

CAUSAZIONE DEL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ 'CON DOLO O PER EFFETTO DI OPERAZIONI DOLOSE': PECULIARITÀ, ANOMALIE TESTUALI E CONTROVERSIE ESEGETICHE ALLA LUCE DELLA SENTENZA SUL CASO PARMALAT-CAPITALIA

[Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014 \(dep. 15 aprile 2015\), n. 15613, Pres. Lombardi, Est. Savani e Pistorelli, Imp. Geronzi e altri](#)

di Alessandra Rossi

Abstract. *Prendendo occasione dai passi conferenti della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia, lo scritto ripercorre la struttura della fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria societaria di cui all'art. 223, cpv., n. 2 legge fall. e si prefigge lo scopo di evidenziarne i punti di criticità, i nodi esegetici irrisolti ed il ruolo nel generale contesto del diritto penale delle procedure concorsuali.*

SOMMARIO: 1. La qualificazione dell'evento del reato: fallimento formale o dissesto sostanziale? – 2. Causazione ed aggravamento del fallimento: analoga rilevanza penale? – 3. Causazione "con dolo o per effetto di operazioni dolose": problematiche costituzionali, contenuti operativi, punti di criticità. – 4. Il ruolo degli 'extranei vertici bancari' ed il rapporto tra operazioni dolose e bancarotta distrattiva nelle valutazioni della sentenza.

1. La qualificazione dell'evento del reato: fallimento formale o dissesto sostanziale?

1.1. Molti sono gli argomenti che la Suprema Corte ha declinato ed affrontato nel lungo percorso decisionale che caratterizza la sentenza sul caso Parmalat-Capitalia; l'analisi dei Giudici di legittimità, nel suo complesso considerata, si segna positivamente e merita apprezzamento¹.

Per 'inquadrare' in massima sintesi il fatto al fine di una maggiore chiarezza delle mie riflessioni, è utile riprendere quanto ben prospettato nel commento della decisione, già pubblicato in questa Rivista², ove si rimarca che il caso di specie ha riguardato un filone di indagini sorto dalla vicenda del crac Parmalat e delle numerose

¹ [Cass., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613](#), in questa Rivista, 13 maggio 2015.

² Nella nota di C. BRAY, [La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia](#), in questa Rivista, 13 maggio 2015, vengono con pregevole precisione presentati tutti i passi maggiormente significativi ed interessanti.

altre società controllate/collegate riconducibili all'imprenditore Tanzi. In particolare, "i giudici di merito avevano asserito che gli allora vertici del gruppo Capitalia – tra i quali Geronzi e Arpe – al fine di realizzare interessi economici della banca, avessero consapevolmente collaborato alla (e in sostanza istigato la) ideazione ed esecuzione da parte di Tanzi di un'attività distrattiva del patrimonio di Parmalat di fondi (apparentemente) erogati alla società emiliana attraverso un prestito *bridge* di 50 milioni di euro".

Oltre al delitto di usura, le fattispecie di reato considerate quali illeciti penali nelle procedure concorsuali (realizzate in concorso di persone tra soggetti 'di vertice' intranei al gruppo Capitalia s.p.a, controllante e/o sue controllate) si evidenziano nella bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria 'a condotta distrattiva' (quanto alla condotta di distrazione della provvista fornita da Banca di Roma a Parmalat, erogazione in realtà utilizzata per finanziare altre società del gruppo Parmalat affinché provvedessero all'acquisto dell'azienda Ciappazzi, a sua volta debitrice della banca), nella bancarotta fraudolenta impropria 'da reato societario' (di cui all'art. 2632 c.c. – formazione fittizia del capitale, nello specifico quanto alla capitalizzazione di Parmatour) ed infine nella bancarotta fraudolenta impropria consistente nella causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose' (con le operazioni dolose produttive del fallimento del gruppo Parmalat cristallizzate nell'aver prorogato il suddetto prestito, a condizioni più onerose).

Tra le tre ipotesi, mi piace cogliere l'opportunità di una ricognizione e di una conseguente rivisitazione della struttura e dei contenuti dell'ultima, sulla quale merita a mio vedere riflettere sia per la peculiare ed anomala formulazione – e, desidero anticiparlo, al riguardo proverò a proporre opzioni esegetiche (che per alcuni risvolti coinvolgeranno anche la bancarotta impropria 'da reato societario') non del tutto in linea con le valutazioni di cui alla decisione qui al vaglio o comunque di parte della giurisprudenza – sia per le non poche potenzialità applicative, sia – e soprattutto – perché 'di nicchia' e più sofisticata e subdola nella sua concreta realizzazione rispetto al 'classico' (e forse più grossolano) agire illecito del e nel contesto fallimentare. La stessa giurisprudenza³ ha evidenziato la differenza tra le condotte integranti la bancarotta *de qua* e quelle integranti il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria (di cui al combinato disposto degli artt. 223, 1° comma e 216, 1° comma legge fall.) espressamente nel fatto che il pregiudizio patrimoniale non discende nella bancarotta societaria direttamente dall'azione del soggetto attivo, ma da un fatto strutturalmente più complesso, coincidente con "qualsiasi situazione societaria implicante un procedimento" o con "una pluralità di atti coordinati"⁴.

Le successive annotazioni ripercorreranno, pertanto, i passi della sentenza coinvolgenti e dedicati a tale fattispecie.

E' importante subito ricordare (e v. *infra*, § 4 per la trattazione della questione) che la Cassazione, pur riconoscendo ai giudici di merito la corretta presentazione della

³ Cass., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690.

⁴ Così posto in evidenza da E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 3° ed., Bologna, 2012, 325.

linea giurisprudenziale che considera positivamente l'astratta possibilità di un concorso materiale (e non già formale) tra bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva e bancarotta fraudolenta 'da operazioni dolose', ne ha invece opportunamente censurato l'applicazione nel caso concreto, considerato che le due specifiche condotte – consistenti rispettivamente nell'erogazione del finanziamento *bridge* e nella successiva distrazione del patrimonio di questa a quello di altre società – seppur naturalisticamente distinte vanno considerate come due passaggi di un'unica condotta distrattiva, con il fatto di erogazione del prestito che deve allora ritenersi contenuto nella successiva distrazione ed il corrispondente delitto di bancarotta 'da operazioni dolose' assorbito in quello di bancarotta per distrazione.

