all'art. 219, co. 2, n. 1), l. fall. in termini di una unità fittizia di reati, che in realtà concorrono tra loro, comporta conseguenze rilevanti sul piano processuale e, per la individuazione di tali effetti, la figura di unificazione legislativa deve necessariamente essere scissa nelle sue componenti. È sufficiente ricordare che:

a) la contestazione nel decreto che dispone il giudizio deve indicare ogni singolo fatto;

b) ogni singolo fatto deve essere oggetto di accertamento in sede di istruttoria dibattimentale;

c) ogni singolo fatto deve essere oggetto di un autonomo capo della decisione anche ai fini dell'effetto devolutivo in sede di eventuale impugnazione;

d) per ogni diverso e autonomo fatto di bancarotta che emerge nel corso di un processo riguardante altro fatto di bancarotta, relativo logicamente alla stessa procedura fallimentare, occorre procedere a nuova contestazione;

e) la diversità ontologica dei singoli fatti, unificati fittiziamente dalla l. fall., art. 219, co. 2, n. 1), si riflette sul giudicato e sul connesso problema dell'operatività dell'art. 671 c.p.p. in materia di applicazione *in executivis* della disciplina del reato continuato.

La giurisprudenza ha peraltro precisato che la configurazione, sotto il profilo formale, della c.d. continuazione fallimentare di cui all'art. 219, co. 2, n. 1) quale circostanza aggravante, ne comporta l'assoggettabilità al **giudizio di bilanciamento con le circostanze attenuanti** (cfr. Cass., Sez. V, 17 settembre 2018, n. 48361).

8. Bancarotta patrimoniale per distrazione infragruppo

Questione dibattuta è quella relativa all'applicazione dei c.d. **vantaggi compensativi** infragruppo anche alle ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione.

L'argomento è fonte di un intenso e rinnovato dibattito in dottrina e giurisprudenza soprattutto in seguito alla riforma del diritto societario nell'ormai lontano 2002 e all'introduzione in quella sede del **co. 3 dell'art. 2634 c.c**., il quale, relativamente alla **fattispecie dell'infedeltà patrimoniale** degli amministratori, esclude la rilevanza penale dell'atto depauperatorio in presenza di vantaggi compensativi dei quali, la società apparentemente danneggiata, abbia fruito o sia in grado di fruire in ragione della sua appartenenza a un più ampio gruppo di società. Proprio l'inserimento di tale disposizione all'interno del tessuto normativo del diritto penale societario ha acceso il dibattito in merito alla

sua estendibilità anche alle fattispecie incriminatrici fallimentari.

8.1. L'originaria impostazione contraria ad attribuire rilevanza ai vantaggi compensativi infragruppo

Per molti anni il riconoscimento di effetti giuridici ai c.d. vantaggi compensativi infragruppo nell'ambito del diritto penale fallimentare polarizzava il dibattito attorno al significato dei c.d. "gruppi di società" all'interno del sistema giuridico italiano; per buona parte della dottrina e quasi all'unanimità per la giurisprudenza, il **gruppo veniva inteso come un fenomeno meramente economico**, **privo di valore giuridico** e dunque non in grado di costituire un autonomo centro di imputazione. La direzione economica ed organizzativa unitaria non poteva assumere alcun significato, mentre, in una evidente prospettiva di natura atomistica, l'**interesse meritevole di tutela** veniva individuato esclusivamente in quello dei **creditori della singola società**. Pertanto, eventuali operazioni infragruppo venivano considerate *tout court* distrattive, nella misura in cui veniva dato ai beni della società finanziatrice una destinazione diversa rispetto al proprio oggetto sociale, sottraendoli alla loro funzione di garanzia, con conseguente pericolo per la massa dei propri creditori.

La **modifica del diritto societario** ha messo in crisi una simile impostazione: il nuovo **co. 3 dell'art. 2634 c.c.** riconosce una **propria dignità giuridica al fenomeno del gruppo di società** nella misura in cui stabilisce che "*in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*".

Tuttavia, almeno nei primi anni dopo la riforma, la giurisprudenza ha continuato ad essere costante nel ritenere l'**inapplicabilità del principio dei c.d. vantaggi compensativi** anche alle ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione; pertanto si riteneva che il trasferimento di risorse posto in essere dall'amministratore della società controllata in favore di un'altra società del gruppo integrasse gli estremi del delitto di cui all'art. 216 l. fall., nonostante la concreta prospettazione per cui il danno prodotto nell'occasione avrebbe potuto, in un secondo momento, portare dei benefici all'interno del gruppo e alla stessa società.

