

QUESTIONI APERTE

Bancarotta

La decisione

Bancarotta per dissipazione - Aggiotaggio - (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, artt. 216 comma 1, 219, 223 comma 1; d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 58; cod. pen., art. 32; d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, art. 95 comma 1).

Nella bancarotta postfallimentare, la dichiarazione di fallimento (o per le "Grandi Imprese" di cui alla legge 8 luglio 1999 n. 270, la dichiarazione di insolvenza) costituisce un evento successivo alle condotte di distrazione o dissipazione che le rende punibili anche se il fallimento non ne fu conseguenza e anche se il distacco dei beni dal patrimonio aziendale è avvenuto in epoca in cui la società era in bonis e il dissesto non era prevedibile.

In tema di reati fallimentari, in base alla business judgement rule, le scelte operative e finanziarie dell'imprenditore, anche se comportano l'assunzione di un rilevante rischio di impresa, non sono sindacabili - in caso di fallimento - da parte del giudice penale. Tale principio, tuttavia, è inapplicabile nell'ipotesi di bancarotta fraudolenta per dissipazione, atteso che essa consiste nell'impiego del capitale in investimenti e spese del tutto incoerenti con le necessità e gli obiettivi stessi dell'azienda, condotte che, in quanto tali, nulla hanno a che fare con una razionale strategia aziendale, sia pure connotata da un elevato margine di rischio.

Le false comunicazioni in incertam personam, costituenti la condotta del delitto di cui all'art. 185 d.lgs. 24 febbraio 1998 n.58 (c.d. aggioaggio informativo), hanno necessariamente natura e contenuto anche valutativo, atteso che esse non si esauriscono nella mera descrizione o previsione di un fatto storico, ma implicano una previa selezione delle informazioni da mettere a disposizione del pubblico, non disgiunta da una tendenziosa interpretazione delle vicende economico-finanziarie, il tutto volto a provocare sensibili alterazioni nelle quotazioni di borsa.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI QUINTA, 25 febbraio 2021 (ud. 15 ottobre 2020), - VESSICHELLI, *Presidente* - CATENA, *Estensore* - MICHELI, *Estensore* - DI LEO, *P.G.*, (*Diff.*) - CIMOLIE ALTRI, *ricorrenti*.

Bancarotta per dissipazione e aggioaggio informativo. Definizioni, precisazioni e principi nella sentenza sul "caso Alitalia".

Con la sentenza sul "caso Alitalia", la quinta sezione penale della Corte di cassazione afferma alcuni rilevanti principi in tema di bancarotta per dissipazione e di aggioaggio informativo. Invero, in primo luogo, pur senza adoperare l'espressione condizione obiettiva di punibilità, essa ribadisce, collegandosi a recente giurisprudenza, che la dichiarazione di fallimento è evento, la cui realizzazione, non dovendo

necessariamente essere causalmente collegata alla condotta del fallito, determina comunque la punibilità dell'imprenditore che, in precedenza, abbia distratto o dissipato beni aziendali, anche se la società, all'epoca, era *in bonis*.

Quanto alla natura della dissipazione, essa viene individuata nella condotta consistente nella consumazione del patrimonio aziendale in spese, operazioni o investimenti del tutto eccentrici rispetto all'oggetto sociale e completamente incoerenti con le scelte strategiche necessarie per il raggiungimento delle finalità dell'impresa; di talché, in presenza di condotte dissipative, qualsiasi riferimento ai criteri giustificativi desumibili dalla *business judgement rule* (e alla conseguente insindacabilità delle scelte imprenditoriali) appare fuori luogo.

Infine, con riferimento al c.d. aggio informativo, si assume la natura valutativa delle false comunicazioni offerte ai potenziali investitori, con la finalità di trarli in inganno.

Bankruptcy due to dissipation and information manipulation. Definitions, clarifications and principles in the ruling on the "Alitalia case"

With the sentence on the "Alitalia case", the fifth criminal section of the "Corte di cassazione" affirms some relevant principles on the subject of bankruptcy for dissipation and information manipulation. Indeed, in the first place, even without using the expression "objective condition of punishment", it reaffirms, linking to recent jurisprudence, that the declaration of bankruptcy is an event, the realization of which, not necessarily having to be causally connected to the conduct of the bankrupt, determines in any case the punishment of the entrepreneur who, previously, has distracted or dissipated company assets, even if the company, at the time, was performing.

As for the nature of the dissipation, it is identified in the conduct consisting in the consumption of company assets in completely eccentric expenses, operations or investments with respect to the corporate purpose and completely inconsistent with the strategic choices necessary to achieve the company's goals; therefore, in the presence of dissipative conduct, any reference to the justifying criteria inferable from the business judgment rule (and to the consequent unquestionable business decisions) appears out of place.

Finally, with reference to the so-called information manipulation, the evaluative nature of false communications offered to potential investors is assumed, with the aim of misleading them.

SOMMARIO: 1 Premessa. - 2 Il fatto. - 3 *Nomina sunt consequentia rerum?* - 4 Il concetto di dissipazione secondo la quinta sezione della Suprema corte. - 5 La natura valutativa della falsità ex art. 185 del decreto legislativo 58/1998.

1. *Premessa.* La "corposa" sentenza che si annota (156 pagine), relativa all'epilogo (per ora!) della nota vicenda Alitalia, contiene più di uno spunto di riflessione. La sua completa disamina non è dunque possibile in unica soluzione.

Sono stati, conseguentemente, enucleati alcuni argomenti che, *prima facie*, appaiono degni di particolare attenzione e precisamente: 1) la dichiarazione di fallimento (o, nel caso in esame, di insolvenza) da intendersi come, ormai indiscussa, condizione obiettiva di punibilità, anche se, per una sorta di strana *pruderie* verbale, non viene esplicitamente così definita, 2) la problematica concettualizzazione della bancarotta per dissipazione, 3) la natura di falso valutativo dell'aggio informativo.

2. *Il fatto.* In data 5/9/2008 il Tribunale di Roma dichiarò lo stato di insolvenza di Alitalia-Linee aeree italiane spa. L'azienda il 29/8/2008 era stata posta in amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto-legge 28/8/2008 n. 134, recante disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi (convertito in legge 27/10/2008 n. 166).

Promossa l'azione penale a carico delle figure apicali della suddetta compagnia aerea in riferimento a varie figure di reato e, in particolare, bancarotta fraudolenta per distrazione e dissipazione e c.d. aggio informativo, disposto il rinvio a giudizio, gli imputati venivano, in primo grado, riconosciuti colpevoli dei reati loro rispettivamente ascritti; in appello due imputati venivano assolti per non aver commesso il fatto in relazione ad una delle ipotesi di bancarotta; per quanto riguarda l'aggio informativo, venivano dichiarate prescritte le condotte commesse in epoca anteriore al 12/1/2006.

Gli addebiti si possono così sintetizzare.

Quanto ai diversi episodi di bancarotta, non può certo sostenersi che le contestazioni, come formulate dall'Ufficio inquirente, brillino per chiarezza e concisione. Per le finalità di critica e di commento che in questa sede ci si propone di realizzare, sarà comunque sufficiente elencarli per sommi capi. E invero è contestata, innanzitutto, bancarotta fraudolenta per dissipazione in relazione alla gestione del settore "Cargo",¹ quindi: bancarotta fraudolenta per dissipazione e distrazione: a) in relazione allo scorporo (realizzato, per altro quando la compagnia già versava in una gravissima crisi economica e finanziaria) di ben cinque rami di azienda, relativi ai "servizi di terra" e consistente nel conferimento degli stessi ad una società costituita *ad hoc* con la denominazione di Alitalia Servizi s.p.a.,² nonché b) in relazione all'operazione di acqui-

¹ Atteso che, per tale settore di trasporto aereo, fu distaccata una quota di personale di volo (135 piloti per soli 5 aeromobili) ritenuta esorbitante, in assenza, per altro, di qualsiasi intervento di riorganizzazione e razionalizzazione, volto a fronteggiare le perdite (ingenti e costanti) susseguitesi dal 2001 al 2007, fino a raggiungere l'importo di euro 398.403.000,

