

LA COSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE
DELLA BANCAROTTA PREFALLIMENTARE
COME REATO CONDIZIONALE A
CONDOTTA REALMENTE PERICOLOSA PER
IL BENE GIURIDICO TUTELATO

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893
da Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

in *disCrimen* dal 24.09.2018

Renato Bricchetti

SOMMARIO 1. Bancarotta fraudolenta prefallimentare e sentenza dichiarativa di fallimento nella più recente giurisprudenza di legittimità — 2. La bancarotta fraudolenta prefallimentare come reato di pericolo concreto nella più recente giurisprudenza di legittimità — 3. Alcune considerazioni critiche — 3.1. ...in tema di offensività del fatto di bancarotta — 3.2. ...in tema di sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità estrinseca — 3.3. ...in materia di bancarotta riparata — 4. Considerazioni conclusive.

1. Bancarotta fraudolenta prefallimentare e sentenza dichiarativa di fallimento nella più recente giurisprudenza di legittimità

Nei delitti di bancarotta fraudolenta prefallimentare (artt. 216, primo e terzo comma, ai quali rinviano gli artt. 222, 223, primo comma, e 227, del r.d. 16 marzo 1942 n. 267, di seguito L.F.) la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce una “condizione obiettiva di punibilità estrinseca”, non un elemento costitutivo (improprio) o una condizione di esistenza del reato¹.

L’affermazione è in via di consolidamento: ormai si contano diverse pronunce della Suprema Corte². Il nuovo indirizzo ha relegato in soffitta una risalente sentenza

¹ Una sintesi della dottrina sul tema della natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento, può vedersi in R. BRICCHETTI, *Commento all’art. 216 L.F.*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2007; tra gli ultimi studi in materia anteriori alle sentenze in esame v. G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l’evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 67; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d’evento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 443.

² La prima è stata Cass. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, Santoro, RV 269388, già oggetto di numerose note: F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d’insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta prefallimentare*, in *Soc.*, 2017, 897; A. ROSSI, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: “pace fatta” tra giurisprudenza e dottrina?* in *Giur. it.*, 2017, 1679; L. BETTIOL, *Bancarotta e reati fallimentari, bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Foro it.*, 2017, II,

delle Sezioni Unite³ e sessanta anni di pronunce “conformi”⁴; benché si tratti di

366; A. CHIBELLI, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta pre-fallimentare: l'atteso “revirement” della cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 2205; E. FASSI, *Il “revirement” della Corte di cassazione: la sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità per il reato di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare*, in *Cass. pen.*, 2017, 2226; N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta prefallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1158; M.N. MASULLO, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1151; E. RECCIA, *Il mutato orientamento della cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2018. Sono seguite Cass. V, 12 ottobre 2017, n. 53184, Fontana, RV 271590; Cass. V, 6 ottobre 2017, Cragnotti, n. 4400/18, RV 272256; Cass. V, 17 maggio 2016, n. 992/18, Bonofiglio, RV 271920.

³ Cass. S.U., 25 gennaio 1958, n. 2, Mezzo, RV 098004, nella quale si legge che, a differenza delle condizioni obiettive di punibilità, che presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, relativamente ai fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronuncia.

⁴ Tra le quali Cass. S.U., 15 luglio 2010, n. 36551, Carelli, in motivazione: «Il reato, con riferimento alle manovre dirette a tale scopo, si perfeziona con la dichiarazione di fallimento, elemento costitutivo del reato stesso, con la conseguenza che le successive e ulteriori iniziative non esercitano alcuna influenza sull'illecito, ormai realizzato in tutti i suoi elementi strutturali, e non determinano una sorta di progressione criminosa, che ne sposta temporalmente in avanti la consumazione. Conclusivamente, la condotta dell'imputato alla quale deve darsi, ai fini che qui interessano, esclusivo rilievo è quella esauritasi anteriormente alla dichiarazione di fallimento e concretizzatasi ... nella distrazione, a proprio vantaggio, di denaro della società amministrata, condotta che ha finito con l'assumere il carattere dell'illiceità penale, più esattamente quello della bancarotta patrimoniale prefallimentare, nel momento in cui, con la constatazione giudiziale dello stato d'insolvenza, si è accertata la lesione arrecata ai diritti dei creditori ...»; Cass. S.U., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, in motivazione: «La giurisprudenza consolidata di questa Suprema Corte è schierata nel senso che il decreto di ammissione all'amministrazione controllata ripete, nell'ambito della corrispondente fattispecie di bancarotta, la stessa natura e gli stessi effetti della sentenza dichiarativa di fallimento ed integra, pertanto, un elemento costitutivo del reato e non già una mera condizione obiettiva di punibilità, presupponendo questa un reato già strutturalmente perfetto, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo. È solo per effetto dell'ammissione all'amministrazione controllata che determinate condotte del ceto gestorio della società si connotano come bancarotta ed è al momento di tale configurazione che va relazionata l'applicazione di determinati istituti sostanziali e processuali, quali la prescrizione, l'indulto, la competenza per territorio (... S.U. 25/1/1958, Mezzo ...). Tale orientamento giurisprudenziale, che queste Sezioni Unite condividono e non hanno ragioni per disattenderlo, trova – peraltro – riscontro anche nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 110 del 1972, n. 190 del 1972, n. 146 del 1982. Deve quindi riassuntivamente affermarsi sul punto, evocando la concezione belinghiana del fatto tipico (*tatbestand*), che questo racchiude «l'insieme o la somma degli elementi che incarnano il volto di una specifica figura di reato», ivi compresi i così detti elementi normativi che, instaurando una stretta relazione giuridica con la condotta, partecipano alla descrizione della medesima fattispecie e rimangono imprescindibilmente inseriti nel suo nucleo essenziale: è il caso dell'amministrazione controllata, elemento normativo interno alla fattispecie incriminatrice in esame».

