

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

IL CONCORSO DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO E DELL'EXTRANEUS NEL REATO DI BANCAROTTA PATRIMONIALE, ALLA LUCE DELLA NOZIONE DI IDENTITÀ DEL FATTO

*Nota a [Cass., Sez. V, sent. 19 marzo 2019 \(dep. 10 aprile 2019\),
n. 15796, Pres. Palla, est. Scordamaglia, ric. Santi](#)*

di Martina Tarzia

Con la sentenza in commento la Suprema Corte ha affermato che risponde del reato di bancarotta patrimoniale colui che – pur non rivestendo alcuna delle qualifiche previste dalla legge – apporti un concreto contributo materiale o morale – efficiente – alla produzione dell'evento, con la consapevolezza e di concorrere con l'intraneus e di determinare un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori. Nell'accogliere il primo motivo di ricorso in virtù del citato principio, la Suprema Corte riteneva assorbito il secondo afferente alla violazione degli artt. 516, 521 e 522 c.p.p. per avere la Corte di Appello riqualificato l'originaria contestazione a carico dell'imputato di aver agito in qualità di amministratore di fatto della società fallita in quella di aver contribuito all'evento quale concorrente ex art. 110 c.p. Dunque, la pronuncia offre lo spunto per una riflessione di più ampio respiro sul concorso di persone nel reato di bancarotta consentendo di approfondire anche i rapporti (di fungibilità o di interferenza) tra la condotta tenuta dall'amministratore di fatto e quella del concorrente extraneus nel reato di bancarotta.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La condotta dell'amministratore di fatto nei reati di bancarotta. – 3. Il concorso nel reato di bancarotta del soggetto non qualificato. – 4. Ammissibilità della riqualificazione automatica della condotta di amministratore di fatto in quella di concorrente *extraneus* ai sensi dell'art. 110 c.p.

1. Premessa.

L'imputato veniva condannato in primo grado, in qualità di amministratore di fatto della società fallita, per la violazione degli artt. 110 c.p., 216 comma 1 nn. 1) e 2), 219 comma 2 n. 2, 223 comma 1 e 2 R.d. 267/1942.

Le condotte contestate erano state poste in essere nell'ambito di una triangolazione societaria (secondo lo schema della c.d. frode carosello) in cui la società fallita operava come società interposta tra gli acquirenti finali di autoveicoli importati dall'estero e i fornitori esteri (stando all'oggetto sociale, peraltro, la società avrebbe dovuto espletare l'attività di esercizio di bar e tavola fredda).

In particolare, l'imputato aveva partecipato alla vendita di due delle citate auto (su un totale di 87).

La Corte di Appello, esclusa la qualifica di amministratore di fatto dell'imputato e ritenuto il medesimo un concorrente nel reato *ex art.* 110 c.p., reputava: di assolverlo, ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p., dal reato di bancarotta documentale; di confermarne la responsabilità in ordine al reato di bancarotta patrimoniale, applicandogli la circostanza attenuante di cui all'art. 219 ultimo comma r.d. 267/1942 stante il limitato danno patrimoniale causato; di assolverlo dal reato di cui all'art. 223 comma 2 n. 2 RD 267/1942 per l'insufficienza di elementi probatori asseveranti sia il nesso causale tra la condotta dell'odierno ricorrente e il dissesto della società sia la rappresentazione, da parte sua, neppure in termini di dolo eventuale, del dissesto della società.

E tuttavia, nel "riqualificare" la posizione dell'imputato da quella di amministratore di fatto a quella di concorrente *extraneus* nel delitto di bancarotta, la Corte di Appello ometteva di verificare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie concorsuale, venendo a sovrapporre, confondendoli, i piani dell'amministrazione di fatto con quelli del concorso di persone.

Emblematica della sovrapposizione venutasi a creare tra i due istituti, era la decisione della Corte di Appello di valorizzare la tenuità della condotta posta in essere dall'imputato invocando la circostanza attenuante di cui all'art. 219 ultimo comma r.d. 267/1942 (che concerne, però, il danno provocato dal fatto di bancarotta in sé, nella sua globalità)¹ anziché l'art. 114 c.p. (disposizione prevista, *ad hoc*, per i contributi concorsuali di scarsa rilevanza).

La Corte di Cassazione annullava la sentenza con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello affermando come il concorso nel reato di bancarotta fraudolenta da parte di persona estranea al fallimento sia configurabile laddove si accerti, in capo al

¹ In tal senso sembra esprimersi l'orientamento maggioritario della Suprema Corte che, in caso di pluralità di condotte di bancarotta, subordina l'applicabilità della circostanza attenuante in questione all'accertamento del fatto che tali condotte abbiano prodotto, complessivamente, un danno particolarmente tenue, o addirittura inesistente, ai creditori collettivamente e non singolarmente considerati (tanto che in Cass. Sez. V, 15 marzo 2000, n. 4727. A.F., in *www.dejure.it*, è dato leggere che, in caso di concorso di persone nel reato, laddove la citata circostanza sia ritenuta sussistente, la stessa deve essere applicata a tutti gli imputati dello stesso fatto – reato); *ex plurimis*, Sez. I, 23 novembre 2000, n. 12087, D.M.A., in *Cass. pen.*, 2001, p. 3533; Sez. V., 1 febbraio 2008, n. 5300, D.B.G., in *Cass. pen.*, 2009, p. 345; Sez. V, 2 novembre 2017, D.N.M., in *Cass. pen.*, 2018, p. 3370. Anche secondo la prevalente dottrina, nel caso in cui ricorra una pluralità di fatti di bancarotta, il danno patrimoniale dovrà essere valutato come quello derivato complessivamente da tutti i singoli fatti di bancarotta e non quello arrecato dalle singole azioni criminose, trattandosi, quindi, di una circostanza del reato oggettiva. La bibliografia è copiosa, tra gli altri si vedano, F. ANTOLISEI, *Le circostanze specifiche della bancarotta e del ricorso abusivo al credito*, in C.F. Grosso (a cura di), *Manuale di diritto penale leggi complementari, vol. II*, Milano, 2008, p. 257 ss.; R. BRICCHETTI, *sub art. 219 R.d. 16 marzo 1942 n. 267*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, p. 2088; L. CONTI, *Diritto penale commerciale vol. II*, Torino, 1967, p. 339; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013, pp. 218 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, pp. 458 ss.; E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, p. 126; G.L. PERDONÒ, *Le circostanze in tema di bancarotta e di ricorso abusivo al credito ed il regime sanzionatorio previsto in tema di reati concorsuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia – C. Piccininni – F. Severini, Torino, 2012, p. 299; F. SGUBBI, *sub art. 219, Legge fallimentare* (a cura di) F. Galgano, *Commentario V. Scialoja – G. Branca*, Bologna, 1995, pp. 207-208.