² In conseguenza di ciò la struttura aziendale risultava composta da due distinti gruppi societari: Alitalia Fly (comprendente Alitalia Linee Aeree Italiane s.p.a., Alitalia Express s.p.a., e, dal 2006, Volare s.p.a.) e, appunto, Alitalia Servizi (comprendente Alitalia Servizi s.p.a., Alitalia Airport s.p.a., Atithec s.p.a., Alitalia Maintenance Systems s.p.a. ed Ales s.p.a.). La criticità di tale operazione è stata individuata, tra l'altro, "nell'intricato" accordo economico con la società Fintecnica (a partecipazione statale) che comportò l'accantonamento nel bilancio 2004 di Alitalia s.p.a. di un cospicuo, apposito fondo del passivo, riguardante oneri di ristrutturazione di natura straordinaria, nonché nella stipula di un contratto di servizio tra Alitalia Fly e Alitalia Servizi (con il conseguente obbligo della prima di approvvigionarsi dei servizi esclusivamente presso la seconda e sue controllate), contratto concluso sulla base di tariffe più alte rispetto a quelle di mercato di riferimento, tali da determinare, nell'arco temporale previsto dal

sizione, da parte di Alitalia s.p.a., del complesso aziendale delle società in a.s. Volare Group, Volare Airlines ed Air Europe, per un corrispettivo di 38 milioni di euro,³ e ancora c) in relazione al conferimento (senza una preventiva ricognizione del mercato e un'adeguata comparazione tra diverse possibili offerte) alla società McKinsey di un incarico di consulenza⁴.

Quanto al reato ex art. 185 del decreto legislativo 24.2.1998 n. 58 (il Testo Unico della Finanza, T.U.F.), si addebita al solo presidente (che era anche amministratore delegato) la diffusione di notizie connotate da falsità e reticenza, idonee a provocare una sensibile alterazione dei valori del titolo Alitalia, quotato sui mercati finanziari, offrendo informazioni artificiosamente manipolate, false e ingannevoli, atteso che, in un primo tempo, deliberatamente, egli ometteva di comunicare al pubblico qualsiasi notizia in ordine alla manifestazione di interesse presentata in data 18/11/2005 per l'acquisto (sopra ricordato) del complesso aziendale delle società in a.s. Volare Group, Volare Airlines e Air Europe, nonché in ordine alla successiva presentazione, in data 28/12/2005, di un'offerta vincolante in relazione al suddetto acquisto; in un secondo tempo, essendo stato obbligato dalla Consob, intervenuta ai sensi dell'art. 114 T.U.F., il presidente-amministratore delegato forniva finalmente, con il comunicato in data 28/01/2006, informazioni al pubblico, ma ciò faceva in termini gravemente carenti e, ancora una volta, reticenti in ordine alle oggettive criticità dell'operazione, criticità di cui era pienamente consapevole.⁵

piano industriale 2005-2008, immediati maggiori ricavi per 110 milioni di euro a favore della "Servizi", a fronte dei quali era previsto un meccanismo di retrocessione di fondi ad Alitalia Fly sotto forma di "premi", subordinato, tuttavia, all'effettivo conseguimento degli obiettivi di efficienza (da parte di un soggetto terzo), previsti dal piano industriale. Tuttavia, mentre i maggiori ricavi per il gruppo "Servizi" avevano il carattere della certezza e della immediatezza, le retrocessioni erano del tutto eventuali. Per altro, il vincolo istaurato dal Gruppo Alitalia Fly a tutto vantaggio di Alitalia Servizi, in quanto, come anticipato, fondato sulla immediata assunzione di gravosi oneri contrattuali e di obbligazioni pluriennali a fronte di retrocessioni future e, per altro, aleatorie, ebbe il solo effetto di trasferire in capo al Gruppo Alitalia Fly i rischi economici connessi alle attività del Gruppo Alitalia Servizi. In tal modo veniva in realtà occultata la mancanza di qualsiasi iniziativa volta al risanamento di Alitalia; anzi l'operazione descritta ebbe quale unico effetto la distrazione di risorse da "Fly" a favore di "Servizi" e del socio Fin-tecna. Sul punto, tuttavia, è intervenuto annullamento con rinvio.

³ Prezzo ritenuto incongruo anche in quanto superiore di ben 9 milioni di euro rispetto alla seconda offerta di acquisto, formulata dalla società Air One, oltre che in relazione alla situazione economico-finanziaria di Alitalia s.p.a. Inoltre, Alitalia si era impegnata a garantire occupazione per almeno due anni ai 707 dipendenti delle società assorbite.

⁴ L'incarico si protrasse per un triennio e fu ricompensato con la somma di euro 50.882.750, importo certamente ingente ed elargito senza una preventiva valutazione dei prevedibili oneri economici complessivi a carico della società committente. Anche in relazione a questo capo, la Suprema corte ha annullato con rinvio.

⁵ Criticità che derivavano: dall'esistenza dell'ordinanza del 27/01/2006 del Tribunale di Roma che inibiva ad Alitalia la partecipazione alla gara per la cessione del complesso aziendale Volare, dalle negative

Tali operazioni, per altro, non erano contemplate nel piano industriale 2005-2008 e non erano menzionate nel prospetto informativo relativo al ricordato aumento di capitale.

La quinta sezione penale della Corte di cassazione ha annullato con rinvio la sentenza di appello nei confronti del presidente (nonché direttore generale), con riferimento alla bancarotta fraudolenta relativa alla operazione di scissione del gruppo aziendale con la creazione di due “poli operativi”, così come con riferimento all’affidamento di incarico di consulenza alla società Mc Kinsey; nel resto ha rigettato il ricorso del Cimoli. La Corte ha anche annullato con rinvio la sentenza impugnata con riferimento agli altri tre imputati “minori”.

3. *Nomina sunt consequentia rerum?* La sentenza in esame, innanzitutto, si segnala per la sua aderenza a quello che (ormai) è un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di bancarotta prefallimentare, dando per presupposto – sia pure senza proclamarlo *apertis verbis* – che la dichiarazione di fallimento (nel nostro caso, la dichiarazione dello stato di insolvenza) costituisce condizione obiettiva di punibilità.⁶

L’assunto non è senza conseguenze perché neutralizza la tesi difensiva in base alla quale gli imputati avrebbero dovuto essere assolti in quanto le contestate cessioni di beni e di *asset* non potrebbero essere qualificate come condotte distrattive (o addirittura dissipative) perché poste in essere quando la Compagnia era *in bonis*. Si tratta di un’argomentazione difensiva che spesso ricorre nei processi per bancarotta.

Ebbene, al proposito, si afferma in sentenza che, in presenza della fattispecie incriminatrice ex art. 216 comma 1 n.1 della legge fallimentare, la tutela penale dispiega la sua efficacia <<retroattivamente>>, risalendo, <<in un certo senso>>, dalla dichiarazione di fallimento (nel caso Alitalia, dalla dichiarazione dello stato di insolvenza), fino ai singoli atti distrattivi o dissipativi che, se pur collocati temporalmente in un momento antecedente alla sentenza di falli-

valutazioni dei vertici di Alitalia stessa sul deterioramento della situazione economico-finanziaria del complesso aziendale Volare per effetto dello slittamento dei termini dell’aggiudicazione, nonché dall’impatto, nei bilanci consolidati 2006-2007 di Alitalia, delle negative previsioni sull’andamento di Volare nel suddetto biennio, unitamente agli inevitabili esborsi di Alitalia per il riavvio delle attività di Volare; e infine dagli interventi, oggettivamente prevedibili, dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato conseguenti alla acquisizione da parte della società Alitalia degli *slots* riconducibili al menzionato complesso imprenditoriale Volare.

⁶ Al proposito è inevitabile rilevare come la contestazione del *tempus delicti* operata dalla Procura e avallata nella fase di merito sia errata, in quanto essa è stata fatta coincidere, invece che con la ricordata dichiarazione dello stato di insolvenza, con l’epoca delle varie condotte.

mento stessa, vengono accertati e rivestono rilievo nel momento (e nel caso) in cui detta pronunzia sopravvenga. Sono così <<rivisitati>>, aggiunge la sentenza, i passaggi gestionali che hanno determinato il depauperamento delle risorse dell'impresa, realizzando quel pregiudizio per il ceto creditorio che rappresenta l'oggetto giuridico della tutela penalistica. Si legge infatti a pag. 86, che, una volta dichiarato il fallimento, le operazioni rischiose a suo tempo poste in essere <<attualizzano l'offesa all'interesse tutelato dalle norme penali fallimentari, realizzando la condizione cui è, per legge, subordinata la punibilità del trasgressore>>.

