

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/03/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36935-bancarotta-distrattiva-societaria-e-appropriazione-indebita-una-via-per-il-riconoscimento-del-vincolo-del-concorso-formale>

Autore: D'Agostino Luca

Bancarotta distrattiva societaria e appropriazione indebita: una via per il riconoscimento del vincolo del concorso formale.

Rilievi critici sull'operatività del ne bis in idem sostanziale e processuale

BANCAROTTA DISTRATTIVA SOCIETARIA E APPROPRIAZIONE INDEBITA: UNA VIA PER IL RICONOSCIMENTO DEL VINCOLO DEL CONCORSO FORMALE.

Rilievi critici sull'operatività del ne bis in idem sostanziale e processuale

Di Luca D'Agostino

SOMMARIO: 1. I termini della questione: inquadramento teorico e posizione della giurisprudenza dominante – 1.1 Premessa – 1.2 I precedenti di legittimità: l'esclusione del concorso formale attraverso la sussunzione nella categoria dogmatica del reato complesso – 1.3 La giurisprudenza minoritaria – 2. *Ne bis in idem* sostanziale: il concorso apparente di norme nella teoria generale del reato – 2.1 L'ontologia del reato complesso – 2.2 Il rapporto di specialità: inquadramento teorico – 2.3 I limiti all'operatività del principio di specialità (art. 15 c.p.): due fattispecie geneticamente diverse – 2.3.1 Le discriminanti sul piano oggettivo: la condotta distrattiva – 2.3.2 (Segue) L'oggetto e la tecnica di tutela. L'elemento soggettivo. – 2.4 Il principio di sussidiarietà e il principio della consunzione – 2.5 La specialità bilaterale o reciproca: critica – 3. *Ne bis in idem* processuale? Rilievi critici – 3.1 L'implausibilità di una preclusione alla contestazione del reato concorrente – 3.2 Il concetto di 'medesimo fatto' – 4. Profili applicativi della disciplina sul concorso: trattamento sanzionatorio e regime di procedibilità – 5. Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale.

1. I termini della questione: inquadramento teorico e posizione della giurisprudenza dominante

1.1 Premessa

L'idea di sottoporre a vaglio critico il problema dei rapporti tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta, *sub specie* di distrazione, trae le fila dalla lettura del caso pratico sottoposto, lo scorso dicembre, ai partecipanti alla prova scritta per l'abilitazione alla professione forense. Si tratta della vicissitudine di un amministratore che, condannato ai sensi dell'art. 646 c.p. con sentenza passata in giudicato per essersi appropriato indebitamente di alcuni beni mobili appartenenti alla società per la quale operava, si vede nuovamente sottoposto a giudizio. Questa volta gli è mosso un addebito *ex art. 216, comma 1, l. fall.* per aver distratto, con il suddetto fatto appropriativo, i beni della società che, nel frattempo, era stata dichiarata fallita. Essendo pronunciata una nuova sentenza di condanna si chiede al candidato, nelle vesti dell'avvocato difensore, di redigere l'atto difensivo in concreto più appropriato. Il caso – delineato in sintesi, pretermettendo numerosi elementi di fatto non pertinenti all'oggetto delle nostre riflessioni – offre terreno fertile per meditare alcuni profili teorici dai quali la prassi ha preso, più o meno volutamente, le distanze. Per ben intendere le riflessioni che seguono immaginiamo di assumere le vesti della pubblica accusa nel giudizio di appello o in un eventuale incidente di esecuzione sollevato *ex art. 669 c.p.p.* per ottenere la revoca del precedente giudicato¹. L'intento, *sicut est in votis*, non è affatto quello di effettuare uno sterile prestigio retorico, ma di fornire al lettore le coordinate per una rivisitazione scientifica del tema alla luce dei principi che regolano la materia penale. Si potrebbe sostenere – fallacemente per quel che ci riguarda – che non sia ammissibile alcuna forma di concorso tra i reati oggetto delle imputazioni di cui sopra: in tal senso

¹ Queste sarebbero, verosimilmente, le strategie difensive più efficaci a seconda che la sentenza resa per ultima sia o meno passato in giudicato.

sembrerebbero deporre il principio del *ne bis in idem* nella sua duplice veste, sostanziale e processuale, nonché la giurisprudenza di legittimità formatasi sul punto. E' proprio dalla prassi che conviene partire per fornire maggiore concretezza alle successive considerazioni in diritto; saranno oggetto di esame le principali argomentazioni in favore dell'esclusione dell'applicazione congiunta, contestuale o successiva, delle fattispecie in parola. Le conclusioni cui perviene l'orientamento maggioritario saranno sottoposte alla 'prova del fuoco' della compatibilità con i principi che regolano, dal punto di vista sostanziale, il concorso apparente di norme, e, da quello processuale, il divieto di secondo giudizio. Dimostrata l'opinabilità della tesi che esclude il concorso tra i delitti in oggetto, l'analisi volgerà a dimostrare la praticabilità di una applicazione congiunta delle fattispecie attraverso un esame dei profili pratico-applicativi. In conclusione dedicheremo alcune riflessioni sul rapporto tra appropriazione indebita e bancarotta distrattiva, allorchè, in ambito societario, la dimensione incriminatrice risulti assorbita dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

1.2 I precedenti di legittimità: l'esclusione del concorso formale attraverso la sussunzione nella categoria dogmatica del reato complesso

Disponendo di un buon codice commentato gli aspiranti avvocati avrebbero potuto corroborare i propri assunti difensivi attraverso il richiamo ad alcuni *decisa* di legittimità. L'orientamento largamente prevalente, nonché più attuale, della Corte di Cassazione esclude che la contestazione di un delitto contro il patrimonio possa concorrere con quella del reato di bancarotta fraudolenta distrattiva; di seguito gli approdi più significativi.

Il mutamento di giurisprudenza – in passato, difatti, era minoritaria la corrente in favore dell'esclusione del concorso dei reati *de quibus* – fu segnato da una pronunzia del 2003². Il ricorrente lamentava erronea applicazione di norme processuali ed in particolare del principio del *ne bis in idem*, quanto alla ritenuta possibilità di concorso tra appropriazione indebita e bancarotta per distrazione nel caso in cui l'oggetto – come nel caso di specie – sia costituito dal medesimo bene.

Per motivare sull'accoglimento del ricorso l'estensore parte dalla considerazione che l'amministratore ha commesso una sola attività criminosa, cioè l'appropriazione di denaro spettante alla società siccome riveniente dall'alienazione di un suo bene, considerato prima nella fattispecie di cui all'art. 646 c.p. e, dopo la dichiarazione di fallimento, come bancarotta distrattiva. Per ovviare all'applicazione congiunta delle due fattispecie la Corte non ha dubbi che si debba richiamare la figura del reato complesso: "*l'art. 84 c.p. esclude che il fatto, costituente di per sé reato, possa essere punito separatamente qualora sia considerato dalla legge come elemento costitutivo (o solo circostanza aggravante) di altro reato [...] Non si può dubitare che il fatto di appropriazione indebita sia assunto dall' art. 216 l. fall. come componente essenziale della bancarotta fraudolenta patrimoniale, sicché non è possibile la contestuale imputazione dei due distinti reati, una volta che sia stato dichiarato il fallimento*"³.

² Il riferimento è a *Cass. Pen. sez. V, 30 ottobre 2003 n. 37567 in CED Cass. n. 228297*. Un amministratore, dichiarata fallita la società per la quale operava, essendo condannato per bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, propone ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello che aveva ritenuto compatibile l'affermazione di responsabilità *ex art. 216-223 l. fall.* con la precedente condanna a titolo di appropriazione indebita per il medesimo fatto (consistente nell'aver venduto *uti dominus* alcuni cespiti aziendali).

³ *Cass. Pen. 30 ottobre 2003 n. 37567 cit. p. 3*

La Corte perviene a conclusioni sostanzialmente conformi in una successiva sentenza⁴, degna di nota per le accurate riflessioni in diritto che vi sono contenute. Il giudice di merito nel motivare la decisione oggetto di impugnazione richiamava – prendendone le distanze – l’orientamento di legittimità secondo cui, ai fini della preclusione connessa al divieto di *bis in idem*, sussiste l’identità del fatto ove vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (anche con riguardo alle condizioni di tempo, luogo e persona) valutati sia nella loro dimensione naturalistica che in quella giuridica. Alla luce di tale assunto non dovrebbe residuare spazio per l’applicazione dell’art. 649 c.p.p., quando, sotto il profilo giuridico, l’evento ulteriore (*sub specie* la dichiarazione di fallimento) valga a caratterizzare diversamente il fatto (anche) dal punto di vista dell’oggettività giuridica tutelata. E’ chiaro che la preclusione anzidetta non può essere invocata ove la fattispecie oggetto di sentenza irrevocabile integri una ipotesi di concorso formale di reati con quello successivamente contestato: in questo caso è inevitabile che il fatto concreto deve poter essere riesaminato sotto il profilo di una diversa violazione di legge. Nondimeno, ad avviso del giudice di prime cure, il criterio discretivo tra ‘stesso fatto’ e ‘fatto diverso’, enucleabile dalla giurisprudenza di legittimità⁵ non era applicabile al caso di specie non ricorrendo ipotesi di concorso formale: “*il rapporto tra le fattispecie di appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione avrebbe dovuto essere ricondotto alla configurazione del reato complesso di cui all’art. 84 c.p., con la conseguenza che, in caso di identità di beni oggetto di distrazione ed appropriazione l’agente non avrebbe potuto essere chiamato a rispondere di entrambi i reati, ma solo di quello complesso, ossia di bancarotta fraudolenta*”⁶. Il giudicante ne trae delle conseguenze assai ardite: l’elemento differenziatore delle due fattispecie è la dichiarazione di fallimento che, tuttavia, non costituisce evento del reato di bancarotta; in presenza di condotte materiali del tutto identiche, poste in essere dall’imputato nella medesima qualità, “*un elemento del tutto esterno alla condotta stessa, quale appunto la dichiarazione di fallimento, non avrebbe potuto essere considerato evento ulteriore, idoneo a consentire l’instaurazione di un nuovo giudizio per bancarotta fraudolenta per distrazione a suo carico, dopo l’intervenuta irrevocabilità della condanna per appropriazione indebita*”⁷.

In tema di rapporti tra le due fattispecie dobbiamo anzitutto osservare, che sul versante della realtà fenomenica la materialità del fatto – nel caso della semplice apprensione materiale del bene – è perfettamente identica sostanziandosi nell’appropriazione, con correlata distrazione dall’originaria destinazione: in un caso mediante approfittamento di una situazione di vantaggio, consistente nella possesso o, *lato sensu*, nella autonoma disponibilità di un bene, per sottrarlo al legittimo titolare; nell’altro sfruttando analoga situazione di vantaggio per sottrarre il bene alla sua

⁴ Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404 in CED Cass. n. 241887. L’orientamento trova ulteriori riscontri in pronunce successive: v. Cass. Pen. sez. V, 9 luglio 2010 n. 37298 in CED Cass. n. 248640. Il Presidente del Consiglio di amministrazione di una cooperativa era tratto in giudizio per rispondere di bancarotta fraudolenta patrimoniale per aver distratto dalle casse sociali, mediante indebiti prelevamenti o bonifici in proprio favore ovvero mediante utilizzo della carta di credito della società per spese personali, una cospicua somma di danaro. La pronuncia scaturisce dal ricorso presentato dal pubblico ministero e dalle parti civili avverso la sentenza con cui il giudice di prime cure aveva dichiarato di non doversi procedere ex art. 649 c.p.p. nei confronti dell’imputato per essere il fatto pocanzi descritto già oggetto di giudicato, e di condanna, a titolo di appropriazione indebita. Nell’atto di ricorso per cassazione il P.M. del merito espone le ragioni dell’illegittimità del provvedimento impugnato: anzitutto si contesta che il fatto oggetto di giudizio possa ritenersi coperto dal giudicato formatosi sul reato di appropriazione indebita, presentando la bancarotta un *quid pluris* (la sentenza dichiarativa di fallimento) che vale a giustificare il più rigoroso trattamento sanzionatorio; in secondo luogo è posta in luce la profonda diversità delle anzidette fattispecie, relative a fatti ontologicamente diversi e posti a tutela di differenti beni giuridici.

⁵ v. *infra* sub nota 10

⁶ Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404 cit. p. 3

⁷ Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404 cit. *ibidem*

istituzionale destinazione di garanzia per i creditori. La Corte tuttavia – condivisibilmente nelle premesse, assai meno nelle conclusioni – non si limita a valutare la questione in una dimensione meramente naturalistica, poiché *“occorre l’individuazione di un idoneo criterio di lettura dei referenti normativi, al fine di una corretta analisi dei rapporti intercorrenti tra le relative fattispecie delittuose”*. Viene anzitutto chiarito che l’apprensione del bene da parte dell’imprenditore rappresenta solo una delle molteplici forme in cui può concretizzarsi l’indeterminata nozione di distrazione: tale concetto ricomprende qualsivoglia distacco del bene dal patrimonio dell’imprenditore, con conseguente depauperamento dell’asse concorsuale, da intendersi in senso sia fisico che giuridico. Del resto la fattispecie di bancarotta fraudolenta è più ampia non solo per la maggiore ampiezza semantica della distrazione rispetto all’appropriazione, ma anche in ragione nell’ulteriore elemento della pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento, che, per consolidato orientamento giurisprudenziale⁸, integra un elemento costitutivo della fattispecie.