soggetto agente, sia l'esistenza di un concreto contributo materiale o morale alla produzione dell'evento – sempre che l'attività di cooperazione col fallito sia stata efficace per la produzione dell'evento –, sia la volontarietà dell'*extraneus* di concorrere con l'*intraneus*, con la consapevolezza di determinare un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori.

Rimaneva assorbito il secondo motivo di ricorso con il quale era stata denunciata la nullità della sentenza per violazione degli artt. 516, 521 e 522 comma 1 c.p.p. per costituire, in ogni caso, la condotta concorsuale un fatto diverso rispetto alla gerenza di fatto (condotta inizialmente contestata).

La Corte di Appello, in sede di rinvio, assolveva definitivamente l'imputato dal reato di bancarotta patrimoniale.

2. La condotta dell'amministratore di fatto nei reati di bancarotta.

Il reato di bancarotta è, unanimemente, annoverato tra i reati propri² potendo essere commesso dall'imprenditore o da soggetti ad esso equiparati.

Ciò significa che la bancarotta è un reato a soggettività ristretta in quanto può essere perpetrato soltanto da soggetti che rivestono una determinata qualifica.

Il criterio di selezione delle qualifiche soggettive e, quindi, la questione dell'estensione della responsabilità penale tipica dei soggetti preposti alla direzione e al controllo della società a coloro che, senza avere ricevuto formale investitura da parte dell'organo competente, in concreto esercitano le stesse funzioni, sono stati, come noto, fonte di annosi dibattiti³ sfociati nel formarsi di due indirizzi riconducibili, rispettivamente, alla teoria c.d. formale e alla teoria c.d. sostanziale (o funzionalistica).

Sia la dominante dottrina che la giurisprudenza, sposando la seconda delle citate teorie, giungono ad interpretare estensivamente la nozione di imprenditore così da

² Vi è consenso unanime sia in dottrina che in giurisprudenza circa la natura di reato proprio della bancarotta. Tra gli altri, vedi R. BRICCHETTI, sub art. 219 R.d. 16 marzo 1942 n. 267, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, p. 1884; L. CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1955, p. 31; E. CORUCCI, *La bancarotta*, cit. p. 6; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 211. Diversa, seppur attigua, la questione relativa alla fallibilità dell'imprenditore occulto; sul punto W. BIGIAMI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962.

³ Già sotto la vigenza del codice del commercio del 1865, invero, il problema era sorto per sanzionare penalmente le condotte della gestione illecite degli alti dirigenti di società non previsti dalla legge fra coloro che erano chiamati a rispondere di bancarotta impropria ai sensi degli artt. 696 e 704 c.c. Per l'imprenditore occulto, invece, con il codice del commercio del 1882 venne introdotta una disposizione *ad hoc* – art. 865 n. 3 – che puniva, tra i reati di persone diverse dal fallito, i fatti di bancarotta fraudolenta commessi *esercitando il commercio sotto altrui nome o sotto nome simulato*. Per un approfondimento storico si vedano, tra gli altri, M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, pp. 3 ss.; R. SCIOLTI, *I reati degli amministratori*, in AA. VV. (coordinati da) E. Carletti, *Diritto penale commerciale 1. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Torino, 1990, p. 181. Più approfonditamente in relazione alle citate teorie si vedano, tra gli altri, N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2016, pp. 3 ss.; A. PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale di impresa*, in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008. Vol. IV*, Milano, 2009, p. 458 ss.

rendere la fattispecie *de qua* applicabile anche all'amministratore di fatto della società e all'amministratore occulto.

In particolare, l'amministratore di fatto⁴ è il soggetto che, pur non essendo stato investito formalmente della carica di amministratore della società, svolge in modo continuativo l'attività gestoria ed esercita i poteri relativi alla qualifica o alle funzioni dell'amministratore di diritto; l'amministratore occulto⁵ è colui che, dietro il paravento di amministratori regolarmente nominati (prestanomi, teste di paglia ecc.), di fatto, dirige la società senza esporsi di fronte a terzi eludendo, pertanto, ciò che è necessario ai fini dell'imputazione dell'attività di impresa ovvero la spendita del nome del soggetto che svolge la citata attività.