1.2. Ad oggi una tra le più *trendy* questioni inerenti la materia si incentra su l'irrilevanza *versus* la rilevanza del nesso causale tra le condotte di bancarotta fraudolenta (a mente degli artt. 216 e 223, 1° comma legge fall.) ed il fallimento/dissesto dell'impresa (individuale o societaria), con la Corte di Cassazione che nella sentenza qui all'esame enuclea il principio di diritto in forza del quale: "Attraverso il primo comma dell'art. 216 legge fall. il legislatore ha voluto punire condotte che attentano all'integrità della garanzia patrimoniale dei creditori indipendentemente dalla loro effettiva incidenza causale sulla determinazione del fallimento, ancorché sul piano fattuale ben possano registrarsi (e invero frequentemente si registrano) casi in cui le condotte normotipo effettivamente determinano il dissesto dell'impresa"⁵.

La *querelle* non trova per contro sede in relazione alla fattispecie di cui all'art. 223, cpv., n. 2 legge fall., la quale, ipotesi prefallimentare, nel dichiarare applicabili agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori delle società dichiarate fallite le pene stabilite nell'art. 216 se "*hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società*", postula normativamente la sussistenza del legame causale tra le alternative condotte ed il fallimento, attribuendo a quest'ultimo la (incontestata ed incontestabile) natura giuridica di evento naturalistico.

Assume invece primaria importanza la qualificazione dell'evento *fallimento* della società: fallimento formale o dissesto sostanziale?

A livello generale – e da sempre – i contenuti qualificatori (nonché il ruolo) del fallimento nei delitti di bancarotta⁶ costituiscono uno dei nodi centrali della sistematica interpretativa. Alla controversa esegesi non sfugge la particolare indicazione quale *fallimento* appunto dell'evento di cui alla fattispecie, con la dottrina divisa e la giurisprudenza che, comunque uniforme, non appare, io credo, sottoscrivibile. Ed a questa mia personale perplessità non si sottrae la nostra decisione, laddove ribadisce, anche in riferimento e con equiparazione con l'evento dei reati di bancarotta impropria 'da reato societario', che "l'art. 223 legge fall., al pari dell'art. 216, già contiene il riferimento testuale alla dichiarazione di fallimento, in assenza della quale i fatti incriminati dal medesimo articolo in entrambi i suoi commi non assumono rilevanza

⁵ C. BRAY, *op. cit.*, 1.

⁶ Cfr. sulla questione F. MUCCIARELLI, [Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?](#), in *questa Rivista*, 23 febbraio 2015.

penale ai sensi del r. d. 267/1942, talché la duplicazione del riferimento al fallimento in senso formale non avrebbe senso alcuno. Del resto [...] non è possibile tracciare un rapporto causale tra le condotte incriminate e la sentenza dichiarativa del fallimento (o altro provvedimento equipollente). E' dunque ovvio che con la formula impiegata nella disposizione di cui si tratta il legislatore ha voluto fare riferimento al fallimento in senso sostanziale e cioè alla situazione obiettiva di dissesto nella quale la società si viene a trovare per effetto delle operazioni poste in essere dal suo ceto gestorio". Impostazione che collima con quella di alcuni Autori che appunto hanno rilevato come l'espressione *fallimento* di cui al testo dell'art. 223, cpv., n. 2 legge fall. sia da identificarsi con l'espressione *dissesto* contenuta negli artt. 223, cpv., n. 1 e 224, n. 2 legge fall., così escludendosi la moltiplicazione del ruolo del fallimento, inteso come condizione e come evento del reato e ricordandosi che solo il fenomeno sostanziale dell'insolvenza può costituire in termini causali il risultato della condotta criminosa dell'agente⁷.

Indubbia l'anomalia del termine *fallimento* (e viepiù in quanto evento del reato), credo tuttavia che, bandita la sovrapposizione contenutistica, si debba distinguere la qualificazione di questo rispetto al tenore da attribuire al termine *dissesto* nella bancarotta impropria fraudolenta per precommissione di fatti penali societari di cui all'art. 223, cpv., n. 1 (nonché nell'ipotesi di bancarotta semplice societaria di cui all'art. 224, n. 2 legge fall.). Infatti, qui si tratta – prima caratteristica – di situazione che riflette il substrato economico-patrimoniale dello stato di insolvenza in senso sostanziale considerato e connota lo squilibrio tra attività e passività; con il termine *dissesto* – atecnico e suscettibile di più ampie letture come semplice illiquidità, per ipotesi – che si deve intendere quale insolvenza normativamente definita dall'art. 5, 2° comma legge fall., ove "*lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*"⁸. Esso, per la concretizzazione della fattispecie di cui è causa, deve obbligatoriamente – seconda peculiarità – essere effettivo, frutto del deterioramento del rapporto tra attività e passività; è destinato (successivamente al suo reale determinarsi) a sfociare nel fallimento in senso formale. L'attualizzazione dell'offesa agli interessi creditori si consolida pertanto al momento del verificarsi dell'evento naturalistico del dissesto e si perfeziona con la sentenza dichiarativa di fallimento della società (che assume come 'di regola' – quantomeno per la più consolidata dottrina – la natura giuridica di condizione obiettiva di punibilità, nel caso a tipologia estrinseca)⁹.

Si riscontra dunque una duplicità di richiamo alla 'situazione concorsuale' della società, sostanziale e formalizzata. La prima (dissesto) quale evento naturalistico in

⁷ Sulle differenti impostazioni mi permetto rinviare ad A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Trattato di diritto penale diretto da C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Parte speciale, vol. XVIII, Milano, 2014, 112 s. e 197 s.

