo trattamento sanzionatorio che la contraddistingue e che fa pendere la preterintenzione più sul versante del dolo che della colpa»⁵⁵³.

Tuttavia, il delitto in commento si distingue dal *genus* preterintenzionale, se non altro perché non ricorre la cd. doppia rilevanza della condotta dolosa di base, poiché come si è visto non occorre indefettibilmente che questa costituisca di per sé reato e, al contempo, reato di pericolo concreto rispetto all'evento più grave⁵⁵⁴.

Non a caso, è stato autorevolmente precisato che l'ipotesi in questione è soltanto strutturalmente preterintenzionale, nel senso che vi è divergenza fra voluto e realizzato⁵⁵⁵; al più, come acutamente posto in luce, le operazioni recano in sé

⁵⁵² Si veda MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 48.

⁵⁵³ Ancora MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 48.

⁵⁵⁴ Diversamente, PUNZO, citato da CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 13.

⁵⁵⁵ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 322; di recente anche PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 5. Secondo CANESTRARI S., voce *Preterintenzione*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1995, § 2, occorrerebbe peraltro anche che l'esito qualificante sia previsto come requisito costitutivo di un autonomo delitto colposo, secondo la tricotomia tipica dell'omicidio; sulla cd. "Doppelrelevanz" si veda poi il paragrafo 7.

Contra, MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., in particolare pp. 61 e ss., che sostiene la natura preterintenzionale in senso proprio del delitto *de quo* e individua, pertanto, il necessario reato-base in quello di cui agli articoli 56 e 640 del codice penale, illustrando altresì le potenzialità selettive del modello da Lui proposto. In concreto, perché occorre individuare operazioni munite di una carica di rischio di verifica del fallimento (e quindi per l'oggettività giuridica tutelata). In astratto, perché la progressione di offesa insita nella preterintenzione comporterebbe l'esclusione di tutte le condotte lesive di interessi eterogenei rispetto a quello, prettamente patrimoniale, della massa creditoria. E ciò, anche sulla scorta del parallelo con il dolo di cui all'articolo 1439 del codice civile, disposizione coeva all'articolo 223 comma 2° n. 2 L. Fall.

Questa esegesi conduce, però, quantomeno a una limitazione distonica rispetto al

un'intrinseca carica di illiceità, derivante dalla violazione dei doveri inerenti al ruolo rivestito dall'intraneo⁵⁵⁶, i quali hanno sovente una matrice precauzionale, in quanto volti a evitare il tracollo dell'impresa.

Dunque, tali precetti potrebbero consentire di ricostruire il secondo segmento della responsabilità in termini di colpa, almeno generica, sempre a condizione che l'evento sarebbe stato in concreto evitabile se il soggetto non li avesse infranti⁵⁵⁷.

§

7. Il concorso dell'*extraneus*

L'impostazione di gran lunga prevalente richiede, per configurare la responsabilità dell'*extraneus* per concorso in bancarotta, che:

- a) almeno un soggetto in possesso delle qualità richieste dalla legge fallimentare ponga in essere la condotta tipica;
- b) il contributo del concorrente estraneo espliciti efficacia eziologica rispetto al prodursi dell'evento;
- c) l'estraneo sia consapevole tanto della qualifica dell'intraneo quanto della

sistema penalfallimentare, nel quale come noto l'illiceità di molte condotte viene svelata dalla declaratoria di fallimento, anche a non trascurabile distanza cronologica da quando furono tenute. L'argomento civilistico è, poi, di discutibile pertinenza, se si assume, secondo l'opinione maggioritaria tanto in dottrina che in giurisprudenza, che l'articolo 1439 sia il *pendant* civilistico della fattispecie di truffa; non a caso, legittimato a richiedere l'annullamento del contratto, è solo chi abbia patito l'inganno e ne sia parte, mentre il rimedio approntato dall'ordinamento a fronte delle operazioni truffaldine cui fa riferimento l'Autore parrebbe la revocatoria fallimentare, di cui agli articoli 65 e ss. L. Fall.

⁵⁵⁶ V. SANDRELLI G., *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., p. 59; DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 259. Per PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. - Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 327, «solo l'ancoramento a una patologia di infedeltà può conservare all'incriminazione una plausibile ratio, un fondo di omogeneità con la bancarotta patrimoniale, evitando che il suo perimetro si dissolva nell'indeterminato»; come si è visto, MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 62 – 63, vi ravvisa invece una «truffa ai creditori celata dallo schermo societario e degenerata preterintenzionalmente in fallimento».

⁵⁵⁷ Similmente a quanto fa PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 5.

Un utile compendio dell'esigenza di recupero della dimensione soggettiva della colpa si trova, da ultimo e senza citare la manualistica, in MANTOVANI F., *Il principio di soggettività*, cit., pp. 778 – 780.

lesione agli interessi dei creditori dell'impresa⁵⁵⁸;

d) l'identità di elemento psichico tra i concorrenti, posto che altrimenti vi sarebbe concorso di condotte indipendenti⁵⁵⁹.

Detti assunti saranno ora considerati partitamente, per saggiarne l'attendibilità.

7.1. Il profilo obiettivo

7.1.1. Il principio di tipicità e il contributo eziologico

Come si è anticipato, le disposizioni in materia di concorso di persone, per la preferibile teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, interagiscono con le singole previsioni incriminatrici in modo tale da conferire rilevanza ad un unico criterio selettivo della penale rilevanza dell'apporto partecipativo atipico, quello ezio-crono-logico.

Al riguardo, va qui rammentato che il diritto vivente *«accoglie la concezione condizionalistica della causalità, cui è strettamente legato il giudizio logico controfattuale, necessario per riscontrare l'effettivo rilievo condizionale del fattore considerato: se dalla somma degli antecedenti si elimina con il pensiero la condotta umana ed emerge che l'evento si sarebbe verificato comunque, allora essa non è condizione necessaria»*⁵⁶⁰, e viceversa.

Operazione logica, questa, più semplice per i reati commissivi, ove l'azione umana è un dato della realtà empirica che da essa va sottratto; in quelli omissivi, invece, la condotta doverosa va ipotizzata come tenuta, in contrasto con quanto effettivamente avvenuto, il che comporta maggiori margini di incertezza. Anche se

⁵⁵⁸ Cfr. COCCO G., *Disposizioni Penali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., pp. 1143 e ss.; AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., p. 279; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 21; ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 38.

Sulla necessità che l'autoria del fatto di reato nel reato proprio spetti al soggetto qualificato e non possa quindi trasferirsi ad altri si veda anche MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 405.

⁵⁵⁹ V. DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 191.

Nella giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. V, 19 marzo 1999, n. 6470, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 213811, che ha statuito che nel caso in cui la "distrazione" venga realizzata mediante l'azione "combinata" di più soggetti, la consapevolezza del partecipe "extraneus" deve abbracciare le varie condotte ed i reciproci loro nessi protesi al raggiungimento dell'evento conclusivo.

⁵⁶⁰ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 9 della motivazione in diritto.

«lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del condizionale controfattuale»⁵⁶¹.

Questi principi possono traspirare nell'ambito della responsabilità concorsuale, con la precisazione che, qualora il reato monosoggettivo richieda il verificarsi di un evento, anch'esso dovrà conseguire al contributo del compartecipe.

Come reiteratamente messo in luce, nel settore economico, oggetto di una scienza per così dire 'umana', sono fisiologicamente assenti leggi di tipo statistico-probabilistico; di conseguenza, la spiegazione dell'efficacia causale dei vari fattori riposa essenzialmente su generalizzazioni empiriche di senso comune, da sottoporre ad uno scrupoloso vaglio di affidabilità, guidato da una *«copiosa caratterizzazione del fatto storico (...) banco di prova critica intorno all'ipotesi esplicativa»⁵⁶².*

Applicando tali direttive alle fattispecie oggetto di disamina, va subito rilevato come il contributo dell'*extraneus* debba, per l'opinione prevalente, estrinsecarsi necessariamente in forma attiva⁵⁶³, essenzialmente per la mancanza di una posizione di garanzia e del connesso obbligo impeditivo in capo ad esso.

Sotto il profilo probatorio, occorrerà ricercare reperti fattuali che consentano di corroborare l'ipotesi causale oltre ogni ragionevole dubbio e, dunque, confrontarsi con le ricostruzioni alternative in grado di falsificarla; si noti, cioè, che *«la congruenza di un'ipotesi non discende dalla sua correttezza formale o dalla corretta applicazione di schemi inferenziali di tipo deduttivo, bensì dall'aderenza ai fatti espressi da una situazione data»⁵⁶⁴.*

Il descritto coefficiente soggettivo sottostante alla fattispecie di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 secondo inciso L. Fall. impone inoltre di appurare la sussistenza della cd. causalità della colpa, nel senso che l'evento dissesto deve concretizzare il

⁵⁶¹ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 9.1. della motivazione in diritto.

⁵⁶² Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 9.2. della motivazione in diritto.

⁵⁶³ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 28 novembre 2012, n. 7556, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254653, in relazione al concorso dell'amministratore di società diversa da quella fallita, come tale non gravato da obblighi impeditivi nascenti dal combinato disposto degli articoli 40 capoverso del codice penale e 2392 del codice civile.

⁵⁶⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 9 della motivazione in diritto, *passim*.

rischio che le regole cautelari di matrice extrapenale erano tese a neutralizzare.

Con la precisazione che simile verifica differisce e segue a quella pertinente all'accertamento del nesso causale, in quanto è sufficiente che la condotta doverosa abbia apprezzabili probabilità di successo nell'evitare il prodursi dell'evento⁵⁶⁵ dissesto.

Altro è individuare il comportamento cd. alternativo lecito, che a parere di chi scrive per l'*extraneus* consiste nell'astenersi dall'avere rapporti commerciali con un'impresa che potrebbe verosimilmente trovarsi sulla soglia dell'insolvenza o i cui amministratori/direttori generali/sindaci/liquidatori tengano condotte con le quali abusino dei loro poteri o violino i doveri che dovrebbero rispettare in ragione del ruolo ricoperto in seno alla compagine societaria o addirittura tali da integrare uno dei reati elencati dall'articolo 223 comma 2° n. 1 L. Fall.

Sotto tale profilo, va considerata la previsione di cui all'articolo 217-bis, introdotto dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito con modificazioni nella L. 30 luglio 2010, n. 122) nel corpo del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, che condivisibilmente è stata inquadrata come causa di delimitazione del tipo, a fronte dall'atecnicità del termine "esenzione" scelto dal legislatore⁵⁶⁶.

Non può certo reputarsi casuale, invero, la selezione dei fatti di reato operata dal legislatore, limitata a quelli previsti dai precedenti articoli 216 comma 3° e 217 e, indirettamente, dall'articolo 223 comma 1° L. Fall.

È agevole constatare che tutte le fattispecie che restano al di fuori del salvacondotto riconosciuto dalla disposizione in questione, e in particolare quelle contemplate dal comma 2° dell'articolo 223, sono, come si è visto, connotate da una connaturata contrarietà agli interessi societari e dei creditori dell'impresa, per cui non si vede come potrebbero coincidere con una condotta realmente finalizzata al recupero su base negoziale della floridità economico finanziaria della società.

Il che consente, argomentando *a contrario* dal *novum* legislativo, di riaffermare la

⁵⁶⁵ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 26 della motivazione in diritto

⁵⁶⁶ V. DE MARTINO E., in in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 212; MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 12, pp. 1475 e ss.

possibile rilevanza penale anche di operazioni apparentemente o asseritamente volte al risanamento dell'azienda, poste in essere da soggetti terzi con la fattiva collaborazione degli intranei al di fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore.

In altre parole, la disposizione in commento sembrerebbe configurare un vero e proprio dovere, per gli operatori del mercato o più in generale per chi intrattenga rapporti commerciali con un'azienda che sappia essere in crisi, di adire le vie negoziali di soluzione della stessa per andare esenti da responsabilità penali per concorso in bancarotta impropria prefallimentare.

Per quanto esposto in precedenza, non occorre una conoscenza piena dell'insolvenza della controparte, ma una rappresentazione della stessa quale presupposto del reato a livello di dolo eventuale.

I referenti normativi da cui l'*extraneus* può e deve evincere gli obblighi che le sue controparti sono tenute ad osservare si rinvergono, oltre che nelle disposizioni penali, nella disciplina commerciale. Su tutti, spicca per rilevanza pratica l'articolo 2392 del codice civile, che, si noti, è formulato in modo talmente aperto da porre seri dubbi di coerenza con il principio di determinatezza vigente in ambito penale.

Si pensi, in particolare, alla pacifica contrarietà a tali obblighi delle scelte economiche compiute dagli amministratori in conflitto di interessi, che apre il campo a un sindacato esteso al merito della gestione in sede giudiziale⁵⁶⁷, ma, ancor prima, che deve allertare il terzo a fronte di gran parte delle operazioni infragruppo.

7.1.2. Rispetto ai reati propri

Alla luce di quanto esposto nel primo capitolo del presente scritto, non persuade l'enunciata necessità che la condotta tipica sia posta in essere in prima persona dal soggetto qualificato, trattandosi di un requisito non indispensabile in linea generale ai fini del concorso eventuale dell'*extraneus* e non indefettibilmente richiesto da tutte le fattispecie di cui si discute, reati proprio ma non di mano

⁵⁶⁷ Anche in sede civile attraverso lo strumento di cui all'articolo 2409 del codice civile; cfr., *ex plurimis*, Tribunale Parma, decr. 28 marzo 2013, in *Giur. Comm.*, 2014, 1, II, p. 95 (solo massima); Corte d'Appello Brescia, decr. 8 febbraio 2001, in *Foro It.*, I, c. 3383.

propria⁵⁶⁸.

Con maggiore impegno esplicativo, risulta in effetti assai arduo concepire che la condotta tipica sia in concreto realizzata da un soggetto non qualificato in relazione alla previsione incriminatrice di cui all'articolo 223 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Ciò perché i singoli delitti societari 'a monte' sono a loro volta reati propri e, per di più, si tratta di fattispecie tratteggiate con tale dovizia (se non sovrabbondanza) di elementi costitutivi connaturati all'essenza dell'organismo societario e al riparto di compiti e ruoli amministrativi od organizzativi interno allo stesso che difficilmente la condotta tipica potrà essere concretizzata da chi non appartenga, almeno di fatto, alla società stessa.

Inoltre, sotto il profilo dogmatico la consacrazione normativa nell'articolo 2639 del codice civile della teoria funzionalistica riduce di per sé l'ambito dei soggetti che potrebbero correttamente essere qualificati come estranei rispetto a tali delitti.

Tuttavia, non si tratta di limiti strutturali che precludono già in astratto la realizzabilità da parte di un soggetto non qualificato (se non proprio del tutto terzo rispetto all'impresa) delle fattispecie in questione; lo stesso vale per le ipotesi classiche di bancarotta fraudolenta. Si pensi, a titolo esemplificativo, al dipendente che, eseguendo ordini del *dominus* aziendale dichiarare passività inesistenti o sottrarre attrezzature produttive celandole in un luogo da quello indicatogli, ponendo così materialmente in essere la condotta tipica.

La conclusione ora esposta non è inficiata dall'osservazione per cui «*il nucleo di disvalore peculiare di ogni specifica incriminazione sta nella condotta del soggetto qualificato in quanto violatrice di quell'obbligo di tutela che alla qualifica è connesso; in questo senso il ruolo dell'intraneo non può, come invece talora sembra risultare in una prospettiva di tipo eziologico, essere ricoperto da nessun altro dei partecipi privi di quella qualifica ed è, perché così vuole la norma incriminatrice, preminente ed esclusivo e cioè non sostenibile da altri, sia nelle componenti*

⁵⁶⁸ V., in particolare, PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., pp. 62 – 64.

oggettive che in quelle soggettive»⁵⁶⁹.

A ben vedere, infatti, l'estrinsecazione del disvalore in questione può avere luogo attraverso un contributo meramente agevolatore da parte dell'intraneo che, ad esempio, conferisca una delega di firma su un conto corrente aziendale a un consulente esterno e non sorvegli sull'utilizzo che quest'ultimo ne faccia, in concreto risoltosi in distrazioni ai danni dell'impresa; oppure conferisca un incarico a un professionista che realizzi un trasferimento di beni ad altra società, così sottraendoli ai creditori del fallendo⁵⁷⁰.

Ne consegue che ciò in cui veramente si estrinseca la violazione dell'obbligo di tutela connesso alla qualifica è l'esercizio della stessa in senso contrario a tale dovere, che può compiersi anche attraverso un apporto che, soltanto se combinato con quello dell'*extraneus*, finisce con l'integrare il fatto tipico.

In ambito societario non desta, di primo acchito, maggiori perplessità la posizione dei sindaci (che certo meriterebbe di essere scandagliata più in profondità), posto che, come più volte ripetuto, il contributo di questi ultimi su un piano empirico si atteggia tendenzialmente ad omissione del controllo dovuto, il cui oggetto come delineato dall'articolo 2403 del codice civile è di latitudine tale da

⁵⁶⁹ Queste le parole di CHIARAVIGLIO P., *Il concorso di persone nei reati di impresa*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2010, pp. 649 e ss., § 1.e.

⁵⁷⁰ Il caso del commercialista è oggetto di Cass. Pen., Sez. V, 3 febbraio 2010, n. 19545, in *Dir. & Giust.*, 2010, che ritenne il professionista responsabile di bancarotta per occultamento dei beni societari mediante contratti simulati, con un «ruolo di "guida tecnica" svolto (...) nell'ambito della sistematica attività distrattiva compiuta dalla Società prossima al fallimento, sia in virtù della piena consapevolezza dell'imputato circa l'ideazione e programmazione criminosa (ammessa dall'imputato medesimo), sia in considerazione dei trasferimenti spoliativi dei beni appartenenti alla società effettuati dallo stesso».

Nella giurisprudenza di merito, Tribunale Milano, Sez. I, 30 settembre 2010, *Foro Ambr.*, 2010, 4, p. 466, ha ravvisato il concorso in bancarotta del consulente non limitatosi ad essere mero esecutore fiduciario di disposizioni impartitegli dai fiducianti, ma che rivestì un ruolo propositivo e decisionale rispetto all'attività della società fallita e i cui comportamenti ebbero rilevanza causale decisiva nella realizzazione degli obiettivi delittuosi riconducibili ai due fiducianti. Ciò perché, secondo quel giudice, un professionista non può proteggere dietro lo schermo dell'adempimento di un rapporto contrattuale lecito le condotte delittuose realizzate in esecuzione dello stesso mandato. La medesima pronuncia precisa poi che a seconda delle specificità del caso concreto si potrebbe ravvisare nel professionista un vero e proprio amministratore di fatto, purché sussistano i presupposti dettati dall'articolo 2639 del codice civile. In senso conforme, Tribunale Milano, 6 luglio 2010, in www.penalecontemporaneo.it, 6 luglio 2010.

comprendere anche situazioni come quella appena ipotizzata⁵⁷¹.

Infatti, ai sindaci demandato un controllo di legittimità sostanziale, che, ferma restando (appunto) l'insindacabilità delle scelte di gestione sotto i profili dell'opportunità e convenienza, impone loro di verificare che gli amministratori, direttamente o con terzi, non compiano atti imprudenti, estranei all'oggetto sociale, in conflitto di interessi⁵⁷².

Le argomentazioni sinora utilizzate sembrano spendibili *a fortiori* con riferimento alle fattispecie a forma libera cagionanti o aggravanti il dissesto, contemplate dal comma 2° dell'articolo 223 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, per loro natura plasmabili sulle peculiarità che nel caso concreto hanno esplicato la necessaria efficacia eziologica rispetto all'evento tipico, il dissesto⁵⁷³.

Quanto al cagionamento doloso, appare condivisibile l'opinione di chi reputa ad esempio configurabile un concorso morale in capo al titolare di un'impresa che istighi una società "cartiera" ad acquistare beni nell'ambito di una frode I.V.A. comunitaria, per poi ricomprarli a un prezzo fuori mercato⁵⁷⁴.

Al riguardo va, però, osservato che, se la società cartiera viene costituita *ad hoc* e ne viene posto a capo un mero prestanome dell'utilizzatore finale, quest'ultimo potrebbe rivestire in seno alla prima un ruolo di fatto determinante ai sensi dell'articolo 2639 del codice civile, il che ci condurrebbe al di fuori dell'alveo di indagine esplorato in queste pagine, posto che il mandante andrebbe più correttamente qualificato come intraneo.

Altrimenti, laddove la cartiera non fosse stata deliberatamente destinata sin dalla sua origine o da un certo momento della sua esistenza al fallimento e le due

⁵⁷¹ Nella giurisprudenza di merito, in tal senso Ufficio Indagini Preliminari Tribunale Milano, 22 dicembre 2008, in *Riv. Dott. Comm.*, 2009, 1, p. 155 (solo massima).

Si noti che i doveri e i poteri degli organi di controllo delle società quotate sono invece dettati dagli articoli da 148 a 154 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

⁵⁷² V. DE MARTINO E., in in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 200.

⁵⁷³ Come fa Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit., con riferimento a un'ipotesi di inerzia dei sindaci nel verificare la cassa societaria, nonostante la notizia di un'ispezione da parte dell'I.S.V.A.P. e segnalazioni di ammanchi nelle riserve tecniche.

⁵⁷⁴ Cfr. DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 221 - 225, in particolare sub nota 10 per lo schema della frode I.V.A. comunitaria.

entità si spartissero il risparmio di imposta, la condotta sarebbe da qualificarsi come bancarotta fraudolenta per distrazione⁵⁷⁵.

A conclusioni analoghe a quelle esposte si può pervenire, poi, quanto alle operazioni dolose, a meno che non si accolga l'impostazione per la quale il principio di legalità preclude la configurabilità stessa del concorso di persone in delitti preterintenzionali, che muove dalla mancanza di una disposizione estensiva che consenta di soddisfare il requisito dell'espressa previsione di legge, imposta dall'articolo 42 comma 2° del codice penale⁵⁷⁶.

A ben vedere, però, è superfluo confutare in questa sede l'assunto appena esposto, poiché, come si è visto, le operazioni dolose in materia penalfallimentare non possono considerarsi delitto preterintenzionale in senso proprio⁵⁷⁷.

Sennonché, secondo taluni le operazioni dolose, diversamente dalla bancarotta individuale e dalle altre ipotesi societarie, postulerebbero un'azione di mano propria, poiché, come si è visto, richiedono un abuso, un'infedeltà delle funzioni o una violazione dei doveri connessi alla titolarità dei poteri sociali. In altri termini, l'illiceità della condotta sarebbe direttamente connessa all'esercizio dei poteri inerenti alla qualifica rivestita e non già ad una situazione di fatto generativa di un obbligo particolare in capo al titolare⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ V. DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 222; a parere di chi scrive, però, il vincolo finalistico al fallimento rende l'ipotesi incompatibile con la fattispecie di operazioni dolose e meglio riconducibile al cagionamento doloso.

⁵⁷⁶ V. MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 50.

⁵⁷⁷ Anche se, a voler accogliere la tesi della natura preterintenzionale in senso proprio delle operazioni dolose, dal momento che detto coefficiente soggettivo si compone di dolo e colpa, gli articoli 110 e 113 del codice penale sembrano fornire adeguata copertura legislativa all'ascrizione del reato in questione sotto il profilo soggettivo anche ai compartecipi eventuali, ciascuno per il segmento di competenza (condotta base – evento ulteriore non voluto).

⁵⁷⁸ V. MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 52 – 53, il quale cita un peculiare caso giurisprudenziale (Giudice per le Indagini Preliminari Tribunale Milano, 22 dicembre 2008, cit.), in cui il fallimento della controllata derivò da un aumento del capitale sociale mediante conferimento, da parte della società cd. controllante, di un ramo d'azienda già in difficoltà. Secondo l'Autore, il fatto che la delibera di aumento del capitale spetti per legge all'assemblea dovrebbe indurre a escludere la responsabilità dell'amministratore o dei sindaci.

Sennonché, così ragionando si pretermettono *in toto* gli obblighi impeditivi che possono

Ebbene, anche questa esegesi non convince, poiché pare fondata su un appiattimento della sempre cangiante realtà empirica sulla disciplina di diritto commerciale e per di più contrasta con l'esplicita scelta del legislatore di costruire un reato a forma libera.