Le motivazioni che hanno spinto, nel tempo, l'interprete ad abbracciare una nozione non meramente formale di imprenditore sono da rinvenirsi, sinotticamente⁶, nella struttura del reato proprio la quale esige che il soggetto agente si trovi in un determinato rapporto, giuridico o di fatto, con il bene tutelato dalla disposizione; nella diversità di interessi considerati dal diritto civile e da quelli considerati dal diritto penale cosicché, proprio dalla citata divergenza di prospettive scaturisce il principio di autonomia del diritto penale; nelle dimensioni e nella complessità che ha assunto il fenomeno societario; nella non configurabilità della impresa commerciale come centro di imputazione diretta della sanzione penale (questione, ad oggi, superata stante la disciplina introdotta con il d.lg. n. 231 del 2001); nel rispetto del limite costituzionale del divieto di analogia in *malam partem* poiché l'operazione esegetica in questione si concretizzerebbe in una interpretazione estensiva mediante la quale non si colmerebbe una lacuna dell'ordinamento, bensì si accerterebbe una accezione diversa del termine "imprenditore".

Per quanto riguarda il regime applicativo della nozione sostanziale di imprenditore, in giurisprudenza la questione è sempre stata risolta positivamente e in maniera unitaria anche antecedentemente alla modifica dell'art. 2639 c.c..

Prima del 2002⁷, sul presupposto che sarebbe irrazionale, nonché in contrasto con l'interesse protetto dalle disposizioni in materia di bancarotta, esonerare dagli obblighi che incombono sull'imprenditore colui che, non formalmente investito della carica, ne eserciti di fatto le funzioni, in giurisprudenza si sosteneva che dovesse equipararsi

⁴ Per un inquadramento civilistico della questione si veda, tra i tanti, P.M. SANFILIPPO, *Gli amministratori*, in (a cura di) M. Cian, *Diritto commerciale*, Bologna, 2014, pp. 436 ss. Alcun dubbio ha mai sollevato, invece, la figura dell'amministratore di società irregolare poiché l'irregolarità della posizione soggettiva è solo una conseguenza riflessa della irregolarità dello stesso organismo sociale in cui la situazione personale è incardinata. Si veda, tra gli altri, R. SCIOLTI, *I reati*, cit., p. 195.

⁵ Per un inquadramento civilistico della questione concernente l'imputazione dell'attività di impresa si veda, tra i tanti, W. BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, pp. 3 ss.; V. BONOCORE – G. CAPO, *L'imprenditore in generale*, in (ideato da) V. Bonocore, *Manuale di Diritto commerciale*, Bologna, 2016, pp. 22 ss. nonché A. CETRA, *La fattispecie "impresa"*, in (a cura di) M. Cian, *Diritto commerciale*, Bologna, 2014, pp. 96 ss. nei quali sono esaminate anche le nozioni di socio occulto, società occulta, società fiancheggiatrice.

⁶ Sul punto E. CORUCCI, *La bancarotta*, cit., pp. 20 ss.; R. SCIOLTI, *I reati*, cit. pp. 194 ss.; A. SERENI, *Reati fallimentari*, cit. pp. 22 ss.

⁷ *Ex plurimis*, Sez. V, 3 giugno 1983, Benassi, in *Gp*, II, 1984, p. 156; Sez. V, 23 febbraio 1983, Ammirata, in *GP*, II, 1983, p. 717; Sez. V, 17 gennaio 1996, n. 3333, G.V., in *Cass. pen.*, 1997, p. 550.

all'amministratore di diritto colui che di fatto esercitava il potere di decidere sulla gestione del patrimonio sociale e colui che svolgeva concretamente le funzioni inerenti a qualifiche che non ricopriva.

Con la modifica dell'art. 2639 c.c., il legislatore ha recepito, contenutisticamente, le indicazioni della giurisprudenza circa i tratti caratterizzanti delle funzioni di fatto ma ha circoscritto l'operatività della citata disposizione ai *reati previsti dal presente titolo*.

Pertanto, ad oggi, mentre una parte della dottrina (opportunamente, a parere di chi scrive) esprime forte scetticismo⁸, in virtù della citata modifica, circa il fatto che possa ancora parlarsi di interpretazione estensiva, la giurisprudenza, granitica⁹ sul punto, reputa che la disposizione in questione esprima un principio che permea tutto il sistema e sia, quindi, applicabile anche a settori diversi dal diritto penale societario nonostante l'espressa indicazione contraria.

Attualmente, quindi, le condizioni al ricorrere delle quali si reputa sussistere la figura dell'amministratore di fatto sono, cumulativamente, due: l'una di tipo quantitativo-temporale ovvero l'esercizio delle funzioni riservate alla competenza degli amministratori di diritto, non occasionale e continuativo accompagnato dall'autonomia decisionale (non necessariamente surrogatoria, ma almeno cooperativa, non subordinata) rispetto agli amministratori di diritto; l'altra, di stampo qualitativo, per cui gli atti posti in essere devono essere significativi.

In particolare, il criterio di ordine cronologico implica l'esclusione dalla categoria degli amministratori di fatto di colui che abbia compiuto atti sporadici di gestione (la vendita di due sole auto su 87, come nel caso di specie, per esempio) dovendo essere dimostrato l'inserimento organico del soggetto nell'attività di gestione dell'impresa.

Sotto il profilo qualitativo, gli atti devono essere significativi nel senso che devono rispecchiare i poteri tipici della carica non potendo trattarsi di mere mansioni esecutive o accessorie.