⁸ Circa il concetto di dissesto, è stato sostenuto da Cass., Sez. V, 25.5.2011, n. 32899, in *Giur. it.*, 2012, 667, con nota di A. MORONE, che "nell'ottica dei reati fallimentari, il dissesto è costituito da una condizione di squilibrio economico, finanziario e patrimoniale la quale, non affrontata in modo adeguato, può causare l'acuirsi dell'esposizione debitoria all'origine dell'insolvenza, come quando l'accumulo delle perdite ha eroso l'intero capitale sociale".

⁹ Mi permetto nuovamente rinviare ad A. ROSSI, *op. cit.*, 100 ss. e 187.

relazione causale con la condotta penalmente rilevante/fatto di reato societario come elencato nel disposto di riferimento; la seconda (dichiarazione di fallimento della società, come già accennato generale preambolo proprio dell'art. 223 legge fall. considerato nella sua globalità) quale situazione 'di status' della società appunto, che si riverbera sui soggetti attivi come momento imprescindibile per la loro punibilità per il reato fallimentare. Punibilità 'fallimentare' dei soggetti 'societari' che verrà pertanto meno nel caso in cui la sentenza dichiarativa venga revocata, così 'ritornandosi' ad una qualificazione del fatto precommesso 'soltanto' come reato societario.

Nella fattispecie di causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose' è invece la sentenza dichiarativa di fallimento – e non già il dissesto sostanzialmente considerato – *l'alter ego* del termine *fallimento*: allineandomi alla interessante e significativa linea dottrinale in tal senso di Cesare Pedrazzi¹⁰, si prospetta così la prima netta diversità rispetto al valore contenutistico del dissesto nella bancarotta impropria da reato societario di cui *supra*. Vero che il fallimento formalizzato può essere delittuosamente cagionato anche 'operando' attraverso il dissesto sostanziale, tuttavia in detta ipotesi – e come dato strutturale di seconda differenziazione rispetto alla necessità di perfezionamento effettivo del dissesto nella bancarotta 'da reato societario' – sul presupposto che appunto l'evento naturalistico è rappresentato dal fallimento formalizzato, il dissesto potrà, indifferentemente, o essere stato effettivamente determinato, ovvero anche 'semplicemente' simulato, allorquando i soggetti 'societari' creino una apparenza di esso, in realtà insussistente. Fatto, questo, non meno lesivo per i creditori sociali. Con un disegno orientato che può addirittura essere concepito fin dalla costituzione della società¹¹.

È importante sottolineare che si dovranno, comunque e di conseguenza, porre in essere le premesse necessarie alla declaratoria di fallimento, 'costruendo' una situazione che non consenta 'vie' differenti ed alternative di altre procedure concorsuali o di risanamento, con la declaratoria che diventa, così, 'atto giudizialmente dovuto'. Di tale che i soggetti attivi dovranno prevedere che si siano realizzate le condizioni in presenza delle quali la società possa venire dichiarata fallita, in base al disposto di cui all'art. 1 legge fall. Il che non sarà 'semplice'. Va ricordato che non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori (persone fisiche o società)¹²

¹⁰ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa, Parte generale e reati fallimentari* a cura di C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, Bologna, 2003, 170 ss.; C. PEDRAZZI *Artt. 216-218, 220-226 legge fall.*, in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja, Branca, Legge fallimentare* a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1995, 315 ss.

¹¹ Cfr. PEDRAZZI, *Art. 223 legge fall.*, cit., 319, il quale evidenzia il caso dell'acquisizione del controllo di una società all'esclusivo scopo di eliminarla dal mercato.

¹² Le società commerciali 'prese in considerazione' dalla legge fallimentare si possono individuare nelle: società di capitali (società per azioni, a responsabilità limitata ed in accomandita per azioni); società di persone ammesse ad esercitare attività commerciale (società in nome collettivo e società in accomandita semplice); cooperative; società consortili di persone e capitali ed i consorzi con attività esterna; società di mutua assicurazione che esercitano attività commerciale; società sportive professionistiche costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata; associazioni riconosciute o non

che esercitano un'attività commerciale che dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: abbiano avuto, nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, qualora di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo per ciascun anno non superiore a euro trecentomila; abbiano realizzato, in qualsiasi maniera, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro duecentomila; abbiano un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a euro cinquecentomila. Si può allora ipotizzare che l'inversione probatoria circa il possesso dei requisiti non verrà certo 'attivata' dai soggetti che hanno agito per determinare il fallimento della propria compagine sociale.

Secondo la linea ora prospettata che ritengo preferibile seguire, pure nella fattispecie in esame il richiamo al 'fallimento' risulta duplice, stante il già ricordato generale preambolo dell'art. 223 legge fall. Ciò significa che la sentenza dichiarativa svolge, comunque, anche il 'consueto' ruolo proprio delle ipotesi prefallimentari di condizione obiettiva di punibilità (che si connoterà anche in questo caso a tipologia estrinseca¹³). Punibilità che pertanto verrà meno qualora la dichiarazione di fallimento provocata dal soggetto qualificato venga successivamente revocata¹⁴.

2. Causazione ed aggravamento del fallimento: analogia rilevanza penale?

Va dato atto che la fattispecie — esattamente come quella di cui al n. 1 del 2° comma dell'art. 223 legge fall. — non richiama espressamente l'aggravamento oltre alla causazione del fallimento, come invece avviene nella fattispecie di bancarotta semplice impropria societaria di cui all'art. 224, n. 2 legge fall.

Coinvolgendo nuovamente entrambe le bancherotte fraudolente societarie in una unica formulazione di principio, nella sentenza la Suprema Corte assume peraltro come i reati sussistano altresì nell'ipotesi in cui le condotte abbiano aggravato una situazione di dissesto (come avanti indicato, è questa infatti la analoga qualificazione dell'evento nelle due ipotesi di cui alla decisione) già in atto. Di tale che, ferma per la Cassazione la considerazione che il *quantum* del valore del dissesto è quello che viene in conto al *tempus* della formale apertura della procedura concorsuale, rimane "irrilevante che al momento della consumazione della condotta e della produzione dei suoi effetti già fosse in atto una situazione di dissesto sulla quale la medesima condotta incide solo aggravandola". D'altronde, si continua, la conclusione che soltanto l'art. 224, e non anche l'art. 223, sanziona l'aggravamento del dissesto, mentre il secondo ne esigerebbe, quale evento del reato, necessariamente la causazione, comporterebbe la conseguenza che l'aggravamento, in quest'ultimo caso, resterebbe privo di punizione, il che

riconosciute aventi prevalente attività commerciale, fondazioni, GEIE; società irregolari, di fatto, apparenti, occasionali ed occulte.