Con maggiore impegno esplicativo, si intende dire che l'abuso di poteri inerenti alla qualifica può estrinsecarsi anche attraverso atti di altri organismi societari, od omissioni non impeditive (basti richiamare, sul punto, l'articolo 2392 comma 2° del codice civile), o che anche solo parte del procedimento complesso in cui consiste il delitto *de quo* sotto il profilo oggettivo potrebbe venire materialmente posto in essere da un terzo esterno all'impresa.

Unica condizione indefettibile, cioè, è che la condotta cagioni il fallimento e che l'intraneo vi apporti un contributo, persino se circoscritto alla propria qualifica; in altre parole, va ribadito che le operazioni dolose, al pari degli altri fatti di bancarotta, integrano senz'altro un reato proprio, ma non anche di mano propria.

Si può pensare, a titolo esemplificativo, a un dirigente delegato alla conclusione di contratti che stipuli una convenzione concernente una complessa operazione, celante nella sostanza un finanziamento, la quale conduca la società all'insolvenza o ne aggravi in modo apprezzabile le già compromesse condizioni economico finanziarie. Non appare revocabile in dubbio, allora, l'efficienza causale della sottoscrizione del legale rappresentante (magari solo *ad acta*) della controparte o, vieppiù, l'esecuzione degli accordi, verosimilmente demandati ad altri soggetti, con posizioni non apicali.

Fermo restando, in ogni caso, che il concorso dell'*extraneus* non deve divenire un artificio per evitare le difficoltà probatorie connesse all'accertamento del ruolo di amministratore occulto o di gestore di fatto dell'impresa, che, come già detto ripetutamente, è agli effetti che ci interessano un intraneo, se ricorrono i presupposti dettati dall'articolo 2639 del codice civile.

fondare una responsabilità ai sensi dell'articolo 40 capoverso del codice penale (si pensi, tra l'altro, al chiaro dettato dell'articolo 2392 comma 2° del codice civile).

Si vedano anche PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., pp. 249 e ss.; CHIARAVIGLIO P., *Il concorso di persone nei reati di impresa*, cit., pp. 649 e ss.

7.1.3. Rispetto ai reati di pericolo concreto

Altra peculiarità delle fattispecie di bancarotta impropria, che si riflette sulle dinamiche del concorso eventuale di persone nelle stesse, secondo la tesi qui sostenuta, è la natura di reato di pericolo, dovendo la condotta realizzata dall'imputato produrre o aggravare l'insolvenza, di per sé non foriera di lesione per il patrimonio di alcuno dei singoli creditori.

Il che, si noti incidentalmente, appare decisamente affine alla «*diminuzione della consistenza patrimoniale idonea a danneggiare le aspettative dei creditori*», nella quale alcune pronunce della Suprema Corte individuano il fulcro dell'offesa della bancarotta impropria fraudolenta, esigendo pertanto che il contributo dell'*extraneus* espliciti efficacia eziologica rispetto alla stessa⁵⁷⁹.

Quanto alla bancarotta da reato societario, la questione si risolverà essenzialmente nell'accertamento nel caso concreto del nesso causale, tenuto conto tra l'altro che si tratta di condotte, come si è sommariamente visto, non solo vincolate, ma non strutturalmente proiettate verso il dissesto; nel senso che quand'anche esse contemplino un evento, è diverso dal fallimento.

Ciò è destinato a complicare il già complesso *iter* logico-probatorio in materia, sebbene la maggiore omogeneità sul piano dell'offesa raggiunta con la riforma del 2002 abbia in parte attenuato le difficoltà, che non si pongono sotto questo versante quanto al cagionamento doloso, che, giova ripetere, è strutturato su una condotta del tutto libera.

Con precipuo riferimento, poi, alle operazioni dolose, l'enunciata struttura preterintenzionale comporta che, sotto il profilo obiettivo, già la condotta-base secondo taluni deve generare un concreto pericolo per il bene giuridico tutelato, nel senso che il criterio di ascrizione si articolerebbe in tre passaggi: sul piano obbiettivo, il rapporto di causalità e il nesso di rischio; su quello subiettivo, il

⁵⁷⁹ V. Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, cit., punto 2 della motivazione in diritto, che di conseguenza esclude che il reato possa essere integrato dalla azione «*distruttiva*» che cade sugli utili prodotti dalla società, poiché «*il profitto generato dalla gestione, ove non reinvestito, appartiene ai soci e non ai creditori*».

giudizio di prevedibilità ed evitabilità in concreto del dissesto⁵⁸⁰.

Con maggiore impegno esplicativo, la tesi in commento esige che l'evento/fallimento costituisca «*proiezione*» e «*attualizzazione*» del danno insito nel fatto doloso di base, al fine di arginare anche sotto il profilo cronologico l'area del penalmente rilevante⁵⁸¹.

Ebbene, posto che per le considerazioni già espresse il dissesto è evento di pericolo, è a parere di chi scrive corretto affermare che lo stesso concretizza un rischio già insito nella condotta che lo causò; ciò, però, non nel senso che si può abdicare dall'accertamento del nesso causale tra l'operazione dolosa e il fallimento, ma come precipitato della causalità della colpa in concreto che sorregge sotto il profilo soggettivo il secondo segmento della fattispecie.

In altre parole, va ribadito che l'evento dissesto deve concretizzare il rischio che la regola cautelare insita nei doveri posti in capo al soggetto qualificato dai precetti civilistici o statutari di riferimento mirava ad evitare; e ciò, tanto per l'intraneo che per il concorrente estraneo.

Da quanto sinora esposto emerge come la combinazione tra le disposizioni in materia di concorso di persone nel reato e quelle di bancarotta impropria generi notevoli potenzialità espansive dell'area del penalmente rilevante, e ciò ancor di più

⁵⁸⁰ Similmente, PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., in particolare § 5; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 70.

⁵⁸¹ Diffusamente MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 74 - 78, il quale in particolare sostiene che il «*fallimento da sanzione*» resti legato in termini condizionalistici alla condotta base sanzionata, ma esprimerebbe «*un allgemeines Lebensrisiko (sub specie di Sanktionensrisiko) in presenza del quale l'evento non è correttamente imputabile all'agente senza scadere in una forma di responsabilità oggettiva*». Impostazione, questa, criticabile, se non altro perché la condotta base potrebbe essere stata tenuta in un contesto tale da consentire in concreto la previsione dell'evento fallimento. Invero, proprio la prevedibilità assolve a un ruolo limitativo della penale rilevanza delle operazioni dolose, come nota MANNA A., *Bancarotta impropria societaria (fraudolenta e semplice) tra recenti interventi legislativi e questioni di costituzionalità ancora aperte*, in Chia-Piccininni- Severini (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. VI, *I reati nelle procedure concorsuali*, Milano, 2012, p. 256. Problema avvertito anche da PISANI N., *Attualità dell'offesa e «zona dir rischio penale» nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in (a cura di) Pisani N., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 3 e ss.

Più in generale, CANESTRARI S., voce *Preterintenzione*, in *Dig. Disc. Pen.*, cit., paragrafo 5, nota 57 per la dottrina tedesca.

per le fattispecie causalmente orientate.

Pare, allora, evidente come la minaccia della sanzione penale, per quanto resa aleatoria dal concreto atteggiarsi del fare Giustizia nel nostro Paese, possa intimorire gli operatori di mercato che potrebbero interagire con una società in condizioni non floride e competitive, magari nutrendo un interesse economico e imprenditoriale a imbastire operazioni di salvataggio⁵⁸².

In altri termini, le situazioni più delicate sono quelle di imprese con un quadro finanziario o patrimoniale gravemente compromesso, vuoi per fattori strutturali vuoi perché ormai lungo latente, che tuttavia, per le loro intrinseche capacità produttive o per il posizionamento di mercato potrebbero allettare un istituto di credito a erogare un finanziamento o, comunque, a foraggiarle con fondi iniettati nelle esangui casse societarie, mediante modalità più o meno complesse (ad esempio organizzando emissioni obbligazionarie, aumenti di capitale e acquisto di partecipazioni di minoranza)⁵⁸³.

Chi, infatti, si interfacci con una società in simili condizioni, magari addirittura istigandola a porre in essere condotte in grado di prolungarne l'esistenza senza arrestarne le perdite, fornirà un contributo eziologicamente rilevante al dissesto, posto che quest'ultimo uscirà peggiorato da tale ulteriore lasso di sopravvivenza.

7.2. Il profilo subiettivo: la *vis expansiva* del dolo eventuale e il catalogo Thyssenkrupp

L'eterogeneità, già tratteggiata, delle differenti ipotesi di bancarotta impropria si riverbera, ineluttabilmente, sul coefficiente soggettivo concorsuale, nel cui fuoco devono entrare gli elementi del fatto tipico di base, che deve essere anch'esso voluto dal compartecipe⁵⁸⁴.

⁵⁸² Cfr. DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 208 – 209, dal quale si deve dissentire laddove ravvisa una connotazione etica in simili interventi, dettati viceversa dal fine primario dell'impresa capitalistica: il profitto.

⁵⁸³ Ancora DE MARTINO E., op. ult. cit., pp. 204, 209.

⁵⁸⁴ Sull'identità dell'elemento soggettivo della fattispecie plurisoggettiva eventuale rispetto a quella monosoggettiva si vedano PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 35; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub pre art. 110, art. 110 c.p.*, cit., pp. 192 – 194; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 532 e ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*,

Ne consegue che, sotto il profilo logico (prima) e probatorio (poi), ogni singola operazione va isolata e contestualizzata e ne va vagliata l'incidenza economica secondo i parametri aziendalistici di cui l'imprenditore poteva disporre all'epoca in cui la pose in essere, per appurare se, sotto il profilo soggettivo, potesse rendersi conto del rischio di fallimento.

Un'analisi, questa, che, si è osservato, risulta particolarmente disagiata da effettuare nel diritto penale dell'economia e ancor più nel contesto fallimentare, *«fatalmente condizionato dalla comprensibile tendenza a rileggere tutte le dinamiche dell'impresa nell'ottica dell'epilogo infausto»*⁵⁸⁵.

Tale valutazione dovrà, poi, essere estesa al concorrente estraneo, che, però, in linea di massima dovrebbe possedere minori informazioni rispetto all'imprenditore, proprio perché esterno alla società; al riguardo, la Corte di Cassazione ha avuto modo di enucleare taluni principi in punto di elemento soggettivo, per la verità con accenti non sempre coerenti e forieri di un certo disorientamento.

Le locuzioni utilizzate dalle non rare pronunce, infatti, appaiono in parte evanescenti sotto il profilo lessicale e, per di più, evocative di categorie dogmatiche differenti, che conducono l'interprete lungo i gradini della scala del dolo, talvolta arrestandosi a quello eventuale e talaltra spingendosi sino a quello specifico.

Ebbene, la già richiamata disomogeneità dei delitti di bancarotta impropria impone innanzitutto di evitare di generalizzare i principi posti dalla giurisprudenza di legittimità in modo acritico, in primo luogo circoscrivendo il campo alle sole sentenze intervenute in materia di bancarotta impropria e, ancor più in particolare, ai precedenti che hanno ravvisato la responsabilità dei percettori di somme da parte di un imprenditore successivamente incorso nella declaratoria di fallimento.

Va, peraltro, notato che i casi in questione possono reputarsi solo in parte pertinenti alla disamina qui condotta, poiché sempre afferenti all'ipotesi delittuosa di bancarotta fraudolenta per distrazione, sanzionata dal combinato disposto degli articoli 216 e 223 comma 1° L. Fall.

cit., p. 469 .

⁵⁸⁵ V. PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi dal fallito*, cit., p. 16; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 63.

Sul punto, non vi è dubbio che in presenza di un previo accordo è agevole ravvisare una responsabilità concorsuale: in bancarotta per distrazione laddove il denaro venga consegnato nell'ottica di una futura restituzione al soggetto qualificato ed a discapito del ceto creditorio, oppure in operazioni dolose qualora l'erogazione avvenga nell'ambito di una più complessa manovra, magari tale da apparire in astratto atta a giustificarla dal punto di vista del razionale economico e della causa civilistica.

In assenza di concerto, viceversa, una volta accertata la rilevanza causale del comportamento tenuto rispetto al dissesto, diventerà cruciale appurare la consapevolezza e la volontà unilaterale in capo al terzo di concorrere con l'intraneo nel delitto base.

Il che, a livello probatorio, non può che avvenire per il tramite di indici tratti dal contesto di fatto (è caso di scuola quello della confessione o dello scritto conclamante la *scientia criminis*).

Ebbene, in almeno una pronuncia la Suprema Corte ha statuito che l'*extraneus* deve nutrire un dolo generico, nel senso che egli deve volere la ricezione della somma ed essere consapevole che ciò è idoneo a recare danno ai creditori, grazie alla conoscenza, da parte dell'agente, dello stato di decozione della società⁵⁸⁶.

Dalla motivazione della sentenza si evince, peraltro, che colui che ricevette regalie per importi non indifferenti dall'imprenditore era ben conscio dell'insolvenza di quest'ultimo, essendosi più volte attivato al fine di porvi rimedio, tra l'altro con quotidiane triangolazioni di assegni e coperture di assegni fittizi.

Una simile ingerenza nella gestione dell'impresa, a parere di chi scrive, era a tal punto approfondita da rendere più corretta forse l'attribuzione anche a costui dello *status* di amministratore di fatto o, comunque, di intraneo; in ogni caso, poi, la categoria di dolo evocata è senz'altro compatibile con quello eventuale, proiettato, si noti, sul presupposto di uno stato di dissesto già in atto e aggravato dal contributo apprestato.

Per una più recente pronuncia, poi, occorre che il terzo concorrente abbia

⁵⁸⁶ V. Cass. Pen., Sez. V, 22 aprile 2004, n. 23675, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 228905.

operato con la consapevolezza e la volontà di aiutare l'imprenditore in dissesto a frustrare gli adempimenti predisposti dalla legge a tutela dei creditori dell'impresa⁵⁸⁷.

Al riguardo, va osservato che l'abbandono dell'indice probatorio costituito dalla consapevolezza dello stato di decozione risulta più apparente che reale, dato che nel caso di specie il concorrente era socio occulto di una società in accomandita semplice e poteva qualificarsi 'estraneo' soltanto in mancanza di una sentenza del Tribunale civile di estensione del fallimento, ai sensi dell'articolo 147 comma 4° del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

In altri termini, già in astratto pareva difficile porre la questione della conoscenza da parte dell'imputato, di fatto intraneo, della situazione societaria (che a dire il vero non risulta neppure tra i motivi di ricorso, i quale necessariamente perimetrano la decisione della Suprema Corte).

Altrove si legge, con precipuo riguardo alla condotta del consulente libero professionista (commercialista), che *«sulla base dei principi che regolano il concorso di persona nel reato (e dunque anche nel reato proprio), non è dubbio che in materia di reati fallimentari, nell'ipotesi di fatti di bancarotta fraudolenta per distrazione, e con riferimento alla partecipazione dell'extraneus in reato proprio dell'amministratore di società, deve ritenersi che il soggetto esterno alla struttura sociale può concorrere nel reato proprio, mediante condotta agevolativa di quella dell'intraneus, nella consapevolezza della funzione di supporto alla distrazione, intesa quest'ultima come sottrazione dal patrimonio sociale e suo depauperamento ai danni della classe creditoria, in caso di fallimento. Nel caso in cui la distrazione venga realizzata mediante l'azione "combinata" di più soggetti, la consapevolezza del partecipe extraneus deve abbracciare le varie condotte ed i reciproci loro nessi, protesi al raggiungimento dell'evento conclusivo»*⁵⁸⁸.

Anche questa decisione, peraltro, concerne un caso in cui l'estraneo era a dire il vero profondamente compenetrato nelle scelte distrattive, se non anche vero artefice delle concrete modalità realizzative delle stesse, come tale indubbiamente

⁵⁸⁷ V. Cass. Pen., Sez. V, 26 aprile 2011, n. 27367, in C.E.D. Cass., Rv. 250409.

⁵⁸⁸ V. Cass. Pen., Sez. V, 15 febbraio 2008, n. 10742, in C.E.D. Cass., Rv. 239480, in motivazione. I

concorrente sia sotto il profilo eziologico che sotto quello soggettivo.

Ben più approfondita risulta l'argomentazione giuridica a sostegno di altra, celebre, decisione, che distingue con cura la posizione dell'imprenditore da quella dell'*extraneus* in relazione al momento probatorio. Per il primo, secondo la Suprema Corte, «è del tutto logico supporre la conoscenza della consistenza del proprio patrimonio, dunque anche dei meccanismi produttivi di profitto, dei possibili benefici che l'impiego di denaro può procurare alle sorti dell'impresa, nonché del limite oltre il quale l'uscita di ricchezza rappresenta un serio rischio di insolvenza»⁵⁸⁹, sufficiente ai fini del necessario dolo generico.

Il secondo, invece, «non disponendo di una completa valutazione di questo compendio informativo, non necessariamente ricava dal dato di uscita del denaro un giudizio di concreto e serio repentaglio agli interessi creditorî, tanto più se il versamento è finalizzato ad un (fondatamente) sperato e perseguito incremento della produttività e di profitto (esito che, se raggiunto, elide il danno da reato). Dunque, per la corretta valutazione della posizione dell'*extraneus*, il giudice deve giovare di una rigorosa dimostrazione del sufficiente contenuto rappresentativo dell'elemento psicologico, focalizzato sul concreto rischio di insolvenza, anche se non qualificato da una specifica volontà di cagionare danno ai creditori dell'imprenditore»⁵⁹⁰.

In definitiva, con riferimento alla fattispecie paradigmatica della bancarotta – fraudolenta per distrazione –, la giurisprudenza di legittimità pare orientata nel senso di richiedere in capo a tutti i concorrenti il medesimo coefficiente soggettivo, che ben può essere il dolo eventuale, avente ad oggetto il depauperamento della garanzia creditoria.

Infatti, la maggiore intensità dell'elemento rappresentativo che pare emergere dalla pronuncia da ultimo citata non assurge né a dolo intenzionale né a dolo specifico, per la verità implicitamente esclusi dall'attributo “generico” utilizzato e dalla declamata superfluità del voler cagionare un danno ai creditori

⁵⁸⁹ V. Cass. Pen., Sez. V, 23 novembre 2006, inedita, citata da ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., p. 41, ripresa pedissequamente da Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, cit., punto 2 della motivazione in diritto.

⁵⁹⁰ V. Cass. Pen.: Sez. V, 23 novembre 2006, inedita, cit.; in senso conforme, Sez. V, 3 febbraio 2012, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2012, pp. 552 e ss.; Sez. V, 26 aprile 2011, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2011, pp. 907 e ss. Non si può sorvolare, tuttavia, sull'improprietà terminologica del passaggio riportato nel testo, dove con *nonchalance* si accostano i concetti di danno e di pericolo/rischio quasi fossero sinonimi.

dell'imprenditore decotto.

Si tratta, d'altronde, del riflesso psicologico della natura di pericolo concreto del delitto in commento, tanto più apprezzabile quanto maggiore sia la consapevolezza della situazione imprenditoriale in cui si innesta la condotta⁵⁹¹.

Detto altrimenti, ciò che muta è soltanto il rigore nell'accertamento della rappresentazione della situazione di insolvenza (e conseguentemente, l'onere motivazionale gravante sul Giudice), che solo per l'intraneo può darsi per presunta, fermo restando che tale profilo attiene alla prova e non già all'essenza del coefficiente soggettivo necessario e sufficiente a integrare il reato.

D'altronde, diversamente che nelle ipotesi di cui al comma 2°, le fattispecie di cui al comma 1° dell'articolo 223 L. Fall., non hanno quale evento del reato il fallimento e quindi «*se la conoscenza dello stato di decozione costituisce dato significativo della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori ciò non significa che essa non possa ricavarsi da diversi fattori*»⁵⁹².

Alla luce di quanto premesso in punto di esatta qualificazione del dissesto

⁵⁹¹ Si può dunque concordare con l'opinione espressa da BOZHEKU E., Osservazioni a Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 21501, in Cass. Pen., 2, 2012, pp. 654 e ss., § 4, nonché ID., *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., § 2, 3, a meno che l'Autore non intenda affermare che occorre che il soggetto agente si rappresenti anche il *quantum* (e non solo l'*an*) della lesività dell'operazione, come parrebbe con precipuo riferimento alla bancarotta per distrazione.

Nel primo scritto citato l'Autore propone peraltro un suggestivo, quanto erroneo, paragone con l'omicidio preterintenzionale dell'emofiliaco punto con uno spillo: se infatti sussiste il dolo di ledere la vittima, richiedere la consapevolezza della patologia potenzialmente letale da cui quest'ultima è affetta significherebbe esigere un dolo omicidiario, magari solo eventuale. Il che, pare ovvio, trascende l'omicidio preterintenzionale.

⁵⁹² Così, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 26 settembre 2011, n. 44933, in C.E.D. Cass., Rv. 251214; Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in C.E.D. Cass., Rv. 246879. In termini analoghi Cass. Pen., Sez. V, 15 maggio 2014, n. 40981, in *Dir. & Giust.*, 2014, per la quale nella prospettiva dell'*extraneus* il dolo è dato dalla consapevolezza che la condotta di ausilio sia volta a distogliere i beni societari dalla loro naturale destinazione, senza che rilevi la rappresentazione del dissesto della società; in senso conforme, Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 20829, in *Dir. & Giust.*, 2013.

Critico CHIARAVIGLIO P., *Il concorso di persone nei reati di impresa*, cit., § 2.a., per il quale bisognerebbe indagare la finalità del soggetto agente; ora, sembra a chi scrive che in tal modo si confonda il movente con il dolo, dato che di certo la disposizione in commento non richiede che quest'ultimo sia specifico o intenzionale. In ogni caso, tuttavia, il movente può costituire un indice probatorio del dolo.

quale evento di pericolo, appare innegabile l'affinità di prospettive, in quanto ciò che deve affacciarsi alla mente dell'*extraneus* è il pericolo di ledere le ragioni del ceto creditorio insito del dissesto stesso.

Se si segue il paradigma del principio di unitarietà nella responsabilità plurisoggettiva eventuale occorre, dunque, verificare quale sia la nozione di dolo eventuale espressa dal diritto vivente, per parametrarvi, poi, la soglia soggettiva del concorso in bancarotta impropria.

Ebbene, alla luce della recente presa di posizione delle Sezioni Unite nel noto caso Thyssenkrupp, il dolo eventuale consiste nell'«*accettazione delle possibili conseguenze collaterali, accessorie delle proprie condotte (...) un equivalente della volontà*», che presuppone la chiara rappresentazione in concreto dell'evento "collaterale", foriera di una ponderata, consapevole adesione allo stesso, non avuto di mira, dopo un confronto razionale con esso.

Di modo che l'agente «*dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa*»⁵⁹³.

Non sfugge ad alcuno come il piano dell'accertamento rimanga denso di problematicità, connaturate alle manifestazioni del foro interiore, giammai direttamente perscrutabili; proprio per tale motivo le Sezioni Unite nella pronuncia da ultimo citata si sono premunite di fornire una griglia di coordinate per l'interprete, elencando molteplici indici sintomatici del dolo eventuale⁵⁹⁴, alla luce dei quali appurarne la sussistenza nei singoli casi concreti.

Le considerazioni ora espresse in punto di concorso dell'*extraneus* nella bancarotta fraudolenta appaiono agevolmente estendibili a quella da reato societario, nonché all'ipotesi di cagionamento doloso, considerato quanto esposto in precedenza in punto di elemento soggettivo del delitto *de quo*, e segnatamente la legittimità dell'ascrizione dell'evento dissesto a titolo di dolo eventuale.

⁵⁹³ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., in particolare punto 50 della motivazione in diritto.

⁵⁹⁴ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., in particolare punto 51 della motivazione in diritto.

Ovviamente, non si potrà prescindere, sempre per il principio di unitarietà vigente in materia di realizzazione plurisoggettiva del reato, dall'accertamento del peculiare coefficiente soggettivo volta per volta postulato dalla specifica fattispecie societaria che viene in rilievo; il pensiero corre rapidamente al dolo "ispessito" che attualmente deve sorreggere, in particolare, le false comunicazioni sociali⁵⁹⁵ o l'infedeltà patrimoniale, di cui si è detto.

Viceversa, le peculiarità sotto il profilo soggettivo del delitto di operazioni dolose, come ricostruito in questo scritto, impongono considerazioni almeno in parte differenti.

Infatti, poiché l'intraneo deve versare in dolo con riferimento alla condotta di base e in colpa in concreto quanto all'evento fallimento, integrata sotto il profilo normativo dalla violazione di precetti anche extrapenali, il più volte evocato assioma dell'unitarietà della responsabilità concorsuale richiede che identico, policromo coefficiente, sussista altresì in capo all'estraneo.