A questo punto la sentenza in commento pone un importante punto fermo: *“non è revocabile in dubbio che – in chiave giuridica, pur a fronte della stessa condotta dell’apprensione – appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione non sostanzino un medesimo fatto, ai fini dell’applicazione dell’art. 649 c.p.p., integrando, invece, fattispecie ontologicamente diverse. Il fatto giuridico previsto dalla legge fallimentare (artt. 216) non è identico in quanto [...] è comunque connotato da un quid pluris rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, almeno fintantoché questa continui ad essere rappresentata come elemento costitutivo della fattispecie e non già come elemento ad essa estrinseco, rilevante soltanto ai fini della punibilità”*⁹. Si tratta, in breve, di fattispecie radicalmente diverse nella loro dimensione strutturale, prima ancora che nell’obiettività giuridica (v. *amplius par.2.3.2*). Ciononostante il Collegio ritiene di poter escludere sul piano sostanziale l’applicazione congiunta delle due fattispecie. La questione viene affrontata prima in una prospettiva statica, e poi in una dinamica. Quanto alla prima viene osservato che le due ipotesi di reato finiscono per integrare una fattispecie complessa, nella quale l’appropriazione indebita viene a confluire nell’altra, *“perdendo la sua autonomia e restandone assorbita o inglobata, secondo il paradigma dell’art. 84 c.p.”*. La bancarotta fraudolenta assorbirebbe, dunque, il reato di appropriazione indebita, che si pone, rispetto ad essa, come elemento costitutivo. Nella specifica ipotesi dell’apprensione la struttura della bancarotta distrattiva risulterebbe composta da due elementi: la condotta tipica della bancarotta fraudolenta per distrazione e la dichiarazione di fallimento¹⁰. In breve, il fatto unitariamente considerato

⁸ *Ex plurimis* si veda, di recente, Cass. Pen. sez. V, 7 marzo 2014 n. 32352 (sentenza Parmalat) commentata da BALATO Francesco *“Sentenza Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta”* su www.penalecontemporaneo.it cui si rinvia per una più nutrita rassegna di giurisprudenza. Delle pronunzie storiche ricordiamo Cass. Pen. Ss. Uu. 25 gennaio 1958 in *Giust. Pen.* 1958, II, p. 513, CED Cass. n. 098004 nella quale si parla della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione di esistenza dei reati di bancarotta, anche nella forma prefallimentare.

⁹ Così Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404 cit. p. 5. La conclusione è in linea con l’insegnamento delle Sezioni Unite secondo cui, ai fini della preclusione connessa al principio del *ne bis in idem*, l’identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione astratta della fattispecie incriminatrice, considerata in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta evento e nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo, e di persona (Cass. Pen. Ss. Uu. 28 giugno 2005 n. 34655 in CED Cass. n. 231799).

¹⁰ *“Più precisamente [...] in presenza di dichiarazione di fallimento la condotta dell’apprensione è, astrattamente, riconducibile a due distinte ipotesi delittuose. In tal caso non vi è, però, concorso formale di norme, ma assorbimento ai sensi dell’art. 84 c.p. applicandosi la fattispecie ‘maior’ che incapsula la ‘minor’* (Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404 cit. p. 6). Nel caso di specie l’accusa aveva dedotto alcuni precedenti di legittimità (v. *amplius par. seguente*) in ordine all’ammissibilità del concorso formale tra le due fattispecie in oggetto. Ma la Corte ritiene inconferente il richiamo ad essi, giacché avevano ad oggetto l’ipotesi – ritenuta concettualmente assai diversa – in cui l’amministratore si sia prima appropriato di beni di terzi e poi, acquisitili al patrimonio sociale, abbia provveduto a distrarli. L’assunto desta qualche perplessità in chi scrive, atteso che non è dubitabile che anche la *societas* sia terza rispetto alla persona fisica che agisce per suo conto; a ciò si aggiunga che l’interesse tutelato dalla bancarotta distrattiva considera il patrimonio sociale in una prospettiva funzionale di tutela dei

sarebbe riconducibile solo ad una delle norme sostanziali in questione, ove invece il concorso formale postula che le diverse norme si integrino vicendevolmente e, pertanto, possano applicarsi contemporaneamente, in quanto ciascuna di esse comprende solo una parte del fatto.

Quanto alla seconda l'estensore osserva che, allorquando la dichiarazione di fallimento non è ancora intervenuta al momento della sottrazione, ma sovviene in un momento successivo si verifica *“una fattispecie a formazione progressiva o reato progressivo, in quanto, muovendo dalla fattispecie ‘minor’ giunge poi, per via della sopravvenuta dichiarazione di fallimento, alla fattispecie maggiore”*¹¹. A questo punto i rapporti tra le due fattispecie vengono analizzati sul versante processuale, al fine di rispettare – proposito questo poco conforme alle premesse, che escludono che possa invocarsi la violazione del *bis in idem* – il principio di cui all'art. 649 c.p.p.

Potrebbe accadere che, delineatasi una condotta appropriativa, si proceda ex art. 646 c.p. e, successivamente, intervenga la sentenza dichiarativa di fallimento. Può invocarsi, in questo caso, la preclusione processuale di un secondo giudizio per bancarotta distrattiva? In proposito la Corte non ha dubbi: *“per logica stessa dell'assorbimento, in caso di reato composto o complesso, la ‘res iudicata’ l'effetto preclusivo non può dispiegarsi, in quanto, diversamente resterebbe impunita l'area di illiceità non coperta dalla fattispecie ‘minor’”*. In altre parole *“la dichiarazione di fallimento stravolge la fisionomia dell'originario fatto di appropriazione indebita conferendogli una diversa e più grave connotazione, sì da trasformarlo in entità antigiuridica affatto nuova e di gravità di gran lunga maggiore”*¹². Ne consegue che, se è stata pronunciata sentenza irrevocabile nel primo procedimento non è ammissibile applicare il criterio del cumulo giuridico come se i reati potessero concorrere fra loro; spetta alla Corte di Cassazione ex art. 620 lett. 1 c.p.p. provvedere a rideterminare la pena per la sola bancarotta fraudolenta. Se, al contrario, il primo processo si è concluso con la declaratoria di prescrizione del reato di appropriazione indebita, troverà applicazione l'art. 170, comma 2, c.p. secondo cui la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende a quest'ultimo.

1.3 La giurisprudenza minoritaria

In favore della tesi del concorso tra le fattispecie in oggetto si rinvencono poche pronunzie, tutte piuttosto datate¹³. Ci sembra, tuttavia, opportuno riportare, in estrema sintesi, le principali argomentazioni dedotte a suo sostegno. Anzitutto l'ambito operativo del divieto di *bis in idem* non può applicarsi al caso in esame poiché *“presuppone identità cronologica e materiale tra gli elementi del fatto già giudicato e quello da giudicare attribuito alla medesima persona e che devono identificarsi negli aspetti fondamentali della condotta, dell'evento e del nesso causale”*¹⁴.

Ma il fattore dirimente si rinviene nella *distinctio* tra fatto storico e fatto giuridico: *“può verificarsi che all'unicità di un determinato fatto storico faccia riscontro una pluralità di fatti giuridici [...] che è*

creditori, i quali sono da considerarsi terzi alla stregua del proprietario del bene che l'amministratore abbia indebitamente fatto proprio.

¹¹ Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404 cit. p. 7-8

¹² Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404 cit. p. 8. Così argomentando la Corte accoglie i ricorsi e, per l'effetto, annulla con rinvio al competente giudice di merito.

¹³ Si veda, in particolare, Cass. Pen. sez. II 04 marzo 1997 n. 10472 in CED Cass. n. 209022. Un agente di cambio, dichiarato fallito, era stato condannato per bancarotta fraudolenta per aver distratto titoli e denaro dalla clientela per un ammontare di svariati miliardi di lire. A seguito di querela da parte di uno dei creditori la pubblica accusa promuoveva (nuovamente) azione penale per il delitto di appropriazione indebita, ottenendo la condanna del prevenuto. Avverso la sentenza d'appello l'imputato propone ricorso per Cassazione lamentando violazione della legge penale ed erronea applicazione dell'art. 649 c.p.p. in correlazione all'art. 216, comma 1, l. fall. e all'art. 646 c.p.p.

¹⁴ Cass. Pen. sez. II 04 marzo 1997 n. 10472 cit. p. 3

quanto si verifica nel concorso formale di reati in cui, con un'unica azione, si cagionano più eventi giuridici. Ne consegue che il giudicato formatosi in relazione ad uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione all'altro, pur scaturito dall'unica condotta"¹⁵.

2. *Ne bis in idem* sostanziale: il concorso apparente di norme nella teoria generale del reato

2.1 *L'ontologia del reato complesso*

La prevalente giurisprudenza di legittimità inquadra la bancarotta patrimoniale distrattiva nella categoria concettuale del reato complesso, ritenendo che la stessa risulti dalla composizione di due elementi normativi: la condotta (indebitamente) appropriativa e la sentenza dichiarativa di fallimento. Una tale evidenza logica consentirebbe di escludere già sul piano sostanziale l'applicazione congiunta degli artt. 646 c.p. e 216, comma 1, n.1 l. fall. Dobbiamo a questo punto domandarci se tale sussunzione sia conforme ai dettami della dogmatica penalistica.

L'art. 84 c.p. statuisce che *"le disposizioni degli articoli precedenti [e cioè le disposizioni che concernono il concorso di reati] non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato"*. La figura giuridica del reato complesso (in senso stretto) è caratterizzata dalla riunione di più reati in uno solo; è complesso quel reato, semplice o circostanziato, che risulta costituito dal 'materiale' di altri reati. Esso presenta due forme: nella prima i singoli reati vi rientrano tutti come elementi costitutivi, dando luogo ad un nuovo titolo di reato¹⁶; nella seconda i singoli reati che lo formano vi rientrano uno come elemento costitutivo e l'altro come circostanza aggravante, lasciando inalterato il titolo di reato-base¹⁷. Ne risulta che per l'esistenza della figura giuridica di cui si parla *"occorre che in un solo reato siano riuniti almeno due reati. La scindibilità in più fatti criminosi è caratteristica essenziale del reato complesso. Naturalmente non è necessario che il nuovo tipo di reato risulti formato solo dal materiale di altri reati: può esservi anche un quid pluris, ma due o più reati vi debbono essere contenuti al competo"*¹⁸. Nel novero dei reati complessi non rientrano i delitti aggravati dall'evento poiché questi non sono formati da due reati, ma da uno solo, in quanto l'evento che li caratterizza non costituisce un reato a sé difettandone gli elementi strutturali tipici¹⁹.

¹⁵ Cass. Pen. sez. II 04 marzo 1997 n. 10472 cit. *ibidem*

¹⁶ L'esempio tipico è dato dalla rapina (art. 628 c.p.), la quale risulta dalla composizione del furto (art. 624 c.p.) con la violenza privata (art. 610 c.p.).

¹⁷ Il referente di più immediata evidenza è dato dall'evasione mediante effrazione (art. 385, comma 2, c.p.), il cui il reato base è aggravato dal danneggiamento della cosa altrui.

¹⁸ Così ANTOLISEI *"Manuale di diritto penale – Parte generale"* Giuffrè 2003 p. 538. In senso conforme v. ROMANO *"Commentario sistematico del codice penale"* Giuffrè 2004 vol. I p. 793

¹⁹ Questa è la posizione della dottrina largamente prevalente. Si veda ANTOLISEI *"Manuale di diritto penale – Parte generale"* cit. p. 539; PADOVANI *"Codice Penale"* Giuffrè ed. VI, vol I, p. 615; VASSALLI *"Nuove e vecchie incertezze sul reato complesso"* in *Riv. It. dir. pen. proc.* 1978 p.407. Parzialmente difforme l'opinione di ROMANO *"Commentario sistematico del codice penale"* cit. p. 793 il quale, ammettendo l'esistenza di reati eventualmente complessi, non esclude che anche i delitti aggravati dall'evento rientrino nell'orbita del reato complesso.

E' il caso di notare che la precisazione assume notevole importanza con riferimento alla bancarotta fraudolenta, atteso che la più accreditata dottrina sostiene, condivisibilmente, che la declaratoria di fallimento debba essere valutata alla stregua dell'evento del reato, in modo da render possibile una lettura che avvalori l'accertamento del nesso causale e di quello psicologico. Sul punto rinviamo, anche per riferimenti letterari, al citato contributo di BALATO Francesco *"Sentenza Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta"* cit. p. 15 ss.

Dalla figura giuridica *de qua* parte autorevole della dottrina²⁰ distingue quella del reato complesso in senso lato, che si riscontra quando un reato contiene in sé necessariamente altro reato meno grave. Per l'esistenza di quest'ultima non occorre la riunione di due o più reati ma ne basta uno solo, con l'aggiunta di un elemento ulteriore. In questa categoria concettuale il reato minore rimane assorbito nel maggiore, e, perciò, non è punibile separatamente. Il reato complesso *lato sensu* non trova il suo fondamento nell'art. 84 c.p., "perché questa disposizione non può essere interpretata in modo da abbracciare qualunque reato che ne contenga necessariamente un altro minore"²¹; il fondamento deve invece ravvisarsi nel principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., in quanto la norma che disciplina il reato più grave è speciale rispetto a quella che prevede il secondo, e, pertanto, ne esclude l'applicabilità. La continenza del primo nel secondo può assumere due forme: è esplicita quando il reato incluso è indicato dalla legge con il relativo *nomen iuris* (si pensi al sequestro di persona a scopo di estorsione, il quale presenta come elemento costitutivo il fatto punito dall'art. 605 c.p.); è implicita quando l'inclusione del reato minore nel maggiore non si desume dalla dizione della norma incriminatrice, ma dalla natura intrinseca del fatto in essa configurato²². Ora, essendo evidente che la bancarotta distrattiva – i cui elementi tipici sono distinguibili nel fatto appropriativo e nella sentenza dichiarativa di fallimento – non costituisce affatto un reato complesso *stricto sensu*, in quanto l'accertamento giudiziale dell'insolvenza è ben lungi dal costituire *ex se* reato, assumiamo nella stessa vi sia una continenza implicita secondo lo schema del reato complesso in senso lato. Avendo rinvenuto il fondamento di quest'ultimo nel principio di specialità, ci chiediamo se l'art. 216 l. fall. *sub specie* di distrazione debba considerarsi norma speciale rispetto alla generale fattispecie di appropriazione indebita. Prima di tentare una risposta è opportuno spendere alcune parole sul retroscena teorico di riferimento e procedere ad un confronto strutturale tra le due fattispecie criminose.

2.2 Il rapporto di specialità: inquadramento teorico

Per escludere che i reati in discorso possano essere uniti dal vincolo del concorso formale si dovrebbe ravvisare fra le norme che li prevedono un conflitto c.d. apparente. La dottrina²³ rileva, in modo pressochè unanime, che, perché sorga quest'ultimo, devono imprescindibilmente aversi due condizioni: una medesima situazione di fatto e la convergenza di più norme che sembrano prestarsi a regolarla. Trattandosi di una convergenza in realtà fallace si devono fissare i criteri per individuare quale delle due troverà applicazione al caso concreto.

²⁰ ANTOLISEI "Manuale di diritto penale – Parte generale" cit. p. 540 il quale adduce l'esempio della violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), la quale nasce dall'unificazione legislativa della violenza privata con l'elemento caratterizzante dell'atto sessuale, elemento che da solo non costituisce reato.