Tale indirizzo si fondava sui seguenti argomenti: ***a)*** la natura economica dei gruppi di società sarebbe incapace di intaccare il principio di autonomia giuridica delle singole società, con la conseguenza che il trasferimento di risorse infragruppo senza adeguata contropartita assumerebbe i crismi di una distrazione; ***b)*** l'istituto dei vantaggi com-

pensativi non potrebbe operare oltre al campo del diritto societario: nella prospettiva penale l'oggetto di tutela dei reati societari sarebbe diverso da quello dei reati fallimentari; l'art. 2634 c.c. si pone l'obbiettivo di **tutelare i soci da atti infedeli** degli **amministratori, laddove, viceversa, le disposizioni in materia fallimentare mirano a tutelare** i creditori affinché le garanzie poste a tutela del loro credito non vengano messe in pericolo; ***c)*** l'autonomia giuridica che contraddistingue ciascuna società, seppure inserita in un contesto di gruppo, inibirebbe i creditori della società depauperata di inseguire i beni ceduti ad altra società, nella misura in cui le loro pretese sono garantite dal patrimonio della prima e non della seconda; ***d)*** l'art. 2634, co. 3, c.c. mira alla compensazione di **un danno subito**, con quest'ultimo che costituisce un elemento selettivo ai fini della sua applicazione; conseguentemente la disposizione non sarebbe applicabile alle ipotesi di bancarotta, atteso che queste ultime sono **fattispecie di pericolo**.

8.2. La tesi che riconosce rilevanza ai vantaggi compensativi infragruppo

Tale orientamento è stato ormai superato prima dalla dottrina e, in un secondo momento, dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

Si è, invero, ritenuto che, sebbene il gruppo di società non rappresenti un soggetto giuridico autonomo, è innegabile che **l'appartenenza a un gruppo condiziona le scelte direzionali e gestorie** degli amministratori della singola società in favore della *holding*, la quale spesso decide sulle scelte da operare anche dalle controllate o collegate e il loro coordinamento. In questa prospettiva, assume particolare rilievo il concetto di "**interesse di gruppo**" il quale deve animare le condotte delle singole società ad esso appartenenti, con la conseguenza che una condotta che **astrattamente possa apparire come distrattiva**, nell'ottica più ampia dell'interesse di gruppo, può considerarsi, invece lecita, se è in grado di far conseguire alla società sacrificata dei vantaggi idonei a riequilibrare gli effetti negativi derivanti dall'atto distrattivo.

Peraltro, successivamente alla novella del 2002, l'art. 2947 c.c. prevede una diretta responsabilità della controllante per i danni causati a soci e creditori della controllata fallita nell'ambito dell'esercizio delle proprie attività di direzione e coordinamento.

Ciò significa che l'obbligo di una corretta gestione non riguarda solo la singola società ma anche la capogruppo, cui amministratori rispondono per le lesioni cagionate a soci e creditori delle controllate; la previsione di una **responsabilità solidale della *holding*** consente ai

creditori della società fallita di poter elidere le conseguenze dannose dell'atto pregiudizievole mediante l'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti della capogruppo.

Rispetto all'obiezione della non estensibilità della clausola ai reati fallimentari, polarizzati attorno al **concetto di pericolo rispetto a quelli societari costruiti come reati di danno** con conseguente applicazione del meccanismo compensativo solo a queste ultime e non alle prime, si è replicato evidenziando la fallacia del sillogismo: se la compensazione vale per i reati di danno, non si comprende perché non debba valere anche per quelli di pericolo, posto che il più contiene il meno.

Sul piano della **diversa oggettività** giuridica, si è osservato come la protezione del patrimonio della società rappresenti un corollario della protezione del patrimonio sociale a garanzia dei creditori, sicché i due ambiti di tutela, in realtà, costituiscono un inscindibile *unicum*: sarebbe infatti difficile immaginare un atto dispositivo infedele *ex* art. 2634 c.c. che non sia anche distrattivo.

Si è evidenziato, inoltre, come la clausola di cui all'art. 2634, co. 3, c.c. sia di portata generale nella misura in cui afferma un **principio già presente all'interno del nostro ordinamento**, ossia quello di **reale offensività della condotta**; nell'ambito dei rapporti di gruppo la sua valutazione non può che svolgersi in una prospettiva che tenga conto non solo della condotta tipica di distrazione, ma anche delle dinamiche economiche del gruppo in cui la stessa viene realizzata.