A parere di chi scrive, tale impostazione consente di fondare la responsabilità del terzo concorrente senza entrare in conflitto con le coordinate costituzionali, poiché elimina in radice ogni rischio di ascrizione di responsabilità in chiave oggettiva o comunque secondo gli stilemi del vituperato principio *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*; al contempo, non comporta insuperabili difficoltà probatorie.

Con maggiore impegno esplicativo, si intende dire che il più intenso coefficiente soggettivo va, in ossequio anche al dato letterale, circoscritto alla condotta in sé, peraltro assai pregnante sotto questo punto di vista, dal momento che, come si è esposto, deve consistere in un articolato procedimento o comunque denotarsi per una certa complessità e per l'abuso o la violazione dei doveri inerenti alla funzione esercitata.

Ne consegue che appare condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che

⁵⁹⁵ Nella giurisprudenza di merito, si veda Tribunale Milano, 13 marzo 2012, n. 14913, in *dejure*, richiese esplicitamente sotto il profilo del reato societario il dolo specifico di false comunicazioni sociali e, sotto il profilo del reato di cui all'articolo 223 L. Fall., la consapevolezza dell'irreversibile dissesto della società o la volontà/accettazione del rischio di aggravamento di tale dissesto

reputa indefettibile, sotto il profilo oggettivo, che l'*extraneus* ponga in essere, diversamente dall'intraneo, una condotta attiva⁵⁹⁶, che si innesti in un contesto che postula un certo approfondimento delle condizioni dell'impresa che realizza l'operazione.

Il che consente altresì di superare le obiezioni mosse al concorso nella fattispecie in commento sotto il profilo politico-criminale, posto che secondo taluni celerebbe una forma di (inammissibile) responsabilità oggettiva l'addossare l'evento più grave e non voluto a chi abbia posto in essere dolosamente la condotta base (per la quale potrà eventualmente essere chiamato a rispondere se di per sé penalmente rilevante, ad es. a titolo di truffa), ma non abbia il dominio della società né possa governare l'impatto economico-finanziario dell'operazione o comunque intervenire su di esso⁵⁹⁷.

Proprio perché l'evento viene imputato a titolo di colpa generica in concreto, si può e si deve ricordare che, analogamente, l'articolo 116 del codice penale fonda la responsabilità del compartecipe sull'essersi colpevolmente affidato a terzi per la realizzazione del crimine, nonostante concreti indici del rischio che questo si evolva in senso diverso rispetto a quanto programmato.

Nel caso in esame, il rischio del dissesto si dovrebbe prospettare alla mente dell'estraneo per l'azzardo imprenditoriale o l'abuso societario o financo per un reato diverso dalle altre bancarotte al fallimento (o a una situazione concorsuale a questo normativamente equiparata), realizzato dall'intraneo, ma percepito e dolosamente partecipato da parte del terzo sia sotto il profilo rappresentativo che sotto quello volitivo.

⁵⁹⁶ V. Cass. Pen., Sez. V, 28 novembre 2012, n. 7556, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254653, cit.

Sulla sufficienza del dolo eventuale, si veda anche Giudice per l'Udienza Preliminare presso Tribunale Parma, 25 luglio 2007, nel decreto di rinvio a giudizio dei cc.dd. intranei del gruppo Parmalat, riportato per esteso in DE MARTINO E., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 283 – 296 (in particolare, p. 293).

⁵⁹⁷ Sempre MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 51, che alla nota 52 riporta il caso deciso da Corte Appello Milano, 13 aprile 2005, in *Foro Amb.*, 2005, p. 220, nel quale alcuni promotori finanziari di una S.I.M. avevano raccolto risparmio, incassando le proprie provvigioni, pur sapendo che l'amministratore della società (poi fallita) anziché investire le somme raccolte, le impiegava ad altri fini; a parere dell'Autore, costoro avrebbero dovuto «*al più rispondere di concorso in truffa, ma non certo di concorso in operazioni dolose ex art. 223 L. Fall.*».

In altre parole, se nel concreto contesto di base sussistono elementi perspicui e peculiari tali da rendere prevedibile ed evitabile il dissesto con quelle caratteristiche di tempo, luogo e offesa in cui si estrinsecherà, allora sussiste il necessario coefficiente soggettivo colposo rispetto all'evento.

In una prospettiva simile sembra porsi anche la Corte di Cassazione, che nelle statuizioni più recenti riferite all'ipotesi di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 seconda parte L. Fall. richiede che l'*extraneus* sia consapevole dello stato di dissesto che caratterizza la società al momento dell'operazione⁵⁹⁸; siffatta conoscenza renderebbe infatti palese il pericolo di verifica del successivo fallimento o, sotto diverso e preferibile angolo di visuale, consentirebbe di valutare come negligente la mancata previsione dello stesso.

Per le ragioni già esposte, però, già in astratto un simile requisito è configurabile solo per le condotte aggravatrici del dissesto, che si atteggia a loro presupposto, rispetto al quale è sufficiente, ancora una volta, il dolo eventuale⁵⁹⁹.

Prendendo ad esempio la stipulazione di contratti aventi ad oggetto prodotti di finanza strutturata, gli stessi saranno concretizzati soltanto all'esito di una verifica (cd. *due diligence*) dei presupposti di fattibilità, tra i quali giocano un ruolo fondamentale le condizioni economico finanziarie del committente, posto che comportano una correlativa esposizione per la controparte⁶⁰⁰.

Già in questa fase il soggetto terzo – che appartiene ad un'entità organizzata e di elevatissima specializzazione professionale⁶⁰¹ – potrà cogliere vari indici di

⁵⁹⁸ Cfr. Cass. Pen., Sez. V., 26 aprile 2011, n. 27367, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250409; Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, cit.; Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 246879. Sul punto v. BOZHEKU E., *L'elemento soggettivo dell'extraneus concorrente in fatti di bancarotta impropria nel caso di fallimento per effetto di operazioni dolose*, in *Cass. Pen.*, 2012, 2, pp. 654 e ss.

⁵⁹⁹ Cfr. Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, cit.

⁶⁰⁰ Per la verità anche la concessione di un finanziamento postula un'istruttoria di credito più o meno accurata; tuttavia, non si tratterebbe di esempio calzante, poiché agevolmente riconducibile alla bancarotta impropria per distrazione. Così ritiene, come si è visto, pluriennale giurisprudenza.

⁶⁰¹ Fa riferimento all'*expertise* dei sindaci quale argomento da cui desumere la percezione di segnali d'allarme, anche se al fine di ritenere il (più intenso coefficiente soggettivo integrato dal) dolo eventuale in capo ad essi, Ufficio Indagini Preliminari presso Tribunale Milano, 22 dicembre 2008, cit.

rischio che gli consentano di rappresentarsi come probabile, in concreto, la verifica del futuro dissesto, anche in virtù delle proprie notevoli capacità e conoscenze tecniche e dell'esperienza maturata.

Si intende dire che, come posto in luce in precedenza, il modello di agente può essere il funzionario di un'entità giuridica multinazionale, articolata non soltanto a livello geografico ma anche per settori, composti da individui selezionati in base alle proprie competenze e formati al precipuo fine di garantire profitti ed evitare perdite all'organismo di appartenenza.

Senza pretesa alcuna di esaustività, gli indici sintomatici del concreto pericolo di dissesto potrebbero essere costituiti da: incongruenze nei bilanci (o tra il bilancio consolidato e quelli delle consociate, se visionati) o tra questi e fonti esterne (banche dati, come la Centrale dei Rischi di Banca d'Italia *et similia*)⁶⁰²; finalità esplicite o implicite di abbellimento dei dati contabili (cd. *window dressing*) perseguite dalla società cliente⁶⁰³; mancanza di una razionalità economica dell'operazione in sé o rispetto alla dichiarata strategia aziendale o anche all'oggetto societario; elevata rischiosità intrinseca dello strumento prescelto; natura fittizia dell'operazione; entità dell'iniziativa tale da incidere di per sé in modo negativo e ragguardevole (anche in termini relativi) sul patrimonio della società cliente⁶⁰⁴.

Se, ciò nonostante, l'operazione verrà dolosamente perfezionata (e, vista la strutturale complessità richiesta al riguardo da dottrina e giurisprudenza appare quantomeno inverosimile che ciò possa accadere involontariamente), l'evento fallimento risulterà in concreto prevedibile ed evitabile, se non altro astenendosi

Orbene, se è evidente che costoro sono intranei rispetto alla società, lo è altrettanto il fatto che dispongono di risorse umane ed economiche infinitesimali se rapportate a quelle di banche d'affari o anche società di consulenza in grado di strutturare operazioni del tipo di quelle evocate nel testo; in altre parole, ciò che forse li avvantaggia in termini di conoscenza dello stato concreto della singola impresa parrebbe ampiamente compensato dalla esperienza e capacità tecnica degli estranei.

⁶⁰² Indice enucleato anche da PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 5.

⁶⁰³ Come nel caso affrontato da Ufficio Indagini Preliminari presso Tribunale Milano, 22 dicembre 2008, cit.

⁶⁰⁴ Quest'ultimo sintomo viene da tempo valorizzato dalla giurisprudenza in tema di bancarotta impropria per distrazione. V., tra le altre, Cass. Pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, cit.

per l'appunto dal perfezionare l'accordo contrattuale, prima, e dall'eseguirlo, poi.

Ovviamente, fermo restando che le peculiarità del caso concreto dovranno tenersi in debito conto.

Come è stato efficacemente scritto, *«si richiede, quindi, un particolare livello di attenzione e di prudenza da parte del soggetto attivo del reato, sicché lo stesso potrà essere ritenuto in colpa qualora non si sia astenuto dall'agire dinanzi ad una circostanza dal significato equivoco o, comunque, quando abbia ignorato indici di pericolosità o sia incorso in errore sul significato e sull'esatta portata dei medesimi, allorquando l'ignoranza o l'errore siano stati ingenerati da colpa e siano, pertanto, a lui rimproverabili in quanto evitabili»*⁶⁰⁵.

Giova rilevare che le più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità richiedono, nell'ipotesi del fallimento cagionato per effetto di operazioni dolose, che l'*extraneus* istigatore e beneficiario delle stesse sia consapevole ovvero si rappresenti il *«rischio che le suddette operazioni determinano per le ragioni dei creditori della società, non essendo invece necessario che egli abbia voluto causare un danno ai creditori medesimi»*⁶⁰⁶.

Statuizione, questa solo in apparenza conforme all'impostazione tradizionale circa i rapporti tra la fattispecie di operazioni dolose e quella contigua di cagionamento doloso del fallimento, come si è visto a lungo ritenute perfettamente coincidenti sotto il profilo oggettivo e diversificate soltanto dal dolo: specifico nel primo caso, generico nel secondo⁶⁰⁷; infatti, quest'ultimo non abdica alla componente volitiva del dolo.

⁶⁰⁵ V., ancora, PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 5.

⁶⁰⁶ Così Cass. Pen., Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11624, in *Cass. Pen.*, 2013, 1, p. 281; in senso conforme, Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, cit., reperibile anche in *Cass. Pen.*, 2012, 2, p. 651 (solo massima), con nota di BOZHEKU E., *Il dolo dell'extraneus nella bancarotta impropria per effetto di operazioni dolose*. Più risalente nel tempo Sez. I, 13 dicembre 2007, n. 3942, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 238367, che peraltro richiese la vera e propria accettazione del rischio di verifica del fallimento in capo all'agente (intraneo).

La prima pronuncia appare, per la verità, almeno in parte influenzata dalle peculiarità del caso concreto, poiché concerneva l'istigatore dei fatti di bancarotta e dalla motivazione si evince che sussistevano molteplici e consistenti indici attestanti l'indubbia consapevolezza in capo allo stesso di quanto stava accadendo, nonché degli esiti presumibilmente esiziali per l'impresa delle condotte tenute.

⁶⁰⁷ Risalendo nel tempo, tra le tante, può richiamarsi Cass. Pen., Sez. I, 25 aprile 1990, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 164.

Ovviamente, questo orientamento giurisprudenziale, collide con l'interpretazione del dissesto come evento di pericolo per le ragioni creditorie imputato a titolo di colpa, tanto all'intraneo che all'estraneo.

Oltre alle obiezioni che si sono già espresse, però, in tal modo la distanza sotto il profilo psicologico tra le due figure delittuose svanisce, in contrasto con la lettera della legge: altro è cagionare «*con dolo*», altro «*per effetto*» di operazioni dolose.

Pertanto, è più condivisibile quando la Suprema Corte⁶⁰⁸ ha statuito in altro arresto, affermando con maggiore nitore che: «*L'art. 223 comma 2 n. 2 L. Fall., che ascrive la responsabilità per aver cagionato il fallimento per effetto di "operazioni dolose", concreta una figura prescrittiva piuttosto labile nella sua portata definitoria ed anche nella previsione della natura "dolosa" dell'azione (categoria inconsueta per il diritto penale che, ai sensi dell'art. 42 comma 2 c.p., suppone connotati da dolo tutti i comportamenti per cui il legislatore non abbia espresso un tratto esplicito di colpa o di preterintenzione), massimamente, per la peculiare previsione del momento soggettivo che fa dipendere la responsabilità penale non già dalla volontà dell'evento naturalistico (il fallimento della società), ipotesi propria dalla causazione del dissesto (figura limitrofa ma ben diversa dall'attuale), bensì dall'azione illecita "per effetto" della quale si cagiona il fallimento. Una connotazione difforme - è bene osservare - da quella sottesa alla categoria giurisprudenziale del c.d. dolo eventuale*».

Questa giurisprudenza convalida l'interpretazione qui proposta quanto meno nel tracciare il discrimine soggettivo tra operazioni dolose e cagionamento doloso nell'oggetto della volontà, che esclusivamente nel secondo caso abbraccia il fallimento.

Senza, però, limitazioni avulse dalla *littera legis*, che finirebbero con il restringere impropriamente e incoerentemente il campo applicativo del delitto di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 primo inciso L. Fall., che in sostanza resterebbe configurabile nelle sole ipotesi di comportamenti posti in essere con il dolo diretto (o, vieppiù, specifico o intenzionale) di fallimento.

Ne consegue che sarebbe paradossale esigere in capo all'estraneo un coefficiente soggettivo diverso (nonché, si noti, più intenso) rispetto a quello che

⁶⁰⁸ V. Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit.

deve sorreggere l'intraneo, in contrasto con i principi generali in tema di concorso, esposti nel primo capitolo del presente scritto.

Con maggiore impegno esplicativo, non v'è chi non veda come simile lettura configga apertamente con il principio di unità della responsabilità concorsuale sancito dall'articolo 110 del codice penale, che conosce deroghe espresse, ma di segno opposto a quella conseguente all'indirizzo giurisprudenziale qui criticato.

Infatti, gli articoli 116 e 117 del codice penale puniscono a titolo di dolo chi versi in colpa e ciò rende assai dubbia la coerenza sistematica del pretendere un *quid pluris* rispetto al concorrente non qualificato, quando in linea di massima l'ordinamento si accontenta, al contrario, di un *quid minus*.

In ogni caso, una simile scelta spetterebbe casomai al Legislatore, per il fatto stesso di porsi come eccezionale rispetto al sistema, anche se di primo acchito sembrerebbe esporsi a un sindacato di ragionevolezza ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, dagli esiti incerti, sempre che riesca a superare il valico di una prevedibile inammissibilità per l'efficacia *in malam partem* che un'eventuale pronuncia ablativa della Consulta produrrebbe.

Le argomentazioni sinora presentate impediscono altresì di accogliere la tesi che richiede, per il solo concorrente estraneo, la prova della consapevolezza dello stato di dissesto già in atto nella società⁶⁰⁹, con la precisazione che simile circostanza non integra un elemento costitutivo implicito della fattispecie ma al più un presupposto meramente eventuale del delitto, allorquando la condotta si innesti su uno squilibrio economico finanziario già in atto, aggravandolo.

Per la verità anche in detta ipotesi, non è di per sé necessario che il terzo, per apprezzare la portata offensiva del proprio contributo e ancora prima di quello dell'intraneo con cui concorre, sappia che l'impresa è decotta o vicina al tracollo.

Occorre, cioè, che l'*extraneus* si rappresenti l'abusività e la lesività degli interessi dei creditori societari del segmento in cui è coinvolto e possa altresì in concreto

⁶⁰⁹ Che infatti è superflua secondo la preferibile giurisprudenza di legittimità. Possono qui richiamarsi, al riguardo, Cass. Pen.: Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 246879; Sez. V, 1° luglio 2002, n. 29896, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 222388, Sez. II, 15 ottobre 2008, n. 43171, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242408.

prevedere che ciò sfoci nel dissesto dell'azienda.

Laddove, poi, i segnali d'allarme siano tanti e tali da rendere ragionevole ipotizzare che sussistesse il dolo eventuale rispetto a un dissesto già in essere, pare agevole estendere il medesimo coefficiente soggettivo all'aggravamento dello stesso e, dunque, chiamare il complice estraneo a rispondere per il cagionamento doloso di quel fallimento, con certe coordinate temporali e di entità, che si ripercuote in senso deteriore sulle ragioni creditorie.

Sotto il profilo probatorio, poi, appaiono valorizzabili gli approdi cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità in tema di concorso degli amministratori privi di delega; il parallelo concettuale non è peregrino, se si considera che, in seno a organi collegiali chiamati a occuparsi di questioni anche molto diversificate e specialistiche, alcuni dei componenti si trovano ad essere meri fruitori di informazioni raccolte ed elaborate da altri.

Una situazione simile potrebbe in concreto ricorrere anche per i membri delle articolazioni della controparte dell'impresa societaria fallita, che come più volte detto è spesso a propria volta un'organizzazione complessa, articolata secondo un riparto di competenze orizzontale/gerarchico e verticale/settoriale.

Spesso accade, inoltre, che le persone fisiche che compongono gli organi o gli uffici di tali entità godano di una formazione e un aggiornamento comuni, ottenuti attraverso corsi o anche soltanto la diffusione di linee guida operative, volte a prevenire il rischio di perdite economiche per il proprio datore di lavoro, derivanti dall'interazione con società a rischio di tracollo.

Ai fini del dolo eventuale sarà, allora, necessaria e sufficiente la dimostrazione, da parte dell'accusa, della presenza e della percezione da parte degli imputati *extranei* di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento dissesto, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta ma per quella tipologia di soggetto⁶¹⁰, con quella preparazione teorica, con quell'esperienza e con quella data base nomologica.

⁶¹⁰ V. Cass. Pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, anche in Cass. Pen., 2008, 1, pp. 203 e ss., con nota di CENTONZE F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.

Per dirlo con le parole della Cassazione, nel caso di bancarotta da reato societario e cagionamento doloso del fallimento vanno ricercati indici sintomatici ed eloquenti del fatto *in itinere*, percepiti dai soggetti terzi rispetto all'impresa; percepibili con uno sforzo esigibile e praticabile nel caso concreto per le operazioni dolose⁶¹¹.

Peraltro, se si accedesse alla ricostruzione del concorso di persone in termini fattispecie plurisoggettiva eventuale differenziata, nel primo caso sarebbe sufficiente che l'*extraneus* versasse in dolo, quand'anche simile coefficiente psicologico difettasse invece in capo all'intraneo.

Non solo: le stesse prassi e linee guida diffuse da queste entità tra i propri funzionari, eminentemente volte a evitare che sfuggano elementi forieri di danno per la persona giuridica dalla quale dipendono potrebbero fornire all'interprete spunti fecondi per enucleare regole cautelari, almeno sotto il profilo della prudenza, diligenza e perizia.

Se, infatti, è vero che siffatte regole saranno concepite nella prospettiva della controparte della società insolvente, è altrettanto vero che *leitmotiv* delle stesse sarà prevenire il rischio di esporsi a perdite derivanti dal *default* di quest'ultima, quale situazione tale da pregiudicare, in misura più o meno ampia, la soddisfazione del diritto di credito vantato nei confronti della stessa.

Dunque, la domanda da porsi è: quando questa colpa trasmoda nel dolo eventuale?

In base alla già citata pronuncia delle Sezioni Unite nel caso *Thissenkrupp*⁶¹², il paradigma dell'accertamento è quello indiziario, tanto che la Suprema Corte elenca un catalogo aperto in ausilio dell'interprete, alcuni punti del quale possono valorizzarsi anche in questa sede, e in particolare:

- «la personalità, la storia e le precedenti esperienze» del soggetto agente.

⁶¹¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi e a., cit., in particolare punto 8 della motivazione in diritto

⁶¹² V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 51 della motivazione in diritto.

Con la peculiarità che, in seno ad organizzazioni complesse, la conoscenza si tramanda tra le singole persone fisiche che le compongono, attraverso documenti, dati archiviati, prassi, seminari e così via. Con specifico riferimento all'oggetto della presente disamina, ad esempio, le situazioni o le incongruità indizianti un possibile stato di insolvenza (già in essere o prossimo a manifestarsi) possono essere "codificate" attraverso circolari, linee guida, manuali per i funzionari etc., se non costituiscono già dati assodati della scienza economica (quali le discrasie nei dati di bilancio o tra questi e quelli ricavabili da altre fonti pubbliche);

- *«la durata e la ripetizione della condotta».*

Nell'attuale contesto economico, pare davvero difficile ipotizzare scelte di impresa frutto di atti di impulso e non già di ponderato, consapevole e approfondito studio.

Inoltre, deve considerarsi che la maggior parte dei rapporti commerciali, una volta instaurati, si consolida e protrae nel tempo; ne consegue che le occasioni di conoscenza si moltiplicano, come pure i momenti di verifica e di controllo, che nel caso concreto potrebbero accrescere il patrimonio gnoseologico del soggetto agente.

Questi, a titolo esemplificativo, potrebbe scoprire dati diversi e ulteriori rispetto a quelli resi noti dalla società al pubblico (tra l'altro, ai sensi dell'articolo 114 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, se quotata in Italia) e tali da evidenziare incoerenze più o meno allarmanti (si pensi alle perdite o ai ricavi dichiarati o al rapporto tra tali grandezze).

Il che appare tanto più probabile quanti più siano i rapporti contrattuali instaurati e i settori della controparte della società decotta coinvolti, sempre che non manchi la prova (anche solo induttiva) di un flusso di informazioni interno alla stessa⁶¹³. Sovente si adduce, in senso contrario, il noto sistema cd. delle muraglie

⁶¹³ Per BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. It.*, 2014, novembre, p. 2577, «quasi paradossalmente, proprio l'attività d'impresa, che strutturalmente si caratterizza per una sua protrazione nel tempo, [può] divenire il terreno fertile per l'acuirsi della problematica della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, allorquando ci si trova in presenza di persistenti e gravi violazioni di cautele».

cinesi (*“chinese wall”*), cioè della suddivisione in compartimenti di una banca d’investimento, di una società o di un ente di gestione di fondi;

- *«la condotta successiva al fatto».*

Seppur con molte riserve, si potrebbe forse valorizzare l’intervento soccorritore in favore dell’impresa decotta, segnatamente laddove si estrinsechi secondo una delle modalità normativamente previste di soluzione negoziata della crisi;

- il movente della condotta.

Come si è cercato di porre in luce, se chi interagisce con la società fallita appartiene a un’entità che esercita un’attività organizzata di impresa, in linea di massima sarà mosso dal perseguimento di un lucro;

- *«la probabilità di verifica dell’evento».*

Riferita, *ça va sans dire*, al dissesto *hic et nunc* considerato;

- *«le conseguenze lesive o negative anche per l’agente in caso di verifica dell’evento».*

Con la precisazione che accettare di esporsi a un rischio, e in particolare di perdite economiche anche rilevanti, sembrerebbe avvalorare la sussistenza del dolo eventuale, se si considera che per le Sezioni Unite tale coefficiente è tanto più verosimile quanto maggiore sia il pericolo che l’agente decide di correre.

Sul punto è il caso di notare come, nel caso di *extraneus* dipendente a propria volta di organizzazioni complesse, simile riferimento è più pertinente all’ente giuridico in quanto tale, posto che la persona fisica non rischia in proprio, sempre che non si voglia estendere il concetto sino all’azione di rivalsa che potrebbe patire in seconda battuta. Anche per questo ordine di motivi, nel prosieguo della trattazione si porrà la questione della possibile responsabilizzazione della persona giuridica in quanto tale per il reato di bancarotta impropria;

- *«il contesto lecito o illecito»* di base.