Che la dichiarazione di fallimento costituisca condizione obiettiva di punibilità rispetto al delitto di bancarotta è acquisizione - da tempo - pacifica per la Dottrina;⁷ non così tuttavia per la giurisprudenza che, anche nel nuovo millennio, confermando tralaticciamente un orientamento che si può far risalire addirittura al 1958, sosteneva che essa incarnava niente meno che una <<condizione di esistenza>> (così testualmente) del reato di bancarotta. Invero le Sezioni unite avevano sostenuto (nel 1958, appunto)⁸ che, mentre la condizione obiettiva di punibilità presuppone un reato <<già perfetto oggettivamente e soggettivamente>>, la condizione di esistenza inerisce <<intimamente>> [sic] alla struttura del reato; tanto intimamente che dà rilievo penale a fatti che sarebbero penalmente irrilevanti e segna il momento consumativo del reato stesso. Le successive sentenze del medesimo "filone"⁹, pur senza abbandonarsi a tali intimistiche considerazioni, hanno comunque fedelmente e ripetutamente affermato la tesi in base alla quale la dichiarazione di fallimento sarebbe un elemento costitutivo del reato e non una condizione obiettiva di punibilità; pertanto, si sostiene, il reato si perfeziona in tutti i suoi elementi costitutivi solo nel caso in cui il soggetto, che abbia commesso anche in

⁷ Senza alcuna pretesa di completezza, si offre la seguente "carrellata" dagli anni '30 ai nostri giorni: DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Studi Longhi*, Roma, 1935, 284; NUVOLONE, *Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955; *passim*, RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 1971, *passim*; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari: i reati fallimentari, societari e bancari*, Milano, 1974, 30; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979, 730; CARRERI, *Nuova prospettazione di una vecchia questione sulla controversa struttura del reato di bancarotta*, in *Cass. pen.*, 1991, 850; LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, 230; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, in *Commentario Scialoja, Branca, Legge fallimentare*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1995, 16; MARINUCCI, *Dolcini, Codice penale commentato*, vol. 3, Padova, 2015, 751. Vedasi inoltre, per una generale panoramica sul punto, SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 22 ss.

⁸ Sentenza depositata 25 gennaio 1958, ric. Mezzo

⁹ Cass., Sez. I, 22 gennaio 2007, Iacobucci, in *Mass. Uff.*, n. 235793; Cass., Sez. I, 5 novembre 1992, confl. Comp. in proc. Genghini, in *Mass. Uff.*, n. 192323; Cass., Sez. V, 15 gennaio 1990, Sargenti, in *Mass. Uff.*, n. 183026; Cass., Sez. V, 9 giugno, 1987, Piromallo, in *Mass. Uff.*, n. 176143.

precedenza attività di sottrazione dei beni aziendali, sia dichiarato fallito. Dunque tali pronunzie, successive alla “capostipite” degli anni ’50, come si è visto, pur abbandonando la (non del tutto chiara) categoria logica della “condizione di esistenza” e ripiegando sul più solido concetto di elemento costitutivo, hanno tenacemente negato che la dichiarazione di fallimento costituisse condizione obiettiva di punibilità, facendo poi discendere da tale affermazione considerazioni in tema di *tempus delicti* (e quindi di prescrizione) e di *locus delicti* (e quindi di competenza per territorio).

Sembra strano, ma la giurisprudenza per circa cinquanta anni (dal 1958 al 2006) pare non essersi resa conto che, in base agli artt. 44 e 158 cod. pen., la prescrizione decorre esattamente dal momento in cui si realizza la condizione obiettiva di punibilità. D’altra parte, il *locus delicti* della bancarotta è senza dubbio quello in cui viene pronunciata la dichiarazione di fallimento. Se dunque la (inconfessata) preoccupazione era quella, da un lato, di evitare che si facesse retroagire il momento consumativo all’epoca dell’atto di distrazione, dall’altro, di evitare pericoli di *forum shopping*, ebbene era una preoccupazione senza fondamento alcuno.

Dunque, per scongiurare – probabilmente – pericoli inesistenti, in un primo tempo, si è creata la evanescente categoria delle condizioni di esistenza (quelle in rapporto “intimo” con la struttura del reato!), poi, ci si è spinti a sostenere che un provvedimento giudiziario (la sentenza di fallimento) fosse elemento costitutivo di un reato: la bancarotta, appunto.

Conseguenza logica di tale impostazione fu la contestatissima sentenza “Corvetta”, per la quale, se lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento deve essere ritenuto elemento essenziale del reato, allora esso non può che atteggiarsi come evento dello stesso, ponendosi necessariamente in rapporto causale con la condotta dell’agente; esso poi deve (ovviamente) essere sorretto dall’elemento soggettivo del dolo. Dunque, la bancarotta prefallimentare sarebbe reato di evento (non più di pericolo concreto) e, forse, addirittura connotato da dolo specifico.¹⁰

¹⁰ Cass., Sez. V, 6 dicembre 2012, Corvetta, in *Mass. Uff.*, n. 253493. Sul punto la dottrina si è divisa tra entusiastiche adesioni e critiche avversioni: vedasi: SPAGNUOLO, *Revirement della Corte di Cassazione sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta fraudolenta per distrazione: nuovo inizio o caso isolato?*, in *Cass. pen.*, 2013, 2772; SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013, 1429; LANZI, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, 117; TROYER, INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Le Società*, 2013, 335; MORETTI, *Finalmente anche per la bancarotta valgono i principi costituzionali*, in *Riv. pen.*, fasc. 3, 2013, 288.

All'interno della medesima sezione, la reazione fu immeditata.¹¹ Fatto sta che "la Corvetta" aveva portato a logiche conclusioni quelle che erano premesse (errate) tramandate acriticamente per decenni. Le avvisaglie per un "cambio di rotta", tuttavia, stavano già maturando, a seguito di una profonda ri-considerazione della struttura e della natura stessa di quella fattispecie *sui generis*, quale certamente è la bancarotta prefallimentare, in base alla quale si risponde comunque per il distacco dei beni dal patrimonio aziendale, non solo se, al momento in cui l'agente opera tale distacco, egli non sia consapevole dello stato di insolvenza della impresa, ma, addirittura, anche se l'insolvenza non si era ancora manifestata, né fosse prevedibile.¹² E in effetti le Sezioni unite, qualche anno dopo la vigorosa "reazione" dettagliata *sub* nota 11 e precisamente nel 2016, ebbero occasione di chiarire - come è noto - che non solo (contrariamente a quanto aveva affermato la "Corvetta"), per la sussistenza della bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare, non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività, ma anche (e principalmente) che i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza.¹³

¹¹ Dal 2012 (anno della "Corvetta") al 2017, si contano almeno quattordici sentenze della quinta sezione in senso contrario: da n. 233, 7 gennaio 2013, Sistro, in *Mass. Uff.*, n. 254061 al n. 54291; 1 dicembre 2017, Bratomi, n. 271837.

¹² Cass., Sez. V, 2 dicembre 2011, Pisani e altri, in *Mass. Uff.*, n. 251214.

¹³ Cass., Sez. un., 27 maggio 2016, Passarelli e altro, in *Mass. Uff.*, n. 266807. In dottrina vedasi, tra le altre DELL'OSSO, *Rien ne va plus: le Sezioni Unite confermano la perdurante rilevanza delle valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali*, in *Giur. Comm.*, 2016, fasc. 6, parte 2, 1204; CARACCIOLI, *Il "disallineamento" tra falso in bilancio "valutativo" e nuove dichiarazioni tributarie punibili*, in *Riv. dir. tribut.*, 2016 fasc. 5, parte 3, 79; MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e ars interpretandi*, in *Dir. pen. cont.*, Rivista on line, 2016, fasc. 13, luglio 2016; PIVA, *Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in *Corr. trib.*, 2006, fasc. 29, 2252; ROSSI, *La rilevanza penale del falso valutativo: la motivazione "di conferma" delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2016, fasc. 8-9, 2007; CINCOTTI, *La rilevanza penale del falso valutativo tra contabilità, valutazioni e stime: Sez. Unite Sentenza 22474 del 27/05/2016*, in *Giur. Comm.*, 2016, fasc. 6, parte 2, 1215; BRICHETTI, *Superato il rischio di sterilizzazione dei bilanci societari*, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 28, 48; D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni Unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*, in *Cass. Pen.*, 2016, 2790; ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1463; GIUSTI, *Spunti di diritto comparato in margine al "nuovo" delitto di falso in bilancio*, in *Foro it.*, 2017, fasc. 11, parte 2, 693; SCOLETTA, *La tipicità penale delle false valutazioni nelle comunicazioni sociali alla luce delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, fasc. 1, 35.