Per quanto concerne la natura della responsabilità ascrivibile all'amministratore di fatto¹⁰, coerentemente con le conclusioni raggiunte, si afferma che costui non risponde

⁸ A ben vedere, allorché il legislatore abbia voluto estendere le qualifiche soggettive anche in ambiti diversi da quello penale-societario, lo ha espressamente fatto: l'art. 136 del testo unico bancario si applica a *chi svolge funzioni di amministrazione*; l'art. 5 d.lgs 231/2001 prevede la responsabilità dell'ente per i reati commessi da persone che rivestano *funzioni* di rappresentanza, amministrazione o direzione; l'art. 299 d.lgs 81/2008 stabilisce che le posizioni di garanzia di determinati soggetti gravino anche su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti *in concreto* i poteri giuridici dei citati soggetti. In senso critico alla teoria sostanzialistica si veda, già prima della modifica dell'art. 2639 c.c., C. PEDRAZZI, sub art. 223, *Legge fallimentare* (a cura di) F. Galgano, *Commentario V. Scialoja – G. Branca*, Bologna, 1995, pp. 264-265. Più recentemente, N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale*, cit., p. 9; A. SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Chia – C. Piccininni – F. Severini, Torino, 2012, pp. 24 ss., per i quali, quindi, in capo all'amministratore di fatto si può configurare una responsabilità concorsuale in qualità di *extraneus*.

⁹ *Ex plurimis*, Sez. V, 16 aprile 2019, n. 33196, C.C., in www.dejure.it; Sez. V, 14 giugno 2019, n. 32447, P.G., in www.dejure.it; Sez. V, 8 maggio 2018, n. 27163, L.G., in www.dejure.it; Sez. V, 20 giugno 2012, n. 39535, Antonucci, in www.dejure.it.

¹⁰ *Ex plurimis*, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 28319, G.A., in www.dejure.it; Sez. V, 16 aprile 2019, n. 33196, C.C., in www.dejure.it; Sez. V, 17 gennaio 1996, n. 3333, G.V., in *Cass. pen.*, 1997, p. 550.

dei reati di cui agli art. 223 e 224 R.d. 267/1942 quale terzo estraneo in concorso con gli organi legali della società bensì quale *intraneus* diretto destinatario delle disposizioni con riferimento alle concrete funzioni esercitate, autonomamente o come correo.

D'altra parte, l'amministratore di fatto, svolgendo l'attività propria dell'imprenditore e ingenerando nei terzi la convinzione dell'effettiva esistenza della qualifica, risponde alla stregua dell'amministratore di diritto¹¹.

Analoghe considerazioni si impongono, secondo l'orientamento dominante¹², anche per quanto concerne l'amministratore occulto con la precisazione, tuttavia, che nel caso in cui lo stesso operi con il contributo consapevole dell'amministratore di diritto, per quest'ultimo si configura una responsabilità diretta mentre per l'amministratore occulto si configura una responsabilità a titolo concorsuale (difettando la spendita del nome); viceversa, laddove l'amministratore occulto agisca in completa autonomia, risponde analogamente all'amministratore di fatto, in via diretta.

3. Il concorso nel reato di bancarotta da parte del soggetto non qualificato.

Sia in dottrina che in giurisprudenza si afferma, concordemente, che il concorso di persone nel reato di bancarotta fraudolenta soggiace alle regole dettate dagli artt. 110 ss. c.p.¹³ (d'altra parte, stante l'organizzazione che connota l'impresa in quanto tale, è normale che l'imprenditore operi con l'ausilio di svariati collaboratori esterni e/o interni¹⁴; pertanto, in molti casi il delitto è posto in essere con il contributo di più persone).

¹¹ Parallelamente, si reputa in giurisprudenza che la colpevolezza del legale rappresentante della società debba essere esclusa quando la concreta gestione da parte dell'amministratore di fatto quale *dominus* della società, imprenditore occulto o procuratore *ad negotia* sia così complessiva e sostitutiva da ridurre l'amministrazione legale ad un mero atto formale, nominale. Sez.V, 17 gennaio 1996, G.V., n. 3333, in *www.dejure.it*.

¹² La dottrina contraria alla impostazione funzionalistica esclude recisamente l'estensione della qualifica anche in relazione all'amministratore occulto. In particolare, poi, con riguardo all'imprenditore occulto la citata dottrina evidenzia come nei confronti dello stesso non possa emettersi la declaratoria di fallimento non spendendo egli il proprio nome, pertanto, per l'imprenditore occulto, anche a tacer d'altro, potrebbe configurarsi soltanto una responsabilità di tipo concorsuale. A. SERENI, *Reati fallimentari*, cit., p. 28.

¹³ Tra i tanti, R. BRICCHETTI, *sub art. 216*, cit., 2007, p. 1968; E. CORUCCI, *La bancarotta*, cit., 2013, pp. 25 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 466; C. PEDRAZZI, *sub art. 223*, cit., 1995, p. 82; A. SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, cit., 2012, pp. 33 ss. Per un inquadramento storico della questione, si veda, L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 1955, pp. 250 ss., il quale ultimo, peraltro, sottolinea come la conferma della applicabilità dei principi generali in materia di concorso di persone ai reati di bancarotta, si desuma anche dal testo dell'art. 232 comma 1 n. 1 R.d. 267/1942 a mente del quale la responsabilità dei terzi per il reato ivi previsto si configura "*fuori dai casi di concorso in bancarotta*"; inciso che, evidentemente, non avrebbe senso di esistere se ai reati di bancarotta non si applicassero gli artt. 110 ss. c.p.; sul punto anche SFORZI, *Le forme di manifestazione della bancarotta*, in AA. VV. (coordinati da) E. CARLETTI, *Diritto penale commerciale 1. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Torino, 1990, pp. 400 ss.

¹⁴ L'approccio, stante l'indeterminatezza che connota l'art. 110 c.p., è casistico. Per un approfondimento circa il rilievo penalistico dei professionisti si rinvia, tra i tanti, R. BRICCHETTI, *sub art. 216*, cit., 2007, pp. 1971 ss.; E. CORUCCI, *La bancarotta*, cit. pp. 25 ss.; A. SERENI, *Reati fallimentari*, cit., pp. 29 ss.