²¹ ANTOLISEI "Manuale di diritto penale – Parte generale" cit. *ibidem*

²² Ad esempio non è possibile uccidere (art. 575. c.p.) senza percuotere o ferire (art. 581 e 582 c.p.) ; non si possono compiere fatti di devastazione (art. 419 c.p.) senza danneggiare (art. 635 c.p.). I reati di questa specie sono definiti dalla dottrina 'progressivi', perché si verifica necessariamente un passaggio da un *minus* ad un *maius* e il medesimo bene giuridico risulta offeso con gravità crescente. La soluzione del conflitto apparente di norme si presta ad essere risolto attraverso il principio di consunzione (v. *infra par.* 2.4).

²³ Nella manualistica FIANDACA-MUSCO "Diritto penale- Parte generale" ed. VI Zanichelli 2008 p. 679 ss; ROMANO "Commentario sistematico del codice penale" cit. p. 173; PADOVANI "Codice Penale" cit. , p. 110; Id. "Diritto penale" ed. IX Giuffrè 2010 p. 375 ss.; in letteratura, senza pretese di esaustività, ANTOLISEI "Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme" in *Giust. Pen.* 1942, II p. 209; PAGLIARO "Concorso apparente di norme penali" in *Enc. Dir.* VIII , Milano 1961; DE FRANCESCO "Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali" Milano 1980; MASERA "Concorso di persone e concorso di reati" in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. Cassese Milano 2006 p. 1159

Per identificare i casi di concorso apparente sono stati da tempo escogitati tre criteri: la *specialità*, la *sussidiarietà* e la *consunzione*. Di questi soltanto il primo trova esplicito riconoscimento nel nostro codice penale; gli altri due sono il frutto della elaborazione dottrinale, peraltro assai variegata, e la loro esistenza è messa in discussione da non pochi autori²⁴.

L'art. 15 c.p. così reca: "Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito". Il presupposto esplicito dell'operatività della sola legge speciale è dato dalla subordinazione di quest'ultima alla legge generale, nel senso che ogni caso al quale la prima si riferisce rientra anche nella previsione della seconda, mentre non vale l'inverso, cioè non ogni caso al quale la seconda si riferisce rientra anche nella previsione della prima: si può dire che la legge speciale ha un'estensione minore della legge generale. Schematicamente, questa relazione tra leggi può indicarsi con due cerchi di diverso raggio, di cui il minore è inserito totalmente all'interno del maggiore; la norma speciale ricomprende quella generale ed ha in più uno o più elementi specializzanti. Dalla lettura testuale dell'articolo da ultimo citato emerge chiaramente che l'accertamento della specialità implica una relazione logico strutturale tra leggi, un confronto tra fattispecie astratte, non inquinato dalle contingenze del caso concreto. Tale rilievo non sfugge alla dottrina che si è cimentata sul significato da attribuire alla locuzione 'stessa materia'²⁵. "A ben vedere, il concetto di specialità 'in concreto' si risolve, dal punto di vista logico in un non senso:

²⁴ Così si legge nell'autorevole manuale di FIANDACA-MUSCO "Diritto penale- Parte generale" cit. p. 680: "[...]la tematica del concorso di norme costituisce tutt'oggi uno dei capitoli più controversi del diritto penale, perdurando divergenze di vedute non solo all'interno della dottrina ma anche tra quest'ultima e la giurisprudenza". Per ovvie ragioni non è possibile in questa sede dar conto, neanche sinteticamente, della pluralità di opinioni espresse dagli studiosi. Negano validità scientifica alla tripartizione dei criteri risolutivi del conflitto apparente di norme ANTOLISEI "Man. dir. pen." cit. p. 157; Id. "Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme" cit. p. 221. CONTI "Concorso apparente di norme" in Noviss. Dig. it. II, p. 1013; PADOVANI "Diritto penale" cit. p. 379.

La giurisprudenza sul tema è tutt'altro che consolidata; l'orientamento favorevole all'esistenza dei criteri in questione è ripudiato da talune autorevoli pronunzie di segno contrario v. ad. es. Cass. Pen. Ss. Uu. 20 dicembre 2005 n. 47164 in RP 2007, V, p.532 secondo cui "i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale".

²⁵ v. per più ampi riferimenti bibliografici FIANDACA-MUSCO "Diritto penale- Parte generale" cit. p. 682 e ROMANO "Commentario sistematico del codice penale" cit. p. 176.

Secondo l'orientamento largamente prevalente in giurisprudenza il concetto di 'stessa materia' alluderebbe non solo all'esistenza di un 'medesimo fatto', ma anche all'identità od omogeneità dell'oggettività giuridica tutelata. Tale interpretazione introduce – questa la critica più ricorrente – un apprezzamento che stravolge la funzione del rapporto di specialità. Avendo quest'ultimo natura meramente logico-formale dovrebbero essere estranei apprezzamenti fondati su giudizi di valore come quelli pertinenti al bene giuridico oggetto di tutela.

Un secondo filone interpretativo ritiene che la locuzione 'stessa materia' faccia riferimento alle ipotesi in cui un medesimo fatto sia concretamente sussumibile in più norme incriminatrici, pur se tra le medesime non sussiste in astratto un rapporto di *genus ad speciem*. Per qualificare tale operazione logica, condivisa da quegli autori che riconoscono validità scientifica al solo criterio di specialità (v. nota 25), si parla in dottrina di *specialità in concreto*. Si consideri l'esempio, tratto dalla manualistica (FIANDACA-MUSCO "Diritto penale- Parte generale" cit. p. 683), del rapporto tra millantato credito (art.346 c.p.) e truffa (art. 640 c.p.): ponendo a confronto le rispettive fattispecie astratte ci si rende conto che nessuna delle due contiene l'altra differenziandosene per alcuni elementi specializzanti. Nondimeno, un rapporto di interferenza tra le due fattispecie può di fatto instaurarsi nell'eventualità che la truffa venga perpetrata, in concreto, millantando credito. In questo caso il rapporto di specialità andrebbe sciolto facendo applicazione della fattispecie che meglio aderisce al caso di specie, normalmente quella che sanziona più gravemente l'illecito commesso, incarnando, del pari, l'intero disvalore sociale; nell'esemplificazione si applicherebbe la sola norma sul millantato credito.

Altra parte della dottrina (v. MANTOVANI "Concorso e conflitto di norme nel diritto penale" Zanichelli 1966 p. 230) estende il rapporto di specialità ai casi di c.d. *specialità reciproca* o *bilaterale*, rilevando che tale relazione si avrebbe allorché nessuna delle due norme considerate è speciale o generale rispetto all'altra, presentando entrambe un nucleo di elementi comuni e uno o più elementi caratterizzanti: si pensi ai rapporti tra aggrottaggio comune (art. 501 c.p.) e aggrottaggio

*non si comprende, infatti, come mai un rapporto di genere a specie fra due norme possa dipendere dalle particolarità di un fatto concreto; come rapporto tipicamente sussistente tra norme astratte, la specialità o esiste o non esiste: tertium non datur”*²⁶. In breve: l’ambito di operatività del principio di specialità, inteso nell’accezione più aderente al testo dell’art. 15 c.p., va circoscritto alla relazione di continenza esistente tra due fattispecie astratte; tale relazione ha corrispondenza univoca, nel senso che una delle due norme è ricompresa totalmente nell’altra, distinguendosene per alcuni elementi specializzanti; non sono risolvibili attraverso questo criterio le ipotesi di specialità bidirezionale o reciproca, ovvero quelle in cui il fatto storico, come concretamente avvenuto, corrisponda a più fattispecie astratte.

Ora, atteso che l’inquadramento la bancarotta distrattiva nella categoria del reato complesso (in senso lato) presuppone un rapporto di specialità rispetto alla (presunta) norma generale sull’appropriazione indebita, si procederà a fare applicazione degli anzidetti criteri dottrinali per verificare se, effettivamente, tra le due norme esista una relazione di continenza. Nel far ciò inizieremo da un raffronto astratto tra le due fattispecie – sulla base del principio di specialità desumibile dall’art. 15 c.p. – e, in caso di esito negativo, si esaminerà il rapporto *de quo* secondo di canoni di sussidiarietà e consunzione.

2.3 I limiti all’operatività del principio di specialità (art. 15 c.p.): due fattispecie geneticamente diverse

Per invocare l’operatività del principio di specialità in senso tecnico si dovrebbe dimostrare che la bancarotta distrattiva è totalmente ricompresa nella norma sanzionatoria generale sull’appropriazione indebita, distinguendosene per aggiunta o specificazione di elementi normativi della fattispecie. La commentata giurisprudenza dominante, adagiata sulla categoria del reato complesso – peraltro richiamata a sproposito, come si è avuto modo di osservare – si limita a porre in evidenza che la condotta distrattiva della bancarotta patrimoniale rientri fra i fatti appropriativi puniti dall’art. 646 c.p., e si caratterizzi per il sopravvenire (almeno nella forma prefallimentare) della sentenza dichiarativa di fallimento²⁷. Così liquidati, i termini del confronto risultano estremamente generici, se non addirittura semplicistici; per verificare la sussistenza di un rapporto di *genus ad speciem* si dovrebbe procedere a un confronto dinamico tra tutti gli elementi normativi delle relative fattispecie. Impostata correttamente la questione, la verifica non potrà che dare esito negativo: il rapporto tra le fattispecie in oggetto è irriducibile ad una relazione tra due cerchi concentrici, dei quali uno ingloba l’altro. Di seguito ne esamineremo le ragioni.

2.3.1 Le discriminanti sul piano oggettivo: la condotta distrattiva

societario (art. 2637), ovvero tra ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638, comma 2, c.p.) e ostacolo alle funzioni della Banca d’Italia e della Consob (art. 170-bis D.Lgs n.58/1998). Secondo la dottrina cui riteniamo di aderire la specialità reciproca, parimenti a quella in concreto, non è risolvibile attraverso il criterio dettato dall’art. 15 c.p. (specialità *stricto sensu*), ma attraverso quello della consunzione (o assorbimento).

²⁶ Si cita ancora una volta l’illustre manuale di FIANDACA-MUSCO “*Diritto penale- Parte generale*” cit. p. 683 nel quale si osserva, in una prospettiva critica delle teorie sulla specialità in concreto, come le stesse originino dall’erroneo assunto secondo cui l’art. 15 c.p. sia in grado di risolvere tutti i casi di concorso apparente di norme penali. In senso conforme v. ROMANO “*Commentario sistematico del codice penale*” cit. p. 175.; DE FRANCESCO “*Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*” cit. p. 40.

²⁷ Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404 cit. p. 7

Nel dar prova della totale indipendenza logico strutturale, sul piano astratto, delle due fattispecie conviene partire da un esame delle rispettive condotte esecutive. Il punto di convergenza sarebbe rappresentato dalla modalità commissiva consistente nella distrazione, la quale, storicamente, si fa rientrare nel concetto di appropriazione²⁸. In dottrina è ancora vivo il dibattito sulla delicata questione dei rapporti tra appropriazione e distrazione, principalmente al fine di stabilire se i fatti precedentemente rilevanti a titolo di peculato per distrazione possano rientrare nel raggio applicativo del novellato art. 314 c.p., *sub specie* di peculato per appropriazione²⁹. In proposito gli studiosi, pur giungendo a conclusioni quanto mai disparate, condividono un assunto di partenza: la distrazione esprime un concetto di relazione, insuscettibile di essere interpretato sulla base della mera connotazione semantica

A ben vedere il termine 'distrazione' è presente nel nostro ordinamento in numerose disposizioni, pur se con riferimento a situazioni tra loro molto differenziate³⁰. La relativa nozione ha formato oggetto nel corso degli anni di interpretazioni contrastanti e di frequenti oscillazioni giurisprudenziali. Tale situazione di incertezza è presumibilmente "da addebitarsi al fatto che il termine distrazione, in sé considerato, risulta del tutto sfornito di pregnanza lessicale e non è in grado di scolpire nell'idealtipo normativo una precisa tipologia di aggressione"³¹. Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato, un tratto comune, in positivo, alle varie condotte di distrazione indubbiamente esiste, nel senso che "tutte esprimono deviazione da uno scopo prefissato"³². Invero, sul piano genericamente lessicale 'distrarre' significa 'sviare', alludendo verosimilmente alla condotta di chi distoglie un bene dalla finalità prestabilita per destinarlo verso uno scopo divergente: la distrazione consiste in una indebita alterazione della destinazione giuridica della *res*; il nucleo essenziale di disvalore delle condotte distrattive risiede proprio nella difformità tra la destinazione prefissata per un determinato bene e quella nuova e diversa ad esso impressa dal soggetto agente³³. La distrazione rispetto ad una destinazione giuridica si atteggia diversamente in relazione al tipo e alla natura delle disposizioni che prefigurano un siffatto vincolo, e dell'oggettività giuridica presidiata dalla norma penale. In definitiva e concludendo sul punto, dall'angolo di

²⁸ Si badi che la relazione tra le condotte esecutive è – e deve essere, secondo la accreditata dottrina cui abbiamo aderito – esaminata in astratto. Al momento non ci occupiamo della circostanza che uno stesso fatto concreto integri una distrazione sussumibile in entrambe le fattispecie; il problema della c.d. *specialità in concreto* andrebbe risolto applicando il principio dell'assorbimento (v. *infra* par.2.4).

²⁹ In argomento v. CARINELLI "Appunti sul concetto di distrazione nel delitto di peculato" in *Riv. it. dir. pen. proc.* 1966, p. 539; GUIDI Dario "Appropriazione, distrazione ed uso nel delitto di peculato" in *Quaderni di Studi Senesi* n.11 p.139 ss.; BARTOLO "Appropriazione e distrazione nel delitto di peculato" in AA. VV. "Reati contro la pubblica amministrazione" a cura di F. Coppi, Giappichelli 1993 p. 362 ss. ai quali si rinvia per riferimenti bibliografici più completi.

³⁰ La condotta distrattiva rappresenta, ad esempio, una delle modalità tipiche di realizzazione dei delitti di cui agli artt. 255 c.p. (*soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato*), art. 616 c.p. (*violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza*), oltreché una delle modalità commissive della bancarotta fraudolenta patrimoniale e, per costante giurisprudenza, dell'appropriazione indebita

³¹ Così GUIDI "Appropriazione, distrazione ed uso nel delitto di peculato" *cit.* p. 145 il quale osserva come ciò che accomuna le varie disposizioni in cui il legislatore ha impiegato detto termine è proprio l'indeterminatezza e la mancanza di autonomia della condotta distrattiva, nel senso che quest'ultima "necessita immancabilmente, per assumere un significato specifico nella struttura della fattispecie, di ulteriori e ben precisi termini di riferimento".