¹³ Mi permetto nuovamente rinviare ad A. ROSSI, *op. cit.*, 100 ss. e 198.

¹⁴ Così L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, 2° ed., Torino, 1991, 110.

presenterebbe “già in sé una nota di irragionevolezza, lasciando ingiustificatamente orfana di sanzione penale una condotta comunque incidente sullo stato di dissesto mediante aggravamento dello stesso”. “Il dato testuale [...] appare [...] in contrasto con un'interpretazione sistematica della norma che tenga conto della disciplina del concorso di cause di cui all'art. 41 c.p., applicando la quale assumono rilievo ai fini della responsabilità penale, nel caso di bancarotta fraudolenta impropria, anche le condotte successive alla irreversibilità del dissesto, in quanto sia il richiamo alla rilevanza delle cause successive, espressamente contenuto nella norma predetta – che disciplina il legame eziologico tra il comportamento illecito e l'evento – sia la circostanza per cui il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo, assegnano influenza ad ogni condotta che incida, aggravandolo, sullo stato di dissesto già maturato”. Ed espressamente per ciò che concerne il rapporto tra bancarotta fraudolenta impropria per precommissione di fatti penali societari e bancarotta semplice impropria di causazione od aggravamento del dissesto della società, aggiunge la Suprema Corte che “la differente formulazione delle due norme (art. 223, 2° comma, n.1, nell'attuale formulazione dettata con d.lgs. 61/2002, e art. 224, n. 2 legge fall.) appare quindi verosimilmente ascrivibile alla loro redazione in tempi diversi, che può giustificare il mancato richiamo espresso in quella più recente all'aggravamento del dissesto, comunque sottinteso in base ai principi generali sul concorso di cause sopra richiamati”.

E' doveroso ricordare che la sentenza trova uniformità interpretativa sia in non pochi precedenti arresti, ove in relazione alla bancarotta impropria da reato societario si fissa il principio di diritto ai sensi del quale: “Il reato di bancarotta impropria di cui all'art. 223, cpv., n. 1 legge fall. sussiste anche quando la condotta illecita – pertanto successiva al dissesto – abbia concorso a determinare solo un aggravamento del dissesto già in atto della società”¹⁵, sia nelle impostazioni di alcuni Autori, per i quali appunto aggravare il dissesto già esistente equivale a produrne uno nuovo, con la conseguenza che l'aggravamento rientra come comportamento nell'economia del disposto¹⁶.

Nello specifico del fallimento determinato da operazioni dolose, del pari la decisione si allinea alla costante giurisprudenza che asserisce non interrompere il nesso di causalità tra l'operazione dolosa e l'evento fallimentare né la preesistenza alla condotta di una causa in sé efficiente verso il dissesto, valendo la disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 c.p., né il fatto che l'operazione dolosa in questione abbia cagionato anche solo l'aggravamento di un dissesto già in atto¹⁷. Con il

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 11 gennaio 2013, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 363 ss., con nota di CASELLATO e con nota di CALLEGARI. V. anche Cass., Sez. feriale, 12 settembre 2013, n. 46388; Cass., Sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259.

¹⁶ A. LANZI, *La bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Dir. prat. soc.* 2002, 21 ss. V. altresì C. SANTORIELLO, *I rapporti fra la bancarotta societaria e le alterazioni dei dati contabili della società fallita*, in *Soc.* 2012, 4, 429 ss.

¹⁷ Cass., Sez. V, 16 aprile 2013, n. 8413; Cass., Sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259; Cass., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690.

conseguente principio di diritto: “In tema di bancarotta c.d. impropria, la particolare fattispecie di cui all'art. 223, 2° comma legge fall., riguardante gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società fallite che hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società, si applica anche nell'ipotesi in cui la condotta di una delle anzidette persone abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente”¹⁸.

Tanto evidenziato e presa buona nota della linea giurisprudenziale affatto contraria alla impostazione che vado a prospettare, mi pare importante tuttavia non abbandonare il tentativo di riflettere sul rigore metodologico di tale esegesi, ribadendo come il tenore dei due disposti di bancarotta impropria societaria di cui all'art. 223, cpv., n. 1 e n. 2 legge fall. *in parte qua* ('cagionare o concorrere a cagionare il dissesto della società' e 'cagionare [...] il fallimento della società') ben può condurre ad ipotizzare che il dissesto quale evento della bancarotta fraudolenta impropria da reato societario come il fallimento quale evento della bancarotta fraudolenta impropria per causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose' non dovrebbero preesistere alla realizzazione delle condotte.

Iniziando dalla bancarotta 'da reato societario', il tenore testuale appare netto nel circoscrivere la verifica giudiziale all' *an* e non già altresì al *quantum* del volume del dissesto. È ben vero che il fenomeno presenta una inevitabile gradualità, non potendosi astrattamente fissare il momento in cui dall'equilibrio patrimoniale ed economico si sfocia nella perdita, con l'insolvenza che ingloba in sé un articolato processo evolutivo in negativo, ma ciò appare preso in considerazione nella struttura della fattispecie proprio dalla valenza e dalla rilevanza delle concause, di nuovo in base al tenore testuale a livello specifico e comunque in base a quanto previsto a livello generale nella sistematica penalistica nelle norme del codice penale riferite al rapporto di causalità. Di tale che il dissesto rileverà sia quando determinato soltanto dalla precommissione dei reati societari 'a monte', sia quando determinato anche dalla precommissione dei reati *de quibus*, che, appunto, abbiano concorso nella sua causazione o ne abbiano affrettato il verificarsi, in uno con altre concause, di più diversa natura, ma sempre eziologicamente ad esso collegate. Potrebbero essere concause con il fatto penale societario, ad esempio, l'incremento dell'esposizione debitoria, l'assottigliamento patrimoniale dell'asse e delle garanzie, le mutazioni del mercato, mentre potrebbero valutarsi avvenimenti di rilevanza interruttiva del nesso causale, ai sensi dell'art. 41, 2° comma c.p., l'imprevista insolvenza del più importante debitore della società, eventi 'incolpevoli' di distruzione del patrimonio quali il furto o l'incendio, la (subita) concorrenza sleale.