Si può prospettare sia un concorso di persone tra soggetti che sono tutti qualificati e, quindi, intranei; sia un concorso di persone tra soggetti qualificati e soggetti non qualificati.

Sinotticamente, con riguardo alla prima ipotesi di concorso di persone, gli intranei, oltre a perpetrare di persona la fattispecie in questione, possono, quali garanti degli interessi penalmente tutelati, concorrere nel reato commesso da altri soggetti qualificati anche omettendo di impedirlo.

Questa responsabilità di tipo omissivo deve però ancorarsi necessariamente a rigidi e precisi presupposti per non “degenerare” in una mera responsabilità di posizione, incompatibile con l’art. 27 comma 1 Cost¹⁵.

In relazione alla seconda ipotesi di concorso di persone, come anticipato, il reato di bancarotta è un reato a soggettività ristretta in quanto il soggetto attivo può essere solo colui che è investito di determinate qualifiche soggettive previste dalla fattispecie incriminatrice; tuttavia, ciò non esclude che un soggetto non qualificato possa concorrere con l’*intraneus*.

Il concorso del soggetto non qualificato può configurarsi *ex art.* 110 c.p. ovvero in forza dell’art. 117 c.p.¹⁶. In effetti¹⁷, a ben vedere, laddove la condotta, quantomeno quella di bancarotta fraudolenta patrimoniale, sia perpetrata dall’imprenditore individuale (e non vi sia dissociazione tra proprietà e gestione dell’impresa), il reato si configura come un reato proprio esclusivo non di mano propria¹⁸: esclusivo, poiché le condotte punite costituiscono un abuso del potere dell’imprenditore in quanto tale esercitato a discapito dei terzi creditori, di talché, se la condotta fosse tenuta da un soggetto terzo sarebbe lecita non gravando su quest’ultimo alcun dovere nei confronti dei creditori; non di mano propria in quanto la condotta materiale ben può essere posta in essere anche “per interposta persona”.

¹⁵ Questa forma di concorso di persone molto spesso si manifesta in forma omissiva e il “nodo gordiano” che sovente l’operatore si trova a dover sciogliere è quello dei criteri in base ai quali estendere la responsabilità penale anche agli amministratori privi di delega, ai sindaci, ai direttori generali e ai liquidatori, ovvero, l’individuazione dei poteri impeditivi; la prova del nesso di causalità omissivo, ove manchi una partecipazione attiva al reato; e, in ogni caso, la dimostrazione della sussistenza del dolo. La bibliografia è copiosa, tra i tanti, si vedano, E. CARLETTI, *I reati degli amministratori*, in AA. VV. (coordinati da) E. Carletti, *Diritto penale commerciale 1. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Torino, 1990, p. 168 ss.; E. CORUCCI, *La bancarotta*, cit., 2013, pp. 25 ss.; N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 2016, pp. 14 ss.; T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa, 2015, pag. 65 ss.; RAMPONI, *Il caso Parmalat: il giudizio parmense sul reato di bancarotta fraudolenta*, in *Casi di diritto penale dell’economia*, Foffani – Castronuovo, Bologna, 2015, pp. 153 ss.; A. SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità penale*, cit., p. 31. Si evidenziano, come esempi di superamento del paradigma di ascrizione di responsabilità di posizione (o per assunzione) – frequentissimo nella giurisprudenza anche di legittimità –, Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, B.A.; Sez. I, 22 dicembre 2017, n. 3623, B.G. entrambe in *www.dejure.it*.

¹⁶ R. BRICCHETTI, *sub art.* 216, cit., 2007, p. 1884. In giurisprudenza non si rinvergono precedenti che si siano occupati di ulteriormente specificare la natura di reati propri dei reati di bancarotta.

¹⁷ Si precisa che si accede alla distinzione del reato proprio in esclusivo, semiesclusivo e non esclusivo elaborata da F. MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, Padova, 2007, pp. 107 ss.

¹⁸ C. PEDRAZZI, *sub art.* 216, *Legge fallimentare* (a cura di) F. Galgano, Commentario V. Scialoja – G. Branca, Bologna, 1995, p. 82.

Non si è invece al cospetto di un reato proprio esclusivo nei casi di bancarotta c.d. impropria in cui la condotta appropriativa sia posta in essere da soggetti diversi dal fallito. Una parte della dottrina¹⁹ sostiene che, in questo caso, si tratterebbe di un reato non esclusivo *tout court* nel senso che la condotta tenuta dall'estraneo in assenza di qualifica costituirebbe illecito civile o risulterebbe offensiva per altri interessi.

Si ritiene, invece, che, quantomeno con riferimento alla condotta di distrazione, possa parlarsi di reato proprio semiesclusivo nel senso di una condotta che, se posta in essere in assenza della qualifica, integrerebbe un altro reato comune: la conclusione si fonda anche sul recente riconoscimento da parte della giurisprudenza²⁰ che *depurata, dunque, di questo elemento (id est, la dichiarazione di fallimento), la bancarotta per distrazione non si differenzia in nulla dall'appropriazione indebita (quando, beninteso, abbiano lo stesso oggetto), sicché non presenta la diversità necessaria a superare il divieto del bis in idem.*

Appurato ciò, affinché possa affermarsi la responsabilità dell'*extraneus* dovranno sussistere gli elementi costitutivi della fattispecie plurisoggettiva eventuale: l'esistenza di un accordo criminoso con il soggetto qualificato; la sussistenza di un contributo concorsuale; il dolo del fatto; il c.d. dolo di concorso.

Con riguardo all'accordo è pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che si tratti di un elemento indefettibile per la affermazione della responsabilità concorsuale, anche in considerazione del fatto che si tratta di un elemento dirimente ai fini di sussumere la condotta dell'estraneo nell'alveo della disposizione di cui all'art. 216 R.d. 267/1942 piuttosto che nel perimetro applicativo di quella di cui all'art. 232 R.d. 267/1942²¹.