³² MARINUCCI "voce Distrazione" in *Enc. Dir.* Milano, v. XIII, 1964, p. 309 ss.

³³ Sebbene il mutamento di destinazione possa essere valutato sia da un punto di vista materiale che da un punto di vista giuridico, la nostra attenzione va rivolta esclusivamente a quest'ultimo. Si avrà una indebita alterazione della destinazione giuridica allorché l'agente trasgredisca una norma legislativa o regolamentare, o comunque una disposizione giuridicamente vincolante, che attribuisce ad un determinato bene un prefissato fine. Sul punto v. GUIDI "Appropriazione, distrazione ed uso nel delitto di peculato" *cit.* p. 146

visuale giuridico-penale, la distrazione va intesa come un concetto di relazione nel senso che “la condotta del distrarre assume rilevanza non in sé, ma in quanto deviazione da qualcosa e verso qualcosa”³⁴. Le condotte esecutive dei reati in oggetto costruiscono un esempio emblematico del relativismo del concetto di distrazione. A mente dell’art. 646 c.p. verrà in rilievo qualunque condotta distrattiva che, alterando il vincolo di destinazione imposto dal proprietario o dal titolare di altro diritto reale minore, non lasci dubbi sulla circostanza che il possessore abbia inteso comportarsi *uti dominus*; il termine di raffronto sarà costituito dalle norme civili disciplinanti i diritti e le facoltà spettanti ai soggetti coinvolti. Affatto diversa è l’accezione del termine con riferimento alla bancarotta, rispetto alla quale è funzionalmente deputato a reprimere qualunque comportamento, non tipizzato, suscettibile di ‘stornare’ un bene posto a garanzia dell’interesse patrimoniale dei creditori³⁵. Il differente significato che la distrazione assume nell’organico delle due fattispecie è un indice significativo del fatto che le stesse non sono affatto sovrapponibili, né inscrivibili l’una nell’altra secondo la logica della *specialità* c.d. *unilaterale*: può ben darsi che un amministratore distragga un bene dalla finalità sociale alla quale è adibito senza minimamente incidere sulla apprensibilità dello stesso da parte dei creditori; del pari potrebbe accadere che costui decida di alienare un bene ad un corrispettivo assai minore rispetto al normale, con ciò ledendo le pretese creditorie attraverso un atto negoziale che, civilisticamente, rientra pienamente nelle sue facoltà. Date tali premesse, non possiamo che concludere per l’ontologica difformità, sul piano astratto, tra la condotta esecutiva dell’appropriazione indebita e quella della bancarotta distrattiva³⁶.

³⁴ GUIDI “Appropriazione, distrazione ed uso nel delitto di peculato” cit. *ibidem*

³⁵ Secondo una condivisibile opinione dottrinale il concetto di distrazione nella bancarotta è idoneo a porsi come residuale; una vera e propria clausola ‘di chiusura’ che interviene con carattere sussidiario in un sistema punitivo autoconcluso (v. ANTOLISEI “Manuale di diritto penale- Parte speciale, leggi complementari” v. II Giuffrè 2011 p.112). Nel variegato panorama dottrinale la distrazione esprime: l’estromissione di un bene dal patrimonio dell’imprenditore; la destinazione di un bene ad uno scopo diverso da quello dovuto. Senza addentrarci nel merito della questione ci limitiamo ad osservare che, trattandosi di un concetto di relazione, esso postula un termine di riferimento sul piano oggettivo-semantic: tale referente non può che corrispondere all’oggettività giuridica sottesa alla procedura concorsuale, il cui inizio – segnato dalla pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento – costituisce condizione di esistenza del reato fallimentare. Sottolinea l’impossibilità di sovrapporre i concetti di distrazione fallimentare e ‘ordinaria’ anche LA MONICA “I reati fallimentari” cit. p. 317

La giurisprudenza di legittimità, nel corso degli anni, ha plasmato il concetto di distrazione fallimentare conferendole una vera e propria autonomia concettuale. Cfr. fra le pronunce storiche, oggetto di richiamo nella prassi più recente Cass. Pen. sez. V, 26 giugno 1990 n. 15850 in CED Cass. n. 185891 “la distrazione [...] è il compimento di qualsiasi atto negoziale di disposizione patrimoniale, affetto da anomalie genetiche e/o funzionali, dal quale deriva una diminuzione patrimoniale oggettivamente certa e prevedibile”; Cass. Pen. sez. V 26 febbraio 1986 in CED Cass. 173143 “il reato di bancarotta fraudolenta mediante distrazione sussiste non soltanto quando l’imprenditore fallito abbia distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato i suoi beni, ma anche quando i beni stessi siano stati utilizzati per finalità diverse da quelle cui sono destinati, o quando il ricavato della loro alienazione sia stato comunque volontariamente impiegato per fini diversi dal ruolo che il denaro svolge nella impresa cui appartiene, quale elemento necessario per la funzionalità e quale garanzia verso i terzi”; Cass. Pen. sez. V, 19 settembre 1995 n. 10220 in CED Cass. n. 203006 “la bancarotta fraudolenta per distrazione si configura ogniqualvolta la condotta dell’imputato sia diretta ad impedire che un bene del fallito sia utilizzato per il soddisfacimento dei diritti della massa dei creditori. Tale effetto di produce o può prodursi sia quando il bene sia venduto, sia quando venga anche temporaneamente ceduto e lo spostamento sia suscettibile di recare pregiudizio ai creditori”; Cass. Pen. sez. V, 04 novembre 1993 n. 11498 in CED Cass. 195780 “integra gli estremi del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione ogni forma di ingiustificata e diversa destinazione volontariamente data al patrimonio rispetto ai fini che questo deve avere nell’impresa, quale elemento necessario per la sua funzionalità e quale garanzia verso i terzi”.

³⁶ In realtà rimane da esaminare la diversa ipotesi in cui l’amministratore si sia *sic et simpliciter* appropriato del bene e, successivamente, sia stato dichiarato il fallimento della società. Di ciò ci occuperemo in sede più opportuna, trattando del principio di consunzione come criterio di soluzione della *specialità* in concreto.

2.3.2 (Segue) L'oggetto e la tecnica di tutela. L'elemento soggettivo.

In direzione dell'insussistenza del rapporto di specialità tra le fattispecie in oggetto depongono altri e concordanti indizi.

Si deve anzitutto considerare che l'oggettività giuridica tutelata dalle due norme si declina in modo assai diverso. Non vi è dubbio che ambedue siano poste a tutela di un interesse patrimoniale, ma è dirimente la circostanza che essi insistono in capo a differenti categorie di soggetti. Così, avuto riguardo al contesto societario, l'appropriazione indebita è posta a presidio del patrimonio dei soci, allo scopo di evitare che colui che sia nominato a gestirli si arroghi, arbitrariamente diritti e facoltà, non spettantigli; la punizione dei fatti di bancarotta patrimoniale trova la propria ragion d'essere nella volontà legislativa di tutelare la condizione economica dei creditori sociali, titolari di un interesse patrimoniale particolarmente esposto, in prossimità del fallimento, a forme di *mala gestio* societaria³⁷. Quale che sia la lettura che si voglia fornire all'oggettività giuridica della bancarotta, se monoffensiva o plurioffensiva³⁸, è indubbio che essa

³⁷ Non è questa la sede opportuna per dare adeguatamente conto della *querelle* dottrinale sul tema dell'oggettività giuridica dei reati di bancarotta. Per riferimenti bibliografici si rinvia ad ANTOLISEI "Manuale di diritto penale- Parte speciale, leggi complementari" cit. p. 24 ss; PROSDOCIMI "Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare" in Riv. trim. dir. pen. econ., 1999 p.138 ss.; LA MONICA "I reati fallimentari" IPSOA 1999 p. 36 ss. Secondo l'opinione che nettamente prevale nella dottrina penalistica, la bancarotta è un delitto contro il patrimonio, che aggredisce gli interessi patrimoniali dei creditori, danneggiandoli o ponendone in pericolo la soddisfazione. Nel particolare tale opinione tende poi a segmentarsi: così alcuni autori compendiano l'interesse patrimoniale dei creditori nel diritto di garanzia che essi hanno sul patrimonio del debitore; altri nel diritto dei creditori alla egualitaria distribuzione dei beni dell'imprenditore fallito; altri ancora nel diritto di credito vantato dai soggetti che hanno intrattenuto rapporti commerciali con l'imprenditore o con la società fallita. La visione più moderna ci sembra quella del PEDRAZZI "Art. 216 l. fall." in PEDRAZZI-SGUBBI 'Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito', in Commentario Scialoja-Branca, Legge Fallimentare a cura di Galgano, Bologna-Roma 1995 p. 4 ss. secondo cui la tutela penale del patrimonio non è circoscritta alla difesa di diritti soggettivi perfetti, ma si estende anche ai semplici interessi (*sub specie* quello dei creditori a conservare e vedere soddisfatte le ragioni del proprio credito). Un diverso orientamento parte dal presupposto che i diritti dei creditori siano sufficientemente tutelati dalle norme civilistiche che disciplinano le procedure concorsuali; l'oggetto della tutela penale è ravvisato nell'interesse al corretto andamento delle relazioni economiche: si considerano i fatti di bancarotta reati contro l'economia pubblica. A tale impostazione è stata mossa la critica che la perturbazione macroeconomica, quando si riscontra, non sarebbe che l'ulteriore ripercussione dell'insolvenza a danno dei creditori; inoltre il concetto di economia pubblica peccherebbe di evanescenza ed astrattezza, così da non agevolare l'interpretazione della figura criminosa *de qua*. In realtà "oggi ponendo attenzione al particolare momento storico di crisi economica, in uno con la generale sfiducia nei potenziali investitori generata dal dilagante diffondersi di fenomeni di insolvenza, l'impostazione acquista particolare attualità, quantomeno in un contesto [...] di plurioffensività dei delitti di bancarotta" (ANTOLISEI "Manuale di diritto penale- Parte speciale, leggi complementari" cit. p. 28). Un ultimo filone di pensiero, diffuso in passato (v. fra i maggiori sostenitori NUVOLONE "Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali" Milano 1955 p. 25 ss.; LA MONICA "I reati fallimentari" cit. p. 68 ss.) ma oggi quasi estinto, sosteneva che la bancarotta sia un reato contro l'amministrazione della giustizia. Le disposizioni della legge fallimentare non sarebbero poste a tutela del diritto di credito in una prospettiva individuale, ma dall'angolo di visuale dell'interesse pubblicistico alla soddisfazione del ceto creditorio *uti universum*: le norme incriminatrici troverebbero la loro base in un 'presupposto concorsuale', dal quale conseguirebbe che l'interesse giuridico immediatamente leso non potrebbe essere che quello pubblicistico-processuale. Il vero oggetto giuridico della bancarotta sarebbe, quindi, il processo esecutivo concorsuale. Numerose le obiezioni che sono state mosse a tale lettura: anzitutto essa risulta priva di pregio rispetto ai fatti di bancarotta prefallimentare, commessi in un tempo in cui la procedura concorsuale non esiste ancora; inoltre non si deve dimenticare che il processo non è mai fine a sé stesso, ma è uno strumento per l'attuazione di interessi sostanziali

³⁸ In favore della plurioffensività risultano particolarmente attuali le riflessioni dell'Antolisei: " la teoria che qualifica la bancarotta come reato monoffensivo a tutela del patrimonio dei creditori – e che comunque prevale fra i penalisti – non appare del tutto soddisfacente [...] Il suo limite consiste in una visione angusta e unilaterale del fenomeno dell'insolvenza; essa trascura di considerare le gravi ripercussioni che tale fenomeno determina nell'economia generale [...] Occorre considerare le fattispecie di bancarotta anche poste a protezione ed a tutela dell'economia pubblica . L'offesa di questo interesse è troppo importante per essere lasciata nell'ombra [...] : è un interesse specifico e concreto che ha grande importanza nella vita della nazione, specie all'epoca

non giungerà mai a coincidere con la 'statica' tutela riconosciuta al *dominus* nei confronti del possessore. Con ciò non si vuole affermare che la bancarotta non integri un delitto contro il patrimonio, ma soltanto che non la si può considerare alla stregua di uno qualsiasi dei reati ricompresi nel titolo XIII, libro II, c.p.: diversamente da questi ultimi, la prima si caratterizza per la scissione tra titolarità della *res* e titolarità del bene giuridico oggetto di tutela³⁹.

Del resto anche la (differente) tecnica normopoietica utilizzata nel formulare le due fattispecie apre le porte ad alcune osservazioni. Il delitto di cui all'art. 646 c.p. si presenta come reato di pura condotta, incardinato all'elemento descrittivo dell'appropriazione; per la consumazione del reato sarà sufficiente che l'agente abbia compiuto *animo rem sibi habendi* un qualunque atto dispositivo riservato al proprietario. Diversamente i fatti di bancarotta sono previsti e puniti in prospettiva funzionale alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore (o della società). Per consolidata giurisprudenza quest'ultima rappresenta un elemento costitutivo del reato e vale a definire il *tempus commissi delicti* dei fatti di bancarotta prefallimentare. Secondo attenta dottrina la logica conseguenza di tale assunto – nonostante la giurisprudenza persista nel negarlo – è che dovrebbe riconoscersi alla dichiarazione di fallimento natura di evento (giuridico) del reato; da qui la necessità di accertare l'esistenza di un nesso eziologico e psichico fra la condotta esecutiva e il dissesto economico dell'impresa⁴⁰. La praticabilità di una lettura causale della bancarotta – pienamente condivisibile quanto alla valorizzazione della causalità scientifica tra condotta e dissesto economico dell'impresa – arricchisce il quadro sintomatico dell'irriducibilità di quest'ultima a fattispecie speciale della (generale) norma sull'appropriazione indebita.

Un ultimo rilievo si pone relativamente all'elemento psicologico necessario ad integrare le fattispecie in parola. L'appropriazione indebita è costruita come reato a dolo specifico "*per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto*". Di converso, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità – anche se si sono registrate delle oscillazioni sul punto –, è sufficiente che la bancarotta

moderna, per la prevalenza sempre maggiore che viene attribuita agli interessi pubblici e collettivi sugli interessi dei singoli individui" (ANTOLISEI "Manuale di diritto penale- Parte speciale, leggi complementari" cit. p. 32).

³⁹ Così, nel nostro caso, i beni oggetto materiale della condotta distrattiva apparterranno ai soci, mentre l'interesse patrimoniale tutelato insisterà in capo ai creditori sociali; al contrario, valutando il medesimo fatto dalla prospettiva dell'appropriazione indebita, si avrà perfetta coincidenza tra l'interesse penalmente presidiato e la titolarità del diritto reale.