Una simile affermazione si giustifica, invero, solo presupponendo che l'attività distrattiva (o dissipativa) dell'imprenditore sia, sempre e comunque, una condotta *contra legem*, una condotta che, tuttavia, non viene punita se non (e fin quando non) interviene la dichiarazione di fallimento; ciò sia per ragioni di mera opportunità, sia perché, oltretutto, difficilmente la distrazione emergerebbe fin quando l'impresa è *in bonis*. A ben vedere, dunque, si tratta di un presupposto "ideologico" frontalmente opposto rispetto a quello che, 58 anni prima, sempre le Sezioni unite, avevano affermato: essere la condotta distrattiva, in assenza di fallimento, fatto penalmente irrilevante. Viceversa, se si sostiene che i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza (come la ricordata sentenza Passarelli, pur senza utilizzare il sintagma "condizione obiettiva di punibilità"¹⁴, afferma), allora è evidente che qualsiasi attentato al patrimonio aziendale (e quindi alla garanzia dei creditori) è, già in sé un fatto illecito e che, tuttavia, la sua punibilità è sospesa fino alla eventuale, successiva dichiarazione di fallimento.

Ebbene, se ci si chiede quale possa essere la ragione di una così rigida impostazione "censoria", è agevole rispondere, rifacendosi al periodo storico in cui la legge fallimentare vide la luce (1942), che l'ideologia fascista, nella sua visione - ad un tempo - organicistica e corporativa della società, considerava la solidità economica della Nazione come obiettivo da perseguire anche e principalmente in un'ottica di potenza e di prestigio internazionale (Nel 1942, oltretutto, il secondo conflitto mondiale era in pieno svolgimento). Non a caso, infatti, fanno la loro comparsa nel codice Rocco i delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio (capo primo, titolo ottavo, libro secondo: artt. da 499 a 518), del tutto ignoti al codice Zanardelli.¹⁵ E l'economia è "pubblica" non perché esercitata da un soggetto pubblico, ma perché pubblico è l'interesse, appunto, alla floridità e stabilità della produzione nazionale.

Alla luce della Costituzione repubblicana, il percorso è ovviamente tutt'altro, ma l'approdo è il medesimo. L'ottica solidaristica che la ispira l'art. 41 e i se-

¹⁴ Alle pagg 27-28 della ricordata sentenza delle Sezioni unite infatti si legge: «<La condotta, in altre parole, si perfeziona con la distrazione, mentre la punibilità della stessa è subordinata alla dichiarazione di fallimento, che, ovviamente, consistendo in una pronuncia giudiziaria, si pone come evento successivo (in caso, appunto, di bancarotta distrattiva prefallimentare) e comunque esterno alla condotta stessa">>».

¹⁵ Il codice Zanardelli conosceva "I delitti contro la libertà del lavoro" (artt. 165, 166, 167), nonché "Le frodi nei commerci, nelle industrie e negli incanti" (artt. da 293 a 299), ma la prospettiva era tutt'altra (la tutela del libero traffico economico in un'ottica decisamente individualistico-liberista).

guenti giustifica ampiamente, sia pure in base a diversa (e finanche opposta) concezione sociopolitica, il permanere dell'impostazione rigoristica della legge fallimentare. Invero, se l'iniziativa economica <<non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana>>, allora è ovvio che l'imprenditore non è il *dominus* assoluto dell'azienda: egli ha pesanti responsabilità nei confronti dei suoi dipendenti, dei creditori e dei consociati tutti; è certo quindi che non potrà affatto vantare uno *jus utendi et abutendi* nei confronti del patrimonio aziendale, che, anzi, dovrà essere preservato, amministrato e investito, certamente nell'ottica del profitto individuale, ma anche con adeguate cautele che ne assicurino, appunto, la <<utilità sociale>>.

Alla netta presa di posizione delle Sezioni unite sono poi seguite una serie di pronunzie che, *apertis verbis*, ormai hanno finalmente definito la dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità. Così, ad es., per fermarci alla prima in ordine di tempo, è possibile leggere che il fallimento, ponendosi come evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, costituisce una condizione obiettiva di punibilità, che circoscrive l'area di illiceità penale alle sole ipotesi nelle quali, alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi dei creditori, segua appunto la dichiarazione di fallimento.¹⁶ E l'accento, per quel che qui interessa, va posto proprio sull'inciso <<di per sé offensive degli interessi dei creditori>>.

A tale sentenza, altre di analogo contenuto hanno fatto seguito; da ultimo è stato, *ad abundantiam*, ribadito che il momento consumativo del reato di

¹⁶Cass., Sez. V, 22 marzo 2017, Santoro, in *Mass. Uff.*, n. 269389. La sentenza *de qua* è stata variamente commentata in dottrina. Tra gli altri si segnala: RECCIA, *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 24/1/2018 (rivista online); MASULLO, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1151; ROSSI, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: "pace fatta" tra giurisprudenza e dottrina? (Bancarotta patrimoniale prefallimentare)* in *Giur. it.*, 2017, fasc. 7, 1679; BETTIOL, *Bancarotta e reati fallimentari, bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Foro it.*, 2017, fasc. 6, parte 2, 366; PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1158.

¹⁷Cass., Sez. V, 18 luglio 2019, Burani, in *Mass. Uff.*, n. 277248. Fra le "intermedie", si segnalano: Cass., Sez. V, 30 gennaio 2018, Cragnotti e altri, in *Mass. Uff.*, n. 272256; Cass., Sez. V, 6 giugno 2018, Pessotto, in *Mass. Uff.*, n. 273468; Cass., Sez. V, 17 maggio 2018, Sebastianutti, in *Mass. Uff.*, n. 273189; Cass., Sez. V, 22 novembre 2017, Fontana, in *Mass. Uff.*, n. 271590. Cass., Sez. V, 22 gennaio 2019, Signoretti, in *Mass. Uff.*, n. 274610. In dottrina: MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 11 (rivista online); VIGLIONE, *La bancarotta fraudolenta per distrazione al banco di prova del ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 2019, 1246.

bancarotta va identificato con l'avveramento della condizione oggettiva di punibilità consistente nella declaratoria di fallimento e il luogo del commesso delitto, funzionale alla determinazione della competenza territoriale, va fissato nel luogo in cui tale pronuncia è avvenuta.¹⁷

Il discorso appena sviluppato si attaglia perfettamente al “caso Alitalia”, in considerazione delle dimensioni e dell'importanza strategica della società, del suo rilievo interno ed internazionale (la *ex* “Compagnia di bandiera”), dell'indotto che generava, del numero dei dipendenti che ad essa fanno capo, della ampiezza e importanza del ceto creditorio.

Sembrerebbe dunque lecito chiedersi perché in una pronuncia di tal rilievo non si utilizzi, al proposito, la netta e chiara definizione legislativa di “condizione obiettiva di punibilità” in relazione allo stato di insolvenza (che, come è noto, ai sensi dell'art. 95 comma 1 del decreto legislativo del 8/7/1999 n. 270, per le “Grandi Imprese” è equiparato, ai fini della applicazione del R.D. 267/1942, alla dichiarazione di fallimento), di talché le contestate condotte di “finanza allegra”, in qualsiasi momento siano state poste in essere, devono considerarsi - e sono state di fatto considerate - penalmente rilevanti. Invero, se, all'epoca (2016), le Sezioni unite adoperarono grande circospezione verbale per “introdurre”, quasi surrettiziamente, in sentenza l'affermazione che la dichiarazione di fallimento altro non era che quell'evento futuro e incerto, indipendente dalla volontà e dall'operato dell'agente, il cui realizzarsi ne determinava la punibilità (dunque, precisamente la condizione prevista dall'art. 44 c.p.), meno comprensibile sembra la “prudenza” adoperata dalla quinta sezione nella sentenza Alitalia, pronunciata ben cinque anni dopo la “Passarelli” e per di più preceduta dalle quattordici pronunzie di cui alla nota 11. Insomma anche in Cassazione dovrebbe valere il principio per il quale *nominata sunt consequentia rerum*¹⁸, o, per dirla in maniera più pedestre, la buona regola in base alla quale le cose andrebbero chiamate col loro nome.