«opinione non ancora del tutto condivisa»⁵ appare chiaro che questa sulla natura della sentenza dichiarativa di fallimento – se condizione obiettiva di punibilità estrinseca o elemento costitutivo dei delitti di bancarotta⁶ – è questione risolta con un’inversione di linea che non ha prodotto però, rispetto al passato, conseguenze pratiche diverse⁷.

È utile un breve riepilogo delle ragioni e delle conseguenze dell’inversione.

La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità – si afferma (con specifico riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, ma, naturalmente, l’affermazione riguarda in generale la bancarotta prefallimentare) nelle citate pronunce – perché è:

- estranea all’offesa tipica, cioè all’interesse dei creditori alla conservazione da parte del debitore della garanzia patrimoniale;
- estranea alla sfera di volizione dell’agente: si pone, in altre parole, al di fuori della sfera di ricaduta degli elementi costitutivi del reato nel fuoco del dolo, sull’assunto che la tradizionale qualificazione della dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo sarebbe incompatibile con il principio costituzionale in materia di personalità della responsabilità penale.

Offesa tipica e dolo della bancarotta prefallimentare vanno ricercati nelle condotte del debitore. L’offesa deve realizzarsi e il dolo deve sussistere già con l’atto depauperativo.

L’imprenditore – afferma la S.C. – non è il *dominus* assoluto e incontrollato del patrimonio dell’impresa e non può, pertanto, fare dei suoi beni un utilizzo che leda o metta in pericolo l’interesse dei creditori. In particolare, nel commettere fatti di bancarotta sui beni, l’imprenditore viola il vincolo di sostanziale indisponibilità “in negativo” che su di essi è impresso dall’essere preordinati al raggiungimento del profitto e al soddisfacimento degli interessi dei creditori, prima che si giunga alla “decozione conclamata”⁸.

⁵ In termini, la stessa relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione sulla giurisprudenza penale del 2017, in www.cortedicassazione.it.

⁶ Autorevoli studiosi hanno parlato di “rivoluzione” (MUCCIARELLI, cit.) ma vi è anche chi ritiene che il *revirement* sia apparente (PISANI, cit.) o che la pronuncia sia «meno audace (negli effetti) di quanto possa *prima facie* sembrare» (MASULLO, cit.).

⁷ Come d’altra parte riconosciuto dalla stessa Cass. V, 8 febbraio 2017, Santoro, cit.: «la qualificazione della dichiarazione di fallimento come condizione estrinseca di punibilità (...) non è suscettibile di determinare alcun significativo mutamento nelle regole operative sin qui seguite».

⁸ Così Cass. V, 8 febbraio 2017, Santoro, cit. È concetto che accomuna molti studiosi della materia. Scriveva, ad esempio, U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, 182, inserendosi in un contesto omogeneo che coinvolgeva la migliore dottrina del tempo e la

La dichiarazione di fallimento che eventualmente sopravvenga si limita a restringere l'area del penalmente illecito; la sanzione penale è imposta, in altre parole, solo nei casi in cui alle condotte segua la dichiarazione di fallimento⁹.

La bancarotta non si esaurisce, dunque, nella condotta vietata ma «comprende altresì tutte le componenti essenziali che integrano la fattispecie ivi comprese le condizioni obiettive di punibilità non facenti parte del precetto»¹⁰. E si consuma allorquando tutti i predetti elementi vengano realizzati e nel luogo e nel momento in cui si realizza l'ultima componente (l'art. 158, comma secondo, c.p. dimostrerebbe «che è proprio il verificarsi della condizione obiettiva di punibilità ad assumere rilievo determinante ai fini della consumazione del reato»).

La giurisprudenza trae anche le conseguenze del nuovo corso in punto di luogo e tempo della commissione del reato, competenza territoriale, prescrizione e termine di efficacia dell'amnistia o dell'indulto, ritenendoli coincidere con il momento della sentenza di fallimento¹¹.

2. La bancarotta fraudolenta prefallimentare come reato di pericolo concreto nella più recente giurisprudenza di legittimità

Alcune coeve pronunce si sono concentrate sul tema dell'offensività del fatto di bancarotta (trattato anche dalle sentenze sopra citate), dando vita ad affermazioni non meno importanti, specificamente riferite alla bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare.

Disinteressandosi dell'anzidetto *revirement*, hanno affermato in particolare che la bancarotta fraudolenta patrimoniale è reato di pericolo concreto in cui la

giurisprudenza di legittimità, civile e penale: «Dal momento in cui sorge l'obbligazione, il debitore non è più pienamente libero nella sfera patrimoniale perché deve avere riguardo anche delle esigenze degli aventi diritto: è contemporaneamente proprietario *pleno jure* dei propri beni non necessari al soddisfacimento delle ragioni dei creditori, ma anche amministratore di una parte del suo patrimonio per conto degli aventi diritto».