Posto che nella seconda ipotesi è più ragionevole ravvisare il dolo eventuale, tale indice appare particolarmente valorizzabile per i delitti oggetto della presente disamina.

Per la bancarotta da reato societario, coerentemente alla ricostruzione (cui si è aderito) per la quale la fattispecie base va integrata in tutti i suoi elementi costitutivi, proprio la ricchezza descrittiva di un legislatore tutt'altro che parco di requisiti legittima l'idea che l'estraneo che versi in dolo per il reato base difficilmente non lo sia, almeno a livello eventuale, per l'evento dissesto conseguente.

Non solo: il carattere intrinsecamente abusivo delle condotte integranti operazioni dolose ai sensi dell'articolo 223 L. Fall. induce a collocare anche queste correttamente in un contesto illecito (anche se non penalmente) di base.

L'asserto è ancora più sostenibile rispetto al cagionamento doloso, se si considera che la gestione deliberatamente suicida dell'impresa dovrebbe estrinsecarsi con modalità in concreto sintomatiche di rischio.

Si tratta, a ben vedere, di indici già annoverabili nella categoria dei segnali d'allarme, valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità nell'ambito, per l'appunto, della disciplina penalfallimentare; dunque, resta ferma l'esigenza che essi siano perspicui e peculiari rispetto all'illecito, cioè muniti, nel loro complesso, di *«una forza evocativa della perpetrazione di un illecito tale da chiamare [l'agente] a confrontarsi con la probabilità concreta che il segnale di anomalia avvertito altro non sia che il punto di emersione di una condotta illecita, un frammento sovraesposto di un meccanismo illegale di gestione dell'oggetto sociale»*⁶¹⁴.

Un'ultima annotazione: solitamente, il passaggio dalla colpa al dolo è esiziale in punto di dosimetria sanzionatoria.

Nell'ambito penalfallimentare societario, invece, non è così e rischia di esaurirsi in uno sforzo di corretta qualificazione giuridica di fatti indolore per l'imputato, presumibilmente indifferente ad essere condannato per l'una o per l'altra delle ipotesi di cui all'articolo 223 comma 2° del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Per giunta, si tratta di un transito particolarmente fluido, per così dire osmotico, se si considera che il dolo eventuale è compatibile sia con il dubbio, che con il dolo indeterminato (che si ha quando il soggetto agisce avendo di mira

⁶¹⁴ V. Tribunale Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, Barachini e altri, cit., p. 978.

risultati tra loro non inconciliabili), che con quello alternativo (che invece richiede che la realizzazione di uno escluda quella dell'altro)⁶¹⁵.

Con particolare riferimento a tale ultima figura, dovrà ritenersi responsabile di bancarotta impropria anche l'*extraneus* che si prospetti, indifferentemente, di provocare alla società, con il proprio contributo, un danno patrimoniale di rilevante entità o il dissesto della stessa, evento che, per la sua portata 'totalizzante', è incompatibile con qualsivoglia lesione economico-finanziaria più contenuta.

Per di più, la *vis expansiva* del dolo eventuale deriva dal fatto che può concernere anche aspetti del fatto tipico diversi dall'evento; si è già fatto cenno ai presupposti del reato, ma nulla vieta che ad identiche conclusioni si pervenga quanto, ad esempio, al carattere abusivo della condotta integrante operazione dolosa, posto che, si ribadisce, la lettera della legge non consente limitazioni⁶¹⁶.

7.3. Il concorso cd. anomalo

Qualche precisazione è imposta con riferimento alle peculiarità connesse alle ipotesi di concorso anomalo.

In primo luogo, non sembra seriamente dubitabile l'applicabilità dell'articolo 116 del codice penale tanto per la bancarotta che consegua a un reato societario, quanto per il cagionamento doloso e per le operazioni dolose che consistano in ipotesi di per sé penalmente rilevanti, ovviamente nell'interpretazione evoluta e costituzionalmente conforme di cui si è dato atto nel primo capitolo⁶¹⁷.

Infatti, in tutte le ipotesi di reato societario richiamate dall'articolo 223 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, il delitto che scaturisce dalla condotta base in seguito al verificarsi del dissesto risulta indubbiamente più grave di quello che potrebbe essere stato voluto da taluno dei concorrenti.

Conclusioni analoghe valgono anche per le fattispecie a condotta libera di cui

⁶¹⁵ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punti 41 e 50 della motivazione in diritto.

⁶¹⁶ Cfr. Tribunale Parma, 9 dicembre 2010, n. 809, Barachini e altri, cit., p. 977.

⁶¹⁷ A questo riguardo, in aggiunta alla bibliografia e giurisprudenza citate *infra*, Cap. I.6.1, si richiama qui Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 9770, in www.penalecontemporaneo.it, 21 luglio 2014, con nota di BASILE F., *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*.

al n. 2 della disposizione ora citata, anche se, ancora una volta, il delitto di operazione dolose impone qualche considerazione supplementare.

Ebbene, nel caso della bancarotta da reato societario e del cagionamento doloso, in base all'impostazione sposata in questa sede, l'articolo 116 del codice penale esplicherà appieno i propri effetti, nel senso che l'evento/dissesto sarà ascritto al concorrente estraneo a titolo di colpa, e non già di dolo (anche solo eventuale).

In altre parole, la disposizione in commento consentirà, sul versante del coefficiente psicologico, di estendere la penale responsabilità oltre i limiti della tipicità monosoggettiva.

Lo stesso non si può, però, affermare in relazione alle operazioni dolose, dato che se quanto sinora argomentato è corretto, l'elemento soggettivo ad esse sotteso si compone di dolo, per la condotta, e colpa, per l'evento fallimento/dissesto.

Ne consegue apparentemente che, nell'ipotesi che si sta vagliando, vi sarebbe una pressoché completa sovrapposizione di piani, posto che anche l'articolo 116 del codice penale esige il dolo per la condotta/reato base e la colpa per l'evento/reato più grave.

A onor del vero, nel caso di specie il verificarsi dell'evento non è ancora sufficiente, dovendosi attendere che il dissesto sia conclamato dalla sentenza dichiarativa di fallimento o da altro provvedimento ad essa normativamente equivalente; ma si supponga che anche questo ulteriore requisito intervenga e che, secondo l'impostazione prevalente tanto in dottrina che in giurisprudenza, sia superfluo qualsiasi collegamento eziologico o soggettivo rispetto ad esso.

Ebbene, se la portata applicativa dell'articolo 116 del codice penale sembra esclusa quanto all'imputazione soggettiva per colpa dell'evento dissesto, comunque la disposizione in commento potrà esplicare effetti in punto di disciplina del trattamento sanzionatorio, poiché consente di riconoscere la diminuzione speciale prevista al comma 2° per i concorrenti il cui dolo si fosse arrestato sulla soglia del reato meno grave.

Il che, dal punto di vista pratico, potrebbe forse rivitalizzare una circostanza

che, come si è visto nel primo capitolo, sconta da tempo una (ormai endemica) sterilità, prosciugata dalla lettura estremamente restrittiva seguita dalla giurisprudenza.

Sotto diverso angolo di prospettiva, poi, nulla esclude che *in subiecta materia* ricorra il mutamento del titolo di reato per taluno dei concorrenti, in caso di colpevole ignoranza o errore sulla qualità di amministratore, direttore generale, sindaco, liquidatore del complice e sempre che il fatto costituisca di per sé reato⁶¹⁸.

È quasi ovvio, però, che tale conclusione non può valere per le operazioni dolose integrate da comportamenti di per sé non penalmente rilevanti, posto che la lettera dell'articolo 117 del codice penale presuppone indefettibilmente che l'*extraneus* abbia realizzato un reato.

⁶¹⁸ Contrariamente a quello che segnala CHIARAVIGLIO P., *Il concorso di persone nei reati di impresa*, cit., § 1.d., i.e. non occorre che vi sia anche la «consapevolezza degli obblighi talora molteplici e a volte specifici la cui violazione è penalmente sanzionata ovvero in relazione alla cui tutela l'intraneo ricopre una posizione di garanzia»; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 406.

Si intende dire che, proprio perché l'estraneo viene punito, *in parte qua*, a titolo di colpa, è sufficiente che ignori negligenzemente detti obblighi, sempre che non si voglia ritenere che integrino il precetto penale e si applichi, dunque, l'articolo 5 del codice penale.

CONCLUSIONI

1. Il concorso dell'estraneo nel reato di bancarotta impropria

1.1. *De iure condito*: lo scoglio della natura necessariamente dolosa del coefficiente soggettivo concorsuale e l'onda della fattispecie plurisoggettiva eventuale differenziata

Le considerazioni in punto di concorso dell'*extraneus* nel delitto di bancarotta impropria di cui all'articolo 223 comma 2° del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, espresse nel secondo capitolo del presente scritto alla luce del diritto vivente richiedono qualche puntualizzazione conclusiva.

Un primo ordine di problemi è posto dalla necessità o, all'opposto, dalla superfluità dell'imputabilità e della colpevolezza del soggetto qualificato; per quanto interessa in questa sede, l'attenzione va rivolta ad amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori.

La soluzione va cercata, evidentemente, seguendo le coordinate delineate nel primo capitolo.

Va, dunque, ribadito che l'imputabilità, la colpevolezza e, più in generale, la punibilità del soggetto munito della qualifica soggettiva specializzante sono tendenzialmente irrilevanti, posto che, in estrema sintesi, gli articoli 111, 112 ultimo comma e 119 comma 2° del codice penale, non distinguono tra *intranens* ed *extraneus*⁶¹⁹.

Inoltre, per la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale restano indifferenti le modalità di completamento dell'unità della fattispecie attraverso la pluralità dei contributi⁶²⁰.

Va anche ricordato, però, che la ricostruzione ora sommariamente esposta trova il proprio limite nella tipicità della fattispecie monosoggettiva realizzata in concorso, nel senso che talora l'offesa all'interesse tutelato può essere arrecata

⁶¹⁹ V. *infra*, Cap. I.6.2.2.

⁶²⁰ V. PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 68.

soltanto attraverso la dolosa partecipazione alla condotta del soggetto qualificato⁶²¹. Ciò accade, più precisamente, qualora la situazione qualificante sia connessa non già alla peculiare lesività derivante di per sé dai poteri/diritti attribuiti al portatore della stessa⁶²², ma alla violazione di un dovere personale⁶²³.

La questione diviene ancor più complessa se l'assenza di dolo dell'*intraneus* consegua all'errore indotto dall'*extraneus* o, il che è equivalente dal punto di vista normativo per le ragioni più ampiamente esposte nel primo capitolo di questo scritto, quest'ultimo approfitti dell'errore in cui il soggetto qualificato sia già incorso da sé, rendendolo uno "*strumento doloso privo di intenzione*"⁶²⁴.

Alla luce di quanto premesso appare ragionevole concludere che gli intranei debbano necessariamente nutrire il dolo volta per volta richiesto dalla fattispecie laddove la condotta delittuosa consista nella violazione dei doveri gravanti sugli stessi rispetto alla società in seno alla quale rivestono un ruolo.

Ad analoghe conclusioni si deve pervenire altresì con riferimento alle ipotesi di reato consistenti in un abuso dei poteri inerenti alla qualifica, posto che si tratta di fattispecie che comportano di per sé la violazione dell'obbligo di utilizzare gli stessi nell'interesse dell'organismo collettivo di appartenenza.

In altre parole, poiché i soggetti qualificati ricoprono un ufficio privato, i poteri loro conferiti sono funzionali a uno scopo preciso, l'interesse della società, nell'esclusiva ottica del quale vanno spesi; specularmente, quindi, distoglierli da tale fine trasgredisce all'obbligo precipuo inerente a detto ufficio, con le conseguenti responsabilità (ad esempio previste dall'articolo 2392 del codice civile per le società per azioni)⁶²⁵.

⁶²¹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., p. 77; INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 493; PELISSERO M., , *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus*, cit., pp. 313 e ss.; ID. *Il concorso nel reato proprio*, cit., pp. 67 – 69; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 564; ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, sub articolo 117*, II, cit., p. 270.

⁶²² V. INSOLERA G., voce *Concorso*, cit., p. 493.

⁶²³ V. *infra*, Cap. I.6.2.2.

⁶²⁴ V. *infra*, Cap. I.6.2.2.

⁶²⁵ Similmente a quanto ipotizzato con riferimento all'abuso d'ufficio di cui all'articolo 323 del codice penale da PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, p. 68, in particolare sub nota 199 per il richiamo a Pagliaro F., *Il concorso dell'estraneo nei*

Alla luce di quanto premesso, volgendo l'attenzione più nello specifico alle ipotesi delittuose di bancarotta impropria, occorrerà senz'altro che l'intraneo sia imputabile e colpevole in relazione ai vari reati societari richiamati dal comma 2° n. 1 dell'articolo 223 L. Fall., poiché tutti comportano una violazione di doveri inerenti alla qualifica rivestita, peraltro non sempre funzionali a tutelare esclusivamente l'interesse della società cui l'*intraneus* appartiene.

Possono così enuclearsi, rapsodicamente, l'obbligo:

- di fornire al pubblico tutte le informazioni veritiere sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo del quale essa fa parte o financo sui beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi (articoli 2621 e 2622 del codice civile);
- di non restituire, anche simulatamente, i conferimenti ai soci o di non liberarli dall'obbligo di eseguirli al di fuori delle ipotesi di legittima riduzione del capitale sociale (articolo 2626 del codice civile);
- di non ripartire utili o riserve non distribuibili per legge (articolo 2627 del codice civile);
- di non acquistare o sottoscrivere azioni o quote sociali fuori dei casi consentiti dalla legge, neppure con riferimento a quelle della società controllante (articolo 2628 del codice civile);
- di non ridurre il capitale sociale o deliberare oppure avvallare fusioni con altra società o anche scissioni in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori (articolo 2629 del codice civile);
- di non formare oppure aumentare fittiziamente il capitale sociale, attribuendo azioni o quote in misura complessivamente superiore all'ammontare dello stesso, sottoscrivendo reciprocamente azioni o quote, sopravvalutando in misura rilevante i conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero il patrimonio della società nel caso di trasformazione (articolo 2632 del codice civile);

- di non ripartire i beni sociali tra i soci prima del pagamento dei creditori sociali o dell'accantonamento delle somme necessarie a soddisfarli (articolo 2633 del codice civile);

- di astenersi dal compiere o concorrere a deliberare atti di disposizione dei beni della società o dalla stessa posseduti per conto di terzi, laddove l'*intranseus* abbia un interesse in conflitto con quello della società (articolo 2634 del codice civile).

Si noti: ciò non significa, ovviamente, che in tutte le predette ipotesi il dolo del soggetto qualificato non debba 'coprire' anche gli ulteriori elementi della fattispecie (in particolare l'evento, laddove previsto), posto che va ribadito che l'espressione «*fatti*» di cui all'articolo 223 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, sta per «*reati*», come diffusamente argomentato in precedenza⁶²⁶.

Il che comporta, tra l'altro, che sulla bancarotta impropria da reato societario si riverbereranno ineluttabilmente tutte le difficoltà probatorie connesse ai coefficienti soggettivi molto intensi o articolati richiesti dagli illeciti societari 'a monte', tali peraltro da imprimere una pregnante direzione finalistica alla condotta.

Ne consegue che risulta assai arduo ipotizzare che il soggetto qualificato ponga in essere il comportamento tipico senza il dolo necessario, per quanto magari istigato o fortificato nei suoi propositi criminosi da un terzo.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alle operazioni dolose cui consegua il dissesto della società; come si è visto, infatti, il diritto vivente ha reso l'abuso un elemento essenziale della condotta, spingendosi per la verità ben oltre il generico dettato normativo⁶²⁷.

Lo stesso vale per il cagionamento doloso del fallimento, che costituisce forse la forma più eclatante di sviamento del potere inerente all'ufficio di amministratore/sindaco/direttore generale/liquidatore, poiché, come si è visto, consiste nella gestione deliberatamente suicida⁶²⁸ della società, la quale collide frontalmente con la finalità che un'attività commerciale dovrebbe perseguire, come

⁶²⁶ V. *infra*, Cap. II.4.

⁶²⁷ V., in particolare, *infra*, Cap. II.5.1.

⁶²⁸ Più diffusamente nel Cap. II.5.1.; per la forza evocativa, anche qui si è richiamata la definizione coniata da PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 319.

individuata dall'ordinamento vigente.

Il riferimento è precisamente all'articolo 2247 del codice civile, che prevede che attraverso le società *«due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili»* e non già di causarne il tracollo, che, anche a costo di suonare lapalissiani, è l'opposto del produrre profitto.

Sotto diverso ma connesso profilo, a parere di chi scrive non si può invece far leva sul coefficiente soggettivo richiesto dal singolo reato per desumerne, in linea generale ed astratta, l'imprescindibilità della partecipazione dolosa del soggetto qualificato.

Se, infatti, si assume, come in questa sede, che la fattispecie plurisoggettiva eventuale consenta di differenziare le posizioni dei concorrenti anche quanto all'elemento soggettivo, è del tutto legittimo opinare che, ad esempio, il dolo specifico possa sussistere in capo a un complice diverso da chi materialmente realizza la condotta tipica, sempre che il concorrente sia consapevole che almeno uno degli altri correi agisca sorretto da un atteggiamento interiore corrispondente a quello postulato dal fatto tipico⁶²⁹.

Ciò anche perché, a differenza delle ipotesi delittuose a base associativa (brevemente analizzate nel primo capitolo), in quelle previste dagli articoli 2621, 2622, 2634 del codice civile, il dolo specifico irradia di disvalore una condotta già di per sé illegittima, in quanto antidoverosa, cioè posta in essere violando precisi obblighi enucleabili dalla disciplina di diritto commerciale, anche se non sempre corredata da una sanzione penale. A titolo meramente esemplificativo, gli illeciti posti in essere nelle comunicazioni societarie possono essere fonte di responsabilità civile da illecito aquiliano⁶³⁰ o, per le società quotate, di comminatorie

⁶²⁹ V. *infra*, Cap. I.5.2.

⁶³⁰ Cfr. nella giurisprudenza di legittimità, in particolare, Cass. Civ.: Sez. III, 13 novembre 2009, n. 24030, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 609977; Sez. III, 13 novembre 2009, n. 24031, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 610134; Sez. III, 13 novembre 2009, n. 24032, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 610138; Sez. III, 13 novembre 2009, n. 24033, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 610142: «La revoca della sentenza di condanna per “abolitio criminis” conseguente alla perdita del carattere di illecito penale del fatto (nella specie, il reato di false comunicazioni sociali parzialmente depenalizzato per effetto del d.lgs. n. 61 del 2002) non comporta il venir meno della natura di illecito civile del fatto medesimo, con la conseguenza che le statuizioni civili contenute

amministrative da parte della CO.N.SO.B.⁶³¹.

Il che non toglie, peraltro, che in concreto potrebbe risultare assai arduo imbattersi in situazioni in cui l'intraneo non nutra il dolo richiesto dalla fattispecie, come si è anticipato.

Invero, a prescindere dalle considerazioni riportate poc'anzi circa la violazione dei doveri insiti nella carica ricoperta, con precipuo riferimento agli articoli 2621 e 2622 del codice civile, il doppio dolo richiesto, specifico e intenzionale, finisce con l'avere una forte ricaduta sul fatto tipico, univocamente proiettato verso l'evento, al punto da precludere già in astratto la realizzazione da parte di un intraneo non consapevole.

Più in generale, osta a una condotta non dolosa dell'intraneo la complessità dei reati societari costituenti il catalogo 'a monte' della bancarotta impropria, che trascende il fatto tipico penale, nel senso che si tratta di condotte vincolate anche quanto alle modalità di attuazione dalla disciplina di diritto commerciale (in tema di comunicazioni, bilanci, fusioni, aumenti di capitale e così via).

Con maggiore impegno esplicativo, è la procedimentalità della vita societaria, fatta di più snodi e, conseguentemente, momenti di attenzione, a ispessire la base gnoseologica dell'autore del fatto e a spingere verso i confini del dolo.

Lo stesso si può dire per le operazioni dolose se, come assunto in questa sede e da ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, esse devono consistere in un abuso dei poteri o una violazione dei doveri inerenti alla funzione rivestita, che offenda i legittimi interessi della società, dei soci o dei creditori della stessa e che persegua uno scopo di ingiusto profitto⁶³².

Non solo: la stessa complessità che i più ritengono connaturata alla tipicità del

nella sentenza revocata continuano a costituire fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata».

⁶³¹ Anche se è ormai assai dubbio che tale sia la natura delle sanzioni irrogate dalla CO.N.SO.B., dopo la fondamentale pronuncia resa dalla Corte E.D.U. nel caso Grande Stevens e altri contro Italia - ric. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 - dep. il 4.3.2014, reperibile anche in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÓ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, ora pure in Riv. Trim. Dir. Pen. Cont., 2014, 3-4, pp. 219 - 239.

⁶³² Cfr. infra, Cap. II.5.1.

delitto in questione mal si presta a un coefficiente soggettivo meno intenso del dolo.

Si allude, in altre parole, al fatto che il diritto vivente richiede che anche le operazioni dolose si siano concretizzate in un procedimento o, comunque, in una pluralità di atti coordinati al fine di conseguire l'esito divisato, per escludere che ricorra, invece, una delle ipotesi classiche di bancarotta fraudolenta (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), già punibili alla stregua del comma 1° dell'articolo 223 L. Fall.

Se ciò è corretto – come in questa sede si è sostenuto –, il coordinare una molteplicità di atti richiede un'unità di visione ontologicamente incompatibile con la colpa; è, a parere di chi scrive, possibile instaurare un parallelismo concettuale con l'unicità del disegno criminoso, fondamento della disciplina della continuazione e notoriamente compatibile con le sole fattispecie a matrice dolosa⁶³³.

Con l'ovvia precisazione che per la fattispecie in commento il coefficiente doloso, alla luce di quanto ampiamente argomentato in precedenza, non dovrà estendersi all'evento, annesso al soggetto da una colpa in concreto⁶³⁴.

Gli argomenti sinora esibiti valgono *a fortiori* per l'*intraneus* e l'*extraneus* indotti in errore rilevante ai sensi dell'articolo 48 del codice penale, nel senso che l'articolazione in una molteplicità di atti e la procedimentalizzazione offrono più momenti in cui celare l'inganno, anche considerato che l'espedito decettivo

⁶³³ La giurisprudenza di legittimità è particolarmente chiara nelle pronunce relative alla continuazione tra contravvenzioni, avendo statuito che «l'unicità del disegno criminoso è di natura intellettuale e consiste nella ideazione contemporanea di più azioni antiggiuridiche programmate nelle loro linee essenziali». V., da ultimo, Cass. Pen., Sez. III, 24 gennaio 2013, n. 10235, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 254423.

Più in generale, sulla non configurabilità della continuazione tra reati dolosi e colposi v. Cass. Pen.: Sez. VI, 1 febbraio 2012, n. 6579, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252041; Sez. IV, 19 giugno 2007, n. 35665, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 237454.

In dottrina, oltre alla manualistica e senza pretesa di esaustività, ZAGREBELSKY V., voce *Reato continuato*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, in particolare § 2, anche per il richiamo al pensiero di Bartolo da Sassoferrato, che con il consueto, impareggiabile, acume aveva già colto l'essenza della questione nel crisma del finalismo («quando plura delicta tendunt ad eundem finem, pro uno tantum puniuntur»); COPPI F., voce *Reato continuato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1996, in particolare § 7.

⁶³⁴ V. Cap. II.6.2.

realizzato in un determinato momento potrebbe essere traghettato da tutti i passaggi successivi fino a quello finale.

Sempre sul versante del coefficiente soggettivo, altro terreno da esplorare e attiguo a quello ora considerato, è quello del concorso colposo dell'*extraneus* nei delitti oggetto di disamina, tutti dolosi, ad eccezione, come si è ampiamente detto, dell'ipotesi di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 secondo inciso R.D. 16 marzo 1942, n. 267⁶³⁵. Pertanto, con riferimento a quest'ultima fattispecie la difformità tra i coefficienti soggettivi dei vari correi attiene esclusivamente a quello che è stato in questa sede definito primo segmento della fattispecie o, con maggiore precisione dogmatica, alla condotta.

Si è anche detto che in linea di massima la difformità dei coefficienti soggettivi in capo ai vari concorrenti va reputata ammissibile, ma trova il proprio limite nel principio di affidamento: poiché ciascuno può ragionevolmente confidare che i membri della collettività con cui entra in contatto si autodeterminino in modo responsabile, deve evitare soltanto i rischi derivanti dalla propria condotta. Al contrario, non sussiste un generalizzato obbligo di impedire i comportamenti pericolosi altrui⁶³⁶.