Pertanto, si può sostenere che la considerazione penale dell'aggravamento, esulando tale eventualità dai confini di un'interpretazione seppur estensiva dei dati astratti individuanti a livello normativo i limiti della condotta tipica, farebbe sfociare una tale opzione nell'illegittimità costituzionale di una palese analogia *in malam partem*: se si può concordare sull'assunto che la limitazione risulta stridente a fronte

¹⁸ Cass., Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 38177.

dell'opportunità di sanzionare anche un aggravamento del fenomeno dissesto, appare peraltro imprescindibile al riguardo l'intervento (che forse potrebbe essere auspicabile) del legislatore. E del pari, nel quadro di un confronto sistematico con la più ampia portata della bancarotta semplice societaria di cui all'art. 224, n. 2 legge fall., non credo che valga a giustificazione del riconosciuto limite normativo lo iato temporale: proprio la scelta riformista del legislatore del 2002 sulla bancarotta fraudolenta 'da reato societario' che trova il nucleo nella individuazione del necessario legame causale tra reato societario e dissesto della società – legame inesistente *ante* riforma – sembra dimostrare la netta opzione del *novus* normativo *in parte qua*.

In sintesi: la previsione "esige una vera e propria causazione di un dissesto che non si sarebbe altrimenti verificato, quand'anche in concorso con altre concause. Ne esula il semplice aggravamento del dissesto, quand'anche nocivo per i creditori (il quale per lo più ricadrà nelle condotte distrattive evocate nel primo comma dell'art. 223)"¹⁹.

Nella fattispecie di causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose' mi pare da escludere che a sostegno della punibilità della condotta di aggravamento depongano sia la disciplina generale sul concorso di cause dettata dall'art. 41 c.p., sia la fenomenologia stessa del dissesto, in quanto situazione che non si verifica istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo.

Penso che la *querelle* si leghi invece a filo doppio con la valenza del termine fallimento quale evento naturalistico. Ferma la considerazione che la 'regola' delle concause, per cui in base all'art. 41 c.p. l'efficacia causale non è esclusa dal concorso di fattori esterni, salva l'interruzione del nesso eziologico nel caso di concause sopravvenute di assorbente rilevanza, non sembra di per sé idonea a dimostrare e così spiegare la legittimazione ad accettare l'alternatività della scelta punitiva normativa tra causazione ed aggravamento (frutto invece di una scelta di diritto giudiziale come già prospettato assai vicina alla analogia *in malam partem*), con appunto la sufficienza di questo, va valutato che è l'evento 'concreto' individuato attraverso tutte le modalità della sua realizzazione, comprese le modalità spazio-temporali, che rappresenta il punto di riferimento del rapporto di causalità. Proprio il termine fallimento, in questa mia nota assunto nel tenore di fallimento formalizzato – come *supra* evidenziato, con il dissesto sostanziale che potrà, indifferentemente, o essere stato effettivamente determinato, ovvero anche 'semplicemente' simulato, allorquando i soggetti 'societari' creino una apparenza di esso, in realtà insussistente – avvalora la logica della voluta limitazione normativa alla rilevanza della sola sua causazione, considerata l'impossibilità di un aggravamento di un fallimento formalizzato, con dissesto simulato. Quale 'rovescio della medaglia', proprio la mancanza della alternativa rilevanza dell'aggravamento avvalora l'opzione qualificatoria di fallimento inteso quale formalizzato e non già quale dissesto sostanziale.

Ancora, non è inconferente ricordare che, nel quadro di un confronto sistematico con la più ampia portata della bancarotta semplice societaria di cui all'art. 224, n. 2 legge fall. (ove per contro l'evento naturalistico va enucleato nel dissesto sostanziale

¹⁹ Testualmente C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 215.

effettivo), ambedue le disposizioni hanno trovato contemporanea formulazione temporale nella parte penale della legge fallimentare del 1942, con entrambe inalterate ad oggi.

E mi permetto non credere nella possibilità di un intervento del legislatore – per contro avanti auspicato in riferimento al tenore della bancarotta impropria ‘da reato societario’ – di ampliamento alla rilevanza dell’aggravamento: le pregresse considerazioni mi conducono ad escluderlo in punto logica esistenziale. Il fallimento formalizzato, mi permetto ribadirlo, potrà soltanto essere causato (o concausato, secondo le norme di riferimento di cui al codice penale); al massimo, potrebbe valere come causazione, per dirla con Cesare Pedrazzi, una “significativa anticipazione cronologica di un fallimento che si sarebbe ugualmente verificato”²⁰.

3. Causazione “con dolo o per effetto di operazioni dolose”: problematiche costituzionali, contenuti operativi, punti di criticità.

Con una formula purtroppo discutibile, la fattispecie si caratterizza per due distinte modalità comportamentali: la causazione con dolo e la causazione per effetto di operazioni dolose.

3.1. Quale considerazione che si riferisce ad entrambe le condotte, va posto all’attenzione il ruolo centrale (ma è questo un argomento classico del diritto penale delle procedure concorsuali globalmente considerato) che, trattandosi, tra il resto, di fattispecie propria a soggettività ristretta preindividuata normativamente, rivestono i differenti ed alternativi autori nella struttura della stessa, prima e nella concreta qualificazione delle modalità comportamentali, poi. Modalità che risulteranno informate, influenzate, vincolate e diversificate in base, appunto, alla ‘variabile’ del soggetto attivo, se componente dell’organo gestorio, direttore generale, componente dell’organo di controllo o liquidatore. Con un ruolo ‘personale’ che, avanti lo si evidenzierà, viene a giocare nello specifico del caso Parmalat-Capitalia il concorrente *extraneus*. E non è azzardato sostenere che, pressoché di *default*, si tratti di causazione del fallimento con dolo, si tratti di causazione per effetto di operazioni dolose, il reato viene realizzato, stante la complessa e spesso sofisticata ‘costruzione’ concreta del fatto, in concorso di persone.