⁹ Così ancora Cass. V, 8 febbraio 2017, Santoro, cit., la cui motivazione, con riguardo alla condizione obiettiva di punibilità, ripercorre quella di Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, che ritenne condizione obiettiva di punibilità la “misura rilevante” dell'alterazione dei risultati della dichiarazione nella frode fiscale di cui all'art. 4, primo comma, n. 7 del d.l. 10 luglio 1982, n. 429, conv. dalla l. 7 agosto 1982, n. 516.

¹⁰ Concetto – come si ribadirà – dal sapore confuso (ritenere componente “essenziale” del reato la condizione obiettiva di punibilità) che Cass. V, 8 febbraio 2017, Santoro, cit., mutua da Cass. I, 11 maggio 1973, n. 888, Tintinero, RV 124698.

¹¹ Cass. V, 8 febbraio 2017, Santoro, cit., RV 269389.

condotta di depauperamento, incidendo negativamente sulla consistenza del patrimonio, deve risultare idonea a creare un pericolo per il soddisfacimento delle ragioni creditorie¹².

La valutazione della sussistenza del concreto pericolo «deve poggiare su criteri *ex ante*» in relazione alle caratteristiche complessive della condotta e della situazione finanziaria della società.

Il pericolo deve permanere fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare.

Ai fini della configurazione della componente oggettiva (e anche di quella soggettiva) della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ha valore fortemente indiziante l'aver agito nella "zona di rischio penale", che è quella che in dottrina viene comunemente individuata come prossimità dello stato di insolvenza¹³; in altre parole, l'apprezzamento di uno stato di crisi, normalmente conosciuto dall'agente imprenditore, è destinato a orientare la "lettura" di ogni sua iniziativa di distacco dei beni nel senso dell'idoneità a creare un pericolo per l'interesse dei creditori sociali.

Quanto detto non esclude, tuttavia – si precisa – che il reato possa rimanere integrato da comportamenti anche antecedenti a tale fase di crisi della vita della azienda, a condizione però che questi presentino caratteristiche obiettive (si pensi all'operazione fittizia, alla distruzione o alla dissipazione) che, di regola, non richiedono particolari e ulteriori accertamenti per provare l'esposizione a pericolo del patrimonio e che risultino e permangano congruenti rispetto all'evento giuridico (esposizione a pericolo degli interessi della massa) che poi si addebita all'agente¹⁴.

¹² V. Cass. V, 24 marzo 2017, n. 17819, Palitta, RV 269562, annotata da R. BRICCHETTI, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale come reato di pericolo concreto*, in ilpenalista.it, 8 maggio 2017; G. CHIARAVIGLIO, *Superato il divario tra teoria e prassi a proposito del rapporto tra bancarotta e dichiarazione di fallimento?* in *Riv. dott. comm.*, 2017, 456; C. SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Soc.*, 2017, 1030; U. PIOLETTI, *Danno, pericolo e condotta tipica nella bancarotta*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 384. È seguita, conforme, Cass. V, 14 settembre 2017, n. 50081, Zazzini, RV 271437. Del descritto pericolo come “evento giuridico del reato” parla Cass. S.U., 27 gennaio 2011, n. 21039, p.m. in proc. Loy, in motivazione.

¹³ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 29, collocava l'inizio della «zona di rischio penale» nel sorgere dell'insolvenza, ritenendo che la repressione penale interessi «quegli atti che, per loro natura e per direzione soggettiva, tendono a creare una situazione di squilibrio tale tra attivo e passivo che, in rapporto alla capacità dell'impresa e alle normali vicende commerciali, si può ritenere insuperabile».

¹⁴ Cass. V, 24 marzo 2017, Palitta, cit., in motivazione. V. altresì Cass. V, 23 giugno 2017, n. 38396, Sgaramella, RV 270763, secondo cui sia l'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta

3. Alcune considerazioni critiche

Provo a ricomporre le tessere del mosaico con una avvertenza preliminare.

Le considerazioni che seguono scontano la consapevolezza di doversi confrontare con una disciplina giuridica (il diritto penale fallimentare) che cento anni fa storica autorevole voce¹⁵ considerava presentare: «una serie di singolarità tali, da rendere questo capitolo della scienza del diritto penale tra i più difficili ed oscuri» e con un tema – le condizioni obiettive di punibilità – che ha fatto dire ad altro insigne studioso: «Su nessun argomento della nostra disciplina regna, probabilmente, altrettanta confusione»¹⁶.

Sono, quindi, riflessioni critiche che presuppongono un apprezzamento per gli sforzi che la giurisprudenza compie quotidianamente, nella progressiva tensione dinamica delle decisioni, alla ricerca di una “quadratura del cerchio” difficile da realizzare, forse una *mission impossible* se si pretende di applicare le categorie tradizionali del diritto penale.

Le riepilogate affermazioni sembrano peraltro contraddirsi, o comunque reciprocamente ignorarsi; parte di esse sembra, inoltre, discostarsi dalla lettera e dallo spirito delle disposizioni penali fallimentari.

3.1 - ...in tema di offensività del fatto di bancarotta

Si afferma – come si è detto – che la bancarotta fraudolenta patrimoniale (prefallimentare) ha natura di reato di pericolo, nel senso che le condotte del debitore, incidendo negativamente sulla consistenza del patrimonio, devono risultare concretamente idonee a creare un pericolo per il soddisfacimento delle ragioni dei creditori, in altre parole esporre a concreto pericolo la garanzia di soddisfacimento delle loro ragioni.