Anche per quanto concerne l'individuazione del contributo concorsuale si evidenzia una sostanziale unanimità²² di vedute nel senso di reputare che risponda del reato di bancarotta fraudolenta colui che, pur non rivestendo la qualifica di imprenditore commerciale (ovvero di amministratore, direttore generale, sindaco o liquidatore di società fallita) apporti un concreto contributo materiale o morale alla produzione

¹⁹ Si esprimono, similmente, sul punto – affermando che sarebbe arduo immaginare condotte di bancarotta che abbiano autonomo rilievo penale ove poste in essere non in concorso con l'imprenditore – E. CORUCCI, *La bancarotta*, cit. p. 28; A. SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità penale*, cit., p. 35.

²⁰ Ci riferiamo a Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 25651, P.I., in www.dejure.it (si precisa che nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte all'imputato – già condannato per appropriazione indebita – era contestato, in qualità di amministratore di fatto, il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione in assenza di elementi da cui desumere che il fallimento della società fosse stato conseguenza della distrazione contestata all'imputato).

²¹ In tal senso, esplicitamente, Sez. V, 9 marzo 2005, n. 12824, M.M.T., in *Cass. pen.*, 2006, p. 3331.

²² Oltre alla sentenza oggetto del presente contributo, si citano, *ex plurimis*, Sez. V, 17 maggio 2017, n. 54291, B.P., in www.dejure.it; Sez. V, 26 aprile 2011, n. 27367, R., in www.dejure.it; Sez. V, 27 ottobre 2006, n. 41333, T., in www.dejure.it; Sez. V, 19 novembre 1990, n. 15850, B., in *Cass. pen.*, 1991, pp. 828 ss. (la quale ultima valorizza l'indagine circa il contributo causale dell'estraneo alla produzione dell'evento rispetto all'indagine concernente l'elemento psicologico).

dell'evento²³ attraverso una condotta – realizzata in concorso col fallito – che sia stata efficiente in tal senso²⁴.

Infine, anche in merito all'elemento psicologico – sia con riferimento al dolo del fatto che al dolo c.d. di concorso – la giurisprudenza è unanime nell'affermare che il terzo concorrente, al pari del soggetto qualificato, deve aver operato con la consapevolezza e la volontà di aiutare il soggetto qualificato in dissesto a frustrare gli adempimenti predisposti dalla legge a tutela dei creditori dell'impresa. In particolare, si afferma che l'estraneo debba aver agito con la consapevolezza di determinare un depauperamento del patrimonio sociale ai danni del creditore, non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società poiché l'evento del reato non è rappresentato dal fallimento bensì dalla lesione dell'interesse patrimoniale della massa. Quindi: la conoscenza dello stato di decozione da parte del concorrente esterno certamente costituisce un significativo dato sulla base del quale poter affermare la sussistenza dell'elemento psicologico del reato; viceversa, in assenza della consapevolezza della dichiarazione di fallimento da parte del concorrente non qualificato, è possibile ricavare il dolo di quest'ultimo soggetto da altri e diversi fattori, quali, ad esempio, la natura fittizia o l'entità dell'operazione in cui il soggetto concorre e che incide negativamente sul patrimonio della società²⁵.

Sempre pacifico²⁶ – in merito all'elemento psicologico del reato – risulta essere l'assunto in base al quale il terzo estraneo debba avere consapevolezza anche della

²³ Nel reato di bancarotta patrimoniale per distrazione l'evento, in senso storico naturalistico, è inteso come depauperamento del patrimonio sociale in frode ai creditori in considerazione del fatto che, al momento, è ancora maggioritario l'indirizzo giurisprudenziale tradizionale in base al quale il fallimento costituisce elemento costitutivo "*sui generis*", e come tale è svincolato sia da requisiti di connessione eziologica con la condotta dell'agente, sia dai profili di imputazione soggettiva (recentemente la Suprema Corte – con il precedente rimasto isolato, Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, S.G., in *www.dejure.it* – qualificava la dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità). Critico sul punto, A. SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia – C. Piccininni – F. Severini, Torino, 2012, pp. 95-96.

²⁴ Le condotte idonee ad integrare il delitto in questione possono essere le più varie: *il distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore poi fallito, in cui si concreta l'elemento oggettivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, può realizzarsi in qualsiasi forma e con qualsiasi modalità, non avendo incidenza su di esso la natura dell'atto negoziale con cui tale distacco si compie, nè la possibilità di recupero del bene attraverso l'esperimento delle azioni apprestate a favore degli organi concorsuali. In tal senso, pertanto, qualunque negozio traslativo [...] e qualunque operazione societaria può assumere valenza distrattiva o dissipativa, e ciò tanto nel caso in cui non si configurino correlativi incrementi patrimoniali o economici in favore della [...], quanto in quello cui la stipula avvenga al preciso scopo di trasferire la disponibilità di risorse societarie ad altro soggetto giuridico in previsione del [...]. È stato, altresì, precisato che integra il reato di bancarotta fraudolenta impropria patrimoniale l'atto dispositivo che renda non più possibile l'utile perseguimento dell'oggetto sociale senza garantire contestualmente il ripiano della situazione debitoria della [...].* Così, Sez. V, 13 aprile 2019, n. 28319, G.A. in *www.dejure.it*.