La conseguenza è che la verifica della sua offensività in concreto deve essere svolta tenendo conto di due fattori: da un lato, sul piano generale di gruppo, dei benefici concretamente e ragionevolmente tratti dallo stesso nel suo insieme e, dall'altro, sul piano della singola società che ha posto in essere l'atto a sé pregiudizievole, dell'idoneità a compensare e riequilibrare la propria situazione economica azzerando gli effetti negativi dell'operazione compiuta. Solo così infatti le ragioni dei creditori della società controllata, almeno nella prospettiva dell'agente, non sarebbero incise.

Si è rilevato, infine, che l'operatività della disposizione anche nel campo fallimentare troverebbe un referente già nella lettera della norma e più esattamente nell'*incipit* "in ogni caso". Secondo taluni autori ciò evidenzia la volontà del legislatore di estendere la portata della norma oltre alla fattispecie di infedeltà patrimoniale, fissando in definitiva un principio di applicazione generale.

Se così non fosse, il legislatore avrebbe utilizzato altre formule in

grado di circoscrivere il campo di operatività della norma alla sola ipotesi di cui al co. 1 dell'art. 2634 c.c.

8.3. L'art. 2634, co. 3, come espressione del generale principio di offensività

La dottrina maggioritaria ritiene che l'art. 2634, co. 3, c.c. non rappresenti una mera clausola di non punibilità, bensì costituisca un **elemento negativo che incide sulla struttura del reato**, che **esclude il dolo specifico** e tipizza ulteriormente il fatto.

In questa prospettiva i vantaggi compensativi operano quali elementi negativi del fatto tipico di infedeltà patrimoniale, capaci di arginare l'offensività di quest'ultimo.

Non a caso parte della dottrina inquadra la clausola dei vantaggi compensativi quale limite all'offensività del fatto. A tal fine vengono richiamate le fondamenta della teoria dei limiti esegetici dell'offesa al bene giuridico tutelato, secondo cui un fatto può considerarsi tipico e dunque offensivo per il bene giuridico se si superano i limiti strutturali posti dalla norma incriminatrice: è quest'ultima, infatti, a delineare i confini dell'offesa i quali vanno individuati attraverso l'analisi dell'interesse garantito, che costituisce il limite esegetico interno alla stessa norma.

Ciò posto, le condotte realizzate all'interno di una realtà di gruppo non possono essere apprezzate in via autonoma, ma la loro valutazione deve essere espletata nell'ambito di una visione d'insieme che tenga conto del gruppo nella sua complessità. Più nello specifico, se l'interesse tutelato dall'art. 2634 c.c. è costituito dalla garanzia per i soci dell'integrità patrimoniale della società, condotte dannose per la singola società perdono la propria offensività se valutate in una prospettiva più ampia, di gruppo; il conseguimento di vantaggi per quest'ultimo e la stessa società che ha posto in essere l'atto dispositivo elide l'offensività del fatto realizzato.

Nella prospettiva costi/benefici la realizzazione di un'operazione *prima facie* dannosa può essere considerata inoffensiva se il danno si sia concretamente azzerato ovvero se, nell'ottica di una valutazione prognostica, presenta un saldo finale positivo.

In quest'angolo visuale è chiaro che il co. 3 dell'art. 2634 c.c. assume i connotati di un principio generale del sistema secondo cui, una volta riscontrata la tipicità della condotta, occorre verificare la sua concreta offensività; con riferimento alle operazioni infragruppo tale accertamento non può che espletarsi attraverso un giudizio complessivo che

tenga conto di quanto l'originaria offesa recata dall'atto della società controllata sia stata compensata, ovvero annullata, attraverso l'acquisto di vantaggi per l'intero gruppo e per la stessa società sacrificata.

8.4. La bancarotta come reato di pericolo concreto: la bancarotta riparata e le compensazioni infragruppo

Se si parte dalla premessa per cui i vantaggi compensativi di cui all'articolo 2643, co. 3, c.c. rappresentano null'altro che l'affermazione di un **principio generale**, quello di **reale offensività della condotta**, già presente nel nostro ordinamento, è evidente che il nucleo centrale relativo a tutte le ipotesi di bancarotta non può che essere dato dalla corretta individuazione e dimensione dell'offesa nella struttura del delitto di cui all'art. 322 c.c.i.

Soprattutto l'analisi dei rapporti tra quest'ultima e il bene giuridico tutelato costituisce lo strumento attraverso cui stabilire se una condotta ablativa del patrimonio sociale sia o meno penalmente rilevante.

Ma per giungere ad una simile affermazione centrale diventa la premessa: la bancarotta è un reato di **pericolo concreto o presunto**?