Ebbene, quest'affermazione e quelle ad essa correlate (indicate al § 2) non sono, a mio avviso, pienamente condivisibili, ma soprattutto – come dirò nel successivo paragrafo – si decolorano alla luce della nuova costruzione proposta.

L'art. 216, primo comma, n. 1 e l'art. 223, primo comma, L.F. prevedono che le condotte integranti questo reato sono la distrazione, l'occultamento, la

pericolosità della condotta, sia l'accertamento del dolo devono valorizzare la ricerca di "indici di fraudolenza".

¹⁵ A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Napoli, 1917, 114.

¹⁶ G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 75.

dissimulazione, la distruzione e la dissipazione dei beni dell'impresa, individuale o collettiva, nonché l'esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti, queste ultime soltanto se realizzate "allo scopo di recare pregiudizio ai creditori".

La S.C. sostiene trattarsi di un reato di pericolo concreto e specifica che le condotte anzidette sono penalmente rilevanti soltanto se generano un concreto pericolo di offesa al bene giuridico tutelato. Non solo, si rievoca anche – come si è visto – la necessità che si collochino nella "zona di rischio penale" o comunque in una situazione di crisi dell'impresa.

È nota la partizione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto.

Il reato di pericolo astratto è quello nel quale è lo stesso legislatore a presumere, di regola sulla base di leggi di esperienza o di scienza, che determinate condotte sono, nella generalità dei casi, fonte di pericolo per il bene giuridico tutelato. Il giudice non è tenuto ad accertare la concreta sussistenza del pericolo, ma deve limitarsi ad accertare se sia stata posta in essere quella condotta che il legislatore ha ritenuto pericolosa in via generale ed astratta.

Il reato di pericolo concreto è, invece, quello in cui il giudice deve accertare se il bene giuridico è stato concretamente posto in pericolo. E deve farlo secondo lo schema della cd. prognosi postuma, riportandosi, cioè, idealmente al momento della condotta della cui pericolosità si tratta e chiedendosi se, in base alle circostanze esistenti in quel momento, vi era la probabilità, alla luce delle leggi di esperienza o di scienza, del verificarsi di una lesione.

La partizione esige una precisazione: talune condotte (che sembrano dar vita a "pericolo astratto") sono descritte dal legislatore con termini così pregnanti da consentire, già sul piano letterale, la selezione come fatti penalmente rilevanti di soli comportamenti realmente offensivi.

E quest'ultima è, a mio avviso, la considerazione da cui muovere per una lettura delle norme incriminatrici della bancarotta prefallimentare.

La definizione (ormai consolidata nell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza di legittimità) delle condotte in termini di distrazione¹⁷, occultamento¹⁸, dissimulazione¹⁹, distruzione²⁰ e dissipazione²¹ dei beni consente di

¹⁷ Distrazione è il distacco di un bene dal patrimonio con destinazione a scopo diverso da quello doveroso e, comunque, ingiustificabile per gli interessi dei creditori dell'impresa (in particolare, senza adeguata contropartita).

¹⁸ Occultamento è il nascondimento materiale di un bene consistente nel trasferirlo da un luogo conosciuto o conoscibile in un luogo ignoto e non individuabile con gli ordinari criteri di ricerca, in

per sé la selezione come fatti penalmente rilevanti dei soli comportamenti realmente offensivi degli interessi patrimoniali dei creditori; in qualsiasi momento commessi²², quindi, anche se realizzati quando ancora l'impresa non si trovava in un contesto di insolvenza, di prossima insolvenza o di crisi.

Le disposizioni in esame non consentono di circoscrivere la bancarotta richiedendo che le condotte siano realizzate in una situazione economica particolarmente critica.

Le condotte in questione, tra l'altro, spesso non si limitano a esporre a pericolo il bene giuridico, cioè a determinare la probabilità di una lesione, ma cagionano una effettiva lesione patrimoniale (in particolare le condotte di distrazione, distruzione e dissipazione)²³, come è confermato dal fatto che l'art. 219 L.F. prevede una circostanza aggravante se la condotta (il fatto di bancarotta) ha causato un danno patrimoniale di gravità rilevante e una circostanza attenuante se ha determinato un danno di speciale tenuità.

In sostanza nella bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare (per distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione e dissipazione dei beni) le condotte sono descritte dal legislatore in termini tali da consentire, già sul piano letterale, la selezione come fatti penalmente rilevanti di soli comportamenti

modo da ostacolarne la reperibilità e, quindi, l'apprensione da parte degli organi della procedura concorsuale.

¹⁹ Dissimulazione è il nascondimento effettuato con mezzi giuridici di un bene in modo da ostacolarne la reperibilità e, quindi, l'apprensione da parte degli organi della procedura concorsuale.

²⁰ Distruzione è l'annullamento fisico del bene, che rileva non in sé ma in quanto comporta l'annullamento del suo valore economico.

²¹ Dissipazione è la dispersione, lo sperpero di beni privi di qualsivoglia elemento di razionalità valutabile nell'ottica delle esigenze dell'impresa ed estranei a ragionevoli esigenze di vita dell'imprenditore.

²² Come non a caso affermato da Cass. S.U., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli, RV 266804.