I soggetti attivi costituiscono – e non è poco – il centro della valutazione in via preliminare della Suprema Corte relativa, in riferimento alla causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose, al mancato accoglimento dell’eccezione di legittimità costituzionale sollevata da uno dei ricorrenti ed ispirata dalla indeterminatezza della condotta, per presunta violazione dell’art. 25, 2° comma Cost. Nel dichiarare la manifesta infondatezza, il passo della nostra decisione assume come la fattispecie configuri un reato la cui condotta è certamente a forma libera, ma adeguatamente

²⁰ Così PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 171.

definita nella sua identità da una serie di indici terminologici sufficientemente determinati. Il riferimento alle operazioni dolose deve infatti essere letto in stretta correlazione alle funzioni proprie dei soggetti attivi tipizzati dalla norma incriminatrice: “la definizione dell’elemento materiale, in connessione alla configurazione di un reato proprio del ceto gestorio di una società commerciale, evidenzia come le ‘operazioni’ rilevanti siano esclusivamente quelle che si traducano in una attività attinente alla funzione che qualifica i soggetti attivi selezionati dalla norma incriminatrice. In secondo luogo il fatto che le operazioni debbano essere ‘dolose’ evoca immediatamente come l’atto di gestione debba essere posto in essere dall’autore tipico con abuso della propria carica ovvero contravvenendo ai doveri che la stessa gli impone, atteso che tale attributo – altrimenti del tutto inutile sotto il profilo tecnico-penalistico alla luce dell’art. 43 c.p. – evidenzia un connotato d’intrinseca illiceità della condotta, anche a prescindere dai suoi effetti”²¹.

3.2. La locuzione “*con dolo*”, che va intesa in conformità della nozione generale, enuclea in prima istanza la preordinazione dolosa del fallimento, ove la ‘dolosità’ si concretizza appunto nella radicale situazione preordinata e si pone con condotta a forma libera, comprensiva di ogni modalità idonea. Peraltro, stante la genericità del richiamo, sono ricompresi non solo i casi di volizione diretta dell’evento, ma anche i casi di volizione indiretta o eventuale.

Non sarà, però, sufficiente una condotta di distrazione, essendo questa prevista e punita nel primo comma dell’art. 223 legge fall.: la figura qui all’esame richiede, infatti, a mio parere, un disegno più ampio del singolo atto di distrazione di attività all’economia societaria. Ed a livello soggettivo dovrà esserci, dunque, la rappresentazione del futuro fallimento, ancorché – mi permetto ribadirlo – il piano criminoso non dovrà tanto ed obbligatoriamente avere come risultato ‘ricercato’ il fallimento della società, quanto l’accettazione dello stesso, a titolo di dolo eventuale.

È anche ipotizzabile una causazione omissiva ai sensi dell’art. 40, 2° comma c. p.: data la posizione di garanzia degli interessi creditori immanente alle funzioni societarie prese in considerazione, vale come causazione l’omesso impedimento di un fallimento determinato da fattori esterni o da comportamenti di soggetti interni ad esso diretti, a condizione che sia dimostrabile la concreta possibilità di un efficace intervento impeditivo da parte del soggetto qualificato²².

²¹ E continua la decisione: “Infine la tipicità della condotta medesima è fortemente caratterizzata (e dunque definita) dalla necessaria causazione del “fallimento” e cioè dalla esistenza di un rapporto eziologico tra la stessa e il dissesto della società. In tal senso deve ritenersi che la norma abbia selezionato una serie di parametri in grado di rendere conoscibile il precetto, tanto più nel contesto in cui la fattispecie di cui si tratta è inserita. Deve osservarsi infatti come essa assuma un carattere eminentemente residuale, una volta proiettata sullo schermo del sistema di incriminazioni configurato dalla legge fallimentare. In altri termini è da escludersi la tipicità di condotte già espressamente previste da altre specifiche disposizioni incriminatrici in tema di bancarotta”.

²² Testualmente PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 171. V. anche E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. Ronco, *op. cit.*, 325.

3.3. La seconda ipotesi richiede, sul piano oggettivo, che il fallimento sia causato “*per effetto di operazioni dolose*”, da intendersi, a livello generale, quali attività economiche riconducibili alle funzioni societarie espletate dai soggetti qualificati. Con la ‘dolosità’ che rappresenta, per efficacemente addivenirsi ad una distinzione dalla causazione con dolo del fallimento, una modalità intrinseca delle operazioni idonee a causare l’evento fallimento, con connotazione finalistica a un tempo oggettiva e psicologica.

Poiché nell’ipotesi in esame non si esige neppure la volizione indiretta del dissesto fallimentare della società, la quale, per la ragione dianzi indicata, deve ritenersi compresa nella causazione con dolo, il dubbio che ci si trovi di fronte ad un caso di responsabilità oggettiva è forte e da questa affermazione, oggi, non può che derivare un ‘indizio’ di incostituzionalità, a mente della valenza, questa volta, dell’art. 27, 1° comma Cost. Così, si tende a riconoscere da parte di alcuni Autori alla fattispecie una struttura preterintenzionale²³. E su questa linea si pone la giurisprudenza di legittimità, laddove assume che “trattandosi di fattispecie a sfondo preterintenzionale, l’onere probatorio dell’accusa si esaurisce nella dimostrazione della consapevolezza e volontà dell’amministratore della complessa azione arrecante pregiudizio patrimoniale nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i propri doveri a fronte degli interessi della società, nonché dell’astratta prevedibilità dell’evento di dissesto quale effetto dell’azione antidoverosa, non essendo invece necessarie la rappresentazione e la volontà dell’evento fallimentare”²⁴. Verrebbe, quindi, ad essere sufficiente per la configurabilità del reato in questione, a livello soggettivo, “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”²⁵.