Come si è esposto, tuttavia, a tali fini è altresì necessario che la condotta del partecipe sia contemplata dalla legge anche come reato colposo, alla luce di quanto dispone l'articolo 42 comma 2° del codice penale; la regola cautelare violata, inoltre, doveva essere diretta a prevenire anche il rischio dell'atto doloso del terzo, in concreto prevedibile ed evitabile dall'agente⁶³⁷.

Il che non è per le fattispecie di bancarotta impropria prefallimentare, la cui cifra fraudolenta ha (sinora) evitato che il legislatore si spingesse a configurarne una forma colposa.

Al più, come si è già detto nei capitoli precedenti, l'eventuale errore o ignoranza colposa sulla qualità differenziante il "*Sonderverbrechen*" rivestita

⁶³⁵ Si veda *infra*, Cap. I.5.2., II.6.1. e II.6.2.

⁶³⁶ V. *infra*, Cap. I.5.2.

⁶³⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, cit.; Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, cit.

dall'intraneo (di amministratore, direttore generale, sindaco, liquidatore) renderà applicabile l'articolo 117 del codice penale⁶³⁸. Fermo restando, in ogni caso, che l'*extraneus* dovrà invece essere sorretto dal coefficiente soggettivo richiesto per il reato diverso eventualmente compiuto.

Un altro profilo problematico è quello dell'individuazione del limite ultimo del concorso nelle fattispecie di bancarotta impropria prefallimentare di cui al comma 2° dell'articolo 223 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Come si è esposto⁶³⁹, l'opinione dominante sul tema segue, più in generale, il criterio ezio-crono-logico, in base al quale non può esservi contributo al reato una volta che questo si sia consumato.

Il che, però, richiede la corretta delimitazione della latenza del delitto rispetto al quale l'apporto del compartecipe può esplicitare un effetto causale, senza peraltro affidarsi a presunzioni fondate sul facile, ma fuorviante, sillogismo "*dum hoc, propter hoc*".

Le ipotesi delittuose che qui interessano, come si è avuto modo di vedere, si connotano per un evento naturalistico di pericolo concreto, individuato con il termine "dissesto" o con la parola "fallimento", entrambi indicativi di un fenomeno che, va ribadito, è graduabile nella sua portata o, per utilizzare un lessico più confacente al paradigma causale, è aggravabile nella dimensione lesiva dai contributi forniti anche dai concorrenti estranei.

Ciò evoca la distinzione carrariana tra delitto consumato in termini giuridici e delitto compiuto anche ontologicamente o, con terminologia più moderna, tra perfezionamento, che si ha quando sussistono tutti gli elementi costitutivi previsti dal tipo astratto descritto dal legislatore, e consumazione del reato, che coincide con il raggiungimento dell'*ακμή* della portata offensiva in concreto del fatto⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Cfr. PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, cit., *passim*.

⁶³⁹ V. *infra* Cap. I.8.

⁶⁴⁰ V. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 495 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 443 e ss.; GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, cit., p. 1107.

Contra, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 248; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 415, che osservano che non va confusa l'integrazione della fattispecie con la gravità dell'offesa, rilevante solo in sede di commisurazione della pena;

Ne consegue che, per quanto qui interessa, potrà dar luogo alla responsabilità del concorrente ciascun apporto che incida sull'esposizione a pericolo delle ragioni creditorie determinata dal dissesto, purché intervenga nell'arco temporale, anche molto ampio, tra tale momento e la declaratoria di fallimento o l'emissione di altro provvedimento giudiziale ad essa equivalente in base al vigente ordinamento.

Con maggiore impegno esplicativo, vanno selezionati i contributi che possano reputarsi omogenei sotto il profilo strutturale e del disvalore rispetto al fatto tipico, con riferimento a un evento di cui si siano ormai cristallizzati luogo e tempo di verifica.

Con precipua attenzione al contesto oggetto della presente disamina, ciò avviene laddove il contributo concorsuale ad una delle ipotesi delittuose contemplate dall'articolo 223 comma 2° L. Fall. comporti un peggioramento dell'esposizione debitoria della società decotta.

Infatti, se è vero che il dissesto consiste nell'irreversibile crisi finanziaria e patrimoniale, presupposto per la pronuncia giudiziale⁶⁴¹, è altrettanto vero che la probabilità per ciascuno dei creditori di rivalersi sull'attivo fallimentare è inversamente proporzionale alle dimensioni del passivo, a prescindere dalla natura chirografaria o privilegiata del diritto vantato.

Il 'primo' dissesto, per così dire, è suscettibile di essere aggravato e spostato in avanti sotto il profilo criminologico sino all'intervento di un provvedimento cui la disciplina della crisi aziendale ricolleggi il venir meno della libera gestione dell'impresa o, da una prospettiva speculare, il principio di una procedura concorsuale.

NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 791, che liquida la disputa come solo nominalistica.

⁶⁴¹ V. PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., pp. 4422 e ss., § 1, parla di «manifestazione di crisi finanziaria e patrimoniale, ben più grave della mera insolvenza», nel senso che, come precisato sub nota 4 richiamando Tribunale di Firenze, 10 novembre 2006, Perini e Frizzilio, cit.; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 225, 231; D'AVIRRO A., in D'Avirro A. - De Martino E., *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 185; MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 69.

CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., § 13, fa invece coincidere perfettamente il dissesto con l'insolvenza.

Più diffusamente, V. cap. II.5.2.

A prescindere dalla qualificazione giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento (e della congerie di atti ad essa equiparati dal legislatore), è infatti pacifico che la stessa segni una netta cesura nel sistema penalfallimentare. Anche se, a rigore, talune delle condotte postfallimentari aggravano a propria volta il dissesto, depauperando ulteriormente l'attivo residuo; a titolo meramente esemplificativo, può ricordarsi la fattispecie punita dall'articolo 232 comma 3° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Si intende dire che il confine non travalicabile del concorso nelle fattispecie di bancarotta impropria prefallimentare oggetto della presente disamina va individuato, alla stregua delle indicazioni evincibili dalla normativa in materia, nel provvedimento genetico della procedura concorsuale, all'esito della quale verrà appurato il danno effettivamente arrecato ai singoli creditori dell'impresa.

In altre parole, è la tipicità stessa dei delitti in commento, di cui fa parte la declaratoria di fallimento, a circoscriverne l'espansione sotto il profilo della lesività, che, per le considerazioni in precedenza espresse, deve arrestarsi alla soglia dell'esposizione a pericolo, connaturata al dissesto ancora privo del crisma giudiziale.

Prima di tale momento, le ipotesi di cui all'articolo 223 comma 2° L. Fall., per quanto strutturalmente affini ai reati di durata, non possono a rigore considerarsi né reati eventualmente permanenti o eventualmente abituali, né delitti a consumazione progressiva.

Quanto, in primo luogo, alla categoria dei reati eventualmente permanenti, va osservato che, come noto, si tratta di una classificazione con valenza meramente descrittiva, poiché manca in radice nella fattispecie di delitto in commento una permanenza propriamente intesa della condotta, che viene piuttosto reiterata e non «*si dispiega ininterrottamente*»⁶⁴² per un periodo consumativo, peraltro non richiesto dalla fattispecie astratta⁶⁴³. Ancor prima e secondo l'impostazione più risalente,

⁶⁴² Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 11021, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 211385.

⁶⁴³ In dottrina, RAMPIONI R., voce *Reato permanente*, cit.; COPPI F., voce *Reato permanente*, cit.. Nella manualistica, tra gli altri, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 447; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 795 –

l'oggettività su cui incidono i delitti in questione – il patrimonio dei ciascun creditore⁶⁴⁴, nella dimensione *uti universi* conferitagli dalla procedura concorsuale – non sembra comprimibile, ma soltanto suscettibile di offesa o esposizione a pericolo⁶⁴⁵.

Neppure appare conferente la categoria del reato eventualmente o necessariamente abituale; infatti, anche a volerla circoscrivere alla sola reiterazione di ipotesi di bancarotta omogenee (cioè in violazione della medesima disposizione di legge) realizzate in quello iato temporale che intercorre tra dissesto e sentenza di fallimento, mancherebbe pur sempre il peculiare dolo unificante che siffatta tipologia di reati richiede⁶⁴⁶.

Quanto, infine, alla categoria dei reati a consumazione progressiva, va qui ricordato che, come si è accennato in altro capitolo di questo scritto, la stessa è ormai pacificamente ammessa dal diritto giurisprudenziale vivente, in base a varie pronunce di legittimità intervenute con precipuo riferimento ai reati contro il patrimonio⁶⁴⁷ e talora contenenti espressi riferimenti al fondamento dell'istituto, da

798.

⁶⁴⁴ V., *infra*, Cap. II.2.

⁶⁴⁵ Appare invece quanto mai evanescente il criterio della natura o essenza intrinseca del fatto, che richiede la protrazione dell'offesa per la sua tipicità, richiamato da Corte Cost., 25 febbraio 1998, n. 46, e 26 novembre 1987, n. 520, in www.cortecostituzionale.it. *Contra*, rispetto alla soluzione proposta nel testo, COPPI F., voce *Reato permanente*, cit., § 5, che richiede non soltanto che il bene giuridico tutelato sia indistruttibile o non diminuibile, ma anche che il fatto tipico non postuli modalità di aggressione che comportino la distruzione o diminuzione dello stesso.

⁶⁴⁶ V. Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 249668, punto 5 della motivazione in diritto. *Contra*, FASANI F., *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 1490.

⁶⁴⁷ V., *ex plurimis* e in aggiunta alle pronunce citate nel cap. I, Cass. Pen.: Sez. II, 9 ottobre 2014, n. 43881, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 260694, che ritenne penalmente rilevante ai sensi dell'articolo 648-bis del codice penale l'operazione di svuotamento della cassa di un gruppo societario ed il successivo trasferimento del denaro ad un soggetto attraverso assegni circolari e bonifici, con l'incarico di reimpiegare le somme per finanziare altra società. Pare ragionevole affermare che se le società *a quo* fossero fallite, una simile condotta avrebbe potuto quanto meno integrare il reato di bancarotta fraudolenta impropria per distrazione; Sez. V, 11 giugno 2014, n. 32050, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 260496, afferente a un'ipotesi di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche periodiche; Sez. II, 25 novembre 2011, n. 46677, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252056, in tema di estorsione; Sez. IV, 23 gennaio 2009, n. 18485, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 243978, su un furto di energia elettrica, anche se con attenzione rivolta in particolare al tema della flagranza di reato ai

individuare nel «*progressivo aggravamento del danno causato dalla condotta illecita*»⁶⁴⁸.

Mutatis mutandis, anche l'aggravamento del pericolo cagionato dalla condotta illecita va a prolungare la consumazione della bancarotta impropria prefallimentare; pare, cioè, che il dato essenziale cui occorre fare riferimento sia la maggiore offesa recata all'interesse tutelato, a prescindere invece dal fatto che la stessa si atteggi quale lesione effettiva o solo potenziale.

A prescindere da ulteriori considerazioni vi è, tuttavia, una disposizione che pare a chi scrive ostativa alla rigorosa applicazione delle varie categorie ora enunciate: l'articolo 219 comma 2° n. 1 R.D. 16 marzo 1942, n. 267, che legittima un aumento di pena «*se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli*» 216, 217, 218 del medesimo regio decreto.

In estrema sintesi, la norma in questione consacra la tesi della pluralità dei fatti di bancarotta commessi in relazione alla medesima procedura di insolvenza, a discapito del cd. principio di unitarietà del fallimento, fatto proprio dal codice di commercio del 1882 e, ancor prima, dal codice francese di commercio del 1807, come precipitato della concezione del fallimento stesso quale evento del reato di bancarotta⁶⁴⁹.

Più nel dettaglio, l'articolo 219 L. Fall. unifica *quoad poenam* fatti di reato autonomi e non sovrapponibili tra loro, seppur facendo ricorso alla categoria teorica della circostanza aggravante, «*della quale presenta sicuri indici qualificanti: a) il nomen iuris, "circostanze", adottato nella rubrica; b) la generica formula utilizzata per individuare la variazione di pena in aggravamento ("le pene sono aumentate")*» [che] *implica il necessario richiamo all'art. 64 cod. pen., che è l'unica disposizione che consente di modulare la*

fini dell'arresto.

Non vengono qui citati, invece, i molteplici precedenti concernenti casi di usura, per così dire agevolati nell'attribuire rilevanza ai pagamenti di capitale e interessi dall'avere un addentellato normativo ben preciso nell'articolo 644-ter del codice penale.

⁶⁴⁸ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 9 ottobre 2014, n. 43881, cit., punto 1 della motivazione in diritto, laddove peraltro richiama quali precedenti in termini Cass. Pen., Sez. II, 24 aprile 2007, n. 26256, in C.E.D. Cass., Rv. 237299, e Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615/06, in C.E.D. Cass., Rv. 232956.

⁶⁴⁹ V. Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit., punto 4 della motivazione in diritto.

detta variazione sanzionatoria»⁶⁵⁰.

Si tratta, dunque, di «*un'ipotesi di concorso di reati autonomi e indipendenti, che il legislatore unifica fittiziamente agli effetti della individuazione del regime sanzionatorio nel cumulo giuridico*», poiché difetta la struttura del reato circostanziale, la quale postula che alcuni dei fatti siano accessori ad almeno uno che possa considerarsi principale⁶⁵¹.

Allo stesso modo, non si tratta di reato complesso ai sensi dell'articolo 84 del codice penale, istituito per il quale è indefettibile secondo la Suprema Corte la realizzazione contestuale dei singoli reati 'componenti', non sussistente, viceversa, in relazione a bancarotte da ricondurre a distinte azioni criminose; altrimenti, l'articolo 219 comma 2° n. 1 non sarebbe neppure applicabile in ragione della struttura a più fattispecie di talune delle previsioni penalfallimentari⁶⁵².

Ebbene, alla luce di simile, condivisibile, orientamento giurisprudenziale, la cd. continuazione fallimentare arriva a coprire quasi ogni ipotesi di aggravamento del dissesto attraverso comportamenti riconducibili ai differenti delitti di cui all'articolo 223 comma 2° del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, anche perché il sintagma «*più fatti*» vale sia per la reiterazione della medesima fattispecie tipica che per la realizzazione di situazioni differenti⁶⁵³.

⁶⁵⁰ V. Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit., punto 5 della motivazione in diritto. Successivamente, Cass. Pen., Sez. V, 12 novembre 2013, n. 51194, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 258675, ha coerentemente reputato applicabile altresì l'articolo 69 del codice penale. In dottrina, SGUBBI F., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., art. 219, *Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, p. 215.

⁶⁵¹ V. Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit., punto 5 della motivazione in diritto.

In dottrina, ROSSI A., *I reati fallimentari*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 256 – 257, pp. 259 – 260, per l'applicabilità della disciplina di cui all'articolo 81 capoverso del codice penale laddove le condotte concernono fallimenti diversi, salvo che si tratti di società riconducibili al medesimo gruppo; in tal senso già SGUBBI F., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., art. 219, *Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., pp. 222 – 223.

⁶⁵² Ancora Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit., punto 5 della motivazione in diritto.

In modo pressoché identico, SGUBBI F., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., art. 219, *Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 216. Contra, FASANI F., *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*, cit., p. 1490.

⁶⁵³ V. Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit., punti 5 e 6 della motivazione in diritto, argomentando dalla necessità di rispettare il principio costituzionale di parità di trattamento: «*ove si ritenga, infatti, che la norma in esame sia applicabile solo ai casi di*

E ciò anche nell'ambito delle ipotesi di bancarotta impropria, posto che, a prescindere dal dato letterale, il richiamo al trattamento sanzionatorio previsto per le ipotesi di bancarotta propria va inteso nella sua globalità e che, in ogni caso, si tratta di disposizione applicabile in via analogica, in quanto risulta più favorevole per l'imputato e sussiste un'*eadem ratio*⁶⁵⁴.

Quanto alla dimensione plurisoggettiva eventuale del delitto, è appena il caso di osservare che, dovendosi applicare la disciplina delle circostanze, l'articolo 219 comma 2° n. 1 L. Fall., anche a prescindere dalla natura prettamente obiettiva (poiché attiene alla condotta dell'agente e alle modalità della stessa⁶⁵⁵), sembra estensibile ai concorrenti che ne abbiano ignorato l'esistenza, in virtù del

concorso interno, quello cioè tra più fatti di bancarotta tutti semplici o tutti fraudolenti, mentre il concorso esterno tra fatti di bancarotta semplice e fatti di bancarotta fraudolenta rientrerebbe nella sfera di operatività dell'art. 81 cod. pen., si finirebbe col punire con maggiore asprezza chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, rispetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta, dovendo il primo soggiacere al più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 81 cod. pen.».

In dottrina, SGUBBI F., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *art. 219, Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., pp. 214 – 215, e pp. 223 – 224 per l'illegittimità costituzionale di un'opposta interpretazione; PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., pp. 182 – 183, che peraltro era orientato nel senso dell'unificazione normativa di plurimi fatti dal punto di vista naturalistico; ROSSI A., *I reati fallimentari*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 254 – 256.

Contra, SANTORIELLO C., *Pluralità di fatti di bancarotta: dalle sezioni unite una ricostruzione completa*, in *Soc.*, 2011, 10, pp. 1196 e ss., per il quale deve invece applicarsi la generale disciplina della continuazione.

⁶⁵⁴ Espressamente, Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit., punto 6.1. della motivazione in diritto.

Nella dottrina, SGUBBI F., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *art. 219, Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 224, facendo leva sul *favor rei*; PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., pp. 184 e ss.; ROSSI A., *I reati fallimentari*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, XIII^a ed., cit., pp. 258 – 259, ove peraltro si suggerisce di scegliere quale base per l'aumento di pena la violazione più grave, sembrerebbe in concreto, se non altro per la possibile equivalenza sanzionatoria di molte delle combinazioni possibili tra le fattispecie considerate.

Contra, SANTORIELLO C., *Pluralità di fatti di bancarotta*, cit., pp. 1196 e ss., in quanto le ipotesi delittuose di cui agli articoli 223, comma 2° nn. 1 e 2, e 224 n. 2, non sarebbero assimilabili a quelle di cui ai precedenti articoli 216, 217, e 218 e quindi mancherebbe l'*eadem ratio* e, con essa, il fondamento stesso di ogni applicazione analogica.

⁶⁵⁵ V. SGUBBI F., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *art. 219, Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., pp. 220 – 221.

combinato disposto degli articoli 59 e 118 del codice penale⁶⁵⁶.

Si noti, però, che l'accoglimento dell'impostazione pluralista comporta che ciascun concorrente risponda esclusivamente dell'episodio cui ha preso parte⁶⁵⁷; dunque, soltanto laddove abbia partecipato a più fatti di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, egli potrà invocare il trattamento più favorevole di cui alla disposizione in commento.

Con almeno due ordini di precisazioni, però.

In primo luogo, tale principio di diritto non dovrebbe trovare applicazione, secondo l'ordito motivazionale delle stesse Sezioni Unite, con riferimento alle azioni da considerarsi unitariamente sotto il profilo normativo, in quanto poste in essere in immediata successione cronologica ed omogenee tra loro, cioè lesive dello stesso bene giuridico⁶⁵⁸.

Il che, calato nel contesto della presente analisi, potrebbe valere per entrambe le ipotesi di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 L. Fall., che dal punto di vista dell'oggettività giuridica non presentano differenziazioni; anzi, a rigore, sono omogenee anche alla bancarotta fraudolenta impropria di cui al comma 1° della disposizione ora citata.

Viceversa, per la bancarotta da reato societario qualche dubbio potrebbe insorgere in ragione dell'interesse tutelato volta per volta dall'illecito 'a monte', laddove si ritenga che lo stesso inoculi una nota di plurioffensività anche nel delitto fallimentare 'a valle'.

In secondo luogo, si potrebbe opinare che le condotte poste in essere in modo pressoché contestuale e *stricto sensu* omogenee, cioè in violazione della medesima disposizione penalfallimentare, configurino un unico reato a consumazione progressiva, nel senso in precedenza esposto; il che escluderebbe in radice l'applicabilità dell'articolo 219 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 216.

Al riguardo va però riaffermato che, come prospettato nel primo capitolo di

⁶⁵⁶ V. *infra*, Cap. I.7.

⁶⁵⁷ V. SGUBBI F., op. ult. cit., pp. 220 – 221.

⁶⁵⁸ V. Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit., punto 5 della motivazione in diritto.

questo scritto, per aversi consumazione prolungata occorre altresì che il fatto tipico preveda una forma ordinaria “promessa/accordo seguita dalla esecuzione” e una forma contratta o sussidiaria “promessa/accordo non seguita dalla esecuzione”, in modo che il compimento di quanto concordato sia assimilabile alla cd. progressione criminosa⁶⁵⁹.

Ancora una volta le fattispecie più feconde paiono quella di cagionamento doloso del fallimento e di operazioni dolose; in particolare, la procedimentalizzazione insita in quest’ultima potrebbe forse estrinsecarsi anche in un accordo (per esempio contrattuale) seguito da vari momenti esecutivi (cd. contratto di durata), tali da aggravare il dissesto e, quindi, l’esposizione a pericolo dell’integrità del patrimonio del debitore.

Se tale conclusione è corretta, allora sarebbe integrato un unico reato, del quale però in ambito penalfallimentare non andrebbe postergato il momento consumativo, in ogni caso coincidente con l’apertura della procedura di insolvenza.

Se è vero che la continuazione fallimentare non troverebbe neppure applicazione, tuttavia sul piano sanzionatorio si dovrebbe considerare quanto meno la gravità del pericolo cagionato ai sensi dell’articolo 133 del codice penale⁶⁶⁰.

È appena il caso di notare che siffatta conclusione dipende dalla portata attribuita al requisito dell’immediata consequenzialità cronologica delle singole condotte realizzate; se intesa in senso normativo – sociale⁶⁶¹, infatti, l’omogeneità di lesione acquisisce una valenza unificante che trascende la contestualità prettamente

⁶⁵⁹ V. infra, Cap. I.8.

⁶⁶⁰ Non sembra invece che di per sé il tipo di apporto enunciato nel testo sia sufficiente a integrare anche la circostanza aggravante di cui all’articolo 219 comma 1° L. Fall., per la quale occorre un *quid pluris*, costituito dalla rilevante gravità delle conseguenze della condotta. Come precisato da Cass. Pen., Sez. I, 10 ottobre 2000, n. 12087, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 217403, il referente non è l’entità del passivo o la differenza tra attivo e passivo, ma la diminuzione patrimoniale cagionata direttamente ai creditori dal fatto di bancarotta; «ne consegue che il giudizio relativo alla particolare tenuità - o gravità - del fatto non va riferito al singolo rapporto che passa tra fallito e creditore ammesso al concorso, né a singole operazioni commerciali o speculative dell’imprenditore decotto, ma va posto in relazione alla diminuzione, (non percentuale, ma globale), che il comportamento del fallito ha provocato nella massa attiva che sarebbe stata disponibile per il riparto, ove non si fossero verificati gli illeciti».

⁶⁶¹ V. GALLO M., *Lineamenti*, cit., pp. 62 – 64.

oggettiva.

Riprendendo l'esempio addotto poc'anzi, ogni momento esecutivo del contratto (o, il che pare lo stesso, della promessa/accordo) iniziale forma un *unicum* sotto il profilo del fatto tipico di cui all'articolo 223 comma 2° n. 2 L. Fall.

È appena il caso di notare che la soluzione ora proposta, per quanto fondata su una categoria dogmatica (quella della consumazione cd. progressiva o frazionata) ampiamente avversata in dottrina, esplica effetti senza dubbio favorevoli per l'imputato, che evita in tal modo l'aumento – obbligatorio, stando all'utilizzo della forma indicativa presente «è aumentata» – imposto dall'articolo 219 L. Fall.

Infine, il riverbero sul piano della manifestazione plurisoggettiva del delitto *de quo* è che l'*extraneus* potrà contribuire a ciascuno dei segmenti che progressivamente aggravano l'esposizione a pericolo delle ragioni creditorie; ognuno dei singoli apporti dovrà, però, essere accuratamente vagliato anche ai fini di un'eventuale diversificazione della dosimetria sanzionatoria.