²³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, *I reati fallimentari*, Milano, 1998, 53, parlava di fatti accomunati dal connotato della diminuzione, fittizia od effettiva, del patrimonio del debitore (in particolare, i fatti di distruzione e di dissipazione costituiscono ipotesi di effettiva diminuzione patrimoniale perché con essi i beni escono definitivamente dal patrimonio e dalla disponibilità del debitore: i fatti di distrazione, occultamento, dissimulazione configurano, invece, ipotesi di diminuzione patrimoniale fittizia in quanto, in seguito ad essi, malgrado l'apparenza dai medesimi creata, i beni continuano a far parte del patrimonio del debitore, con conseguente possibilità, mediante l'esercizio delle opportune iniziative, di recuperarli alla massa attiva); PEDRAZZI, cit., parlava di atti inducenti o aggravanti un disequilibrio tra attivo e passivo, con il concreto rischio che le ragioni dei creditori vengano soddisfatte, attraverso l'esecuzione concorsuale, in misura inferiore a quello assicurato dalle originarie risorse.

realmente offensivi; sarà la, talora complessa, attività di accertamento del giudice a selezionare le condotte rilevanti, tenendo anche conto che le condotte dispositive del patrimonio sociale incidono su un bene disponibile (in quanto dell'imprenditore) o indisponibile nell'interesse dei soci (infedeltà patrimoniale), e a valutare l'esistenza del dolo alla luce del suo oggetto, cioè l'intrinseca pericolosità della condotta.

Questa lettura è confermata dal rilievo che solo con riguardo alle condotte di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti il legislatore ha ritenuto di precisare che la condotta integra il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale soltanto se commessa al fine di arrecare pregiudizio ai creditori.

Ha considerato, dunque, la condotta "neutra" rispetto al bene giuridico tutelato e optato per la categoria del reato a dolo specifico (reato di pericolo con dolo di danno) in cui la locuzione "al fine" indica sia che la volontà dell'agente deve essere indirizzata a conseguire un certo risultato offensivo (nella specie, il "pregiudizio ai creditori"), sia l'oggettiva idoneità della condotta a cagionare detto risultato.

Anche in tal caso, dunque, il fatto di bancarotta (esposizione o riconoscimento di passività inesistenti) è completo non appena si verifica l'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato; e il pericolo va accertato in concreto, nel senso che l'attitudine della condotta a provocare il risultato offensivo perseguito dall'agente (il pregiudizio ai creditori) deve essere valutata con prognosi da formularsi secondo le leggi dell'esperienza o della scienza e basata su tutte le circostanze presenti al momento dell'azione²⁴.

In conclusione, con riguardo alla bancarotta per esposizione o riconoscimento di passività inesistenti (a differenza di quanto si è detto per la bancarotta per distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione e dissipazione) è il dolo specifico a selezionare, nel *genus* delle condotte, quelle rispondenti al tipo, vale a dire le condotte che si presentano in concreto come obiettivamente idonee a condurre al risultato lesivo del bene protetto.

Se si osserva il reato di bancarotta fraudolenta documentale, posto a tutela dell'interesse alla trasparenza del patrimonio residuo e del movimento degli affari del debitore, indispensabile per individuare i beni suscettibili di realizzo e per

²⁴ Il reato a dolo specifico, d'altra parte, è strutturalmente analogo al delitto tentato, ma è – come si è soliti dire – "a consumazione anticipata".

ricostituire l'attivo mediante la selezione degli atti inefficaci o revocabili²⁵, si nota che il legislatore utilizza, per le stesse ragioni di cui si è detto con riguardo alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, la stessa “tecnica” di affiancare un reato di pericolo con dolo generico ad un reato a dolo specifico.

L’art. 216, primo comma, n. 2 L.F. distingue, infatti, le condotte di sottrazione, distruzione o falsificazione dei libri o delle altre scritture contabili dalla tenuta degli stessi «in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari», ma richiede il dolo specifico dello «scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori» soltanto per le prime.

Per la bancarotta preferenziale, poi, le condotte, palesemente lecite o comunque “neutre”, dell’esecuzione di pagamenti o della simulazione di titoli di prelazione integrano il reato soltanto se realizzate allo «scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi».

La disposizione è posta a tutela del bene giuridico dell’interesse al trattamento paritetico dei creditori “in caso di insolvenza” (*par condicio creditorum*), il che giustifica l’affermazione che il disvalore penale, legato al carattere virtualmente preferenziale della condotta, si manifesta soltanto in un contesto di insolvenza o di prossimità ad essa perché solo allora «può esigersi dall’imprenditore un obbligo di astensione dal pagamento, rimproverandolo per non avere atteso l’intervento regolatorio della procedura fallimentare ed avere alterato l’ordine di soddisfazione delle ragioni creditorie»²⁶.

3.2 - ...in tema di sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità estrinseca

Possiamo ora tornare al problema centrale che è la natura della sentenza dichiarativa di fallimento.

Afferma la più recente giurisprudenza trattarsi – come si è detto – di condizione obiettiva di punibilità estrinseca, distaccandosi dunque dall’orientamento tradizionale secondo il quale «la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia

²⁵ C. PEDRAZZI in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare* a cura di F. Galgano: artt. 216-227, Bologna-Roma, 1995, 93.

²⁶ Così MASULLO, cit.

concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie perché [...] queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto [...], sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo»²⁷.