Nelle “*operazioni dolose*” può rientrare qualsiasi comportamento dei soggetti destinatari del precetto penale che, implicando un abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità e così ‘personalizzato’, rechi pregiudizio ai legittimi interessi dell’ente, dei soci o dei creditori e sia nel tempo stesso realizzato allo scopo di procurarsi un ingiusto profitto. Ed è utile riportare l’assunto (consolidato) giurisprudenziale ai sensi del quale, in riferimento ai soggetti attivi componenti dell’organo gestorio, “le operazioni dolose devono attenersi alla commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all’organo amministrativo nell’esercizio della carica ricoperta, ovvero ad atti intrinsecamente pericolosi per la ‘salute’ economico-finanziaria della impresa e postulano una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall’azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all’esito divisato”²⁶.

²³ Cfr. PEDRAZZI, *Art. 223 legge fall.*, cit., 322.

²⁴ Cass., Sez. V, 3 aprile 2014, n. 38728.

²⁵ Cass., Sez. V, 3 aprile 2014, n. 38728; Cass., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690.

²⁶ Cass., Sez. V, 25 settembre 2014, n. 47621; Cass., Sez. V, 12 dicembre 2013, n. 17408.

Restano esclusi dalla previsione i fatti contemplati in particolare nel n. 1 del secondo comma dell'art. 223. Nell'incriminazione, in conseguenza, può rientrare la maggior parte dei reati societari non elencati in codesta disposizione. Ed interessante si potrà presentare la (pregressa) realizzazione della fattispecie di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c. allorché i soggetti corrotti ivi indicati (tra gli altri) negli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori *“a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società”*.

Vi può essere compresa anche la violazione del divieto di concorrenza (cfr. art. 2390 c. c.) ed in generale vi può rientrare ogni fatto in cui sia raffigurabile una 'infedeltà' — giova ribadirlo, ovviamente non intesa 'tecnicamente' come fattispecie di cui all'art. 2634 c. c. in quanto fattispecie rientrante del novero dei reati societari richiamati quali reati presupposto nella bancarotta fraudolenta 'da reato societario' — degli amministratori, in prima e principale battuta o degli altri soggetti considerati, in subordine.

Sussiste il delitto di bancarotta fraudolenta previsto dall'art. 223, 2° comma, n. 2 legge fall. anche quando le operazioni dolose dalle quali deriva il fallimento della società non comportano una diminuzione algebrica dell'attivo patrimoniale, ma determinano comunque un depauperamento del patrimonio non giustificabile in termini di interesse per l'impresa²⁷.

Non dovranno essere invece rapportabili al concetto di operazioni dolose quelle 'operazioni' illecite (quali, ad esempio fatti di corruzione, di evasioni fiscali o contributive, di messa in commercio di prodotti nocivi) di per loro giovevoli, sia pure ingiustamente, al patrimonio sociale, ma dalla scoperta delle quali, tuttavia e dalla applicazione di sanzioni ad esse 'connesse' sia derivato il fallimento della società. La tipologia della bancarotta fraudolenta, infatti, come correttamente asserito, *“non può essere sfigurata dall'inserimento di fatti del tutto eterogenei sul piano lesivo”*²⁸, solo occasionalmente e casualmente — non già causalmente — ricollegati al fallimento. Si tratta di esegesi discendente dalla formula normativa *‘per effetto di operazioni dolose’*, la quale implica che il fallimento debba essere 'provocato' dalle operazioni come manifestazione di infedele gestione sociale /attività societaria dei soggetti coinvolti.

Per la maggior parte della dottrina è esclusa in questa ipotesi la rilevanza di omissioni²⁹ (salvo quanto *supra* riportato in relazione alla condotta della corruzione tra privati), il che lascia comunque 'tranquilli' da un punto di vista punitivo posto che l'omesso comportamento doveroso in inottemperanza ad un obbligo giuridico di attivazione può rientrare, come già osservato, nell'economia della condotta a forma libera di causazione del fallimento della società con dolo. Non aderisce per contro all'esclusione in parola la giurisprudenza, netta e concorde nel sostenere che le operazioni dolose ben possono *“consistere nel compimento di qualunque atto*

²⁷ Cass., Sez. V, 20 maggio 2014, n. 40998.

²⁸ Testualmente C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 174.

²⁹ Al riguardo, mi permetto rinviare ad A. Rossi, *Illeciti penali*, cit., 196.

intrinsecamente pericoloso per la salute economica e finanziaria della impresa e, quindi, anche in una condotta omissiva produttiva di un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa"³⁰.

Possibilità di interessanti applicazioni si potranno avere nei gruppi societari, attraverso un abuso od una infedeltà, agendo ad esempio nell'interesse della controllante o di una controllata, ma in modo contrario al rispetto dei principi di 'corretta gestione societaria ed imprenditoriale' (di cui all'art. 2497, 1° comma c. c.), o tramite la violazione sistematica dell'oggetto sociale, ovvero con lo sviamento di clientela da una società del gruppo ad un'altra, ovvero 'lasciando morire' una società del gruppo per favorire il sorgere di un'altra, o ancora assumendo impegni eccedenti il netto patrimoniale della società.

4. Il ruolo degli 'extranei vertici bancari' ed il rapporto tra operazioni dolose e bancarotta distrattiva nelle valutazioni della sentenza.

Un interessante passo della sentenza qui all'esame riguarda lo stretto collegamento tra la peculiare posizione di alcuni soggetti 'vertici bancari' operativi in concorso di persone e le specifiche ricadute sulle differenze tra bancarotta distrattiva e bancarotta per causazione del fallimento della società per effetto di operazioni dolose.

Il costante orientamento della giurisprudenza ha specificato le caratteristiche della responsabilità concorsuale dell'*extraneus* nei seguenti termini: "a) l'attività tipica di almeno un soggetto che possiede le qualità previste dalla legge fallimentare; b) l'influenza causale dell'attività del concorrente estraneo sul verificarsi dell'evento; c) la consapevolezza nel concorrente da un lato della qualifica del soggetto attivo primario e, dall'altro, della lesione degli interessi dei creditori"³¹.