§

1.2. *De iure condendo*: la responsabilità delle persone giuridiche concorrenti

Come si è autorevolmente scritto all'indomani della crisi dei mutui *subprime*, il 'brodo di cultura' della criminalità d'impresa è la cultura di impresa stessa e non solo quella esterna, del contesto sociale generale, che tende a presentare i colletti bianchi come innocenti.

Si tratta, invero, di una classe di soggetti che «godono, da sempre, di un prestigio e di una patente di innocenza, appena intaccata da qualche sporadico episodio di repressione: ne sono destinatari solo delle “mele marce” - tanto agli occhi del ceto imprenditoriale quanto del pubblico influenzato dai mezzi di comunicazione di massa. (...) il white-collar criminal, pur consapevole di trasgredire la legge, non si considera(va) un criminale, bensì un cittadino rispettabile, coinvolto nelle maglie di “regole” difficili da rispettare. E la stampa accredita questa visione autoassolutoria»⁶⁶².

⁶⁶² Così MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in Riv. It.

E ciò anche grazie all'innegabile ausilio di prezzolati organi di stampa o, più in generale, di mezzi di comunicazione di massa (ovviamente inclusi quelli sorti dalla rivoluzione digitale), che consentono di minimizzare le ricadute reputazionali degli scandali finanziari sulle entità plurisoggettive, nella peggiore delle ipotesi additando pochi colpevoli, capri espiatori che è facile espungere *ex post* dalla compagine, che può così conservare la propria immagine se non intonsa pressoché candida⁶⁶³.

Con buona pace dei teorici della *shame culture* come adeguato freno inibitore di condotte illecite generate soprattutto da pulsioni che allignano nella cultura interna all'impresa, poiché «*vi è una spinta all'illegalità che nasce all'interno delle dinamiche delle imprese, soprattutto se articolate in settori diversi, con una competizione che va dall'alto verso il basso: pur di raggiungere un risultato entro il termine prefissato, o pur di acquisire titoli per bonus, stock options e per avanzamenti di carriera, si commetteranno reati, che poi si cercheranno di nascondere "sotto il tappeto", magari con la complicità di altre persone*»⁶⁶⁴.

Coerentemente, il compianto Autore già più volte citato, volgeva lo sguardo a quei sistemi, per lo più di *common law*, che da tempo hanno configurato una vera e propria responsabilità penale delle persone giuridiche, della quale era da sempre fautore, adducendo vari esempi, che vanno senz'altro qui richiamati e condivisi⁶⁶⁵.

Se non altro perché il diritto in questo campo disciplina fenomeni che trovano la loro origine in sistemi economici avanzati, tra i quali, nonostante gli epocali

Dir. Proc. Pen., 4, 2008, pp. 1465 e ss., § 6.

⁶⁶³ Sulla difficoltà di scoprire le illecite manovre finanziarie prima che si traducano in conclamate perdite (se non vere e proprie crisi sistemiche e non mere fasi anticicliche dell'economia) si veda sempre MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, cit., § 5, laddove si prende atto della maggiore incidenza statistica delle fonti interne (cd. *whistle blower*) sui controlli esterni, sia da parte delle Autorità a ciò preposte che da parte dei revisori, ma ciò nonostante si predilige la scelta per il sistema istituzionale di vigilanza.

⁶⁶⁴ V. ancora MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, cit., § 6, nonché § 11 per il compendio di sanzioni che alcuni sistemi prevedono, incidenti anche sul profilo reputazionale della società, come il *publicity order* che in Gran Bretagna obbliga a divulgare la notizia del reato commesso.

⁶⁶⁵ Dopo aver già volto lo sguardo al passato, in ossequio al motto del Würtenberger: «*Non esiste oggi nessuna importante questione di dogmatica penalistica alla cui chiara soluzione la via della storia o l'esame della criminologia non possano fornire un contributo fondamentale per l'approfondimento scientifico del problema*». V. MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 2-3, pp. 445 e ss.

cambiamenti degli ultimi decenni, resta centrale l'esperienza statunitense.

In primo luogo, dunque, punto di riferimento sono soprattutto gli Stati Uniti d'America, laddove sono state adottate *Federal Guidelines* che hanno portato a superare la civilistica *vicarious corporate liability*, la quale trasponeva in modo automatico in capo all'ente tanto il comportamento criminoso quanto l'elemento psicologico delle persone fisiche che l'avevano attuato, per giungere a una responsabilità dell'impresa come *organizational negligence*, «ovvero come politica (criminale) d'impresa: l'analogo della responsabilità dolosa»⁶⁶⁶.

Anche in Australia, poi, la “*corporate culture*” assurge a sintomo della “*corporate culpability*”, che «*emerge quando si accerti che all'interno della struttura organizzativa esiste una cultura d'impresa che ha diretto, incoraggiato, tollerato o indotto a non rispettare le prescrizioni stabilite; oppure che la struttura organizzativa ha omesso di creare o mantenere una cultura d'impresa finalizzata al rispetto delle disposizioni fissate*»⁶⁶⁷.

Ed è senz'altro opportuno ricordare, al riguardo, che «*per corporate culture si intende l'attitudine, i codici interni, le regole, la disciplina di autoregolamentazione esistenti all'interno dell'organizzazione intesa nella sua globalità o nel settore aziendale in cui si svolgono le attività più importanti*»⁶⁶⁸.

Anche nel Regno Unito l'evoluzione normativa è nel senso dell'estensione dei casi di responsabilità delle persone giuridiche; infatti, tra il 2007 e il 2008 furono introdotti il reato di *corporate manslaughter* in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord⁶⁶⁹ e di *corporate homicide* in Scozia.

Va notato che la relativa legge (Section 8) richiede che la giuria consideri la misura in cui le prove mostrano che vi siano stati atteggiamenti, politiche, sistemi e

⁶⁶⁶ V. MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, cit., § 8; va richiamato anche il § 11 quanto alle inconfutabili considerazioni circa l'inutilità di codici etici adottati spontaneamente dalle imprese.

Da ultimo, nella *vicarious liability* FIORELLA A. – SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2014, 3-4, pp. 108 – 109, ravvisano un'inaccettabile figura di responsabilità oggettiva dell'ente, nell'ottica

⁶⁶⁷ V. MARINUCCI G., op. ult. cit., § 6.

⁶⁶⁸ Ancora MARINUCCI G., op. ult. cit., § 6.

⁶⁶⁹ Reperibile in www.legislation.gov.uk.

prassi accettate all'interno dell'organizzazione che rendessero probabile l'incoraggiamento di manchevolezze nell'attuazione della legislazione sulla salute e sulla sicurezza o avessero generato tolleranza della violazione⁶⁷⁰.

Si noti: tanto avviene superando la teoria antropomorfa dell'identificazione del reato commesso dagli alti dirigenti con quello della società, fondata sull'assunto che costoro non agiscono *'per conto'* della persona giuridica, perché *'sono'* la persona giuridica; come nel nostro, anche nel Regno Unito ciò che in definitiva rileva è la colpa di organizzazione⁶⁷¹.

Dalla concisa esposizione che precede emerge, quindi, che come noto la necessità di sanzionare gli enti per le condotte criminose germinate nell'alveo di vere e proprie politiche di impresa è diffusa a livello globale; ebbene, si tratta allora di verificare se tale forma di risposta punitiva possa attagliarsi al tema oggetto della presente disamina.

Al riguardo, è risaputo che la responsabilità delle persone giuridiche in materia di bancarotta viene tradizionalmente esclusa, in linea di massima sulla scorta di due ordini di motivi.

In primo luogo, lo impone il principio di tassatività in materia: gli articoli da 24 a 25-*undecies* del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, non contengono alcun rinvio (né esplicito né indiretto) alle fattispecie penalfallimentari; se ne evince che chiamare a rispondere delle persone giuridiche per siffatti crimini violerebbe in modo patente il principio di legalità, ribadito in *subiecta materia* dall'articolo 2 del medesimo decreto.

L'inequivoco tenore letterale della disposizione in commento rende in effetti innegabile che per sancire la responsabilità degli enti occorra un'espressa previsione nel catalogo dei reati presupposto, in base a una scelta riservata al solo legislatore.

Pertanto, la prospettiva da assumere deve essere quella *de iure condendo*, che impone di confrontarsi con un altro ostacolo sovente evocato: la difficoltà di

⁶⁷⁰ V. MARINUCCI G., op. ult. cit., § 6.

⁶⁷¹ V. MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche uno schizzo storico-dogmatico*, cit., § II.4; ID. *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, cit., § 8.

ipotizzare un compito di prevenzione in capo all'imprenditore fallito, ormai 'spossessato' dell'azienda, come pure al curatore fallimentare. Per di più, si è scritto, l'eventuale sanzione pecuniaria sarebbe destinata a tramutarsi in un'obbligazione meramente cartolare, destinata a insinuarsi al passivo, in modo tale da renderne quasi risibile l'efficacia deterrente⁶⁷².

Alla luce di quanto esposto nel presente lavoro, però, tale seconda argomentazione si dimostra fallace, poiché trascura il concorso di soggetti appartenenti ad altra persona giuridica, diversa e distinta da quella fallita, che abbiano però contribuito, insieme agli intranei, a cagionarne il dissesto. Sempre che, resta inteso, queste entità collettive non collassino a propria volta, magari attratte nel gorgo dell'insolvenza proprio in conseguenza delle operazioni poste in essere con la società finita in *default*.

Un cambio di visuale che, a parere di chi scrive, pone in luce quanto sia opportuno che le persone giuridiche si dotino modelli e programmi volti a prevenire il ripetersi di analoghe condotte delittuose, che abbiano drenato le ultime risorse da un'azienda già esangue, magari mantenuta artificiosamente in vita a tale precipuo scopo anche oltre il momento del primigenio dissesto evento della bancarotta impropria di cui al comma 2° dell'articolo 223 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Per le ragioni meglio esposte nei precedenti capitoli di questo scritto, infatti, un simile comportamento rileva penalmente ai sensi della disposizione ora citata, se e in quanto aggravatore del dissesto in atto⁶⁷³.

Sembra, infatti, evidente che il rischio di reiterazione è tangibile, soprattutto laddove la molla determinante sia stata il perseguimento di un profitto; sul punto, è

⁶⁷² V. MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., pp. 286 – 287.

Si noti, però, che è invece forse ipotizzabile, almeno in astratto, un obbligo di prevenzione in capo al commissario o agli altri soggetti deputati alla gestione delle procedure concorsuali protese al superamento della crisi di impresa nell'ottica di un recupero della funzionalità della stessa. Ne consegue che, con i dovuti adattamenti, si potrebbe forse pensare all'elaborazione da parte degli stessi soggetti di modelli di organizzazione secondo i dettami dell'articolo 6 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, a titolo meramente esemplificativo volti a evitare il ripetersi di condotte distrattive o di infedeltà da parte di amministratori, direttori generali, sindaci.

⁶⁷³ V. *infra*, Cap. II.5.1, II.5.2, II.6.1, II.7.2.

sufficiente considerare che si tratta di spinta quanto mai seducente per chi lavori per enti tenuti a produrre risultati positivi da presentare in bilancio e, talora, ad alimentare attraverso di essi la propria quotazione di mercato.

Ad esempio, l'efficacia deterrente della sanzione da responsabilità da reato potrebbe davvero esplicitarsi in tutta la sua estensione rispetto ad un istituto di credito che con operazioni dolose abbia aggravato o causato il fallimento di un cliente sovvenzionato, a condizione (pare ovvio) che la punizione comminata sia effettiva e proporzionata alla gravità del fatto.

Sul punto vale forse la pena di notare che più efficaci delle sanzioni pecuniarie appaiono, di primo acchito, quelle interdittive e la confisca per equivalente di cui all'articolo 19 del D. Lgs. 231 del 2001, già oggetto di importanti pronunce giurisprudenziali che ne hanno tracciato uno statuto⁶⁷⁴.

Quanto alle prime, peculiare risulta la disciplina concernente le banche, gli intermediari speciali iscritti all'apposito albo, le Società di Intermediazione Mobiliare, le Società di Gestione del Risparmio e le Società di Investimento a Capitale Variabile, anche se succursali italiane di banche oppure di imprese di investimento comunitarie o extracomunitarie.

Tutti gli enti ora elencati, infatti, non possono patire misure interdittive in via cautelare, in base al combinato disposto degli articoli 97-bis e 107 comma 6° del D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, nonché dell'articolo 60-bis del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (come riformati dagli articoli da 8 a 10 del D. Lgs. 9 luglio 2004, n. 197, attuativo della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi).

⁶⁷⁴ Con riferimento, ad esempio, alla nozione di profitto, a partire da Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.A., in *C.E.D. Cass.*, in Rv. 239924, nonché in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 10, pp. 1263 e ss., e in *Cass. Pen.*, 2008, 12, pp. 4544 e ss. Nel senso del carattere policromo della confisca *de qua*, rispondente ora a finalità sanzionatorie, ora riparatorie o equitative (posto che l'articolo 6 comma 5° del D. Lgs. 231 del 2001 consente di comminarla quand'anche l'ente vada esente da responsabilità da reato) in dottrina si veda OGGERO M.E., voce *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, cit., § 7. L'Autrice, al § 9, nota però come questa sanzione sia aggirabile attraverso una strumentale scissione dell'ente destinatario, essendo prevista dal decreto in commento la trasmissibilità, peraltro con vari limiti, delle sole sanzioni pecuniarie ed interdittive.

È infatti richiesto *ex professo* il previo accertamento della responsabilità da reato con sentenza divenuta irrevocabile, la cui esecuzione è peraltro demandata alla Banca D'Italia e, per le sole S.I.M., S.G.R. e S.I.C.A.V., anche alla CO.N.SO.B.

Con un'ulteriore eccezione, però: mai potrà aver luogo la nomina di un commissario giudiziale ai sensi dell'articolo 15 del D. Lgs. 231 del 2001.

La soluzione, a parere di chi scrive, appare confacente al contemperamento delle esigenze punitive con quelle di tutela del bene del risparmio, (si ripete) di rango costituzionale, poiché potrebbe costituire cura peggiore del male un prematuro blocco dell'attività di un istituto di credito, anche considerate le forti interrelazioni esistenti nella comunità bancaria.

Dunque, le eventuali ripercussioni sistemiche che una simile sanzione potrebbe comportare verosimilmente assumerebbero portata totalizzante, nel senso che il ruolo fondamentale del credito bancario nel sistema produttivo e, a catena, di questo nella società sono ormai noti anche ai profani⁶⁷⁵, senza trascurare poi che punisce condotte che si inseriscono nel contesto di un'attività di impresa generalmente lecita.

Né può sottacersi che l'articolo 25-ter del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 prevede esclusivamente sanzioni pecuniarie per la responsabilità degli enti da reato societario; la disposizione in commento non è stata emendata dalla legge a tutela del risparmio n. 262 del 2005, che pure ha più in generale aggravato il trattamento irrogabile in base al sottosistema in commento⁶⁷⁶.

Al riguardo, la parziale sovrapponibilità dei reati societari considerati, rispettivamente, dagli articoli 25-ter ora citato e 223 comma 2° n. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, (non dà, infatti, origine a responsabilità dell'ente l'infedeltà patrimoniale punita dall'articolo 2634 del codice civile) suggerisce un duplice

⁶⁷⁵ Si ponga mente alla diffusione della locuzione "*credit crunch*", che insieme a "*spread*" hanno trovato ampia eco nei mezzi di comunicazione di massa per via del perdurare della crisi economica.

⁶⁷⁶ Secondo PELISSERO M., *Responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II – *reati fallimentari, reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, a cura di Grosso C.F., Milano, XIII^a ed., 2014, pp. 736 – 737, l'esclusione delle sanzioni interdittive non ha alcuna giustificazione.

ordine di considerazioni⁶⁷⁷.

Da un lato, vi si può ravvisare un indice della compatibilità del sistema della responsabilità da reato degli enti con crimini base maturati grazie all'abuso dello schema societario; dall'altro, suggerisce un'affinità tale da indurre fondatamente ad estendere l'esclusione sanzionatoria anche alle fattispecie penalfallimentari⁶⁷⁸.

In definitiva, dunque, se si ampliasse la gamma dei reati presupposto includendovi la bancarotta impropria, risulterebbe congruente circoscrivere le sanzioni irrogabili all'indefettibile sanzione pecuniaria e alla confisca⁶⁷⁹ per equivalente.

Si tratta, infatti, di una combinazione che appare munita di sufficiente efficacia deterrente quando alla bancarotta impropria, che in ogni sua *species* implica, come si è visto, un abuso dello schema societario.

E ciò considerate anche la difficoltà, per le imprese, di annoverare la misura ablatoria, diversamente da quella pecuniaria, tra i rischi di gestione e scaricarla in

⁶⁷⁷ Per uno sguardo di insieme sull'articolo 25-ter del D. Lgs. 231 del 2001, v. DEL SIGNORE S., *Art. 25-ter - Reati societari*, in AA.VV., a cura di Cadoppi A. – Garuti G. – Veneziani P., *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010 pp. 335 – 367.

⁶⁷⁸ Per le trascurabili differenze, per esempio in punto di soggetti attivi e di estensione a chi di fatto eserciti le funzioni apicali (ai sensi dell'articolo 5 del D. Lgs. 231 del 2001 e non già dell'articolo 2639 del codice civile), v. ancora DEL SIGNORE S., *Art. 25-ter - Reati societari*, cit., §§ 4.1.1. e 4.1.2.

⁶⁷⁹ Cui è strumentale un sequestro preventivo i cui presupposti vengono intesi in modo ben più lasco da certa giurisprudenza, a seguire la quale l'onere motivazionale a supporto del provvedimento impositivo del vincolo reale si riduce all'astratta sussumibilità del fatto in una determinata ipotesi di reato, all'individuazione e alla quantificazione del prezzo o del profitto dello stesso, posto che «non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, né il "periculum" richiesto per il sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma primo, cod. proc. pen., essendo sufficiente accertarne la confiscabilità». Così, Cass. Pen., Sez. II, 16 settembre 2014, n. 41435, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 260043. In ogni caso, cioè, l'ablazione non può superare la misura di quanto l'ente abbia ritratto dal reato.

Per di più, se disposta per equivalente, la confisca prescinde ovviamente da qualsivoglia nesso di pertinenzialità propriamente inteso rispetto al reato base o, per meglio dire, all'illecito dipendente da reato. In tal senso, anche Cass. Pen., Sez. II, 29 aprile 2014, n. 21228, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 259717.

Sulla sanzione pecuniaria nel sistema spagnolo di responsabilità delle entità giuridiche si veda FARALDO CABANA P., *Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano*, Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3-4, 2014, pp. 120 – 130.

modo economicamente ponderabile sui terzi⁶⁸⁰, nonché per le prevedibili ricadute negative che la comminatoria di dette sanzioni potrebbe esplicare sul piano reputazionale.

Simili ripercussioni sull'immagine anche commerciale dell'ente, infatti, si producono a prescindere dal fatto che si ordini di pubblicare la sentenza ai sensi dell'articolo 18 del D. Lgs. 231 del 2001, che, peraltro, vale solo per la condanna a sanzioni interdittive, escluse dal modello qui proposto.

Con una precisazione con riferimento ai limiti edittali del trattamento sanzionatorio: la maggiore gravità della bancarotta impropria rispetto ai reati societari di cui all'articolo 25-ter del D. Lgs. 231 del 2001 (se non altro perché si è prodotto il dissesto) richiede che la pena pecuniaria comminabile sia più elevata di quella prevista per i reati societari 'a monte' della stessa.

Pertanto, considerato che l'articolo 25-ter lett. c) del decreto ora citato prevede al massimo (per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, comma 3°, del codice civile) la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote, osservando un approssimativo criterio di proporzione matematica tra le pene detentive rispettivamente previste da tale fattispecie e dall'articolo 223 L. Fall., si potrebbe ipotizzare una forbice edittale da seicento a mille quote.

Inoltre, si potrebbe replicare l'“aggravante” del profitto di rilevante entità, di cui al comma 3° dell'articolo 25-ter ora citato.

Anche nell'ambito penalfallimentare, poi, valgono appieno (se non *a fortiori*) le ragioni fondanti il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, laddove si consideri la notevole difficoltà che sovente si riscontra nell'individuare i responsabili persone fisiche (di cui si crede di aver dato conto in questo scritto) a fronte di procedimenti complessi, plurisoggettivi, articolati in settori e secondo gradini gerarchici, ma sovente riconducibili a una politica d'impresa.

Difficoltà che si aggravano ulteriormente laddove le indagini si svolgano a distanza di anni, in ragione della notoria lungolatenza della rilevanza delle condotte

⁶⁸⁰ V. OGGERO M.E., voce *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, cit., § 5.

prefallimentari.

Una situazione, insomma, cui pare attagliarsi in modo sartoriale l'articolo 8 lettera a) del già menzionato D. Lgs. 231 del 2001, che, come noto, è il precipitato nazionale della Raccomandazione n. R (88) 18 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 20 ottobre 1988⁶⁸¹ e che vale anche per chi di fatto eserciti funzioni apicali (con il limiti esegetici imposti dall'articolo 2639 del codice civile) e, almeno secondo taluni, per i soggetti estranei all'ente, ma sottoposti alla direzione o vigilanza di chi ne sia parte⁶⁸².

Sotto diverso profilo, ancor maggiore sarà la portata applicativa di un'eventuale riforma legislativa tesa a comprendere le fattispecie di bancarotta impropria tra i reati presupposto se si aderisce alla tesi favorevole alla responsabilità amministrativa della società capogruppo per reati commessi dalle persone giuridiche controllate, che ha trovato eco anche nella giurisprudenza di legittimità, con riferimento all'ipotesi in cui «*nella consumazione concorra una persona fisica che agisca per conto della "holding", perseguendo anche l'interesse di quest'ultima*»⁶⁸³.

Infatti, come si è visto, la dimensione di gruppo riguarda, ovviamente, anche

⁶⁸¹ La cui traduzione in lingua italiana è reperibile in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1991, pp. 653 e ss. Come ricorda MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche uno schizzo storico-dogmatico*, cit., § III.1.1., nel medesimo senso si erano espressi anche i partecipanti ai lavori del Colloquio di Berlino del 1988 sulla *Criminal Responsibility of Legal and Collective entities*.

Dal principio di autonomia Cass. Pen., Sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255414, sembra arguire la configurabilità della responsabilità amministrativa dell'ente quand'anche sia stato assolto l'imputato persona fisica.

⁶⁸² Così OGGERO M.E., voce *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, cit., § 3; LOTTINI R., *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lg. n. 231 del 2001*, in *Giur. Mer.*, 2013, 10, pp. 2255 e ss., § 4, vi riconduce anche i consulenti esterni ingaggiati dalla società; PELISSERO M., *Responsabilità degli enti*, cit., p. 698.

⁶⁸³ V. Cass. Pen., Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 24583, Tosinvest e altri, in *Giur. It.*, 2012, 3, pp. 683 e ss., con nota di SANTORIELLO C., *La responsabilità amministrativa della società capogruppo per reati commessi dalle persone giuridiche controllate*, cui si rinvia per il compendio delle varie posizioni dottrinali sul punto. Basti qui osservare che, a mente dell'articolo 5 del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, fonda la responsabilità dell'ente (in concomitanza con gli altri requisiti normativi) la condotta posta in essere da chi in via di fatto eserciti la gestione e il controllo dello stesso. Analizza l'atteggiarsi dei modelli di organizzazione e gestione nei gruppi societari LOTTINI R., *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lg. n. 231 del 2001*, cit., § 8.

gli operatori che interagiscono a vario titolo con la società fallenda, specie quando quest'ultima abbia dimensioni medio grandi.

Com'è ovvio, dovranno sussistere altresì tutti gli altri presupposti della responsabilità amministrativa delle entità giuridiche, che saranno ora presi in rassegna cursoriamente⁶⁸⁴ per vagliarne, in modo estremamente sommario, l'adattabilità alla bancarotta impropria prefallimentare; peraltro, giova sin da subito chiarire che tra gli stessi non è inclusa la nazionalità italiana dell'ente⁶⁸⁵.

In primo luogo, non sembrano porre particolari questioni i requisiti dell'interesse e del vantaggio, prescritti dall'articolo 5 del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231; certo, diversamente da quanto opinavano i glossatori medievali, non sarà sufficiente che le persone fisiche si avvalgano dei simboli dell'entità giuridica cui appartengono per affermare che la condotta criminosa sia da ascrivere ad essa⁶⁸⁶.