⁴⁰ In dottrina sostengono la praticabilità di una lettura in termini causali SERENI "La bancarotta fraudolenta" in GHIA-PICCININI- SEVERINI "Trattato delle procedure concorsuali" 2012, p. 94 ss; FIORELLA-MASUCCI "I delitti di bancarotta" in VASSALLI- LUISO- GABRIELLI "Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali" v. III Gli effetti del fallimento 2014 p. 921. Particolarmente chiaro il contributo, pubblicato su questa rivista, di BALATO "Sentenza Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta" cit. p. 15 ss. secondo cui l'approccio causale assicura che vi sia un nesso eziologico tra i fatti di bancarotta e la dichiarazione di fallimento alla stregua di leggi scientifiche di carattere economico; applicando la disciplina penalistica delle concause (art. 41 c.p.) sotto la copertura di una legge statistica è possibile evitare che l'imprenditore venga sanzionato penalmente per un dissesto (con)causato dalla concomitanza o sopravvenienza di una mera contingenza economica. Secondo l'A. l'approccio causale è anche la via più corretta di delimitare il campo dei fatti punibili sul piano soggettivo, rendendo possibile, in ossequio al principio di offensività, "conferire una veste giuridica ai tentativi di consacrazione di quella 'zona di rischio penale' funzionale a circoscrivere l'ambito di punibilità dell'imprenditore ai soli fatti che si pongano in chiave logica e cronologica in relazione con una crisi economica in corso o incipiente dell'azienda" (p. 16-17).

Un risalente filone giurisprudenziale negava che la bancarotta distrattiva fosse da qualificare come reato di pura condotta "in quanto in esso è configurabile un evento storico naturalistico, essendo la distrazione il compimento di qualsiasi atto negoziale di disposizione patrimoniale, affetto da anomalie genetiche e/o funzionali, da quale deriva una diminuzione patrimoniale oggettivamente certa e prevedibile" (Cass. Pen. sez. V, 26 giugno 1990 n. 15850 in CED Cass. n. 185891). La giurisprudenza attualmente prevalente rifiuta espressamente una lettura in termini causali, difatti, "l'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta (per distrazione) non richiede l'esistenza di un nesso causale tra i fatti e il pregiudizio ai creditori, in quanto una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento detti fatti assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, quindi, anche quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza" (Cass. Pen. sez. V, 26 marzo 2010 n. 11899 in CED Cass. n. 246356).

fraudolenta patrimoniale (fatta eccezione per le condotte di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, per le quali si richiede di aver agito “allo scopo di recare pregiudizio ai creditori”) sia assistita dal dolo generico, consistente nella rappresentazione e volizione della condotta⁴¹. Le profonde disomogeneità strutturali tra le fattispecie in oggetto rendono manifesta l’insussistenza tra le stesse di un rapporto di continenza *ex art. 15 c.p.* nel senso sopra precisato. Per verificare che il concorso delle stesse non costituisca una violazione del *ne bis in idem sostanziale*, rimane da esaminare se possano operare gli altri criteri elaborati dalla dottrina.

2.4 Il principio di sussidiarietà e il principio della consunzione

E’ piuttosto agevole escludere che il rapporto tra le fattispecie in oggetto sia regolato dal principio di sussidiarietà. Tradizionalmente annoverato tra i criteri più consolidati di risoluzione del conflitto apparente di norme, la sussidiarietà intercorre tra norme che prevedono stadi o gradi diversi di offesa di un medesimo bene: l’offesa maggiore assorbe la minore e, per l’effetto, quest’ultima non trova applicazione (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)⁴². Nel nostro caso balza all’evidenza che l’offesa agli interessi patrimoniali dei creditori non può essere considerata un *maius* della lesione delle prerogative proprietarie dei soci, tale da rendere in concreto applicabile la sola bancarotta distrattiva.

Assai più complesso il discorso sull’operatività del principio di consunzione (*lex consumens derogat legi consumptae*). Tale criterio risolutivo, anche detto dell’assorbimento, si fonda non già su un ragionamento di tipo logico, ma su un giudizio di valore: esso è invocabile per escludere il concorso di reati in tutte le ipotesi nelle quali la realizzazione di un reato comporta, secondo l’*id quod plerumque accidit*⁴³, la commissione di un secondo reato. Allorchè l’apprezzamento negativo, il

⁴¹ Pur continuando a parlare di dolo generico, vi sono state numerose pronunzie in cui la Corte ha preteso non soltanto la coscienza e volontà dell’atto, ma anche la volizione del danno o possibilità di danno per i creditori (v. per tutte *Cass. Pen. 22 gennaio 1964 in Giur. it.*, 1965, v. II, p. 193). Successivamente, ha adottato una linea interpretativa più morbida, richiedendo che vi fosse la prova della rappresentazione, da parte dell’agente, della concreta idoneità della condotta a ledere le ragioni dei creditori (Cfr. *Cass. Pen. 20 aprile 1987, in Riv. pen.* 1988 p. 200). In altre occasioni la Cassazione ha parlato di un dolo generico *sui generis*, il cui profilo rappresentativo si radica nella ‘consapevolezza di sottrarre beni all’esecuzione concorsuale’ (*Cass. Pen. 24 novembre 1977 in Mass. Dec. pen.* 1977 p. 1012); oppure di consapevolezza di aggravare il proprio dissesto (*Cass. Pen. 2 agosto 1983 in Giur. fall.* 1983 p. 111). Le pronunce successive hanno per lo più riproposto una delle anzidette soluzioni. Con riferimento alla bancarotta distrattiva non sono mancate, nel recentissimo passato, soluzioni assai rigorose v. *Cass. Pen., Sez. V, 23 aprile 2013 n. 28514 in CED Cass. n. 276554* secondo cui “l’oggetto del dolo dei reati di bancarotta non include la prospettiva del dissesto; essendo tale oggetto limitato, quanto in particolare al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, alla consapevolezza di dare ai beni della società fallita una destinazione diversa da quella dovuta secondo la funzionalità dell’impresa, privando quest’ultima di risorse e di garanzie per i creditori”.

In dottrina si registrano autorevoli voci in favore della *reductio ad unum* dell’elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta patrimoniale. In particolare ANTOLISEI “*Manuale di diritto penale- Parte speciale, leggi complementari*” cit. p. 125 ritiene che il dolo specifico di recare pregiudizio ai creditori dovrebbe ‘operare a tutto capo’ e non solo relativamente alle condotte di esposizione e riconoscimento di passività inesistenti. Ampia la letteratura sul tema della delimitazione del rischio penale imprenditoriale attraverso più rigoroso paradigma di accertamento del dolo.; per riferimenti di rinvia all’interessante contributo di CANESTRARI “*Rischio di impresa e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*” in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2003 p. 545 ss.

⁴² Per riferimenti bibliografici sul tema dell’esistenza di criteri extralegali di soluzione del conflitto apparente di norme v. FIANDACA-MUSCO “*Diritto penale- Parte generale*” cit. p. 685; ROMANO “*Commentario sistematico del codice penale*” cit. p. 182; PADOVANI “*Codice Penale*” cit. , p. 113; *Id.* “*Diritto penale*” ed. IX Giuffrè 2010 p. 379 ss.

⁴³ Un primo caso di operatività del principio di consunzione si ha nel c.d. fatto tipico contestuale (o di accompagnamento) non punibile: un fatto, non per stretta necessità logico-scientifica, ma normalmente, sulla base della comune esperienza, tende a realizzarsi in modo tale da integrare anche gli estremi di altra fattispecie. In questi casi è da escludersi la duplicazione sanzionatoria purché, tenuto conto del tipo e della misura della comminatoria editale, ci si convinca che il disvalore del fatto trovi adeguata copertura nella pena fissata dal legislatore per la violazione più grave.

disvalore sociale di un fatto concreto appaia totalmente compreso nella norma che prevede il reato più grave fra quelli che risultino formalmente integrati, si deve escludere la contestuale applicazione dei reati minori per non realizzare un ingiusto moltiplicarsi di sanzioni. La condizione basilare di operatività di tale principio è che la violazione del precetto delle norme incriminatrici applicabili configuri un disvalore penale omogeneo, e che la coscienza collettiva lo avverta come tale⁴⁴.

Alla base del principio di consunzione vi è dunque il dato dell'abbinamento tra loro di due aspetti di una medesima vicenda concreta, oppure di due vicende intimamente collegate l'una all'altra anche se di per sé distinte, che determina una fondamentale unità di disvalore oggettivo e soggettivo: a tale correlazione *"corrisponde una unicità di valutazione giuridica alla stregua della norma che prevede la pena più grave, unicità che, evitando la violazione del ne bis in idem, fa salva un'esigenza di giustizia materiale e di razionalità dell'ordinamento"* ⁴⁵.

Alla luce di questi principi possiamo ora ad analizzare l'ipotesi più controversa: quella dell'amministratore che, appropriatosi indebitamente di un bene sociale, determini il dissesto della società causandone il fallimento. *Talibus in rebus* si potrebbe invocare la c.d. *specialità in concreto* per escludere il concorso tra appropriazione indebita e bancarotta distrattiva. Nondimeno riteniamo che sussistano delle valide ragioni per ammettere il concorso di reati anche in questo caso. Reggendosi su apprezzamenti di valore, il principio di consunzione non ha il medesimo coefficiente di certezza di quello di specialità e di sussidiarietà: *"si dovrà prestare attenzione al disvalore globale del singolo accadimento concreto, tenendo conto della distanza tra i beni giuridici in gioco e/o della frequenza della loro interferenza. In linea tendenziale, dunque, si può osservare che più tale distanza tra i beni aumenta, o più tale interferenza tra loro diviene rara o casuale, più nettamente sarà da ammettere la presenza di un concorso effettivo di norme e di reati"* ⁴⁶.

Pur volendo tacere l'assoluta disomogeneità tra l'oggettività giuridica tutelata dalle due fattispecie – radicalmente diversa, non solo quanto ai soggetti titolari degli interessi penalmente presidiati, ma anche nel bene giuridico di riferimento – esaminando la fenomenologia concreta della bancarotta distrattiva risulta che la causazione del fallimento della società in conseguenza di condotte appropriative da parte degli amministratori è tutt'altro che una costante; non si può certo affermare che la bancarotta sia solita manifestarsi in modo tale da integrare anche gli estremi dell'appropriazione indebita secondo la logica del c.d. fatto tipico contestuale.

Queste considerazioni – che, singolarmente considerate potrebbero risultare opinabili, trattandosi di giudizi di valore – trovano conforto nella necessità di dare coerenza al dato positivo. L'art. 223, comma 2, n.2, l. fall. punisce *"gli amministratori [...] che hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società"*. La locuzione operazioni dolose ha un connotazione semantica assai ampia, tale da ricomprendere anche fatti che costituiscono *ex se* reato. Verosimilmente nelle intenzioni del legislatore del '42 non vi era affatto il proposito di mitigare il trattamento sanzionatorio per il soggetto qualificato che si fosse reso responsabile di bancarotta attraverso la commissione di un illecito penale 'presupposto'; la funzione dell'articolo da ultimo citato è piuttosto quella di prescindere da condotte commissive vincolate attraverso la creazione di una residuale modalità commissiva a forma libera, la cui indeterminata dimensione incriminatrice si presta ad essere mitigata dalle norme che regolano in rapporto giuridico di causalità. Dunque il

Altro campo di applicazione del principio di consunzione è quello della c.d. progressione criminosa (v. *supra par. 2.1 sub nota 23*)

⁴⁴ Si pensi, in via esemplificativa (Cfr. FIANDACA-MUSCO *"Diritto penale- Parte generale"* cit. p. 687) , ad un furto accompagnato da danneggiamento della cosa sottratta; ad una violenza carnale successiva ad atti osceni.

⁴⁵ Così ROMANO *"Commentario sistematico del codice penale"* cit. p. 186

⁴⁶ Con la consueta chiarezza ROMANO *"Commentario sistematico del codice penale"* cit. p. 187

reo deve rispondere di entrambi gli illeciti, a meno di non voler ritenere – e sarebbe un bel paradosso – che la causazione del fallimento della società sia suscettibile di porsi come paravento di qualunque ulteriore responsabilità penale; il disvalore sociale del reato ‘presupposto’ non può dirsi assorbito dalla sopravvenuta punibilità a titolo di bancarotta per l’avvenuta declaratoria di fallimento. Considerazioni non dissimili valgono, secondo noi, per il reato di cui all’art. 646 c.p.: la condotta appropriativa differisce dalle ‘altre operazioni dolose’ per la sola circostanza che, in alcune sue forme, vale ad integrare la distrazione tipicamente prevista dall’art. 216, comma 1, n.1, l.fall. A questo punto viene da chiedersi se sia opportuno utilizzare due regimi imputativi diversi a seconda che il fatto appropriativo rientri o meno nella tracciata definizione di distrazione fallimentare. La risposta negativa si lascia largamente preferire; per convincersene si consideri il seguente esempio. Una società per azioni, disponendo di una liquidità finanziaria piuttosto esigua, decide di richiedere un cospicuo prestito ad un ricco imprenditore. A garanzia dell’adempimento dell’obbligazione restitutoria viene costituito, osservate le formalità di legge, un patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447-bis c.c. Accade che l’amministratore unico della società debitrice, violando gli obblighi di legge, svincoli alcuni beni dal ramo d’azienda sul quale era impresso il vincolo di destinazione e li faccia confluire nel patrimonio ‘ordinario’ della società. Sennonché il beneficiario del patrimonio destinato, messo al corrente dell’accaduto, decide di agire in giudizio per richiedere immediatamente la prestazione (art. 1186 c.c. “*Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva dato o non ha dato le garanzie che aveva promesse*”). Costretta a restituire quanto le era stato dato a credito, la società si cade nuovamente in stato di crisi a causa dell’illiquidità dei propri averi. Nel frattempo, per volontà dell’assemblea, l’autore della distrazione viene destituito dalla carica ed è presentata querela nei suoi confronti, per essersi appropriato indebitamente, *sub specie* di distrazione, dei beni sociali vincolati ex art. 2447-bis. Con passare del tempo la crisi evolve in un vero e proprio dissesto finché i creditori, lamentando l’insolvenza, riescono ad ottenere la dichiarazione di fallimento della s.p.a. Ricevuta la comunicazione della pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento, il pubblico ministero procede ex art. 223, comma 2, n.2 .fall. nei confronti dell’amministratore revocato, ritenendo che costui abbia cagionato il fallimento della società per effetto di operazioni dolose, segnatamente l’avvenuta distrazione di beni dal patrimonio destinato. Vale la pena osservare che la condotta contestata giammai avrebbe potuto integrare una distrazione fallimentare, poiché la violazione del vincolo di destinazione allo specifico finiva con l’accrescere la garanzia patrimoniale dei creditori ‘chirografari’. Ora, sulla base dell’interpretazione logico-sistematica della norma da ultimo citata, sarebbe arduo sostenere che il disvalore sociale della suddetta operazione dolosa sia totalmente assorbito dalla contingenza che la stessa abbia rappresentato una *condicio sine qua non* del fallimento della società: più coerentemente di dovrebbe ammettere la ricorrenza di un concorso reale di norme (appropriazione indebita e bancarotta societaria), unite dal vincolo del concorso formale, avendo il reo violato, con una medesima azione, più norme penali. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: imprescindibili esigenze di coerenza logica impongono di non adottare soluzioni difformi nell’ipotesi, del tutto equivalente, in cui l’operazione dolosa a monte fosse anche pregiudizievole per i creditori sociali, integrando una distrazione rilevante ai fini della bancarotta. In breve, sarebbe paradossale considerare il medesimo illecito (art. 646 c.p.) consunto o concorrente a seconda della modalità commissiva della bancarotta societaria, se a forma vincolata o libera⁴⁷. A ben vedere, il vincolo del concorso formale si potrebbe ammettere assai più