Il fatto è che, molto probabilmente, si è trattato di vincere la ritrosia di qualche componente del Collegio, forse ancora “sentimentalmente legato” alla vecchia concezione della dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo del reato. E tuttavia maggior chiarezza definitiva sarebbe stata auspicabile.

Per altro, secondo quanto si legge nei capi di imputazione, nelle sentenze di merito e in quella di legittimità che qui si annota, la situazione di dissesto era già in atto ed era nota ai vertici della compagnia quando le contestate dissipazioni e distrazioni furono poste in essere. Anzi: la nomina del Cimoli - che,

¹⁸ *Iustiniani Institutiones*, II, 7,3, principio ripreso, come è noto, da Dante, *Vita Nuova*, XIII, 4.

come si è detto, assommò le qualifiche (e le funzioni) di presidente e amministratore delegato - fu motivata proprio dall'esigenza di porre un *manager* di comprovata esperienza al vertice di una società che versava in cattivissime acque.

Viceversa, proprio al Cimoli sono state addebitate le più pesanti responsabilità per le distrazioni e, addirittura, per le dissipazioni del patrimonio aziendale, azioni cui, tuttavia, non sarebbe seguita alcuna conseguenza sul piano penale, se non si fosse realizzata la condizione che le ha rese punibili. Ma, per quel che si è premesso, esse, quando furono poste in essere, già integravano condotte *contra legem*.

4. *Il concetto di dissipazione secondo la quinta sezione della Suprema corte.*

Anche per quel che riguarda la bancarotta per dissipazione (contestata al capo A nelle sue varie articolazioni), la dichiarazione di fallimento (nel nostro caso: dello stato di insolvenza) si atteggia, chiarisce il giudice di legittimità, come «*evento che condiziona il perfezionamento del reato, ma non è collegato da alcun nesso di causalità necessaria con la condotta*» (così letteralmente la sentenza a p. 106). Ancora una volta, dunque, si descrive la condizione obiettiva di punibilità ex art. 44 cod. pen., senza chiamarla col suo nome.

Orbene è noto che il concetto stesso di dissipazione è sempre stato ritenuto di difficile individuazione, anche per la non sempre agevole differenziazione dalla condotte di bancarotta semplice conseguente a spese eccessive o a operazioni manifestamente imprudenti o di pura sorte (art. 217 comma 1 nn. 1 e 2 L.F.).¹⁹

¹⁹ In merito, in dottrina vedasi, tra gli altri, BRICHETTI, PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, 74, PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino 1953, 143, SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino 2000, 65, PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito in Commentario Scialoja, Branca, Legge fallimentare*, a cura di Galgano, Bologna-Roma 199, 62, Cantone, *I reati fallimentari*, Napoli 2001, 31. Sul punto si legge in sentenza: (p. 105): «*La differenza tra le due fattispecie sta nella connotazione della bancarotta fraudolenta sia sul piano oggettivo - caratterizzato dalla natura dell'operazione, del tutto priva di ogni profilo di coerenza con le esigenze dell'impresa - che soggettivo - individuato dalla coscienza e la volontà dell'agente di diminuire il patrimonio per scopi del tutto estranei all'impresa -, laddove le operazioni manifestamente imprudenti, di cui al n. 3 [rectius: 2 NdR] dell'ad 217 legge fallimentare, devono presentare, in astratto, un elemento di razionalità nell'ottica delle esigenze dell'impresa, cosicché il risultato negativo sia frutto di un mero e riscontrabile errore di valutazione*». Per la precedente giurisprudenza di legittimità, vedasi da ultimo: Cass. Sez. 5, 34979, 9 dicembre 2020, Magioni, in *Mass. Uff. 280321*, per la quale «*Il delitto di bancarotta fraudolenta per dissipazione si distingue da quello di bancarotta semplice per consumazione del patrimonio in operazioni aleatorie o imprudenti sotto il profilo oggettivo, per l'inconciliabilità con lo scopo sociale e l'incoerenza con il soddisfacimento delle esigenze dell'impresa delle operazioni poste in essere, e soggettivo, per la consapevo-*

Da un punto di vista strettamente semantico, “dissipare” è sinonimo di disperdere, dissolvere, dilapidare, sperperare, sprecare. Addirittura di “scialacquare”.²⁰ L’espressione sembra suggerire un rimprovero (anche) di carattere morale, quasi si dovesse tratteggiare nel dilapidatore l’*identikit* del gaudente prodigo e irresponsabile, che, frequentando assiduamente il tavolo da gioco, o comunque dedicandosi ad altre voluttuarie occupazioni,²¹ fa letteralmente evaporare il suo patrimonio (e in tal senso è orientata la giurisprudenza più risalente, che esplicitamente annovera le spese sostenute <<per soddisfare le esigenze di una vita viziosa o la propria vanità>>,²² quasi avesse in mente l’immagine di un dissoluto gentiluomo della *belle époque*).

In una visione più attuale e meno “cinematografica”, la dissipazione è stata descritta, sotto il profilo oggettivo, come l’incoerenza assoluta delle operazioni poste in essere in relazione alla prospettiva delle esigenze dell’impresa, condotta connotata, sotto il profilo soggettivo, dalla consapevolezza dell’autore di diminuirne il patrimonio per scopi ad essa estranei. E dunque, ad esempio, è stato ritenuto che la dissipazione sussistesse in caso di sistematica vendita di merce sottocosto, qualora tale prassi sia inconciliabile con il raggiungimento dello scopo sociale e incoerente con il soddisfacimento delle esigenze dell’impresa, e sia dimostrata la consapevolezza dell’agente di diminuire il patrimonio societario per scopi estranei all’oggetto sociale.²³

D’altra parte, nel codice penale è presente un concetto del tutto analogo; precisamente nell’art. 570, atteso che, al secondo comma n.1), si prevede la condotta di quel familiare che <<malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge>>. E il significato è del tutto coincidente con quello appena sopra illustrato: i beni vengono “consumati” per finalità che nulla hanno a che fare con l’economia e il benessere di quei soggetti (figli minorenni, moglie, marito) e della famiglia in genere.

Per parte sua, la Dottrina ha chiarito che la dissipazione può estrinsecarsi an-

lezza, da parte dell’autore della condotta, di diminuire il patrimonio societario per scopi del tutto estranei all’oggetto sociale>> (in sentenza poi sono esplicitamente citate altre pronunzie più risalenti: Cass. Sez. V, 2 ottobre 2020, Olivieri Elmo, in *Mass. Uff.* 279973; Cass. Sez. V, 19 ottobre 2011, Presutti, in *Mass. Uff.*, n. 225398; Cass., Sez. V, 22 febbraio 2005, Garattoni ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 231394; Cass. Sez. V, 38835, 23 ottobre 2002, Galluccio, in *Mass. Uff.*, n. 225398; Cass. Sez. V, 2876, 3 marzo 1999, Vichi W., in *Mass. Uff.* 212608).

²⁰ Così QUARTU, *Dizionario dei sinonimi e dei contrari*, Milano 1986, 116

²¹ Per ANTOLISEI, *op. cit.*, 56, la dissipazione si concretizza in spese per <<lussi eccessivi, ricevimenti particolarmente sontuosi, avventure galanti>>.

²² Cass., Sez. V, 18 settembre 1971, Bruno, in *Mass. Uff.*, n. 119090.

²³ Rispettivamente: Cass., Sez. V, 5317, 4 febbraio 2015, Franzoni e altro in *Mass. Uff.*, n. 262225 e Cass., Sez. V, 38707, 19 settembre 2019, Ceravolo, in *Mass. Uff.*, n. 277318.

che in atti a titolo oneroso, che tuttavia nulla hanno a che fare con gli scopi dell'impresa.²⁴ E in ciò la Dottrina coglie (e la sentenza in commento ha colto) la fondamentale differenza tra la bancarotta semplice, ai sensi dei nn. 2 e 3 comma 1 dell'art. 217 L.F., e la bancarotta fraudolenta - appunto - per dissipazione.