Se si dovesse optare per quest'ultima opzione, il campo di analisi si ridurrebbe di molto: qualsiasi condotta che diminuisce, anche in minima parte, le garanzie dei creditori, al di là del contesto patrimoniale e finanziario della società al momento e successivamente alla sua realizzazione, sarebbe pericolosa e dunque foriera di offensività; il giudice sarebbe svincolato da qualsiasi analisi sia in merito alla valutazione della concreta portata offensiva della condotta che in ordine alla percezione di pericolosità della stessa da parte dell'agente. In tal caso, il giudizio è giocoforza circoscritto alla valutazione della sola condotta con riferimento alla posizione che la stessa assume in relazione al bene oggetto di tutela, mentre l'eventuale analisi dei rapporti tra la condotta stessa e la sua capacità di porre in pericolo il bene non viene in considerazione.

La situazione cambia radicalmente laddove si parta dalla premessa – oramai accolta anche in giurisprudenza e mai messa in discussione dalla dottrina – per cui il delitto di bancarotta costituisce un **reato di pericolo concreto**.

In questa prospettiva, la valutazione del rapporto offesa, bene giuridico deve essere espletato in una dimensione più ampia, di natura relazionale tra la condotta e il pericolo di lesione per la massa dei creditori (oggetto di tutela dalla norma): la valutazione della condotta *ex se* diminutiva del patrimonio sociale deve essere svolta tenendo conto

dell'incidenza che la stessa ha sugli equilibri sociali.

L'offesa si ricava, dunque, non già dall'analisi dei connotati della condotta, bensì dal contesto in cui viene realizzata e dagli effetti che ivi produce, fino al momento di apertura della procedura concorsuale.

Questa soluzione trova conforto in alcune pronunce della Suprema Corte. Nel 2013, ad esempio, con la sentenza *Gessi* (Cass., Sez. Fer., 10 settembre 2013-8 ottobre 2013 n. 41665) la Cassazione ha stabilito che "*attesa la natura di reato di pericolo concreto del delitto di bancarotta per distrazione, l'offesa va apprezzata nel contesto aziendale avendo riguardo alla situazione finanziaria successiva alla realizzazione della condotta*".

In questa linea di pensiero sembra muoversi anche la più recente giurisprudenza, secondo cui l'offensività della condotta depauperativa del patrimonio va stabilita non tanto guardando alla propria portata lesiva, ma valutando se la stessa abbia determinato un effetto di squilibrio sugli assetti finanziari dell'impresa che non sia medio tempore rientrato e dunque riscontrabile al momento dell'apertura della procedura fallimentare (c.d. **bancarotta riparata**).

Ciò posto, è chiaro che il concreto valore dell'offesa non può che ricavarsi da una valutazione complessiva della condotta inserita nel contesto economico-finanziario della società, avendo riguardo agli effetti che la stessa produce sull'azienda in un momento successivo. La condotta, seppure tipica, non può considerarsi offensiva se nel tempo perde la propria "*idoneità ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione alla massa dei creditori*"; se, infatti, dopo la condotta *ex se* distrattiva l'imprenditore ha generato utili che sono stati riversati nelle casse della società annullando l'effetto pregiudizievole della procedente condotta, è chiaro che quest'ultima finisce col perdere la propria capacità lesiva. La condotta *ab origine* offensiva finisce, dunque, nel tempo, per perdere l'originario valore, nella misura in cui non costituisce più un pericolo per la massa dei creditori al momento dell'apertura della procedura fallimentare.

Insomma, nella bancarotta fraudolenta per distrazione (propria o impropria che sia), l'offesa deve essere valutata estendendo l'orizzonte temporale fino a ricomprendervi gli effetti che la condotta produce, fino al momento dell'apertura della procedura fallimentare.

Ebbene, sotto il profilo strettamente concettuale tali conclusioni non si discostano da quelle messe in evidenza in materia di **vantaggi compensativi nelle operazioni infragruppo con riferimento ai delitti di bancarotta**, ove il giudizio sull'offesa viene dato in seguito al bi-

lanciamento tra il pregiudizio derivante dall'atto depauperativo posto in essere dalla società sacrificata e il vantaggio complessivo ricavato dal gruppo e dalla stessa in virtù dell'appartenenza allo stesso.