Importante nel nostro contesto è la posizione dei 'vertici bancari' che, quali 'testimoni privilegiati'³² della crisi dell'impresa, possono 'trasformarsi' in compartecipi delle operazioni bancarottiere dell'imprenditore ed in particolare possono concorrere nella bancarotta fraudolenta partecipando, con diverse modalità, alle operazioni poste in essere dall'intraneo. Ed è di peculiare rilevanza l'impostazione giurisprudenziale che nell'ipotesi di fallimento cagionato per effetto di operazioni dolose configura il concorso dell'*extraneus* istigatore e beneficiario delle operazioni qualora questi risulti consapevole del rischio che le suddette operazioni determinano per le ragioni dei creditori della società, non essendo necessario che egli abbia voluto causare un danno ai creditori medesimi"³³. Con il dolo che consiste nella volontarietà dell'apporto alla

³⁰ Cass., Sez. V, 15 maggio 2014, n. 29586; Cass., Sez. V, 29 novembre 2013, n. 12426.

³¹ Testualmente E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *op. cit.*, 279.

³² Cfr. G. COCCO, *Disposizioni penali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari* a cura di F. PALAZZO, C. E. PALIERO, 2° ed., Padova, 2007, 1168.

³³ Cass., Sez. V, 4 luglio 2014, n. 41055; Cass., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388; Cass., Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11624.

condotta dell'autore proprio del reato nella rappresentazione dell'evento che ne consegue³⁴.

Come anticipato, un interessante passo della sentenza in oggetto si incentra sul concorso tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e la bancarotta fraudolenta da operazioni dolose, concorso concretamente specificato attraverso la valutazione delle modalità comportamentali 'tecniche' degli 'extranei vertici bancari' appunto. Ove proprio le figure 'professionali' di questi, con i conseguenti e 'personalizzati' atti operativi, informano la decisione.

Il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità evidenzia i diversi ambiti di applicazione dei due reati, "postulando il primo il compimento di atti di distrazione o dissipazione di beni societari tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento, essendo sufficiente che questo sia effettivamente intervenuto; concernendo invece il secondo condotte dolose che non costituiscono distrazione o dissipazione di attività, ma che devono porsi in nesso eziologico con il fallimento. Ne consegue che, in relazione ai suddetti reati, mentre è da escludere il concorso formale è, invece, possibile il concorso materiale qualora, oltre ad azioni ricomprese nello specifico schema della bancarotta *ex* art. 216 legge fall., si siano verificati differenti ed autonomi comportamenti dolosi i quali – concretandosi in abuso o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per l'andamento economico finanziario della società – siano stati causa del fallimento"³⁵.

Come già *supra* evidenziato (§ 1), la Suprema Corte, nella nostra sentenza, pur riconoscendo come i giudici di merito abbiano correttamente fatto riferimento a tale impostazione, ne ha censurato l'applicazione relativamente ad una porzione dei fatti oggetto di causa. Invero, la Corte d'Appello aveva ritenuto di qualificare quali azioni distinte, sia sul piano naturalistico che di qualificazione giuridica, l'erogazione del finanziamento *bridge* a Parmalat e la successiva distrazione dal patrimonio di questa a quello di altre società. Nel caso specifico invece per la Cassazione le due condotte (solo naturalisticamente distinte) risultano essere due passaggi di un'unica condotta distrattiva. Dunque, il fatto di erogazione del prestito dovrebbe ritenersi contenuto nella successiva distrazione ed il corrispondente reato di bancarotta impropria da operazioni dolose assorbito in quello di bancarotta per distrazione.

In particolare, in riferimento all'operatività 'tecnico-professionale' dei soggetti concorrenti 'vertici bancari', non è risultato provato che la decisione da parte di Banca di Roma-Capitalia di rinnovare alla scadenza il prestito *bridge* concesso a Parmalat integrasse un'operazione dolosa ai sensi ed ai fini dell'art. 223, cpv., n. 2 legge fall. o costituisse quantomeno prova del concorso dei suoi rappresentanti in un'operazione dolosa esclusivamente addebitabile al ceto gestorio della società finanziata.

Infatti, l'erogazione di nuova finanza a Parmalat non può ritenersi di per sé un illecito, anche assumendo la consapevolezza del creditore sullo stato di virtuale dissesto

³⁴ Cass., Sez. V, 4 luglio 2014, n. 41055.

³⁵ Così C. BRAY, *op. cit.*, 5.

della società. E se la decisione di Parmalat di richiedere una proroga 'onerosa' del finanziamento invece di rimborsarlo alla scadenza ottenendo la provvista necessaria dall'effettivo beneficiario dello stesso può certamente integrare un'operazione dolosa rimproverabile al ceto gestorio della società medesima, perché possa addebitarsene la responsabilità anche al creditore 'banchiere' è necessario che il comportamento di questi presenti, in forma diversa ed ulteriore, i caratteri del contributo causale alla consumazione del reato ipotizzato, come, ad esempio, nel caso in cui egli stesso abbia istigato il debitore, nella consapevolezza dell'impatto sull'equilibrio economico dell'impresa, a porre in essere l'operazione ritenuta illecita. Di tale che il contributo concorsuale del creditore non può essere identificato con la mera decisione di concedere la suddetta proroga ovvero di pretendere condizioni più gravose: tale decisione costituisce infatti manifestazione del libero esercizio dell'attività d'impresa. "In altri termini concedere la proroga di un prestito, piuttosto che pretenderne l'immediato rientro o, in ipotesi, richiedere il fallimento del debitore inadempiente è scelta che, anche qualora il creditore sia consapevole dello stato di dissesto di quest'ultimo, non costituisce di per sé condotta apprezzabile a titolo di concorso nell'operazione dolosa eventualmente imputabile al debitore medesimo".

Tanto affermato, deve allora convenirsi che la motivazione della sentenza impugnata – dalla quale peraltro sembra doversi evincere che l'iniziativa per la rinegoziazione del finanziamento sia stata assunta da Parmalat – non abbia identificato l'effettivo e consapevole contributo prestato dai singoli imputati alla consumazione del reato di cui si tratta.

Conseguentemente, sul punto la stessa è stata annullata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Bologna per nuovo esame.