Nondimeno nelle citate pronunce si legge che il momento consumativo coincide con il verificarsi della condizione obiettiva di punibilità, mentre – se si volesse seguire il ragionamento posto a base del precedente indirizzo, ispirato dalla tripartizione del reato (che esclude la punibilità dalle sue componenti) – il reato dovrebbe consumarsi con la realizzazione del fatto tipico e diventare punibile nel momento in cui è dichiarato il fallimento.

Le sentenze espressione del nuovo indirizzo giurisprudenziale affermano, invece, che *dum condicio pendet* il reato (condizionale) non esiste.

Viene così rivitalizzata l'idea che il reato è un fatto punibile per sua essenza, ragion per cui non può dirsi reato quel fatto cui non consegue la pena se non quando la condizione si avvera.

Verificarsi della condizione e momento consumativo coincidono – si precisa – perché non può ritenersi consumato un reato prima che il fatto assuma rilevanza penale e il fatto assume rilevanza penale solo all'avveramento della condizione.

Lo dimostrerebbe – si è detto – l'art. 158, secondo comma, c.p. che stabilisce, nel primo periodo, che «quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata».

Ora, se si conoscono le incertezze in ordine all'appartenenza delle condizioni di punibilità al reato (e non è, a mio avviso, necessario prendere posizione sul tema scivolosissimo della natura della punibilità), è tuttavia certo che l'art. 158 c.p. non dice, né presuppone quello che gli si è voluto far dire o presupporre. Se fosse stata così lineare la coincidenza tra momento consumativo del reato e momento del verificarsi della condizione non ci sarebbe stato bisogno alcuno di prevedere specificamente che la prescrizione del reato condizionale decorre dal verificarsi della condizione, dato che già il primo comma dell'art. 158 c.p. si apre con una disposizione che non lascia adito a dubbi: «Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione»²⁸.

²⁷ Cass. S.U., 25 gennaio 1958, Mezzo, cit.

²⁸ D. SPURI, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica delle condizioni di punibilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1172, afferma che «la disciplina del secondo comma, primo periodo, dell'art. 158 c.p. verrebbe in tal modo sottoposta ad *interpretatio abrogans*, posto che sarebbe sufficiente già il riferimento,

In ogni caso: visto che, secondo le pronunce più volte citate, la sentenza dichiarativa di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità e il reato si consuma con la dichiarazione di fallimento, sembra inevitabile dedurre che, secondo la giurisprudenza in esame, la punibilità è una componente del reato, fatto umano, anti-giuridico, colpevole e punibile²⁹.

In altre parole, la punibilità, costituita dall'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto anti-giuridico e colpevole, che possono fondare (condizioni obiettive di punibilità) o escludere (cause di non punibilità) l'opportunità di punirlo³⁰ è l'ultimo elemento della struttura del reato.

La S.C. ripete più volte trattarsi di condizione “estrinseca”, implicitamente accreditando l'idea che sia “esterna” non al reato ma rispetto al fatto anti-giuridico colpevole³¹.

Andiamo oltre perché comunque questo schema consente di dare rilievo all'intrinseca pericolosità dell'antefatto, di per sé irrilevante penalmente, e selezionato sulla base della sentenza di fallimento.

Dunque, il fatto di bancarotta non è reato fino a quando non sopravviene la sentenza dichiarativa di fallimento.

La giurisprudenza in esame lo afferma esplicitamente: la rilevanza penale della condotta è posticipata al momento della sentenza dichiarativa di fallimento, fermo restando – aggiungerei – che i fatti di potenziale bancarotta impropria potrebbero integrare fattispecie diverse come l'appropriazione indebita o come quelle previste da talune disposizioni penali societarie quali, ad es., l'indebita restituzione di conferimenti, l'illegale distribuzione di utili³², ecc.

contenuto nel primo comma della suddetta disposizione, alla “consumazione” del reato». Nello stesso senso MASULLO, cit.

²⁹ Conclusione affacciata anche da F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 4/2015, 390.

³⁰ Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2018.

³¹ Di condizione obiettiva di punibilità “intrinseca” parla, invece, F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in AA.VV., *Commentario alla legge fallimentare. Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, 2010, richiamandosi a P. NUVOLONE, cit.

³² V. tra le ultime Cass. V, 15 febbraio 2018, n. 25651, Pessotto, con nota di C. SANTORIELLO, *Bancarotta fraudolenta e appropriazione indebita: la cassazione prende atto delle indicazioni della corte costituzionale*, in ilpenalista.it, 31 luglio 2018; F. 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. - Riv. trim.*, n. 6/2018, 269; Cass. V, 14 novembre 2016, n. 14522/17, Signori, in un caso di illegale distribuzione di utili.

Se, dunque, reato non c'è, tutto quanto si è detto nel precedente paragrafo sul fatto che ci si trovi in presenza di un reato di pericolo concreto perde significato.

La bancarotta fraudolenta prefallimentare è, infatti, costruita dalla giurisprudenza in esame come reato condizionale, a condotta realmente pericolosa. Condotta il cui disvalore individua ed esaurisce il contenuto offensivo del fatto ma non ha rilevanza penale e, in particolare, non segna il momento consumativo del reato.

È la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità che lo completa e ne segna il momento consumativo.