²⁵ Si esprime in tal senso, *ex plurimis*, Sez. V, 11 luglio 2019, n. 37194, M.D.G. "*secondo ius receptum, nel reato in rassegna il fallimento o il dissesto non giocano il ruolo di "evento", sicché è inutile il tentativo di ricercare una copertura dell'elemento psicologico, in termini di previsione e volontà*". Critico sull'oggetto del dolo, così come delineato dalla giurisprudenza, A. SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 97-98.

²⁶ Sez. V, 11 luglio 2019, n. 37194, M.D.G., in *www.dejure.it*; Sez. V, 1 dicembre 1998, n. 2501, Francina, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 290-291; Sez. V, 27 novembre 1986, Anzelini, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1541. In dottrina, R. BRICCHETTI, *sub art. 219*, cit., 2007, p. 1969; E. CORUCCI, *La bancarotta*, cit. p. 28; C. PEDRAZZI, *sub art. 216*, 1995,

qualifica dell'intraneo essendo la bancarotta un reato proprio senza ulteriori specificazioni.

In realtà, si ritiene, come anticipato, che sia importante discernere la tipologia di reato proprio con cui si ha a che fare: in effetti, se si tratta di reati propri esclusivi o semiesclusivi (nei quali, rispettivamente, la qualifica soggettiva determina l'offensività e l'illiceità generica del fatto ovvero determina l'offensività e la illiceità specifica del fatto), si dovrebbe certamente ritenere necessaria nell'*extraneus* la consapevolezza della qualifica del soggetto intraneo (con la precisazione che, in presenza di reati propri semiesclusivi, in caso di ignoranza della qualifica da parte del terzo, si applicherebbe l'art. 117 c.p.); viceversa, laddove si stesse discutendo di reati propri non esclusivi rispetto ai quali la qualifica, quindi, non determina l'offensività del fatto bensì circoscrive soltanto la punibilità a determinati soggetti e non è, perciò, elemento costitutivo del fatto, non sarebbe necessario richiedere l'esistenza del dolo della qualifica in capo al terzo concorrente.

Da ultimo, in relazione al concorso di persone nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ancora pacificamente si asserisce che, ferma la necessità dell'attività tipica di almeno un soggetto qualificato, sia configurabile il concorso dell'*extraneus* anche laddove il soggetto qualificato sia assolto perché non imputabile, non punibile o per assenza dell'elemento soggettivo²⁷.

4. Ammissibilità della riqualificazione automatica della condotta di amministratore di fatto in quella di concorrente *extraneus* ai sensi dell'art. 110 c.p.

Sono state analizzate le caratteristiche proprie della condotta di bancarotta fraudolenta patrimoniale posta in essere, rispettivamente, dall'amministratore di fatto, prima, e dal concorrente estraneo alla compagine sociale ai sensi dell'art. 110 c.p., poi. Pertanto, al fine di capire se la riqualificazione automatica della condotta dell'imputato – da quella di amministratore di fatto a quella di concorrente *extraneus* ex art. 110 c.p. – operata dal giudice dell'appello, nel caso in esame, sia corretta è necessario verificare il rapporto che intercorre tra le due fattispecie.

Ci si chiede, invero e per essere più chiari, se si tratti effettivamente di *dare al fatto una definizione giuridica diversa* ai sensi dell'art. 521 c.p.p., oppure se si tratti di due fatti diversi ai sensi dell'art. 516 c.p.p.; si è consci, invero, che in giurisprudenza si ammette pacificamente che non implichi un mutamento del fatto l'operazione con la quale si

p. 82.

²⁷ Estremamente critico sul punto C. PEDRAZZI, *sub art. 216*, 1995, p. 83, secondo il quale nelle figure di bancarotta la qualifica di imprenditore è così intimamente legata ai doveri che, per legge, sullo stesso incombono nei confronti dei creditori che ciò si riverbera anche sull'elemento psicologico della bancarotta fraudolenta, impedendo che la fattispecie possa configurarsi senza un apporto doloso dell'intraneo (sostenendo financo l'incompatibilità dell'art. 48 c.p. con il reato in esame).

condanni, in qualità concorrente nel reato, colui che sia stato rinviato a giudizio come unico autore dell'illecito²⁸.

Tuttavia, nel caso di specie, alla luce delle differenze che connotano le due diverse condotte analizzate, non si reputa perpetuabile la citata conclusione anche alla luce della nozione di fatto delineata (seppur ai fini di delimitare il perimetro applicativo di cui all'art. 649 c.p.p.) dalla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 200/2016²⁹.

Abbiamo detto che l'amministratore di fatto è colui che abbia compiuto atti non sporadici di gestione e del quale sia dimostrato l'inserimento organico nell'attività di gestione dell'impresa; si è specificato, inoltre, che gli atti dallo stesso posti in essere debbano essere significativi nel senso che devono rispecchiare i poteri tipici della carica non potendo trattarsi di mere mansioni esecutive o accessorie, tanto che risponde alla stregua dell'*intraneus* diretto destinatario delle disposizioni con riferimento.

Con riguardo alla condotta del concorrente, ai sensi dell'art. 110 c.p., abbiamo invece affermato dover sussistere tutti gli elementi costitutivi della fattispecie plurisoggettiva eventuale, e, quindi, l'esistenza di un accordo criminoso con il soggetto qualificato; la sussistenza di un contributo concorsuale; il dolo del fatto con conseguente necessaria consapevolezza della qualifica dell'intraneo e il c.d. dolo di concorso.

Oltre al fatto che per l'estraneo è necessaria la prova del c.d. dolo di concorso, il discrimine fondamentale tra le due condotte si riflette anche sull'elemento materiale del reato, non tanto per la tipologia di operazioni (che come abbiamo visto possono essere le più varie purché conducano a un depauperamento del patrimonio sociale ai danni del creditore), quanto per il fatto che le citate molteplici operazioni rappresentano, per i soggetti qualificati, la violazione di un dovere personale e professionale di cui sono onerati e l'abuso di un potere di disposizione.