Sulla scorta di tali precedenti giurisprudenziali e del conforto della Dottrina, la sentenza che si annota osserva correttamente che la bancarotta dissipativa è connotata, quanto alla condotta, dall'impiego del capitale aziendale in investimenti e spese del tutto "incoerenti", tanto con le necessità, quanto con gli obiettivi strategici dell'azienda stessa; quanto all'elemento psicologico, l'agente deve avere piena consapevolezza di stare intaccando il patrimonio, per destinarlo, in tutto o in parte, al perseguimento di finalità del tutto eccentriche rispetto alle ragioni per le quali l'azienda è nata, opera e permane sul mercato. Con ciò viene neutralizzato l'argomento difensivo che, appellandosi ai principi della *business judgement rule*,²⁵ aveva recisamente negato che possa rientrare nelle competenze del giudice penale sindacare le scelte strategiche dell'imprenditore, scelte che non possono non comportare l'assunzione del rischio d'impresa. Logica conseguenza di tale premessa dovrebbe essere, secondo le prospettazioni difensive, che, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, l'esito infausto di una o più "operazioni", per quanto arrischiate, non dà certamente luogo al reato di bancarotta fraudolenta per distrazione e, meno che mai, a quella per dissipazione.

A fronte di tali argomentazioni è stato, tuttavia, agevole per la quinta sezione replicare (punto 2.6. del "*considerato in diritto*") che, innanzitutto,

²⁴ BRICHETTI, PISTORELLI, *op. cit.*, 73 ss.

²⁵ Come è noto, trattasi di un principio di origine statunitense, la cui giurisprudenza ha affermato e sostiene che le scelte gestorie, che per legge o per atto interno competono allo *staff* aziendale non possono essere oggetto di sindacato da parte del giudice (né dai soci). Sul terreno processuale, si tratta di una vera e propria regola di giudizio in tema di diritto societario che tende a creare una sorta di presunzione di correttezza (e quindi di incriticabilità) circa l'operato degli organi societari di vertice, a meno che non si provi che siano venuti meno alla c.d. *duty of care*. La nostra giurisprudenza civile di legittimità, tuttavia, ha chiarito che la presunzione in questione incontra un limite nella valutazione di ragionevolezza delle operazioni, valutazione da compiersi sia *ex ante*, secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 cod. civ., sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere. Cass. civ. Sez. I, 3 agosto 2016, in *Mass. Uff.*, n. 641164, annotata da SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, in *Le Società*, 2017, 2, 218; CAGNASSO, RIGANTI, *L'obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti*, in *Giur. It.*, 2017, 2, 386; PIAZZA, *La Cassazione torna sulla responsabilità degli amministratori senza deleghe: problemi risolti e questioni ancora aperte*, in *Giur. Comm.*, 2017, 5, 842.

all'imprenditore è richiesta (dalla giurisprudenza di legittimità civile²⁶) una condotta ispirata alla diligenza professionale *ex art. 1176, co. 2, c.c.*, e che, in secondo luogo, una cosa è il sindacato (non consentito al giudice penale) sulla discrezionalità delle scelte imprenditoriali, basate su considerazioni tecniche, che ben possono essere (anzi in genere sono) non esenti da rischi, altro è la valutazione (da parte del giudice) della assoluta estraneità rispetto alle finalità dell'impresa di iniziative, operazioni e investimenti del tutto alieni rispetto alla *mission* aziendale. Dunque il criterio della *business judgement rule* non può trovare applicazione alcuna in presenza di una condotta dissipativa, costituendo quest'ultima la negazione stessa di qualsiasi criterio gestionale che possa pretendere di esser fondato su scelte minimamente razionali.

Nel caso in esame, il *board* dell'Alitalia, per quanto accertato nelle fasi di merito, tanto con condotte commissive, quanto con condotte omissive, finì per disperdere gran parte del patrimonio aziendale in operazioni finanziarie o di gestione prive di qualsiasi fondamento logico o di prospettive strategiche. Emblematica della prima condotta (commissiva) è l'operazione di acquisizione del gruppo Volare (con un esborso superiore di ben 9 milioni rispetto alla offerta proveniente da una società concorrente), operazione che non presentava coerenza alcuna con le direttrici del piano industriale. In pratica un gruppo aziendale già in grave crisi (Alitalia) ne assorbì un altro (Volare) che non versava certo in migliori condizioni. Ciò determinò, inevitabilmente, un effetto dissipativo delle già compromesse finanze della Compagnia. Inoltre il solo "mantenimento" dal 2006 al 2008 del gruppo aziendale assorbito comportò il (prevedibile) "peso" di oltre 700 nuovi dipendenti.

Quanto alla condotta omissiva integratrice della dissipazione, la gestione del settore "Cargo" viene individuata come l'episodio emblematico. Invero, come anticipato in nota, benché esso fosse dotato di soli cinque aeromobili, ebbe in assegnazione ben centotrentacinque piloti (in pratica 27 per ogni velivolo), con una eccedenza calcolata nella misura tra il 30 e il 50% rispetto al fabbisogno effettivo. Per soprammercato, si trattava di piloti "anziani", vale a dire a fine carriera e quindi destinatari degli stipendi tra i più alti corrisposti dalla Compagnia. Ciò determinò, nell'arco di meno di sette anni, una perdita netta di circa 400 milioni di euro. Ma, a ben vedere, il rimprovero principale mosso, in relazione alla vicenda "Cargo" ai vertici aziendali dai giudici del merito

²⁶Gli estensori ricordano le seguenti pronunzie: Cass. civ. Sez. I, 28 aprile 1997, in *Mass. Uff.*, n. 503948, Cass. Sez. I, 12 febbraio 2013, in *Mass. Uff.*, n. 625022, Cass. civ., Sez. I, 31 agosto 2016, in *Mass. Uff.* 641164, Cass. civ. Sez. I, 22 giugno 2017, in *Mass. Uff.*, n. 644464.

(e condiviso dalla Corte di legittimità) è quello di non aver posto in campo alcun intervento di riorganizzazione e razionalizzazione. Viene così delineata una ipotesi di dissipazione *per omissionem* ai sensi, evidentemente, del comma 2 dell'art. 40 c. p., sul presupposto, senza dubbio, che l'imprenditore ha l'obbligo di adoperarsi per impedire il tracollo della sua azienda. Ed è un obbligo giuridico; il che è perfettamente coerente con quella che sopra abbiamo definito come la visione solidaristica della attività di impresa, visione coerente con il dettato costituzionale, in base al quale l'imprenditore, se non è proprio ridotto a mero "amministratore" dell'azienda, certo non ne è il *dominus* assoluto, in quanto su di lui gravano precisi obblighi di *facere* nell'interesse dei suoi collaboratori, dei creditori e della comunità tutta. Di talché il "tasso di rimproverabilità" per una condotta dissipativa, sia che si estrinsechi in spese folli, voluttuarie o in iniziative prive di qualsiasi coerenza con il *core business* aziendale, sia che si manifesti in atteggiamenti ignavi e neghittosi, non può che essere elevato. In sintesi: l'imprenditore non può improntare la gestione aziendale ad un irresponsabile *laissez faire*, idoneo a determinare la crisi dell'apparato produttivo, ma ha precisi doveri, venendo meno ai quali, in caso di fallimento, può esser chiamato a rispondere di bancarotta per dissipazione.

Dunque: mentre l'individuazione della linea di confine tra un'operazione connotata dall'assunzione di un rischio, anche elevato, ma calcolato e ragionevole (del tutto "coperto" dal ricordato *business judgement rule*) ed una condotta (attiva) integrante dissipazione del patrimonio aziendale può essere non agevole e può prestarsi a pericolose oscillazioni giurisprudenziali, quella che abbiamo definito "dissipazione omissiva" è certamente riconoscibile con maggiore sicurezza, quando il *non facere* (protrattosi per un tempo intollerabilmente lungo) di chi avrebbe dovuto attivarsi abbia determinato un oggettivo impoverimento della struttura aziendale, seguito poi dal fallimento della stessa.