⁴⁷ Il concetto di distrazione – come si è detto – assume un significato notevolmente diverso nell’organico delle due fattispecie; pertanto le conclusioni cui siamo pervenuti valgono in tutti i casi di distrazione patrimoniale che non costituisca, allo stesso tempo, una distrazione fallimentare.

pacificamente rispetto ad altri delitti contro il patrimonio. Si pensi al fatto dell'amministratore che compie su alcuni beni "altre operazioni in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa" (art. 648-bis c.p.); dichiarato il fallimento, una tale condotta potrebbe venire in rilievo come un 'occultamento' dei beni dell'impresa, o comunque rientrare fra le 'altre operazioni dolose'. In tali circostanze chiunque dotato di buon senso giuridico riterrebbe il marcato disvalore sociale del *money laundering* non assorbito dalla sopravvenuta punibilità della medesima condotta a titolo di bancarotta⁴⁸; eppure l'applicazione di entrambe le fattispecie produrrebbe conseguenze 'titaniche' sul piano sanzionatorio (reclusione da quattro a dodici anni aumentata fino al triplo, nei limiti di cui all'art. 81, comma 3, c.p.). Così, il concorso apparente di norme viene risolto sulla base di un giudizio di valore: la consunzione non può operare poiché le due fattispecie presentano una disparata oggettività giuridica e si sono manifestate assieme per contingenza, non per necessità. E' ben evidente che tra i fatti di riciclaggio e quelli di appropriazione indebita ricorra una profondo divario in termini di gravità oggettiva; tuttavia le ragioni logico-giuridiche alla base della sussistenza di un concorso di reati con la bancarotta patrimoniale sono del tutto comuni, differenziandosi semmai – dal punto di vista del disvalore penale – in termini quantitativi, non qualitativi⁴⁹.

2.5 La specialità bilaterale o reciproca: critica

Essendo preclusa, per le esposte ragioni, l'operatività del principio di consunzione, non rimane che domandarsi se il rapporto tra le due fattispecie possa essere ricondotto alla categoria dottrinale⁵⁰ della specialità bilaterale (o reciproca). Tale figura è stata elaborata osservando che, il più delle volte, il nucleo comune tra due fattispecie criminose tende a complicarsi rispetto alla mera *specialità unilaterale*. Per accertare la ricorrenza di quest'ultima è sufficiente ipotizzare che la fattispecie supposta speciale sia da eliminata: se l'ambito della sua previsione normativa è destinato a rifluire automaticamente nella fattispecie supposta generale, non vi è dubbio che tra le due fattispecie intercorre un rapporto di continenza. Tuttavia, ridotta in questi angusti spazi, la portata del principio di specialità – da intendersi quale astratto raffronto di fattispecie – risulterebbe annichilita: vi sono molte ipotesi in cui la relazione tra fattispecie non è riducibile alla specialità unilaterale ma, nondimeno, la loro sovrapposizione rende assai poco plausibile il ricorso al regime del concorso formale eterogeneo. La specialità bilaterale viene ad esistenza quando il precetto delle disposizioni considerate descrive un fatto che presenta alcune note descrittive comuni, ma altre divergenti *per aggiunta o per specificazione*: si ha la prima quando per l'integrazione della fattispecie si richiede un *quid pluris* sul piano oggettivo o soggettivo; ricorre la seconda quando la norma guarda ad una più ridotta platea di soggetti o a una più specifica categoria di oggetti.

Prendiamo ad esempio il rapporto tra *insolvenza fraudolenta*(art. 641 c.p.) e *ricorso abusivo al credito* (art. 218 l. fall.): quest'ultimo è speciale per specificazione quanto al soggetto attivo (imprenditore anziché chiunque) e al tipo di condotta (ricorrere o continuare a ricorrere al credito anziché contrarre una qualsiasi obbligazione); a sua volta l'art. 641 c.p. risulta speciale per aggiunta, dovendo

⁴⁸ E non sarebbe sostenibile neanche il contrario, ossia che la violazione più grave (riciclaggio) escluda l'applicazione della fattispecie *minor* (bancarotta patrimoniale).

⁴⁹ Nel caso del riciclaggio il disvalore penale che residuerebbe dall'applicazione del solo art. 648 c.p. (o del solo art. 216 l. fall.) sarebbe ben maggiore rispetto all'assorbimento dell'appropriazione indebita nella bancarotta. Nondimeno, ammessa l'esistenza del concorso formale e applicato il regime di cui all'art. 81 c.p., il *quantum pluris* di gravità oggettiva del primo troverà riscontro nella più alta fissazione del limite legale all'aumento di pena per il reato più grave.

⁵⁰ In particolare v. PADOVANI "Diritto penale" cit. p. 378

l'obbligazione essere contratta con il proposito di non adempiere e rimanere, in effetti, inadempita. In giurisprudenza è piuttosto diffuso il convincimento che la 'stessa materia' di cui all'art. 15 c.p. si riferisca all'identità del bene oggetto della tutela penale, sicché il concorso apparente dovrebbe essere escluso quando esse tutelino interessi diversi⁵¹. Questa interpretazione pecca di eccessivo rigore e conduce a conseguenze paradossali: così anche nei casi di specialità unilaterale si dovrebbe ammettere il concorso formale di reati quando la presenza di elementi specializzanti vale ad individuare una nuova oggettività giuridica. Del resto non sono mancate autorevoli prese di posizione in favore dell'orientamento minoritario: "[...] una volta riconosciuto un rapporto di parziale identità tra le fattispecie, il riferimento anche all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità"⁵². A ben vedere, è possibile un approccio assai più duttile che riconosca alla diversità del bene giuridico tutelato un valore soltanto indiziario, sintomatico dell'insussistenza di un rapporto di continenza tra fattispecie: per concludere in tal senso occorre giocoforza effettuare un raffronto logico-strutturale tra gli elementi che costituiscono le fattispecie⁵³. Sulla scorta delle indicazioni fornite dalla dottrina⁵⁴ possiamo delineare le seguenti relazioni tra fattispecie.

Quando esse presentano elementi in parte identici e in parte specifici, non si può affermare che la stessa materia sia diversa, dal momento che l'elemento specifico è, per definizione, ricompreso in quello generico. Ciò balza all'evidenza nel caso di *specialità unilaterale per specificazione* (ad. es. la violenza sessuale rispetto alla violenza privata, il danneggiamento informatico rispetto al danneggiamento comune); altrettanto agevole nel caso di *specialità reciproca per specificazione* (ad. es. i maltrattamenti rispetto alle percosse⁵⁵).

Anche la specialità unilaterale per aggiunta non desta troppi problemi: l'elemento aggiuntivo che figura nella disposizione speciale è estraneo a quella generale, la quale non troverà applicazione (così l'art. 605 c.p. cederà il passo all'art. 630 c.p., allorché il sequestro di persona sia stato realizzato a scopo di estorsione).

Il discorso diviene assai più complesso allorché tra le fattispecie si venga ad instaurare una relazione di specialità parte per aggiunta e parte per specificazione. L'esempio dal quale siamo

⁵¹ v. *amplius par.* 2.2 sub nota 26 Sulla base di tale assunto la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto l'esistenza del concorso formale di reati tra violenza sessuale commessa mediante abuso di autorità e concussione (Cass. Pen. sez. III, 20 novembre 2007 n. 1815 in CED Cass. 238568) "non operando il principio di specialità trattandosi di reati che tutelano beni giuridici diversi"; tra truffa aggravata in danno dello stato e di emissione di fatture per operazioni inesistenti (Cass. Pen. sez. V, 23 gennaio 2007, ivi n. 235632) "non operando, nel rapporto tra i suddetti illeciti penali, il principio di specialità, la cui sussistenza va verificata sulla base del raffronto tra le norme incriminatrici, scomposte nei loro singoli elementi, e dalla individuazione dei beni giuridici protetti"; tra tentata estorsione e illecita concorrenza mediante violenza o minaccia (Cass. Pen. 28 febbraio 2004 n. 14467, ivi n. 228719) "poiché le due norme, oltre ad avere una collocazione sistematica diversa, sono dirette alla tutela di beni giuridici diversi"; tra i reati previsti dalla normativa antinfortunistica e l'omicidio o le lesioni colposi (Cass. Pen. sez. IV 6 giugno 2001 n. 35773, ivi n. 219970) "atteso che la diversa natura dei reati medesimi, il diverso elemento soggettivo, i diversi interessi tutelati, impongono di ritenere non applicabile il principio di specialità di cui all'art. 15 del codice penale".

⁵² Così Cass. Pen. Ss. Uu. 27 aprile 2007 n. 16568 in CED Cass. n. 235962 in tema di rapporti tra la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.) e indebita percezioni di erogazioni a danno dello stato (art. 316-ter c.p.). La pronuncia è oggetto di costante richiamo da parte della giurisprudenza più recente: v. Cass. Pen. sez. V, 16 gennaio 2015 n. 1973, Cass. Pen. sez. II, 23 ottobre 2013 n. 48820 in materia di reati tributari.

⁵³ A tale *modus procedendi* ci siamo ispirati per verificare che tra bancarotta distrattiva ed appropriazione indebita non ricorra un rapporto di specialità unilaterale (v. *amplius par.* 2.2)

⁵⁴ Ci ispiriamo nuovamente alla autorevole elaborazione del PADOVANI "Diritto penale" cit. p. 380

⁵⁵ L'art. 572 c.p. è speciale per specificazione rispetto all'art. 581 c.p. quanto al soggetto passivo ('persona della famiglia' o 'minore degli anni quattordici'), ma, a sua volta, il secondo è speciale rispetto al primo perché prevede una condotta vincolata (i maltrattamenti possono perpetrarsi per mezzo di percosse, ma coprono anche l'assenza di tale eventualità). A differenza del rapporto di specialità unilaterale qui gli elementi generali e speciali sono distribuiti alternativamente tra le due fattispecie, ma ciò non esclude che le stesse regolino la 'stessa materia'.

partiti rientra appieno in questa problematica categoria: l'insolvenza fraudolenta è speciale per specificazione della condotta esecutiva e del soggetto attivo; ad essa fa da *pendant* l'aggiunta, nel solo art. 641 c.p., della proiezione del dolo (generico) e dell'inadempimento dell'obbligazione precedentemente contratta. In questi casi l'identità di materia dovrebbe comunque ammettersi: l'elemento normativo ulteriore si aggiunge alla sola insolvenza fraudolenta; la mera specificazione soggettiva e oggettiva propria del ricorso abusivo al credito non riesce *ex se* a produrre una disomogeneità strutturale tale da negare il rapporto di continenza⁵⁶.

A ben diverse conclusioni deve giungersi nell'ipotesi di *specialità reciproca bilateralmente per aggiunta*, quando cioè ciascuna delle fattispecie presenta rispetto all'altra un elemento aggiuntivo: il raffronto conduce ineluttabilmente a riscontrare che esse non sono sovrapponibili⁵⁷. "*In questi casi le due fattispecie si trovano in un rapporto di interferenza, che le rende suscettibili di realizzazione contestuale con un'unica condotta, ma nella forma del concorso formale eterogeneo*"⁵⁸.

E' proprio questa la categoria concettuale che viene in rilievo nel qualificare i rapporti tra appropriazione indebita e bancarotta distrattiva. Quest'ultima è speciale quanto al soggetto attivo (l'imprenditore anziché chiunque) ma, al contempo, le due fattispecie risultano eterogenee – e dunque non sovrapponibili – per l'aggiunta in entrambe di elementi tipici: da una parte l'art. 646 c.p. richiede un dolo specifico di profitto; dall'altra le condotte esecutive sono tutt'altro che riconducibili ad un rapporto di *genus ad speciem*, dacché il concetto di distrazione assume una valenza semantica del tutto autonoma (v. *amplius par.* 2.3.1). Del resto l'identità di materia è *a fortiori* da escludere aderendo alla (condivisibile) lettura della bancarotta in termini causali: il dissesto economico della società rappresenta l'evento del reato che deve essere legato alla condotta da un duplice nesso eziologico e psicologico. Viene così a delinearsi un ulteriore aggiuntivo estraneo alla norma sull'appropriazione indebita, indicativo dell'interferenza, non della continenza, tra le due fattispecie.

3. *Ne bis in idem* processuale? Rilievi critici

3.1 *L'implausibilità di una preclusione alla contestazione del reato concorrente*

Appurato che sul piano sostanziale non si pone alcun ostacolo al riconoscimento del vincolo del concorso formale tra le fattispecie in oggetto ci chiediamo se, ed eventualmente a quali condizioni, si possa formare una preclusione processuale nella celebrazione di un secondo giudizio, allorché sia passata formalmente in giudicato una sentenza di condanna o proscioglimento pronunciata sul medesimo fatto diversamente qualificato per il titolo (appropriazione indebita o bancarotta distrattiva). Per comodità assumiamo che sia stata pronunciata, a seguito di querela presentata prontamente dal nuovo vertice esecutivo, sentenza irrevocabile di condanna per appropriazione indebita nei confronti di un amministratore. Dopo qualche tempo la società è dichiarata fallita e viene contestata a quest'ultimo la bancarotta fraudolenta, per aver distratto gli stessi beni sociali costituenti oggetto della condotta appropriativa già giudicata.