Del resto, se nei gruppi di società in cui la singola condotta in sé idonea ad impoverire l'asse patrimoniale di una delle controllate deve essere valutata in una prospettiva più ampia ed articolata come è quella del gruppo, imponendo l'onere di espletare uno sforzo ulteriore al fine di comprendere ed interpretare gli sviluppi che vanno oltre il singolo atto compiuto, in quanto una attività apparentemente distrattiva può rilevarsi equilibrata o addirittura vantaggiosa per la società controllata, non vi è ragione per non estendere tale ragionamento anche alle ipotesi di bancarotta fraudolenta in cui l'effetto negativo di un atto distrattivo sia venuto meno, prima della dichiarazione di apertura del fallimento.

In entrambi i casi il pericolo per il bene protetto è nullo, poiché, in entrambi, la condotta *medio tempore* perde la propria offensività; in ambo le situazioni il giudizio sulla tipicità della stessa non può che passare inevitabilmente per un duplice percorso volto a verificare la reale offensività attraverso l'analisi: ***a)*** *in primis*, della portata del pericolo, data dalla condotta al momento della sua realizzazione; ***b)*** in secondo luogo, della compensabilità, o annullamento, dell'offesa in seguito a condotte reintegrative del patrimonio sociale ovvero, nel caso di operazioni infragruppo, vantaggiose per la società interessata e dunque in grado di incidere positivamente sulle sorti della stessa annullando il precedente pregiudizio.

Insomma, se la clausola di cui all'articolo 2634 co. 3 c.c. rappresenta l'espressione normativa di un principio generale già desumibile dal sistema e, segnatamente, del **principio di reale offensività del fatto**, allora questi ben può trovare applicazione in linea generale anche con riferimento alle condotte depauperative del patrimonio sociale in relazione al delitto di bancarotta fraudolenta (propria od impropria).

Tutto ciò a patto che si concordi sulla premessa di fondo: il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è un **reato di pericolo concreto**.

Quanto ai **vantaggi compensativi**, occorre ricordare che, per pacifico insegnamento della Corte, per invocare la sussistenza dei vantaggi compensativi, non è sufficiente allegare la mera partecipazione ad un gruppo societario, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo, invece, l'interessato dimostrare il **saldo finale positivo delle operazioni** compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata (Sez. V, 30 giugno

2016-8 novembre, n. 46689, P.G. ed altro in proc. *Coatti* ed altri; Sez. V, 26 giugno 2015-29 febbraio 2016, n. 8253, *Moroni* ed altri).

9. Bancarotta preferenziale infragruppo: vantaggi compensativi e contratto di *cash pooling*

Il contratto di *cash pooling* consiste nell'**accentrare in capo ad un unico soggetto giuridico** la gestione delle disponibilità finanziarie di un gruppo societario, allo scopo di **gestire la tesoreria aziendale** in riferimento ai rapporti tra le società aderenti al gruppo e gli istituti di credito, e ha la finalità di **evitare squilibri finanziari per le singole società**, attraverso una gestione unitaria della situazione finanziaria del gruppo.

Il contratto permette, infatti, di **compensare i saldi attivi di conto corrente di alcune società con i saldi negativi di altre**, realizzando un **risparmio di interessi passivi**, ottenendo il risultato indiretto di finanziare le società che presentano una posizione debitoria nei confronti degli istituti di credito.

Il negozio giuridico in questione viene qualificato come contratto atipico, ai sensi dell'art. 1322 c.c., fondato sull'accordo, stipulato autonomamente da tutte le consociate di un gruppo, con la società capogruppo, che funge quale centro di tesoreria. Detto contratto ha per oggetto la gestione di un conto corrente unico e accentrato, sul quale vengono riversati i saldi dei conti correnti periferici di ciascuna consociata.

La dottrina prevalente riconduce lo stesso ad una **particolare modalità di conto corrente non bancario**, con elementi propri dei contratti di finanziamento, ove la **causa mista e unitaria** viene individuata specificatamente nella **gestione della tesoreria di gruppo**.

Infatti, mentre il contratto di conto corrente segue lo schema di uno strumento per la gestione di crediti originati da un rapporto sottostante, distinto da quello di conto corrente, il cui oggetto, pertanto, è costituito dalla disciplina dei rapporti futuri ed eventuali, che potranno sorgere tra le parti, in virtù di altri atti giuridici, al contratto di *cash pooling* si aggiungono anche gli **elementi tipici di un prestito in denaro**, che viene attuato tramite il trasferimento di risorse finanziarie dai singoli conti periferici al conto corrente accentrato, gestito dal *pooler*. Ne consegue che il fondamento causale del negozio non è più solo la gestione dei rapporti che potranno sorgere tra le parti in virtù di altri atti giuridici, ma anche la gestione della tesoreria, secondo modalità tali da **compensare, sebbene temporaneamente**, **le carenze di liqui-**