Al riguardo, non sembrano neppure riproponibili le critiche da più parti levate contro l'introduzione nel novero dei reati presupposto di fattispecie colpose, posto che le bancarotte improprie considerate in questo scritto sono tutte dolose, con la

⁶⁸⁴ La letteratura sull'argomento è ormai sterminata, anche a limitarsi alle trattazioni monografiche. Per la preferibile tesi della natura ibrida ("ermafroditica") della responsabilità in questione, su cui non ci si può qui dilungare, si veda DELSIGNORE S., *Art. 1 - Soggetti*, in AA.VV., a cura di Cadoppi A. - Garuti G. - Veneziani P., *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, pp. 63 - 89, § 2.3. Nella manualistica, da ultimo, PELISSERO M., *Responsabilità degli enti*, cit., pp. 685 - 765.

⁶⁸⁵ In dottrina, tra gli altri, OGGERO M.E., voce *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, cit., § 2; DELSIGNORE S., *Art. 1 - Soggetti*, cit., pp. 63 - 89, § 7, di cui in particolare va condivisa la conclusione per cui, alla luce dell'art. 97-bis del D.Lgs. n. 385 del 1993, se una banca estera opera in Italia senza avervi una succursale è comunque soggetta alla disciplina generale del D.Lgs. 231 del 2001. Nella giurisprudenza di merito: Tribunale Milano, Sez. IV, 4 febbraio 2013, in *Soc.*, 2013, 7, p. 869; Ufficio Giudice per le Indagini Preliminari presso Tribunale Milano, Siemens AG, ord. 27 aprile 2004, in *Foro It.*, 2004, 2, c. 434, nonché in *Guida Dir.*, 2004, 19, pp. 78 e ss., con nota di LANZI A., *L'obbligatorietà della legge italiana non si ferma davanti alle multinazionali*.

⁶⁸⁶ Cfr. MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche uno schizzo storico-dogmatico*, cit., § II.3: «un'azione rimproverabile all'universitas come dolosa - per i glossatori - è quella compiuta con mezzi udibili o visibili (come suonare campane o corni, battere tamburi, e simili) ovvero compiuta sotto le insegne e gli stendardi della città: altrettanti sintomi esteriori di una decisione assunta e approvata dalla collettività» e II.4 per l'ammissibilità di forme di responsabilità dolosa, da sanzionarsi più gravemente, in particolare attraverso lo scioglimento dell'ente.

non trascurabile eccezione dell'ipotesi prevista dall'articolo 223 comma 2° n. 2, seconda parte, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Anche quest'ultima, tuttavia, è integrata per così dire da un esito colposo (il fallimento) prodotto da una base dolosa (l'operazione), alla quale sembrano riferibili i criteri del vantaggio e dell'interesse su cui si fonda, tra l'altro, l'ascrizione della responsabilità all'entità plurisoggettiva, sulla falsariga della giurisprudenza sviluppata in tema di infortuni sul lavoro⁶⁸⁷.

Non solo: occorre anche considerare che la prospettiva in cui porsi è qui esterna a quella dell'impresa fallita e che ciò rende più sostenibile che l'ente nutra un interesse a porre in essere operazioni che, nel breve periodo, possono rivelarsi redditizie, mentre in un lasso di tempo più esteso potrebbero comportare un danno esiziale alla controparte.

Occorre, infatti, ricordare ancora una volta che la stragrande maggioranza delle entità plurisoggettive che agiscono sul mercato è tenuta alla presentazione di bilanci destinati in misura più o meno ampia ad essere resi pubblici.

È allora agevole rilevare che le persone giuridiche sono condizionate, nelle proprie scelte imprenditoriali, dall'esigenza di mostrare utili nella maggior misura possibile e ad ogni scadenza imposta dai menzionati obblighi di pubblicità; per di più, se simili profitti vengono effettivamente conseguiti integrano un indubbio vantaggio per l'ente.

Casomai, è cruciale la prospettiva di procrastinare il fallimento sino a un momento posteriore all'interruzione dei rapporti con la società decotta e, auspicabilmente, a una fase in cui lo scioglimento dei precedenti vincoli sia totale, in modo da non patire alcuno strascico negativo dall'affondamento della stessa nelle maglie di una procedura concorsuale.

⁶⁸⁷ V. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 62 della motivazione in diritto, che ha avallato l'orientamento giurisprudenziale che, in tema di responsabilità da infortuni sul lavoro, aggancia il requisito dell'interesse o vantaggio non all'intera fattispecie di reato, comprensiva dell'evento lesivo, ma alla sola condotta violativa delle norme antinfortunistiche, già diffuso nella giurisprudenza di merito. tra le tante, si richiamano qui Tribunale Camerino, 9 aprile 2013, in *Riv. Pen.*, 2013, 6, p. 695; Tribunale Torino, Sez. I, 10 gennaio 2013, in *Soc.*, 2013, 7, p. 867; conforme, Tribunale Tolmezzo, 23 gennaio 2012, in *Soc.*, 2012, 10, p. 1105.

Breve: la prospettiva egoistica legittima la limitazione dell'interesse alla sola operazione dolosa, eclissando l'evento dissesto.

Il che consente anche di superare l'argomento di chi ha ritenuto che l'articolo 223 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 non sia stato annoverato tra i reati presupposto perché è inconcepibile un interesse dell'ente alla realizzazione di un reato, che ha quale elemento essenziale la causazione del dissesto dell'ente medesimo⁶⁸⁸, proprio perché l'ente fallito è terzo.

Quanto sinora detto ovviamente non esclude che la responsabilità da reato possa essere ascritta per un vantaggio conseguito, ma è verosimile che l'interesse prevalga, almeno tendenzialmente, allorché l'entità giuridica chiamata a rispondere del reato commesso da taluno dei suoi dipendenti (se in posizione apicale, con fraudolenta elusione del modello comportamentale e della relativa vigilanza⁶⁸⁹) abbia intrattenuto rapporti con la società decotta fino al momento del provvedimento conclamante l'insolvenza.

Ciò perché, come noto, alla luce dei lavori preparatori l'interesse va apprezzato *ex ante*, come idoneità in concreto a produrlo, a differenza del vantaggio, che è dato

⁶⁸⁸ Cfr. DEL SIGNORE S., *Art. 25-ter - Reati societari*, cit., § 3, che, in linea con quanto proposto nel testo, oltre a sostenere correttamente che ad oggi la bancarotta impropria, anche derivante da reato societario non è sanzionabile ai sensi dell'articolo 25-ter del D.Lgs. 231 del 2001, evidenzia la pericolosità per l'ordine economico di condotte come quelle segnalate nel testo e, § 4.2, ipotizza una responsabilità dell'ente terzo per i reati societari commessi da una persona fisica, che abbia con essa un rapporto qualificato, in relazione ad altra società.

Assai calzante anche l'esempio proposto: se gli addetti di una società di servizi, o di un'associazione professionale tra professionisti o di una banca o di una società finanziaria, che si occupino di svolgere attività di consulenza contabile, finanziaria o legale, figure apicali o sottoposte al controllo che siano, forniscono agli amministratori di una società X specifiche indicazioni per redigere in modo "oculato" false comunicazioni sociali oppure per ostacolare le funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche, concorrono nei reati di cui agli articoli 2621 e 2638 del codice civile, realizzati dagli amministratori della società X. Le condotte illecite sono in questo caso realizzate "anche" nell'interesse dell'ente consulente, che in ragione della fornitura delle consulenze criminose percepisce un compenso da parte della società X.

⁶⁸⁹ Che per FIORELLA A. – SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit., pp. 113 e 119, indicherebbe un elemento di distacco tra la volontà individuale e "quella" dell'ente, che determina l'esonero dalla responsabilità per difetto di colpevolezza dalla parte dell'ente.

obiettivo da verificarsi sempre *ex post*⁶⁹⁰.

Quest'ultimo potrebbe dunque del tutto mancare a fronte di una procedura concorsuale con scarse prospettive di recupero di un attivo sufficiente a soddisfare le pretese di tutti i creditori, quando non costituisca, persino, oggetto di revocatoria ai sensi dell'articolo 67 L. Fall.

Ne deriva, sotto il profilo probatorio, la superfluità di accertamenti tecnici, nella forma della perizia, tesi a dimostrare la antieconomicità *a posteriori* dell'operazione sottostante posta in essere nell'interesse dell'ente, posto che utilizzando la disgiuntiva «o» il legislatore ha sancito la sufficienza anche di uno solo dei criteri di ascrizione in commento⁶⁹¹.

Una perizia sul “vantaggio”, casomai, potrebbe essere strumentale a determinare il *quantum* di una confisca disposta ai sensi del già citato articolo 19 del D. Lgs. 231 del 2001⁶⁹².

Va anche ricordato che la responsabilità dell'ente non sussiste qualora il reato

⁶⁹⁰ Così la giurisprudenza di legittimità più recente. Si veda Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 62 della motivazione in diritto; Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265 (dep. 4 marzo 2014), in *C.E.D. Cass.*, Rv. 258575, in particolare punti da 3.6 a 3.10 della motivazione in diritto, laddove la Suprema Corte statuisce nel senso della sufficienza anche del solo vantaggio ai fini dell'ascrizione di responsabilità all'ente per un reato societario, nonostante (o forse contro) il dato letterale dell'articolo 25-ter del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Nella giurisprudenza di merito, *ex multis*: Tribunale Camerino, 9 aprile 2013, cit.; Tribunale Torino, Sez. I, 10 gennaio 2013, cit.; conforme, Tribunale Tolmezzo, 23 gennaio 2012, cit.

In dottrina, tra gli altri, OGGERO M.E., voce *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, cit., § 1, 3. *Contra*, DEL SIGNORE S., *Art. 25-ter - Reati societari*, cit., § 4.2., argomentando dal fatto che, più in generale, l'unico vero criterio di ascrizione della responsabilità all'ente sarebbe l'interesse, almeno concomitante; PELISSERO M., *Responsabilità degli enti*, cit., p. 699, per il quale l'interesse va inteso «*in termini oggettivi di connessione tra la commissione del reato e la sfera degli interessi dell'ente*».

⁶⁹¹ V. AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive*, cit., § 8. In senso conforme, Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, cit., punto 62 della motivazione in diritto; Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265 (dep. 4 marzo 2014), punto 3 della motivazione in diritto.

⁶⁹² Ancora AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive*, cit., § 8, che peraltro ritiene utile la perizia estimativa anche «*ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive ex art. 13 dello stesso decreto, laddove, in particolare, si prevede che queste possano essere applicate - tra l'altro - se l'ente ha ricavato un profitto di rilevante gravità*». Conclusione, questa, condivisibile in linea generale, ma non con riferimento alle fattispecie in commento, dato che si è esclusa l'irrogabilità di siffatte sanzioni *de iure condendo*.

sia stato realizzato nell'interesse esclusivo del rappresentante o dipendente dell'ente o di terzi, in ossequio a quanto disposto dall'articolo 5 comma 2° del medesimo decreto; in detta ipotesi, si è scritto condivisibilmente, il rapporto di immedesimazione organica si infrange e viene meno il presupposto fondante dell'ascrizione del fatto all'organismo collettivo. Si intende: l'interesse anche soltanto concorrente della persona giuridica (ed equivalenti normativi) consente di comminarle le sanzioni previste dal D. Lgs. 231 del 2001⁶⁹³, ed esso, alla luce di quanto già esposto nell'ottica dell'entità giuridica terza rispetto alla società interessata da siffatti reati 'a monte' del fallimento, difficilmente difetterà.

E ciò se non altro perché le due entità intratterranno rapporti per così dire 'commerciali', svolti nell'ambito di un'attività di impresa volta a conseguire profitti e tali da coinvolgere vari apparati dell'ente cui appartiene l'autore del reato, proprio alla stregua del giudizio di prognosi postuma che deve indagare l'idoneità oggettiva della condotta criminosa a conseguirlo.

Con maggiore impegno analitico, ponendo mente alle fattispecie criminose oggetto della presente disamina, la conclusione ora esposta vale verosimilmente in linea di massima per le operazioni dolose, posto che, come più volte si è ripetuto, esse si estrinsecano con una 'procedimentalità' che rende davvero arduo concepire una condotta realizzata da uno o più persone fisiche in modo del tutto avulso dall'interesse della società 'terza' rispetto a quella decotta.

Quale azienda tollererebbe che le sue risorse siano impiegate in misura tutt'altro che trascurabile in attività (anche se magari del tutto lecite) senza una concreta prospettiva di profitto?

L'ipotesi appare ancor meno tangibile per i reati societari compresi nell'elenco di cui all'articolo 223 comma 2° n. 1 L. Fall., sempre per la prospettiva d'impresa

⁶⁹³ Così, Cass. Pen., Sez. VI, 22 maggio 2013, n. 24559, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 255442, nonché in *Cass. Pen.*, 2014, 4, pp. 1361 e ss.; già Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615 (dep. 30 gennaio 2006), in *C.E.D. Cass.*, Rv. 232957.

In dottrina, tra gli altri, OGGERO M.E., voce *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, cit., § 3. Sull'insufficienza sotto il profilo soggettivo di un'ascrizione basata sul solo rapporto di immedesimazione organica, v. FIORELLA A. – SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit., pp. 109 – III.

che guida la società terza. A meno che non si voglia accedere alla tesi per cui va esclusa la responsabilità amministrativa dell'ente se una somma indebitamente ottenuta sia stata accreditata in favore dello stesso e sia transitata contabilmente nelle sue casse, ma poi sia stata quasi immediatamente stornata sui conti personali dell'agente⁶⁹⁴.

In tal caso, per esempio, si potrebbe ipotizzare una collaborazione di un soggetto riconducibile all'ente percipiente nell'infedeltà patrimoniale realizzata dall'amministratore di una società poi tracollata, allo scopo di rendere meno tracciabile il percorso del maltolto, che costui tratterrà poi per sé.

Per la verità questa interpretazione non convince, perché come ha già rilevato la giurisprudenza di legittimità, l'ente consegue un vantaggio per il fatto stesso di vedersi accreditare somme indebitamente erogate, con un introito oggettivo e contabilmente verificabile. L'eventuale storno delle somme sui conti personali dell'agente costituisce una condotta di *post factum* incapace di elidere il dato storico del profitto conseguito dall'organismo collettivo, anche se potrebbe integrare un'eventuale appropriazione indebita da parte dell'agente stesso⁶⁹⁵.

Forse soltanto per il cagionamento doloso del fallimento si può giungere a una diversa conclusione, potendosi concepire un funzionario di un'entità terza rispetto all'impresa suicida che, prezzolato dal soggetto intraneo, si presti a collaborare, nel suo ruolo, alle condotte autodistruttive realizzate nel proprio esclusivo interesse.

Per chi riconduce alla fattispecie di cui all'articolo 223 comma 2° primo inciso R.D. 16 marzo 1942 la cd. cartiera, questo potrebbe essere il caso del dipendente di altra società che avvalli le false fatturazioni, nascondendole tra le pieghe della contabilità dell'ente cui appartiene che, *ictu oculi*, non potrà conseguire alcunché da simili fittizie prestazioni di beni o servizi o addirittura potrebbe riportarne delle perdite.

Quanto, poi, alla colpevolezza di impresa, come struttura organizzativa autonoma rispetto ai suoi membri, come si è accennato la stessa può consistere

⁶⁹⁴ AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive*, cit., § 10.

⁶⁹⁵ V. Cass. Pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615 (dep. 30 gennaio 2006), cit., in motivazione.

tanto in un politica di impresa che in una colpa di organizzazione, poiché in entrambi i casi è possibile muovere all'ente un rimprovero morale⁶⁹⁶.

Il sistema, come noto, si fonda sui modelli di organizzazione, la cui adozione è imposta dall'articolo 6 del D. Lgs. 231 del 2001, che trovano il proprio archetipo nei *compliance programs* di matrice statunitense e che furono introdotti anche per evitare censure di legittimità costituzionale sotto il profilo della necessaria colpevolezza, nonostante non fossero specificamente contemplati né dalla legge delega sulla cui base il decreto in questione fu emanato, né dagli strumenti internazionali che essa mirava ad attuare⁶⁹⁷.

Si è già accennato al fatto che la matrice della responsabilità di cui si discute sia essenzialmente colposa, per difetti nell'organizzazione da cui scaturisce un illecito strutturalmente di agevolazione, simile a quello punito dall'articolo 57 del codice penale⁶⁹⁸.

Il che, peraltro, «riflette la logica di una responsabilità da rischio di base lecito: derivante, cioè, dallo svolgimento di una sana attività di impresa, al cui interno occasionalmente - e a causa di una colpa di organizzazione - vengano commessi fatti di reato»⁶⁹⁹.

Anche per tale connotazione essenziale, a parere di chi scrive, si tratta di un modello confacente all'atteggiarsi del concorso dell'*extraneus* nelle fattispecie di cui all'articolo 223 comma 2° L. Fall., che in linea di massima resta un episodio eccezionale, sia rispetto al complesso delle controparti dell'impresa decotta, sia in relazione alla pletora di rapporti intrattenuti sul mercato dall'ente terzo.

Sul punto, in questa sede vale solo la pena di chiarire che è eccessivamente

⁶⁹⁶ Ancora MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche uno schizzo storico-dogmatico*, cit., § III.3, laddove riprendere il pensiero di Hirsch.

⁶⁹⁷ La letteratura in materia è ormai sterminata; oltre alla manualistica, si può richiamare qui FLICK G.M., *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male? (Intervento svolto all'incontro di presentazione del progetto da parte di Arel e Price Waterhouse Coopers, Milano, Camera di commercio, 27 settembre 2010)*, in *Cass. Pen.*, 11, 2010, pp. 4032B e ss., § 2, che peraltro nota come i *compliance programs* non escludano, ma attenuino soltanto la responsabilità dell'ente.

Di recente, ha reputato idoneo un modello organizzativo Tribunale Milano, 26 giugno 2014, Sez. VI, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2014.

⁶⁹⁸ V. PELISSERO M., *Responsabilità degli enti*, cit., p. 696.

⁶⁹⁹ V. FLICK G.M., *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001*, cit., § 2.

rigorosa la tesi in base alla quale la colpa dell'ente non richiederebbe neppure la prevedibilità dell'evento – reato presupposto, giacché «l'obbligo di predisporre un modello precauzionalmente efficiente rispetto a tutti i reati presupposti che possano essere fonte della responsabilità amministrativa» costituirebbe «una regola cautelare a struttura rigida», la cui inosservanza «integra, di per sé, quell'imprudenza o negligenza che costituisce l'essenza della colpa»⁷⁰⁰.

Come noto, poi, il criterio di ascrizione 'soggettiva' è differente nel caso di reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui vigilanza, poiché l'articolo 7 del decreto 231 del 2001 impone alla Pubblica Accusa di provare che l'illecito è stato realizzato per inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza gravanti sulla persona giuridica, cioè per un vero e proprio *deficit* organizzativo. Mancanza che, però, per il comma 2° della disposizione ora citata va in ogni caso esclusa qualora l'ente, prima della commissione del reato, abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo, secondo una valutazione *ex ante* ed in astratto, a prevenire reati della specie di quello verificatosi⁷⁰¹.

A sostegno dell'ampliamento del novero dei reati presupposto con l'inclusione delle ipotesi di bancarotta impropria può essere addotta anche la necessità di un apposito organismo di vigilanza, realmente autonomo ed indipendente, deputato a controllare il funzionamento e l'osservanza del modello di organizzazione, calibrato sulla specifica attività sociale e sui rischi di illecito penale ad essa prevedibilmente connessi, anche alla luce di un periodico aggiornamento.

Ciò, perché l'efficacia preventiva esplicata dall'organismo di vigilanza in questione dovrebbe verosimilmente essere superiore a quella esercitata dai pur numerosi *custodes* del mondo economico.

Il riferimento è, ovviamente, in primo luogo alle Autorità di vigilanza preposte

⁷⁰⁰ V. AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive*, in *Cass. Pen.*, 1, 2007, pp. 346 e ss., § 4.

⁷⁰¹ V. OGGERO M.E., voce *Responsabilità*, cit., § 4; FIORELLA A. – SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit., p. 110, si dichiarano critici verso un modello di responsabilità imperniata sul nesso causale tra omessa sorveglianza e reato.

a vari settori (a titolo meramente esemplificativo, per il settore bancario la Banca d'Italia e per quello del mercato finanziario la CO.N.SO.B.) e diverse a seconda dei vari Paesi che possono essere toccati da operazioni che nel mercato globale travalicano sovente i confini nazionali o anche continentali.

A tacer d'altro, persistono difficoltà di comunicazione tra queste entità che ne penalizzano l'efficacia, poiché sembra evidente che è assai arduo cogliere la reale portata di una transazione globale o transnazionale ponendosi in un'ottica parcellizzata.

Si potrebbe forse obiettare che da tale pecca vanno esenti i revisori legali di società quotate, almeno laddove operino con riferimento a monadi societarie, oppure a un intero gruppo e non a singole consociate.

È agevole replicare, però, che i revisori svolgono un controllo ben diverso da quello demandato all'organismo di vigilanza: per oggetto, perché attiene precipuamente alla regolarità di bilancio e contabile; per profondità, poiché si fonda su poteri ispettivi ridotti (se non nulli, salve esplicite previsioni contrattuali)⁷⁰²; per tempistica, perché non è un faro costante sull'attività di impresa, ma è esercitato per lo più ciclicamente, cioè in occasione della presentazione dei bilanci.

Soprattutto: le forme di controllo ora menzionate sono esterne alla compagine societaria, mentre l'organismo di vigilanza è «*dell'ente*» in base all'articolo 6 comma 1° lett. b) del D.Lgs. 231 del 2001, anche se autonomo dallo stesso.

Come si è rilevato, infatti, l'autonomia dei poteri è a ben vedere il presupposto logico indefettibile di un controllo che possa davvero dirsi tale. Per tale motivo, la soluzione ottimale sarebbe che l'organismo di vigilanza fosse composto, in tutto o in parte, da professionisti esterni all'ente stesso o, se dipendenti da questo, che «*vi*

⁷⁰² Mentre i gli «*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*» che l'organismo di vigilanza interno deve possedere ai sensi dell'articolo 6 comma 1° lett. b) del D.Lgs. 231 del 2001 dovranno essere riempiti di contenuto effettivo da parte dell'ente, onde evitare la responsabilità da reato. A titolo non esaustivo, potrà trattarsi di poteri ispettivi, occorreranno risorse finanziarie adeguate alle dimensioni e alla complessità dell'attività imprenditoriale scandagliata.

*tratti di persone non coinvolte a diverso titolo nell'amministrazione attiva dell'ente*⁷⁰³.

Al punto che per le imprese di piccole dimensioni, cui il legislatore concede di far coincidere organismo di vigilanza e organo dirigente (al comma 4° dell'articolo 6 ora citato, vi è chi ha ritenuto che comunque quest'ultimo debba incaricare professionisti esterni della verifica del rispetto e dell'efficacia del modello⁷⁰⁴.

Va, infine, segnalato che nel sistema apprestato dal D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, permane una disparità di tutela delle ragioni creditorie per il danno derivante da reato, nel senso che la parte civile può esercitare l'azione risarcitoria nei confronti dell'ente soltanto in via indiretta, quale responsabile civile nel processo penale a carico dei dipendenti imputati, avendo sia la giurisprudenza di legittimità che quella europea assunto una posizione di chiusura sul tema⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Come sottolinea AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive*, cit., § 5, che sub nota 9 cita quale precedente Giudice Indagini Preliminari presso Tribunale Roma, 4 aprile 2003, soc. Finspa, che avrebbe ritenuto altresì necessaria una maggioranza qualificata per la modifica della composizione dell'organismo di vigilanza. L'Autore correttamente individua come funzionali a un'effettiva indipendenza anche l'esclusione o la forte limitazione del potere di revoca dell'incarico e la non rinnovabilità dello stesso.

Assai interessanti anche alcune soluzioni pratiche proposte sul versante dell'efficacia dei controlli, quali l'anonimato per chi fornisca informazioni o la sanzione disciplinare per chi si rifiuti di collaborare con l'organismo di vigilanza.

LOTTINI R., *Le principali questioni in materia di modelli*, cit., § 7, enuclea anche il requisito, non richiesto dalla disciplina normativa, della professionalità, intesa essenzialmente come capacità e preparazione tecnica, eventualmente diversificata alla luce dell'eterogeneità dei reati presupposto, e dell'onorabilità; l'Autore cita quale precedente giurisprudenziale in tal senso Tribunale Napoli 26 giugno 2007, in www.rivista231.it.