⁵⁶ La conseguenza è che si applicherà il solo art. 218 l.fall., se il fatto è stato commesso da un imprenditore ricorrendo abusivamente al credito. E' difficile negare la prevalenza alla specialità per specificazione rispetto a quella per aggiunta, specialmente quando per la disposizione più specifica sia previsto un trattamento sanzionatorio più severo.

⁵⁷ L'esempio più ricorrente è quello della violenza sessuale (art. 609-bis) e dell'incesto (art. 564 c.p.): sul nucleo comune, costituito dal compimento di un atto sessuale, si innesta, nella prima fattispecie, la violenza o minaccia, e nella seconda il rapporto di parentela o di affinità.

⁵⁸ Queste le chiarissime parole di PADOVANI "*Diritto penale*" cit. p. 381

Nell'indagare i rapporti tra le fattispecie in questione da una prospettiva dinamica non possiamo prescindere dalle conclusioni cui siamo pervenuti sul piano sostanziale: se la condotta appropriativa integra una distrazione penalmente rilevante ai fini della bancarotta si deve ritenere che il reo abbia violato con un'unica azione più disposizioni della legge penale. Il 'nuovo' codice di rito si occupa *per tabulas* di regolare i profili dinamici del concorso formale di reati⁵⁹, dettando disposizioni specifiche per ogni stato del procedimento. Per consentire la determinazione della pena attraverso il criterio del cumulo giuridico il legislatore ha previsto che la competenza debba determinarsi per connessione – e, per logica conseguenza, debba disporsi la riunione di processi (qualora sia possibile, art. 17 c.p.p.) – nel caso di plurime violazioni della legge penale per effetto di una sola azione o omissione. Del resto l'affiorare, nell'udienza preliminare o nel dibattimento, di un fatto che appaia in rapporto di concorso formale (o di continuazione) con quello già contestato è risolto attraverso l'istituto della contestazione suppletiva del reato concorrente (o di quello continuato): quando avviene nell'udienza di cui agli artt. 416 ss. c.p.p. essa realizza un singolare caso di esercizio dell'azione penale senza previa indagine preliminare; quando, invece, avviene in dibattimento, essa comporta addirittura l'amputazione dell'intera fase preliminare e predibattimentale. In breve, il legislatore ha espresso chiara preferenza per la trattazione congiunta e contestuale delle connesse regiudicande. Potrebbe darsi, tuttavia, che gli anzidetti espedienti processuali non vengano innescati e che si arrivi a pronunciare, in distinti procedimenti, sentenza irrevocabile di condanna per ciascuno dei precetti violati. *Praestat cautela quam medela*: è ben preferibile prevenire l'errore, piuttosto che porvi rimedio quando magari ha già sortito effetto nei confronti del condannato; ma se, cionondimeno, vengono a formarsi due o più giudicati, la legge processuale offre un rimedio esperibile in fase esecutiva. Tra le attribuzioni del giudice dell'esecuzione figura, infatti, quella relativa all'applicazione della disciplina del concorso formale (o della continuazione). Si tratta di una delle più significative innovazioni rispetto alla disciplina del c.p.p. Rocco: ove i giudici della cognizione, senza disconoscere apertamente la ricorrenza plurime violazioni della legge penale per effetto di una condotta (o di più condotte, esecutive di un medesimo disegno criminoso), non abbiano tenuto conto del criterio sanzionatorio fissato dalla legge sostanziale (art. 81 c.p.), il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena e concedere, se del caso, la sospensione condizionale della stessa (art. 671 c.p.p.). E fin troppo evidente che non avrebbe semplicemente avuto senso scrivere una tale disposizione, se, nel giudizio celebratosi per secondo, l'azione penale fosse improcedibile in ossequio al principio del *ne bis in idem*. In altre parole: il reato concorrente non contestato nel primo procedimento non può ritenersi un *medesimo fatto diversamente considerato per il titolo*⁶⁰ poiché

⁵⁹ Così si legge fra le disposizioni in materia di competenza: “*si ha connessione di procedimenti: se una persona è imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione [...] (art. 12, lett. b, c.p.p.)*”; di udienza preliminare (art. 423, comma 1, c.p.p.): “*se nel corso dell'udienza [...] emerge un fatto connesso a norma dell'articolo 12 comma 1 lett. b) [...], il pubblico ministero modifica l'imputazione e la contesta all'imputato*”; di modifica dell'imputazione in dibattimento (art. 517, comma 1, c.p.p.): “*qualora nel corso dell'istruzione dibattimentale emerga un reato connesso a norma dell'articolo 12, comma 1 lettera b) [...], il pubblico ministero contesta all'imputato il reato [...] purchè la cognizione non appartenga alla conoscenza di un giudice superiore*”; di attribuzioni del giudice dell'esecuzione (art. 671, comma 1, c.p.p.): “*nel caso di più sentenze o decreti penali divenuti irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale [...] sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice dell'esecuzione*”.

⁶⁰ Autorevole dottrina ritiene, al contrario, che il concetto la medesimezza del fatto abbracci anche questa ipotesi v. CERESA-GASTALDO “Esecuzione” in CONSO-GREVI-BARGIS “Compendio di procedura penale” CEDAM 2012 p. 1066 secondo cui “[...] il divieto non può essere aggirato attribuendo al fatto una diversa qualificazione giuridica o configurandolo diversamente quanto all'elemento soggettivo[...] Si procederebbe per il medesimo fatto, ricadente sotto diversi titoli, se si imputasse in tempi successivi alla stessa persona un reato in concorso formale eterogeneo rispetto ad altro già giudicato”. La perentorietà dell'affermazione suscita in chi scrive delle profonde perplessità, considerate la scarsa pertinenza con il dato normativo e le paradossali conseguenze cui essa dà adito.

è la stessa legge processuale che lo esclude. Agli antipodi delle alternative a disposizione del legislatore per rimediare all'omessa contestazione del reato concorrente si pongono due soluzioni emblematiche: o precludere una nuova cognizione imponendo al giudice di pronunciare in ogni stato e grado del processo sentenza di proscioglimento o non luogo a procedere enunciandone la causa nel dispositivo; ovvero attendere che, divenuto definitivo l'accertamento giudiziale, una delle parti proponga domanda per la determinazione della pena con il più mite criterio del cumulo giuridico. Se avesse seriamente optato per la prima soluzione, non avrebbe mai dettato una disciplina *ad hoc* per l'applicazione in fase esecutiva della disciplina del concorso formale: piuttosto avrebbe ricondotto tale eventualità alla disciplina generale secondo cui *"se più sentenze di condanna divenute irrevocabili sono pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre"*⁶¹, oppure avrebbe dettato un criterio specifico per determinare a quale condanna dare esecuzione. Ma dal dato positivo emerge con chiarezza la volontà legislativa di non estendere il divieto di un secondo giudizio al caso di omessa contestazione del fatto concorrente nel (previo) procedimento definito con sentenza irrevocabile. Del resto tale preclusione lascerebbe forti dubbi di compatibilità con il costituzionale principio di obbligatorietà dell'azione penale, poiché le istanze punitive dello Stato sarebbero lasciate alla discrezionalità del pubblico ministero.

Al fianco di tale argomento di tipo logico-sistematico se ne pongono di altrettanto conferenti.

L'art 517 c.p.p. estende l'istituto della contestazione suppletiva anche alla circostanza aggravante emersa nel corso del dibattimento, ma, nel caso di omissione di tale formalità, nessun rimedio è previsto una volta divenuta irrevocabile la sentenza avente ad oggetto il reato-base. Se si dovesse ritenere se la preclusione di un secondo giudizio operi anche per il fatto concorrente non contestato nel primo procedimento, lo si tratterebbe, paradossalmente, alla stregua di una mera circostanza aggravante. Inoltre l'articolo precedente detta una specifica disciplina *"se nel corso dell'istruttoria dibattimentale il fatto risulta diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio"*, affibbiando alla pubblica accusa l'onere di procedere alla relativa contestazione; altrimenti il giudice dovrà provvedere *ex art. 521, comma 2, c.p.p.* al costo di far regredire il processo. Tali disposizioni vogliono evitare che l'accertamento giudiziale abbia un oggetto sommario o incompleto e che la cognizione di fatti ulteriori risulti poi preclusa *ex art. 649, comma 1, c.p.p.* L'aver previsto in un articolo separato la disciplina sulla contestazione del reato concorrente o continuato – non estendendovi, peraltro, il controllo giudiziale previsto dal secondo comma dell'art. 521 c.p.p. – si spiega solamente alla luce dell'inoperatività rispetto ad essa di qualunque preclusione processuale.

Si deve da ultimo osservare che il divieto di un secondo giudizio risulterebbe destituito di qualunque fondamento logico, se il reato formalmente concorrente si sia integrato, sia divenuto punibile o sia stato contestato, per esigenze investigative, in tempo successivo alla formazione del giudicato sulla violazione 'sorella'. Così, divenuta irrevocabile la sentenza per appropriazione indebita, non si potrebbe più procedere per bancarotta distrattiva, anche se quest'ultima non avrebbe potuto essere contestata in tempo precedente non essendo ancora intervenuta la dichiarazione di fallimento⁶².

⁶¹ Si noti come, *de iure condito* tale disciplina sarebbe totalmente irragionevole nel caso di più sentenze irrevocabili su imputazioni non contestate (o non contestabili) nel medesimo processo: non solo il reo sarebbe punito per una sola delle violazioni che ha commesso, ma anche con la pena minore di quelle che sono state irrogate; è verosimile che il legislatore abbia scritto l'art. 669 c.p.p. nella prospettiva che non ne fosse fatta applicazione in questo caso.

⁶² Sennonché, anche nell'ipotesi in cui la contestazione suppletiva fosse possibile, sarebbe assai poco auspicabile subordinare le esigenze investigative dell'accusa alle scadenze temporali del procedimento formalmente instaurato per primo.

3.2 Il concetto di ‘medesimo fatto’

Dai *dicta* giurisprudenziali emerge che per aversi medesimo fatto deve ricorrere “identità degli elementi costitutivi di un reato (condotta evento e nesso di causalità) non considerati solo nella dimensione storico naturalistica, ma anche in quella giuridica. Non si giustificerebbe, altrimenti, il concorso formale di reati nel caso di violazione di più norme mediante una sola azione o omissione”⁶³. È stato osservato che la preclusione sottesa al divieto di *bis in idem* non può essere invocata ove il fatto oggetto di sentenza irrevocabile integri ipotesi di concorso formale di reati in quanto, in questo caso, la fattispecie concreta potrebbe essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge. Del resto la citata giurisprudenza in materia di rapporti tra appropriazione indebita e bancarotta distrattiva⁶⁴ escludeva che il criterio discretivo tra stesso fatto e fatto diverso potesse venire in rilievo nel risolvere siffatta *quaestio iuris*, poiché il concorso apparente di norme era risolto attraverso il richiamo alla categoria del reato complesso. Pur giungendo a conclusioni non condivisibili⁶⁵, la Suprema Corte ha brillantemente colto che, qualora la distrazione fallimentare abbia ad oggetto gli stessi beni di cui l’imputato si è indebitamente appropriato, le due fattispecie “non sostanziano un medesimo fatto, ai fini dell’applicazione dell’art. 649 c.p.p., integrando, invece, fattispecie geneticamente diverse”. Nel giustificare tale assunto è stato osservato – condivisibilmente – che il fatto giuridico previsto dalla legge fallimentare non è identico a quello sufficiente ad integrare una

⁶³ Così Cass. Pen. sez. V, 30 ottobre 2003 n. 37567 in CED Cass. n. 228297; in senso conforme v. Cass. Pen Ss. Uu. 28 giugno 2005 n. 34655 in CED Cass. 231799; Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404, *ivi*. n. 241887; Cass. Pen. sez. V, 9 luglio 2010 n. 37298 *ivi*, n. 248640.

Il principio del *ne bis in idem* nel nostro ordinamento non avrebbe copertura costituzionale, se non fosse formalmente riconosciuto dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo; segnatamente l’art. 4 del Protocollo n.7 dispone che “nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato”. Decidendo sul ricorso individuale nel caso *Grande Stevens vs Italia* – com’è noto – la Corte EDU ha autorevolmente affermato che, nell’interpretare quest’ultima disposizione, non debba aversi riguardo alla veste giuridica attribuita dal legislatore nazionale, ma al concetto di *matière pénale* plasmato dalla propria giurisprudenza. La Corte richiama, poi, l’evoluzione della *case law* sull’interpretazione del concetto di ‘reato per il quale [il soggetto] è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva’; è richiamato, in particolare, il principio di diritto statuito dalla Grande Camera nel caso *Zolotoukhine vs. Russia*: l’espressione ‘reato’ deve intendersi come equivalente, a tutti gli effetti, a ‘fatto storico’, sì da attribuire la massima estensione possibile alla garanzia convenzionale. In argomento si segnala l’ottimo contributo di VIGANO’ “Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell’art 50 della Carta” in *Dir. Pen. Cont. riv. trim.* 3-4/2014 p. 219 ss..

La dottrina esprime una valutazione fortemente critica dell’indirizzo giurisprudenziale prevalente, ritenendo poco auspicabile che la causa di improcedibilità riguardi il fatto sovrapponibile in tutti i suoi elementi (condotta, evento, nesso causale, circostanze di tempo, luogo e persona) e non anche il fatto che risulti particolarmente diverso. V. per tutti CERESA-GASTALDO “Esecuzione” in CONSO-GREVI-BARGIS “Compendio di procedura penale” *cit.* p. 1066 per i quali, nell’interpretare la locuzione ‘medesimo fatto’, dovrebbe aversi riguardo al ‘nucleo storico’ dell’accaduto, ossia l’identità tra le fattispecie prese in considerazione nei diversi giudizi dal punto di vista della condotta e dell’oggetto fisico su cui la stessa è caduta; non occorrerebbe la corrispondenza di tutti gli elementi costitutivi del reato per poter considerare un fatto ‘medesimo’ ai fini della preclusione di un secondo giudizio.

Queste tesi muovono dal commendevole intento di garantire pienamente i diritti dell’imputato e presentano notevoli pregi; tuttavia sarebbe poco opportuno che l’ampiezza semantica attribuita alla locuzione ‘medesimo fatto’ arrivi ad abbracciare anche le ipotesi in cui il fatto storico cagioni due eventi giuridici autonomi, come accade nel concorso formale di reati.