La consumazione non si ha, dunque, quando si realizza la condotta offensiva ed anzi – si afferma – l'offesa deve permanere fino al momento della sentenza dichiarativa di fallimento.

In quel momento cessa. Ma cessa – è arduo disconoscerlo – perché il pericolo per le ragioni dei creditori si trasforma in lesione effettiva; la condotta, fino a lì penalmente irrilevante o rilevante a diverso titolo, diventa fatto di bancarotta prefallimentare.

Non sembra pertinente, quindi, l'affermazione secondo cui «la dichiarazione di fallimento non aggrava in alcun modo l'offesa che i creditori soffrono per effetto delle condotte dell'imprenditore; anzi, se mai, garantisce una più efficace protezione delle ragioni dei creditori stessi»³³.

È proprio nel momento della sentenza dichiarativa di fallimento, invece, che, di regola, il pericolo che caratterizza la condotta si trasforma in effettiva lesione per i creditori (in particolare per quelli chirografari) perché l'avvenuta sottrazione di beni diminuisce il patrimonio che rappresenta la garanzia del soddisfacimento delle obbligazioni sicché con la liquidazione saranno pagati in “moneta fallimentare”³⁴.

La sentenza dichiarativa di fallimento, dunque, risulta estranea alla dimensione intrinsecamente offensiva del fatto in senso stretto, ma connota, attraverso la persistenza dell'offesa che si trasforma in danno per i creditori, la gravità della fattispecie delittuosa³⁵ (o, nella bancarotta impropria prefallimentare, la maggiore

³³ Così Cass. V, 8 febbraio 2017, Santoro, cit.

³⁴ Così anche PISANI, cit.; CHIARAVIGLIO, cit.

³⁵ COCCO, cit., è categorico nell'affermare: «In effetti, il riconoscimento che la apertura di una procedura concorsuale segna il momento in cui si verificano gli effetti dannosi delle condotte bancarottiere, indispensabili per la sussistenza dell'illecito, pone la pietra tombale sulla asserzione della natura solo pericolosa delle condotte bancarottiere, le quali sono in realtà descritte dalla previsione incriminatrice come dannose con riferimento agli effetti sussistenti al momento della apertura della procedura concorsuale. Certo, le condotte bancarottiere quando vengono poste in essere sono, e non possono che essere, esclusivamente pericolose, ma non perché non provochino un

gravità della fattispecie delittuosa rispetto agli eventuali diversi reati integrati dalle condotte (in particolare – come si è detto – appropriazione indebita e reati societari).

C'è però una verità che tutto il resto assorbe e che dimostra che il nuovo indirizzo è assai meno rivoluzionario di quel che appare.

Se nel 1958 la presa di posizione delle Sezioni unite fu determinata dall'esigenza di dare "solidità" ai criteri del tempo e soprattutto del luogo di consumazione delle bancarotte prefallimentari (si riteneva invero che, qualificando la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità estrinseca, il *locus commissi delicti*, ai fini dell'individuazione della competenza per territorio, sarebbe stato individuato in quello – o, peggio, in quelli – della realizzazione della condotta o della pluralità di condotte, non necessariamente coincidente con la sede del Tribunale competente), oggi le cose non sono cambiate dato che la motivazione delle recenti pronunce che qualificano la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità estrinseca è comunque palesemente diretta a garantire la medesima "solidità" a tempo e luogo di consumazione del reato.

Così come non è cambiata la lettura, adeguata al nuovo codice di procedura penale, dell'art. 238, secondo comma, L.F. che continua a consentire, in determinati casi, di iniziare le indagini preliminari quando il reato non è ancora integrato in tutte le sue componenti³⁶.

Viene da pensare che sia stata lungimirante la Corte costituzionale, nel non lontano 2005³⁷, nell'affermare: «Quanto alla possibile divaricazione temporale tra momento di realizzazione della condotta materiale dei reati di bancarotta e

effetto dannoso sul patrimonio dell'impresa, che debbono necessariamente provocare – nient'altro vuol dire distrarre, distruggere, etc. –, bensì perché la loro rilevanza penale dipende dagli effetti dannosi sui diritti dei creditori che si verificano esclusivamente con l'insolvenza dell'impresa e l'apertura delle procedure concorsuali».

³⁶ «238. (*Esercizio dell'azione penale per reati in materia di fallimento*). – Per i reati previsti negli articoli 216, 217, 223 e 224 l'azione penale è esercitata dopo la comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento di cui all'art. 17.

È iniziata anche prima nel caso previsto dall'articolo 7 e in ogni altro in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta».

La disposizione va interpretata alla luce del nuovo codice di procedura penale che ha collocato l'esercizio dell'azione penale al termine della fase delle indagini preliminari. Tenendo conto dei principi ricavabili dagli artt. 326 e 405 c.p.p. l'espressione «l'azione penale è esercitata o iniziata» potrebbe essere sostituita dalla locuzione «le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale sono svolte».

³⁷ Corte cost., 22 luglio 2005, n. 301.

momento consumativo di tali reati, si tratta di situazione consequenziale alla scelta discrezionale del legislatore di configurare la sentenza di fallimento (o di accertamento dello stato di insolvenza di impresa) o come elemento costitutivo del reato (secondo la prevalente giurisprudenza), o come condizione obiettiva del reato, ovvero come condizione per la produzione dell'evento costituito dalla lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma penale (secondo diverse impostazioni della dottrina)». La Corte costituzionale mostrava pertanto una distaccata indifferenza rispetto alla catalogazione della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta. E questa indifferenza la Corte di cassazione ha, in alcune recenti decisioni³⁸, ritenute controcorrente rispetto al nuovo filone³⁹, trasformato in sostanziale ininfluenza della qualificazione.