⁷⁰⁴ V. AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive*, cit., § 5; tuttavia, pare che in tal modo si arrivi a un'interpretazione abrogativa della norma in commento.

⁷⁰⁵ V. SALA M., *Ancora in tema di azione civile nel processo penale de societate: la Corte Costituzionale ammette la citazione dell'ente come responsabile civile*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 dicembre 2014, con riferimento alle sentenze Cass. Pen., Sez. VI, 5 ottobre 2010, e C.G.U.E., Sez. II, 12 luglio 2012, Giovanardi, C-79/11 (reperibile anche in Cass. Pen., 2013, 1, p. 336); l'Autrice peraltro sembra sovrapporre indebitamente il concetto di persona offesa con quello di danneggiato dal reato.

Nel senso dell'inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente nel processo vertente sulla responsabilità da reato dello stesso, già, diffusamente, tra gli altri, CERESA CASTALDO M., *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in Cass. Pen., 2009, 5, pp. 2232 e ss., in particolare § 4; SANDRELLI G., *Procedimento penale a carico degli enti e costituzione di parte civile*, nota a Tribunale Torino, 23 luglio 2008, in *Giur. Mer.*, 11, 2009, pp. 2818 e ss.; VALSECCHI A., *Sulla costituzione di parte civile contro l'ente*

Il che, detto altrimenti, priva il danneggiato di tale facoltà ogni qual volta si proceda nei confronti soltanto dell'ente; si noti, anche quando simile situazione sia dovuta all'omessa individuazione del responsabile persona fisica, ai sensi del più volte menzionato articolo 8 lett. a) del D. Lgs. 231 del 2001⁷⁰⁶.

La recente pronuncia resa dalla Corte Costituzionale il 9 luglio 2014, n. 218⁷⁰⁷, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 83 del codice di procedura penale e del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, ha avuto infatti modo di affermare che l'imputato persona fisica e l'ente rispondono di «*illeciti strutturalmente diversi*» e di ribadire la natura amministrativa della responsabilità di quest'ultimo.

Ciò perché all'ente è ascritta «*una fattispecie complessa [che] non si identific[a] con il reato commesso dalla persona fisica (Cassazione, sezione sesta penale, 5 ottobre 2010, n. 2251/2011), il quale è solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità amministrativa, unitamente alla qualifica soggettiva della persona fisica, alle condizioni perché della sua condotta debba essere ritenuto responsabile l'ente e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio di questo*»⁷⁰⁸.

BIBLIOGRAFIA

imputato ex d.lgs. 231/01, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2010;

⁷⁰⁶ Nella giurisprudenza di merito, ha escluso la costituzione di parte civile in via diretta nei confronti dell'ente Tribunale Milano, 28 dicembre 2011, in www.iusexplorer.it.

⁷⁰⁷ Reperibile sul sito web istituzionale www.cortecostituzionale.it.

⁷⁰⁸ V. Corte Cost., 9 luglio 2014, n. 218, punto 2.2. della motivazione in diritto.

In dottrina, di illecito amministrativo a struttura complessa parla PELISSERO M., *Responsabilità degli enti*, cit., pp. 696 – 697.

- AGOSTINI L., *Omicidio stradale, con il dolo eventuale "fiume in piena": e la colpa cosciente?*, nota a Giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale di Bologna, 4 aprile 2012, in *Quotidiano Giuridico online*, 11 giugno 2012.
- ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Indice Penale*, 1977, pp. 403 e ss.
- ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.
- ALESSANDRI A., *sub art. 27 comma 1°*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca G. - Pizzorusso A., Zanichelli, 1991, pp. 1-161.
- ALESSANDRI A., *Parte generale*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di Pedrazzi C. – Alessandri A. – Foffani L. – Seminara S. – Spagnolo G., Bologna, 2003, pp. 1 e ss.
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.
- ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 2, pp. 582 – 626.
- AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cassazione Penale*, 2014, 1, pp. 403 – 423.
- AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cassazione Penale*, 1, 2007, pp. 346 e ss.
- AMATO G., *Ricettazione "compatibile" con il dolo eventuale ma non è sufficiente il semplice sospetto. L'accettazione del rischio di commettere un reato crea la differenza con l'incauto acquisto del bene*, nota a Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in *Guida al Diritto*, 2010, 20, pp. 80 e ss.
- AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, in Ambrosetti E.M. – Mezzetti E. – Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, III^a ed., Bologna, 2012.
- ANTOLISEI F., a cura di Conti L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI^a ed., Milano, 2003.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. II, Milano, 2001.
- ARGIRÓ F., *Le fattispecie tipiche di concorso. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012.
- BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, novembre, pp. 2566 e ss., nota a Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri.
- BARTOLINA J., *Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega*, in *Indice Penale*, 2012, 1, pp. 79 e ss.
- BASILE F., *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 9770, in www.penalecontemporaneo.it, 21 luglio 2014.
- BELTRANI S., *L'accettazione del rischio insito nell'azione di sparo dimostrata dalle circostanze oggettive dell'accaduto*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 14 febbraio 2012, n. 31449, imp. Spaccarotella, in *Guida al Diritto*, 2012, 41, pp. 64 e ss.

- BETTIOL G. –PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, Padova, 1986.
- BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013.
- BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, 4, pp. 1339 e ss.
- BOZHEKU E., *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 21501*, in *Cassazione Penale*, 2, 2012, pp. 654 e ss.
- BOZHEKU E., *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, nota a Cass. Pen., Sez. Fer., 10 settembre 2013, n. 41665, in *Cassazione Penale*, 2014, 7-8, pp. 2640 e ss.
- BRASIELLO U., *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VIII, Milano, pp. 561 e ss.
- BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari: dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIX, Torino, 1973.
- CADOPPI A., *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223 c.p.v. n. 1 legge fallimentare*, in *Fallimento*, 1981, pp. 824 e ss.
- CADOPPI A., *Revoca della sentenza dichiarativa di fallimento e reati fallimentari*, in *Fallimento*, 1983, pp. 440 ss.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale*, Padova, 2007.
- CADOPPI A., *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in Lanzi A. E Cadoppi A. (a cura di), *I nuovi reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007.
- CAMAIONI S., *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, 3, pp. 1069 e ss.
- CAMAIONI S., *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, 2, pp. 508 e ss.
- CANESTRARI S., voce *Preterintenzione*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1995.
- CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999.
- CANESTRARI S., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, pp. 942 e ss.
- CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, *Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola, «Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico»*, Università degli Studi di Bologna, sede di Ravenna, 23-24 marzo 2012, in www.penalecontemporaneo.it, 6 febbraio 2013.
- CENTONZE F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, nota Cass. Pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, anche in *Cassazione Penale*, 2008, 1, pp. 203 e ss.

- CERESA CASTALDO M., *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cassazione Penale*, 2009, 5, pp. 2232 e ss.
- CHIARAVIGLIO G., *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, in *Società*, 2010, 7, pp. 886 e ss.
- CHIARAVIGLIO P., *Il concorso di persone nei reati di impresa*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2010, pp. 649 e ss.
- CHIARAVIGLIO P., *Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv. c.p., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2009, pp. 157 e ss.
- COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008.
- COCCO G., *Disposizioni Penali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo F. – Paliero C.E., II^a ed., Padova, 2007, pp. 1141 e ss.
- COCCO G., *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 10, pp. 1949 e ss.
- CONSULICH F., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Società*, 2012, 5, pp. 555 e ss.
- CONTI L., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Digesto delle Discipline Penali*, Torino, 1991.
- COPPI F., voce *Reato permanente*, in *Digesto delle Discipline Penali*, Torino, 1996.
- COPPI F., voce *Reato continuato*, in *Digesto delle Discipline Penali*, Torino, 1996.
- CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013.
- CRIMI S., *Concorso colposo nel delitto doloso: intersezioni e cointeressenze tra causalità e colpa, violazione dello scopo di protezione della norma, posizioni di garanzia ed orizzonti del principio dell'affidamento*, in *Rivista Penale*, 2008, 12, pp. 1332 e ss.
- D'AVIRRO A. - DE MARTINO E., *I reati di bancarotta societaria: distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, Milano, 2013.
- DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, pp. 328 e ss.
- DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cassazione Penale*, 2012, 11, pp. 3913 e ss.
- DE LEONARDIS A., *Linee interpretative in materia di concorso colposo nel delitto doloso*, in *Rivista Penale*, 2012, 10, pp. 984 e ss., nota a Cass. Pen., Sez. IV, 14 luglio 2011, n. 34385.
- DELSIGNORE S., *Art. 1 - Soggetti*, in AA.VV., a cura di Cadoppi A. - Garuti G. - Veneziani P., *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, pp. 63 – 89.
- DELSIGNORE S., *Art. 25-ter - Reati societari*, in AA.VV., a cura di Cadoppi A. - Garuti G. - Veneziani P., *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, pp. 335 – 367.
- DE MURO G.P., *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, nota a Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, 1, pp. 300 e ss.

- DE MURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale, nota a Corte D'Assise di Torino 15 aprile 2011*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 1 pp. 142 – 151.
- DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, 2, pp. 634 – 688.
- DI MARTINO A., *La pluralità soggettiva tipica*, in *Indice penale*, 2001, pp. 101 – 198.
- DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, pp. 175 – 245. Y58Z1C
- DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, nota a Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in *Cassazione Penale*, 2010, pp. 2555 e ss.
- 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 *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, 2, pp. 494 e ss.
- DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 febbraio 2014.
- FARALDO CABANA P., *Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano*, Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4, 2014, pp. 120 – 130.
- FASANI F., *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, pp. 1487 – 1493, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008.
- FIANDACA G., *Nota a Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2002*, in *Foro Italiano*, 2003, II, cc. 453 e ss.
- FIANDACA G. - VISCONTI C., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro It.*, 2006, II, cc. 86 e ss.
- FIANDACA G., *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, nota a Giudice per l'Udienza Preliminare del Tribunale di Roma, 26 novembre 2008, in *Foro Italiano*, 2009, II, cc. 414 e ss.
- FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, osservazioni in margine a Corte D'Assise di Torino 15 aprile 2011, 1/2012, pp. 152 – 162.
- IORE C. - IORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2013.
- IORELLA A. – SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 3-4, pp. 105 – 119.
- FLICK G.M., *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001, in materia di responsabilità*

- amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male? (Intervento svolto all'incontro di presentazione del progetto da parte di Arel e Price Waterhouse Coopers, Milano, Camera di commercio, 27 settembre 2010), in Cassazione Penale, 11, 2010, pp. 4032 e ss.*
- FOFFANI L., *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati di impresa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2007, pp. 751 e ss.
- FOFFANI L., *Economia e diritto penale al tempo della crisi: una "nouvelle vague" dell'intervento giudiziario?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 2, pp. 754 – 766.
- GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, Milano, 1964.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale, III, Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003.
- GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto della "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cassazione Penale*, 2003, pp. 88 e ss., nota a: Cass. Pen., Sez. V, 8 ottobre 2002, n. 34622.
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011.
- GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012.
- GIULIANI BALESTRINO U., *Sulla contestazione del contributo individuale al concorso di persone nel reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pp. 768 – 786.
- GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- GUERRINI R., *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997.
- GUERRINI R., *L'attenuante della «minima importanza» nel concorso di persone*, in *Studium Iuris*, 1999, pp. 848 e ss.
- GULLO A., *La responsabilità del partecipe per reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, pp. 1194 e ss.
- HASSEMER W., *Fattispecie e tipo (1968)*, traduzione italiana di CARLIZZI G., Napoli, 2007.
- INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, II, Torino, 1988.
- INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, pp. 563 e ss.
- LANZI A., *La bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Diritto e Pratica Societaria*, 2002, pp. 21 e ss.
- LANZI A., *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, ne *Il Fisco*, 2002, 46, pp. 7393 e ss.
- LANZI A., *La «nuova» bancarotta societaria*, in *Fallimento*, 2002, n. 8, pp. 812 e ss.
- LANZI A., *L'obbligatorietà della legge italiana non si ferma davanti alle multinazionali*, nota a Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, ord. 27 aprile 2004, in *Guida al Diritto*, 2004, 19, pp. 78 e ss.
- LANZI A. - PUTINATI S., *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, II^a ed., Milano, 2012.
- LATAGLIATA A.R., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VIII,

- Milano, 1961.
- LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, II[^] ed., Napoli, 1964
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.
- LOTTINI R., *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lg. n. 231 del 2001*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2013, 10, pp. 2255 e ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.
- MANES V. - ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- MANGANO P., *Il diritto penale fallimentare nel sistema giuridico italiano*, Milano, 1989.
- MANGANO P., *L'impresa come bene giuridico dei reati di bancarotta*, Padova, 1998.
- MANGANO P., *La bancarotta societaria*, Padova, 2001.
- MANNA A., *Bancarotta impropria societaria (fraudolenta e semplice) tra recenti interventi legislativi e questioni di costituzionalità ancora aperte*, in Ghia-Piccininni- Severini (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. VI, *I reati nelle procedure concorsuali*, Milano, 2012.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989.
- MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, sussidiarietà, di libertà e di responsabilità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, pp. 337 e ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VI[^] ed., Padova, 2009.
- MANTOVANI F., *Il principio di soggettività e il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 2, pp. 767 – 782.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. II, Torino, 1984.
- MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche uno schizzo storico-dogmatico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, pp. 445 e ss.
- MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2008, pp. 1465 e ss.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV[^] ed., Milano, 2012.
- MARONGIU A., *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VIII, Milano, 1961.
- MARTUFI A., *L'istigazione inefficace tra irrilevanza penale e pericolosità sociale*, nota a Trib. Milano, Uff. Indagini preliminari, 25 ottobre 2012, in www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2014.
- MASULLO N., *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di Pisani, Torino, 2010, pp. 143 – 165.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.

- MAZZACUVA N., voce *Evento*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1990.
- MAZZACUVA N., *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso tra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2001
- MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2010.
- MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Padova, 2011.
- MELCHIONDA A., voce *Circostanze del reato*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, 2, Milano, 2006, pp. 893-906.
- MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2014, 1, pp. 39 – 84.
- MONTANARA G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Vol. VI, Milano, 2013.
- MONTUSCHI L. – SGUBBI F., *Ai confini tra dolo e colpa. Il caso ThyssenKrupp*, in ius17@unibo.it, 2009, 2, pp. 183 e ss., nota a Corte D'Assise di Torino, 15 aprile 2011.
- MORMANDO V., *L'istigazione: i problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995.
- MOROSINI P., *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Diritto Penale e Processo*, 2006, 5, pp. 585 e ss.
- MORSELLI E., *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1998, 4, pp. 1081 – 1128.
- MUCCIARELLI F., in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri A., Torino, 2002, pp. 443 e ss.
- MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, 12, pp. 1475 e ss.
- MUCCIARELLI F., *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 dicembre 2014.
- MUSCO E., *sub art. 110 c.p.*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di Crespi A., Zuccalà G., Forti G., V[^] ed., Padova, 2008.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.
- NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010.
- NAPOLEONI V., *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario"*, in *Cassazione Penale*, 2009, 1, pp. 294 e ss., nota a Cass. Pen., Sez. V, 08 novembre 2007, n. 7326.
- NUVOLONE P., voce *Fallimento (Reati in materia di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XVI, Milano, 1967, pp. 478 e ss.
- OGGERO M.E., voce *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 2010.

- PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973.
- PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 1988.
- PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cassazione Penale*, 2002, 5, pp. 1568 e ss.
- PADOVANI T., *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni unite*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, in *Cassazione Penale*, 2003, 11, pp. 3328 e ss.
- PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003, 1-2, pp. 395 e ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, IX^a Ed., Milano, 2008.
- PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII^a ed., Milano, 2003.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Grosso C.F. – Padovani t. – Pagliaro A., Milano, 2007, pp. 97 e ss.
- PAGLIARO A., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Vol. I, Milano, 2007, pp. 152 – 172.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006.
- PALAZZO F., *Apertura dei lavori del convegno organizzato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale a Palermo tra il 15 e il 16 novembre 2013*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 2, pp. 557 – 560.
- PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, pp. 1242 e ss.
- PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 3, pp. 1099 e ss.
- PALLADINO P., *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cassazione Penale*, 2005, 10, pp. 3088 e ss.
- PALMA I., *Il concorso di persone nel reato a titoli soggettivi diversi: la cassazione mette davvero un punto fermo?*, in *Rivista Penale*, 2009, 3, pp. 301 e ss.
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.
- PEDRAZZI C., in Pedrazzi C. – Sgubbi F., *Artt. 216-227: Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995.
- PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, 4, pp. 1266 e ss.
- PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, ora in PEDRAZZI C., *Diritto penale, III, Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Giuffrè, 2003.
- PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di Pedrazzi C. – Alessandri A. – Foffani L. – Seminara S. – Spagnolo G., Bologna, 2003, pp. 99 e ss.

- PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, 1, pp. 322 ss.
- PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004.
- PELISSERO M., *Responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, Vol. II – reati fallimentari, reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, a cura di Grosso C. F., Milano, XIII^a ed., 2014.
- PERDONÓ G., *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna A., Padova, 2010.
- PERINI A., *Osservazioni sul consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell'estraneo nei reati propri: tra nuovi modelli penalistici ed incerti orientamenti giurisprudenziali*, in http://www.onorarimilano.it/documentazione/D_737.pdf
- PERINI A., *Il "cagionamento del dissesto": la nuova "bancarotta da reato societario" al banco di prova della causalità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2004, pp. 721 e ss.
- PETRONE M., voce *Reato abituale*, in *Digesto Discipline Penalistiche*, Torino, 1996.
- PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, in *Cassazione Penale*, 2011, 12, pp. 4422 e ss., nota a Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690.
- PICOTTI L., *Il dolo specifico: un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PIERDONATI M., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice delle società: verso 'nuovi equilibri' giurisprudenziali*, in *Diritto Penale e Processo*, 2013, pp. 965 e ss.
- PIERGALLINI C., *Osservazioni sulla introduzione del reato di autoriciclaggio – Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 30 luglio 2014 – Proposta di legge c. 2247 in materia di emersione e rientro dei capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale*, in www.camera.it
- PIKETTY T., *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014.
- PISANI N., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010.
- PONTIERI F., *Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale responsabilità penale dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2010, 1-2, pp. 287 e ss.
- PREZIOSI S., *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cassazione Penale*, 2011, 5, pp. 1985 e ss.
- PREZIOSI S., *Il pericolo come evento e l'abbandono dello schema di accertamento prognostico nei reati di pericolo concreto*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2012, 2, pp. 379 e ss.
- PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PROSDOCIMI S., voce *Reato complesso*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1996.
- PROSDOCIMI S., *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Rivista*

- Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1999, pp. 131 e ss.
- PULITANÒ D., *La giustizia penale fra vecchio e nuovo*, in *Società*, 2002, n. 9, pp. 1120 e ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, III[^] ed., Torino, 2009.
- PUTINATI S., *La nuova bancarotta «societaria»: imputazione oggettiva e soggettiva*, in *Diritto e Pratica Societaria*, 2002, n. 11, pp. 17 e ss.
- RAMPIONI R., voce *Reato permanente*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987.
- RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, pp. 1211 e ss.
- RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato: contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.
- RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.
- ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, II[^] ed., Padova, 2013.
- ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, Vol. I, pp. 891 e ss.
- ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub art. 43, pre art. 110, art. 110, art. 114, art. 115 e art. 117 c.p.*, IV[^] ed., Milano, 2012.
- RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Indice Penale*, 2004, pp. 815 e ss.
- ROSSI A., *I reati fallimentari*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, XII[^] ed., a cura di Grosso C.F., Milano, 2008.
- ROSSI A., *I reati fallimentari*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II – *reati fallimentari, reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, a cura di Grosso C.F., Milano, XIII[^] ed., 2014.
- ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, a cura di Grosso C.F.– Padovani T. – Pagliaro A., Milano, 2014.
- ROSSI N., *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico al tempo della crisi*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 2, pp. 627 – 643.
- SALA M., *Ancora in tema di azione civile nel processo penale de societate: la Corte Costituzionale ammette la citazione dell'ente come responsabile civile*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 dicembre 2014.
- SANDRELLI G., *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 l.f. nelle operazioni «intercompany»*, ne *Il fallimento*, 2000, pp. 50 e ss.
- SANDRELLI G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali.*, in *Cassazione Penale*, 2006, 4, pp. 1296 e ss.
- SANDRELLI G., *Il soggetto «di fatto» nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del «nuovo» art. 2639 c.c.*, in *Fallimento*, 2007, 10, pp. 1169 e ss.
- SANDRELLI G., *Procedimento penale a carico degli enti e costituzione di parte civile*, nota a

- Tribunale di Torino, 23 luglio 2008, in *Giurisprudenza di Merito*, 11, 2009, pp. 2818 e ss.
- SANDRELLI G., *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di Pisani, Torino, 2010, pp. 49 – 60.
- SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, Torino, 2000.
- SANTORIELLO C., *Pluralità di fatti di bancarotta: dalle sezioni unite una ricostruzione completa*, in *Società*, 2011, 10, pp. 1196 e ss.
- SANTORIELLO C., *La responsabilità amministrativa della società capogruppo per reati commessi dalle persone giuridiche controllate*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 24583, Tosinvest e altri, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, 3, pp. 683 e ss.
- SARTORI D., *Responsabilità per bancarotta del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2011, 1-2, pp. 317 e ss.
- SCARCELLA A., *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, 4, pp. 488 e ss.
- SCHIAVANO G., *La nuova bancarotta societaria*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2003, pp. 259 e ss.
- SCOLETTA M., *Responsabilità omissiva degli amministratori e prova del dolo di bancarotta*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in *Società*, 2003, 5 pp. 603 e ss.
- SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, pp. 1123 e ss.
- SEMINARA S., *I reati societari*, in *Società*, 2013, pp. 1111 e ss.
- SEMINARA S., *Lo statuto penale dell'impresa societaria tra presente e futuro*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 2, pp. 644 – 664.
- SEVERINO P., *Sicurezza dei mercati finanziari: interessi tutelati e strumenti di tutela*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 2, pp. 673 – 683.
- SGUBBI F., *Plurisoggettività eventuale e permanenza nelle fattispecie di inquinamento*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1971, pp. 1182 -1214.
- SGUBBI F., art. 219, in Pedrazzi C. – Sgubbi F. *Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995.
- SGUBBI F., *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 2, pp. 665 – 671.
- SGUBBI F., *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2014.
- SINISCALCO M., voce *Autore mediato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IV, Milano, 1959, Milano, pp. 443 e ss.
- SOANA G., *I reati fallimentari*, Milano, 2012.
- SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II^a ed., Milano, 2000.

- STRANO LIGATO S., *Le fattispecie qualificate dalla situazione soggettiva*, Padova, 2012.
- STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981.
- TONINI P., *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, Vol. III, pp. 1596 e ss.
- VALESCCHI A., *Sulla costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2010.
- VENAFRO E., voce *Reato proprio*, in *Digesto delle Discipline Penali*, Vol. XI, Torino, 1996.
- VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, nota a Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, pp. 298 e ss.
- VENEZIANI P., *Art. 2639. Estensione delle qualifiche soggettive*, in Lanzi A. - Cadoppi A. (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 1005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007, pp. 314 e ss.
- VIGANÓ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, ora pure in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 3-4, pp. 219 – 239, nota a Corte E.D.U., Grande Stevens e altri contro Italia - ric. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 – dep. il 4.3.2014.
- VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, pp. 1391 e ss.
- VIOLANTE L., voce *Istigazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXII, Milano, 1972.
- ZAGREBELSKY V., voce *Reato continuato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987.

Documenti pubblici

Codice penale cd. Zanardelli, reperibile all'indirizzo internet http://archive.org/stream/codicepenaleedi00italgoog/codicepenaleedi00italgoog_djvu.txt

Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, Vol. V, *Relazione sul libro I del Progetto*, reperibili all'indirizzo internet <http://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e8151fe03dd5327a7b3f973d03ae.pdf>

Glossario del sito internet di Borsa italiana, reperibile all'indirizzo internet <http://www.borsaitaliana.it/bitApp/glossary.bit?target=GlossaryDetail&word=Strumenti%20Finanziari%20Derivati>.

Descrizione dei prodotti finanziari derivati di CO.N.SO.B., reperibile all'indirizzo internet:

http://www.consob.it/main/trasversale/risparmiatori/investor/prodotti_derivati/index.html.

Siti internet di interesse per la legislazione straniera

www.legislation.gov.uk.