⁶⁴ v. *supra par.* 1.2

⁶⁵ Viene affermata la natura di reato complesso della bancarotta distrattiva dal quale discenderebbe – come logica conseguenza, atteso che nessuna preclusione processuale potrebbe essere invocata – l’inammissibilità dell’assorbimento del reato più grave in quello meno grave. Per l’esattezza la Corte ha ritenuto che, dinamicamente, i due reati si comportino come una fattispecie a formazione progressiva, nel senso che integrata quella complessa (la bancarotta) sarà comunque ammissibile la pronuncia di una seconda sentenza di condanna, purché la pena venga determinata nei limiti edittali dell’art. 216, comma 1, l. fall. escludendo l’aumento di pena per il reato contenuto (l’appropriazione indebita).

appropriazione indebita, poiché connotato “da un quid pluris rappresentato dalla dichiarazione di fallimento”. E in effetti non può sfuggire all’interprete che “la dichiarazione di fallimento stravolge la fisionomia dell’originario fatto di appropriazione indebita conferendogli una diversa e più grave connotazione, sì da trasformarlo in entità giuridica affatto nuova e di gravità, di gran lunga, maggiore”⁶⁶. La preferenza per una lettura causale delle fattispecie di bancarotta (v. *supra par.* 2.3.2 e 2.5) ci porta a ritenere estremamente pertinenti le affermazioni di quella tramontata giurisprudenza che ha escluso l’operatività del *ne bis in idem* quando “all’unicità di un determinato fatto storico faccia riscontro una pluralità di fatti giuridici”; ciò è quanto si verifica nel concorso formale di reati in cui, con un’unica azione o omissione, si cagionano più eventi giuridici: “ne consegue che il giudicato formatosi con riguardo ad uno di tali eventi non impedisce l’esercizio dell’azione penale in relazione all’altro, pur scaturito dall’unica condotta”⁶⁷. Questa impostazione conferisce all’evento giuridico fallimento una significativa rilevanza pratica, tale da costringere la preclusione di un secondo giudizio entro limiti assai angusti. Nondimeno tale conclusione ci sembra in linea con quanto si è detto circa i rapporti strutturali tra le due fattispecie: attribuendo alla dichiarazione di fallimento il valore di evento della bancarotta si annichilisce qualunque possibilità di individuare un legame di continenza tra le medesime.

4. Profili applicativi della disciplina sul concorso: trattamento sanzionatorio e regime di procedibilità

Anche sul piano processuale, dunque, nessuna preclusione potrebbe operare; ne consegue che le fattispecie in oggetto devono considerarsi unite dal vincolo del concorso formale, allorché si addiène al fallimento della società a seguito dell’indebita apprensione di beni sociali da parte di chi la amministra (o eserciti una delle funzioni indicate dall’art. 223 l. fall.).

L’appropriazione indebita è un reato procedibile essenzialmente a querela di parte, fatte salve le ipotesi di perseguibilità d’ufficio⁶⁸. In dottrina vi sono opinioni discordi circa il regime di procedibilità nel caso di indebita apprensione di beni sociali da parte dell’amministratore. In particolare non è pacifica la riconducibilità di questa ipotesi all’abuso di relazioni d’ufficio, ancor più quando intercorra un rapporto associativo tra persone fisiche delle quali una amministra (anche) per conto degli altri⁶⁹. Quand’anche si dovesse optare per il regime officioso di perseguibilità, sarà opportuno che la *notitia criminis* venga delata agli organi competenti da parte di alcuno degli interessati (soci, creditori) o, in caso di rapido cambio di gestione, della società stessa. Se ciò non dovesse accadere, il procedimento per appropriazione indebita avrà verosimilmente inizio a seguito della dichiarazione di fallimento della *societas*, contestualmente o in prossimità di quello per bancarotta fraudolenta. Il più delle volte lo stato di dissesto non viene percepito nell’immediato e tra la condotta illecita e l’accertamento giudiziale dell’insolvenza potrebbero trascorrere anche alcuni anni. In tal caso l’omessa delazione produrrà effetti negativi su piano sanzionatorio: anche se viene richiesto rinvio a giudizio per ambedue i reati, sulla contestazione del fatto di appropriazione indebita incomberà la scure della prescrizione; il pericolo

⁶⁶ Così *Cass. Pen. sez. V, 02 febbraio 2009 n. 4404, cit. p. 6*

⁶⁷ Con queste testuali parole *Cass. Pen. sez. II 04 marzo 1997 n. 10472 in CED Cass. n. 209022 p. 4*

⁶⁸ Segnatamente il caso in cui il fatto è stato commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario ovvero con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni d’ufficio, di prestazione d’opera, di coabitazione o di ospitalità (art. 646, comma 3, in relazione all’art. 61 n. 11 c.p.).

⁶⁹ Cfr. *ANTOLISEI “Manuale di diritto penale- Parte speciale”* Giuffrè 2008 p. 357; ammette la configurabilità dell’abuso di relazioni d’ufficio *MUSCO “I nuovi reati societari” cit. p. 229*

diverrebbe ancora più concreto qualora si instauri un *simultaneus processus*⁷⁰ o la regiudicanda pervenga ai gradi d'impugnazione.

In conclusione, pur non ritenendo necessaria la querela, affinché l'amministratore patisca un trattamento sanzionatorio più rigoroso – attraverso l'applicazione del cumulo giuridico delle pene, non importa se in fase cognitiva o esecutiva – sarà il più delle volte necessario che alcuno degli interessati metta l'Autorità a conoscenza dell'accaduto o manifesti la volontà di perseguire il reo nell'immediatezza della scoperta del fatto; all'indomani della dichiarazione di fallimento potrebbe essere troppo tardi per addivenire ad una condanna per appropriazione indebita. La tesi che ammette il concorso formale tra i due reati trova pieno riscontro sul piano della giustizia sostanziale: quando uno dei titolari dell'interesse patrimoniale presidiato dall'art. 646 c.p. abbia esternato *celeriter* la volontà di punire l'amministratore per l'indebita apprensione dei beni sociali – indice, questo, della autonoma dimensione lesiva dell'illecito commesso – sarebbe artificioso ritenere l'offesa tipica totalmente assorbita nella successiva condanna per bancarotta distrattiva. Diversamente, attivato d'ufficio il procedimento in seguito al fallimento della società, l'eventuale caduta in prescrizione del reato minore sarà il plausibile riflesso di una più esigua e meno immediata offensività patrimoniale del fatto.

5. Il rapporto tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale

L'attuale disciplina dei reati societari, risultante dalla riscrittura dell'intero titolo XI del quinto libro del codice civile ad opera del D. Lgs. n. 61/2002, appresta una più efficace tutela del patrimonio sociale. La normativa previgente presentava poche fattispecie ascrivibili all'area dell'infedeltà, per lo più costruite in maniera eccessivamente formale, consentendo la realizzazione di condotte 'di aggiramento' della tipicità legale⁷¹. Oggi l'art. 2634 c.c. punisce "gli amministratori [...] che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono [...] atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale", conferendo specialità ad alcune condotte appropriative dei beni sociali prima rientranti nella norma generale sull'appropriazione indebita. Ne consegue che le conclusioni raggiunte nei paragrafi precedenti devono ritenersi estese – *a fortiori*, stante la più articolata caratterizzazione strutturale dell'articolo da ultimo citato – anche all'infedeltà patrimoniale. Ci si chiede, tuttavia, se la norma speciale di nuova introduzione abbia realizzato un fenomeno meramente successorio, talché la fattispecie generale risulti ancora applicabile per tutti quei fatti non sussumibili nell'art. 2634 c.c., ovvero abbia prodotto un effetto parzialmente abrogativo, che escluderebbe l'operatività residuale dell'art. 646 c.p.

⁷⁰ L'accertamento giudiziale della bancarotta fraudolenta può risultare, in concreto, tutt'altro che agevole: si pensi al caso – tutt'altro che di scuola – di contestazione di una pluralità di fatti di bancarotta (art. 219, comma 2 n.1 l. fall.): la carenza del compendio contabile aziendale richiederà la nomina di un perito per ricostruire la situazione patrimoniale e il movimento degli affari della società, sulla cui base si potrà ricavare l'evidenza dell'avvenuta distrazione/appropriazione di alcune attività. I tempi processuali risulteranno sensibilmente dilatati, essendo il *thema probandum* ben più ampio del mero fatto appropriativo.

⁷¹ Il pensiero corre soprattutto alla fattispecie del conflitto di interessi dell'amministratore (art. 2631 abr.), l'unica disposizione che si preoccupasse di sanzionare espressamente gli abusi da parte degli amministratori che avessero strumentalizzato i loro poteri per conseguire finalità extrasociali. Tale norma era votata all'insuccesso: oltre ad accreditare una lettura formalistica del conflitto di interessi, risultava *tout court* inapplicabile in caso di abuso operativo da parte dell'amministratore delegato che avesse compiuto, senza alcuna delibera formale, un atto dispositivo contrario agli interessi sociali.

In dottrina⁷² il dibattito sui profili di diritto intertemporale cui ha dato luogo il *novum* legislativo in questione è ancora aperto; di seguito gli estremi della questione.

Vi è concordia nel ritenere che delitto di infedeltà patrimoniale si ponga rispetto al delitto di appropriazione indebita in un rapporto di specialità *ex art. 15 c.p.* Dal confronto delle due fattispecie astratte emergono i seguenti elementi specializzanti:

- l'infedeltà patrimoniale è un reato proprio di coloro che dispongono del potere gestorio intrasocietario (amministratori, direttori generali, liquidatori);
- ai fini dell'integrazione del fatto tipico è necessaria una situazione di conflitto di interessi con la società, sulla quale si innesta una condotta di abuso che deve cagionare alla medesima un danno patrimoniale;
- il reato è caratterizzato, oltre che dal dolo specifico di profitto (o comunque di vantaggio), anche dal dolo intenzionale di procurare un danno patrimoniale alla società.

Le posizioni dottrinali tendono invece a divergere quanto alle conseguenze sostanziali del riconoscimento di un rapporto di continenza tra le due fattispecie. In altre parole, ci si è chiesti se lo *ius superveniens* abbia escluso la rilevanza penale di fatti che in precedenza costituivano reato, in quanto sussumibili nella norma che punisce l'appropriazione indebita⁷³; si tratta di un fenomeno identico – seppur inverso – all'abrogazione di una fattispecie penale speciale, la quale determina il riespandersi dell'ambito applicativo della fattispecie generale, prima condizionata dalla presenza di un *lex specialis*. Nel caso di specie l'introduzione della fattispecie di infedeltà patrimoniale finisce per 'erodere' l'ambito applicativo dell'art. 646 c.p. sottraendo ad esso la regolamentazione di alcuni fatti di abuso dei beni sociali commessi dagli amministratori; *talibus in rebus* si dovrebbe ritenere che rimangano punibili in forza della *lex generalis* tutte le appropriazioni indebite commesse dagli amministratori prive dei requisiti di tipicità della fattispecie di infedeltà (perché commesse al di fuori di una situazione di conflitto di interessi, piuttosto che non caratterizzate dal dolo intenzionale ovvero improduttive di danno)⁷⁴.

Alcuni autori, tuttavia, hanno ritenuto tale interpretazione poco soddisfacente, a causa delle discrasie logiche che verrebbero a crearsi sul piano della disciplina. Così, sarebbero perseguibili *ex officio* sulla base dell'art. 646, comma 3, c.p. le ipotesi meno gravi di abuso dei beni sociali poste in essere dagli amministratori, essendo invece rimessa alla querela di parte (art. 2634, ultimo comma, c.c.) le più gravi infedeltà patrimoniali. L'unico modo per eliminare questa irrazionalità sarebbe quello di ritenere che il legislatore abbia inteso attribuire rilevanza penale alle sole infedeltà patrimoniali societarie che presentino la tipicità dell'art. 2634 c.c. "sottraendo l'intera materia all'art. 646 c.p.; fattispecie che avrebbe esaurito il suo compito, in quanto per anni adattata dalla giurisprudenza al solo fine di colmare un vuoto di tutela"⁷⁵. Il corollario di una tale interpretazione sarebbe quello dell'*abolitio criminis* di tutti i fatti di infedeltà patrimoniale degli amministratori prima puniti come appropriazione indebita.

La tesi ci sembra poco condivisibile, quantomeno sotto il profilo dell'ultroneità rispetto allo scopo. Indubbiamente la disciplina positiva risultante dal *novum* legislativo è poco organica e meriterebbe alcuni interventi 'ortopedici'; ma ciò non autorizza l'interprete a ritenere privi di rilevanza penale fatti cui la coscienza collettiva riconosce un marcato disvalore sociale⁷⁶. Piuttosto si dovrebbe

⁷² Sul tema v. MASULLO "Art. 2634 c.c." in *Le fonti del diritto italiano. Leggi penali d'udienza* a cura di PADOVANI ed. III Milano 2007 p. 2441; MUSCO "I nuovi reati societari" ed. III Giuffrè 2008 p. 227

⁷³ Sul punto, diffusamente, MUSCO "I nuovi reati societari" cit. p. 228

⁷⁴ Sul piano del diritto intertemporale, dunque, si assiste ad una mera successione di leggi penali nel tempo, con conseguente intangibilità delle condanne già passate in giudicato.

⁷⁵ Così MUSCO "I nuovi reati societari" cit. *ibidem* nel prendere posizione a favore della tesi in parola.

⁷⁶ Si pensi all'indebita apprensione di beni sociali che, essendo coperti da polizza assicurativa, vengono immediatamente riacquistati senza sopportare spese: pur non sussistendo alcun profilo di danno patrimoniale, la condotta è nondimeno

ammettere che la norma sull'appropriazione indebita conservi un fondamentale ruolo 'di chiusura' del cavilloso sistema dei reati societari; in questo modo il principio di specialità riesce a dispiegare appieno i propri effetti sul versante sanzionatorio senza generare estese aree di irresponsabilità penale.

meritevole di pena. Un altro esempio potrebbe essere quello dell'amministratore che si appropri di alcuni strumenti finanziari appartenenti alla società con l'intenzione di ridurre il capitale circolante attraverso l'acquisto, con parte del ricavato dalla vendita degli stessi, di alcuni cespiti immobiliari. Benchè risulti integrato il dolo specifico di profitto – in quanto la condotta è stata posta in essere al fine di conseguire, anzitutto, un tornaconto personale – non risulterebbero integrati tutti gli elementi tipici dell'appropriazione indebita, difettando il requisito dell'intenzionalità del danno patrimoniale alla società; anche in questo caso, tuttavia, sarebbe estremamente inopportuno disconoscere la rilevanza penale di una simile condotta.