3.3 - ... in materia di bancarotta riparata

Si afferma – come si è detto – che l'offesa insita nella condotta deve persistere fino alla sentenza dichiarativa di fallimento (perché l'agente sia meritevole di pena).

L'affermazione serve a giustificare una figura di creazione giurisprudenziale: la riparazione della bancarotta⁴⁰.

La bancarotta può essere "riparata", con attività antitetiche rispetto alla condotta penalmente illecita che restaurino *post factum* l'offesa tipica (e ciò vale per patrimoniale, documentale e preferenziale)⁴¹, fino a che non sia intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento.

Non è, a ben vedere, la bancarotta ad essere riparata ma è riparato il pericolo o il danno derivante dalla condotta (purché si tenga presente che dalla condotta potrebbe essere conseguito uno squilibrio patrimoniale o finanziario non sanabile con la mera restituzione del *tantundem*), in modo tale che, al momento della sentenza dichiarativa di fallimento, quel fatto non integrerà bancarotta.

³⁸ Cass. V, 24 marzo 2017, Palitta, cit.; Cass. V, 11 maggio 2017, n. 45288, Giancesini, in motivazione; Cass. V, 23 giugno 2017, Sgaramella, cit. in motivazione.

³⁹ RECCIA, cit.

⁴⁰ Da ultimo in argomento, P. CHARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta cd. "riparata"*, nota a Cass. V, 22 ottobre 2014, n. 6408/15, in www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2015.

⁴¹ Cfr., tra le altre, tutte riguardanti casi di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare Cass. V, 24 novembre 2017, n. 57759, Liparoti, RV 271922; Cass. V, 20 ottobre 2015, n. 4790/16, B.G., RV 266025.

La costruzione è fondata sulla sopravvenienza di un «comportamento di segno opposto ritenuto idoneo a reintegrare la funzione di garanzia patrimoniale prima che intervenga il dissesto, destinato a sfociare nel fallimento»⁴².

Certo, se si fosse seguito il ragionamento posto a base del precedente indirizzo (implicitamente fondato sulla ripartizione del reato), se si fosse in altre parole ritenuto che il reato si consuma con la realizzazione del fatto tipico e diventa punibile con la sentenza dichiarativa di fallimento, la riparazione della bancarotta avrebbe agito quale causa sopravvenuta di non punibilità (una causa che esclude la punibilità anticipando quella che la fonda). E il problema sarebbe stato ben più consistente, atteso che detta causa di non punibilità non avrebbe avuto il benché minimo aggancio normativo, neppure per il profilo dell'analogia, che peraltro si sarebbe scontrata con la natura eccezionale delle disposizioni che contemplano le cause di non punibilità dei reati⁴³.

4. Considerazioni conclusive

L'inversione di rotta era inevitabile. Era ormai opinione comune, o comunque molto diffusa, che non si potesse continuare a proporre una struttura della bancarotta prefallimentare che si riteneva in contrasto con l'art. 27 Cost.

Sono però affiorati alcuni nodi interpretativi ma districarli sembra inutile e forse impossibile.

Non resta che conviverci, sperando che non vadano ad incidere sull'interesse che il sistema penale fallimentare (che attende dal 2005 un adeguamento al riformato diritto delle procedure concorsuali) continui a funzionare, e continuare a lavorare su questa "condizione obiettiva" e sugli altri punti nevralgici del sistema alla ricerca di una costruzione meno sofferente.

Abbandoniamo in particolare l'idea (il concetto non vale – come sopra si è accennato – per la bancarotta preferenziale) che il fatto di bancarotta debba collocarsi in una "zona di rischio" o come altro la si voglia chiamare; il risultato è quello di impoverire, attraverso un'interpretazione arbitraria, la risposta penale.

La condotta che pone realmente in pericolo la consistenza della garanzia dei creditori può essere commessa in qualunque momento della vita dell'impresa e i suoi effetti pregiudizievoli vanno rimossi prima della sentenza dichiarativa di fallimento

⁴² Così MASULLO, cit.

⁴³ Cfr., sul punto, MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, cit.

con eliminazione degli eventuali danni provocati; altrimenti quella condotta è un fatto di bancarotta se l'imprenditore è dichiarato fallito.

Non mi sembra più il caso, inoltre, una volta accettata l'idea che la bancarotta prefallimentare sia un reato condizionale che si realizza al momento della sentenza dichiarativa di fallimento, di dissertare di reato di pericolo, astratto o concreto, o di reato di danno; si tratta solo di limitarsi ad essere rigorosi nell'accertamento della reale pericolosità della condotta per i beni giuridici tutelati e di valutare l'esistenza del dolo alla luce del suo oggetto, l'intrinseca pericolosità della condotta.

Sentenza dichiarativa di fallimento come momento di consumazione della bancarotta prefallimentare e Tribunale che l'ha emessa come giudice competente per territorio continueranno ad essere gli unici aspetti "intoccabili" in nome del funzionamento del sistema, anche se per molti studiosi della materia si tratta di "bocconi amari" da deglutire.