5. *La natura valutativa della falsità ex art. 185 del decreto legislativo 58/1998.* Il reato del capo C), ascritto al solo Cimoli, è comunemente qualificato come "aggiotaggio informativo" e, in base al dettato dell'art. 185 T.U.F., consiste nel diffondere notizie false atte a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari.²⁷ Si tratta pacificamente di un reato di pura condotta e

²⁷ L'art. 185 prevede e punisce (con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 20.000 a 5.000.000 di euro) le condotte (purché idonee) dirette a provocare una sensibile alterazione degli strumenti finanziari, sia che lo scopo sia perseguito mediante diffusione di notizie false (ed è il caso di cui in sentenza),

di pericolo concreto, come non manca di precisare la sentenza della quinta sezione,²⁸ richiamando precedente, consolidata giurisprudenza.²⁹ La condotta del delitto *de quo* fa innanzitutto riferimento al concetto di “diffusione” che altro non può significare che la propagazione *in incertam personam* di una serie di informazioni riguardanti il mercato finanziario e i suoi “movimenti”. I destinatari naturali, come è logico, sono, appunto gli operatori (effettivi o potenziali) sul suddetto scenario. Ovviamente la comunicazione può avvenire in tutte le maniere e con tutti i *media* che la moderna tecnologia mette a disposizione, oltre che con quelli tradizionali.

Fin qui, nulla di nuovo.

Il fatto è che, quanto al concetto di “notizia” (falsa), oggetto della diffusione, la sentenza in scrutinio ritiene che <<*la scelta dei fatti da comunicare sia sempre espressione di un approccio valutativo*>>, infatti, secondo la Corte, <<*sarebbe del tutto avulso dalla realtà fattuale [...], considerare notizia solo la descrizione di un fatto storico accaduto o di prossima verifica, soprattutto in riferimento ad un contesto in cui le manovre speculative vengono originate proprio da informazioni e giudizi riferiti ad eventi futuri, quindi caratterizzati da una evidente connotazione valutativa che, proprio in detta dimensione, risultano idonee ad incidere sulle scelte di investimento dei destinatari*>>

sia quando si tenti di raggiungere il medesimo obiettivo ponendo in essere operazioni simulate o altri artifici. La prima condotta è denominata anche aggio informativo, le altre due: aggio operativo. In merito: SEMINARA, *L'aggio* (art. 2637 c.c.), in *I nuovi reati societari*, a cura di Giarda, S. Seminara, Padova, 2002, 555, ORSI, *La manipolazione del mercato mediante la diffusione di false notizie*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, I, 83 ss., ALESSANDRI, *Osservazioni sulle notizie false esagerate o tendenziose*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 720.

²⁸ Punto 8.1. del “considerato in diritto”.

²⁹ Cass. Sez. V, 20 luglio 2011, Tanzi e altri, in *Mass. Uff.*, n. 253755, con note di MUCCIARELL., *Manipolazione informativa: la condotta pericolosa e il luogo di consumazione nella lucida lettura della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, fasc. 9, 1096, Magro, *Caso Parmalat: considerazioni a margine su un caso di manipolazione informativa*, in *Le Società*, 2012, 10, 1952; FRASCETTI, *La natura e la struttura dell'aggio informativo*, in *Cass. pen.*, 2013, 12. Sez. 4, 4594. Vedasi inoltre Cass. Sez. V, 13 giugno 2011, PM in proc. Ligresti e altri, in *Mass. Uff.*, n. 260751, Cass. Sez. V, 1 dicembre 2017, Bancheiro, in *Mass. Uff.*, n. 272083, con nota di CAIA E., *Manipolazione del mercato: il ruolo dirimente dell'idoneità concreta della condotta nella giurisprudenza di legittimità*, in *questa Rivista*, 2018, 2; e inoltre: Cass., Sez. V, 10 ottobre 2018, F. in *Mass. Uff.*, n. 274179, Cass., Sez. V, 28 novembre 2018), PG in proc. Baldassarre, in *Mass. Uff.*, n. 275134, con nota di Careri. *La manipolazione del mercato nella “vicenda Alitalia”*. (*Manipolazione del mercato*) in *Le Società*, 2020, fasc. 1, 99. Nondimeno è stato ritenuto da Cass. Sez. I, 13 novembre 2015, PG in proc. Bonsignore e altri, in *Mass. Uff.*, n. 265397, che, nella valutazione, in astratto e con giudizio *ex ante*, della idoneità decettiva della condotta, sia doveroso praticare il c.d. giudizio controfattuale, all'esito del quale è anche possibile giungere alla conclusione che una diversa condotta dell'agente non avrebbe comportato un differente atteggiarsi del prezzo del titolo.

Ed è proprio sulla ampiezza del perimetro semantico del termine “notizia” che occorre riflettere. La “diffusione di una notizia”, lo si è appena detto, integra ovviamente un’attività comunicativa. Ma la comunicazione presuppone una necessaria (previa) attività di selezione dei dati da comunicare e della catena causale da esporre. Gli effetti hanno molteplici cause e le cause infiniti effetti; il racconto di un fatto è anche, inevitabilmente, la sua “spiegazione”. Se poi la comunicazione ha la finalità di <<provocare una sensibile alterazione di strumenti finanziari>>, essa - necessariamente - è strutturata in modo da esercitare un potere di persuasione nei confronti dei destinatari. La notizia, in altri termini, è certamente manipolata, parzialmente adulterata, “imbellettata”. Se non avesse subito tali alterazioni, essa non sarebbe atta a convincere (e quindi a trarre in inganno) i destinatari. Orbene è la stessa natura della “notizia finanziaria” che ne implica una componente valutativa. Non per nulla, infatti, nel caso in esame, al Cimoli è addebitata, non una semplice condotta omissiva (consistente nell’aver fornito informazioni reticenti, anche dopo le sollecitazioni ricevute da Consob), ma anche di aver consapevolmente (e quindi dolosamente) minimizzato, nei bilanci consolidati di Alitalia per gli anni 2006-2007, <<l’impatto [...] delle negative previsioni sull’andamento di Volare [Airlines NdR] nel suddetto biennio nonché degli [...] interventi, oggettivamente prevedibili, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato conseguenti ecc...>>. Dunque egli, in base all’ipotesi di accusa, ritenuta fondata dai giudicanti, si è volontariamente e scientemente discostato da quei criteri di apprezzamento (e, conseguentemente, di “spiegazione” dei fenomeni finanziari) - diffusamente condivisi e accettati - in base ai quali avrebbe dovuto correttamente valutare (e rendere noto) l’effetto <<dell’impatto>> che le previsioni negative relative alla compagnia Volare e gli interventi della ricordata Autorità avrebbero determinato sui bilanci (e quindi sulle quotazioni) di Alitalia. In conseguenza di tale, volutamente scorretta, valutazione e della conseguentemente falsa comunicazione, il mercato finanziario ha ricevuto informazioni ingannevoli, in grado di influire sul prezzo delle azioni della Compagnia.

Si tratta dunque di un falso, la cui costruzione implica, inevitabilmente, anche una (volutamente) erronea interpretazione dei dati, <<espressione>>, come chiarisce la sentenza, appunto di <<un approccio valutativo>>.

Del resto, nonostante alcune resistenze di parte della Dottrina,³⁰ il falso valuta-

³⁰ Tra le quali spicca, per il fastidio mostrato rispetto a tale assunto, SERENI, *Valutazioni tecniche e falsità documentali nel diritto vivente*, in *questa Rivista on line* 1/2019.

tivo ha raggiunto, ormai, piena cittadinanza nel diritto vivente. Invero, tanto per mettere un punto fermo, è stato notato che vi è almeno una fattispecie criminosa nella quale la falsità dell'enunciato valutativo è *apertis verbis* predicata dalla legge penale; tale è il caso della falsa perizia o interpretazione, di cui all'art. 373 cod. pen.³¹ A ciò in verità consegue che anche nel delitto di intralcio alla giustizia, sia pure, sempre, con riferimento alle dichiarazioni del perito o consulente tecnico, può configurarsi una falsità di tal fatta³² ed ancora in quello di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 cod. civ.).