Si considerino, ancora brevemente, da una parte la *ratio* della disposizione di cui all'art. 516 c.p.p. e, dall'altra, la nozione di fatto così come delineata dalla recente citata sentenza della Corte Costituzionale.

In relazione alla prima questione, è pacifico³⁰ l'assunto in base al quale le norme che disciplinano le nuove contestazioni abbiano lo scopo di assicurare il contraddittorio sul contenuto dell'accusa e, quindi, il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato. Pertanto, le stesse devono essere interpretate con riferimento alle finalità alle quali sono dirette, cosicché non possono ritenersi violate da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria, ma solo nel caso in cui la modificazione dell'imputazione

²⁸ A. TUCCI, *sub art. 516 c.p.p.*, in *Codice di Procedura Penale Commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Assago, 2010, p. 6582. In particolare, ad esempio, nella sentenza Sez. V, 19 febbraio 2003, L.G., n. 13595, in *www.dejure.it*, è dato leggere che *la condanna di un soggetto quale concorrente esterno in un reato di bancarotta fraudolenta anziché quale amministratore di fatto, qualora rimanga immutata l'azione distrattiva ascritta, non comporta immutazione dell'addebito: invero non si versa in due diverse ipotesi criminose, ma distinte modalità di partecipazione criminosa.*

²⁹ La sentenza è reperibile sul sito *www.cortecostituzionale.it*. Si vedano, sul punto, anche D. PULITANÒ, *La corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 70 ss.; R.A. ROSA, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 3809 ss.

³⁰ *Ex plurimis*, Sez. II, 25 ottobre 2018, G.M., n. 3483; Sez. Un., 15.7.2010, n. 36551; Sez. Un., 19.6.1996, n. 16; tutte in *www.dejure.it*.

pregiudichi la possibilità di difesa dell'imputato. Più specificatamente, la nozione strutturale di fatto, contenuta nelle disposizioni in questione deve essere coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, rispondendo, quindi, il principio di necessaria correlazione tra accusa contestata e sentenza, all'esigenza di evitare che l'imputato sia condannato per un fatto inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale non abbia potuto difendersi³¹.

Con riferimento alla nozione di fatto, alla luce della citata sentenza, si può affermare che l'identità del "fatto" sussista quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo³².

Ebbene. A ben vedere il reato di bancarotta si caratterizza per il fatto che gli obblighi incombenti sui soggetti qualificati (in particolare l'imprenditore) sono così intrinsecamente legati alla posizione ricoperta che la prova della responsabilità di tali soggetti può presumersi dal mancato adempimento dei citati doveri (in presenza anche degli altri elementi costitutivi); e non a caso, invero, la responsabilità degli amministratori di fatto, se non esclude quella degli amministratori di diritto, è assoggettata a sanzione indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale nei confronti dei soggetti formalmente investiti della carica, trattandosi di responsabilità diretta e non a titolo di concorso.

Diverso è il paradigma³³ – ed il titolo di responsabilità – dell'*extraneus*, che risponde, a titolo di concorso nel reato proprio secondo il generale modello di incriminazione delineato dall'art. 110 c.p., in presenza dell'accordo con il soggetto qualificato, della prestazione di un contributo casualmente rilevate e della consapevolezza di contribuire, con altri, alla realizzazione del fatto tipico. Conseguentemente diverso si mostra il relativo *standard* probatorio che richiede la puntuale dimostrazione dell'apporto materiale e morale dell'imputato nelle singole fasi della condotta fraudolenta, con la conseguenza per cui gli elementi di prova ritenuti insufficienti per radicare la qualità di amministratore di fatto in capo all'estraneo non possono essere utilizzati come prova presuntiva della sua responsabilità a titolo di concorso esterno nel reato proprio del fallito.

Quindi, in risposta all'originario quesito, si reputa che la Corte di Appello avrebbe dovuto rimettere gli atti al pubblico ministero ai sensi degli artt. 516 e 521 c.p.p.,

³¹ In dottrina si evidenzia come il potere del giudice di riqualificare il fatto, nel rispetto del principio di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, sia subordinato alla condizione che il fatto rimanga il medesimo e che sia proprio l'individuazione di questo concetto a ingenerare i maggiori problemi; problemi a cui la giurisprudenza ha rimediato affermando che il principio è rispettato a condizione che il fatto storico addebitato rimanga identico in riferimento all'elemento della condotta, dell'evento e dell'elemento psicologico. Sul punto, GRILLI, *Il dibattito penale*, Milano, 2019, pp. 465 ss.

³² Per un inquadramento della questione nell'ambito della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo, tra i tanti, si veda S. BUZZELLI – R. CASIRAGHI – F. CASSIBBA – P. CONCOLINO – L. PRESSACCO, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Bologna, 2016, pp. 174 ss.

³³ In questo senso, recentemente, si vedano Sez. V, 12 aprile 2019, G.A, n. 28319 e Sez. V, 4 ottobre 2006, M.N., n. 37038 che adottano dei criteri di accertamento della responsabilità del concorrente estraneo più rigidi rispetto al tradizionale orientamento; entrambe in *www.dejure.it*.

così da permettere alla difesa di interloquire sull'esistenza degli elementi della fattispecie concorsuale: se la medesimezza del fatto presuppone la coincidenza, nelle due fattispecie, della triade condotta – nesso causale – evento naturalistico, la riqualificazione del contributo offerto dall'imputato come riferibile ad un concorrente estraneo e non ad un amministratore di fatto (perciò intraneo) ha determinato un'immutazione della contestazione tale da essere inquadrata nella diversità del fatto.