Vanno poi ricordate le numerose sentenze in tema di falsità ideologica in atti pubblici (art. 479 cod. pen.) che affermano la possibilità che la falsa dichiarazione possa riguardare anche valutazioni compiute da "un esperto", dal momento che è certamente ideologicamente falsa la valutazione che contraddica criteri indiscussi o indiscutibili di giudizio. Ciò in quanto, nell'ambito di contesti che implicano l'accettazione di parametri valutativi normativamente determinati o tecnicamente indiscussi, le valutazioni formulate da soggetti cui la legge riconosce una determinata perizia possono, non solo configurarsi come errate, ma possono rientrare altresì nella categoria della falsità ideologica, allorché - come si è appena detto - il giudizio faccia riferimento a criteri predeterminati, in modo da rappresentare la realtà al pari di una descrizione o di una constatazione.³³

³¹ cfr. Cass., Sez. V, 7067, 12 gennaio 2011, Sabolo e altro, in *Mass. Uff.*, n. 249836: vicenda relativa all'effettuazione di una stima di azienda da parte di consulenti tecnici nominati dal giudice civile. Ha ritenuto in tale occasione la Corte sussistente il contrasto tra l'intimo convincimento del perito, fondato sulle sue competenze, e quanto dallo stesso manifestato, allo scopo di fornire uno scorretto contributo all'accertamento dei fatti

³² cfr. Cass. Sez. V, 18 giugno 2020, Primerano, in *Mass. Uff.*, n. 279046, oltre alla precedente Cass. Sez. I, 11 novembre 2013, Capogrosso e altro, in *Mass. Uff.*, n. 257895, che, in tema di falsità ideologica contestata al consulente tecnico del P.M., ha ritenuto configurabile il delitto di falso ideologico nella valutazione tecnica, formulata in un contesto implicante l'accettazione di parametri normativamente predeterminati o tecnicamente indiscussi, qualora il soggetto agente esprima il proprio giudizio contraddicendo tali parametri, ovvero basandosi su premesse contenenti false attestazioni. D'altra parte, sia pure incidentalmente, Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, Guidi, in *Mass. Uff.*, n. 261187, avevano affermato che integra il delitto di intralcio alla giustizia previsto dall'art. 377 cod. pen. in relazione alle ipotesi di cui agli art. 371-bis o 372 cod. pen., secondo la fase procedimentale o processuale in cui viene posta in essere, la condotta di chi offre o promette denaro o altra utilità al consulente tecnico del pubblico ministero al fine di influire sul contenuto della consulenza, anche quando l'incarico a questi affidato implica la formulazione di giudizi di natura tecnico-scientifica.

³³ Cfr. Cass. Sez. V 3552, 18 marzo 1999, Andronico, in *Mass. Uff.* 213366, Cass. Sez. V, 14283, 17 dicembre 1999, Pinto ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 216123, Cass. Sez. V, 31 gennaio 2000, Moro, in *Mass. Uff.*, n. 215744, Cass., Sez. VI, 1 marzo 2001, Ciarletta, in *Mass. Uff.*, n. 219039, Cass. Sez. V, 38153, 21 novembre 2006, Bianco, in *Mass. Uff.*, n. 236039, Cass. Sez. V, 19 aprile 2007, Marigliano, in *Mass. Uff.*, n. 236550, Cass. Sez. I, Capogrosso, cit., Cass., Sez. V 5, 14 agosto 2013, R.C. Istituto Città

È da notare che solo quella appena descritta può esser qualificata falsità valutativa in senso proprio, mentre tale non è quella in cui la falsa valutazione sia la conseguenza della semplice falsità delle premesse fattuali sulle quali essa si basa. Infine, vale la pena di riandare alla travagliata vicenda dei delitti di false comunicazioni sociali (artt. 2621, 2621 bis, 2622 cod. civ.), passati per vari e contrastanti rimaneggiamenti normativi ed oggetto di contraddittorie pronunzie della Suprema corte, fino alla composizione del contrasto ad opera delle Sezioni unite nel 2016.³⁴

Insomma è ormai acquisito che la falsità valutativa, a volte positivamente postulata (art. 373 cod. pen. 2629 cod. civ., tanto per fermarsi ad ipotesi “pacifiche”), altre volte necessariamente implicata, è tutt’altro che estranea al nostro ordinamento penale.

Il criterio di carattere generale sembra essere stato individuato da una pronuncia del 2015,³⁵ relativa ad una ipotesi di falso in atto pubblico, ma enunciante un principio di carattere generale. La Corte di cassazione ebbe infatti modo di chiarire che, nel caso in cui il comunicante sia libero, nella sua valutazione, anche nella scelta dei relativi criteri, allora la sua attività non può che essere assolutamente discrezionale, con la conseguenza che il suo il giudizio non è destinato a provare la verità di alcun fatto; quando, viceversa, l’attestazione da rendere faccia riferimento, anche implicito, a previsioni normative che dettano criteri di valutazione, si è in presenza di un esercizio di discrezio-

Studi, Baldini e altri, in *Mass. Uff.*, n. 257124.

³⁴ Con la sentenza Cass. Sez. unite, Passarelli, cit., in relazione alla quale vedasi: MUCCIARELLI, *Le nuove false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont.*, on line, 18 giugno 2015, 7 ss., e, dello stesso Autore, *Le Sezioni unite e le false comunicazioni sociali, tra legalità e ars interpretandi*, in *Dir. pen. contemporaneo*, on line 13.7.2016, SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv.it. dir.pen. proc.*, 2015, 1498., PERINI, *I fatti materiali non rispondenti al vero: harakiri del futuribile falso in bilancio*, in [www. penale contemporaneo.it](http://www.penale.contemporaneo.it), 7 aprile 2015, Sereni, *Le parole sono pietre. Sulle valutazioni estimative nel falso in bilancio*, in *Corso di diritto penale dell’impresa*, a cura di Manna, Padova, 2018, p. 233 ss., Manna, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali tra law in the books and law in action: cronaca di una discutibile riforma*, in *Corso di diritto penale dell’impresa*, a cura di Manna, Padova, 2018, 198 ss, Brichetti, *Superato il rischio di sterilizzazione dei bilanci societari*, in *Guida dir.*, 28/2016, 48 ss., Giusti, *Spunti di diritto contemporaneo al margine del nuovo delitto di falso in bilancio*, in *Foro it. p.* 693 ss., Piva, *Le Sezioni unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in *Corr. trib.*, 29/2016, 2252 ss., HAYO, *La condotta e l’oggetto giuridico delle false comunicazioni sociali*, in questa Rivista on line 2/2016, Caraccioli, *Il disallineamento tra falso in bilancio valutativo e nuove dichiarazioni tributarie*, in *Riv. dir. tribut.*, 5/2016, parte III, 79 ss. Ci sia infine consentito rinviare anche a Fumo, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: sintagmi, locuzioni, litoti ed altre (fuorvianti?) diavolerie linguistiche*, in *Corso di diritto penale dell’impresa*, a cura di Manna, Padova, 2018, 229.

³⁵ Cass., Sez. F, 2 ottobre, Di Napoli, in *Mass. Uff.*, n. 264364.

nalità tecnica, che vincola la valutazione ad una verifica di conformità della situazione fattuale a parametri predeterminati, sicché l'atto potrà risultare falso (o errato, è il caso di aggiungere, a seconda dell'atteggiamento psicologico dell'agente) se detto giudizio di conformità non sarà rispondente ai parametri cui esso è implicitamente vincolato.

Una precisazione va però fatta: i parametri di giudizio vincolanti sono certamente quelli eventualmente imposti da una norma giuridica (es., principi per la redazione del bilancio, artt. da 2423 bis a 2425 ter cod. civ. e criteri di valutazione, art. 2426 cod.civ.), ma possono derivare anche da consolidate *leges artis*, vale a dire quelle acquisizioni tecnico-scientifiche che, in un determinato momento storico (*scil.* quello in cui l'agente opera e il giudice valuta tale operato), sono considerate universalmente valide (es. i principi acquisiti della medicina legale, della balistica o, per rimanere nel campo della contabilità, quelli elaborati dall'O.I.C., Organismo Italiano di Contabilità o, in sede internazionale, dall' I.A.S.B., International Accounting Standards Board).

Questo, dunque, il *discrimen* tra la falsità che potremmo chiamare puramente dichiarativa e quella che va definita valutativa. Si tratta di un confine che si sposta costantemente a vantaggio della seconda categoria. Non potrebbe, d'altra parte, essere diversamente, atteso che, in una società evoluta e "tecnicizzata", anche i contesti e i contenuti comunicativi sono sempre meno generici e sempre più, appunto, tecnici, con la conseguenza che, sempre più "nutrite" di valutazioni tecniche sono anche le comunicazioni ingannatorie in quanto, in esse, la falsità deve necessariamente essere costruita attraverso il discostamento (più o meno sapientemente mascherato) da quelle che sono le regole di valutazione e di giudizio universalmente accettate in un determinato settore dello scibile umano.

MAURIZIO FUMO